FUNDAMENTA JURIDICA
Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung
74

Matthias Uffer

Die Grundrechtskollision

Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik

Nomos
DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

FUNDAMENTA JURIDICA
Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung

Band 74

begründet von

Jürgen Frank, Joachim Rückert,
Hans-Peter Schneider und Manfred Walther

herausgegeben von

Prof. Dr. Marietta Auer, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie Frankfurt am Main

Prof. Dr. Thomas Gutmann, Universität Münster

Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Stephan Kirste, Universität Salzburg

Prof. Dr. Christoph Möllers, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Andreas Thier, Universität Zürich

Prof. Dr. Miloš Vec, Universität Wien

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Matthias Uffer

Die Grundrechtskollision

Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik

Nomos

DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Bern, Universität Bern, Diss., 2019

1. Auflage 2021

© Matthias Uffer

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8415-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-2791-4

ISBN (Print): 978-3-03891-357-3 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748927914

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Als ich mich vor vier Jahren erstmals daran wähnte, diese Arbeit abzuschliessen, war sie ein unstrukturierter Entwurf voller nicht zu Ende und zu weit gefahrener Gedankenzüge, der nur quantitativ dem Endprodukt entsprach – es gar übertraf.

Unvollständig ist die Arbeit auch heute noch. Dafür hat sie nun ein Ende, das sie nicht gefunden hätte, wäre ich beim Ziel der Vollständigkeit geblieben.

Dass meine Arbeit einen Anfang und ein Ende fand, ist verschiedenen Personen geschuldet. Mein Dank gebührt Professor Dr. Axel Tschentscher, Betreuer meiner Dissertation, der meinen bisweilen undisziplinierten Forschungshunger mit gutem Rat in ergiebige Richtungen zu leiten wusste. Ebenso danke ich Professor Dr. Pierre Tschannen, für den ich als Assistent an der Universität Bern zu arbeiten das Vergnügen hatte und der mir stets den erforderlichen Freiraum für die eigene Forschungstätigkeit gewährte.

Ferner danke ich Florian Tietgen und Melchior Glatthard für das Korrekturlesen von Auszügen dieser Arbeit; ich hoffe, deren vortreffliches Sprachgefühl habe Spuren hinterlassen. Meinen Eltern, Beatrice und Marc Uffer-Tobler, kann ich für alle Unterstützung im Leben und vor allem zuletzt beim Abschliessen der Dissertation nicht hinreichend danken. Céline danke ich dafür, dass sie mein nahezu endloses Arbeiten an der *thèse* ertrug und meine Aufmerksamkeit überdies immer wieder aus den Untiefen der Arbeit an und jenseits der Dissertation zu lösen wusste. Eine Aufgabe, die seit Ende 2017 auch unser Sohn Simon Zaccaria übernimmt, dessen Enthusiasmus beim täglichen Entdecken ansteckt.

Bei allen Freunden und Angehörigen, die ich in den vergangenen Jahren zu selten sah, bedanke ich mich sodann für jedes künftige Wiedersehen. Dank gebührt auch jenen kritischen Lesern, die sich die Zeit nehmen, mir die Schwächen der Arbeit aufzuzeigen, ehe ich meine allfälligen Irrtümer so lange mit mir trage, dass deren Aufopferung mir zu schmerzhaft schiene.

Lausanne, im März 2019 — Matthias Uffer

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für

Brutus und Cassius

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsübersicht

Abkürzungen 33

Einleitung 37

A. Gegenstand der Untersuchung 37

B. Gang der Untersuchung 39

C. Grenzen der Untersuchung 40

Teil 1: Begriffliche und methodische Prämissen 42

A. Vorbemerkung: Nutzen der Definition 42

B. Recht 44

I Normen der Rechtsordnung (Merkmale) 44

II Einigungsbasis 45

III Fehlerkalkül 48

C. Moral 49

I Moral vs. Recht 49

II Moral vs. Ethik 53

III Moral vs. Gerechtigkeit 54

D. Grundrechte 56

I Wesen und Begriff 56

II Typen von Grundrechtskonflikten 57

E. Erkenntniswege 61

I Selbstverständnis der Rechtswissenschaft 61

II Erkenntnispotenzial realer und fiktiver Fallbeispiele 68

III Ablehnung der Metaphysik 70

Teil 2: Grundrechtsdogmatik 73

A. Geltungsgrund und Funktion der Grundrechte 73

I Hybrider Geltungsgrund 73

II Funktionen der Grundrechte: Verteidigung und Befähigung 77

B. Geltungsanspruch der Grundrechte 80

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I Persönlicher Schutzbereich: Grundsatz und Grenzen 80
II Sachlicher Schutzbereich kollidierender Grundrechte 86
III Bedeutung und Methodik der Grundrechtsauslegung 102
IV Allgemeines Verwirklichungsgebot 113
V Unmöglichkeit als Grenze der Verwirklichungspflicht 136

C. Grundrechtseinschränkungen 142
I Wesen der Grundrechtseinschränkung 142
II Formelle Einschränkungsbedingungen (Art. 36 Abs. 1 BV) 147
III Zulässige Einschränkungsinteressen (Art. 36 Abs. 2 BV) 158
IV Überwiegende Interessen (Art. 36 Abs. 3 BV) 160
V Struktur unantastbarer Grundrechtsgehalte 173

Teil 3: Gerechtigkeitstheorien 192

A. Vorüberlegungen 192
I Aussagegehalte einer Gerechtigkeitstheorie 192
II Kreise der Gleichheit 195
III Gleichheit und Determinismus 201
IV Relevanz eigener und fremder Interessen 209
V Gradualität der Gerechtigkeit 216
VI Gebot nachvollziehbarer Begründungen 220

B. Regelethik (Deontologie) 226
I Grundkonzeption 226
II Regelethik vor, bei und gestützt auf Kant 232
III Kritik der Regelethik 247

C. Einigungsethik (Kontraktualismus) 276
I Grundkonzeption 276
II Variationen 279
III Kritik der Einigungsethik 293

D. Folgenethik (Konsequentialismus) 301
I Grundkonzeption 301
II Variationen 312
III Verteidigung der Folgenethik 338
IV Exkurs: Parfits Konvergenzthese 352

E. Substanzielle Gerechtigkeit 355
I Ontologische Natur der Werte 355
II Aspekte erfahrungsbasierter Gerechtigkeitserkenntnis 361
III Von der Lebensdienlichkeit zur Leiderlösung im Grenzfall 373

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV Einwände und deren Entkräftung 375

F. Abschliessende Überlegungen 381
I Vorzugswürdigkeit der Folgenethik 381
II Pluralität der Gerechtigkeitsstrategien 386
III Folgen- und einigungsethische Lösungsbegründung 394
IV Gerechtigkeitsheuristiken für die Kollisionslösung 395

Teil 4: Konkrete Grundrechtskollisionen 404

A. Bildung von Kollisionstypen 404
I Paternalistische Rettung 405
II Aggressive Rettung 411
III Forcierte Solidarität 413
IV Selektive Rettung 415

B. Zwangsernährung eines Hungerstreikenden 416
I Problemstruktur 418
II Konfligierende Rechtsgüter 422
III Lösungsansätze und Lösungskriterien 434
IV Kollisionslösung 446

C. Aggressives Rettungsverhör 453
I Problemstruktur 455
II Konfligierende Rechtsgüter 457
III Kritische Diskussion verbreiteter Lösungsansätze 468
IV Vertiefte Folterdefinition und folgenethisches Folterverbot 498
V Kollisionslösung 517

D. Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs 523
I Problemstruktur 524
II Konfligierende Rechtsgüter 524
III Kritik des Abschussverbotes 526
IV Lösungselemente 544
V Kollisionslösung 552

E. Vermutete Zustimmung zur postmortalen Organspende 554
I Problemstruktur 557
II Konfligierende Schutzgüter 559
III Kritik der Zustimmungslösung 573
IV Argumente zugunsten der Widerspruchslösung 590
V Konfliktlösung 599

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 5: Konsolidierte Kollisionsdogmatik 601

A. Begriff und Lösbarkeit der Grundrechtskollision 601
I Identifikation der Grundrechtskollision 601
II Allgemeine Verortung der Kollisionslösung 611

B. Priorisierungsgründe ethisch fundierter Kollisionslösungen 619
I Vorbemerkungen 619
II Wertgründe (unmittelbar folgenethische Gründe) 622
III Gleichheitsgründe 639
IV Einigungsgründe 642

Zusammenfassung 648

I Gerechtigkeit 648
II Ethisch fundierte Kollisionsdogmatik 653
III Lösung der Fallbeispiele 660

Literatur 663

Materialien 693

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 33

Einleitung 37

A. Gegenstand der Untersuchung 37

B. Gang der Untersuchung 39

C. Grenzen der Untersuchung 40

Teil 1: Begriffliche und methodische Prämissen 42

A. Vorbemerkung: Nutzen der Definition 42

B. Recht 44

I Normen der Rechtsordnung (Merkmale) 44

II Einigungsbasis 45

III Fehlerkalkül 48

C. Moral 49

I Moral vs. Recht 49

1. Probleme der Verbindungs- und der Trennungsthese 49

2. Implementationsargument und bedingte Trennungsthese 51

II Moral vs. Ethik 53

III Moral vs. Gerechtigkeit 54

D. Grundrechte 56

I Wesen und Begriff 56

1. Grundrechte als rechtlich verbürgte Gerechtigkeit 56

2. Abgrenzung sinnverwandter Worte (Menschenrechte et al.) 56

II Typen von Grundrechtskonflikten 57

1. Grundrechtskollision 57

a. Unvereinbarkeit rechtlich verbürgter Gerechtigkeitsanliegen 57

b. Keine Pflichtenkollision 58

c. Echte und unechte Kollisionen 59

2. Grundrechtskonflikt 59

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Grundrechtskonkurrenz 59

E. Erkenntniswege 61
I Selbstverständnis der Rechtswissenschaft 61
1. Erkenntnis durch Deduktion 61
2. Erkenntnis durch hermeneutische Interpretation? 62
3. Erkenntnis durch Erfahrung? 64
a. Allgemeine Vorbemerkung 64
b. Intuition als Erfahrungswissen 64
c. Evolutionäres und kulturelles Erfahrungskapital 65
d. Quantitatives Erfahrungswissen (Empirie i.e.S.) 65
e. Kompatibilität empirischer und normativer Erkenntnis 66
II Erkenntnispotenzial realer und fiktiver Fallbeispiele 68
III Ablehnung der Metaphysik 70
1. Interpersonale Irrelevanz metaphysischer Hypothesen 70
2. Keine Metaphysik im vorliegenden Sinn 72

Teil 2: Grundrechtsdogmatik 73

A. Geltungsgrund und Funktion der Grundrechte 73
I Hybrider Geltungsgrund 73
1. Einigung und Einigungsfähigkeit 74
2. Lebensdienlichkeit 75
3. Bedeutung für die Grundrechtskollision 76
II Funktionen der Grundrechte: Verteidigung und Befähigung 77
1. Verteidigungsfunktion 77
2. Befähigungsfunktion 77

B. Geltungsanspruch der Grundrechte 80
I Persönlicher Schutzbereich: Grundsatz und Grenzen 80
1. Grundrechtsträgerschaft aller Menschen 80
2. Grenzfragen am Lebensanfang 81
3. Grenzfragen am Lebensende 83
4. Distanzproblem 84
a. Hoheitsgewalt als faktische Grenze 84
b. Künftige Menschen als Grundrechtsträger? 85
II Sachlicher Schutzbereich kollidierender Grundrechte 86
1. Schutzbereichsbestimmung im Kontext der Kollision 86
a. Abstrakte Kriterien zur Bestimmung des Schutzbereichs 86

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Situationsabhängiger Umfang des sachlichen Schutzbereichs 88
c. Elemente der Abwägung bei der Schutzbereichsbestimmung 90
d. Echte und unechte Grundrechtskollisionen 91
2. Schutzstufen: Kerngehalt, Normalgehalt und Peripherie 92
a. Kerngehalte 92
b. Normalgehalte 93
c. Periphere Schutzgehalte 94
3. Subjektivierende Schutzbereichsbestimmung? 95
4. Entbehrlichkeit der Tatbestandstheorien 96
a. Weite Tatbestandstheorie 96
b. Enge Tatbestandstheorie 97
c. Kritik der weiten Tatbestandstheorie 97
d. Probleme der engen Tatbestandstheorie 99
e. Berechtigtes Desinteresse der Schweizer Lehre 100
5. Bedürfnisorientierte Schutzbereichsbestimmung 101
III Bedeutung und Methodik der Grundrechtsauslegung 102
1. Zwecke der Verfassungsauslegung 102
a. Ermittlung einer dem Verfassungsgeber zusinnbaren Lösung 102
b. Interessenoptimierung und Gerechtigkeit 103
c. Lückenfüllung? 104
2. Methodik der Grundrechts- und Verfassungsauslegung 105
a. Vorrang der Wortsinninterpretation 105
b. Teleologische Auslegung 107
c. Systematische Auslegung 107
d. Historische und geltungszeitliche Auslegung 107
3. Vertrauen und berechtigte Erwartungen als Auslegungsmassstab 108
4. Auslegung des durch die Praxis präzisierten Verfassungsrechts 111
5. Wertkohärenz 112
IV Allgemeines Verwirklichungsgebot 113
1. Umfassender Geltungsanspruch gemäss Art. 35 BV 113
a. Ergebnisorientierung der Grundrechtsordnung 113
b. Verwirklichung als Optimierung 115
c. Symmetriegebot (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV) 117
2. Horizontalwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV) 118

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Gleichberechtigte Schutzpflichten und (bedingte) Schutzrechte 119
a. Unterscheidbarkeit der Abwehr-, Schutz- und Leistungsrechte? 119
b. Grundsätzliche Anerkennung der Schutzpflichten 122
c. Unklarheiten um die Justiziabilität der Schutzpflichten 123
d. Einwände gegen die Tendenz zur Schutzpflichtvermehrung 126
e. Gewaltmonopol als Verpflichtungsgrund 127
4. Kein prinzipielles Privileg der Abwehrrechte 130
a. Zurückweisung von Prima-facie-Argumenten für das Abwehrprivileg 130
b. Grundlegende Einwände gegen ein Abwehrprivileg 133
c. Abwehrprivileg (nur) für Kollisionen mit der Menschenwürde? 134
d. Punktueller, pragmatischer Abwehrvorrang 135
V Unmöglichkeit als Grenze der Verwirklichungspflicht 136
1. Ultra posse nemo obligatur (auch nicht den Staat) 136
2. Präventionsversagen und provozierte Unmöglichkeit 137
3. Pflichten bei alternativer Unmöglichkeit 138
4. Ressourcenvorbehalt 138

C. Grundrechtseinschränkungen 142
I Wesen der Grundrechtseinschränkung 142
1. Begriff der Schranke 142
2. Aussentheorie: Schranke als Begrenzung konkreter Ansprüche 142
3. Innentheorie: Schranke als immanente Rechtsgrenze 143
4. Schrankenkonzeption der Bundesverfassung 144
5. Abgrenzung vom Begriff der „Berührung" der Grundrechte 146
II Formelle Einschränkungsbedingungen (Art. 36 Abs. 1 BV) 147
1. Erfordernis der Grundlage in einer gültigen Rechtsnorm 147
a. Unzulässigkeit der Grundlegung in ungültigen Rechtsnormen 147
b. Legalitätsprinzip und Primat des Gesetzgebers 148
c. Abhängigkeit von der Schwere eines Eingriffs 149
d. Exkurs: Gesetzesgrundlage für Schutzlücken? 150
2. Grundrechte als gesetzliche Eingriffstitel? 153

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Grundlagen in Ausnahmesituationen 154
a. Polizeiliche Generalklausel als Auffanggrundlage 154
b. Dringlichkeits- und Notrecht gemäss Bundesverfassung 157
c. Staatsnotstand und die extrakonstitutionelle Ordnung 158
III Zulässige Einschränkungsinteressen (Art. 36 Abs. 2 BV) 158
IV Überwiegende Interessen (Art. 36 Abs. 3 BV) 160
1. Funktion und Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung 160
a. Materiale Legitimität durch Verhältnismässigkeit 160
b. Eignung, Erforderlichkeit und deren Korrelation 160
c. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn 161
d. Sonderfälle: Verhältnismässigkeit ohne Interessenabwägung 162
e. Eigenständige Bedeutung des Untermassverbots? 163
2. Gleichwertigkeit oder Hierarchie der Grundrechte? 164
a. Kritik der Gleichwertigkeitsannahme 164
b. Plausibilität abstrakter Wertunterschiede 166
3. Grundrechte und Grundrechtsvoraussetzungen 167
4. Praktische Konkordanz und schonender Ausgleich 169
a. Einordnung und theoretische Bedeutung 169
b. Probleme der Applikation als Kollisionsregel 170
c. Praktische Konkordanz als Leitidee 172
d. Schonender Ausgleich 172
V Struktur unantastbarer Grundrechtsgehalte 173
1. Unantastbare Güter der Bundesverfassung 173
a. Unantastbarkeit grundrechtlicher Kerngehalte 173
b. Unantastbarkeit der Menschenwürde 174
2. Theorien zur Struktur unantastbarer Kerngehalte 176
a. Rigoristische und absolute Kerngehaltstheorie 177
b. Realistische Kerngehaltstheorie 179
c. Relative Kerngehaltstheorie 180
3. Ablehnung rigoristischer Ansätze 181
a. Irrelevanz (oder Unerfüllbarkeit) rigoristischer Kerngehalte 181
b. Unvermeidbarkeit immanenter Schranken 182
c. Rückzug auf die Unantastbarkeit der abwehrrechtlichen Würde? 183
4. Begründung der pragmatischen Unantastbarkeit 184

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Begründung der begriffslogischen Unantastbarkeit 186
a. Vorüberlegung 186
b. Struktur der begriffslogischen Unantastbarkeit 187
c. Begriffslogische Unantastbarkeit im Recht 189
6. Möglichkeit der hybriden Begründung der Unantastbarkeit 191

Teil 3: Gerechtigkeitstheorien 192

A. Vorüberlegungen 192
I Aussagegehalte einer Gerechtigkeitstheorie 192
1. Begründung vs. Strategie der Gerechtigkeit 192
2. Heuristiken der Gerechtigkeit 193
3. Komponenten einer Gerechtigkeitsaussage 194
II Kreise der Gleichheit 195
1. Gerechtigkeit als Perspektive 196
2. Gerechtigkeit aus Sicht des Grundrechtsgaranten 196
3. Verengung der Kreise der Gleichheit 198
4. Ausweitung der Kreise der Gleichheit 200
III Gleichheit und Determinismus 201
1. Gleichheit als Kern aller Gerechtigkeit? 201
2. Ansätze der Gleichheitsbegründung 202
a. Gleichberechtigung aufgrund ontologischer Gleichheit? 202
b. Gleichberechtigung aus dem Postulat der Wertgleichheit? 203
c. Gleichberechtigung aus Eigeninteresse? 203
d. Willensfreiheit als Bedingung der Moral? 205
e. Gleichberechtigung aufgrund gleicher Verdienste 208
IV Relevanz eigener und fremder Interessen 209
1. Probleme einer Ethik des Einzelmenschlichen 209
a. Gefährlichkeit gewisser Ganzheitsideale und -diskurse 210
b. Vorbehalte gegen die Verengung auf das Individuum 212
2. Überindividuelle Rationalität der Gerechtigkeit 214
V Gradualität der Gerechtigkeit 216
1. Vorzug eines graduellen Gerechtigkeitsverständnisses 216
2. Gradualität am Lebensanfang 217
3. Probleme des binären Verständnisses der Gerechtigkeit 219
VI Gebot nachvollziehbarer Begründungen 220
1. Bedeutung der Begründungspflicht 220

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Kriterien und Merkmale der Nachvollziehbarkeit 221
3. Tabuisierung und das „Argument der Vereinsamung“ 223

B. Regelethik (Deontologie) 226

I Grundkonzeption 226
1. Kategorisch geltende Regeln 226
2. Typische Elemente 227
a. Uneinschränkbarkeit und unfalsifizierbare Prämissen 227
b. Zwischen Einzelmensch-Fokus und Universalismus 229
c. Trotz Rigorismus flexible Begründungsmöglichkeiten 230
d. Ablehnung folgenethischer Erkenntnisse 231
e. Tugendethik als Deontologie? 232

II Regelethik vor, bei und gestützt auf Kant 232
1. Regelethik vor Kant 232
a. Bhagavad Gita 233
b. Francisco Suárez 233
c. Jean-Jacques Rousseau 235
2. Kant: kategorische Geltung und eine „reine“ Vernunft 236
a. Autonomie und reiner Wille 236
b. Kategorische Imperative 237
c. Deontologisches am kategorischen Imperativ 240
d. Ablehnung empirischer Erkenntnis 241
e. Weitere Aspekte der „Reinheit“ der praktischen Vernunft 243
3. Kantisch inspirierte Regelethik der Gegenwart 244
a. Allgemein 244
b. Starke Dichotomie zwischen Tun und Unterlassen 246
c. Ausschluss privater Bereiche von moralischen Wertungen 246

III Kritik der Regelethik 247
1. Unwissenschaftlichkeit und Autoritätslastigkeit 247
a. Vom Begründungsvakuum zur Metaphysik 247
b. Autoritätsabhängigkeit 249
c. „Ipse dixit“-Argumente zur Überbrückung fehlender Gewissheit 252
d. Ethik des Nichthinterfragten 254
e. Logik des Fanatismus 257
2. Unreine praktische Vernunft (implizite Folgenethik) 258
3. Unverhältnismässigkeit 261
a. Problematische Abwägungsskepsis 261

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Abwägungsmanipulation 261
c. Verallgemeinerung subjektiver Werte 262
4. Stossende Ergebnisse der Deontologie 264
5. Einzigartigkeit und Ausschlussgefahr 265
6. Gefährlicher Grundsatz: Fiat iustitia, (et) pereat mundus 268
7. Kritik der Objektformel 270
8. Exkurs: Erkenntnis- und Beweisprobleme der Deontologie 271
a. Irrelevanz-Einwand 271
b. Keine kategorische Geltung bei ungewissen Seinsprämissen 272
c. Flucht ins rein Normative? 275

C. Einigungsethik (Kontraktualismus) 276
I Grundkonzeption 276
1. Vereinbarungen und Akzeptabilität 276
2. Typische Elemente 277
a. Freie, vernünftige und effektive Selbstbindung 277
b. Berücksichtigung variabler Formen und Grade der Einigung 278
c. Prozedurale Ethik mit materiellem Kern 279
II Variationen 279
1. Sozialvertragstheorien 279
2. Beobachtertheorien 284
3. Diskursethik und demokratische Gerechtigkeit 286
a. Gerechtigkeitskonzept der Diskursethik 286
b. Gefahr fiktiver und elitärer Diskurse 288
c. Demokratische Gerechtigkeit 288
4. Goldene Regel als Kerngedanke der Einigungsethik? 290
III Kritik der Einigungsethik 293
1. „Grundlagenirrtum" der Einigungsethik 293
a. Der Wille ist nicht der letzte Grund 293
b. Indirekte Relevanz der menschlichen Natur 295
c. Wohlbefinden vs. Willen 296
d. Vorrang des Willens im Einzelfall? 297
2. Egalitäre Einwände gegen alle Willensethik 298
3. Geringe Relevanz wirklicher Partizipation 299

D. Folgenethik (Konsequentialismus) 301
I Grundkonzeption 301
1. Grundidee 301

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Typische Elemente 303
a. Vergleichsabhängigkeit der Richtigkeitsaussagen 303
b. Optimierung und Maximierung des Erwartungswerts 304
c. Theoretische und praktische Folgenrechnung 306
d. Relevanz: Wahrscheinlichkeit und Gewicht der Folgen 306
e. Gleiche Berücksichtigung 307
f. Substanzielle Grundlagen (Grundlage im realen Leben) 308
3. Unterschiedliche Bezeichnungen für denselben Typ Theorie 311
II Variationen 312
1. Ursprünge der Folgenethik 312
a. Griechische Antike 312
b. Spinoza und Montesquieu 313
c. Radikale französische Aufklärung (und Beccaria) 315
2. Hedonistische Folgenethik 319
a. Klassische hedonistische Folgenethik 319
b. Folgenethik mit liberalem Schwerpunkt 320
3. Präferenzutilitarismus 321
a. Maximierung der Präferenzverwirklichung 322
b. Entweder-oder-Einwand 322
c. Einwand der präferenzunabhängigen entscheidenden Gründe 323
d. Problem präferenzloser Zustände 325
4. Regelutilitarismus als Folgenethik? 326
a. Regelutilitarismus als Regelethik? 327
b. Regelutilitarismus als Handlungsutilitarismus? 328
5. Fähigkeitenansatz als Folgenethik? 329
a. Folgenethik bei Amartya Sen 329
b. Folgenethik bei Martha Nussbaum 331
6. Für eine perspektivische Folgenethik 332
a. Perspektivismus und Folgenethik lassen sich vereinbaren 332
b. Perspektivismus ist nicht Subjektivismus 334
c. Zur universalistischen Folgenethik 335
d. Perspektivische Folgenethik im Rahmen der Rechtsordnung 336

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Verteidigung der Folgenethik 338
1. Sogenannte Gerechtigkeitseinwände 338
a. Legitimiert Utilitarismus Grausamkeiten? 338
b. Legitimiert Utilitarismus Sklaverei? 340
c. Verkennt der Utilitarismus die menschliche Individualität? 341
d. Einwände gegen die Aggregation 342
2. Einwand schlechter Folgen 344
3. Einwand gegen den Vorrang der grösseren Zahl 345
a. Verbot, Leben mit Leben zu „verrechnen"? 345
b. Taureks Appell an die Intuition – ein Spiel mit den Perspektiven 346
c. Intuitionsargument zugunsten des Vorrangs der grösseren Zahl 348
4. Paradox guter Folgen des Leidens? 350
5. Keine Regelbegründung im Handlungsutilitarismus? 350
6. Einwand der Überforderung 351
IV Exkurs: Parfits Konvergenzthese 352
1. Parfits konvergierende Formeln 352
2. Keine Konvergenz der Folgenethik mit der Deontologie 353
3. Einigungsethik und Folgenethik: Renaissance einer alten Union? 353

E. Substanzielle Gerechtigkeit 355
I Ontologische Natur der Werte 355
1. Werte als Ausdruck der Lebensbedingungen 355
2. Ontologisch fundiertes Naturrecht 356
3. Lebensdienlichkeit als Grundprinzip 359
II Aspekte erfahrungsbasierter Gerechtigkeitserkenntnis 361
1. Erkenntnis durch Versuch und Irrtum 361
a. Wert der Vielfalt: im Allgemeinen und im Recht 361
b. Im Zweifelsfall Erfahrungen ermöglichen 362
c. Exkurs: Erfahrungsgenese mithilfe der „Margin of appreciation"-Doktrin des EGMR? 364
2. Maslows Bedürfnishierarchie als Konkretisierungsmassstab 365
a. Maslows Hierarchie der Grundbedürfnisse 365
b. Applikation im Rahmen der Güterabwägung 367
c. Konsequenz für die ausnahmsweise Zulässigkeit von Tötungen 369
d. Fälle scheinvorrangiger Bedürfnisse fünfter Stufe 369

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Bedürfnisse im Kontext privater Rettungsbemühungen 370
3. Intuition als Erkenntnismittel? 370
4. Erkenntnis durch Analogieschlüsse 372
III Von der Lebensdienlichkeit zur Leiderlösung im Grenzfall 373
1. Kein unbedingtes Gebot des Schutzes des Lebendigseins 373
2. Denkbarkeit des Todes als Leiderlösung in Grenzfällen 373
3. Grenzziehung mithilfe der Menschenwürde 374
IV Einwände und deren Entkräftung 375
1. Einwand des Sein-Sollen-Fehlschlusses 375
a. Gegeneinwand der beschränkten Relevanz der Fehlschlussthese 376
b. Gegeneinwand der Gefährlichkeit der Fehlschlussthese 376
c. Hinreichendes Erklärungspotenzial der Seinstatsachen 377
d. Falsche und richtige Schlüsse vom Sein zum Sollen 378
2. Möglicher dualistischer Einwand 379

F. Abschliessende Überlegungen 381
I Vorzugswürdigkeit der Folgenethik 381
1. Umriss der drei analysierten Begründungstypen 381
2. Quartum non datur? 382
3. Zentrale Vorzüge der Folgenethik 384
II Pluralität der Gerechtigkeitsstrategien 386
1. Regeln als Strategie 386
2. Einigungen als Strategie 387
3. Vertiefung: Recht als Einigung und als Gerechtigkeitsstrategie 388
a. Wert und Erforderlichkeit echter Partizipation 389
b. Kontraktualistisches Kontinuum 390
c. Kompensationsthese: ergänzende moralische Legitimität 390
4. Zweierlei Gründe der Nichtigkeit von Rechtsnormen 392
III Folgen- und einigungsethische Lösungsbegründung 394
IV Gerechtigkeitsheuristiken für die Kollisionslösung 395
1. Vorbemerkung 395
2. Unmittelbar folgenethische Heuristiken 396
a. Vorrang der grösseren Zahl geretteter Güter 396
b. Vorrang der Einschränkungen geringerer Intensität 397

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Vorrang des Lebens und der jeweils prioritären Bedürfnisse 397
d. Nachrangigkeit des Schutzes des Störers 397
e. Vorrang der Erprobung neuer Ansätze (Versuchsheuristik) 398
f. Isolationsheuristik: Ermittlung der kohärenten Intuition 398
3. Einigungsheuristiken 399
a. Vorrang expliziter und aktueller Willensäusserungen 399
b. Vorrang des eindeutig demokratisch Gewollten 399
c. Vorrang verfassungskonformer Lösungen 400
d. Risikoausgleich-Gedankenspiel zur Akzeptabilitätsprüfung 401

Teil 4: Konkrete Grundrechtskollisionen 404

A. Bildung von Kollisionstypen 404
I Paternalistische Rettung 405
1. Problemumriss 405
a. Allgemein: Konflikte mit der individuellen Selbstbestimmung 405
b. Mutmasslicher Wille 406
c. Substanzielle Selbstgefährdung 409
d. Grundrechtsdogmatische Einordnung 409
2. Beispiele 410
II Aggressive Rettung 411
1. Problemumriss 411
2. Beispiele 412
III Forcierte Solidarität 413
1. Problemumriss 413
2. Beispiele 414
IV Selektive Rettung 415
1. Problemumriss 415
2. Beispiele 415

B. Zwangsernährung eines Hungerstreikenden 416
I Problemstruktur 418
1. Kollision der Grundrechte des Hungerstreikenden 418
2. Weitere betroffene öffentliche und private Interessen 419
a. Entscheidende öffentliche Interessen 419
b. Interessen der intervenierenden Ärzte 419

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Qualifizierter Schutz im Sonderstatusverhältnis 420
3. Nachhaltigkeitsprobleme 420
II Konfligierende Rechtsgüter 422
1. Lebensschutz 423
2. Persönliche Freiheit (Selbstbestimmung, Unversehrtheit) 424
a. Selbstbestimmungrecht und Schutz der Unversehrtheit 425
b. Erfordernis der Einwilligung des aufgeklärten Patienten 425
c. Mutmassliche oder hypothetische Einwilligung 426
d. Grenzen der Selbstbestimmung 428
e. Grade der Einwilligung 429
3. Menschenwürde 430
4. Meinungsäusserungsfreiheit 433
III Lösungsansätze und Lösungskriterien 434
1. Sachgerechtigkeit der autonomiebasierten Kollisionslösung? 434
a. Ausnahmefähiges Gebot der Beachtung der Patientenverfügung 434
b. Autonome und heteronome Beweggründe 435
c. Probleme der Autonomieargumentation 436
d. Autonomie und bestes Interesse 438
e. Abstellen auf die implizite Zustimmung? 439
2. Zwangsernährung als letztes Mittel 440
a. Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Selbstgefährdung 440
b. Fehlende Unmittelbarkeit bei milderen Mitteln 442
3. Legalitätsprinzip und Ausnahmen hiervon 445
4. Lebensdienliche Zweckausrichtung 446
IV Kollisionslösung 446
1. Vorbemerkungen 446
2. Lösung der Fallvarianten 448
a. Hungerstreik A 448
b. Hungerstreik B 450
c. Hungerstreik C 451
3. Nachbemerkung zu unklaren Fällen 452

C. Aggressives Rettungsverhör 453
I Problemstruktur 455
1. Aggressive Verhinderung einer schweren Drittschädigung 455

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Opfer und Störer im selben Kreis der Gleichheit 455
3. Möglichkeit pragmatischer Lösungen 455
II Konfligierende Rechtsgüter 457
1. Lebensschutz 457
2. Menschenwürde (Art. 7 BV) 458
3. Folterverbot und Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) 460
a. Verfassung- und völkerrechtliche Definition des Folterverbots 460
b. Vier Definitionsmerkmale der Folter 461
c. Bezug des Folterverbots zum Verhältnismässigkeitsprinzip 464
d. Struktur der Unantastbarkeit des Folterverbots 465
III Kritische Diskussion verbreiteter Lösungsansätze 468
1. Skizze einer (typischen) regelethischen Lösungsbegründung 468
2. Einwände gegen die regelethische Lösungsbegründung 471
a. Rigorismus versus begriffliche Vagheit 471
b. Missachtung des Kriteriums grosser Schmerzen oder Leiden 473
c. Missachtung der Rechtsgleichheit 475
d. Implizite Verharmlosung der Folter 475
e. Verkannte Gründe der Unantastbarkeit 476
f. Widersinniger Relativierungsvorwurf 477
g. Unbegründbarer absoluter Vorrang der Würde vor dem Leben 478
h. Unbegründbarer Vorrang der abwehrrechtlichen Würde 481
3. Betroffenheit der Würde aller Menschen? 482
4. Kritische Betrachtung der Dammbruchargumente 483
a. Wesen von Dammbruchargumenten 483
b. Bedingung überzeugender Dammbruchargumente 484
c. Zum empirischen Beleg des Dammbruchs der „Rettungsfolter“ 486
d. Beschäftigung mit Gegendammbrüchen als Ausdruck der Begründungspflicht und des Symmetriegebots 487
5. Problem der Kollisionsleugnung 488
6. Relevanz des Selbstverantwortungsprinzips? 490
a. Selbstverantwortungs- und Störerprinzip (insb. Art. 6 BV) 490

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Argumente für die „Rettungsfolter“ 491
c. Berücksichtigung der (möglichen) Unfreiheit des Täters 492
7. Notwehrhilfe- und andere Kohärenzargumente 493
a. Argument der Rückzugslösung 494
b. Gegenargument der verbotenen „Aushändigung“ an Folternde 495
c. Einwand der fehlenden Grundlage im Gesetz 496
d. Zwischenfazit aus dem Gedankenspiel der Rückzugslösung 497
IV Vertiefte Folterdefinition und folgenethisches Folterverbot 498
1. Pragmatische Definition des unantastbaren Folterverbots 498
a. Unantastbarkeit als Ausdruck eines Folgenkalküls 498
b. Beispiele herkömmlicher Foltermittel 500
c. Zwischenfazit: Pragmatische Begründbarkeit des Folterverbots 502
2. Begriffslogisch definiertes Folterverbot 503
a. Struktur der begriffslogischen Unantastbarkeit des Folterverbots 503
b. Schutzbereich der Folter im begriffslogischen Sinn 505
c. Indizien: Behandlung als blosses Objekt; Willensbruch 507
d. Berücksichtigung der Vulnerabilität (u.a. Art. 11 BV) 508
3. Möglichkeit zulässiger Schmerzzufügung im Verhör? 510
a. Unzulässige Leidzufügung unterhalb der Schwelle zur Folter 510
b. Keine unbegrenzte Ausdehnung des Folterbegriffs 511
c. Zulässige Gewaltanwendung und Schmerzzufügung 513
d. Akzessorische Pflichten zum Schutze des Folterverbots 515
V Kollisionslösung 517
1. Zulässigkeit der Zufügung „erheblicher Schmerzen“? 517
a. Einstufung der Massnahme: a priori ausgeschlossene Folter? 517
b. Einstufung als Folter im begriffslogischen Sinn? 518
2. Zulässigkeit der Androhung „erheblicher Schmerzen“? 519
a. Androhung erheblicher Schmerzen als Folterandrohung? 519
b. Folterandrohung bei nahezu sicherem Rettungserfolg 520
c. Folterandrohung mit unsicherem Rettungserfolg 521

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs 523
I Problemstruktur 524
II Konfligierende Rechtsgüter 524
1. Lebensrecht 524
2. Menschenwürde? 525
III Kritik des Abschussverbotes 526
1. Skizze der regelethischen Lösung des Bundesverfassungsgerichts 526
2. Kritik der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts 529
a. Lösung auf Basis blosser Postulate 529
b. Rechtsungleichheit durch Ausgrenzung bestimmter Grundrechte 531
c. Wertungswiderspruch 532
d. Unbegründbares Verbot zahlenmässiger Abwägung 533
e. Einseitigkeit der Folgenerwägungen 534
f. Nachhaltigkeitsprobleme 536
3. Kritik der Geltung und Anwendung der Objektformel 537
a. Grosszügiger Begriff der Instrumentalisierung 537
b. Keine Behandlung der Flugzeugentführer als „blosse Objekte“? 539
c. Kritische Betrachtung der (Objektformel-)Rhetorik des BVerfG 541
d. Zwischenfazit zur Objektformel-Kritik und Konklusionen hieraus 543
IV Lösungselemente 544
1. Wertende Gegenüberstellung der Grundrechtsinteressen 544
a. Legitimität quantitativer und qualitativer Bewertung 544
b. Vorrang der grösseren Zahl (quantitative Abwägung) 545
c. Berücksichtigung der Lebensdauer (qualitative Abwägung) 548
2. Prognostische Folgenbewertung 549
3. Einigungsbasierte Argumente 550
a. Hypothetische Einigung zur Solidarität auf Normstufe 550
b. Erwartungs- und Selbstverantwortungsprinzip 552
V Kollisionslösung 552

E. Vermutete Zustimmung zur postmortalen Organspende 554
I Problemstruktur 557
1. Unüblicher Druck zur Solidarität? 557
2. Weiter Kreis der Gleichheit 558

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II Konfligierende Schutzgüter 559
1. Leben, Unversehrtheit und Würde der Organempfänger 559
a. Leben, Lebensqualität und Freiheitsfähigkeit 559
b. Menschenwürde der Patienten auf der Warteliste? 560
2. Selbstbestimmung und Menschenwürde der Organspender 561
a. Selbstbestimmung der postmortalen Organspender 561
b. Menschenwürde der postmortalen Organspender 562
3. Weitere Interessen 565
a. Schutz der Spender ausländischer (Schwarz-)Organmärkte 565
b. Selbstbestimmung bei der altruistischen Lebendspende 567
c. Körperliche Integrität und Persönlichkeitsrechte? 570
d. Religions- und Gewissensfreiheit potenzieller Organspender? 572
III Kritik der Zustimmungslösung 573
1. Effektivität der Widerspruchslösung 573
a. Kritik der Ineffektivitätsthese des Bundesrates 573
b. Gründe für die niedrigere Rate der Ablehnung durch Angehörige im Falle der Widerspruchslösung 577
c. Effektivität und folgenethische Legitimität 580
d. Erleichterte Gespräche mit den Angehörigen 580
e. Ungenügende Auswertung empirischer Studien 581
2. Verletzte Persönlichkeitsrechte wegen „Äusserungspflicht“? 586
3. Fehlen einer ausgeglichenen Folgenerwägung 587
a. Missachtete Sachverhalte 587
b. Abschreckende Metaphern: „Ersatzteillager“ und Kannibalen 587
c. Fiktive Folgen: Seelengefährdungsargumente 589
IV Argumente zugunsten der Widerspruchslösung 590
1. Ernstnehmen des Lebensrechts 590
a. Dringlichkeit des Lebensschutzes 590
b. Deutliche, empirisch fundierte Zahlenverhältnisse 591
2. Relatives Gewicht der Persönlichkeitsrechte 593
a. Interesse am Schutz der Freiwilligkeit der Organspende und an der Verhinderung illegaler Organmärkte 593

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Welche Lösung belastet die Persönlichkeitsrechte stärker? 594
3. Haben Patienten Anspruch auf ein rettendes Organ? 595
4. Akkurate gesetzliche Vermutungen 596
5. Ergänzende einigungsethische Überlegung 598
V Konfliktlösung 599
1. Unechte Grundrechtskollision 599
2. Gebot zur Einführung der Widerspruchslösung 600

Teil 5: Konsolidierte Kollisionsdogmatik 601

A. Begriff und Lösbarkeit der Grundrechtskollision 601
I Identifikation der Grundrechtskollision 601
1. Echte und unechte Kollisionen der Grundrechte 601
2. Abgrenzung zu Kollisionen mit öffentlichen Interessen 602
3. Erforderliche absolute und relative Schwere 603
4. Erwartbarkeit und Rechtsgleichheit 605
5. Anwendung allgemeiner Bewertungs- und Abwägungskriterien 606
6. Sonderfall: Kollisionen mit unantastbaren Rechtsgütern 607
a. Unklare Fälle der (begriffslogischen) Unantastbarkeit 607
b. Klare Fälle: pragmatische Unantastbarkeit 609
c. Zur Möglichkeit von Höchstgüterkollisionen 610
II Allgemeine Verortung der Kollisionslösung 611
1. Kollisionslösung durch Abwägung (Art. 36 Abs. 3 BV) 611
2. Kollisionslösung durch Auslegung 612
a. Vorbemerkung 612
b. Unantastbarkeit als Folge von Auslegung und Abwägung 613
c. Zwischenfazit: Nähe der Auslegung zur Interessenabwägung 614
3. Kollisionslösung ohne Interessenabwägung? 615
a. Allgemein 615
b. Strikter Vorrang (pragmatisch-)unantastbarer Rechtsgüter 616
c. Abwägung in Grenz- und unklaren Fällen 617
4. Zwischenfazit 618

B. Priorisierungsgründe ethisch fundierter Kollisionslösungen 619
I Vorbemerkungen 619
1. Nutzen von Priorisierungskriterien 619

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Gerechtigkeitserwägungen als Teil der Grundrechtsdogmatik 619
3. Vergleichsfähigkeit der Werte 620
4. Drei Typen von Priorisierungsgründen 622
II Wertgründe (unmittelbar folgenethische Gründe) 622
1. Allgemeines 622
2. Höchstrangigkeit des Lebens 624
a. Lebenswert als ontologische Begründungsbasis 624
b. Grundgebot der Lebensdienlichkeit 625
c. Grenzen: Möglichkeit eines fundierten Todeswillens 626
d. Differenzierungen der Werte innerhalb des Höchstwerts 627
3. Gebot der bedürfnisorientierten Grundrechtsgewichtung 629
a. Erkenntnisse auf Basis der Bedürfnishierarchie Maslows 629
b. Vorrang gemäss der Bedürfnisrelevanz grundrechtlicher Ansprüche 630
c. Präzisierung und Vorbehalte 633
4. Gradualität statt Rigorismus 634
a. Gradualität als allgemeines Prinzip 634
b. Gebot probabilistischer Gewichtung von Einschränkungen 636
5. Vorrang des Schutzes von Grundrechtsvoraussetzungen 637
6. Vorrang der erkenntnisstiftenden Kollisionslösung 637
7. Ablehnung metaphysischer Vorrangkriterien 638
III Gleichheitsgründe 639
1. Vorrang der grösseren Zahl 639
2. Vorrang nach Massgabe der Vulnerabilität 640
3. Möglichst gleiche Befähigung 641
IV Einigungsgründe 642
1. Verfassungsgründe 642
a. Keine unmittelbar verfassungsbasierten Lösungen (echter) Grundrechtskollisionen 642
b. Orientierungswerte aus anderen Verfassungsnormen 642
c. Bindung rechtsethisch fundierter Lösungen an die Verfassung 643
2. Respekt der Selbstbestimmung und dessen Grenzen 643
3. Einigung und Einigungsfähigkeit 644
4. Vertrauensprinzip 645

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Verantwortungsprinzip 646

Zusammenfassung 648

I Gerechtigkeit 648
1. Kritik der Regelethik 649
2. Kritische Würdigung der Einigungsethik 650
3. Überzeugungsfähigkeit der Folgenethik 652
II Ethisch fundierte Kollisionsdogmatik 653
1. Ziele der Kollisionslösung 653
2. Auslegung im Kollisionsfall 654
3. Abwägung im Kollisionsfall 655
4. Grenzen und Sonderfälle der Abwägung 657
5. Auswahl konkreter Kriterien der Kollisionslösung 658
III Lösung der Fallbeispiele 660

Literatur 663

Materialien 693

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AMM	Assemblée Médicale Mondiale (Weltärztebund)
ang.	angeblich
Anm.	Anmerkung(en)
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betrifft/betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
Botsch.	Botschaft des Bundesrats
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BV	Bundesverfassung der Schweiz
BVGE	Bundesverwaltungsgericht
BverfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts
c.	contra
CIA	Central Intelligence Agency
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
dig.	digitalisiert bzw. in digitalisierter Form

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d.i.	das ist
ders./dies.	derselbe/dieselbe
DR	Decisions and Reports
dt.	(auf) deutsch
edb.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRR	European Human Rights Reports
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101)
erg.	ergänzt
et al.	et alii/et aliae (lat. für: und andere)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fdst.	Fundstelle(n)
Fn.	Fussnote
FoK	UN-Antifolterkonvention (SR 0.105)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Grosse Kammer
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Criminal Court
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engen Sinn
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiten Sinn
Jhdt.	Jahrhundert

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kap.	Kapitel
KK	Kleine Kammer
Komm.	Kommentar
KRK	UN-Kinderrechtskonvention (SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)
lat.	Latein
lit.	littera (Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
m.V.a.	mit Verweis auf
m.W.	meines Wissens
N.	Nummer
nachf.	nachfolgend
NEK	Nationale Ethikkomission für Humanmedizin
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.a.	oder andere(s/r/n)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
pmp	Spender pro Million Einwohner
pos.	Position (in E-Büchern)
RDS	Revue de droit suisse/Zeitschrift für Schweizerisches Recht
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
sect.	sectio (dt.: Abschnitt)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(s/r/n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 331.0)

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

TPG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz; SR 810.21)
Vorb.	Vorbemerkung(en) zu
u.a.	und andere
u.d.m.	und dergleichen mehr
u.d.Ü.	unter der Überschrift
u.U.	unter Umständen
UN-CHR	United Nations Commission on Human Rights (UN-Menschenrechtskommission [MrK])
UNHRC	United Nations Human Rights Council (UN-Menschenrechtsrat)
UN-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)
UN-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
VlG	Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz; SR 172.061)
vs.	versus
v.u.Z.	vor unserer Zeitrechnung
Z.	Zeile
ZAG	Zwangsmassnahmengesetz (SR 364)
ZAV	Zwangsmassnahmenverordnung (SR 364.3)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/ Revue de droit suisse
z.T.	zum Teil

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einleitung

> „In der Wissenschaft haben die Überzeugungen kein Bürgerrecht, so sagt man mit gutem Grunde: erst wenn sie sich entschließen, zur Bescheidenheit einer Hypothese, eines vorläufigen Versuchs-Standpunktes, einer regulativen Fiktion herabzusteigen, darf ihnen der Zutritt und sogar ein gewisser Wert innerhalb des Reichs der Erkenntnis zugestanden werden – immerhin mit der Beschränkung, unter polizeiliche Aufsicht gestellt zu bleiben, unter die Polizei des Mißtrauens."[1]
> Friedrich Nietzsche

A. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung ist eine der stets grossen Herausforderungen der Grundrechtsdogmatik und -praxis: die Grundrechtskollision.[2] Im Zentrum stehen Kollisionen, die existenzielle Grundbedürfnisse und damit zentrale Grundrechte der Menschen betreffen. Beispiele hiervon äussern sich in folgenden Fragen:

Darf der Staat ein entführtes Passagierflugzeug abschiessen, um zu verhindern, dass es als Tatwaffe zur Tötung einer grösseren Zahl Menschen eingesetzt wird? Sind Zwangsimpfungen möglich, wenn sie zur Verhinderung einer für mehrere Menschen tödlichen Epidemie notwendig sind? Darf der Staat von der Einwilligung aller Personen in die postmortale Organspende ausgehen, die dies zeitlebens nicht explizit ablehnten? Dürfen Hungerstreikende durch Zwangsernährung daran gehindert werden, sich selbst irreversibel zu schädigen oder gar zu töten? Darf der Staat zur Rettung entführter Touristen Lösegeld bezahlen? Darf man einen Entführer im Verhör durch Drohungen oder gar Zufügung von Schmerzen unter Druck setzen, in der Hoffnung, so das entführte Kind zu retten?

Das ist die Grundrechtskollision: ein ethisches Dilemma auf Verfassungsebene. Die obigen Fragen werden in dieser Arbeit behandelt; vier hiervon ausführlich[3] (jene zur Zwangsimpfung und jene zur Lösegeldzah-

---

1 Nietzsche, FW (5), N. 344.
2 Vgl. Biaggini, BV, Art. 35 N. 14; Soma, Droit de l'homme, 218 Fn. 1006.
3 Hinten, Teil 4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung erforderten zur gründlichen Beantwortung mehr empirisches Wissen, als mir verfügbar war).

Ziel dieser Arbeit ist (unter anderem mithilfe der Lösung der spezifischen Fälle) die Klärung folgender Grundfrage: Welche Kriterien und Prinzipien sind bei der Lösung von Grundrechtskollisionen zu beachten?

Es gilt, einen Beitrag zur Dogmatik der Grundrechtskollision zu leisten. Isolierte Lösungen in exotischen Einzelfällen brächten wenig, wenn man aus ihnen nicht Rückschlüsse für die Kollisionsdogmatik gewinnen könnte. Die hierin erarbeiteten Kriterien sollen nicht nur für die spezifisch untersuchten Fallbeispiele Gültigkeit beanspruchen können, sondern im Rahmen aller Grundrechtskollisionen; besonders jener, bei denen existenzielle Güter auf dem Spiel stehen.

Grundrechtskollisionen sind ein Prüfstein des Rechtsstaates. Dessen Ruf steht auf dem Spiel. Der Staat garantiert Grundrechte direkt (Art. 7–36 BV) und indirekt (über die Massgeblichkeit des Völkerrechts und die Anerkennung der kantonalen Verfassungen) in seiner Verfassung. Durch diese Garantie an prominenter Stelle schürt er tiefe Erwartungen. Gerade bei Einschränkungen ungewöhnlichen (nicht generell erwartbaren) Umfangs – so bei Tötungen oder unterlassenem Schutz vor Tötungen – besteht daher ein erhöhter Rechtfertigungsdruck. Der Staat muss das Versagen des prima facie gebotenen Schutzes, zu dem es im Kollisionsfall kommen kann, erklären können. Scheitert die Begründung, warum ein Grundrecht zugunsten eines anderen aufzugeben sei, erleidet nicht nur das vermeintlich nachrangige Grundrecht einen Schaden, sondern auch der Rechtsstaat selbst. Er büsst an Glaubwürdigkeit ein.

Auch deshalb ist die Grundrechtskollision der grundrechtsdogmatische Problemfall par excellence, was das Schreiben dieser Arbeit legitimiert. Ihr Ziel ist es, Wege und Bedingungen der optimalen Grundrechtsverwirklichung aufzuzeigen – und damit einen Beitrag zur Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates zu leisten.

Nur auf Basis der gegebenen Rechtsnormen und der bestehenden verfassungsgerichtlichen Praxis lässt sich freilich bei Weitem nicht jede Grundrechtskollision (auf befriedigende Weise) lösen. Wo der Rechtfertigungsdruck besteht, das positive Recht aber kaum Rechtfertigungsmittel anbietet, bieten sich Gerechtigkeitserwägungen als Rechtfertigungsgrundlage an. Insofern ist die Grundrechtskollision eine ethische Problematik. Gerechtigkeitsfragen sind jedem Grundrechtsproblem vorgelagert: Schon die Existenz der Grundrechte ist Ausdruck von Gerechtigkeitsvorstellungen. Dass es auch bei der Kollisionslösung auf Gerechtigkeitsfragen ankomme, ist kaum umstritten. Doch bei der Frage, was Gerechtigkeit sei, zeigen

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich tiefe Meinungsverschiedenheiten. Um nützliche und fundierte grundrechtsdogmatische Antworten zu liefern, muss diese Arbeit daher in kritischer Weise der Frage nachgehen, auf welche Gerechtigkeitstheorien bei der Bewertung kollidierender grundrechtlicher Interessen abzustellen sei.

Gerade weil diverse Gerechtigkeitstheorien für die Lösung ethischer Dilemmata und damit von Grundrechtskollisionen vielseitige Lösungsmittel zur Verfügung stellen, sind die kritische Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitsfragen und das Zurückweisen unfundierter Ansätze nötig. Es wäre heikel, wenn gewisse gerade verbreitete Vorstellungen des Richtigen ohne kritische Überprüfung zu strikten Dogmen der Grundrechtslehre heranwüchsen; Dogmen, die der Staat nicht zuletzt mit (eigener oder nichtverhinderter) Gewalt verwirklicht.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Schwerpunkt der Arbeit ist die Besprechung der Thematik der Grundrechtskollision aus grundrechtsdogmatischer Warte[4], der zweite die Erörterung derselben Thematik aus der Perspektive der Gerechtigkeitstheorien.[5] Nach der Probe anhand von Fallbeispielen[6] finden die rechtlichen und ethischen Erkenntnisse in einer konsolidierten Kollisionsdogmatik zusammen.[7]

In *Teil 1* werden relevante Begriffe definiert und der Arbeit quasi als Prämissen vorangestellt. Zudem legt der Verfasser hier sein Verständnis der Wissenschaftlichkeit des Rechts dar, das später auch in den grundrechtsdogmatischen Ausführungen und bei den konkreten Kollisionslösungen eine Rolle spielt.

In *Teil 2* werden grundrechtsdogmatische Fragen nach der richtigen Auslegung und Anwendung des Rechts im Kontext der Grundrechtskollision ausgeleuchtet. Punktuell kommt es bereits zu Besprechungen praktischer Probleme; vereinzelt werden Gerechtigkeitsfragen vorweggenommen, die vertieft in Teil 3 der Arbeit behandelt werden (z.B. zur Struktur unantastbarer Rechtsgüter[8]).

---

4 Hinten, Teil 2.
5 Hinten, Teil 3.
6 Hinten, Teil 4.
7 Hinten, Teil 5.
8 Dazu hinten, Teil 2, C.V.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 3 untersucht Gerechtigkeitsfragen mit dem Ziel, ethisch fundierte Kriterien zur Kollisionslösung zu identifizieren. Es werden nebst Querschnittsfragen drei Typen von Gerechtigkeitstheorien besprochen: die Regelethik, die Einigungsethik und die Folgenethik. Es zeigt sich, dass sich nur Letztere zur Gerechtigkeits*begründung* eignet, jedoch verschiedene Gerechtigkeits*strategien* möglich sind. Schliesslich werden Heuristiken der Gerechtigkeit identifiziert, die bei der Kollisionslösung dienlich sind.

In *Teil 4* findet sich die Besprechung von vier Fallbeispielen. Die ausgesuchten Fälle lassen sich drei Kollisionstypen zuordnen: der *paternalistischen Rettung* (Zwangsernährung im Hungerstreik), der *aggressiven Rettung* („Rettungsfolter"; Flugzeugabschuss zur Terrorabwehr) und der *forcierten Solidarität* (vermutete Organspendezustimmung). Dadurch werden zentrale Erkenntnisse aus den vorherigen Teilen der Arbeit auf die (praktische) Probe gestellt.

Teil 5 führt die Erkenntnisse in eine konsolidierte Kollisionsdogmatik über. Von praktischer Bedeutung ist vor allem die Zusammenstellung der Prinzipien und Kriterien, die zur Beurteilung des Vorrangs eines Grundrechts im Kollisionsfall zu beachten sind. Des besseren Verständnisses wegen werden einige Problemdimensionen vertieft.

Zu bemerken ist, dass der Aufbau der Arbeit nicht mit dem Erkenntnispfad des Verfassers korrespondiert. Weil der durchschnittliche Leser Jurist (Verfassungsrechtler) sein dürfte, erfolgt die grundrechtsdogmatische vor der ethischen Erörterung. Das hindert aber nicht daran, bei partiellem Interesse die Lektüre direkt in Teil 3 oder Teil 4 zu beginnen.

C. Grenzen der Untersuchung

Die Arbeit konzentriert sich auf die Frage, wie der Staat Grundrechtskollisionen auflösen soll. Ziel ist es, Lösungskriterien darzulegen, die dem staatlichen Funktionsträger helfen, mit konkreten Grundrechtskollisionen umzugehen und die gewählten Lösungen plausibel zu begründen. Verfahrensfragen (etwa die Frage, auf welchem Rechtsweg das Individuum den Schutz seiner Grundrechte durchsetzen oder Reparatur für Verletzungen erwirken kann) werden nur am Rande besprochen. Dass es wirksame Verfahren gibt, wird hier vermutet (obwohl dies bisweilen selbst auf höchstem Niveau nicht zutrifft[9]).

9 Siehe etwa die verbreitete Praxis des EGMR, Beschwerden ohne geringste Begründung von einem Einzelrichter zurückweisen zu lassen, wobei in besonders krassen

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Meine Arbeit ist leider kein Ratgeber für Menschen, die sich die Anerkennung der Grundrechte in ihren Staaten erst noch erkämpfen müssen. Die Arbeit richtet sich an Juristen in einem demokratischen Rechtsstaat – und an alle Organe eines solchen Staates, die an der Grundrechtsverwirklichung mitwirken.

Zuletzt bereichert meine Arbeit die Welt kaum mit neuen, sachrelevanten empirischen Daten (trotz Empiriefreundlichkeit). Das überlässt sie jenen, die über die besseren Werkzeuge hierzu verfügen. Sie muss daher in gewissen Bereichen auf Vermutungen aufbauen und sich mit bedingten Schlussfolgerungen begnügen.

Fällen der vermeintlich urteilende, signierende Richter die Sprache der Beschwerde [Französisch] nicht versteht und damit bestenfalls der Gerichtsschreiber, wahrscheinlich aber der *Référendaire* den Zugang zum höchsten Gericht faktisch nach freiem Ermessen verwaltet.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 1: Begriffliche und methodische Prämissen

A. Vorbemerkung: Nutzen der Definition

Aus Sümpfen zieht man keine Konsequenzen, stellte Lec fest.[10] Damit könnte er gemeint haben, was bereits Hobbes beargwöhnte: den Versuch, eine Sache mit undefinierten Worten zu beweisen. Darin sah er die erste aller Ursachen widersinniger Schlüsse.[11] Wer seine Argumente auf unklaren Begriffen aufbaue, verfange sich in Worten wie Vögel in Leimruten.[12] Diese Falle nimmt man indes auch heute öfters in Kauf, folgt man Schneider, der konstatiert: Definieren sei eine Kunst, die keiner kann und viele nicht einmal wollen.[13]

Die Notwendigkeit von Definitionen folgt aus den Risiken von Missverständnissen bei fehlender Definition. Wenn zum Beispiel Gelb[14] jede

---

10 Lec, Unfrisierte Gedanken, 27.

11 Hobbes, Leviathan, Teil 1 Kap. V, 86: „The first cause of Absurd conclusions I ascribe to the want of Method; in that they begin not their Ratiocination from Definitions; that is, from settled significations of their words: as if they could cast account, without knowing the value of the numerall words, one, two, and three." (Hervorhebung entfernt).

12 Hobbes, Leviathan, Teil 1 Kap. IV, 66: „[A] man that seeketh precise *truth* had need to remember what every name he uses stands for, and to place it accordingly; or else he will find himself entangled in words, as a bird in lime twigs; the more he struggles, the more belimed."

13 Schneider, Wörter, 197; vgl. Lay, Dialektik, 37, der ein trauriges Kapitel unserer Gegenwartsgeschichte darin sieht, „daß die meisten Menschen nicht mehr in der Lage sind, zu sagen, worüber sie eigentlich reden."

14 Gelb, Blau und andere Farbnamen stehen hier für nicht näher bestimmte Personen (so auch in: Parfit, On What Matters). Sie sind neutral: Man assoziiert sie anders als die meisten Vornamen nicht mit einem biologischen Geschlecht – und auch nicht mit einem Kulturkreis. Ob Gelb Frau oder Mann ist, soll wie andere Identitätsfragen nicht interessieren, wo es um den Menschen überhaupt geht. Farbnamen eignen sich damit zur Beachtung der gerade an Universitäten verbreiteten Vorstellung von der gerechten Sprache. Zentral ist dabei die These, die klassische Grammatik zementiere Diskriminierungen; vor allem durch das generische Maskulin. Für Arbeiten an der Universität Bern scheint dessen „ausschliesslicher" Gebrauch als Qualitätsmangel definiert: vgl. das Vorwort des Vizerektorats für Qualität in: M. Reisigl, Geschlechtergerechte Sprache. Empfehlungen für die Universität Bern, 2017 (abrufbar auf <https://boris.unibe.ch>); vgl. die Erläuterung der Gleichstellungsabteilung, Rubrik Sprache: Die „ausschliessliche"

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Androhung geringfügiger Schmerzen als Folter einstuft, Blau hingegen nur das Zufügen schwerster Schmerzen, kann es zu Schein-Meinungsverschiedenheiten kommen. Gelb und Blau können zwar unterschiedlicher Meinung in Bezug auf die ausnahmsweise Zulässigkeit der je anders verstandenen Folter sein (weil Gelb vor dem Hintergrund des sehr weiten Folterbegriffs Ausnahmen für notwendig hält, Blau dagegen nicht), im Resultat können die beiden zugleich die exakt gleichen konkreten Handlungen als absolut verboten ansehen. Umgekehrt herrscht die Illusion von Konsens, wenn beide für ein unbedingtes (oder beide für ein in extremen Fällen ausnahmefähiges) Folterverbot eintreten.

Vereint sich die Unbestimmtheit eines Worts mit der Illusion der Klarheit – weil jeder in die Vagheit hineinzudenken neigt, was er begreifen kann (und will) –, droht die Verwendung solcher Worte im Diskurs eine erkenntnisorientierte Verständigung erheblich zu erschweren.[15] Vage Worte, die erhabene Assoziationen wecken, eignen sich zudem zur Manipulation der Massen.[16] Alleine die Karriere der *égalité* belegt, wie solche Worte erstrebenswerte Ziele bezeichnen, aber auch (bereits bei Robespierre und Saint-Just) die Ermordung von Personen scheinbar legitimieren können, die der totalen Umsetzung der Ideale vermeintlich im Wege stehen.[17]

Verwendung männlicher Personenbezeichnungen erfülle den Qualitätsanspruch nicht (abrufbar auf: <www.unibe.ch/universitaet/portraet/selbstverstaendnis/gleichstellung/schwerpunkte/>). Dem Verbot der Ausschliesslichkeit generischer Maskulina wird hierin mit Farbnamen und anderen Ausweichformen entsprochen. Die Lösung ist diskret und will es sein: Fragen der Geschlechtergleichheit sind nicht Teil der hier untersuchten Gerechtigkeitsfragen. Den Lesenden soll keine aufdringliche Metabotschaft ins Auge springen; dies drohte, wenn konsequent die modernen Doppelformen (Richterinnen und Richter, Kindesentführerinnen und Kindesentführer; Störerinnen und Störer) benutzt würden. Kurz: Das generische Maskulin wird in dieser Arbeit nicht ausgemerzt. Kommt es vor, verrät es bei allem Vorurteil (auch sie ist Störer) nichts über das Geschlecht, ganz wie diverse Feminina (Person, Justiz) und Neutra (Mädchen, Kind, Opfer), deren generisches Geschlecht sich ebenfalls nicht auf Diskriminierungen zurückführen lässt oder diese schürte. Für die Kürze meiner Begründung um Verständnis bittend, verweise ich auf: Walter, Stilkunde, 215 ff.; Claudia Mäder, NZZ 6.11.2018, Lassen wir die Sprache menschlich sein; Claudia Wirz, NZZ 8.7.2013, Neusprech für Fortgeschrittene; Sieglinde Geisel, NZZ 7.4.2016, Liebe/r Leser*in; Katharina Fontana, NZZ 4.8.2015, Widerstand gegen die deutsche Sprachpolizei; Schneider, Briefträger, 35–38.

15 Vgl. Schneider, Wörter, 139–140.

16 Schneider, Wörter, 139.

17 Vgl. Schneider, Wörter, 137 ff., mit ausführlicher Fallstudie zur ambivalenten Karriere des Worts der Gleichheit; für die Instrumentalisierung der *volonté géné-*

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorsicht ist daher auch bezüglich der grossen Worte der Zeit angezeigt: Nachhaltigkeit und Menschenwürde bezeichnen wichtige Werte, sind aber so biegsam wie bedeutsam. Es ist zu hoffen, dass diese Worte nicht (etwa durch die Sakralisierung bestimmter Deutungen) zur blossen rhetorischen Waffe verkommen, durch die ideologisch motivierte Begierden und Ideen im politischen Diskurs an der kritischen Analyse vorbeigeschmuggelt werden sollen.[18]

B. Recht

I Normen der Rechtsordnung (Merkmale)

Die Rechtsordnung zeichnet sich im vorliegenden Verständnis dadurch aus, dass sie aus Normen besteht, die in der Gesellschaft offiziell Geltung beanspruchen, was sich etwa an der Einhaltung von relativ beständigen Form-, Verfahrens- und Kompetenzvorschriften zeigt.[19] Zudem werden Rechtsnormen eher eingehalten als missachtet[20], was von der zuständigen Ordnungsmacht unter anderem durch bestimmte (zur künftigen Befolgung anreizende) Reaktionen auf Verstösse bewirkt wird. Der Rechtsbegriff enthält zudem einen Richtigkeitsanspruch.[21]

Es genügt nicht, dass das Recht gesetzt oder gesprochen wird, es wird auch erwartet, dass es gewisse minimale Richtigkeitskriterien erfüllt.[22] Das Recht würde kaum als Recht wahrgenommen, wenn es völlig ungeeignet wäre, zwischenmenschliche Fragen sinnvoll (in einer allen dienenden Weise) zu regeln.[23]

---

rale siehe: Russell, History, 636; Levy, Idiocy of Idealism, 87–112. Vgl. auch Isensee, § 190, N. 287.

18 Vgl. Kley, Sakralisierung; Kley, Menschenwürde als Rechtsprinzip?, 280.

19 Vgl. Wesel, Juristische Weltkunde, 39 ff.

20 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 133.

21 Bereits Montesquieu, Pensées, N. 460: Eine Sache sei nicht richtig, weil sie Gesetz ist, sondern sie soll Gesetz sein, weil sie richtig ist; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 43; Alexy, Juristische Argumentation, 242; ders., Begriff und Geltung, 39 ff.

22 Siehe hiernach, Teil 1, B.II und vertiefend hinten Teil 3, F.3 – 4.

23 Montesquieu, Pensées, N. 174, 187: Ungerechtes Recht ist unvorteilhaft gegenüber bestimmten Personen, ohne dass es zugleich geeignet wäre, denselben Personen zu dienen; ebd., 186: „[L]a loi de l'esclavage n'a jamais pu lui être utile, elle est dans tous les cas contre lui sans être jamais pour lui, ce qui est contre le principe fondamental de toutes les sociétés".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Frage, wodurch sich Recht auszeichnet, ist von jener zu trennen, warum es wirkt. Es gibt höchst unterschiedliche Gründe, warum sich Menschen an rechtliche Regeln halten: Grau denkt, die Vorschriften seien sinnvoll; Türkis gehorcht aus Gewohnheit; Silber aus Zufriedenheit mit dem Status quo; Lila hat gesetzestreue Freunde, deren Verhalten er imitiert; Kobalt respektiert auch Vorschriften, die sie gerne anders hätte, um andere nicht zum Regelbrechen anzustiften; Rot käme wegen enger sozialer Kontrolle durch Angehörige nicht auf die Idee, gesetzesbrüchig zu sein; Ocker verzichtet einzig deshalb auf strafbare Handlungen, weil sie denkt, die Strafverfolgungsbehörden kämen ihr auf die Schliche.

Weil Grundrechte einen Staat voraussetzen, der zu ihrer Verwirklichung effektiv beiträgt (auch auf der Horizontalebene), muss dieser Staat die Vielseitigkeit der Motive zur individuellen Regeltreue beachten und sie möglichst einkalkulieren. Das öffnet ein Betätigungsfeld der Rechtssoziologie und Rechtspsychologie, die hier nicht im Vordergrund stehen. Eine hierin wichtige Frage ist die nach dem Geltungsgrund (i.S.d. Geltungswürdigkeit) des Rechts:

II Einigungsbasis

Die Einigung ist vorliegend das legitimierende Prinzip des Rechts schlechthin.[24] Rechtsnormen gelten, weil (und wenn) sie Ausdruck einer realen oder jedenfalls plausiblen hypothetischen Einigung sind. Nicht nur Vereinbarungen unter Privaten, sondern auch alles öffentliche, auf demokratische Verfahren zurückgehende Recht weist einen Vertragscharakter auf.[25] Das Recht demokratischer Staaten ist vermutungsweise stets geltungswürdig, weil die normgebende Gesellschaft es in einem der hierzu vorgesehenen Verfahren vereinbarte. In diesem Sinne ist *pacta sunt servanda*[26] der Leitgedanke allen direkt oder indirekt demokratisch legitimierten Rechts.

---

24 Zur vertieften Begründung insb. hinten, Teil 3, F.II.3.

25 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Vol. I, 94: „La distinction [zwischen privatem und öffentlichem Recht] porte son âge: celui d'une époque où, politiquement, l'Etat avait pour finalité essentielle de garantir le déroulement libre et régulier de la vie sociale. Les temps ont changé: partout les activités privées et publiques s'interpénètrent, et la finalité étatique s'est diversifiée en une multiplicité d'objectifs sociaux et économiques."

26 Zum Grundsatz ausführlich: Landau, Pacta sunt servanda, 457–474; vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 5, N. 14, insb. zur Bedeutung in Naturrecht und Völkerrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Skeptiker mag daraufhin einwenden: Möglich, dass in der idealen Welt alles Recht frei vereinbart sei und einem ebenso idealen Konstrukt des vernünftigen Willens der Betroffenen entspreche, dem alle harmonisch Folge leisten. Doch in der Realität sei das geltende Recht oft nicht einmal das Produkt der Beteiligung einer Mehrheit. An der politischen Willensbildung seien nur wenige beteiligt, die Beteiligten selten frei von Zwängen, seltener wohlinformiert; das resultierende Recht sei oft missverständlich formuliert; selbst wo verständlich, sei ungewiss, ob es wirke. Kurz: Die Idee des Rechts als Einigung zerschelle an der Härte der Realität. Dieser Einwand zeigt, wie wichtig es ist, die Akzeptabilität des Rechts nicht von Idealen abhängig zu machen. Denn der Gegeneinwand lautet: Die Einigung ist nicht binär strukturiert; zwischen totaler Fremdbestimmung und harmonischem Konsens gibt es viele Stufen.

Wer die Einigungsbasis des Rechts graduell würdigt[27], kann geltendes Recht an ihrer Einigungsfähigkeit kritisch messen, ohne von jedem Partizipationsmangel auf inakzeptables Unrecht zu schliessen. Zum Recht (freilich geringer Legitimität) gehören demnach auch Regeln, die bloss knapp erträglich sind und insofern etwas Akzeptabilität aufweisen. Es muss möglich sein, das Recht einer exekutivlastigen Demokratie mit geringen Partizipationsmöglichkeiten oder einer Monarchie mit umfassenden Konsultationsverfahren (beide haben immerhin einen rudimentären Einigungscharakter) einerseits vom „Recht" einer Diktatur oder Scheindemokratie anderseits zu unterscheiden, das auf Gewalt oder Täuschung beruht und hiervon abhängig ist.

Woran erkennt man, ob das Recht eine Minimaleinigung enthält? Am Kontext: Ein wichtiges Indiz ist das Unterbleiben gewaltsamen Widerstands gegen dieses Recht.[28] Wer sich gegen das ihm auferlegte Recht nicht (ausserrechtlich) wehrt, drückt eine Art passiver Zustimmung aus, solange das Unterbleiben von Widerstand weder auf Täuschung, Angst vor ernstlichen Konsequenzen oder schlicht absoluter Hilfslosigkeit zurückzuführen ist. Das Kriterium der Abwesenheit der Täuschung bedingt, dass die Rechtsunterworfenen Zugang zu kritischen Informationen haben und nicht durch Propaganda noch so subtiler Art (z.B. bei Manipulation der Meinungsbildung durch „Trolle", Sockenpuppen und andere *discourse saboteurs* in Internetforen[29]) irregeführt werden. Ein notwendiges Indiz

27 Vgl. hinten, Teil 3, C.I.2.b; zur Gradualität als Prinzip zudem hinten, Teil 3, A.V.

28 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1211 ff., zum Recht auf Widerstand.

29 Siehe zum prominentesten Fall einer von einem anderen Staat orchestrierten Einflussnahme auf die demokratische Willensbildung: Jane Mayer, How Russia

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinreichender Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit ist m.E. die schlichte Existenz der Kritik gegen Machthaber in Medien, die einem grösseren Teil der Bevölkerung zugänglich sind. Das Fehlen von Kritik muss wegen der natürlichen menschlichen Rivalitäten und politischer Geschmacksunterschiede als demokratisch schlicht unmöglich gelten – selbst wo Regierungen vortreffliche Arbeit leisten. Das Kriterium fehlender Angst vor ernstlichen Konsequenzen bei Widerstand setzt voraus, dass Menschen, die gegen die herrschende Ordnung aufbegehren, nicht mit existenzbedrohenden Sanktionen rechnen müssen.[30] Niemand, der berechtigten oder unberechtigten Widerstand leistet, sollte damit rechnen müssen, dass er ermordet oder gefoltert wird oder es allein deswegen zu schweren Verletzungen der persönlichen Freiheit kommt; auch darf niemand Anlass zur Befürchtung haben, seine Angehörigen gerieten durch seinen Widerstand in Gefahr oder würden in der Gesellschaft ausgegrenzt (z.B. wenn dem Sohn der Verfasserin eines regierungskritischen Artikels der Ausschluss aus der Schule oder die Diskriminierung durch Lehrkräfte droht). Zuletzt setzt das Kriterium der Widerstandsfähigkeit voraus, dass die sozialen Bedingungen der sicheren Existenz nicht angegriffen werden; wenn Personen, denen staatliche Macht anvertraut wurde, Regimekritiker als Feinde der Nation stigmatisieren und damit in gewissen Kreisen – gegenüber der eigenen, hochgepeitschten Basis – als vogelfrei erklären, ist unweigerlich an der Rechtlichkeit (Einigungsfähigkeit) allen Rechts zu zweifeln, das die auf solche Massnahmen offenbar angewiesenen Herrscher veranlassen.

Kurz: Alles Recht basiert auf einer zumindest passiven und schwachen Form der Einigung. Was nicht als Produkt der Einigung informierter und widerstandsfähiger Personen angesehen werden kann, ist nicht Recht – so sehr es auch regelartig und wirksam sein mag. Das muss auch in Bezug auf die Grundrechte und ihre Auslegung gelten.[31]

---

helped swing the election for Trump, 24.9.2018, mit ausführlicher Diskussion der Forschungsergebnisse von Kathleen Hall Jamieson, die den treffenden Begriff des „*discourse saboteurs*" verwendet, abrufbar auf: <www.newyorker.com/magazine/2018/10/01/how-russia-helped-to-swing-the-election-for-trump/amp> (zuletzt abgerufen am 12.10.2018).

30 Vgl. mit Bezug auf eine etwas andere Frage Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 135: „Die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit darf zuweilen Zivilcourage verlangen, nicht jedoch Heldenmut oder Abenteuerdrang."

31 Für ein Beispiel, wo der Konsensgedanke bereits von Bedeutung ist, siehe die Praxis des EGMR zur „margin of appreciation"-Doktrin, wonach der Spielraum der Staaten bei der Umsetzung von Garantien der EMRK auch davon abhänge,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Fehlerkalkül

Die Unvollkommenheit der Gesetze ist ein populärer Gemeinplatz.[32] Doch postuliert kaum jemand ernsthaft ihre Entbehrlichkeit. Um unserer Freiheit willen, so Cicero, sind wir Diener der Gesetze.[33] Der Mangel am Gesetz begründet nicht die Unvernünftigkeit der Gesetzesbindung, für die auch andere, von der materiellen Richtigkeit unabhängige Gründe sprechen. Zu bedenken ist vor allem, dass die konsequente Einhaltung und Durchsetzung der Gesetze der Berechenbarkeit und der Publizität des Rechts und damit der Rechtssicherheit dienen.[34] Insofern ist Legalität ein Modus der Begründung von Legitimität[35] und folglich ist in jeder Abwägung für und wider die Gesetzesgeltung der Eigenwert der Legalität zu beachten. Das heisst, bei der Prüfung, inwieweit (etwa seitens der Gerichte) an gesetzlichen Regelungen festzuhalten ist, ist ein *legalistisches Fehlerkalkül* nötig.[36] Wo die Gesetze demokratisch legitimiert sind, ist zudem ein *demokratisches Fehlerkalkül* geboten. Demokratische Gesetze sollten nicht bloss toter Buchstabe sein, weil sonst ein Glaubwürdigkeits-

---

ob in der Staatenpraxis ein Konsens im Entstehen begriffen sei EGMR, *Glor v. Switzerland* (2009), 3444/04, § 75: „Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must, however, have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved. One of the relevant factors in determining the scope of the margin of appreciation left to the authorities may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States"; EGMR, *Evans v. UK* (2007), GK, 6339/05, § 45.

32 Honoré de Balzac, La maison Nucingen, Paris 1838, Arvensa E-Book, 66: „Les lois sont des toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites."; Adolphe-Basile Routhier, Le Centurion. Roman des temps messianique, 1909, Teil 4, Kap. X, 382: „Il n'est pas nécessaire d'être avocat ou magistrat pour savoir que la légalité et la justice sont loin d'être synonymes."

33 Cicero, Pro Cluentio, N. 53, 146: „Legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus."

34 Radbruch, Rechtsphilosophie, 178: „[W]ie ungerecht immer das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge, es hat sich gezeigt, daß es *einen* Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit" (eine von Radbruch selbst nach 1945 relativierte Position: siehe ders., Gesetzliches Unrecht, passim); Kriele, Staatslehre, 117, 140 ff.; Potacs, Rechtstheorie, 57 f.; Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 144; ausführlich zudem Dreier, Recht und Moral, 188–199, m.H.; vgl. Tschentscher, Optimization, 9; Winzeler, Variationen, 181 ff. Ferner Russell, Moral Philosopher, 335.

35 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 124 ff.; vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Vol. I, 622: „Aujourd'hui, on fait un pari sur la raison de la norme."

36 Potacs, Rechtstheorie, 57 f., 127; vgl. Kriele, Staatslehre, 117.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verlust droht; und wo die Inhaber politischer Rechte ihr Vertrauen in die Ernsthaftigkeit demokratischer Partizipationsmöglichkeiten verlieren, drohen sie die Loyalität zur Demokratie zu verlieren – und damit die Bereitschaft, sich gegen allfällige antidemokratische Umtriebe zu wehren.[37] Aus diesem Grund sollten sich Gerichte davor hüten, demokratisch legitimiertes, für sich betrachtet etwas ungerecht erscheinendes Recht voreilig „moralisch" zu korrigieren. Längerfristig dürfte es um die Gerechtigkeit in der Gesellschaft besser bestellt sein, wenn diesbezüglich ein Prinzip der Zurückhaltung besteht.

Kurz: Legalität und Demokratie dienen der Freiheit und dem Wohl der Menschen und sind damit Grundpfeiler elementarer Gerechtigkeit. Die Bindung ans demokratisch legitimierte Gesetz ist trotz aller Unvollkommenheit stets vermutungsweise richtig. Das legalistische und das demokratische Fehlerkalkül (kurz: das *Fehlerkalkül des demokratischen Rechtsstaats*) erklären, warum die Gesetzesbindung besonders der exekutiven und judikativen Staatsgewalten grundsätzlich inhaltsunabhängig richtig ist.[38]

C. Moral

I Moral vs. Recht

1. Probleme der Verbindungs- und der Trennungsthese

Der sichtbarste Unterschied der Rechtsordnung zur Moralordnung ruht in den Verfahren der Normgenese und Normdurchsetzung: Recht wird im organisierten Verfahren beschlossen, ist meist schriftförmig und durchsetzbar; Moral entsteht formunabhängig und wirkt unabhängig von staatlichen Durchsetzungsmechanismen.[39]

Eine praktisch relevante Frage lautet, ob ungeachtet der Formunterschiedlichkeit für staatliche Funktionsträger zulässige Wege bestehen, Erkenntnisse aus der Moral auf eine das positivierte Recht erweiternde Weise unmittelbar einzubringen. Ob dies möglich ist, hängt davon ab, ob von einer *Trennungsthese* oder einer *Verbindungsthese* auszugehen ist.[40]

---

37 Vgl. Winzeler, 181 ff.
38 Radbruch, Rechtsphilosophie, 178.
39 Vgl. Horster, Postchristliche Moral, 496 f.
40 Ausführlich hierzu etwa: Horster, Postchristliche Moral, 495 ff., insb. 502.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für Vertreter der Trennungsthese sind Moral und Recht zwei unabhängige Regelordnungen.[41] Das Recht gilt als ein in sich geschlossenes und von Gerechtigkeitsnormen unabhängiges System.[42] Die moralische Kritik des Rechts kommt hier stets nur von aussen.[43] Aus diesem Grund wird befürchtet, bei Annahme der Trennungsthese sei das Recht zu wenig dynamisch.[44] Ein Vorzug der Trennungsannahme ist der Gewinn an Klarheit beim Kritisieren moralisch verwerflichen Rechts, weil Recht als moralisch neutral gedacht und die moralische Zulässigkeit des zu kritisierenden Rechts nicht vermutet wird.[45] Zudem sind bei Annahme der Trennung der Ideologisierung des Rechts höhere Hürden gestellt.[46]

Die Verbindungsthese betont dagegen die Einheit von Recht und Moral. Recht sei begriffsnotwendig gerechtigkeitsbasiert.[47] Rechtsnormen können daher auch direkt moralisch begründet werden.[48] Für die Verbindungsthese spricht, dass Recht und Moral fast identische Interessen schützen. Gerade die Auslegung der Grundrechte, die ohne Gerechtigkeitserwägungen kaum denkbar ist[49], illustriert den engen Bezug. Die Verbindungsthese birgt aber Risiken. Sie kann Richter und Rechtsanwender dazu verleiten,

---

41 Eindrücklich Hart, Positivism, insb. 595–597, in Bezug auf die von Austin und Bentham vertretene Trennungsthese: „Both thinkers' prime reason for this insistence [on the separation of law as it is and law as it ought to be] was to enable men to see steadily the precise issues posed by the existence of morally bad laws […]. […] Bentham was especially aware, as an anxious spectator of the French revolution, that […] the time might come in any society when the law's commands were so evil that the question of resistance had to be faced, and it was then essential that the issues at stake at this point should neither be oversimplified nor obscured. Yet, this was precisely what the confusion between law and morals had done."

42 Kelsen, Reine Rechtslehre, 51: „[D]aß der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen."; ähnlich ders., Gerechtigkeit, 360; Hart, Concept of Law, 66 ff., 185 ff.; vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 62 ff.; ders., Selbstlegitimation des Staates, 75 ff. (jeweils mit der zentralen These, dass Rechtsnormen im Selbstinterpretationsprozess konkretisiert werden); am Rande auch Arendt, Über das Böse, 36, die Legalität als „moralisch neutral" bezeichnet.

43 Vgl. Hart, Positivism, 597.

44 Vgl. Dworkin, Igel, 678.

45 Hart, Positivism, 593 f., 611 ff.; kritisch dazu aber Dreier, Recht und Moral, 194.

46 Dreier, Recht und Moral, 181–182.

47 Vgl. Alexy, Begriff und Geltung, 39 ff.; ders., Rechtspositivismus, 9.

48 Dworkin, Igel, 678 f.; Alexy, Grundrechte, passim.

49 Vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 5, N. 21; Müller/Schefer, Grundrechte, 3 (Ziff. 5), in Bezug auf die Auslegung der Menschenwürde.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

private Moralvorstellungen ins Recht einzuflechten, ohne sich an Vorgaben des positiven Rechts oder an die bewährte Praxis zu halten. Auch ist die Konsultation des Gerechtigkeitsgefühls (im Vergleich zur Analyse des komplexen positiven Rechts) verlockend einfach. Trägheit und ideologischer Eifer drohen wichtige Entscheidungen zu prägen. Letzteres ist heikel, weil die Festigkeit einer Überzeugung keineswegs ihre Richtigkeit verbürgt[50], aber die Bereitschaft erhöht, diese Überzeugungen umzusetzen. Nun kann selbst das Gerechtigkeitsgefühl gebildeter Menschen irren.[51] Man denke ans Richtigkeitsgefühl des (nicht ergebnis-, aber intentions-) pazifistischen britischen Premierministers Chamberlain, der an der Münchener Konferenz 1938 trotz der Kriegsdrohungen Hitlers bestrebt war, den Frieden um jeden Preis zu sichern; in der Folge schenkte er Hitler einen wesentlichen Teil der Tschechoslowakei und verbesserte dessen Ausgangslage im bevorstehenden Krieg.[52]

Die Möglichkeit, „Moral" als Ersatzrechtsquelle zu nutzen, ist zudem problematisch, weil die einmal errichtete Brücke von der Moral ins Recht sich auch in die andere Richtung begehen lässt. Wer (gerade als Richter) mit positiviertem Recht so umgeht, als dürfe es sich von der Gerechtigkeit nicht unterscheiden, der verleitet zur Fehlannahme, wonach das positivierte Recht irgendwie von Gerechtigkeit zeuge; das erschwert die kritische Beurteilung des Rechts.[53]

2. Implementationsargument und bedingte Trennungsthese

Ein Mittelweg zwischen Trennungs- und Verbindungsthese könnte auf den Grad an bereits verwirklichter Gerechtigkeit im Recht abstellen: Je stärker geltendes Recht den Schutz elementarer Gerechtigkeit sicherstellt, desto geringer ist der Wert des direkten Rückgriffs der Rechtsanwendung oder der Justiz auf eine irgendwie geartete „Moral".[54] Die Umgehung des positivierten Rechts drohte dann nämlich schwerer zu wiegen als der

50 Kahneman, Thinking, 239–240: „[T]he confidence that people have in their intuitions is not a reliable guide to their validity."

51 Vgl. Arendt, Über das Böse, 16.

52 Sager, Verhandlungstechnik, 26–28 m.H.

53 Vgl. Hart, Positivism, 598, mit der Befürchtung: „that the existing law may supplant morality as a final test of conduct and so escape criticism."; ferner Russell, Moral Philosopher, 336.

54 Vgl. Dreier, Moral und Recht, 201, in Bezug auf die Notwendigkeit eines (ausserrechtlichen) Widerstandsrechts.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mögliche punktuelle Gewinn an Gerechtigkeit durch direkten Einbezug der Moral. Im demokratischen Rechtsstaat mit verlässlichen Institutionen, die Gerechtigkeitsanliegen auf routinierte Weise sichern, ist die (bedingte) Trennungsthese vorzuziehen. Sie ist insofern bedingt, als alles vom Umfang der bereits „implementierten" Gerechtigkeit abhängt. Nur wo wichtige Anliegen der Gerechtigkeit im Recht realisiert sind, bedarf es keiner (riskanten) Öffnung des Rechts für eine wandelbare „Moral". Anders könnten die Dinge in einem Staat liegen, der sich eben erst eines autokratischen Regimes entledigte; hier müssten rechtsstaatliche Fundamente aktiv errichtet werden – mithilfe aller willigen Gewalten und verfügbaren Argumente.

Für die Schweiz ist von der bedingten Trennungsthese auszugehen. Ihre Verfassungsordnung und Verfassungsrealität verwirklicht ein reiches Mass an Gerechtigkeit. Wo weitere Fortschritte notwendig erscheinen, lassen sie sich regelmässig an den Wortlaut bestehender Verfassungsnormen binden; etwa ans Prinzip der Selbstverantwortung und der sozialen Mitverantwortung (Art. 6 BV)[55], an die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) oder ans Prinzip und Recht auf Treu und Glauben (Art. 5 und 9 BV). Es dürften bei der Ausgangslage kaum Gerechtigkeitsprobleme auftauchen, für deren Lösung man sich ausschliesslich extralegaler Kriterien bedienen müsste. Für die Lösung der Grundrechtskollision bedeutet dies, dass man jede Kollisionslösung zumindest auch mit den bereits in der Verfassung enthaltenen Normen erklären sollte. Das diszipliniert die kollisionslösende Begründung und fördert Rechtssicherheit in einem sonst oft (wegen der Vagheit der Normen) eher rechtsunsicheren Kontext.

Abgesehen von Form- und Verfahrensfragen trennen Recht und Moral im vorliegenden Verständnis auch der unterschiedliche Geltungsgrund: Der Geltungsgrund des Rechts ist der Gedanke der Einigung. Der Massstab der Gerechtigkeit ist dagegen die Eignung einer Verhaltensweise zur Erwirkung möglichst guter Folgen. Moralische Erkenntnisse sind aufgrund dieses Unterschieds für die Deutung der Rechtsnormen nicht direkt relevant. Dennoch sind trotz unterschiedlicher direkter Geltungsgründe die letzten Zwecke des Rechts und der Moral identisch. Weil die Defi-

55 Dazu überzeugend Häberle, SG-Komm. BV, Art. 6, N. 10 und 13; Kiener, in: Staatsrecht, § 29, N. 8; für einen Ansatz der Konkretisierung des Art. 6 BV durchs Bundesgericht siehe BGE 141 I 153 E.4.2, 156: „[D]ie Subsidiarität [meint], dass Sozialhilfe prinzipiell nur gewährt wird, soweit der Einzelne keinen Zugang zu einer anderweitigen, zumutbaren Hilfsquelle hat. Es ist damit Ausdruck der Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gemeinschaft, wie sie in Art. 6 BV verankert ist."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nition des Rechts als Produkt von Einigungen selbst folgenethisch legitimiert ist, kann die vorliegende Trennungsthese keine absolute sein.

Methodisch bedeutet die Trennungsthese, dass im Falle rechtlicher Unklarheiten und Konflikte primär nach Lösungen zu suchen ist, die sich mit dem Gedanken des Rechts als Ausdruck einer Einigung vertragen. Also wird zuerst nach der Lösung gefragt, die der demokratisch legitimierte Normgeber vereinbart hat oder vereinbart haben könnte; wird man nicht fündig, fragt man, was er (hypothetisch) vereinbaren würde. Weil man nicht unterstellen kann, dass er etwas Ungerechtes will, ist nach Lösungen zu suchen, von welchen man sich die besten Folgen für das Wohl möglichst aller erhoffen kann.[56] Hier decken sich Recht und Moral.

Weil Grundrechte gerechtigkeitsorientierte Normen sind[57], findet deren Auslegung nach Gerechtigkeitskriterien zumindest formal noch auf dem Boden des Rechts statt. Gleiches gilt, wo moralische Erwägungen direkt zur Geltung kommen, weil das Recht für bestimmte Normenkonflikte keine materialen Lösungen vorgibt; hier ist der Staat kraft seiner Konfliktlösungspflicht zum Rückgriff auf ausserrechtliche Kriterien ermächtigt. Zur Notwendigkeit einer moralisch begründeten Abweichung vom positiven Recht kommt es, wenn dieses eine Lösung gebietet, die von einem objektiven Standpunkt aus als inakzeptabel oder unerträglich ungerecht (so Radbruch[58]) bezeichnet werden kann; dann gestattet es die Trennungsthese, formal richtig gesetztes Recht zurückzuweisen und eine „moralische" Lösung zu bevorzugen. Das Recht wird selbst da nicht durch Moral ersetzt, sondern moralische Erwägungen füllen eine Lücke, da unter förmlichem Rechtskleid gerade kein gültiges Recht „existiert".[59]

II Moral vs. Ethik

Die Begriffe der Moral und der Ethik bezeichnen im vorliegenden Verständnis praktisch Identisches. Nicht gefolgt wird hier der bisweilen anzu-

---

56 Ausführlich hinten, Teil 3, D-F.

57 Vgl. statt vieler Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 9.

58 Radbruch, Gesetzliches Unrecht, 107: Gemäss der Formel muss ein Richter im Falle eines Konfliktes zwischen dem positiven Recht und materieller Gerechtigkeit immer dann und nur dann gegen das Gesetz und für die Gerechtigkeit entscheiden, wenn das Gesetz unerträglich ungerecht ist oder wenn es die Gleichheit aller Menschen bewusst verleugnet; vgl. Radbruch, Vorschule, 33 f.

59 Zu den (zwei) Nichtigkeitsgründen des Rechts vertiefend hinten, nach der Auseinandersetzung mit den Gerechtigkeitstheorien: Teil 3, F.II.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

treffenden Unterscheidung, wonach Moral eine Frage des Verhaltens in privaten Angelegenheiten, Ethik indessen eine Frage des zwischenmenschlichen Verhaltens sei.[60] Damit trennte man die Gerechtigkeit in zwei Teildomänen mit diffuser Wechselwirkung und liesse zudem die Möglichkeit zu, dass es eine unethische Moral und eine unmoralische Ethik gebe. Die Tatsache allein, dass zwei Begriffe zur selben Sache existieren, zwingt nicht zur Differenzierung. Im vorliegenden (folgenethischen) Gerechtigkeitsverständnis ist eine Handlung, die sich im privaten oder sozialen Lebensbereich ereignet und die insgesamt vergleichsweise gute Folgen mit sich führt, aus allgemeiner Perspektive richtig und moralisch (ethisch) gutzuheissen.

III Moral vs. Gerechtigkeit

Der Gerechtigkeitsbegriff (im auch vorliegenden Verständnis) unterscheidet sich nicht substanziell vom Moralbegriff. Alles, was aus Gerechtigkeitsgründen geboten ist, ist moralisch richtig. Umgekehrt sind aber nicht alle moralischen Werte Gegenstand der Gerechtigkeit. Sinnvoll ist, von einem breiteren Verständnis des Moralischen auszugehen.[61] Nennt man ein Verhalten moralisch, heisst man es gut, wünschenswert. Gerechtigkeit bezeichnet hingegen jenes gute, wünschenswerte Verhalten, das man als Pflicht formulieren kann, weil auf deren Erfüllung andere Menschen einen (moralischen) Anspruch haben können.[62]

Es gibt zwei Kategorien menschlichen Verhaltens, die hier der Moral, nicht aber der Gerechtigkeit zugeordnet werden[63]; die nur zur evaluativen (wertenden), nicht aber zur vorschreibenden Moral gehören:

– Es gibt alltägliches moralisches Verhalten unter der Schwelle des Pflichtwürdigen, das sich nicht sinnvoll erzwingen liesse oder das an Wert verlöre, wenn es nicht freiwillig erfolgte. Hierzu zählen diverse

60 Unterscheidung Moral/Ethik: Privat vs. Zwischenpersönlich (Horster u.a.).

61 Ausführlich und anschaulich zum Thema: Tschentscher, Prozedurale Theorien, 52–55, zum „Sollensbezug" der Gerechtigkeit; dort im Unterschied zu hier mit einem weniger ontologischen Verständnis dessen, was Normativität ausmacht.

62 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 52: „Wer behauptet, er sei ungerecht behandelt worden, der rügt gleichzeitig eine Verletzung seiner (moralischen) Rechte."; Nussbaum, Grenzen, 457 f.; vgl. Levy, Legal Thinking, 75: Gerechtigkeit könne als „legally organizable morality" bezeichnet werden.

63 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 53.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freundlichkeiten und gute Gesten des Alltags, auf die keiner ein Recht hat und deren Verweigerung nicht ungerecht, sondern allenfalls stillos wäre. Etwa das Freigeben des Sitzplatzes an ältere (aber nicht gebrechliche) Personen im Bus oder der Besuch von Freunden im Spital. Diese Tätigkeiten sind gut und moralisch; aber sie sind nicht Gegenstand von Gerechtigkeitsforderungen, da Ansprüche hierauf oder gar sanktionsbewehrte Pflichten hierzu unverhältnismässig wären. Man kann hier von einer *kleinen Moral* sprechen.

– Die zweite Kategorie kann man demgegenüber als *grosse Moral* bezeichnen. Niemand hat Anspruch auf den Heroismus des Nächsten. Es gibt keine Pflicht, unter Gefährdung des eigenen Lebens in den Strom zu springen, um jemanden zu retten, sich einem Entführer als Ersatzgeisel anzubieten oder in die Lebendspende einer Niere einzuwilligen. Solcherlei sind sogenannte supererogatorische Handlungen, die moralisch wertvoll sind, sich aber jenseits der (pflichtfähigen) Gerechtigkeit befinden. Es gibt keine Pflicht zur Selbstaufopferung und keinen Anspruch auf den moralischen Heroismus des Nächsten, oder auf dessen unbedingten Altruismus.[64] Wenn Berufe Pflichten zur erhöhten Selbstgefährdung vorsehen, ist dies eher eine unechte Ausnahme, solange die Berufswahl frei und der Lohn angemessen ist, was in der Schweiz etwa für den Polizeiberuf anzunehmen ist. Supererogatorisch ist allenfalls der Feuerwehrdienst für hypothetische Personen, die sich die (freilich bescheidene[65]) Feuerwehrpflichtersatzabgabe nicht leisten könnten. Im Kriegsfall kann der obligatorische Militärdienst zu Selbstaufopferungspflichten führen.

Für die Kollisionsproblematik ist die Abgrenzung der pflichtfähigen Gerechtigkeit von der kleinen sowie der supererogatorischen Moral indirekt bedeutsam: Sie verrät, was der Staat vom Einzelnen zugunsten anderer einfordern kann.

64 Vgl. Singer, 346; Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 66.

65 Vgl. etwa § 8 Abs. 2 des Feuerwehrgesetzes des Kantons Aargau (SR-AG 581.100): Der Pflichtersatz beträgt 2 ‰ des steuerbaren Einkommens, höchstens aber CHF 300.-.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Grundrechte

I Wesen und Begriff

1. Grundrechte als rechtlich verbürgte Gerechtigkeit

Grundrechte beschirmen Werte, an denen der Mensch ein starkes, oft nicht nur instrumentelles Interesse empfindet.[66] Sie schützen Lebensbereiche, die sich im Laufe der historischen Erfahrung als besonders vulnerabel erwiesen.[67] Inhaltlich kreisen sie um die Natur des Menschen als ein denkendes und empfindendes, nach Entfaltung und sozialer Teilhabe strebendes, zugleich aber auch verletzliches Wesen.[68] Kurz: Grundrechte sichern elementare Gerechtigkeitsansprüche[69] und stehen damit sowohl auf dem Boden des Rechts wie auf jenem der Moral.

2. Abgrenzung sinnverwandter Worte (Menschenrechte et al.)

Der Begriff der Grundrechte überschneidet sich mit jenem der Menschen-, Freiheits- und verfassungsmässigen Rechte. Als Synonyme lassen sie sich dennoch nur begrenzt verwenden:

- Freiheitsrechte gewährleisten der klassischen Wortprägung nach in erster Linie Ansprüche auf staatliche Nichtintervention. Schutzgut ist ein bestehender Grad an Autonomie und an Möglichkeiten der freien Lebensgestaltung.[70] Rechtsstaatliche Garantien wie die Verfahrensgrundrechte (Art. 29–32 BV) oder Leistungsgarantien wie das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) sind vom Begriff nicht erfasst.
- Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte ist breiter als jener der Grundrechte: Die Garantie der Gewaltenteilung (Art. 49 Abs. 1 BV), das Doppelbesteuerungsverbot (Art. 127 Abs. 3 BV) oder die Gemeinde-

66 Raz, The Morality of Freedom, 192: „A person has a fundamental (moral) right when he has an interest of ultimate value, ie inasmuch as the value of that interest does not derive from some other interest oft he right-holder, or from other persons."
67 J.P.Müller, Bemerkungen, § 39 N. 6; vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 9.
68 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 3.
69 Zucca, Constitutional Dilemmas, *passim*; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 9.
70 Mahon, Droits fondamentaux, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

autonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) verbürgen verfassungsmässige Rechte, nicht aber Grundrechte.[71]

– Alle Menschenrechte sind Grundrechte. Umgekehrt kann es Ausnahmen geben, wo bestimmte Rechte nicht allen Menschen zustehen.[72] Der Begriff der Menschenrechte unterstreicht den anthropozentrischen Charakter der Grundrechte.[73] Das ist einerseits redlich, zumal man sich tatsächlich erst durch die Gattungszugehörigkeit zum Rechtsgenuss qualifiziert, doch ist damit anderseits auch eine Gefahr verbunden: Indem gewissen Menschen das Menschsein rhetorisch abgesprochen wird, werden ganze Gruppen von Menschen (der Wirksamkeit) ihrer Rechte beraubt. Ein Warnruf aus der Geschichte sind dabei die „Untermenschen" des Nazi-Vokabulars oder die hetzerische Bezeichnung der Tutsis in Ruanda als „Kakerlaken" vor und während des Völkermords.[74] Verglichen hiermit ist es m.E. schwieriger, den Begriff der Grundrechte in sein Gegenteil zu verkehren.

Kurz: Der Begriff der Grundrechte ist vorzuziehen. Wo hier gleichwohl jener der Menschenrechte verwendet wird, liegt dies vor allem am Kontext (z.B., wo von den Garantien der EMRK die Rede ist).

II Typen von Grundrechtskonflikten

1. Grundrechtskollision

a. Unvereinbarkeit rechtlich verbürgter Gerechtigkeitsanliegen

Die Grundrechtskollision ist ein Normkonflikt im Bereich der Grundrechte. Bei Normkonflikten schreibt von zwei Normen die eine ein bestimmtes Verhalten, die andere ein mit diesem Verhalten unvereinbares Verhalten

71 Mahon, Droits fondamentaux, 4.
72 Dazu hinten, Teil 2, B.I.1.
73 Kritisch auch Panikkar, Western Concept, 90.
74 Schlosser, Sprache unterm Hakenkreuz, passim; vgl. für die Hintergründe des Ruanda-Genozids: Jean-Pierre Chrétien/Marcel Kabanda, Rwanda, Racisme et génocide, Clamecy 2013, Teil 3, 169 ff., zur anti-Tutsi-Rhetorik insb. Kap. 9, 213 ff.; kritisch zur Vorstellung, die blosse Symbolik und Wortmacht der Menschenrechte führe bereits zu deren (Selbst-)Verwirklichung vor allem auch Arendt, Totale Herrschaft, 605.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor.[75] Gegenstand der Kollision sind Werte, deren Schutz die Grundrechte garantieren. Das heisst, es geht um Gerechtigkeitsanliegen.[76] Ein Verhalten oder Ergebnis, das gemeinhin aus Gerechtigkeitsgründen geboten wäre, lässt sich aufgrund der Kollision nicht (gänzlich) realisieren.

Dass nicht alle kollidierenden Werte verteidigt werden können, ist Definitionsmerkmal: Die Grundrechtskollision ist eine Konstellation der Umstände, bei der die Wahrung eines Teils der involvierten grundrechtlichen Schutzgüter nur auf Kosten anderer grundrechtlicher Schutzgüter erfolgen kann (ein Leben nur etwa auf Kosten der körperlichen Integrität einer anderen Person). Daraus folgt, dass wichtigste Individualwerte der Rechtsordnung im Kollisionsfall empfindliche, reale Einbussen erleiden und die Kollision nicht nur etwa Ausdruck einer tieferliegenden Einheit der Werte ist.[77]

Mag die Idee der Grundrechte auch eher den inneren Idealisten im Juristen ansprechen, so ist die Lösung der Grundrechtskollision ein realistisches Unterfangen: Man kann es nicht allen recht machen, muss das am ehesten Hinnehmbare ausloten.

b. Keine Pflichtenkollision

Kann man die Grundrechtskollision als Pflichtenkollision betrachten? Es stehen sich bedeutende Verhaltensanordnungen an den Staat gegenüber. Doch Unmögliches ist nicht Pflicht; niemand kann vernünftig verpflichtet werden, zwei sich gegenseitig ausschliessende Dinge zu tun.[78] Genau genommen kollidieren nicht Pflichten, aber die (unter üblichen Umständen) durch die konfligierenden Pflichten geschützten Güter.

---

75 So Kelsen, Recht und Logik, 421; vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 209; vgl. Zucca, Constitutional Dilemmas, 52: „The problem that makes conflicts of FLRs so daunting is the spectre of normative inconsistency. A normative inconsistency arises when two norms are jointly incompatible. Either we follow one or we follow the other; but there is no logical possibility to conciliate the two, since they contradict one another. We can only choose one or the other; and that choice will entail an inevitable loss."

76 Vgl. Teil 2, A.I.

77 Zucca, Constitutional Dilemmas, 23, m.H. auf Dworkin, Igel, 30, der von einer solchen tieferliegenden Einheit der Werte ausgeht.

78 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 124.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Echte und unechte Kollisionen

Man kann echte von unechten Grundrechtskollisionen unterscheiden.[79] Unechte Grundrechtskollisionen werden primär auslegungshalber gelöst, durch kontextuelle Normkonkretisierung.[80] Das setzt eine Auseinandersetzung mit den rechtlichen Vorgaben und der konkreten Sachlage voraus, aus welchen prima facie die Annahme einer Kollision fliesst. Bei echten Grundrechtskollisionen ist abzuwägen (ausser wo ein unantastbares grundrechtliches Schutzgut mit einschränkbaren Grundrechten zu kollidieren scheint; solche Konflikte werden im Prinzip wie unechte Grundrechtskollisionen untersucht und gelöst). Das liegt daran, dass die Verfassung und die diese definierende Grundrechtspraxis keine Lösung enthalten, die einfach per Auslegung ermittelt werden könnte.[81]

2. Grundrechtskonflikt

Der Grundrechtskonflikt ist der Oberbegriff für jedes Verhältnis der Grundrechte untereinander, das zu tatsächlich oder scheinbar konfligierenden persönlichen Ansprüchen oder staatlichen Gewährleistungspflichten führt. Grundrechtskollisionen sind Grundrechtskonflikte, die sich durch die Besonderheit der unvermeidbaren Einschränkung eines üblicherweise geschützten Gewährleistungsgehalts auszeichnen.[82]

3. Grundrechtskonkurrenz

Eine Grundrechtskonkurrenz liegt vor, wenn verschiedene Grundrechte auf gleicher Interessenseite betroffen sind und sich daher die Frage stellt, wie zu prüfen ist (kumulativ, alternativ, der Reihe nach?), ob Grundrechte der betroffenen Person unzulässig eingeschränkt werden.[83] Sie ist ein

79 Vgl. Bethge, Grundrechtskollisionen, 26; v. Münch, Vorbemerkungen, N. 45; Martin, Grundrechtskollision, 2. Siehe auch hinten, Teil 2, B.II.1.a, d.

80 Vgl. Rhinow/Schefer/Übersax, Verfassungsrecht, 207, zur erheblichen Bedeutung der Grundrechtskonkretisierung.

81 Vgl. Martin, Grundrechtskollision, 6.

82 Rohrer, Beziehungen der Grundrechte, 16.

83 Ausführlich dazu: Christoph Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, Baden-Baden 2008. Gelegentlich werden die semantisch ähnlichen Begriffe der Kollision, des Konflikts und der Konkurrenz anders verwendet – so etwa bei

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundrechtskonflikt im weiten Sinn, hat aber nichts mit der Grundrechtskollision zu tun.[84] Unklar ist, ob die Grundrechtskonkurrenz ein Problem darstellt; oder nur ein „Scheinproblem".[85]

Theoretisch relevant ist die Konkurrenzfrage für die Kollisionslösung in jenen Fällen, in denen die Wahl des massgeblichen Grundrechts entscheidet, ob abgewogen werden darf. Dies wäre dort der Fall, wo eines der betroffenen Grundrechte schutzwürdige Interessen nur vor gesetzlich nicht erlaubten und unverhältnismässigen Eingriffen bewahrte, während ein anderes, konkurrierendes Grundrecht diese Interessen vor allen denkbaren Einschränkungen schützen und damit unantastbar machen würde. Dann bestünde eine sogenannte Schrankendivergenz, sodass die Frage, welchem der konkurrierenden Grundrechte man die zu schützenden Güter unterstelle, entscheidend schiene.[86]

Zur Illustration: Stuft man einen konkreten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (z.B. das Knebeln eines Menschen) als Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) ein, lässt er sich im Falle der Kollision mit überwiegenden Interessen rechtfertigen; wertet man ihn aber als Einschränkung der Menschenwürde (Art. 7 BV), ist solch ein Eingriff stets unzulässig.

Praktisch ist dies nun aber nicht entscheidend. Denn erstens schützt die Menschenwürde in konkurrenzträchtigen Fällen kaum etwas, was nicht gleichzeitig auch vom Kerngehalt des konkurrierenden Grundrechts abgedeckt wäre. Weil auch dieser unantastbar ist (Art. 36 Abs. 4 BV), bestünde keine Schrankendivergenz. Zweitens kommt es bei der Klärung der Anwendbarkeit der Menschenwürde ebenfalls in der Regel zu einer Art vorverlagerten Güterabwägung, bei der geprüft wird, ob sie auf den spezifischen Fall Anwendung finden soll (oder ob die betroffenen Güter es nicht würdig sind, von der uneinschränkbaren Höchstnorm abgedeckt zu sein).[87] Drittens, selbst wo unantastbare Normen anders als die allgemeine Menschenwürdegarantie sehr konkrete materiale Handlungsgrenzen definieren (z.B. das Verbot, jemandem die Finger abzuschneiden), gründet dies in einer bereits erfolgten Abwägung, im Rahmen welcher ermittelt wurde, dass ein Verhalten in allen denkbaren Situationen grob unverhält-

---

Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 31, wo der Begriff der Konkurrenz als Oberbegriff fungiert (also für den Grundrechtskonflikt) und die Grundrechtskollision als auflösungsbedürftige Normkonkurrenz bezeichnet wird.

84 Vgl. Rohrer, Beziehungen der Grundrechte, 16 ff.

85 Biaggini, BV, Vorb. zu Art. 7–36, N. 14.

86 Zu diesen Fragen ausführlicher: Kahl, Schutzergänzungsfunktion.

87 Vgl. dazu hinten, Teil 2, C.V.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nismässig und damit absolut unzulässig (und keiner erneuten Abwägung mehr würdig) ist.[88] Viertens, aufgrund der Rechtsgleichheit und des Symmetriegebots[89] ist im Zweifelsfall davon auszugehen, dass auf beiden Seiten der Grundrechtskollision (oder auf keiner) unantastbare Schutzgüter betroffen sind. Ist dies der Fall, ist abzuwägen.[90] Auch deshalb führt die Grundrechtskonkurrenz kaum zu einer ergebnisdeterminierenden Schrankendivergenz.

Mit anderen Worten, die Grundrechtskonkurrenz ist selbst bei der (kollisionsrelevanten) „Schrankendivergenz" mehr Schein- als echtes Problem.[91]

E. Erkenntniswege

I Selbstverständnis der Rechtswissenschaft

1. Erkenntnis durch Deduktion

Über die Methodik, welche rechtswissenschaftliche Erkenntnis auszeichnen soll, herrscht wenig Klarheit.[92] Unstrittig ist wohl nur, dass die Subsumtion (als Vorgang der Anwendung der Rechtsnorm auf den konkreten Fall) eine Art logischer Syllogismus ist; also ein Schluss vom Allgemeinen auf das Spezifische.[93] Kaum bestreitbar ist ferner die Geltung gewisser formaler Standards, wie etwa des Gebots der Kohärenz der Begründung.[94] Das ist wichtig, aber nicht genug: Auch ein Science-Fiction-Schriftsteller ist um die innere Kohärenz seiner Geschichte bemüht. Wenn Erkenntnis im Recht allein Deduktion voraussetzte (was selbst Rechtspositivisten kaum denken[95]), bestimmte sich die Richtigkeit einer Norm nur daran,

88 Hinten, Teil 2, C.V.4.
89 Siehe dazu hinten, Teil 2, B.IV.1.c; vgl. Teil 2, C.IV.1.e.
90 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, N. 1167.
91 Vgl. Biaggini, BV, Vorb. Art. 7–36, N. 14.
92 Eingehend zur Natur der Wissenschaftlichkeit des Rechts und zum Streit hierüber Dreier, Selbstverständnis, 48 ff.; vgl. ders., Verfassungsinterpretation, 106 ff.
93 Forstmoser/Ogorek/Schindler, Juristisches Arbeiten, 72–73, zum Justizsyllogismus; siehe auch Kunz/Mona, Kap. 2.1, 5; Kap. 4.2.1, 94 ff.; Mayr, Rechtserzeugung, 97 ff.; Potacs, Rechtstheorie, 126 ff.; Aristoteles, Topik (I 1), 100a25–27.
94 Vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 12, N. 12; Kunz/Mona, Kap. 2 N. 8.
95 Zur Illustration Potacs, Rechtstheorie, 88 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ob sie in übergeordneten Normen enthalten wäre.[96] Doch die Deduktion allein begründet nicht; sie ist nur ein Verweis auf eine ihrerseits begründungsbedürftige Norm. Weil nicht endlos auf eine stets noch höhere, noch abstraktere Norm verwiesen werden kann, erwiese sich eine rein deduktive Erkenntnis als unmöglich: Jeder Versuch endete in einer Scheinbegründung, etwa einem Zirkelschluss, oder im schlichten Begründungsabbruch.[97]

Auch das Bundesgericht geht implizit davon aus, dass die Deduktion allein nicht hinreicht, wenn es betont, eine konkrete Interessenabwägung erfordere den Einbezug sämtlicher Umstände des Einzelfalls[98], oder für das geltende Recht feststellt, es könne „ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden".[99] Diese Realitätsbezüge sind Ausgangspunkt richterlicher Rechtsfortbildung.[100] Offen ist, wie sie in methodischer Hinsicht zu klassifizieren sind: als besonderes (hermeneutisches) Interpretationsverfahren oder als Prozess des (induktiven) Rückgriffs auf Erfahrungswissen?

2. Erkenntnis durch hermeneutische Interpretation?

Die Hermeneutik gilt als eine Wissenschaft zur Entzifferung der Bedeutung von Texten.[101] In ihrer jurisprudentiellen Form will sie Erkenntnisse nicht oder nicht vorwiegend auf empirisch-naturwissenschaftlicher Basis erlangen, sondern mittels sinngebender und sinnerweiternder Interpretation.[102] Hermeneutik ist somit eine Art Deduktion, bei der sich ein Teil der Prämissen nicht im positiven Recht oder in der konkreten Sachlage befindet, sondern im Vorverständnis des Interpreten.[103] Von Interpret zu Interpret sind höchst unterschiedliche Schlussfolgerungen und damit Rechtsfolgen möglich, denn diese hängen massgeblich vom privaten Verständnis des Vernünftigen ab. Was mit der hermeneutisch geprägten Aus-

96 Potacs, Rechtstheorie, 84.
97 Albert, Traktat; vgl. Dreier, Selbstverständnis, 51–56.
98 BGE 142 III 263 E.2.2.2, 269.
99 BGE 131 II 13 E.7.1, 31; vgl. BGE 133 III 175 E.3.3.1, 178, zum „an Sachverhalten verstandene[n] und konkretisierte[n] Gesetz".
100 Vgl. Dreier, Selbstverständnis, 51.
101 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, Vol. I, 134.
102 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, Vol. I, 132–134 und 138 f., insb. 133: „une démarche qui revient sur elle-même pour tester ce qui a d'abord été une hypothèse de solution".
103 Gizbert-Studnicki, Hermeneutik, 476 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

legungsmethodik an Lösungshypothesen hergeleitet wird, entspricht dem, wozu der jeweilige Interpret wahrscheinlich von Beginn an neigte.[104] Der Einfluss ausserrechtlicher, „philosophischer" Faktoren ist beabsichtigt: Der Philosophie traut es die hermeneutische Methodik zu, Rechtsprinzipien zu begründen, die der Praxis eine klare Grundorientierung verleihen.[105]

Wie Hermeneutik zur Erkenntnis führt, ist allerdings unklar:

Soweit sie primär fordert, dass die sachkundige Person ihre zu verlässlicher Intuition herangewachsene Erfahrung und ihre vertiefte, teils internalisierte Präjudizienkenntnis benutze, um die Zweckmässigkeit und Zieltauglichkeit bestimmter Rechtsnormen zu beurteilen, dann ist am hermeneutischen Ansatz nichts auszusetzen. Doch stellte sich die Frage, ob man sich noch jenseits der Naturwissenschaften bewegt.[106]

Ist der hermeneutische Ansatz indes ein erfahrungs*un*abhängiges Werkzeug der Erkenntnis, dann liefert er keinen Anhaltspunkt, nach dem eine Lösung als mehr oder weniger zutreffend qualifiziert werden kann.[107] Der Unkundigste oder die an der kritischen Hinterfragung ihrer Intuition nicht Interessierte gölten a priori als genauso zur treffenden Interpretation fähig wie jene Person, die regelmässig ihre eigenen Überzeugungen kritisch prüft. Die nicht-empirisch begriffene Hermeneutik legitimiert damit den Glauben jeder Person an die Überlegenheit ihrer intuitiven und instinktiven Interpretation. Der Interpret dürfte sich wegen der durchschlagenden Macht des Vorverständnisses selten der unangenehmen Situation ausgesetzt fühlen, nach der hermeneutischen Analyse zwingende Gründe zur Abweichung von der von Beginn an präferierten Lösung anzutreffen. Anders gesagt, die hermeneutische Methodik beruft die blosse Intuition und den mit ihr gelegentlich einhergehenden Bestätigungsfehler (*confirmation bias*)[108] zum Erkenntnisprinzip. Sie erschwert damit auch die Prognostizierung des gesprochenen und angewendeten Rechts auf Basis des positiven Rechts und des konkreten Einzelfalls (man bräuchte dazu profunde Kenntnisse der ideologischen und psychischen Verfassung der Richter und

104 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, Vol. I,; Potacs, Rechtstheorie, 76; Gizbert-Studnicki, Hermeneutik, 480.

105 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 20; vgl. auch Gizbert-Studnicki, Hermeneutik, 476 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte, 3.

106 Vgl. Dreier, Selbstverständnis, 57–61.

107 Potacs, Rechtstheorie, 78; siehe auch ebd., 77; vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 201.

108 Siehe Kahneman, Thinking, 80–88, zum *confirmation bias* und zum verwandten *halo effect*.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsanwender). Der Verlust an Rechtssicherheit führte seinerseits zu erhöhten Verfahrenskosten und mehr Rechtsungleichheit.

Dies alles legt eher ein empirisch-analytisches Selbstverständnis der Rechtswissenschaft nahe:[109]

3. Erkenntnis durch Erfahrung?

a. Allgemeine Vorbemerkung

Das empirische Verständnis der Rechtswissenschaft geht von der Einheitlichkeit der Wissenschaften aus.[110] Demnach ist auch die Erkenntnis des Rechts in vieler Hinsicht ein induktiver Vorgang, ein Schluss vom beobachtbaren, sich teilweise wiederholenden Konkreten auf das Allgemeine. Das heisst nicht, alle zu klärenden Fragen bedürften einer umständlichen quantitativen Untersuchung: Erfahrungswissen entsteht bereits im entwurfsartigen Bemühen, aus gegebenen Daten möglichst plausible Schlüsse zu ziehen. Erkenntnisse lassen sich auch über Abstrahierungen und Generalisierungen aus Erfahrungen mit einer Vielzahl von Fällen (und ihren Folgen) schöpfen. Und über Analogieschlüsse, indem man relevante Parameter vertrauter Fallkonstellationen, soweit vorhanden, im neuen Fall berücksichtigt. Überdies kann auch die gedankliche Simulation (und die auf Basis sorgfältiger Schätzungen mit moderner Rechentechnologie durchgeführte Simulation ohnehin) Erfahrungswissen zutage fördern.[111]

b. Intuition als Erfahrungswissen

Auch zwischen (vernünftiger) Intuition und Erfahrung besteht ein beachtlicher Zusammenhang. Die Intuition ist kein Geisterglaube, sondern unbewusstes Wissen, das Entscheidungen über komplexe Sachverhalte erfolgreicher macht.[112] Die Basis, aus der heraus solch unbewusstes Wissen herauswächst, ist die Erfahrung.[113] So kann ein Feuerwehrhauptmann aufgrund

---

109 Vgl. Dreier, Selbstverständnis, 59 – freilich differenzierter und umfassender als der Verfasser vorliegender Arbeit zu dieser grundlegenden Frage.
110 Dazu ausführlich Dreier, Selbstverständnis, 48 ff.
111 Vgl. allg. Potacs, Rechtstheorie, 145 ff.
112 Walter, Rhetorikschule, 16.
113 Kahneman, Thinking, 234 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner Erfahrung im Brandfall *spüren*, wenn im brennenden Gebäude eine Gasexplosion oder eine andere berufstypische Gefahr droht: Die Daten, die ihm seine Sinne zuführen (betr. Luftdruck, Geruch, Hitze), nimmt er aufgrund der Erfahrung nicht nur eher nuanciert wahr; er ordnet die für Laien unbemerkbaren Signale auch intuitiv eher richtig ein – und wird dadurch der Bedrohung gewahr.[114] Dies zeigt, dass sachkonforme Erfahrung eine Grundbedingung treffender Intuitionen ist.[115] Dies gilt m.E. auch für das moralisch-rechtliche Richtigkeitsgefühl: Dieses ist nicht bodenlos, sondern es hat stets einen Existenzgrund in der Erfahrung – persönlicher, kultureller oder evolutionärer Art.

c. Evolutionäres und kulturelles Erfahrungskapital

Selbstredend muss man sich nicht alles Erfahrungswissen im Laufe des eigenen, kein Jahrhundert währenden Lebens erarbeiten. Im Erfahrungswissen ist evolutionär erlerntes, genetisch gespeichertes Wissen enthalten. Zudem bilden soziale Normen aller Art (etwa kulturelle Sitten oder auch religiöse Bräuche) ein interessantes Erfahrungsreservoir. Gerade langlebige und kulturübergreifend geltende Normen sind in gewisser Weise kollektive Richtigkeitsintuitionen. Wenn in nahezu allen Kulturen und Traditionen der Menschheitsgeschichte die besondere Fürsorge Erwachsener gegenüber Kindern als wichtige Pflicht galt, weist dies auf die grosse Bedeutung dieser Fürsorge für das (gute) Leben der Menschen hin.

d. Quantitatives Erfahrungswissen (Empirie i.e.S.)

Einige spezifische Bereiche des Rechts sind einer empirischen Analyse im engeren (quantitativen) Sinn zugänglich. So lässt sich die Effektivität gesetzlich vorgesehener Massnahmen in diversen Bereichen nachträglich prüfen oder bereits vor Inkraftsetzung im begrenzten Rahmen testen.[116] Dies erlaubt empirisch fundierte Schlüsse im Rahmen der teleologischen Normauslegung. Auch die Sprache ist einer empirischen Untersuchung

---

114 Kahneman, Thinking, 236 f., m.H.

115 Kahneman, Thinking, 240.

116 Für ein Ausprobieren von Gesetzen bereits Montesquieu, De l'Esprit des lois II, 104: „[Il] est même souvent à propos d'essayer une loi avant de l'établir."; siehe auch Körber, Experimentelle Rechtsetzung, 385 ff., m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zugänglich, die von Nutzen sein kann: So lässt sich die Häufigkeit der Verwendung eines Wortes in einem bestimmten Sinnzusammenhang in der Sprachpraxis der Rechtsunterworfenen messen (dies dank moderner Technologien relativ exakt), was die sachliche Beurteilung der Plausibilität von Wortsinn-Hypothesen ermöglicht.[117] Normen können als Bedeutung sprachlicher Äusserungen somit durchaus eine spezifische Existenz als Erkenntnisgegenstand einer beschreibenden Wissenschaft besitzen.[118] Das Normative erweist sich dabei als ein Erkenntnisgegenstand, der sich in deskriptive, empirisch begreifbare Einzelteile aufspalten lässt – oder zumindest hierauf beruht.[119] Technische Hindernisse der empirischen Erkenntnis, die es auch in jeder Naturwissenschaft gibt, machen den Untersuchungsgegenstand nicht etwa zur Wissenschaft *sui generis*.[120] In jeder Naturwissenschaft gibt es Fragen, die aus technischen Gründen nicht konkret beantwortet werden können (gibt es im Universum eine andere von menschenartigen Wesen bewohnte Welt?), ohne dass deswegen die unbekannten Antworten jenseits der Naturgesetze liegen müssten. Es kann daher auch mit Blick auf die Empirie im engeren Sinn von der empirischen Gleichwertigkeit der Rechtswissenschaft[121] die Rede sein. Das Recht ist ein Forschungsgegenstand, der sich nicht von den Prämissen der physischen Welt loslösen muss.

e. Kompatibilität empirischer und normativer Erkenntnis

Aussagen des Rechts lassen sich in deskriptive (tatsachenbeschreibende) Aussagen einerseits und evaluative (wertende) sowie normative (vorschreibende) Aussagen anderseits unterteilen.[122] Weil normative Aussagen nicht beschreiben, was ist, sondern nur, was sein soll, könnte man nun folgern, das Recht, das sich ums Sollen kümmert, könne keine vorzüglich mit dem Sein beschäftigte (empirische) Wissenschaft sein. Solch ein Ausschluss des Empirischen griffe zu kurz.[123]

---

117 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 147.
118 Potacs, Rechtstheorie, 88.
119 Petersen, empirische Wende, 2 ff.; vgl. bezüglich der Ethik: Shermer, Good and Evil; Harris, Moral Landscape, 27 ff.
120 Potacs, Rechtstheorie, 149.
121 Potacs, Rechtstheorie, 145 ff.
122 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 261 (mit Fn. 5) ff.
123 Petersen, empirische Wende, passim, ebenfalls kritisch zur strikten Trennung von Sein und Sollen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im vorliegenden Verständnis ist eine Sollensaussage nichts grundlegend Unterschiedliches, sondern nur ein besonderer Typ Seinsaussage. Denn das normative Sollen lässt sich im Wesentlichen deskriptiv umschreiben; etwa als Sein, dessen besonderer Sinn ein Sollen ist.[124] Jeder Du-sollst-Satz lässt sich meist ohne Verlust deskriptiv einfangen[125], indem man beispielsweise die als Pflicht begriffene Sollensaussage als Ausdruck einer starken Erwartung beschreibt, deren Enttäuschung gewisse Konsequenzen nach sich zu ziehen neigt. Oder indem der Sollenssatz als eine auf stärkere Weise das Verhalten der Normadressaten und die Reaktion der Behörden beeinflussende (dadurch typischerweise bindende) Empfehlung begriffen wird (dieser Effekt kann damit zusammenhängen, dass von der die Norm gutheissenden Gesellschaft ein gewisser Erwartungsdruck ausgeht, weil im Falle ungeahndeter Normabweichungen Unruhen drohen).

Gleichwohl ist es die Bindung, bei der die deskriptive Formulierung an Grenzen stösst. Worte alleine binden niemanden, erst recht nicht, wenn sie nur Tatsachen erklären. Das könnte die Attraktivität der Idee einer vom Sein losgelösten Ordnung erklären. Wer nur sagt, Gelb habe überwiegende Gründe, X zu tun und Y zu unterlassen, weil sie sonst mit einem belastenden Gewissen, Schwierigkeiten im sozialen Umfeld oder polizeilichen Eingriffen rechnen müsse, der nötigt Gelb nicht dazu, X zu tun und Y zu unterlassen. Mit diesem Manko ist die deskriptiv umgedeutete Sollensaussage jedoch nicht allein. Auch ein Sollen löst bei aller Betonung seiner Verbindlichkeit nicht automatisch jene Handlungen oder Unterlassungen aus, die es gebietet (man denke an die durchzogene Bilanz des „Du sollst nicht töten!"-Satzes). Die Normwirkung bedarf der sie ermöglichenden Umstände. Für sich selbst ist die Norm allenfalls in ihrer Wertung verbindlich (wenn überhaupt[126]). Doch diese Wertung ist empirisch fassbar.[127]

Die Bedeutung von Sollenssätzen zeigt sich im vorliegenden Verständnis somit nicht an einer den Seinsaussagen fremden Kapazität des Normativen, sondern daran, dass ein Sollen komplexe Zusammenhänge, die man deskriptiv meist nur umständlich beschreiben könnte, konzis in Worte

124 Potacs, Rechtstheorie, 88.

125 Jackson, Metaphysics to Ethics, 124–124: „There is no 'extra' feature that the ethical terms are fastening onto, and we could in principle say it all in descriptive language."; vgl. auch hinten, Teil 3, E.II.1, zur Kritik am Einwand des vermeintlichen (naturalistischen) Fehlschlusses vom Sein zum Sollen.

126 Ausführlich zu dieser Frage hinten, Teil 2, C.V.4 – 5.

127 Dazu hinten, Teil 3, E.I.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fasst. Sie sind insofern im vorliegenden Verständnis eine notwendige Simplifizierung.

Kurz: Der normative Charakter des Rechts macht dessen empirische Begreifbarkeit nicht unmöglich.

II Erkenntnispotenzial realer und fiktiver Fallbeispiele

Fallbeispiele sind der Prüfstein der Theorie. An ihnen zeigt sich, ob ansprechende Hypothesen in der Realität überzeugen. Die Lösung von Fallbeispielen dient der Auswertung von (realen und fiktiven) Erfahrungen und der Abstrahierung von Wissen aus vielfältigen und detaillierten Lebenszusammenhängen.

Zentral ist dabei die Untersuchung realistischer Fälle, die sich so oder ähnlich zugetragen haben oder zutragen könnten. Nützlich sind aber auch fiktive Fälle, selbst wenn sie sich so niemals ereignen werden. Die Fiktion erlaubt die Untersuchung rechtsethisch relevanter Variablen im gedanklichen Reagenzglas.[128]

Allerdings weht dem Gebrauch fiktiver Fallbeispiele bisweilen rauer Wind entgegen. Wer mithilfe von Fiktionen zum Beweis ansetzt, rechne mit Widerstand; denn fiktive Fallbeispiele gefährden ganze Moraltheorien – und das macht nicht beliebt. Zur Illustration ein provokativer Problemfall:

> *Unheimliche Rettung*: Darf ein Mensch gequält werden, wenn sich dadurch ein Genozid verhindern lässt?

Nehmen wir an, mit dem Quälen sei eine Handlung angesprochen, die gemeinhin als absolut unzulässig gilt; zum Beispiel das Auspeitschen eines Menschen. Strikte Deontologen[129] wären hier im Dilemma. Denn einerseits fordert die Theorie, dass die fragliche Handlung immer unzulässig sei, also auch im konstruierten Fall. Anderseits muss jeder vernünftige Mensch, der die Beschäftigung mit der Frage nicht scheut, einräumen, dass die Ermordung eines Volkes dem Quälen einer Person niemals vorzuzie-

---

128 Vgl. Stiftung E.A., Singer vs. Schmidt-Salomon: „Gedankenexperimente haben nicht zum Ziel, die Realität abzubilden. Es geht ihnen darum, ethisch interessante Variablen zu isolieren. Sie sind ein Werkzeug, herauszufinden, worin unsere Handlungsziele letztlich bestehen […]: Geht es letztlich darum, möglichst *viel Leid* zu verhindern – oder eher darum, *aktive Leidverursachung* zu verhindern?“

129 Vgl. dazu Teil 3, B.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen ist. Die These, das Quälen von Menschen sei per se (d.h. intrinsisch, also auch in völlig fiktiven Fällen) ungerecht, büsst angesichts solch fiktiver Konstellationen an Glaubwürdigkeit ein. Wenn fiktive Beispiele gelegentlich harsche Reaktionen provozieren, belegt dies keineswegs ihre Unzulässigkeit. Die Beschäftigung mit fiktiven Fällen schärft die moralische Intuition, animiert zum kritischen Nachdenken und belebt den Diskurs. Sie als methodisch (oder gar ethisch) problematisch zurückzuweisen[130], führt nicht weiter; jedenfalls nicht weiter zur Erkenntnis.[131]

Man mag sich fragen, ob es einen gewissen Punkt gibt, ab welchem eine Fiktion zu realitätsfern wäre, als dass sie hilfreich sein könnte:

> *Erlösung auf T³*: Loh lebt auf Planet T³, wo das Leben nur unerträgliche Qual ist. Alle Bewohner dieser für extraplanetares Leben völlig unerreichbaren Welt wünschen sich nichts sehnlicher als den Tod, den sich selbst zu geben sie nicht in der Lage sind. Sie bitten Loh darum, der über eine mirakulöse Waffe verfügt, mit der er alle schmerzlos töten kann.
>
> Darf Loh das Leben auf T³ auslöschen?

Wer die Prämissen des Falles ernst nimmt, dürfte dem Holozid wohl zustimmen. Woraus folgt: Im fiktiven Raum ist alles denkbar. Aber wozu solch realitätsferne Fragen erlauben? Weil die Diskussion der Fiktion Erkenntnisse ermöglicht, die im realen Leben nützlich sind. Das obige Beispiel kann helfen, Kriterien zu identifizieren, die im Rahmen der Diskussion ethischer Dilemmata zum Thema der Sterbehilfe massgeblich sein können. Wer in *Erlösung auf T³* diese Form der Hilfe zum Holozid billigt, grundsätzlich aber gegen aktive Sterbehilfe ist, kann seine Position nur

---

130 In Bezug auf den fiktiven Fall der tickenden Zeitbombe: Luban, Ticking Bomb, 1440 (-1442): „[the ticking time bomb] is the wrong thing to think about" und 1446: „The ticking time bomb distracts us from the real issue, which is not about emergencies, but about the normalization of torture."; der Autor setzt sich zugleich aber weitgehend überzeugend mit dem fiktiven Fall auseinander, wodurch er beweist, dass man ihn nicht zu fürchten braucht (1440 ff.; wenig überzeugend ist einzig der [Fehl-]Schluss: „Once the prohibitionist admits that, then she has conceded that her opposition to torture is not based on principle. Now that the prohibitionist has admitted that her moral principles can be breached, all that is left is haggling about the price." [1440]); vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 68, m.V. auf Luban.

131 Vgl. Parfit, Reasons and Persons, 389: „Even a deep impossibility may provide a partial test for our moral principles. We cannot simply ignore imagined cases."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann kohärent begründen, wenn er seine Ablehnung der Sterbehilfe auf Überlegungen abstützt, die im fiktiven Fall keine Grundlage haben. Die Ablehnung der Sterbehilfe könnte folglich nicht mit einer intrinsischen Unzulässigkeit der gezielten Tötung oder mit der absoluten Heiligkeit des Lebens begründet werden (und auch nicht mit dem Verbot, Gott zu spielen).

Massgebliche Gründe fänden wir vielleicht, wenn wir auf die besonderen Umstände des Lebens auf T^3 achten, die bei realistischen Konstellationen der aktiven Sterbehilfe kaum vorkommen. Ins Auge fällt, dass im Fallbeispiel vorausgesetzt ist, dass alle sterben wollen und gute, nicht nur flüchtige Gründe dazu haben; dies ist im realen Leben selten in letzter Schärfe klar. Zudem ist wohl relevant, dass alle stürben; niemand litte als Hinterbliebener am Verlust der Verstorbenen. Kurz: Die Fiktion schafft Gewissheiten, wo das reale Leben mit mannigfaltigen Unsicherheiten aufwartet – ein typischer Unterschied zwischen Fiktion und Wirklichkeit.

III Ablehnung der Metaphysik

1. Interpersonale Irrelevanz metaphysischer Hypothesen

Metaphysische Postulate im vorliegenden Sinn sind Behauptungen, die Wissenschaftlichkeit oder Wahrhaftigkeit für sich beanspruchen, die jedoch einer empirischen Plausibilisierung oder Falsifizierung grundsätzlich (nicht nur mangels Ressourcen) nicht zugänglich sind.[132] Metaphysisches Wissen setzt keine Erfahrungen voraus. Gleichwohl ist das Verhältnis der Metaphysik zum Erfahrungswissen nicht nur isolationistisch: Metaphysische Postulate sind oft darauf ausgerichtet, alltägliche Ereignisse in der empirischen Welt zu beeinflussen; so etwa durch Hygieneregeln, Essensvorschriften, Kommunikations- und Begegnungsrituale oder Vergeltungspflichten. Es geht um (Allzu-)Menschliches. Gleichzeitig will diese Metaphysik, die in die reale Welt hineinregiert, nicht den Prämissen der empiri-

132 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 150; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 42 Fn. 84; die Metaphysik erfüllt nicht die Bedingung der Falsifizierbarkeit und ist damit nicht wissenschaftlich i.S.d. Kritischen Rationalismus (siehe dazu Popper, Falsifizierbarkeit, 82–85); vgl. zur mit akzeptierter Widerlegbarkeit eigener Thesen einhergehenden Diskursoffenheit: Popper, Die offene Gesellschaft, 281: Als kritischer Rationalist gebe ich zu, „dass ich mich irren kann, dass du recht haben kannst und dass wir zusammen vielleicht der Wahrheit auf die Spur kommen werden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Welt untergeordnet sein; sie ist über alle Kausalgesetze erhaben und lässt sich empirisch nicht widerlegen. Die Grenze zur Naturwissenschaft ist nur in eine Richtung offen. Diese einseitige Permeabilität ist einer der Gründe, die Metaphysik als unseriös (und diskursfeindlich) zurückzuweisen.[133]

Könnte die Metaphysik, obschon nicht falsifizierbar, kraft Offenbarung Richtigkeitsansprüche erheben? Kaum, denn die Glaubwürdigkeit offenbarten Wissens hängt für alle, die nicht selbst Offenbarungsempfänger sind, von der Glaubwürdigkeit nicht nachweisbarer Behauptungen anderer Menschen ab. Warum jedoch sollte ein Mensch anderen Vertrauen schenken, die ihre moralischen „Wahrheiten" mit einer mangels Überprüfbarkeit dieses Wissens für Dritte nicht nachvollziehbaren Selbstsicherheit verkünden? Weil jeder behaupten könnte, Offenbarungsempfänger zu sein, kann man die Spreu des Scharlatans nicht vom Weizen scheiden. Wer für ein Gebot der Nächstenliebe eintritt, hat in rein metaphysischer Hinsicht keine festeren Argumente als derjenige, der voller Überzeugung erklärt, man müsse zur Besänftigung der Götter Menschen opfern. Kurz: Offenbarungswissen und analoge Produkte einer nur subjektiv nachvollziehbaren Erkenntnismethodik leiden stets an folgenden, kaum unüberwindbaren Mängeln: Es fehlt an der Nachweisbarkeit, an Plausibilität – und damit auch an zwischenmenschlicher Relevanz. Dies ist der Preis der Unfalsifizierbarkeit. Die offenbarte Wertung und das blosse Postulat (als a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglichkeit und auch keines Beweises fähiger praktischer Imperativ[134]) sind schlechterdings belanglos für all jene, die das „Wissen" nicht unmittelbar oder als Glaubenssatz erreicht. Deshalb fehlen im Widerspruchsfall verbindende – für alle Betroffenen gültige – Bewertungskriterien.[135] Erst in der physischen Welt findet man solche: Nächstenliebe zeitigt die besseren Folgen für das glückliche

133 Für weitere Gründe und eine ausführliche Beschäftigung mit dem Thema vgl.: Günther Patzig, Ethik ohne Metaphysik, 2. Aufl., Göttingen 1983.

134 So definiert bei Kant, Verkündigung, AA VIII, 418.

135 Vgl. Koeber, Schopenhauer, 32: „Wo […] das Individuum […] nichts anderes kennt als sein Subjektivstes, Innerstes, da giebt es keine Verschiedenheit, also auch keine Identität, also auch keine Abstraktion, also auch keinen begrifflichen Ausdruck für das Erkannte, also auch keine Sprache, keine Möglichkeit, seine Erkenntniss mitzutheilen und dem nach aussen zugekehrten Intellekt des nicht Erleuchteten beizubringen und zu erweisen. Mit anderen Worten: der Illuminismus mag schon die richtige Erkenntnisquelle sein, aber die Wahrheiten, die aus ihr gewonnen werden, können schlechterdings nur für den Illuminirten selbst eine Geltung haben; der Menschheit sind und bleiben sie ewig verschlossen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenleben der Menschen und damit für das Leben des Einzelnen als Menschenopfer.

2. Keine Metaphysik im vorliegenden Sinn

Diese problematische Metaphysik gilt es von Belangen zu unterscheiden, die bisweilen auch Metaphysik genannt werden: kreative und spekulative Hypothesen, Religiosität, Wissenschaft über die Wissenschaft. *(i)* In der Wissenschaft bedarf es kreativer Würfe ins Ungewisse. Diese Würfe kann man spekulative Hypothesen nennen. Spekulative Hypothesen mögen gegenwärtig nicht überprüfbar sein, sind aber an sich (hätte man die Ressourcen und technischen Mittel) falsifizierbar; sie sind keine Metaphysik.[136] *(ii)* Keine Metaphysik ist zudem das, was die Umgangssprache Glauben oder Religiosität nennt:[137] die Überzeugung, dass es eine Wirklichkeit abseits der naturgesetzlichen Welt gibt. Religiosität ist unproblematisch, solange der Wissenschaft keine Prämissen oder Erkenntnisse vorgegeben werden. *(iii)* Unproblematisch ist ferner die Wissenschaft über die Wissenschaft (oder: Wissenschaftstheorie; Erkenntnistheorie; Epistemologie), deren Bezeichnung als Metaphysik etymologisch vertretbar wäre. Der Klarheit wegen wird der Metaphysik-Begriff vorliegend nicht in diesem Sinne verwendet.

---

136 Vgl. dazu Nietzsche, FW (5), N. 344 – das Einleitungszitat dieser Arbeit.

137 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 93, unterscheidet die Religion ebenfalls von der Metaphysik (mit etwas offenerer Haltung gegenüber Letzterer als hier); anders eingeteilt aber bei Tschentscher, Prozedurale Theorien, 42 Fn. 84, wo Religiosität als Metaphysik im engeren Sinn bezeichnet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 2: Grundrechtsdogmatik

Die Grundrechtskollision betrifft in erster Linie klassische Probleme der Grundrechtsdogmatik. Um diese Probleme und ihre Bezüge zur Kollisionsproblematik geht es in diesem Teil der Arbeit: Zuerst erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Funktion und den Geltungsgründen der Grundrechte, die in schwierigen Fällen eine unmittelbare Argumentationsgrundlage zur Problemlösung bilden.

Sodann wird der abstrakte Geltungsanspruch der Grundrechte besprochen. Dabei wird untersucht, worauf sich ein grundrechtlicher Schutzbereich allgemein erstrecken soll und ob Einschränkungen angesichts der Möglichkeit kollidierender Grundrechte unter gewissen Umständen als in der Schutzbereichsdefinition implizit enthalten zu denken sind. Zu klären ist in diesem Zusammenhang auch die Funktion des verfassungsrechtlichen Gebots der Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 BV) und die Bedeutung von grundrechtlichen Schutzansprüchen im Verhältnis zu Abwehrrechten.

Zuletzt steht die Frage nach der formalen und materiellen Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen (vgl. Art. 36 BV) im Falle kollidierender Grundrechte im Vordergrund. Es geht dabei um das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage und ums Prinzip der Verhältnismässigkeit im Kontext mehrseitig betroffener Grundrechte, wobei dem Sonderfall der ein- oder auch beidseitigen Betroffenheit unantastbarer Schutzgehalte besondere Beachtung gebührt.

A. Geltungsgrund und Funktion der Grundrechte

I Hybrider Geltungsgrund

Der Geltungsgrund der Grundrechte ist hybrider Natur. Erstens stimmt er mit dem Geltungsgrund des Rechts überein, also mit dem Prinzip der Einigung.[138] Grundrechte gelten, weil man sich über ihre Geltung einigen konnte und kann.

---

138 Siehe vorne, Teil 1, B.II.; vgl. Teil 3, F.II.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweitens gelten Grundrechte wegen ihrer Gerechtigkeitsfunktion auch aus unmittelbar moralischen Gründen.[139] Das heisst, wie in Teil 3 eingehend aufzuzeigen sein wird: weil sie dem Wohl der Menschen dienen. Sie sind, kurzum, folgenethisch legitimiert.[140] Kein eigenständiger Geltungsgrund ist die Positivierung der Normen; aber die Verankerung der Grundrechte in der Verfassung, im „Inbegriff höchster Rechtsnormen im Staat"[141], belegt die Einigungsbasis und dient zudem bei Umsetzung durch eine kohärente und wortlautkompatible Praxis der Rechtssicherheit, an welcher ebenfalls ein folgenethisches Interesse besteht.

1. Einigung und Einigungsfähigkeit

Formell zeigt sich die Einigungsbasis der Grundrechte daran, dass sie den Prozess der demokratischen Verfassungsgebung durchliefen. Sie sind Teil der Verfassung und drücken Grundübereinstimmungen der Verfassungsgemeinschaft in Bezug auf die Notwendigkeit der Sicherung elementarer individueller Interessen aus.[142] Das Gewicht dieser Einigung äussert sich dabei auch an der Verankerung der Grundrechte auf mehreren Ebenen, etwa in Kantonsverfassungen und vor allem auf internationaler Ebene, in Menschenrechtskonventionen allgemeiner (UN-Pakt I, II), regionaler (EMRK) und bereichsspezifischer (UN-Antifolterkonvention [FoK]; UN-Kinderrechtskonvention [KRK]) Art; überdies in politischen Deklarationen wie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR).

Zudem zeigt sich die Einigungsbasis der Grundrechte daran, dass diese auch ohne formelle Verankerung gelten können. Die Justiz kann ungeschriebene Grundrechte anerkennen, wenn: *(i)* diese eine qualifizierte materielle Legitimität durch eine Zwecknähe zur positivierten Verfassungsordnung aufweisen (weil sie etwa für die demokratische und rechtsstaatliche Ordnung unentbehrlich oder Voraussetzung der effektiven Ausübung

---

139 Statt vieler Horster, Postchristliche Moral, 497.

140 Dazu hinten, Teil 2, A.I.2; allgemein zur Folgenethik siehe Teil 3, D.

141 Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 13.

142 Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 26: „Was für den geformten Staat ausser Streit stehen, was den Pluralismus der Gruppen und Meinungen übersteigend zur Einigkeit gebracht werden sollte, ist der Verfassung überantwortet."; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, vor Art. 7–36, N. 7; BBl 1997 I 1, 119: Konsensfähigkeit als Verfassungmerkmal.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzter Grundrechte sind)[143] und soweit *(ii)* diese Grundrechte bereits „von einem allgemeinen Konsens getragen sind".[144] Durch das zweite Kriterium wird gewährleistet, dass die fehlende ordinäre Einigungsform des demokratischen Verfassungsgebungsverfahrens durch eine andere Art der legitimitätsstiftenden Einigung ersetzt wird. Auch die erste Bedingung knüpft an den Willen des Verfassungsgebers an, weil sie sich auf das gegebene Verfassungsrecht bezieht. Anders gesagt: Ein Weniger an Verfahrenslegitimität wird durch ein Mehr an tieferliegender und (eher) materieller Akzeptabilität kompensiert.[145]

Die Akzeptabilität des positivierten und richterlich konkretisierten Verfassungsrechts ist in einer funktionierenden Demokratie der Normalfall. Dies gilt auch und trotz „blosser" Mehrheitsabstimmungen, weil und soweit ein Grundkonsens zugunsten des demokratischen Systems vorliegt; dann können die Ergebnisse störungsfrei verlaufender politischer Entscheidfindungsverfahren als durch alle Partizipationsberechtigten in gewisser Weise gebilligt gelten.[146]

2. Lebensdienlichkeit

Die elementarer Gerechtigkeit dienenden Grundrechte stützen sich nicht nur auf rechtliche, sondern auch direkt auf moralische Geltungsgründe. Die Grundrechte gelten, weil sie in ethischer Hinsicht bedeutsam sind. Dies bedeutet – so die noch darzulegende These[147] –, der Wert grundrechtlicher Interessen bestimmt sich mit Blick auf die kausale Bedeutung der Wahrung dieser Interessen für das Leben und die Lebensqualität einer möglichst grossen Anzahl von Menschen. Die Lebensdienlichkeit ist damit der (letzte) Geltungsgrund der Grundrechte.

---

143 Vgl. BGE 121 I 367 E.2.a, 370, wo explizit die beiden eingeklammerten Möglichkeiten als alternative Kriterien genannt werden (aber nur implizit das Kriterium der besonderen materiellen Legitimität).

144 BGE 121 I 367 E.2.a, 370: Wegen der dem Verfassungsrichter (in der Schweiz) gesetzten Schranken sei zudem erforderlich, dass „die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche" (ebd.); zur Anerkennung neuer Grundrechte siehe auch: Biaggini, BV, Vorb. Art. 7–36 N. 5.

145 Vgl. auch hinten, Teil 3, F.II.3.c, zur Kompensationsthese.

146 Vgl. J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 150.

147 Dazu hinten, Teil 3, E.I.3 (vgl. ebd., 4).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Bedeutung für die Grundrechtskollision

Die Geltungsgründe definieren den Fluchtpunkt der Grundrechtsauslegung und der Kollisionslösung: Jedes Ergebnis sollte einigungsfähig und lebensdienlich sein. Angesichts der Offenheit der Grundrechtsnormen dürften sich diese Gesichtspunkte in der Regel im Rahmen der (wortsinnkompatiblen) Grundrechtsauslegung und der grundrechtskonformen Gesetzesanwendung berücksichtigen lassen. Liesse der Wortsinn überhaupt keine einigungsfähige und folgenvernünftige Lösung zu (bei gegenwärtigem Positivierungsstand kaum denkbar), müsste es zur Auslegung contra verba legis und damit bereits zur richterlichen Verfassungsgebung kommen.[148] Diese sollte aber nicht zu einer Lösung führen, die der Verfassungsgeber gerade ausschliessen wollte.[149] Nur in wenigen, im funktionierenden demokratischen Rechtsstaat wohl vorwiegend theoretischen Ausnahmefällen ist eine Lösung gänzlich gegen den Willen des Verfassungsgebers denkbar.[150]

Kurz: Die Geltungsgründe der Grundrechte weisen der Anwendung der Grundrechte in Konfliktfällen die grundlegende Richtung. Dies gilt auch dort, wo alle plausiblen Lösungen jenseits selbst dessen lägen, was sich noch an den Wortlaut der Verfassungsnormen binden liesse. Auch bei wortlautfremder Auslegung muss die Justiz möglichst im Sinne des Verfassungsgebers (modo legislatoris) entscheiden.[151] Angesichts der bei Grundrechten beachtlichen Deutungsspielräume sind zudem Gerechtigkeitserwägungen direkt relevant. Wenn Grundrechte gelten, um elementare Gerechtigkeitsansprüche und existenzielle Güter aller Menschen zu sichern, dann ist im Zweifelsfall die Kollisionslösung richtig, von der man aufgrund einer möglichst erfahrungsbasierten (realistischen) Prognose annehmen muss, sie diene optimal dem Wohl aller Menschen.

---

148 Siehe hinten, Teil 2, B.III.1.b, zur Frage, ob Grundrechtskollisionen Lücken bedeuteten.

149 Vgl. Hausheer/Jaun, Einleitungsartikel ZGB, Art. 1, N. 236, 251, zur Auslegung contra verba legis und ihrer Grenze (aus privatrechtlicher Warte).

150 Hinten, Teil 3, F.II.4, zu den Nichtigkeitsgründen von Rechtsnormen.

151 Belser, BS-Komm. BV, Einleitung, N. 69; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, N. 72; vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB, als Ausdruck dieses Prinzips der Lückenfüllung.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II Funktionen der Grundrechte: Verteidigung und Befähigung

Der die Grundrechte gewährleistende Staat bekleidet eine Doppelrolle: Er ist der Verteidiger bestehender Freiheiten und Interessen. In dieser Rolle schützt er Grundrechte vor sich selbst und vor anderen Gefahrenquellen. Zudem schafft und fördert er die noch nicht gegebenen Fähigkeiten zum Grundrechtsgenuss.[152]

Statt von Verteidigungsfunktion könnte man auch von Schutzfunktion sprechen, was inhaltlich korrekt wäre; doch diese Wortwahl führte zu Missverständnissen, weil der Begriff der Schutzpflicht sich zur Bezeichnung einer spezifischen Dimension der Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung (nämlich durch aktive Intervention) etabliert hat.[153]

1. Verteidigungsfunktion

Grundrechte schützen als Abwehrrechte vor Einschränkungen durch den Staat. Als Schutzrechte vermitteln sie (begrenzt justiziable) Ansprüche auf Schutz vor Einschränkungen durch Dritte. Der Staat verhindert in Erfüllung dieser Pflichten, dass dem Menschen elementare Freiheitsräume und wichtige Aspekte seiner (bestehenden) Lebensqualität entzogen werden. Die Verteidigungsfunktion geht damit von einer anderen Ausgangslage aus als die Befähigungsfunktion: Sie verhindert, dass der Mensch etwas Wesentliches verliert, das er im Status quo hat. Die Befähigungsfunktion sichert dagegen, was der Mensch noch nicht hat, aber haben sollte:

2. Befähigungsfunktion

Da Grundrechte allen Menschen zukommen, können sie sich nicht darin erschöpfen, vor staatlichem Machtmissbrauch und expansiven Dritten zu schützen und Bestehendes zu verteidigen.

Abwehrende Freiheiten sind erst fruchtbar, wenn dem Menschen minimale Positionen zukommen, die ihm den Genuss jener Freiheiten ge-

---

152 Vgl., mit einer etwas anderen Terminologie: J.P.Müller, Elemente, 46 ff.; Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5, N. 34.

153 Dazu ausführlich: Besson, Obligations positives, 70 ff.; siehe hinten, Teil 2, B.IV.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

statten.[154] Der Staat ist mitunter gehalten, den Menschen zum Genuss elementarer Freiheiten und einer akzeptablen Lebensqualität überhaupt erst zu befähigen; er muss den Grundrechtsberechtigten damit auch gewisse Voraussetzungen und Bedingungen zur Ausübung von Freiheitsrechten gewährleisten.[155] Das Mass der Befähigungsleistung sollte am Ziel ausgerichtet sein, jedem Menschen ein Leben zu ermöglichen, das dieser konkret als lebenswert erleben kann. Wer nicht aus eigener Kraft zum würdigen Dasein findet, ist (subsidiär; vgl. Art. 6 BV) hierzu zu befähigen.

Eine unmittelbare Befähigungsfunktion sieht das Recht auf Nothilfe vor (Art. 12 BV): Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins ist eine Voraussetzung des faktischen Genusses zahlreicher Freiheiten. Vorrangig der Befähigung dient auch die Garantie des ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterrichts (Art. 19 BV), die mittelbar zur Ausübung eines Berufes befähigt (Art. 27 BV) und freies Denken ermöglicht (Art. 16 Abs. 2 BV), auf das der zweckmässige Gebrauch politischer Rechte aufbaut (Art. 34 BV). Eine ähnliche politische Befähigungsfunktionen erfüllt auch die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV, erster und zweiter Teilsatz). Ferner zählen zur Befähigungsfunktion auch Verfahrensgarantien (Art. 29–32 BV), die wesentlich zu einem tatsächlichen „Recht auf Rechte“[156] (vgl. Art. 16 UN-Pakt II) beitragen. Zuletzt können aber auch die klassischen Freiheitsrechte (auch i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) den Staat verpflichten, die Möglichkeit des Freiheitsgenusses überhaupt erst zu schaffen (etwa durch Rollstuhlzugänglichkeit öffentlicher Orte).[157]

Damit ist auch klar, was die Befähigungsfunktion nicht ist: ein anderes Wort für die programmatische (objektivrechtliche) Schicht der Grund-

154 Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 51.

155 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 35, N. 9.

156 Siehe Arendt, Totale Herrschaft, passim, die das „Recht auf Rechte“ als besonders in Krisenzeiten höchst vulnerable Basis der Menschenrechte identifizierte und im Totalitarismus inexistenten Zugang zu wirksamen Mechanismen zum Schutz der Menschenrechte; etwa ebd., 605: Man habe gedacht, die unveräusserlichen Menschenrechte „seien unabhängig von allen Regierungen und müssten von allen Regierungen in jedem Menschen respektiert werden. Nun stellte sich plötzlich heraus, dass in dem Augenblick, in dem Menschen sich nicht mehr des Schutzes einer Regierung erfreuten, keine Staatsbürgerrechte mehr genießen und daher auf ein Minimum an Recht verwiesen sind, das ihnen angeblich eingeboren ist, es niemanden gab, der ihnen dies Recht garantieren konnte, und keine staatliche oder zwischenstaatliche Autorität bereit war, es zu beschützen.“; ebd., 614: ein (reales) Recht auf Rechte, das über den theoretisch deklarierten Anspruch in seiner praktischen Festigkeit hinausgehe.

157 Vgl. BGE 134 II 249; BGer 2C_974/2014 vom 27.04.2015, E.3.4 und 4.4 – 4.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechte im Sinne der Schichtenlehre.[158] Diese Schicht umfasst, anders als die subjektivrechtliche und justiziable Schicht, das vor Gericht nicht direkt durchsetzbare weitere Programm der Grundrechtsordnung, das erst nach vorgängigem Tätigwerden des Staates (z.B. durch Gesetzgebung oder Schaffung von Institutionen) in subjektive Rechte mündet.[159] Denn die objektivrechtliche sowie die subjektivrechtliche Dimension[160] der Grundrechte können je Elemente der Verteidigungs- wie auch der Befähigungsfunktion enthalten: Beide verpflichten den Staat sowohl zur Verteidigung gegebener Freiheiten und bestehender elementarer Lebensqualität als auch dazu, gewisse Personen überhaupt erst zum Genuss zentraler Freiheiten oder elementarer Lebensqualität zu befähigen. Die subjektivrechtliche Schicht ist dabei auch nicht auf Abwehrrechte beschränkt.[161]

Entscheidend für die Zuordnung zur Verteidigungsfunktion respektive zur Befähigungsfunktion ist, ob der materiale Sollzustand des Grundrechts im Status quo gegeben (aber allenfalls bedroht) oder noch nicht gegeben und überhaupt erst zu schaffen ist. Die Unterscheidung zeigt die diversen Stossrichtungen staatlicher Pflichten in einfacher Weise auf. Zudem ist der Begriff der Befähigung im Sinne des Schaffens von Fähigkeiten auch für Nichtjuristen verständlich. Im Bereich der Gerechtigkeitstheorien lässt er sich mit dem Fähigkeitenansatz (Sen, Nussbaum) verbinden, wo das

158 Die entsprechende Schichtenlehre geht auf J.P.Müller zurück: siehe ders., Bemerkungen, 633 ff.; auch in der Bundesgerichtspraxis schlugen sich die Begriffe der Schichtenlehre z.T. nieder, etwa in BGE 103 Ia 369 E.4a, 378, wonach die Handels- und Gewerbefreiheit einer Kantonsverfassung keine Ansprüche auf staatliche Leistungen begründe, da sie bloss als Programmbestimmung positiviert sei, „aus der sich offensichtlich keine individuell-rechtlichen Ansprüche ableiten lassen".

159 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 35, N. 6–18; Besson, obligations positives, 49 ff.; J.P.Müller, Bemerkungen, 633 ff.; vgl. zur Illustration BGE 103 Ia 369 E.4a, 378.

160 So Biaggini, BV, Art. 35 N. 6, der mit Recht das Bild der „Schichten" angesichts der oft fliessenden Übergänge vom Nichtjustiziablen zum Justiziablen als etwas zu statisch empfindet; vgl. Besson, obligations positives, 63: „Qu'elle soit matériellement justifiable ou non, la nature justiciable des obligations positives découle cependant clairement de la *jurisprudence*. Les tribunaux se prononcent en effet sur le respect des obligations positives comme ils se prononceraient sur le respect de n'importe quelles obligations négatives issues d'un droit fondamental."

161 Besson, obligations positives, 63; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 263, vgl. Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1116–1119.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entscheidende Kriterium der Gerechtigkeit einer Handlung deren Eignung ist, zum Genuss und zur freien Gestaltung des Lebens zu befähigen.[162]

Die Verwirklichung der Befähigungsfunktion der Grundrechte ist nicht a priori zweitrangig; sie mag aber im Vergleich zur Verteidigungsfunktion insofern eher an Grenzen stossen, als das Schaffen von Fähigkeiten in der Regel ressourcenintensiv ist.[163]

B. Geltungsanspruch der Grundrechte

I Persönlicher Schutzbereich: Grundsatz und Grenzen

1. Grundrechtsträgerschaft aller Menschen

Jeder Mensch ist Grundrechtsträger[164], was sich an diversen Garantien zeigt, die explizit jeden Menschen (Art. 7, 8, 10 BV) oder jede Person (Art. 6, 9, 13, 15, 16, 22, 23, 29, 29a, 30, 31, 32, 33 BV; vgl. Art. 41 BV) als Grundrechtsträger voraussetzen. Eine engere allgemeine Grundrechtsträgerschaft wäre nicht mit der Garantie der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) zu vereinbaren und verletzte die Menschenwürde (Art. 7 BV).

Nur wenige Grundrechte sind aufgrund der besonderen Struktur des Schutzguts einem engeren Kreis vorbehalten.[165] So die sogenannten Bürgerrechte, zu denen die politischen Rechte (Art. 34 i.V.m. Art. 136 Abs. 1 BV) sowie auch das Verbot der Ausweisung von Staatsbürgern (Art. 25 Abs. 1 BV) zählen[166]; ursprünglich ein Bürgerrecht war zudem die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV), die durch die zwischenstaatlich garantierte Personenfreizügigkeit anderen Personen offensteht (insb. Art. 2–4 FZA). Aus dem sachlichen Schutzbereich ergibt sich zudem eine (grundrechtsimmanente[167]) Beschränkung der geschützten Personenkreise bei den Diskriminierungsverboten (Art. 8 Abs. 2 BV) sowie beim besonderen Anspruch auf Schutz und Förderung der Entwicklung von Kindern und

---

162 Dazu unten, Sen, Justice, 235 ff; vgl. Nussbaum, Capabilities, passim.
163 Zum Ressourcenvorbehalt hinten, Teil 2, B.V.4.
164 Mahon, Droit fondamentaux, 42; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1111; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 55; Schweizer, SG-Komm. BV, Vorb. Art. 7–36 N. 7.
165 Vgl. dazu und zum Nachfolgenden etwa: Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1111.
166 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 23 und 59.
167 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, 60.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jugendlichen (Art. 11 BV; siehe auch Art. 19 BV).[168] Grund des Vorzugs ist die Vulnerabilität der fraglichen Personengruppen. Im Kollisionsfall kann das erhöhte Schutzbedürfnis, das solche Grundrechte ausdrücken, zu einer gewissen Vermutung der Vorrangigkeit führen, da Einschränkungen zulasten besonders vulnerabler Personen (die nur bedingt fähig wären, sich selbst zu schützen) tendenziell eher nicht zumutbar sind.[169]

Juristische Personen können Grundrechtsträger sein, soweit die fragliche Garantie nicht an natürliche Qualitäten des Menschen anknüpft.[170] Diese Erweiterung der Grundrechtsträgerschaft ist m.E. ein prozeduraler Hilfsgriff, der seine ganze Legitimität daraus bezieht, dass die Interessen einer juristischen Person indirekt grundrechtliche Interessen natürlicher Personen umfassen.

2. Grenzfragen am Lebensanfang

Ab wann ist ein menschliches Wesen grundrechtsfähig? Die Relevanz der Frage ist beachtlich. Sie determiniert Lösungen rechtsethischer Dilemmata in diversen Bereichen, etwa in Bezug auf die Abtreibung, die Präimplantationsdiagnostik oder die Embryonalforschung. Der Beginn der Grundrechtsfähigkeit ist nirgends autoritativ festgelegt. Bundesgericht und EGMR liessen die Frage bis anhin offen.[171] In der Lehre dürfte die Ansicht vorherrschen, das Ungeborene habe ein gewisses Recht auf Leben und seine eigene (Art von) Würde, doch gingen damit keine durchsetzbaren, unmittelbar bindenden Schutzansprüche und Schonungsgebote einher.[172]

---

168 Ausführlich für Art. 11 BV: Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, passim.

169 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, § 35, III.2.b; siehe auch hinten, Teil 4, C.IV.4.

170 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 60 f.; Mahon, Droit fondamentaux, N. 24.

171 BGE 115 Ia 234 E.9c, 264; ebenso in BGE 119 Ia 460, wobei das Gericht *obiter dictum* von der Menschenwürde des Embryos in vitro ausging (503, E 12); für den EGMR siehe etwa *Parillo v. Italy* (2015), 46470/11, § 167: „The Court acknowledges that the 'protection of the embryo's potential for life' may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others […]. However, this does not involve any assessment by the Court as to whether the word 'others' extends to human embryos"; vgl. EGMR, *Evans c. VK* (2007), 6339/05, § 54. Anders als der Beginn der Grundrechtsfähigkeit ist die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit, die mit der Geburt eintritt, in Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 ZGB festgelegt.

172 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 45: Die Menschenwürde „bezieht sich auch auf menschliche Samen- und Eizellen, vorgeburtliches menschliches

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der ungeborene Mensch hat damit zwar valable Grundrechtsinteressen im programmatischen, objektivrechtlichen Sinn. Konkret beachten und schützen muss sie der Staat aber (weil es keine subjektiven Rechte sind) nur im Rahmen des gesetzlich Geforderten.[173]

Was spräche dagegen, pränatalem Leben die Grundrechtsträgerschaft zu gewähren? Bisweilen wird wohl befürchtet, dass es dann vermehrt zu gewissen Grundrechtskollisionen käme, die sich bei Annahme eines rigoristischen Verständnisses der Menschenwürde und des Tötungsverbots kaum auflösen liessen. Wer einerseits die Zulässigkeit von Abtreibungen (im Rahmen der Fristenlösung) als Ausdruck elementarer persönlicher Freiheiten begreift und anderseits annimmt, das Recht auf Leben werde durch jedwede gezielte Tötung verletzt, der kann im Nasciturus keinen gänzlich rechtsfähigen Menschen mit ordentlichem Recht auf Leben erblicken.[174] Denn sonst drohte die Kollision unbedingt zu schützender Abwehrrechte.

Die Möglichkeit solcher Kollisionen ergäbe vielleicht dann ein Argument gegen die Rechtsfähigkeit Ungeborener, wenn eine graduelle Konzeption der Rechtsfähigkeit abzulehnen wäre.[175] Eine solche drängt sich aber gerade auf, weil die Alternative (die scharfe Grenze, deren Übertritt ins Reich der Grundrechte führt) problematisch ist. Dass man jenseits von Grenzen (das gilt auch für jene geografischer Art) nicht alles schützen kann, heisst nicht, man müsse nichts schützen. Die Suche nach einer Grenze, ab welcher sich der Genuss der wichtigsten (gar uneinschränkbaren) Grundrechte erst aktiviert, verleitet zur allzu bescheidenen Gewährung von Grundrechten. Besser ist es, anzunehmen, das Ungeborene gewinne vom Zeitpunkt der Zeugung bis hin zur Geburt Tag für Tag an Schutz-

---

Leben, den menschlichen Leichnam und menschliche Organe, Körperteile, Gewebe oder Zellen" – eine Aufzählung, in der werdendes Leben dem denkenden und fühlenden Menschen gar fern scheint (und gewiss nicht Träger subjektiver Rechte ist); vgl. Rütsche, Rechte von Ungeborenen, 56 f. und 308; Schweizer, SG-Komm. BV, vor Art. 7–36 N. 7; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 55, Mahon, Droit fondamentaux, N. 50 und 55; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 11. Aus Sicht der Ethik etwa: Horster, Präimplantationsdiagnostik, 53, m.H.

173 Vgl. Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 47 f.; Dubey, Droits fondamentaux, N. 1169.

174 Aus diesem Grund wohl die Zurückhaltung in: Müller/Schefer, Grundrechte, 47 f.

175 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 101: „Dem Schutz des Lebens ist ein geringer Dienst erwiesen, wenn man den Nasciturus einzig deshalb zum Nichtmenschen deklassiert, um das Dogma eines ausnahmslosen Tötungsverbots zu retten."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würdigkeit.[176] Es erreicht das volle Lebensrecht über Grade des Lebensschutzes und die umfassende Garantie der Menschenwürde über Grade des pränatalen Würdeschutzes.[177]

3. Grenzfragen am Lebensende

Die Grundrechtsträgerschaft endet mit dem Tod. Im Recht wird angenommen, dieser trete mit dem irreversiblen Ausfall der Hirnfunktionen einschliesslich des Hirnstamms ein (Hirntod-Kriterium).[178] Verstorbene geniessen keinen postmortalen Persönlichkeitsschutz[179], doch können die Grundrechte über den Tod hinaus Nachwirkungen entfalten: Daher werden die Wahl der Bestattungsmodalität und des Bestattungsortes nicht mit dem Tod hinfällig.[180] Diese Nachwirkung ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts lebender Grundrechtsträger, das auch in die Zukunft gerichtete Gestaltungsmöglichkeiten umfasst (ohne sie wäre schon die Vertragsfreiheit undenkbar). Zudem steht ein bedeutsames öffentliches Interesse im Spiel: jenes des Vertrauens in den Staat. Dieses wäre bedroht, wenn der Staat nach dem Tod dazu überginge, Entscheidungen des Verstorbenen zu missachten. Dies würde die Akzeptabilität der Grundrechte belasten und damit deren Verwirklichung erschweren. Insofern gebietet auch Art. 35 BV i.V.m. mit den Spezialgrundrechten (insb. Art. 10 Abs. 2 BV) den Respekt der Entscheidungen verstorbener Menschen.

Zur Wahrung der als schutzwürdig anzuerkennenden Belange nicht erforderlich wäre indes das Konstrukt einer Grundrechtsträgerschaft toter Menschen.

---

176 Vgl. Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, N. 11, betreffend den „effektive[n] Garantiebereich" des Rechts auf Leben.

177 Siehe auch die Ausführungen zur Struktur unantastbarer Rechte, hinten, Teil 2, C.V.

178 Art. 9 Abs. 1 TPG; SAMW, Feststellung, Art. 119a N. 14; vgl. Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 49; kritisch, mit Hinweis auf ein denkwürdiges Signalproblem: Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 12: „Es geht im Kern nicht um die biologischen Details, sondern vielmehr um die philosophische Frage, ob man das menschliche Leben mit der Hirnfunktion identifizieren soll."

179 Vgl. BGE 129 I 302 E.1.2, 306 ff.; vgl. Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 ZGB.

180 BGE 129 I 173, E.4; 127 I 115, E.4a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Distanzproblem

In der Rechtsrealität spielt in unterschiedlicher Hinsicht die Distanz zwischen dem Grundrechtsträger und dem Staat eine Rolle. Insbesondere die geografische und zeitliche Distanz des Grundrechtsträgers zum Staat kann die Grundrechtsverwirklichung hemmen.[181]

a. Hoheitsgewalt als faktische Grenze

Obwohl Grundrechte allen Menschen zustehen, ist die Durchsetzung der Grundrechte faktisch auch davon abhängig, welcher Staat zuständig ist. Es kommt namentlich darauf an, ob sich grundrechtsrelevante Sachverhalte unter der Hoheitsgewalt eines durchsetzungswilligen Staates abspielen.[182] Bereits Art. 1 EMRK weist auf diese Grenze hin: Die an die Konvention gebundenen Mitgliedsstaaten des Europarates sichern die Konventionsrechte allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu. Abgesehen davon, dass ein gewisses „Schutzprivileg resultierend aus der Staatsbürgerschaft" eine Folge des Treueverhältnisses zwischen Bürger und Staat sein kann[183], spielen hier Gründe der Praktikabilität eine Rolle. Wegen der Grenzen der Hoheitsgewalt kommt es auch zu Schutzlücken: Fehlt es dem zuständigen Staat am Willen zur Grundrechtsachtung, haben andere Staaten oft keine Möglichkeiten, die Lücke zu schliessen.

Gleichwohl können auch kleinere Staaten zum extraterritorialen Schutz grundlegender Rechte beitragen, wenn sie ihr relatives Gewicht in die Waage legen und durch Kooperation sowie Instrumentalisierung gegenseitiger Interessen andere Staaten zur Grundrechtsverwirklichung animieren; so beispielsweise im Bereich des diplomatischen Schutzes oder von Investitionsschutzabkommen.[184] Knappe Möglichkeiten zur Verwirklichung der Menschenrechte jenseits des Hoheitsgebietes legitimieren keine Perpetuierung der nationalen Genügsamkeit; sie verpflichten zur geduldigen Ausdehnung der Schutzmöglichkeiten, u.a. durch die Ausweitung der nationalen Einflusssphäre und die Identifikation produktiver Kooperationsmöglichkeiten.

---

181 Uffer, Mobilität, 20 f.; siehe auch: Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, Vol. I, 162 ff. (betr. Ausnahmen zum Territorialitätsprinzip).
182 Kind, Der diplomatische Schutz, 122.
183 Kind, Der diplomatische Schutz, 152.
184 Zu Ersterem siehe: Kind, Der diplomatische Schutz, 115 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ferner trifft auch liberale und rechtsstaatliche Demokratien m.E. eine Pflicht, wehrhaft zu sein und auf regionale und globale Krisen, die mit schwersten Grundrechtsgefährdungen einhergehen, wirksam zu reagieren. Dass vor Europas Toren in Syrien seit Jahren ein grausamer Krieg tobt, ist nicht nur den Akteuren vorzuwerfen, die sich dort rege an den Verletzungen des humanitären Völkerrechts beteiligen; die Verantwortung liegt auch bei jenen (westlichen) Mächten, die ans militärische Intervenieren gar nicht dachten – vielleicht, weil sich humanitäre Hilfe und Aufrufe zu diplomatischen Lösungen innenpolitisch besser vertreten lassen als die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts nötigenfalls mithilfe militärischer Mittel. Wer ernsthaft von den Grundrechten aller Menschen redet, darf es sich nicht in Form eines sonderbaren „Pazifismus" (treffender: Passivismus) zu leicht machen, für das als warnendes Beispiel die Appeasement-Politik des früheren britischen Premierministers Chamberlain gelten muss.

Kurz: Der Grundrechtsschutz aller Menschen sollte, will seine Deklaration nicht geradezu unredlich sein, sich zumindest wirksam dem Ziel anzunähern suchen, dass weltweit kein Mensch durch die Maschen aller Schutzsysteme fällt (sei es beispielsweise, weil er unter einem totalitären Regime lebt, sei es auch, weil er sich ohne Aufenthaltsberechtigung in einem ihm fremden Land befindet und ein Dasein wie Unberührbare im sozialen Nirgendwo fristet, oder sei es, weil er keine Staatszugehörigkeit hat und damit meistens auch kein wirksames Recht auf Rechte[185]). Überdies ist der Staat gehalten, nicht indirekt schwere Grundrechtsverletzungen im Ausland zu verursachen, indem er durch eine restriktive Regulierung im Innern (etwa in der Drogenpolitik oder im Organtransplantationswesen) grundrechtsschädigende Folgen im heimischen Schwarzmarkt oder auf unregulierten ausländischen Märkten in Kauf nimmt.[186]

b. Künftige Menschen als Grundrechtsträger?

Müsste man Grundrechte künftiger Menschen anerkennen? Das Leben der Menschen, die in 200 Jahren leben, ist (für die dann lebenden Menschen)

---

185 Arendt, Totale Herrschaft, 605; vgl. ebd., 469 f.: Dem Staatenlosen ist „der Weg in die gemeinsame und darum verständliche Welt dadurch abgeschnitten […], dass man ihn aller Mittel beraubt hat, seine Individualität in das Gemeinsame zu übersetzen und in ihm auszudrücken."

186 Dazu unten, Teil 4, E; siehe auch Uffer, Mobilität, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht weniger wert als heutiges Leben. Künftige Menschen haben aber ein wesentliches Problem: Sie können ihre Ansprüche nicht selbst verteidigen. Ihre Fähigkeit, unsere Affekte anzusprechen und Handlungsintentionen auszulösen, ist eingeschränkt. Künftige Menschen sieht man nicht auf rührenden Fotos. Sie sind in gewisser Weise vulnerabler als Kleinkinder, deren (sicht- oder hörbares) Leiden wirksam Mitgefühl erregt.[187] Mit anderen Worten, die menschliche Psychologie hemmt faktisch den Schutz künftiger Menschen.[188] Das erklärt den Mangel, rechtfertigt ihn aber nicht.

Ansatzweise eine Rechtfertigung liefern dagegen Prognoseunsicherheiten, mit denen der Schutz der Grundrechte künftiger Menschen zu ringen hätte. Eine Grundrechtsträgerschaft künftiger Menschen in Form subjektiver Rechte erscheint überdies weder nötig noch umsetzbar (es müssten potenzielle Menschen durch Vertreter geschützt werden). Als objektives Schutzgut ist das Leben der künftig lebenden Menschen, soweit es durch gegenwärtige Handlungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit betroffen ist, bereits jetzt im Rahmen der Abwägung zu beachten. Dabei sind auch Kollisionen mit Rechten gegenwärtig lebender Menschen möglich; das heisst, die Grundrechte künftiger Menschen sind „Grundrechte Dritter" im Sinne des Art. 36 Abs. 2 BV. Solche Kollisionen sind nicht zwingend zugunsten der Rechte der Gegenwart aufzulösen.[189]

II Sachlicher Schutzbereich kollidierender Grundrechte

1. Schutzbereichsbestimmung im Kontext der Kollision

a. Abstrakte Kriterien zur Bestimmung des Schutzbereichs

Jede Lösung einer Grundrechtskollision beginnt mit der Prüfung, ob eine solche überhaupt vorliegt. Das heisst, es wird geprüft, ob die im konkreten Fall konfligierenden Interessen überhaupt im sachlichen Schutzbereich der möglicherweise kollidierenden Grundrechte liegen.

---

187 BGE 133 II 136 E.6.4, 148, in ganz anderem Zusammenhang: „Das Bild ist konkret, wirkt emotional unmittelbarer, ganzheitlicher und unentrinnbarer als das Wort" (es ging um den Schutz der Würde und ungestörten Entwicklung der Jugend vor gewissen Inhalten in audiovisuellen Medien).

188 Vgl. zur hierzu führenden kognitiven Täuschung: Kahneman, Thinking, 85–88; siehe auch Cialdini, Influence, 167 ff.

189 Vgl. hinten, Teil 3, A.II.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schriebe die Verfassung die optimale Tragweite der Grundrechte für jede mögliche Situation vor und wäre die Praxis in der Lage, dem Nachachtung zu verschaffen, gäbe es keine Kollisionen und keinen Bedarf an Einschränkungen: Der Schutzbereich deckte einfach das ab, worauf man am Ende, unter Berücksichtigung aller Umstände, vernünftigerweise einen effektiven (sich im Resultat auch gerechterweise gegen andere Ansprüche durchsetzenden) Anspruch hat.[190] Dies setzte aber eine Detailhaftigkeit der Verfassung voraus, die praktisch unmöglich ist.[191] Die Generalklauselhaftigkeit der Grundrechte macht die Abdeckung aller relevanten Sachbereiche durch eine überschaubare Anzahl Garantien möglich.

Dies hat zur Folge, dass der sachliche Schutzbereich in aller Regel (ausser bei unantastbaren Schutzgütern) mehr umfasst als nur das jeweils im Ergebnis gebotene Schutzmass. Er bezeichnet den Garantiegehalt, der „abstrakt" (praktisch ausgedrückt: gemeinhin) respektiert und erfüllt werden muss. Es geht also um jenen Gehalt, mit dem man sich in einem Rechtsmittelverfahren um gerichtlichen Schutz vor nicht gerechtfertigten Einschränkungen bemühen kann.

Das heisst, zum sachlichen Schutzbereich eines Grundrechts sind alle Interessen zu zählen, deren Einschränkung aus unabhängiger Warte nicht geradezu offensichtlich keine Grundrechtsverletzung ist (das ergibt sich etwa aus Art. 34 i.V.m. Art. 35 Ziff. 3 lit. a EMRK). Mit anderen Worten ist in der Einschränkung von Individualinteressen dann eine Einschränkung des sachlichen Schutzbereichs zu sehen, wenn auf prima facie nicht unhaltbare Weise begründet werden kann, die fragliche Einschränkung sei eine Grundrechtsverletzung (vgl. Art. 106 BGG, wonach das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten nur insofern prüft, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist). Eine Grundrechtskollision liegt nach diesem Massstab vor, wenn mit nicht unhaltbaren Gründen beidseitig argumentiert werden kann, eine Einschränkung der konfligierenden Interessen sei eine Grundrechtsverletzung.

Zudem kann auf den Gedanken des erwartbaren Schutzumfangs abgestellt werden.[192] Zum sachlichen Schutzbereich gehören alle Interessen, deren Wahrung jenseits von Kollisionsfällen erwartbar ist. Was erwartbar ist, bestimmt sich mit Blick auf die Rechtsgleichheit der Menschen (der Schutzumfang, auf den eine Person Anspruch erheben kann, darf nicht zur Folge haben, dass Schutz im vergleichbaren Umfang für andere a

190 Vgl. die gründlichen Überlegungen bei Bolz, Schutzobjekt, passim.
191 Vgl. Mahon, Droits fondamentaux, N. 15.
192 Vgl. hinten, Teil 2, B.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

priori unverfügbar wäre).[193] Eine Grundrechtskollision liegt vor, wenn auf beiden Seiten des Konflikts eine Verkürzung des erwartbaren Schutzmasses droht.

b. Situationsabhängiger Umfang des sachlichen Schutzbereichs

Inwieweit darf bei der Zumessung des sachlichen Schutzbereichs auf die persönliche Situation der Betroffenen abgestellt werden?

Hierzu zwei Fälle:

> *(1) Einbrecher*: Fünf junge Männer und Frauen stehlen Verpflegungsmittel im Supermarkt, dringen in ein leerstehendes Haus ein und übernachten dort. (Die Beteiligten, die sich gegenseitig zu dieser Mutprobe animierten, wollen innerhalb der Gruppe nicht als Feiglinge gelten.)
> *(2) Bettler*: Ein Bettler stiehlt Verpflegungsmittel im Supermarkt und dringt in ein leerstehendes Haus ein, um dort zu übernachten, denn es ist Winter und kalt.

In *Einbrecher* sehen wir keinen Ausdruck elementarer Persönlichkeitsentfaltung und damit nichts, was den Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) aktivierte.[194] Trotz identischer Handlung verhält es sich in *Bettler* anders: Den Bettler treiben existenzielle Bedürfnisse an. Es geht ihm ums Überleben, jedenfalls um Schutz vor Kälte und Hunger, und damit um elementare Sicherheit.[195] Er ringt um Grundbedingungen der freien Persönlichkeitsentfaltung. Er kann sich folglich auf seine persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) berufen, ferner auf sein Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV), und auf seine Würde (Art. 7 BV; vgl. Art. 12 BV). Die Tat des Bettlers verletzt zwar Rechte Dritter, doch ist sie nicht eine sozialschädigende Provokation, deren Zuordnung zum Schutzbereich eines Grundrechts befremdlich wäre. Eher ist sie ein Weckruf und Fingerzeig auf ungelöste soziale Probleme. Gesetzt, der Bettler habe keine anderen Wege, für sich selbst zu sorgen, gilt, was der Grossinquisitor in *Die Brüder*

---

193 Vgl. BGE 136 V 395 E.7.7, 413.

194 Vgl. zur Voraussetzung der Garantie der persönlichen Freiheit gemäss einer beständigen Praxis: BGE 130 I 16 E.5.2, 20; siehe auch hinten, Teil 2, B.II.4, zur Diskussion um die weite Tatbestandstheorie bei Freiheitsrechten.

195 Vgl. Maslow, Human Motivation, 11: „For the man who is extremely and dangerously hungry, no other interests exist but food. He dreams food, he remembers food, he thinks about food, he emotes only about food, he perceives only food and he wants only food."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Karamasov (Dostojewski) sagt: „Mache sie zuerst satt – dann kannst du von ihnen Tugenden verlangen!“[196]

Dies zeigt die Situationsabhängigkeit sachlicher Schutzbereiche. Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit des Bettlers reicht situationsbedingt weiter als jener der jungen Einbrecher im ersten Fall. Daraus folgt nicht, dass für Bedürftigste wesentliche Normen des Strafrechts nicht gölten; auch darf man die Freiheit des Bettlers einschränken (im Rahmen der Verhältnismässigkeit, Art. 36 Abs. 3 BV) und ihn an der Ausführung der Tat hindern. Verhindert man seine Selbsthilfe, muss man ihm aber die für ein menschenwürdiges Dasein notwendige Hilfe gewähren (Art. 12 BV; vgl. Art. 128 StGB).

Man kann den situationsabhängigen Schutzbereich als Ausdruck eines Prinzips auffassen, wonach Handlungen, die klar nicht sozialverträglich sind (da sie etwa den Grundrechtsgenuss Dritter übermässig behindern)[197] und denen die Verallgemeinerungsfähigkeit eindeutig fehlt[198], nicht vom sachlichen Schutzbereich erfasst sind. Denn sie können nicht Ausdruck der elementaren Persönlichkeitsentfaltung des Menschen sein, der ein soziales und abhängiges Wesen ist, und fallen damit nicht unter den Schutz der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV.[199]

---

196 Dostojewski, Großinquisitor, 27.

197 Vgl. dazu die Bedingung der bewilligungsfreien Nutzung öffentlichen Raumes gemäss beständiger Praxis: BGE 135 I 302 E.3.3, 307: „Eine Nutzung wird als gemeinverträglich betrachtet, wenn sie von allen interessierten Bürgern gleichermassen ausgeübt werden kann, ohne dass andere an der entsprechenden Nutzung übermässig behindert werden.“; vgl. ebd., 309: nicht gemeinverträglich ist eine Tätigkeit, welche den Freiheitsgenuss Dritter „erheblich beeinträchtigt oder stört“; vgl. BGE 122 I 279 E.2e/cc, 286.

198 Siehe BGE 136 V 395 E.7.7, 413: „Verallgemeinerungsfähig ist nur, was allen, die sich in einer gleichen Situation befinden, in gleicher Weise angeboten werden kann“. Entscheidend ist, ob der an die Rechtsgleichheit gebundene Staat dieselbe Leistung auch allen anderen erbringen könnte, die darauf ein gleiches Recht haben, denn (ebd.) es sei nur bei besonderer Rechtfertigung mit der Rechtsgleichheit vereinbar, „einzelnen Versicherten Leistungen zu erbringen, die anderen Versicherten in gleicher Lage nicht erbracht würden“; vgl. die Einbürgerungsentscheide des Bundesgerichts: BGE 132 I 196 E.3.3, 199; BGer 1D_1/2008 vom 19.3.2008 E.2.3: Es könne aus der Wortmeldung eines einzelnen Stimmbürgers „nicht auf Gründe geschlossen werden, die verallgemeinerungsfähig wären und tatsächlich gegen eine Einbürgerung“ sprächen; BGer 5A_694/2016 vom 31.3.2017 E.2.2.2.

199 Zur Voraussetzung, wonach unter den Schutz der persönlichen Freiheit des Art. 10 Abs. 2 BV (i.e.S.) nur „elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung“ fallen, siehe etwa BGE 114 Ia 286 E.6b, 290 („manifestations élémen-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Während gewisse Rechtsverletzungen durch die Bedürftigsten (*Bettler*) sozialverträglich und verallgemeinerungsfähig sind, sind sie es eindeutig nicht bei Personen (*Einbrecher*), die damit nur ihr Selbstwertgefühl, ihr Bedürfnis nach Ansehen oder ihren Rang innerhalb der Gruppe und damit die Qualität ihres sozialen Daseins bedienen. Solche Motive könnten sonst sehr viele Personen zur Legitimierung von Übergriffen aufführen, sodass sich der Staat die Billigung solchermassen motivierter Rechtsbrüche (i.S.d. Zuteilung zum sachlichen Schutzbereich) nicht leisten könnte. Auf solche Überlegungen kommt es letztlich konkret an, wenn gefragt wird, was das gemeinhin erwartbare Mass an Schutz ist, den die Grundrechte sichern.[200]

c. Elemente der Abwägung bei der Schutzbereichsbestimmung

Die Ermittlung des sachlichen Schutzbereichs der Grundrechte im Kontext konkreter oder potenzieller (im Gesetz angelegter) Konflikte ist primär ein Vorgang der Grundrechtsauslegung. Die Bedeutung der Grundrechte und der relevanten Verfassungsnormen wird mit Blick auf den Einzelfall geklärt.

Gleichzeitig findet dieser Vorgang nicht jenseits aller Abwägung statt. Von einer gewissen Abstraktionshöhe aus betrachtet ist die kollisionslösende Abwägung nicht von der präzisierenden Definition und Auslegung der Grundrechte zu unterscheiden.[201] Die Ermittlung der (vergleichsweise) wichtigsten Interessen[202] ist der Auslegung nicht fremd, da es auch ihr darum geht, die betroffenen Interessen nach Massgabe ihrer konkreten Relevanz im semantisch plausiblen Rahmen zur Geltung zu bringen.[203]

Der Unterschied liegt somit in den Kriterien, die bei der Beurteilung der wichtigsten Interessen im Vordergrund stehen: Der Abwägung geht

---

taires de la personnalité"). Siehe zur Sozialgebundenheit der Grundrechte: Di Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 52.

200 Dazu vorne, Teil 2, B.II.1.a.

201 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 78 N. 169: „La distinction entre l'objet de la protection constitutionnelle (Schutzobjekt) et les limites de cette protection (Schranken) a quelque chose d'artificiel. Elle incite à penser que sans les restrictions, le bien constitutionnellement protégé – la liberté – serait illimité. Or, tel n'est pas le cas".

202 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 777.

203 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 134 ff., 170 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte, 61; ferner Rouiller, 516, betreffend die Interessenabwägung im Rahmen der Vertragsauslegung.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es direkt um den Wert konfligierender Interessen und um die (probabilistische) Einschätzung der Möglichkeit der Realisierung dieser Werte durch unterschiedliche Lösungen. Die Auslegung geht dagegen beim Optimieren der Interessen stets vom Wortlaut aus, den sie in aller Regel nie gänzlich verlässt (weil jeweils mit dem Eigenwert demokratisch fundierter Legalität gerechnet werden muss).[204]

d. Echte und unechte Grundrechtskollisionen

Die echte Grundrechtskollision zeichnet aus, dass sich die sachlichen Schutzbereiche als in der konkreten Situation tatsächlich unvereinbar erweisen und somit nicht alle der kollidierenden Ansprüche in einer Weise befriedigt werden, die bei Fehlen einer Kollision erwartbar wäre. Die echte Grundrechtskollision ist grundsätzlich durch Abwägung zu lösen (Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 BV).[205]

Die unechte Grundrechtskollision zeichnet aus, dass der sachliche Schutzbereich eines der konfligierenden Grundrechte bei näherem Hinsehen nicht oder nur in marginaler Weise betroffen ist, sodass eine Einschränkung im Kollisionsfall mit Blick auf die auch dem Grundrechtsträger bekannte Rechtsgleichheit erwartbar ist.[206] Etwa dort, wo der Kerngehalt der psychischen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) mit der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) kollidiert, weil ein Forscher das Verhalten von vom Krieg traumatisierter Kinder auf für diese sehr belastende Weise erforschen möchte. Oder wo die Verbreitung von Informationen (die an sich durch Art. 16 Abs. 3 BV geschützt ist) mit dem Schutz des Lebens (Art. 10 Abs. 1 BV) kollidiert, weil die Informationen einen Lynchmob auf den Plan rufen könnten (z.B. bei Preisgabe des Wohnorts eines früheren Sexualstraftäters).

Kurz: Ob eine echte Kollision vorliegt, bestimmt sich stets mit Blick auf die im Einzelfall betroffenen und potenziell eingeschränkten sachlichen Schutzbereiche. Ob eine Einschränkung droht, verrät dabei oft erst eine

---

204 Dazu vorne, Teil 1, B.III.

205 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 101: „Optimierungsgebote können sich auch aus Grundrechtskollisionen ergeben, wenn die miteinander kollidierenden Grundrechte das gleiche Gewicht aufweisen."; Gächter, Grundrechtslehren, N. 86.

206 Vgl. etwa hinten, Teil 2, C.I.4 und C.II.2; siehe auch vorne, Teil 2, B.II.b-c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vergleichende, kontextbezogene Würdigung der konfligierenden Werte, die bereits eine summarische Form von Interessenabwägung ist.[207]

2. Schutzstufen: Kerngehalt, Normalgehalt und Peripherie

Im sachlichen Schutzbereich der meisten Grundrechte lassen sich unterschiedliche Stufen der Schutzwürdigkeit ausmachen. Die Verfassung sieht drei Schutzstufen vor: den strikten Schutz vor Einschränkungen der Kerngehalte (Art. 36 Abs. 4 BV), den Schutz vor schwerwiegenden Einschränkungen (die einer qualifizierten Rechtfertigung bedürfen: vgl. Art. 36 Abs. 1 BV) und den Schutz vor nicht schwerwiegenden bis gänzlich peripheren Einschränkungen von Grundrechtsinteressen.[208]

a. Kerngehalte

Der Kerngehalt, der unantastbar ist (Art. 36 Abs. 4 BV), schützt vor Eingriffen ins „Herz" des Grundrechts, in seine unverzichtbare Essenz. Jede Einschränkung ist unzulässig; es darf im Prinzip keine Abwägung stattfinden.[209]

Unklar ist, wie der Kerngehalt zu bestimmen ist. Die Verfassung verrät es nicht. Es heisst, die Menschenwürde könne helfen, die Kerngehalte zu konkretisieren[210] – und umgekehrt.[211] Das mag theoretisch einleuchten, ist aber praktisch fast nicht vorstellbar: Wie soll jemand, der nicht ahnt, wo der Kerngehalt eines Grundrechts liegt, ausgerechnet durch Konsultation der ebenso undefinierten und ungreifbaren Menschenwürde etwas Konkretes zur Natur dieses Kerngehalts finden, der im Wesentlichen nur durch seine ausserordentliche Wichtigkeit definiert ist? Dazu wäre eine

---

207 Vgl. Holoubek, Grundrechtseingriff, 33.

208 In der Lehre werden oft nur Kern- und periphere Gehalte besprochen: Schmidt, Strafbefreiung, 119.

209 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 67 f.; Tschentscher, Optimization, 9; Schefer, Kerngehalte, 5, 21 und 73; siehe allerdings hinten, Teil 2, C.V.

210 Schefer, Kerngehalte, 5 ff., 72 ff. und 403 ff.; Mahlmann, AJP 2013, 1317 f.; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 63; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 325 und 335e; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 44

211 Vgl. Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 48: „[Die Menschenwürde] liegt den anderen Prinzipien zugrunde und wird von ihnen konkretisiert".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überaus kreative Interpretation zuerst der Menschenwürde und sodann des Kerngehalts mit ihrer Hilfe nötig – womit nun aber fraglich wäre, ob es denn die Menschenwürde ist (oder die weiteren berücksichtigten Gesichtspunkte), die den Kerngehalt konkretisiert. Mangels einer grossen Rolle der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (ausschliesslich auf ihrer Basis wurde bislang, soweit ersichtlich, kein Fall entschieden[212]), lässt sich auch nicht einfach auf eine kasuistisch konkretisierte Menschenwürde zurückgreifen.

Eine Alternative oder zumindest Ergänzung zur Konkretisierung durch die Menschenwürde (vor allem in Bezug auf Kerngehalte, zu denen die Justiz noch keine Praxis kennt) sollte m.E. das Bemühen sein, die wichtigsten materiellen Gehalte der Grundrechte – für die ein absoluter Schutz vernünftigerweise denkbar ist – auf Basis substanzieller Kriterien zu ermitteln. So ist zu fragen, was für einen Menschen objektiv unerlässlich ist, damit er ein Leben leben kann, das er selbst als wertvoll zu empfinden in der Lage ist (was also nicht seine grundlegendsten Bedürfnisse einschränkt). Das heisst, als Kerngehaltsverletzungen kämen vor allem irreversible und schwere Schädigungen der Lebensqualität in Frage.[213]

b. Normalgehalte

Der Schutz aller (hierin so bezeichneten) Normalgehalte der Grundrechte, also wichtiger und einschränkbarer Grundrechtsinteressen, bildet die zweite Stufe. Im Kollisionsfall ist eine Einschränkung möglich, solange eine der Schwere der Einschränkung angemessene Gesetzesgrundlage diese vorsieht (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) und die Einschränkung überwiegenden Interessen dient (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Man kann alle Schutzpositionen, die weder den Kerngehalt noch die Peripherie der Grundrechte betreffen, zum Normalgehalt zählen. Er schützt vor schwerwiegenden Einschränkungen des Grundrechts. Eingriffe in den Normalgehalt treffen nicht den Kern (das Herz), gehen aber doch „unter die Haut"; sie treffen nicht bloss Modalitäten des Grundrechtsgenusses.

212 Dubey, Droits fondamentaux, N. 1158.
213 Vgl. Uffer, Mobilität, 21–23.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Periphere Schutzgehalte

Schliesslich sind Eingriffe in periphere Schutzgehalte möglich. Dabei wird das Grundrecht nur am Rande getroffen; dessen Schutzgut erleidet nur eine geringfügige Einschränkung (einen Kratzer[214] auf der Haut, um beim Bild zu bleiben). Materiell ist die Einschränkung insofern geringfügig, als sie die Lebensqualität des Betroffenen nicht oder nur geringfügig und für kürzeste Zeit verschlechtert und seine Entscheidungsoptionen nicht wesentlich oder dauerhaft verringert.

Periphere Einschränkungen betreffen in der Regel nur die Modalität des Grundrechtsgenusses, nicht dessen Möglichkeit.[215] So ist ein begrenztes Fahrverbot ein peripherer Eingriff in die Bewegungsfreiheit, wenn andere Wege bestehen, ohne grössere Umstände von A nach B zu gelangen. Und die Niederlassungsfreiheit ist nur peripher getroffen, wenn ein Arbeitnehmer keine weiteren Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge zugesprochen erhält und sich daher genötigt sieht, entweder den Wohnort oder die Stelle zu wechseln.[216]

Einschränkungen peripherer Gehalte von Grundrechten bedürfen keiner Grundlage im formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV e contrario).

---

214 Zu unterscheiden ist der illustrationshalber vorgeschlagene Begriff des Kratzers vom im öffentlichen Diskurs bisweilen verwendeten Begriff des *geritzten* Grundrechts, das dabei eher tatsächliche (oder behauptete) Verletzungen meint – zur Illustration: Marco Fritsche, 20 Minuten 13.2.2016, Die Grundrechte werden geritzt; Elmar Plozza, SRF 25.5.2016, Die Grenzen der Religionsfreiheit, auf: <www.srf.ch/news/schweiz/die-grenzen-der-religionsfreiheit> (zuletzt abgerufen am 3.6.2018), wonach die Handschlag-Verweigerung an Schulen durch einzelne Schüler muslimischen Glaubens das Mass dessen übersteige, was man aus Rücksicht auf die Religionsfreiheit zu billigen habe, denn dadurch würden andere Grundrechte „geritzt".

215 Uffer, Mobilität, 22: „Als peripher gelten vorliegend Forderungen nach einer spezifischen Modalität der Grundrechtsausübung."

216 BGE 139 V 531 E.3.2.2.2, 535 f.: „Die Niederlassungsfreiheit wird durch diese Begrenzung nicht verletzt, da sich daraus kein Recht der einzelnen Person ableiten lässt, an jedem frei ausgewählten Wohnort eine geeignete Arbeitsstelle zur Verfügung zu haben bzw. bei auswärtiger Arbeit (dauerhaft) finanziell unterstützt zu werden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Subjektivierende Schutzbereichsbestimmung?

Kann die Frage, ob bestimmte Interessen schutzwürdig sind, aus der Sichtweise jener Peson entschieden werden, die Grundrechtsschutz begehrt? Eine solche, auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers abstellende Grundrechtskonzeption[217] führte dazu, dass Einzelne auf Kosten der Grundrechte Dritter über die Grenzen der eigenen Grundrechte disponieren könnten.[218] Sie öffnete im Kollisionsfall die Möglichkeit der Einschränkung von Drittinteressen aus interpersonal nicht erklärbaren Gründen. Eine solche Einschränkung verstiesse m.E. gegen die Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 1 BV) und die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV). Auch drohten offensichtlich schutzzweckwidrige Folgen, wenn der Propagandist die (seines Erachtens von ihm in seinen Hassreden nicht geschürte) „Gewalt", der Guru und seine manipulierten Opfer die „psychische Unversehrtheit" und der Plagiator die „Wissenschaft" definieren könnten.[219]

Die Selbstverständnistheorie ist daher besonders im Kollisionsfall zurückzuweisen.[220] Die Unzulässigkeit der subjektiven Schutzbereichsbestimmung bedeutet nicht, tatsächliche individuelle Vulnerabilitäten seien zu leugnen: Der Blinde ist vom undifferenzierten Hundeverbot, der Bluter von der geringfügigen Körperverletzung, der Klaustrophobe vom Verhör im engen Raum stärker betroffen, als es die meisten anderen Menschen wären. Das prägt die Beurteilung der Verhältnismässigkeit und in bestimmten Fällen (wie in *Bettler*[221]) die Bestimmung des Schutzbereichs.

Es ist die rein subjektive, objektiv nicht nachvollziehbare Empfindlichkeit eines Grundrechtsträgers, die niemals zum Anlass verkommen darf, Freiheiten Dritter in empfindlicher Weise einzuschränken. Wenn etwa eine Person behauptet, auf dem Arbeitsweg im Bus Opfer unanständiger Blicke zu sein, die sie ihrer Subjektqualität beraubten, dann ist dies kein Grund, den „unanständig" blickenden Personen zum Schutze der

---

217 Siehe insb. Morlok, Selbstverständnis.

218 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191 N. 75, kritisch aus diesem Grund.

219 Vgl. dazu insb. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191 N. 74 (ff.), mit ähnlichen und weiteren Beispielen (N. 84). Eine Vertiefung aus gerechtigkeitstheoretischer Warte findet sich hinten, Teil 3, A.II.2, wo es um die notwendige Positionsunabhängigkeit des neutralen Staates geht; siehe auch hinten, Teil 3, D.II.6, zum legitimen Perspektivismus.

220 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191 N. 75.

221 Vorne, Teil 2, II.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vermeintlich bedrohten Menschenwürde die Nutzung des Busses zu untersagen.

4. Entbehrlichkeit der Tatbestandstheorien

Tatbestandstheorien handeln von der Frage, welche abstrakten Annahmen zum Umfang der sachlichen Schutzbereiche der Grundrechte sinnvoll sind.[222]

a. Weite Tatbestandstheorie

Gemäss der weiten Tatbestandstheorie ist jedes Interesse, das der Sachthematik eines Grundrechts zugeordnet werden kann, a priori schutzwürdig. Der Schutzbereich der Grundrechte soll „vollständig"[223] umfasst werden, indem man durch eine extensive Auslegung den maximalen Schutz garantiert[224], um auch noch die entfernteste Möglichkeit einer Schutzlücke auszuschliessen.[225] Auch aggressive Betätigungen eines Störers werden grundsätzlich im Schutzbereich der Freiheitsrechte verortet.[226] Die grundsätzliche Annahme eines weiten Schutzbereichs soll den Vorteil haben, dass berechtigte Anliegen nicht durch die Maschen fallen und gewisse Einschränkungen schlicht von der Zulässigkeitsprüfung ausgeschlossen werden.[227] Dies drohte namentlich, wo atypische Schutzanliegen im Raum stehen, die man intuitiv eher nicht den Grundrechten zuordnen würde, oder dort, wo höchstrangige Gegeninteressen die Abwägung untersagen.

---

222 Martin, Grundrechtskollisionen, 56 ff., ausführlich zur Frage der Tatbestandstheorien, m.H. auf die deutsche Lehre; aus derselben: Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 82 ff. m.H.; vgl. Hillgruber, Schutzbereich, N. 24 ff.

223 Martin, Grundrechtskollisionen, 59, m.H.

224 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 204 ff.; Martin, Grundrechtskollisionen, 69.

225 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 84, freilich kritisch dazu.

226 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 133.

227 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 69 ff; siehe auch Hillgruber, Schutzbereich, N. 31, der darin einen der Vorteile der engen Tatbestandstheorie erblickt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Enge Tatbestandstheorie

Gemäss der engen Tatbestandstheorie deckt der Schutzbereich der Grundrechte von vornherein nicht alle thematisch sachverwandten Interessen ab, sondern nur Interessen, die für sich selbst bereits im Regelfall schutzwürdig sind. Es kommt somit (weil seltener zu Überschneidungen der Schutzbereiche) seltener zu Kollisionen und damit zur Notwendigkeit, Einschränkungen zu rechtfertigen.[228]

Bei der engen Tatbestandstheorie liegen Schutzgrenzen bereits der Grundrechtsdefinition oder der Verfassungsordnung zugrunde[229]; sie fliessen aus dem Gebot der Rechtsgleichheit und dem Gedanken, gleiche Freiheiten bedingten (gleiche) Grenzen für jeden Einzelnen. Nicht in den Schutzbereich fallen etwa Aktivitäten, die mit erheblichen Fremdschädigungen einhergehen.[230] Solche Aktivitäten gelten nicht als Ausübung der persönlichen Freiheit oder anderer Grundrechte: der Aufruf zur Gewalt nicht als Meinungsäusserung (i.S.v. Art. 16 Abs. 2 BV); die Hetzjagd auf Andersgesinnte und Andersfarbige nicht als schutzwürdige Art der Versammlung (i.S.v. Art. 22 BV) oder gar als Exercice politischer Rechte (i.S.v. Art. 34 BV), auch wenn man sie als etwas andere Abstimmung „mit den Füssen [und Fäusten]" beschreiben könnte; die Enthauptung Ungläubiger nicht als Akt des Glaubens (i.S.v. Art. 15 Abs. 2 BV), selbst wenn die Täter dies so in strengster Befolgung der Regeln der logischen Deduktion aus religiösen Quellen herleiten könnten.

c. Kritik der weiten Tatbestandstheorie

Die weite Tatbestandstheorie führe zu mehr Gerechtigkeit, heisst es.[231] Wäre dies der Fall, spräche dies natürlich für sie. Doch es könnte sich auch

228 Martin, Grundrechtskollisionen, 59, m.H., kritisch zur engen Tatbestandstheorie.

229 Vgl. Hillgruber, Schutzbereich, N. 29; Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 83.

230 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 133; Hillgruber, Schutzbereich, N. 27: „Eine Prima facie-Freiheit zur Fremdtötung ist eine schlichte Perversion des Grundrechtsdenkens, die zudem die grundrechtliche Rechtfertigungslast unzulässig verschiebt: Nicht das (Fremd-)Tötungsverbot als vermeintlicher Grundrechtseingriff, sondern die Vorenthaltung grundrechtlich gebotenen Schutzes gegenüber dem (potenziellen) Opfer bedarf rechtsstaatlicher Rechtfertigung."

231 Borowski, Gewissensfreiheit, 386.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

umgekehrt verhalten, denn die bei weiter Tatbestandstheorie im Kollisionsfall grössere Zahl betroffener Grundrechte kann den Blick auf das Wesentliche erschweren[232]; wichtige Grundrechte, die aus unterschiedlichen Gründen (etwa wegen des Distanzproblems[233]) nicht ins Auge springen, könnten unberücksichtigt bleiben. Prozedural wirft man der weiten Tatbestandstheorie (mit Recht) vor, sie überlade die Grundrechte mit marginalen Anliegen, wodurch sie die bereits gut ausgelasteten Gerichte zusätzlich beschäftige.[234]

Beschwerdeführern stellt die weite Tatbestandstheorie zudem eine Falle: Wer mehrere Grundrechtsverletzungen rügt, darunter nur eine mit eher guten Gründen, der verleitet ein eher zur Abweisung neigendes Gericht (oder die aufgrund der Arbeitslast zur raschen Erledigung von Beschwerden genötigte Justiz) dazu, die überzeugendste Rüge praktisch nicht zu behandeln und die übrigen Rügen der Reihe nach in nahtloser Logik zurückzuweisen. Zumindest scheinbar würde solch ein Urteil die Begründungspflicht (Art. 29 BV) nicht verletzen. Dem sparsam vorgehenden Beschwerdeführer liesse sich umgekehrt vorwerfen, er habe es versäumt, die richtigen Grundrechte als verletzt zu rügen.

Ein anderes Problem rührt daher, dass es bei weiter Tatbestandstheorie vermehrt zu Grundrechtskollisionen kommt.[235] Das ist insofern positiv, als es das Risiko der „Dissimulation"[236] von Kollisionen verringert. Wo aber eines der konfligierenden Güter offensichtlich nicht vorrangig ist, birgt die Annahme der Kollision (dann eine Simulation[237]) Risiken ohne Gegenwert. Dass etwa der Aufruf zur Ermordung eines Karikaturisten nicht den Schutz der Meinungsäusserungs- oder Glaubensfreiheit verdient,

---

232 Vgl. Kloepfer, Technikverbot, 764.

233 Vorne, Teil 2, I.4.

234 Siehe aber Borowski, Gewissensfreiheit, 383, der keine Zunahme an Verfassungsbeschwerden aufgrund weit definierter Schutzbereiche befürchtet, da die Betroffenen sich bei mangelnden Erfolgschancen im Resultat kaum alleine des Schutzbereichs wegen für eine Verfassungsbeschwerde entscheiden würden. (Der Gegeneinwand wird wohl durch die massive Zahl der Nichteintretensentscheide des EGMR entkräftet. Es gibt offenbar Personen, die – motiviert durch die dynamische [weite] Auslegung der EMRK – sich für eine Beschwerde entscheiden, die dann kurzerhand als aussichtslos erledigt wird.)

235 Teifke, Menschenwürde, 140; diese Auswirkung positiv wertend: Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 252 f.; ders., Gewissensfreiheit, 386; Martin, Grundrechtskollisionen, 69 f.

236 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311.

237 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 312, betreffend den finalen Rettungsschuss zur Rettung einer grösseren Zahl Kinder.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erhellt nicht erst die Interessenabwägung. Sie ist hier schlechterdings nicht notwendig und überdies gar gefährlich, weil die Zuteilung zum Schutzbereich eine Art Feststellung der Prima-facie-Schutzwürdigkeit ist. Diese geht mit der Aura des (partiell) Berechtigten einher. Deswegen ist die Idee einer grundrechtlichen Prima-facie-Freiheit, Mitmenschen ohne Not auf schwere Weise (an Leib und Leben) zu schädigen, unhaltbar.[238]

Zuletzt besteht ein Signalproblem: Wenn, wo man es mit der Inkaufnahme einer schweren gesundheitsschädigenden Einwirkung auf andere zum eigenen Vorteil zu tun hat, gleichwohl von Freiheitsrechten die Rede ist, dann erweckt man den Anschein, Grundrechte müssten nicht jedem im gleichen Umfang zustehen.[239] Das ist für sich heikel und zudem deshalb, weil die Prima-facie-Schutzzusage nicht erfüllt werden kann. Das heisst, sie ist unredlich, da auf Tatbestandsebene ein Freiheitsschutz postuliert wird, der von vornherein keine seriöse Chance hat, sich in irgendeinem Einzelfall zu aktualisieren.[240] Dem Unredlichkeitseinwand wird entgegnet, der weite Tatbestand sei eine Vermutung, mit der die Prüfung lediglich beginne, und keine bindende Schutzzusage.[241] Das bestätigt aber, dass die weite Tatbestandstheorie Freiheitsräume betont, die der Staat weder sichern will noch kann (noch darf).

d. Probleme der engen Tatbestandstheorie

Die Schwäche der engen Tatbestandstheorie wird vor allem darin gesehen, dass man berechtigten Anliegen ohne Not und ohne Begründung den Schutzanspruch versagen könnte, indem man sie nicht zur Abwägung zu-

238 Vgl. Hillgruber, Schutzbereich, N. 27; Nussbaum, Capabilities, 45 f.: „Some freedoms include injustice in their very definition. Thus, the freedom to rape one's wife without penalty, the freedom to hang out a sign saying 'No Blacks here', the freedom of an employer to discriminate on grounds of race or sex or religion – those are freedoms […]. But it seems absurd to say that they are good per se, and bad only in use."; siehe aber Borowski, Gewissensfreiheit, 382, N. 128, der ein Grundrecht auf „Stehlen, Hehlen und Töten" als „vermeintlich" absurd bezeichnet.

239 Hillgruber, Schutzbereich, N. 29: „[D]ie Aufopferung fremder, dem Schädiger nicht selbst gefährlicher Rechtsgüter zu dessen eigenem Nutzen ist mit der Idee gleicher, Selbstbestimmung gewährleistender Freiheitsgrundrechte unvereinbar."; vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 87.

240 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 88.

241 Vgl. Borowski, Gewissensfreiheit, 382; Martin, Grundrechtskollisionen, 70.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lässt.[242] Diese Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen. Ein anderes Problem ist die Bezeichnung: Wann ein Tatbestand eng ist, ist unklar.[243] Ohne Referenzwert ist das relative Attribut bedeutungslos: weites Nadelöhr, enge Gasse. Der enge Tatbestand wäre nur als solcher identifizierbar, wenn man ihn als ein Weniger gegenüber dem erwartbaren Schutzumfang verstünde. Dadurch bringt sich die enge Tatbestandstheorie in eine rhetorisch bedauernswerte Lage: Sie scheint gegen die Grundrechte selbst gerichtet. Deswegen ist die enge Tatbestandstheorie der weiten Tatbestandstheorie nicht vorzuziehen, wenngleich sie sachlich in vieler Hinsicht überzeugt.

e. Berechtigtes Desinteresse der Schweizer Lehre

Tatbestandstheorien werden in der Schweizer Dogmatik praktisch nicht diskutiert. Die herrschende Lehre nimmt an, Grundrechte garantierten nur die für den Einzelnen elementaren Ausprägungen von Freiheit, Gleichheit und menschlicher Würde.[244] Dies entspricht eher keiner weiten Tatbestandstheorie. Dass die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) gemäss ständiger Bundesgerichtspraxis nur die zur Persönlichkeitsentfaltung elementaren Handlungsräume abdeckt, ist praktisch unumstritten.[245] Umgekehrt gibt es Grundrechte, bei denen eine weite, den Wortsinn erstreckende Interpretation anerkannt ist, weil man im Falle einer engeren Definition sensible Bereiche auszuschliessen fürchtet; so etwa die Meinungsäusserungsfreiheit des Art. 16 Abs. 2 BV[246], die diffuse Gedankenströme und allerlei wortlose Formen der Vermittlung innerer Regungen umfasst, oder die Medienfreiheit des Art. 17 Abs. 1 BV, die Kommunikationsakte

242 Martin, Grundrechtskollision, 69 und 86 ff.
243 Siehe auch die Kritik bei Borowski, Gewissensfreiheit, 386.
244 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 9 und 31 („elementarste Rechte des Individuums"); Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 78 N. 169; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 12; Bolz, Schutzobjekt, 42 ff.; Mahon, Droit fondamentaux, N. 31 (vgl. N. 3, N. 29); ferner, in Bezug auf die sozialen Grundrechte: Ursprung/Riedi/Hunold, Verfahrensgrundsätze und Grundrechtsbeschränkungen in der Sozialhilfe, ZBl 8/2015, 418; J. P. Müller, Elemente, 17 f., 90; a.A. wohl Martin, Grundrechtskollisionen, 56 ff. (allerdings auch gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, die selbst Banalitäten umschliesst: 64 und 80 f.).
245 Statt vieler BGE 114 Ia 286 E.6b, 290; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 146 f.; Tschentscher/Lienhard, Öffentliches Recht, 100; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, N. 4; Martin, Grundrechtskollisionen, 80 f.
246 Vgl. BGE 127 I 145 E.4b, 151 f.; Kley, Medien, 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über alle erdenklichen Kanäle (Blogs, Teletext, Flugblätter etc.) erfasst, solange diese einer unbestimmten Öffentlichkeit zugänglich sind und einen „ideellen" (d.h. vor allem: nicht kommerziellen) Inhalt haben.[247] Geschützt sind alle, die an der Wahrnehmung dieser Freiheit mitwirken: „Techniker, Kameraleute und ihre Hilfspersonen, die Direktoren der Veranstalter oder die Zuhörer oder Zuschauer"[248]. Bei diesen beiden Grundrechten gilt anders als bei der allgemeinen persönlichen Freiheit des Art. 10 Abs. 2 BV somit eher ein „im Zweifel im Schutzbereich". Das ist aber keinesfalls die Regel, wie etwa die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV zeigt, wo die „freie Wahl des Berufes" kein Recht auf Karrieretraum-Erfüllung mit staatlicher Hilfe verbürgt.

Das sind nur einige Beispiele, die verraten, wie sehr die Frage, ob der sachliche Schutzbereich *a priori* eher weit oder eng definiert sein sollte, vom Problemkontext der konkreten Grundrechte (oder gar blosser Teilgehalte) abhängt.[249] Dass der Status quo der Lehre und Praxis sich für die weite und die enge Tatbestandstheorie kaum interessiert, ist folglich zu begrüssen. Es hülfe nicht, für praktisch alle Grundrechte einfach anzunehmen, die Schutzbereiche seien weit oder eng. Was allgemein schutzwürdig ist, hängt von vielen Kriterien ab.[250] Abgesehen vom Problemkontext spielt auch die Struktur des Grundrechts eine Rolle: Strikt uneinschränkbare Schutzbereiche dürften kaum a priori als weit begriffen werden, da sonst die Einschränkung des Uneinschränkbaren bei Kerngehaltskollisionen droht.

5. Bedürfnisorientierte Schutzbereichsbestimmung

Der Blick auf die namentlich von Maslow untersuchte Hierarchie menschlicher Bedürfnisse liefert Hinweise auf die Prioritäten der Menschen.[251]

---

247 Statt vieler BGE 128 IV 53 E.5c-d, 65 f.; BGE 96 I 586 E.3, 588 f.; Zimmerli, Medienfreiheit, 14 ff.

248 Kley, Medien, 193; vgl. Zimmerli, Medienfreiheit, 20 f.

249 Siehe auch die weiteren Beispiele bei: Martin, Grundrechtskollisionen, 79 und 84 f.

250 Vgl. Merten, Schutzbereich, N. 58 ff.; Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191 N. 91; ähnlich, aber ohne Bezug zur diskutierten Streitfrage: J.P.Müller, Elemente, 89.

251 Maslow, Human Motivation, passim; ders., Motivation and Personality, passim; ders., Psychology of Being, passim; siehe zur Illustration bereits der Bettler-Fall vorne, Teil 2, B.II.1.b

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die empirisch fassbaren Bedürfnisse sind eine plausible Basis zur vergleichenden Gewichtung grundrechtlicher Interessen.[252] Der Blick auf die Bedürfnisrelevanz eines Sachverhalts kann helfen, zu bestimmen, wie weit die sachlichen Schutzbereiche der Grundrechte reichen. Wegen der Dringlichkeit der Überlebens- und Sicherheitsbedürfnisse (i.w.S.) drängt es sich auf, im Zweifelsfall immer anzunehmen, ein Grundrecht sei betroffen, wo die Befriedigung dieser Bedürfnisse gefährdet ist. Umgekehrt liegen Tätigkeiten, die der Befriedigung der nachrangigen Bedürfnisse nach höherer Anerkennung oder Selbstverwirklichung dienen, im Zweifelsfall (wenn nicht Wortlaut oder anerkannte Praxis etwas anderes nahelegen) nicht im Schutzbereich der Grundrechte.

III Bedeutung und Methodik der Grundrechtsauslegung

1. Zwecke der Verfassungsauslegung

a. Ermittlung einer dem Verfassungsgeber zusinnbaren Lösung

Jede Auflösung einer Grundrechtskollision ist auch Verfassungsauslegung. Die Verfassungsauslegung dient, wie jede Auslegung einer Rechtsnorm, der Ermittlung des wahren Normsinns.[253] Wahr ist im vorliegenden Rechtsverständnis der Normsinn, der einer tatsächlichen oder plausiblen Einigung des Normgebers entspricht. Mit Potacs ist das als massgeblicher Sinngehalt einer Rechtsvorschrift zu sehen, was einem Rechtsetzer nach den Regeln der sprachlichen Konvention als von ihm gewollt zusinnbar ist.[254] Also ist zu fragen, welche Kollisionslösung der Verfassungsgeber objektiv eher gewollt haben würde. Das Kriterium der Zusinnbarkeit ist im Zusammenhang mit den in der Verfassung ausgedrückten Wertvorstel-

252 Vgl. (insb. für die Ethik) hinten, Teil 3, E.I.5; siehe dort auch C.III.1.b und D.I.2.f.

253 Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 1.

254 Potacs, Rechtstheorie, 92: „Als maßgeblicher Sinngehalt […] ist demnach anzusehen, was einem Rechtsetzer nach den Regeln der sprachlichen Konvention als von ihm gewollt zusinnbar ist."; vgl. Mayr, Rechtserzeugung, 97 ff.; ferner Uffer, Implications.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lungen zu verstehen, durch welche die Gemeinschaft ihren Grundkonsens über gewisse Basiswerte ausdrückt.[255]

b. Interessenoptimierung und Gerechtigkeit

Die Auslegung enthält oft Elemente der Abwägung. Dies ist insbesondere dort notwendig, wo der Wortlaut der potenziell anwendbaren Normen sich durch eine erhebliche Vagheit oder gewollte Offenheit auszeichnet. Dann ist der Vergleich der für oder gegen eine bestimmte (sich i.d.R. im Rahmen des semantisch denkbaren befindlichen) Auslegung sprechenden Interessen erforderlich.[256] Auch im Verfassungsrecht sind es die Interessen der Menschen, die zeigen, welche Art Einigung der Verfassungsgeber im konkreten Kollisionsfall vorgesehen haben könnte. Anders gesagt: Der Auslegung geht es um Interessenermittlung und in diesem Rahmen auch um eine Form der Abwägung. Denn bereits um zu wissen, welche Interessen relevant sind, muss man erahnen können, wie schwer sie wiegen. Vor allem dazu – zur vergleichenden Gewichtung grundrechtlicher Interessen – sind auch Gerechtigkeitserwägungen erforderlich.

Grundrechte als unabdingbare „Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt" (EMRK-Präambel) schöpfen ihre Existenzberechtigung primär aus ihrer ethischen Begründbarkeit. Die Grundrechtsordnung hat unmittelbar zum Zweck, elementare Gerechtigkeit für alle sicherzustellen. Deshalb ist Grundrechtsauslegung stets auch Gerechtigkeitsermittlung. Welche Prinzipien zum Tragen kommen, wird ausführlich im dritten Teil der Arbeit dargelegt.[257] Verraten sei, dass es zentral um den Gedanken der Lebensdienlichkeit geht. Das ist der in dieser Arbeit gewählte Begriff für die grundlegendste Norm. Lebensdienlichkeit bedeutet, dass es den Wert des Lebens und das Leben (als Wert) zu optimieren gilt. Ziel lebensdienlichen Wirkens ist somit der Schutz des als lebenswert erlebbaren Lebens vor dem Tod und vor erheblichen Bedrohungen und Belastungen sowie die Stärkung des Lebens durch die Sicherung elementarer Lebensqualität.

---

255 Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 26 f.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 10–13; vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 88

256 Vgl. für das Obligationenrecht Rouiller, 516.

257 Siehe hinten, Teil 3, F.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Lückenfüllung?

Bei Grundrechtskollisionen gibt die Verfassung keine Lösung vor; ihr lässt sich auch kaum ein Hinweis auf die abstrakte Vorrangigkeit eines der kollidierenden Güter entnehmen. Zugleich ist die Grundrechtskollision ein Problem von Verfassungsrang, das stets der Lösung bedarf.[258] Man könnte daher denken, Grundrechtskollisionen seien Verfassungslücken, da das Gebotene nicht geregelt ist.

Für ordinäre Grundrechtskollisionen träfe dieser Befund m.E. aber nicht zu. Sie ist weder eine planwidrige noch eine geplante (rechtspolitische[259]) Lücke. Weil die Verfassung viele offene Formulierungen enthält, die eine Vielzahl nicht im Detail voraussehbarer Fälle gerade durch diese Offenheit abzudecken bezweckt, ist es schwierig, in ihr diesbezüglich Lückenhaftigkeit auszumachen.[260] Offensichtlich rechnet die Verfassung überdies mit Kollisionen, indem sie die Grundrechtseinschränkung zugunsten der „Grundrechte Dritter" vorsieht (Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 BV).[261] Rechtstheoretisch kohärent kann die Annahme einer Verfassungslücke in Bezug auf Grundrechtskollisionen somit nur insoweit sein, als die Lösung nicht einmal in der abstrakten Weise vorgesehen ist, welche die Schrankennorm des Art. 36 BV auszeichnet. Wo dies der Fall ist, verrät derselbe Art. 36 (Abs. 4) BV: Kerngehalte sind unantastbar. Wo Kerngehalte oder andere unantastbare Güter kollidieren, findet somit ein Konflikt statt, mit welchem die Verfassung nicht rechnet.

Kurz: Die Kerngehaltskollision ist eine Verfassungslücke. Sie zu schliessen, setzt vorsichtiges Vorgehen voraus. Die Ermittlung der Lösung muss folgenethischen Erwägungen und dem Gedanken der Akzeptabilität (Einigungsfähigkeit) allen Verfassungsrechts Rechnung tragen.

---

258 Vgl. Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 24, der das Gebot einer Lösung im Falle konfligierender Verfassungsnormen aus dem Axiom der Widerspruchslosigkeit der Verfassung herleitet.

259 Zu den Lückentypen etwa: Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB, N. 372.

260 Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 69; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, N. 72.

261 Gächter, Grundrechtslehren, N. 86; Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 765.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Methodik der Grundrechts- und Verfassungsauslegung

Auch für die Grundrechtsauslegung sind die üblichen Auslegungskriterien massgeblich, also die Wortsinnauslegung sowie die teleologische, die systematische, die normgeschichtliche und die geltungszeitliche Auslegung.[262] Das Bundesgericht erachtet keines dieser Auslegungsmittel als vorrangig; es geht vom Methodenpluralismus aus.[263] Man könnte befürchten, die damit verbundene freie Wahl der Auslegungsmittel drohe eine unüberschaubare Pluralität an Lösungen pro Fall legitimationsfähig zu machen – zulasten elementarer Rechtssicherheit.[264] Eine eigentliche Methodenbeliebigkeit hat sich aber beim Bundesgericht, soweit ersichtlich, nicht breitgemacht.[265] Die Methodenfreiheit wird durch die Präjudizbindung und den Bewährungszwang der Behörden und Gerichte abgefedert, sodass die Auslegungsergebnisse am Ende nicht zu sehr streuen.[266]

a. Vorrang der Wortsinninterpretation

Die den Wortlaut deutende Wortsinninterpretation bildet den Ausgangspunkt der Auslegung.[267] Sie ist mehr als die blosse „grammatikalische Auslegung", als die man sie oft bezeichnet, denn neben der Grammatik werden auch der übliche Wortsinn und die Syntax berücksichtigt.[268] Es ist anzunehmen, dass dem Normwortlaut ein objektiver, prinzipiell erkennbarer (nicht per Definition der Erkenntnis entzogener) Sinngehalt zukommt; dieser wird unter Berücksichtigung des Verständnisses der allge-

262 Ausführlich zu diesen Auslegungsmitteln: Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, Vol. I, 127 ff.
263 BGE 116 Ia 359 E.5c, 367, statt vieler.
264 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 4, selbst kritisch zu solchen Bedenken, m.H.
265 Vgl. statt vieler etwa BGE 131 III 314 E.2.2, 315, wo das Bundesgericht annimmt, vom klaren Wortlaut dürfe nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.
266 Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 4.
267 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 157 ff.; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 2; Schauer, Thinking, 151; siehe auch BGE 133 III 175 E.3.3.1, 178: Das Gesetz sei „in erster Linie aus sich selbst heraus" auszulegen, was bedeute: „nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen"; so auch BGE 134 V 131 E.5.1, 134.
268 Potacs, Rechtstheorie, 158.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meinen Sprachpraxis ermittelt.[269] Je jünger die Norm, desto eher ist ein zeitgenössisches Sprachverständnis massgebend.[270]

Die wortsinntreue Auslegung ist die logische Folge der Gewaltenteilung; zudem versieht das Beziehen des Auslegungsergebnisses auf den Wortlaut eine Vertrauensschutzfunktion; daher darf der Wortsinnauslegung privilegierte Beachtung zukommen.[271] Das Bundesgericht erkennt dies, wenn es sagt, vom klaren Wortlaut dürfe nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.[272]

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Auslegung immer zum sprachlich nächstliegenden Normsinn führen muss. Dem Normgeber ist die Auslegung nur zusinnbar, wenn sie semantisch und pragmatisch plausibel ist.[273] Eine untypische Wortbedeutung kann vor der sprachlich nächstliegenden Deutung privilegiert werden, soweit sie in pragmatischer Hinsicht plausibler (weil etwa zweckmässiger, kohärenter oder dem Verfassungsgeber eher zusinnbar) ist. Der im Wortlaut angelegte Wortsinn kann per Analogieschluss über die Grenzen des semantisch naheliegenden Normsinns hinaus ausgeweitet werden, wenn gute Gründe für eine solche Ausweitung sprechen.[274] So lässt sich aufgrund der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Verbots des Zwangs zur Religion (Art. 15 Abs. 4 BV) die Freiheit jeder Person begründen, „ihre Religion" gerade nicht zu wählen (wozu ihr der Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 BV die Freiheit gibt), sondern auf jegliche Religionszugehörigkeit und jede vermeidbare Interaktion mit Religionen zu verzichten. Insofern ist der Wortsinn das, was der Wortlaut vernünftigerweise vermitteln will.

Kurz: Gewisse pragmatische Gesichtspunkte spielen somit bereits bei der Wortsinnermittlung eine Rolle. Je weiter sich die Auslegung des Wortlauts vom semantisch üblichen Wortsinn entfernt, desto wesentlicher werden folgende Gesichtspunkte der Auslegung:

---

269 Potacs, Rechtstheorie, 88 ff.; die Verfassungsauslegung aus der Perspektive der allgemeinen (und nicht etwa fachjuristischen) Sprachpraxis ziemt sich auch mit Blick auf die redaktionelle Intention zur Zeit der letzten grossen Verfassungsrevision, gemäss Botsch. VE 1996, 121: „*Sprache, Begrifflichkeit und Stil* des Verfassungsentwurfs sind […] vom Bemühen getragen, nahe beim allgemeinen Sprachgebrauch zu bleiben."

270 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 17 ff. (betr. Totalrevision 1999).

271 Ähnlich Potacs, Rechtstheorie, 157 f. sowie 162.

272 BGE 131 III 314 E.2.2, 315; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 2.

273 Potacs, Rechtstheorie, 134 ff.

274 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 141; siehe auch Wesel, Juristische Weltkunde, 177 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung sucht nach dem zweckkonformen Normsinn.[275] Bei Grundrechtsfragen bedeutet dies wegen der immanenten ethischen Zwecksetzung der Grundrechte, dass die Normanwendung alle legitimen Interessen schonen und möglichst lebensdienlich sein soll.[276] Der wegen der generalklauselartigen Formulierung der Grundrechte grosszügige Rahmen[277], den die positivierten Grundrechte definieren, darf dabei nicht leichtfertig, sondern nur durch sorgfältige und begründende Konkretisierung verlassen werden.[278]

c. Systematische Auslegung

Im Rahmen der systematischen Auslegung kommt die Einbettung der Norm im Erlass und die Stellung des Erlasses in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen. Dem Aufbau der Verfassung lassen sich mangels klarer Ordnung zwar eher wenig Schlüsse entnehmen.[279] Doch verpflichtet der Gedanke der Einheitlichkeit der Verfassung zur Berücksichtigung der Strukturprinzipien: Das Auslegungsresultat sollte sich mit den Grundprinzipien von Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat und Sozialstaat vertragen.[280] Überdies ist die Völkerrechtskonformität der Verfassungsnormen zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV, vgl. Art. 190 BV).

d. Historische und geltungszeitliche Auslegung

Die historische Auslegung sucht Fingerzeige auf die Normbedeutung im rekonstruierbaren Ansinnen des historischen Normgebers. Bei der Verfassungsauslegung interessieren vorab die Materialien; vor allem die Botschaften des Bundesrates zu Total- und Teilrevisionen der BV. Weil die letzte

275 Vgl. Tschannen, Staatsrecht,§ 4 N. 33–37.
276 Vgl. vorne, Teil 2, A.I.2 – 3.
277 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 5 ff.
278 Vgl. Mahlmann, Gerechtigkeit, § 12 N. 12; Martin, Grundrechtskollisionen, 56; vgl. ferner BGE 112 Ia 208 E.2a, 212.
279 Vgl. Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 64.
280 Tschannen, Staatsrecht,§ 4 N. 21; vgl. Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 64 f.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 88 und N. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Revision jung ist, koinzidiert die historische oft mit der geltungszeitlichen Auslegung der Verfassung.[281] Die geltungszeitliche Auslegung fragt nach dem heutigen Verfassungsverständnis. Diese Frage nach dem Gegenwartssinn erlaubt es, den Normsinn ohne unverhältnismässiges Ingangsetzen des politischen Prozesses an gegenwärtige Bedürfnisse anzupassen.[282]

Erkenntniszweck beider Auslegungsansätze (der historischen und der geltungszeitlichen Auslegung) ist der Wille des gegenwärtigen Verfassungsgebers. Denn der Wille des Verfassungsgebers drückt sich hinter jeder geltenden Norm aus: bei jüngeren Normen durch aktive Verfassungsgebung, bei älteren aufgrund der Nichtrevidierung dieser Normen. Alle geltenden Verfassungsnormen geniessen damit (in einer Demokratie mit Verfassungsrevisionsmöglichkeiten) mindestens die passive Zustimmung des gegenwärtigen Verfassungsgebers. Weil Zustimmung zum Wortlaut nicht Zustimmung zum historischen Sinn bedeuten muss, ist stets nach den Gründen der Nichtaufhebung der Normen zu fragen. Auch hierzu kann es Materialien geben (z.B. Botschaften des Bundesrates zu verworfenen Volksinitiativen[283]). Zudem ist anzunehmen, dass der Verfassungsgeber Normen, die er nicht ändert, so verstanden haben will, wie das Bundesgericht es in konstanter Praxis definiert oder wie sie andere Organe der Rechtsanwendung in konsequenter Praxis umsetzen.

3. Vertrauen und berechtigte Erwartungen als Auslegungsmassstab

Bei der Deutung privater Verträge gilt der Vertrauensgrundsatz als Auslegungsprinzip schlechthin.[284] Im vorliegenden Verständnis ist Vertrauen für die Auslegung des Verfassungsrechts von ähnlich hoher Bedeutung. Das liegt daran, dass die Verfassung selbst eine „Art Gesellschaftsvertrag“[285] ist, während das demokratische Recht stets einer gewissen Eini-

281 Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 26 f.
282 Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 28(-31).
283 Kritischer dazu wohl Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 62: „[Der] Wille von Volk und Ständen [kann insbesondere] nicht mit den Absichten gleichgesetzt werden, die der Bundesrat in seiner Botschaft zum Ausdruck gebracht hat“.
284 Siehe Rouiller, 524: „[T]outes les règles et critères d’interprétation découlent de la bonne foi.“; siehe auch ebd. 171–208 und 493–524, m.H. auf korrespondierende Grundregeln des europäischen Vertragsrechts; vgl. Koller, OR Allgemeiner Teil, N. 568.
285 BBl 1997 I 1, 11; ebd., 119, wird die „Konsensfähigkeit“ als Kennzeichen des Verfassungsentwurfs beschrieben, der eine redliche Darstellung des heute gel-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gungsbasis entspringt.[286] Dafür spricht zudem, dass privates und öffentliches Recht sich nicht fundamental unterscheiden, sondern vor allem aus historischen Gründen eigene Domänen mit eigenen Verfahren geworden sind.[287] Ausserdem ist nicht nur der Staat an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (Art. 5 Abs. 3 BV), sondern auch Private in der Ausübung ihrer Rechte und der Erfüllung ihrer Pflichten (Art. 2 Abs. 1 ZGB; auch i.V.m. Art. 6 BV).

Dies spricht für die Auslegung der Verfassung mithilfe des Vertrauensgrundsatzes. Dabei kann ähnlich wie bei der Auslegung privater Verträge verfahren werden: Der mutmassliche Wille des Verfassungsgebers ist „objektiviert" auszulegen und damit „so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste".[288] Relevant ist damit die Frage, mit welcher Tragweite der Grundrechte jeder Grundrechtsträger rechnen darf – wovon also der durchschnittliche Normadressat in guten Treuen ausgehen kann.[289] In einer zumindest in Bezug auf grundlegende Rechte egalitären Gesellschaft heisst dies: Jeder kann zumindest erwarten, priorisiert zu werden, wenn auf seiner Seite gewichtigere (für das lebenswerte Leben eher notwendige) Interessen bedroht sind; und jeder darf auf seinen Vorteil hoffen, wenn beidseitig ähnlich schwere Schäden drohen. Aber niemand hat gute Gründe, einen Eingriff des Staates zu seinen Gunsten zu erwarten, wenn seine nachrangigen Bedürfnisse (z.B. nach aktiver Pflege gewisser sozialer Kontakte) mit existenziellen Rechten anderer kollidieren.

---

tenden und gelebten Rechts enthalte. Vgl. zum Vertragscharakter von Verfassungen in insb. historischer Hinsicht: Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 333.

286 Vorne, Teil 1, B.II; vertiefend hinten, Teil 3, F.II.

287 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 94: „La distinction porte son âge: celui d'une époque où, politiquement, l'Etat avait pour finalité essentielle de garantir le déroulement libre et régulier de la vie sociale. Les temps ont changé: partout les activités privées et publiques s'interpénètrent, et la finalité étatique s'est diversifiée en une multiplicité d'objectifs sociaux et économiques. Même si les aspects techniques demeurent, la distinction globale doit être réévaluée."

288 BGE 130 III 66 E.3.2, 71; das ist konstante Rechtsprechung (vgl. etwa: BGE 129 III 675 E.2.3, 680; BGE 128 III 419 E.2.2, 442; BGE 127 III 248 E.3f., 255); vgl. Koller, OR Allgemeiner Teil, N. 568: „Die Vertragsauslegung spielt sich vornehmlich auf der Ebene des Vertrauensprinzips ab"; Rouiller, 524.

289 Vgl. BGE 130 III 66 E.3.2, 71; zum Kriterium des durchschnittlichen Normadressaten (im Privatrecht) siehe: Hausheer/Jaun, Einleitungsartikel ZGB, Art. 2, N. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Falle der Grundrechtskollision ist der Bereich dessen, was in guten Treuen erwartet werden darf, wegen der Gleichwertigkeit des Trägers der kollidierenden Rechte eingeengt. Wer durch eine Protestaktion auf der Autobahn riskante Ausweichmanöver provoziert, muss mit der örtlichen Einschränkung seiner Kommunikationsgrundrechte rechnen. Ganz allgemein kann der Störer, der die Grundrechtskollision auslöst, vorbehaltlich seltener Umstände nicht ernsthaft erwarten, dass ein funktionierender Rechtsstaat seiner Position den Vorzug gibt. Eine solche Priorisierung widerspräche dem Gebot der symmetrischen Grundrechtsverwirklichung (Art. 8 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 35 BV).[290] Auch ein irgendwie gearteter Vorrang der negatorischen Freiheitsrechte (*in dubio pro libertate*) in jedem Kollisionsfall wäre demzufolge undenkbar.[291]

Der Vertrauensgrundsatz legitimiert (mit Art. 8 Abs. 1 BV) eine gewisse Anpassung des grundrechtlichen Schutzbereichs an die jeweiligen Umstände, wie etwa der *Bettler* belegt, der sich trotz üblicherweise nicht schutzwürdiger Handlungen (Diebstahl und Einbruch) auf die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) berufen kann.[292] Zudem hat er bei der Beurteilung der Schwere von Grundrechtseinschränkungen seine Bedeutung, die nicht nur absolut (wie belastend und schädigend ist die Einschränkung für den Betroffenen?), sondern auch kontextbezogen und damit *relativ* zu bewerten ist.[293] Ich muss nicht erwarten, eines Tages plötzlich gezwungen zu werden, fortan rote Socken zu tragen. Aber ich muss damit rechnen, dass Ordnungshüter mich erschiessen, sollte ich im Begriffe sein, einen Mitmenschen zu ermorden. Obwohl jeder Mensch sich lieber (willkürlich) zum Tragen roter Socken gezwungen als erschossen sähe, wiegt in relativer Hinsicht der Sockenzwang schwerer.

Kurz: Was ein Mensch erwarten kann, hängt auch von dem ab, was andere im gleichen Kontext erwarten können; weil das Opfer nicht erwarten muss, dass der Staat einfach zulässt, dass es ermordet werde, muss der Täter erwarten, nötigenfalls erschossen zu werden. Aber die Pflicht, nur rote Socken zu tragen, ist nicht sinnvoll (sie dient bestenfalls der Befriedigung von Machtmissbrauchsgelüsten), sodass deren Erfüllung niemand erwarten darf.[294] Das bestätigt die vorne aufgestellte These, der sachliche

290 Zum Symmetriegebot hinten, Teil 2, B.IV.1.c; siehe auch BGE 136 V 395 E.7.7, 413; BGE 130 I 26 E.6.3.3.2, 53; BGE 121 I 279 E.4, 284 f. und E.6, 286 ff.

291 Vgl. Rüfner, Grundrechtsadressaten, N. 108; siehe auch hinten, Teil 2, B.IV.4.

292 Dazu auch vorne, Teil 2, B.II.1.c.

293 Vgl. dazu Holoubek, Grundrechtseingriff, 33.

294 Auch von der Relevanz der *Voraussehbarkeit* der Grundrechtseinschränkung ausgehend: Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 10, N. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schutzbereich lasse sich ermitteln, indem man frage, was der Grundrechtsträger an Schutz legitimerweise erwarten könne.[295]

4. Auslegung des durch die Praxis präzisierten Verfassungsrechts

Die Verfassungspraxis von Justiz und Regierung sowie die Verfassungskonkretisierung in Gesetzen nehmen an der Entwicklung des Verfassungsrechts teil.[296] Gewisse (offene) Verfassungsnormen werden erst durch Rechtsanwendung zum Leben erweckt.[297] Vor allem die Verfassungsauslegung durch die Gerichte kann in Rechtsfortbildung münden, durch die genuines Verfassungsrecht entsteht. Die Verfassungspraxis wird damit selbst zum Bestandteil des Auslegungsgegenstandes.[298] Die Grenze zwischen blosser Auslegung und der Entwicklung der Verfassung ist deswegen aber trotzdem nicht „notwendigerweise unscharf".[299] Zur Unterscheidung kann man bei der Deutung der Verfassungsnormen ansetzen, die dem Verfassungsgeber zusinnbar ist; zur Ermittlung dieser Deutung kann auf die andernorts ausgedrückten rechtspolitischen Präferenzen des Verfassungsgebers und auf den allgemeinen Sprachsinn abgestellt werden.

Dass Gerichte die Verfassung gestalten, ist in demokratischer Hinsicht insofern unbedenklich, als das richterlich gestaltete Verfassungsrecht vom Verfassungsgeber durch Korrektur der (seines Erachtens zu weit oder zu eng begriffenen) Normen abgeändert werden könnte. Dahier ist ursprünglich richterliches Verfassungsrecht bei Ausbleiben einer Korrektur durch den Verfassungsgeber von der Autorität desselben und damit von einer (direkten) Einigung getragen.

---

295 Die Idee der Erwartbarkeit (vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit der Menschen) findet ihren tieferen Grund in einigungsethische Erwägungen, die im Recht eine gewisse strategische Bedeutung haben: Teil 3, C und F.II.

296 Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 90 und 96 ff.; Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 56.

297 Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 56.

298 Biaggini, Staatsrecht, § 9 N. 6.

299 So aber Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Wertkohärenz

Weil die Verfassung der hierarchisch höchste innerstaatliche Erlass ist[300] und sie sich damit nicht an höheren innerstaatlichen Erlassen messen lassen muss, ist die Bemühung um innere Kohärenz besonders wichtig: Die Auslegung muss möglichst die Widerspruchsfreiheit und Einheit der Verfassung erhalten.[301] Daraus folgt, dass Grundrechte (nicht nur einfache Gesetze) möglichst „grundrechtskonform" auszulegen sind, entsprechend des Gebots der praktischen Konkordanz.[302] Zudem sind normative Unklarheiten unter Konsultation der (insbesondere positivierten) Grundentscheidungen des Verfassungsgebers zu überwinden.[303]

Inspirationspotenzial für die Auslegung in Konfliktfällen bieten etwa folgende Werte oder Prinzipien der Verfassung: Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), das sich als Querschnittprinzip besonders eignet; das Primat der Verantwortung des Einzelnen für sich selbst (Art. 6 BV, erster Teilsatz [auch: Subsidiaritätsprinzip[304]]; vgl. Art. 41 Abs. 1 BV); die Mitverantwortung des Einzelnen, nach Massgabe seiner Kräfte für das Wohl der Gemeinschaft zu sorgen (Art. 6 BV, zweiter Teilsatz)[305]; die Menschenwürde (Art. 7 BV); der Lebens- und Freiheitsschutz (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV); das Vulnerabilitätsprinzip, wonach besonders verletzliche Personen qualifizierten Schutz verdienen (vgl. Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 11, Art. 12 BV; ferner Präambel [der] und Art. 41 BV)[306]; der Wert freier und ungestörter Willensbildung und -äusserung (etwa Art. 16, 17 und 34 BV; vgl. Art. 23,

---

300 Gächter, Grundfragen, N. 16.

301 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5, N. 24; Rohrer, Beziehungen der Grundrechte, 124; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 40.

302 Dazu ausführlicher hinten, Teil 2, C.IV.4.c-d.

303 Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 48.

304 Gächter/Renold-Burch, BS-Komm. BV, Art. 6, N. 1–3, 7: Art. 6 BV; siehe zu Art. 6 BV insb. Häberle, SG-Komm. BV, Art. 6, der für eine rechtlich bedeutendere Funktion des Art. 6 BV argumentiert. Das Prinzip der Selbstverantwortung weist gemäss verbreiteter Sichtweise auch einen Bezug zur Menschenwürde auf: siehe etwa Teifke, Menschenwürde, 66.

305 BGE 141 I 153 E.4.2 156; vgl. Häberle, SG-Komm. BV Art. 6 N. 16; Gächter/Renold-Burch, BS-Komm. BV, Art. 6, N. 10 und 12 (treffend zudem, auch in Bezug auf den ersten Teilsatz des Art. 6 BV, N. 7: Bemerkenswert sei, dass durch diesen Aufruf moralische Überzeugungen und Erwartungen der Gesellschaft in ein rechtliches Kleid verpackt würden).

306 Vgl. Reusser/Lüscher, SG-Komm. BV, Art. 11, N. 14; Schweizer, BV 10, S. 303, Rz. 45; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, N. 57; aus der EGMR-Rechtsprechung folgt, dass auch inhaftierte Personen vulnerabel (und schutzbedürftiger) sind: EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, 35254/07 (2011), § 71;

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

33 und 39 Abs. 3 BV); die kulturelle Vielfalt (vgl. Art. 4, 18, 70 BV); die Schonung der Natur und Lebensvielfalt (Präambel, Art. 2 Abs. 2, 54 Abs. 2, 73, 76 Abs. 2, 77 Abs. 3 BV) und der Respekt vor der Würde der Kreatur (Art. 120 Abs. 2 BV). Die Liste ist zweifellos unvollständig.[307]

Solche bereits positivierten Werte weisen der kohärenzsuchenden Verfassungsauslegung die Richtung und sind ein Reservoir an möglichen Anhaltspunkten für die Kollisionslösung. Durch ihre Beachtung wahrt die Auslegung eine enge und dienende Beziehung zur geschriebenen Verfassung.[308]

IV Allgemeines Verwirklichungsgebot

1. Umfassender Geltungsanspruch gemäss Art. 35 BV

a. Ergebnisorientierung der Grundrechtsordnung

Art. 35 BV, die erste allgemeine Norm am Ende des Katalogs der Grundrechte, formuliert ein Gebot zur Verwirklichung der Grundrechte.[309] Damit ist ein umfassender Geltungsanspruch der Grundrechte in der Verfassung verankert.[310] Art. 35 Abs. 1 BV präzisiert, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen sollen. Dies bedingt, dass nicht nur das Gesetz die Grundrechte schützt, sondern jede Person, die Funktionen des Staates ausübt (Abs. 2). Alle staatlichen Gewalten sind zur Verwirklichung der Grundrechte angehalten; trotz der prinzipiellen Erstverantwortung des Gesetzgebers behält sich das Bundesgericht vor, bei Säumnis an dessen Stelle zu treten.[311]

EGMR, *Naumenko v. Ukraine*, 42023/98 (2004), § 112; EGMR, *Dzieciak v. Poland*, 77766/01 (2008) § 91.

307 Vgl. Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 48.

308 Tschannen, Staatsrecht, § 3 N. 22 (47).

309 Vgl. EMRK-Präambel, wonach die EMRK „die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte" bezweckt; vgl. Art. 17, Art. 53 EMRK; zudem ZP 11 der EMRK, Präambel.

310 Botsch. VE 96, 192; Waldmann, BS-Komm. BV, Art. 35, N. 14 (Ziel sei die tatsächliche Verwirklichung der grundrechtlichen Wertordnung), 30 und 35; Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 35, N. 6 ff.

311 BGer vom 11. April 2014, 2C_255/2013, E.4.8; BGE 103 Ia 369 E.6, 381 f.: „Es geht somit um eine Wertung, die darnach ausgerichtet sein muss, das Wesentliche vom weniger Wesentlichen zu unterscheiden […]. Diese Wertung obliegt zunächst den gesetzgebenden Organen – dem Parlament und dem Volk.";

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Obwohl Art. 35 BV mangels eines eigenen materialen Gehalts kein eigenständiges verfassungsmässiges Recht sein kann, lässt sich das Verwirklichungsgebot in Verbindung mit spezifischen Grundrechten als Anspruchsgrundlage begreifen und im Säumnisfall unter Umständen als verletzt qualifizieren; dies auch dann, wenn der Gesetzgeber die notwendigen Weichen zu stellen versäumte oder Behörden es unterlassen, auf grundrechtsverwirklichende Weise von ihrem Ermessen Gebrauch zu machen.[312] Zu beachten ist aber der Ressourcenvorbehalt: Ein durchsetzbarer Anspruch auf Verwirklichung bestimmter Grundrechte auf Basis der spezialgrundrechtlichen Garantie i.V.m. Art. 35 BV ist von Beginn an nur denkbar, wenn der Staat über hinreichende Mittel verfügt, die gefragte Verwirklichung in rechtsgleicher Weise zu realisieren.[313]

Kurz: Art. 35 BV verlangt eine ergebnisorientierte Perspektive.[314] Das passt zur übrigen Verfassungsordnung: Das Ansinnen, Erreichbares zu garantieren und Versprochenes zu leisten, zeugt von Redlichkeit, einer übers Prinzip von Treu und Glauben in der Verfassung tief verankerten Tugend (Art. 5 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 9 BV). Eine redliche Verfassung wird von ihren Adressaten aufgrund der „Übereinstimmung von Wort und Wirklichkeit" als echt empfunden.[315] Der sie tragende Staat übernimmt Verantwortung: Er behält sich keinen „Judaskuss für die Konsequenzen"[316]

Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 71, sprechen von der subsidiären unmittelbaren Horizontalwirkung in Fällen, wo es der Gesetzgeber „pflichtwidrig versäumt", seine Schutzpflichten wahrzunehmen; Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 35, N. 14; Waldmann, BS-Komm. BV, Art. 35, N. 39; Biaggini, BV, Art. 35 N. 5 ff.; siehe auch Magistro, Rapport suisse, 82; aus der deutschen Lehre: Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 144.

312 So wohl BGE 126 V 70 E.4c, 74; vgl. BGE 139 I 114 E.4.3 – 4.4, 119 f.: betreffend den im öffentlichen Interesse liegenden und grundrechtlich motivierten „Anspruch" Medienschaffender auf Gebührenfreiheit oder auf einen zumindest „besonderen (günstigen) Gebührenansatz" für den Zugang zu amtlichen Dokumenten.

313 Zum Ressourcenvorbehalt hinten, Teil 2, B.V.4.

314 Gertsch, Kontrolle, 172; Uffer, Mobilität, 17–41; siehe auch Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 43, wo als Ziel der Revision „[D]ie wirkungsfähige Verfassung" fungiert. Skeptischer wohl Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 19f.; Biaggini, BV, Art. 35 N. 1.

315 Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 28.

316 Ausdruck entlehnt von: Kierkegaard, Provocations, 14: „Truth has always had many loud proclaimers, but the question is whether a person will […] allow it to permeate his whole being, accept all its consequences, and not have an emergency hiding place for himself and a Judas kiss for the consequence."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor, indem er zum Beispiel den Wert guter Absichten hochlobt, um sich am Ende mit blossen Absichten zu begnügen.

In vieler Hinsicht fordert die grundrechtliche Ergebnisorientierung das, was das Verhältnismässigkeitsprinzip ohnehin verlangt (aber vielleicht nur i.V.m. Art. 35 BV gebietet): effiziente Massnahmen, die der Gesamtheit der Interessen dienen. Nicht unwirksame, nicht kontraproduktive, nicht symbolpolitische Massnahmen. Auch aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich dies: Ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV), dann muss der Staat die Aufgabe der Grundrechtsverwirklichung als Optimierungsgebot verstehen. Verstünde sich optimierende Schonung nicht von selbst und dürfte der Staat in der Grundrechtsordnung Wirkungen in Kauf nehmen, die weder erforderlich noch wünschenswert sind, wäre die Rechtssicherheit gefährdet. Man könnte sich nicht mehr darauf verlassen, dass der Staat nach seinen Möglichkeiten tatsächlich auf das (und nur auf das) hinarbeite, was er in der Verfassung garantiert.

b. Verwirklichung als Optimierung

Im Sinne von Art. 35 BV ist stets die möglichst umfassende Verwirklichung der betroffenen Grundrechtsinteressen geboten. Grundrechtliche Schutzgüter dürfen nur soweit nötig und gewichtigeren Interessen dienend zu Schaden kommen. Verwirklichung ist Optimierung.[317] Alexys einflussreicher These zufolge sind Grundrechte als *Prinzipien* zu begreifen; diese bedeuteten Optimierungsgebote, die möglichst umfassend zu verwirklichen wären. Anders strukturiert seien dafür *Regeln*, die im Entweder-oder-Modus operieren.[318]

Die nicht immer klare Unterteilung in Regeln und Prinzipien mag als praktischer (simplifizierender) Hilfsgriff eine gewisse Berechtigung ha-

317 Vgl. BGE 128 I 327 E.4.3.2, 344: Konfligierende Grundrechtsinteressen „erfordern eine besonders sorgfältige Interessenabwägung […] ohne einseitige Bevorzugung einzelner Gruppen. Im Einzelfall ist nach möglichen praktischen Lösungen für eine optimale Grundrechtsgewährung und -koordination zu suchen [m.H.].“

318 Alexy, Grundrechte, 72–75; Dworkin, Bürgerrechte, 55: Prinzipien sind aufgrund eines Gebots der Gerechtigkeit, der Fairness oder einer anderen moralischen Dimension zu beachten; Klatt/Schmidt, Spielräume, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ben.[319] Es trifft wohl zu, dass gewisse Normen nicht im engen Sinn optimierungsfähig sind; etwa das Willkürverbot.[320] Es gibt mehr und weniger schlimme Formen von Willkür; und klare oder weniger klare Fälle fehlender Willkür. Aber keine mehr oder weniger zulässige Willkür. Sie ist stets verboten.

Abgesehen vom Willkürverbot wird etwa auch die Menschenwürde in der Lehre zum Teil als Regel begriffen; trotz semantischer Offenheit.[321]

Doch selbst wenn man solche Grundrechte den Regeln zuordnet, bliebe noch immer eine Form der Optimierung möglich. Der Staat kann die Einhaltung von Regeln optimieren, indem er nach der Handlungsstrategie sucht, die zur geringsten Zahl künftiger Situationen führt, in denen eine Regelverletzung unausweichlich einträte. Oder indem er bei unklarer Tragweite des Grundrechts die Vorgehensweise billigt, deren Regelkonformität wahrscheinlicher ist als diejenige anderer Lösungen. So lässt sich eine als Regel begriffene Menschenwürde optimieren: Man wendet sie (und andere Normen) in Grenzfällen auf die Weise an, aus der mit grösster Wahrscheinlichkeit die geringstmögliche Anzahl künftiger Gefährdungen der Menschenwürde resultiert. Auch das Willkürverbot, aufgrund der absoluten Geltung ebenfalls ein Kandidat einer „Regel", lässt Optimierung zu. Denn alle Güter, die durch das Willkürverbot geschützt werden (Rechtssicherheit, Vertrauen in den Staat, Selbstbestimmung, Unversehrtheit etc.) lassen sich graduell realisieren. Sie sind somit auch optimierungsfähig.

Kurz: Das Optimierungsgebot gilt in der einen oder anderen Weise in Bezug auf alle grundrechtlich geschützten Interessen. Optimierung ist somit nicht nur im Falle der Anwendung der sogenannten Prinzipien möglich und geboten, sondern auch im Falle der kontextuellen Konkretisierung und Anwendung von Regeln, soweit diese irgendwelche grundrechtliche Interessen schützen.[322]

---

319 Kritisch auch Wallimann, 51: „[Eine] klare Abgrenzung von Regeln und Prinzipien [ist] nicht ohne Weiteres möglich. Einer Norm kann man es nicht direkt ansehen, ob es sich bei ihr um eine Regel oder um ein Prinzip handelt."

320 Vgl. dazu hinten, Teil 2, C.V.3 und 5.

321 Tschentscher, Interpreting, 3, 9; Alexy, Grundrechte, 97; vgl. Enders, Menschenwürde, 303 mit Fn. 52 f.; kritisch Teifke, 166, der die Menschenwürde als ein Prinzip einstuft, das „relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in einem möglichst hohen Maße zu realisieren ist."

322 Anderer Ansicht etwa: Tschentscher, Interpreting, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Symmetriegebot (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV)

In Verbindung mit der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) verpflichtet das Gebot der Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 BV) dazu, die Grundrechte unterschiedlicher Menschen möglichst im gleichen Umfang an der Grundrechtsoptimierung teilhaben zu lassen.[323] Es ist eine symmetrische Grundrechtsbeurteilung notwendig, wie sie implizit auch der EGMR fordert.[324] Jede Grundrechtsposition muss zumindest a priori gleich berücksichtigt werden.[325] Die Interessen der einen dürfen nicht stärker ins Gewicht fallen als die Interessen der anderen. Man kann hierbei vom Symmetriegebot sprechen. Dies meint die vor allem methodische Pflicht, kollidierende Ansprüche in einer Weise zu prüfen, die sicherstellt, dass nicht ein oder einzelne Grundrechtsträger von Beginn an im Nachteil stehen.[326] Grund-

323 Vgl. M. Müller, Zauberwürfel, 57.

324 Der EGMR erinnert oft daran, dass bei der Beurteilung von Konstellationen mit kollidierenden Grundrechten nicht entscheidend ist, welcher Grundrechtsträger gegen den Staat klage – ob jener, der sich in seinem Schutzrecht verletzt sehe, oder jener, der eine Verletzung seiner Abwehrrechte geltend mache: EGMR-Urteil vom 9. Juli 2013, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" c. Rumänien*, 2330/09, § 160: „While the State generally enjoys a wide margin of appreciation in cases such as the present one, where a balance has to be struck between competing private interests or different Convention rights […], the outcome of the application should not, in principle, vary according to whether it was lodged with the Court under Article 11 of the Convention, by the person whose freedom of association was restricted, or under Articles 9 and 11, by the religious community claiming that its right to autonomy was infringed."; EGMR-Urteil vom 15. Oktober 2015, *Perinçek c. Schweiz*, 27510/08, § 198: „the outcome should not vary depending on whether the application was brought under Article 8 by the person who was the subject of the statement or under Article 10 by the person who has made it, because […] the rights under these Articles deserve equal respect."; EGMR-Urteil vom 23. September 2010, *Obst c. Deutschland*, 425/03, § 41: „The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition, but the applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance which has to be struck between the general interest and the individual interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation"; vgl. EGMR-Urteil vom 10. April 2007, *Evans c. Vereinigtes Königreich*, 6339/05, § 75–77.

325 Vgl. BGE 136 V 395 E.7.7, 413; BGE 130 I 26 E.6.3.3.2, 53; BGE 121 I 279 E.4, 284 f., E.6, 286 ff.; vgl. Martenet, Géométrie de l'égalité, 348 f.; aus ethischer Sicht zum Recht auf gleiche Berücksichtigung: Singer, Praktische Ethik, 45 ff. (insb. 52).

326 Rüfner, Grundrechtsadressaten, N. 108; Hillgruber, Schutzbereich, N. 25; vgl. auch Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechte Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV) sind nicht als „drittrangig" zu behandeln. Nur wo die Verfassung selbst eine asymmetrische Beurteilung vorsieht, darf von einer symmetrischen Beurteilung abgesehen werden.[327]

2. Horizontalwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV)

Dem verantwortungsvollen Staat kann der Missbrauch privater Machtpositionen nicht gleichgültig sein. Also muss er Grundrechte im Privatverhältnis verwirklichen. Dazu bedarf es einer Horizontalwirkung (Drittwirkung) der Grundrechte.[328] Ohne eine solche verkämen Grundrechte zur Freiheit der Wölfe im Gehege der Schafe.[329] Die Bundesverfassung sieht die indirekte Horizontalwirkung in Art. 35 Abs. 3 BV vor: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden."[330] Der Staat sichert die Grundrechte unter Privaten etwa dadurch, dass er Vorschriften zu ihrem Schutz erlässt und durchsetzt, Übergriffe verhindert und präventionshalber bestraft sowie bestehende Gesetze grundrechtskonform auslegt.[331]

Eine direkte Horizontalwirkung bedeutete die unmittelbare Grundrechtsbindung Privater. Eine solche setzte eine Grundlage in der Verfassung voraus.[332] Da der Bundesverfassung solche Grundlagen fremd sind (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV betreffend die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau womöglich ausgenommen[333]), ist davon auszugehen, dass Grundrechte im Privatverhältnis nur indirekt binden; etwa übers Privat- und Strafrecht. Die Einhaltung der Grundrechte lässt sich nicht direkt klageweise gegen Private durchsetzen. Theoretisch ist die direkte Horizontalwir-

---

327 Vgl. Rüfner, Grundrechtsadressaten, N. 113.

328 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 61; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1121.

329 Metapher angelehnt an: „Die Freiheit der Wölfe ist der Tod der Lämmer", aus Isaiah Berlin, Zwei Freiheitsbegriffe (1958), in: ders., Freiheit. Vier Versuche, 1995, 197.

330 Biaggini BV, Art. 35 N. 18; Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 62; zur älteren Diskussion um die Natur der Drittwirkung siehe besonders: BGE 111 II 245, 253 ff.

331 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 65 ff.; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1127–1130; Biaggini, BV, Art. 35 N. 21; vgl. Kneihs, Leben, N. 37.

332 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1123.

333 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1126; zu Recht skeptisch etwa Biaggini, BV, Art. 35 N. 19; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 124 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kung aber subsidiär dort denkbar, wo es der Gesetzgeber pflichtwidrig versäumte, Schutzpflichten wahrzunehmen.[334] Meistens dürfte auch in diesen Fällen die indirekte Horizontalwirkung genügen; etwa in Form extensiver oder restriktiver Gesetzesauslegung zwecks Wahrung der Grundrechtskonformität.

Art. 35 Abs. 3 BV spricht von der „Eignung" der Grundrechte zur Wirksamkeit unter Privaten.[335] Die meisten Grundrechte eignen sich m.E. grundsätzlich dazu, vom Staat unter Privaten zur Wirkung gebracht zu werden. Die Eignung fehlt vor allem denjenigen Grundrechten, die vor Gefahren seitens des Staates schützen (z.B. das Zensurverbot, Art. 17 Abs. 2 BV) oder die das Verhältnis des Einzelnen zum Staat betreffen (politische Rechte, Art. 34 BV; Verfahrensgarantien der Art. 29–32 BV); zudem Ansprüche auf Ausrichtung staatlicher Leistungen (das Recht auf Hilfe in Notlagen des Art. 12 BV). Auch gibt es Grundrechte, deren Horizontalwirkung zu schweren Einschränkungen anderer Grundrechte führte; eine „horizontal" für alle rechtlichen Beziehungen unter Privaten verordnete Rechtsgleichheit führte eine ganze Reihe an Freiheitsrechten ad absurdum:[336] das Selbstbestimmungsrecht des Art. 10 Abs. 2 BV; der Schutz der Privatsphäre des Art. 13 BV; die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV; die Vereinigungsfreiheit des Art. 23 BV. Die Privatautonomie wäre schlicht nicht mehr möglich.

3. Gleichberechtigte Schutzpflichten und (bedingte) Schutzrechte

a. Unterscheidbarkeit der Abwehr-, Schutz- und Leistungsrechte?

Grundrechte vermitteln unterschiedliche Anspruchsarten. Klassisch spricht man von der Abwehr-, Schutz- und Leistungsdimension der Grundrechte:[337]

– Abwehransprüche respektiert der Staat passiv, durch Unterlassen grundrechtseinschränkender Aktivitäten, inklusive diverser Formen von Bevormundung.[338]

---

334 So aber wohl Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, N. 71.
335 Ausführlich dazu Martin, Grundrechtskollision, 19 ff.
336 Vgl. Biaggini, BV, Art. 35 N. 3; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1121.
337 Hierzu und zum Folgenden: Gächter, Grundrechtslehren, N. 42; vgl. Jarass, Bausteine, 347 ff.
338 Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Schutzansprüche respektiert der Staat durch aktives Handeln, indem er die privaten Kräfteverhältnisse stört und Machtungleichheiten kompensiert. Anders als bei Achtungspflichten schützt der Staat die Grundrechte hier nicht nur vor jenen Gefahren, die von ihm selbst ausgehen, sondern vor Übergriffen Privater.[339]
- Leistungsansprüche verpflichten ebenfalls zu aktivem Tun; im Zentrum stehen dabei aber nicht der Schutz gegebener Güter vor Gefahren, sondern die Verbesserung der Ausgangslage Benachteiligter und deren Befähigung zu minimalem Freiheitsgenuss.[340]

Lehre und Praxis sind sich der Schwierigkeit, die drei Anspruchsdimensionen zu unterscheiden, seit Längerem bewusst.[341] Unterscheidungsschwierigkeiten bestehen im Verhältnis zwischen aktivem Schutz und passiver Achtung: Wird jemand aktiv von einer lebensverlängernden Massnahme befreit oder wird die Aufrechterhaltung der Lebensverlängerungsmassnahme (passiv) unterlassen? Wie steht es, wenn eine Kontrollbehörde die Risiken eines Medikaments unterschätzt und dessen rezeptfreie Inverkehrbringung genehmigt, wodurch es zu schweren Gesundheitsschädigungen kommt? Hier könnte man sagen, es seien durch die Genehmigung nicht genehmigungswürdiger Medikamente Abwehrrechte verletzt worden. Wie aber stünde es, wenn es eine solche Behörde überhaupt nicht gäbe, mit identischen Folgen? Es wäre sonderbar, wenn man dem Staat, der überhaupt nichts unternahm (nicht einmal die Schaffung kompetenter Behör-

---

339 Vgl. Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 15; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 35 ff., 49 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 220 ff., 235 f.; Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 70 ff.

340 Siehe zur Befähigungsfunktion der Grundrechte vorne, Teil 2, A.II.2.

341 Besson, obligations positives, 64 f.; Moor/Flückiger/Martenet, Vol. 1, 764 f.; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 167: „Dans certains cas, il faut reconnaître que le négatif et le positif ne se distinguent guère." ; Mahon, Droits fondamentaux, N. 4; vgl. BGE 103 Ia 369 E.5, 381: „Ferner hat die leistungsgewährende Verwaltung seit Jahrzehnten an Umfang und Intensität zugenommen, und Eingriffe und Leistungen stehen in einem solchen Korrelationsverhältnis, dass das Konzept des Eingriffes, je mehr sich die Intervention der öffentlichen Gewalt in allen Gebieten des täglichen Lebens aufdrängt, *kein taugliches Unterscheidungsmerkmal mehr darstellt*." (Hervorhebung ergänzt). Ferner aus der deutschen Lehre etwa Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 48 f., zu mittelbaren Eingriffen; zur Illustration auch: Pogge, Weltarmut, 71–73, der nicht nur von der Plicht reicher Länder spricht, die Weltarmut (aktiv) zu bekämpfen, sondern auch von der negativen Pflicht, eine ungerechte Besitzverteilung nicht mit Gewalt zu verteidigen oder nicht bei der Aufrechterhaltung ungerechter Institutionen mitzuwirken.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den), weniger vorwerfen könnte, weil er „nur" positive Pflichten verletzt haben würde.

Wie steht es, wenn ein Schaden an einer Industrieanlage zu schwerer Umweltverschmutzung führt, obwohl die gesetzlich vorgegebenen Sicherheitsmassnahmen ausnahmslos umgesetzt worden waren? Man kann je nach Perspektive hier eine aktive oder passive Verletzung der Grundrechte (namentlich des Rechts auf Gesundheit und physische Unversehrtheit, Art. 10 Abs. 2 BV) der in der Nachbarschaft lebenden Menschen sehen.[342]

Die Ambivalenz hat ihren Grund: Keine Freiheit lässt sich voraussetzungslos geniessen, kein Freiheitsrecht sich auf die Funktion der Abwehr staatlicher Eingriffe reduzieren.[343] Dies zeigt sich daran, dass Gerichte aktiv werden müssen, um im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle im Gesetz angelegte Grundrechtsverletzungen zu verhindern, um eine grundrechtskonforme Auslegung von Gesetzen sicherzustellen oder um wenigstens die Unrechtmässigkeit eines Übergriffs in Abwehrpositionen festzustellen und Reparatur zu fordern.[344] Kurz: Die Gerichte sichern Abwehrrechte durch nichts anderes als durch aktive Schutzleistungen. Auch hier erscheinen Schutzrechte als „konsequent zu Ende gedachte Abwehrrechte".[345] Sie kommen den Abwehrrechten zugute.[346]

Etwas leichter fällt die Unterscheidung der Abwehr- und Schutzpflichten gegenüber Leistungspflichten. Während es Abwehr- und Schutzpflichten darum geht, Einbussen am Bestehenden zu verhindern, realisieren Leistungen die Befähigungsfunktion der Grundrechte.[347] Doch selbst hier ist die Unterscheidung nicht ganz klar, denn diverse Leistungen des Staates sind der erfolgreichen Sicherstellung von Abwehr- und Schutzrechten

---

342 Vgl. EGMR, *López Ostra v. Spanien* (1994), A Nr. 303-C, § 58.

343 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 130; vgl. Pieroth u.a., N. 83 ff.

344 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 163 f.; vgl. Gächter, Grundrechtslehren, N. 46 (aus Art. 35 Abs. 1 BV fliesse die Pflicht des Staates, Grundrechtspositionen Einzelner zu schützen, „die von staatlicher Seite oder durch Dritte gefährdet oder beeinträchtigt werden"); Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 130: „Die Verfassung […] kompensiert das Gewaltverbot […] durch die Justizgewähr für die Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten und durch die Rechtsschutzgarantie gegenüber der öffentlichen Gewalt", m.H.; siehe auch Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218, Fn. 194: „Die Frage ist allerdings, ob nicht – in einem rechtsprinzipiellen Sinn – zwei negative Verletzungsverbote kollidieren – eines bezogen auf eine Verletzung durch Tun, eines auf eine Verletzung durch Unterlassen".

345 Kneihs, Leben, N. 21; vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 80.

346 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 81.

347 Dazu vorne, Teil 2, A.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

logisch vorgelagert: die Schaffung kompetenter und unabhängiger Gerichte, die sorgfältige Ausbildung der Mitglieder der Sicherheitskräfte, die Bildung der Kapazitäten im Gesundheitswesen oder wirtschaftspolitische Massnahmen zur Verhinderung materialer Engpässe und sozialer Unruhen in Zeiten der Krise. Durch Erfüllung von Leistungspflichten dieser und anderer Art schafft der Staat die Voraussetzungen zur Ausübung und Durchsetzung von Grundrechten.[348] Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) befreit die notleidende Person vom – alle privaten Ressourcen bindenden – Kampf ums Überleben, wodurch die freie Gestaltung des eigenen Lebens erst möglich wird. Die besondere Förderung von Kindern mit erheblichen Aufmerksamkeitsstörungen während der Grundschulzeit ermöglicht auf ähnliche Weise den Genuss der Wirtschaftsfreiheit oder womöglich gar der Forschungsfreiheit.[349]

Zuletzt lässt sich auch sagen, die Schutzhandlung selbst sei eine Form der staatlichen Leistung.[350] Denn Schutzeingriffe setzen ein aktives Tätigwerden des Staates und damit den Einsatz der staatlichen Ressourcen voraus.

b. Grundsätzliche Anerkennung der Schutzpflichten

Die ältere Grundrechtsdogmatik ging von einem negatorischen Grundrechtsverständnis aus; demnach wurden Grundrechte praktisch nur als Abwehrrechte des Individuums gegen Beeinträchtigungen der Freiheit und des Eigentums durch den Staat verstanden; eine Grundrechtseinschränkung war definitionsgemäss ein (aktiver) staatlicher Eingriff in Freiheitsrechte.[351] Diese frühere Konzeption hing womöglich mit der Entwicklung

348 Vgl. Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 35, N. 9; BGE 119 Ia 28 E.2, 30 f.

349 Vgl. BGE 141 I 9 E.4.2.2, 15; siehe auch Kantonsgerichtsurteil-BL 810 13 241 vom 8. Januar 2014.

350 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 73.

351 Siehe dazu etwa Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 257–259; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1058: „[Den] Staat verpflichten sie [die Grundrechte] zu einem Dulden oder Unterlassen, jedoch – wenigstens gemäss der traditionellen Auffassung – nicht zu einem positiven Tun."; Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, VII, 3 und 19; Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 81: „Die subjektiven Rechtspositionen des Privaten" seien gemäss der überwundenen Sichtweise nur unter einem Aspekt relevant: „als Substrat des staatlichen Eingriffs"; vgl. BGE 126 II 300 E.5, 314 f., Schutzpflichten behutsam anerkennend.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Menschenrechte als „Antithese zur absolutistischen Staatsordnung" zusammen.[352]

Gäbe es nur Abwehrrechte, würde sich das Thema der vorliegenden Arbeit erübrigen: Grundrechtskollisionen wären undenkbar, da abwehrrechtliche Schutzpositionen höchst selten (bis nie) untereinander kollidieren.

In Übereinstimmung mit Art. 36 BV, der von Einschränkungen von Grundrechten spricht, geht die Lehre heute von einem weiten, nicht auf aktive „Eingriffe" beschränkten Verständnis der (rechtfertigungsbedürftigen) Einschränkung von Grundrechten aus: Die abwehrrechtliche Freiheitsdimension ist nur ein Teil des Ganzen, der aus nicht fundamentalen Gründen (etwa juristischer Handhabbarkeit[353]) im Vordergrund steht, der jedoch andere, gleichberechtigte Verwirklichungsmodalitäten nicht ausschliesst.[354] Diese Erkenntnis ist namentlich auf den Wandel der Gefahren, der Technik und der Wertvorstellungen sowie die Entwicklung der Schutzpflichten durch die Praxis des EGMR zurückzuführen.[355]

c. Unklarheiten um die Justiziabilität der Schutzpflichten

Wer die Horizontalwirkung der Grundrechte anerkennt, muss unweigerlich auch wirksame staatliche Schutzpflichten voraussetzen.[356] Die Existenz von Schutzpflichten dürfte daher praktisch unumstritten sein.

---

352 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1115; ebd., 1058:; zur Illustration der traditionellen Auffassung siehe: Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 318, demzufolge Freiheitsrechte nichts anderes als eine „Negation staatlicher Zuständigkeit" enthielten.

353 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 81: „Das Abwehrrecht bildet eben nur eine Funktion des Grundrechts, […]. Sie […] reduziert seine Komplexität […] und sorgt dafür, daß es in bestimmter Hinsicht juridisch handhabbar wird."

354 Siehe etwa Gächter, Grundrechtslehren, N. 44; Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1116 ff.; Haldemann, Gentechnikrecht, 42 ff.; vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 81; ferner Bethge, Grundrechtseingriff, 7 ff.

355 Vgl. Martin, Grundrechtskollision, 2; Haldemann, Gentechnikrecht, 79 f.; Hettich, Risikovorsorge, 98.

356 Biaggini, BV, Art. 35 N. 7 bezeichnet den Art. 35 Abs. 3 BV als *Aufhänger* der Schutzpflichten-Lehre; Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 70; zum Zusammenhang zwischen Horizontalwirkung und Schutzpflichten siehe Mahlmann, Grundrechtstheorie, 220.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unklar ist, inwieweit es justiziable Schutzansprüche gibt: subjektive Rechte auf Schutz, die sich vor Gericht durchsetzen lassen.[357] Kann der Grundrechtsträger auf Schutzleistungen des Staates einen zumindest bedingten (unter dem Vorbehalt der verfügbaren Ressourcen stehenden) Anspruch erheben? Die Alternative wäre, dass Schutzpflichten (nur oder primär) zur programmatischen Schicht der Grundrechte gehörten, sodass sich verbindliche Wirkungen erst einstellen, wenn der Gesetzgeber sich bequemt, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.[358]

In dieser absoluten Weise wird dies heute praktisch nicht mehr vertreten; die Lehre geht heute in aller Regel von der Möglichkeit unmittelbar durchsetzbarer Schutzansprüche aus.[359] Namentlich im staatlichen Sonderstatusverhältnis, etwa in Haftsituationen, gibt es unstreitig justiziable Schutzansprüche: Eine einklagbare Pflicht zum Schutz vor Gewalt durch Mitinsassen lässt sich etwa aus dem Recht auf menschenwürdige Haftbedingungen (vgl. Art. 10 Abs. 3 BV) herleiten.[360] Justiziable Schutzpflichten gibt es aber auch ausserhalb staatlicher Garantenstellungen[361], etwa im Polizeigüterschutz. So muss der Staat eingreifen, um häusliche Gewalt oder sexuellen Missbrauch zu verhindern: Die Gefährdeten haben hierauf ein Recht.[362] Die Schutzpflicht des Staates gölte bei Bedrohung wichtigster Güter auch dort, wo die Polizeigesetze gerade keine explizite Eingriffsgrundlage vorsähen.[363] An gewisse Grenzen stösst die Idee des Rechts auf Schutz freilich trotz allem. In einem Rechtssystem, in welchem das Legalitätsprinzip und die Privatautonomie eine zentrale Funktion innehaben, ist die geringere Durchsetzbarkeit positiver Leistungen des Staates eine Selbst-

357 Hangartner, SG-Komm. BV, Art. 35, N.6; vgl. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 134: „Das neuere Grundrechtsverständnis neigt aber dazu, die objektive Schutzpflicht […] zu ergänzen durch ein subjektives Recht des einzelnen Grundrechtsträgers auf staatlichen Schutz gegen private Übergriffe in grundrechtlich gewährleistete Güter."

358 Dazu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 269.

359 Statt vieler: Biaggini, BV, Art. 35 N. 7; vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 221.

360 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 268; vgl. Kiener/Kälin /Wyttenbach, Grundrechte, 35 ff.; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 56.

361 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 57.

362 Vgl. statt vieler: EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 154 ff.; EGMR, *N. v. Sweden* (2010), 23505/09, § 54 ff.

363 Gächter, Grundrechtslehren, N. 47 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verständlichkeit.[364] Man könnte sagen: Sie ist der Preis für das Verbot der Willkür.

Für die Grundrechtskollision bringt ein allgemeines, die Schutzpflichten ergänzendes Schutzrecht in materieller Hinsicht nur wenig: Auch „objektivrechtlich" verpflichtende Grundrechtsinteressen sind bei der vergleichenden Gewichtung und kontextuellen Konkretisierung kollidierender Grundrechte zu beachten.[365] In prozeduraler Hinsicht wäre die umfassendere Anerkennung von Schutzrechten insofern mit einem Vorteil verbunden, als das zuvor im Ermessensspielraum der Behörden liegende Gebot des Grundrechtsschutzes zunehmend den Gegenstand von Beschwerden, betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, bilden könnte.[366] Dadurch würde die Abhängigkeit der Grundrechtsträger vom Willen und der Fähigkeit der das Ermessen ausübenden Behörden zur Grundrechtsoptimierung verringert. Ob der Vorteil auch wirklich einer ist, hängt massgeblich von der Belastung der Beschwerdeinstanzen ab.

Die Grenze zwischen justiziablen und nicht-justiziablen Rechten ist nicht immer klar:[367] Anfangs nur programmatische Schutzpflichten können sich im Einklang mit der Gerichtspraxis oder einem Wandel der Wertvorstellungen zu justiziablen Ansprüchen verdichten.[368] Zudem kann für manche Grundrechte eine partielle, etwa nur rückwirkende Justiziabilität gegeben sein, die mit staatlichen Pflichten zu einem nachträglichen, korrigierenden Handeln korrelieren; etwa in Form von Kompensationszahlungen für erlittenes Unrecht.[369] Oder in Form der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, die der Staat womöglich (etwa mangels Ressourcen) nicht einmal zu verhindern verpflichtet war.[370]

---

364 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 763.

365 Vgl. Waldmann, BS-Komm. BV, Art. 35, N.34; Gächter, Grundrechtslehren, N. 42; siehe auch etwa: Di Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 44.

366 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 766, wonach die Differenzierung bei den Schutzpflichten besonders den Schritt vom Interventionsrecht des Staates (nach Ermessen) hin zu einer Interventionspflicht in schweren Fällen betrifft.

367 Dazu und zum Nachfolgenden auch: Biaggini, BV, Art. 35 N. 6.

368 Waldmann, BS-Komm. BV, Art. 35, N. 50.

369 Vgl. BGE 140 I 246: Erforderlichkeit einer Entschädigung zur Wiedergutmachung nach einer erniedrigenden Behandlung; eingehend zur Thematik der rückwirkenden Kompensation von schwersten Grundrechtsverletzungen: Stefan Schürer, Die Verfassung im Zeichen historischer Gerechtigkeit, Zürich 2009, 311 ff. und 379 ff.

370 Hierzu zählen die effektive Verfolgung begangener Straftaten etwa bei Verletzungen des Rechts auf Leben, etwa BGE 135 I 113, 117 E.2.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Einwände gegen die Tendenz zur Schutzpflichtvermehrung

Der Ausbau der Schutzdimension der Grundrechte trifft bisweilen auf Unbehagen.[371] Dabei lassen sich zwei Bedenken hervorheben:

Erstens wird falscher Schutzaktivismus bis hin zum Diktat irgendeiner Partikularmoral befürchtet. Tschannen etwa stellt fest, die Schutzpflicht sei keine klar umrissene Rechtsfigur.[372] Gleichzeitig mutet das Wort sehr verbindlich an: „Redet man von Schutzpflichten, sind wegen der Härte des Worts Fehlassoziationen kaum noch zu vermeiden. So liesse sich aus dem Recht auf Leben die Pflicht des Staates ableiten, Abtreibungen stets unter Strafe zu stellen, oder aus der Ehefreiheit die Pflicht, sich gegen den rechtlichen Schutz gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften zu stellen, oder endlich aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Pflicht, in der Aids-Aufklärung vorab die sexuelle Treue zu propagieren." Die staatlich verordnete Moral, die damit drohe, sei zwar nicht im Sinne der Schutzpflichten, wie sie heute gewöhnlich verstanden würden. Jedoch sollte man „beim Konstruieren dogmatischer Figuren immer auch daran denken, welchen Missbräuchen sie Vorschub leisten könnten".[373]

Ein Moraldiktat wäre jedenfalls unhaltbar.[374] Die Gefahr wird dadurch begrenzt, dass die zunehmende Anerkennung von Schutzpflichten den Staat nicht von der Pflicht erlöst, die Erforderlichkeit der Schutzmittel fallweise nachzuweisen und sich an die übrigen Verfassungsvorgaben zu halten.[375] Dem Wunsch nach einer „exzessiven Inanspruchnahme von Grundrechten"[376] ist besonders der Wert der Selbstverantwortung und die Tatsache entgegenzuhalten, dass der Staat für das Wohl des Einzelnen nur subsidiär verantwortlich ist (Art. 6 BV).

Zweitens wird befürchtet, die Schutzpflichtenlehre verleite zum Gebrauch und vermehrten Missbrauch von Grundrechten als Eingriffstitel zur Legitimierung von Grundrechtseinschränkungen. Damit würde das grundrechtliche Legalitätsprinzip ausgehebelt, „und dies erst noch unter Berufung auf die Grundrechte".[377] Die Bedenken sind berechtigt. Sie verlieren aber beim heutigen Grad an Vergesetzlichung grundrechtlicher An-

---

371 So etwa bei Diggelmann, Präventionsstaat, 329 ff.
372 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 70.
373 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 80.
374 Vgl. Nida-Rümelin, Über menschliche Freiheit, 129 f.
375 Vgl. Biaggini, BV, Art. 35 N. 7.
376 Kritisch dazu: Geis, Anspruchsdenken, 27–38.
377 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 73; vgl. Di Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liegen an Dringlichkeit. Der Schutz existenzieller Lebensgüter findet fast lückenlos eine Grundlage im Spezialgesetz.[378] Und subsidiär in der polizeilichen Generalklausel.[379] Darüber hinaus gibt es fürwahr keinen Bedarf an irgendeiner Betriebsamkeit im Namen grundrechtlicher Schutzpflichten. Man darf daher (mit Tschannen) eine Rückbesinnung auf den Kern der Problematik anregen: auf die Pflicht des Staates zum Schutz bedrohter Polizeigüter.[380] Die übrigen Schutzanliegen sind kaum dringlich; mit dem Schutz vor ernstlichen Gefährdungen von Leib und Leben ist das Wichtigste weitgehend abgedeckt.[381]

e. Gewaltmonopol als Verpflichtungsgrund

Ein Argument zugunsten der grundsätzlichen (materialen) Gleichwertigkeit von grundrechtlichen Schutz- und Unterlassenspflichten ist die Tatsache des staatlichen Gewaltmonopols.[382] Das Gewaltmonopol liegt als Fundament des modernen Staates jeder Verfassung und damit den Grundrechten voraus.[383] Der Gedanke, der Staat garantiere Sicherheit, ist auch der Tradition der Gesellschaftsvertragstheorien geschuldet.[384] Wer im Gesellschaftsvertrag auf sein im Naturzustand (theoretisch) bestehendes Recht auf freie Gewaltanwendung verzichtet, erwartet eine Gegenleistung.[385] Diese leistet der Staat, indem er an die Stelle der privaten Wehrhaftigkeit tritt, Gewalt durch Dritte abwehrt. Die Gegenleistung ist damit ein

---

378 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1127–1130; Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 65 ff.; Biaggini, BV, Art. 35 N. 21; vgl. Kneihs, Leben, N. 37.

379 Dazu auch hinten, Teil 2, C.II.1.d.

380 Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 73.

381 Vgl. Maslow, Human Motivation, 9 ff. (*pysiological needs*) und 13 ff. (*safety needs*).

382 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 103: „Im positiven Verfassungsrecht hat kein vorstaatliches Recht auf private Gegengewalt Raum. An seiner Statt besteht die grundrechtliche Schutzpflicht."; siehe auch Gertsch, Kontrolle, 172: „Rechtsstaatlichkeit bzw. Gewaltenteilung soll Staatsmacht nicht nur einschränken, sondern auch ermöglichen, indem Staatsaufgaben dem jeweils am besten geeigneten Organ übertragen werden."

383 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 129; ähnlich Kälin/Lienhard/Wyttenbach, Auslagerung, 13–15; vgl. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 29.

384 Kley, Gewaltmonopol, 11 ff.; vgl. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, Auslagerung, 10 f.; Mohler, Gewaltmonopol, 158 f.

385 Vgl. Hobbes, Leviathan, Teil 1 Kap. XIV, 262 und 264.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Minimum an Sicherheit, Schutz des Lebens und Freiheit.[386] Fehlt es an diesem Minimum, ist der Gewaltverzicht Privater nicht geschuldet (er wäre „naturwidrig"): Niemand ist verpflichtet, sich zur wehrlosen Beute zu machen, wie Hobbes festhielt.[387] Der Gewaltverzicht und die staatliche Friedenssicherung sind somit Bedingungen der Grundrechte: Nur in der staatlich befriedeten Gesellschaft kann die Idee der jedermann als gleiche zukommenden, rechtlich zugemessenen, staatlich gesicherten Freiheit Gestalt annehmen.[388]

Im Grundverhältnis zwischen dem der Gewalt entsagenden Individuum und dem zur notwendigen Gewalt verpflichteten Staat können allerdings Störungen eintreten. Etwa dann, wenn der Staat seine Macht missbraucht, wenn er selber bedroht ist, z.B. im Kriegsfall, oder wenn er nicht fähig oder nicht willens ist, innerstaatlich rechtzeitig einzugreifen.[389] Die Folge kann nur die ausserordentliche Legitimität eigenmächtiger Rechtsdurchsetzung jener Art sein, die keinen Schutz verdiente, wenn obrigkeitsstaatliche Hilfe verfügbar wäre.[390] Soweit dem Staat die Schutzleistung einzig aus nur ihn bindenden Rechtsgründen nicht möglich ist (weil es etwa an der direkten Horizontalwirkung gewisser Abwehrrechte fehlt), muss er die sich im Rahmen der strafrechtlichen Rechtfertigungstatbestände abspielenden Abwehr- und Rettungsmassnahmen Privater dulden.[391] Zur Illustration: Dem Staat ist es untersagt, einen Kindesentführer brutal zusammenzuschlagen, selbst wenn allein dies dazu verhülfe, das Versteck eines entführten Kindes in Erfahrung zu bringen. Anders lägen die Dinge, wenn der Staat Angehörige des entführten Kindes dabei ertappte, eigenmächtig ebendies zu tun: das Versteck „aus dem Kerl herausprügeln", wobei wegen realer Rettungschancen noch von verhältnismässiger Notwehrhilfe auszugehen wäre. Der Staat muss hier zulassen, was ihm selbst untersagt ist.

386 Hobbes, Teil 1 Kap. XIV, 270: „And lastly the motive, and end for which this renouncing, and transferring of Right is introduced, is nothing else but the security of a mans person, in his life, and in the means of so preserving life, as not to be weary of it."; vgl. Mohler, Gewaltmonopol, 153 f.;

387 Hobbes, Teil 1 Kap. XIV, 266: „But if other men will not lay down their right, as well as he, then there is no reason for anyone to divest himself of his: for that were to expose himself to prey, which no man is bound to, rather than to dispose himself to peace."

388 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 130; vgl. Kälin/Lienhard/Wyttenbach, Auslagerung, 13 f.

389 Mohler, Gewaltmonopol, 154.

390 Schmidt, Strafbefreiungsgründe, 123; vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 204; Kind, Der diplomatische Schutz, 153 f.

391 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191, N. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Er dürfte es nicht verhindern; dies wäre unverhältnismässig.[392] Der Staat, der rechtswidrige Angriffe auf Leib und Leben nicht selbst verhindert, hat keinen Grund, Private, die dazu im Rahmen des Rechts fähig sind, zu behindern.[393]

Warum dürfen Private, was der Staat nicht darf? Die Divergenz besteht dadurch, dass die Schranken staatlichen Handelns oft strikter sind als die Schranken privaten Handelns: Im Rahmen privater Notwehr oder Notwehrhilfe können Mittel zulässig sein, die dem Staat gemäss herrschender Lehre niemals zur Verfügung stünden.[394] Der Staat sollte freilich seine legitimen Schutzmittel auszuschöpfen wissen; er kann kein Interesse an einem sich verfestigenden Zustand der Unsicherheit haben.[395] Die Wahrung des Gewaltmonopols, inklusive Gewaltprävention zur Verhinderung von Störungen[396], ist nicht zuletzt aus Demokratieschutzgründen nötig: Die Frustrierung legitimer Sicherheitserwartungen gefährdet die Glaubwürdigkeit des politischen Systems – und dessen Stabilität. Wo Menschen das Vertrauen in die Schutzfähigkeit des Staates verlieren, wächst das Interesse an privater Sicherheit: Der Mutige wird sich eigenmächtig wehren, Vermögende werden private Sicherheitsdienste anheuern, weniger Couragierte und weniger Vermögende sich Bürgerwehren oder fragwürdigen Clans anschliessen.[397] Vielleicht provoziert es auch noch die Wahl eines „starken Mannes" an die Macht und damit die Abwahl der Demokratie praktisch aus Versehen. In all diesen Szenarien führt letztlich die Angst vor einem in seinen Schutzbemühungen zu weitgehenden Staat nicht zu einer besseren Gesamtbilanz an verwirklichten Grundrechten.

---

392 Vgl. hinten, Teil 4, C.IV.3.b.

393 Hillgruber, Schutzbereich, Ausgestaltung und Eingriff, § 200, N. 28; vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191, N. 103.

394 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 203 ff.

395 Treffend Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 130: „Die Kontrastfolie zu dieser verfassungstheoretischen Einsicht bildet der Gesamtzustand der Unsicherheit, wie er in vielen Weltregionen, etwa in bestimmten afrikanischen und amerikanischen Städten herrscht, wo Diebstahl, Raub, Körperverletzung, Entführung alltäglich drohen, so daß sich die grundrechtlich zugesagte räumliche Bewegungsfreiheit auf begrenzte Stadtviertel und auf bestimmte Tageszeiten reduziert."

396 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 132.

397 Vgl. Weihmann, Daschner-Urteil, 342, der „italienische Verhältnisse wie zur Blütezeit der Mafia" befürchtet; sieh auch Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 132, der darauf hinweist, dass mit der Notwehr „ein anarchisches Moment" wieder auflebe.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders gesagt: Die verbreitete Furcht vor einem ausufernden Sicherheitsstaat[398] mag gelegentlich berechtigt sein, droht aber auch übers Ziel hinauszuschiessen. Die Anerkennung von Schutzpflichten führt nicht per se zum Ausserkontrollegeraten des Sicherheitsstaates; und das Bemühen um optimale Grundrechtsverwirklichung mithilfe von Schutzeingriffen setzt nicht die Elimination aller Restrisiken voraus (vgl. Art. 6 BV).[399] Dass Grundrechte nicht zur Realisierung totaler Sicherheit dienen, folgt bereits aus ihrer freiheitsvermittelnden Funktion.[400]

Zuletzt: Sicherheit ist nicht Sicherheitswahn. Sie ist Freiheit: von allem, was die Persönlichkeitsentfaltung schon in ihren Grundlagen bedroht; zu allem, für das es der Gewissheit des nicht unmittelbar bedrohten Daseins bedarf. Nach dem Bedürfnis nach nacktem Überleben ist Sicherheit das zweitdringlichste Bedürfnis des Menschen.[401] Sicherheitswahn ist dagegen (Kontroll-)Eifer ohne Mass, oft von Kreisen der Macht ausgehend, die „Sicherheit" der kontrollierten Bevölkerung zum Schein anbieten, mit dem Hinweis auf ebenso scheinbare Gefahren, die von der echten Gefahr (die sie oft selbst sind) ablenken sollen. Es versteht sich, dass das Bedürfnis nach Sicherheit des Einzelnen nicht durch macchiavellistische Umtriebe Weniger an Legitimität verliert.

4. Kein prinzipielles Privileg der Abwehrrechte

a. Zurückweisung von Prima-facie-Argumenten für das Abwehrprivileg

Obwohl die Bedeutung der Schutzpflichten zunehmend anerkannt ist, hält sich vielerorts die Vorstellung, die Abwehrrechte verdienten im Kollisionsfall per se besondere Beachtung und müssten den Schutzpflichten vorgehen – zumindest dann, wenn höchste Verfassungsgüter wie die Menschenwürde oder das Lebensrecht kollidieren.[402] Die Konsequenz eines

398 Statt vieler: Julia Schulze-Wessel, Sicherheitspolitik und Migration, 113–124.

399 Kneihs, Leib und Leben, N. 22; vgl. BverfGE 49, 89 (142 f.).

400 Haldemann, Gentechnikrecht, 40; vgl. Hettich, Kooperative Risikovorsorge, passim; Denninger, Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensivierter Prävention, 222.

401 Maslow, Human Motivation, 13 ff., zu den auch dort weit verstandenen „safety needs".

402 Für ein solches Abwehrprivileg (insb. die deutsche Lehre): von Bernstorff, Pflichtenkollisionen, 28; Bielefeldt, Folterverbot, 120 f.; vgl. Merkel, Luftsicherheitsgesetz, 380 f.; Kersten, Tötung von Unbeteiligten, 663; Höfling/Augs-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

solchen Abwehrprivilegs wäre eine die Behörden massgeblich entlastende Kollisionsregel[403]: Im Zweifelsfall ist nur Passivität geboten. Lässt sich diese Position begründen? Zumindest drei Wege sind prima facie denkbar, das Abwehrprivileg zu begründen:

(i) Aus radikal-liberaler Warte liesse sich sagen, jede staatliche Intervention in die persönliche Lebensgestaltung sowie in die zwischenmenschlichen Verhältnisse sei abzulehnen; also müssten Abwehrrechte stets vorgehen. Doch solch ein extremes Freiheitsprinzip ist nichts als das Recht des Stärkeren, das die Rechte jener schützt, die sich ohnehin mit eigener Macht durchsetzen können; solch ein Verständnis wäre abzulehnen.[404]

(ii) Ein anderes Argument ist jenes der Flexibilität der Schutzpflichterfüllung: Abwehrrechte müssten im Kollisionsfall vorgehen, weil dem Staat zur Erfüllung der Schutzpflicht ein grösserer Spielraum verbleibe.[405] Dabei wird wohl implizit angenommen, weil typischerweise andere Schutzwege offenstünden, führe die Sperrung eines Mittels im konkreten Kollisionsfall nicht zur Schutzlücke. Das ist eine Fehlannahme, welche die Partikularität der Kollisionslage ausblendet. In Kollisionsfällen ist die gebotene Schutzmassnahme die Ultima Ratio. Die Tatsache, dass in Regelfällen der Schutzpflicht mehrere Erfüllungswege offenstehen, vermag die Pflicht im Einzelfall, der dem Regelfall gerade nicht entspricht, nicht aufzuweichen. Die zwingende Natur einer Pflicht ist nicht Konsequenz geringer Erfüllungsmöglichkeiten,

---

berg, Luftsicherheit, 1084; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 81 f.; Jestaedt, Abwägungslehre, 260. Siehe auch: Foot, The problem of abortion, 25 ff. Für die Schweiz, bezogen auf Kerngehalte, Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 66: Gute Gründe sprächen dafür, dass „die Kerngehaltsgarantie von vornherein nur in Bezug auf Abwehr- oder Leistungsansprüche gegenüber dem Staat zum Zuge kommen können, nicht jedoch betreffend staatliche Schutzpflichten"; vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 83, wo nach gründlicher Argumentation für die weite Tatbestandstheorie (ab 56 ff.) angemerkt wird, dass die Ausführungen dazu sich „allein auf die auf staatliche Abwehr gerichteten Freiheitsrechte beziehen" – mit pragmatischer Erklärung: Bei grundrechtlichen Schutzpflichten fliesse das Kriterium der Belastungsintensität in die Beurteilung des Anspruchs auf grundrechtlichen Schutz ein. Die Schutzpflicht werde erst ausgelöst, wenn der Einzelne ein qualifiziertes Schutzbedürfnis aufweise; a.A. Bolz, Schutzobjekt, 69; Dubey, Droits fondamentaux, N. 1167.

403 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 67.

404 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 774.

405 Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, 121; vgl. BVerfGE 115, 118 (160).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern Folge ihrer Dringlichkeit und Bedeutung. So kann der Staat Nothilfe zum Schutz des menschenwürdigen Daseins (i.S.v. Art. 12 BV) auf unterschiedliche Arten leisten; das Verhältnis zwischen Geld- und Sachleistungen kann variieren, die Natur der gewählten Sachleistungen ebenso. Doch der Gestaltungsspielraum befreit nicht von der Pflicht zur Befreiung der Person aus ihrer Notlage.[406] Ähnliches gilt beim finalen Rettungsschuss: Er wird nicht dadurch illegitim, dass man den gebotenen Schutz auf weniger einschneidende Weise früher hätte leisten können.[407] Eröffnet ein Terrorist das Feuer auf eine Menschenmenge, kommt es für die Bestimmung der Legitimität des Todesschusses nicht darauf an, ob man ihn einige Stunden vorher am Bahnhof hätte verhaften können – oder vor zehn Jahren besser integrieren. Dagegen kann man sich fragen, ob der Staat vor der notwendig gewordenen Tötung das Recht auf Leben dadurch verletzte, dass er die Notwendigkeit selbst schuf.[408] Je nach Fall kann dies zu bejahen sein; und Wiedergutmachungsansprüche begründen.

(iii) Irrelevant wäre auch der denkbare Einwand der Ressourcenabhängigkeit der Schutzleistungen: Dass der Staat mangels Ressourcen nicht vor allen Übergriffen schützen kann, ist ein faktisches Problem.[409] Es weicht die Pflicht nicht auf, die Grundrechte (optimal) zu verwirklichen. Mangels Ressourcen mag es vielerorts keine unbedingten Schutzansprüche geben (aus dem Recht auf Leben fliesst etwa kein unbedingter Anspruch des Patienten auf ein rettendes Organ; oder der Geisel auf Lösegeldzahlungen[410]). Aber wo Ressourcen gegeben und Schutzleistungen in einer zweckmässigen Weise möglich sind, stehen Schutzansprüche Abwehrrechten in nichts nach.

---

406 Hangartner, AJP 2005, 1150: „Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass das Gemeinwesen die Art der wirtschaftlichen Hilfe bestimmen kann (Art. 12 BV erfordert nötigenfalls auch andere Hilfe, wie Beratung und Begleitung in schwierigen Lebenslagen); die Leistung muss aber adäquat und genügend sein."

407 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 219.

408 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 137 f.

409 Waldmann, BS-Komm. BV, Art. 35, N.36.

410 So Biaggini, BV, Art. 35 N. 7, mit dem m.E. ungenauen Argument, wonach der Staat hier nicht schützen müsse (entscheidend ist nicht, dass der Staat nicht schützen muss, sondern dass er auf diesem Weg längerfristig das Leben *nicht schützen kann*).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Grundlegende Einwände gegen ein Abwehrprivileg

Dem Wortlaut der Verfassung lässt sich kein Hinweis auf ein Abwehrprivileg entnehmen. Im Gegenteil wird, wo von Achtung und Schutz die Rede ist, beides gleichzeitig genannt (z.B. in Art. 7 BV). Selbst die eine Norm, in der solch ein Privileg in semantischer Hinsicht plausibel hineingelesen werden könnte, besagt lediglich, dass der Staat keine Leistungen erbringen soll, wo der Einzelne hierzu selbst in der Lage ist (Art. 6 BV, erste Satzhälfte). Das betrifft nicht den Fall, in welchem der Schutzbegehrende gerade nicht in der Lage ist, seine Rechte selbst zu verteidigen.

Auch dem materiellen Zweck der Grundrechte wäre ein Abwehrprivileg fremd: Wichtige Abwehrrechte, Leistungsrechte und Schutzrechte schützen auf eigene Art praktisch identische Interessen: Nothilfe schützt dieselben Überlebens- und Integritätsinteressen wie der Schutz vor Raubüberfällen und das Verbot staatlicher Übergriffe ins Recht auf Leben oder in die persönliche Unversehrtheit. Ein Vorrang des Unterlassens führte daher nicht zur weitergehenden Verwirklichung der Grundrechte (i.S.v. Art. 35 BV).

Weiter: Der Wert einer Rettungsmassnahme hängt zwar von der Gewissheit ihres Erfolgs ab; Ungewissheiten können zugunsten der Abwehrrechte punktuell ins Gewicht fallen. Doch das ist kein prinzipielles Argument zugunsten der Abwehrrechte, sondern ein graduelles; es ist Ausdruck von Folgenerwägungen. Der Rettungsschuss ist eher richtig, je sicherer es ist, dass damit (und nur damit) die Tötung verhindert wird. Ein pauschales Abwehrprivileg verletzt das Gebot zur Beachtung der Gradualität der Werte und zu graduellen Bewertungen.[411]

Selbst systematisch unterscheidet sich die Rechtfertigung der Einschränkung von Abwehrrechten strukturell praktisch nicht von der Rechtfertigung der Einschränkung von Schutz- und Leistungsrechten.[412] Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist ein Unterschied formaler Art, der

411 Zur erforderlichen Berücksichtigung gradueller Werte vgl.: BGE 136 V 395 E.7.4, 408: „Es können somit weder die hohe therapeutische Wirksamkeit noch die Wirtschaftlichkeit je getrennt voneinander betrachtet werden in dem Sinne, dass die Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen mit einem *kategorialen Ja oder Nein* beantwortet werden könnte und bejahendenfalls die Kosten in beliebiger Höhe zu übernehmen wären. Vielmehr ist die Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen *graduell* und in Relation zu den Behandlungskosten zu beurteilen: Je höher der Nutzen ist, desto höhere Kosten sind gerechtfertigt." (Hervorhebung ergänzt).

412 Holoubek, Gewährleistungspflichten, 265 f.; vgl. auch vorne, Teil 2, B.IV.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entfällt, wo die gesetzliche Grundlage für den Schutzeingriff vorliegt. Dann ist die Legalität der allfälligen Unterlassung des Schutzes so zu prüfen wie die Gesetzesgrundlage aller übrigen Grundrechtseinschränkungen. Da die Frage, was aktiv und was passiv geschehe, zudem eine Frage der Definition und der subjektiven Sichtweise ist[413], lässt sich darauf kaum eine folgenschwere dogmatische Unterscheidung bilden.

Zuletzt setzt die Glaubwürdigkeit des Staates auch die Fähigkeit und den Willen voraus, die auf seinen Schutz vertrauenden Menschen zu schützen. Die Plausibilität der Verfassungsordnung litte, wenn der Staat ausgerechnet in Notfällen seine Schutzpflichten vernachlässigte. Ein Staat, der im Konfliktfall prinzipiell Untätigkeit demonstriert, erinnert allzu sehr an den überforderten *Failed state*, in welchem anstelle des Staates die Starken und Rücksichtslosen gute Chancen haben, im Chaos gewisse Formen der Herrschaft an sich zu reissen.

c. Abwehrprivileg (nur) für Kollisionen mit der Menschenwürde?

Zur Begründung eines immerhin partiellen Privilegs der Abwehrrechte wird die Menschenwürde gelegentlich bemüht. Weil sie absolut geschützt sei, müssten, so das Argument, Abwehransprüche stets vorgehen, sobald deren Verletzung die Menschenwürde erfasse. Sogar im Konflikt mit dem Anliegen des Schutzes der Menschenwürde, so das Argument, müsse die abwehrrechtlich bedrohte Würde absolut vorgehen.[414] Eine Variante des Arguments hält Würde-Würde-Kollision für unmöglich.[415]

Die These, die abwehrrechtliche Menschenwürde gehe stets vor, gründet wohl im Verständnis der Menschenwürde im Sinne der Objektformel. Diese verbietet es dem Staat, Menschen – durch aktives Verhalten – zu instrumentalisieren und als blosse Objekte zu behandlen.[416] Ein von Terro-

---

413 Nietzsche, Morgenröthe, N. 220: In Antwort an jemanden der behaupte, er wisse nicht, was er tue und tun soll: „[D]u hast recht, aber zweifle nicht daran: du wirst getan! […] Die Menschheit hat zu allen Zeiten das Aktivum und das Passivum verwechselt, es ist ihr ewiger grammatikalischer Schnitzer." (Hervorhebung entfernt).

414 Vgl. Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 45, 69; von Bernstorff, Pflichtenkollisionen, 25 f. und 28; kritisch Hillgruber, Schutzbereich, N. 30.

415 Vgl. Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 66.

416 Aus der Schweizer Lehre: Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 335c: „Gebot, den Menschen […] nicht bloss als Objekt zu behandeln"; vgl. Fonk, Christentum, 7: „Kein noch so hochstehender Nutzen, den ein

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

risten entführtes Flugzeug, das als Tatwaffe (im Stile der 9/11-Attentate) eingesetzt werden soll, darf nicht abgeschossen werden, wenn unschuldige Passagiere an Bord sind.[417] Die Schwäche des Instrumentalisierungsverbots zeigt sich daran, dass es Fälle gibt, in denen die Instrumentalisierung evident zulässig ist.[418] Gemäss BVerfG ist der Ultima-Ratio-Abschuss eines von Terroristen zweckentfremdeten Passagierflugzeugs legitim, wenn sich darin keine Geiseln befinden. Das ist kaum zu bezweifeln, gleicht dieser Fall doch dem finalen Rettungsschuss. Damit hat die Objektformel nun ein Problem, denn nüchtern betrachtet wird hier zum blossen Zweck, andere zu retten, in Abwehrrechte eingegriffen.[419]

Hier ist zu entscheiden: Entweder wird angenommen, die Menschen am Boden würden durch ein Unterlassen des Abschusses instrumentalisiert, um die Menschen im Flugzeug zu schonen; dann aber entscheidet sich die Kollision nicht auf der Ebene der Menschenwürde, die gerade auf beiden Seiten getroffen ist.[420] Oder aber man gewährt nur den Menschen im Flugzeug einen absoluten Würdeschutz (i.S.d. Abwehrprivilegs); dann aber setzt man sich dem Vorwurf der Einseitigkeit aus und suggeriert, dass im Ergebnis doch nicht alle eine unantastbare Würde haben. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde wäre dann nur noch ein Verbot der Antastung durch staatliche Hände, was dem semantisch im Begriff der Unantastbarkeit enthaltenen Schutzanspruch erga omnes[421] widerspräche.

Kurz: Die Glaubwürdigkeit der Menschenwürde setzt es geradezu voraus, dass man ein in ihr gründendes Abwehrprivileg ablehnt.

d. Punktueller, pragmatischer Abwehrvorrang

Obwohl es keine fundamentalen, intrinsischen Gründe für den Vorrang der Abwehrrechte gegenüber Schutzrechten geben kann, mögen im Ein-

---

Dritter davon hätte, kann es jemals rechtfertigen, einem Menschen die demütigende Erfahrung des Ausgeliefertseins, die Ausnutzung seiner Angst und die Erniedrigung seiner Würde zuzumuten."; vgl. hinten zur Objektformel, Teil 3, B.II.3 und III.7.

417 Dazu hinten, Teil 4, D.III.1; BVerfGE 115, 118 (151 ff.).

418 BVerfGE 115, 118 (152 f.).

419 Vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218.

420 Vgl. Gertsch, Kerngehalte, 16–17; ferner: Mahlmann, Grundrechtstheorie, 228 f., wo die Unabwägbarkeiten, die mit der Ermächtigung zum Flugzeugabschuss einhergehen, als ausschlaggebend angesehen werden.

421 Vgl. Hillgruber, Schutzbereich, N. 30, m.H.; vgl. hinten, Teil 2, C.V.3.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zelfall pragmatische Gründe zugunsten der Abwehrrechte ins Gewicht fallen:[422]

(i) Weil Ressourcen begrenzt sind, darf der Staat namentlich auf sehr kostspielige Massnahmen verzichten, wenn dies dazu dient, durch besseren Ressourceneinsatz die Grundrechte optimal zu verwirklichen (Art. 35 BV). Das kann vor allem zum Nachteil von sehr teuren Schutzbemühungen ins Gewicht fallen.

(ii) Das grundrechtliche Legalitätsprinzip rechtfertigt den punktuellen Vorrang der Unterlassenspflichten, weil Art. 36 Abs. 1 BV eine gesetzliche Grundlage zur Rechtfertigung primär aktiver Einschränkungen fordert. Das dient der Rechtssicherheit und honoriert die Gewaltenteilung, derentwegen der Respekt suboptimaler Gesetzeslösungen pragmatisch vertretbar sein kann.[423]

(iii) Der Wert des Vertrauens in den Staat spricht nicht zwingend für umfassende Schutzaktivitäten, sondern bisweilen für sichtbare Zurückhaltung. Der Staat darf sich nicht damit begnügen, seine Macht nicht zu missbrauchen; er muss auch verhindern, dass man (möglicherweise zu Unrecht) denkt, er missbrauche sie. Denn tiefes Misstrauen in den Staat, ob berechtigt oder nicht, beeinträchtigt dessen Funktionsfähigkeit und damit dessen Fähigkeit zur optimalen Grundrechtsverwirklichung. Weil aktives Fehlverhalten oft sichtbarer ist als Fehlverhalten durch Nichtstun, ist beim aktiven Handeln höhere Vorsicht geboten.

Diese pragmatischen Argumente, die punktuell zugunsten des Abwehrvorrangs ins Gewicht fallen, begründen kein automatisches oder intrinsisches Privileg der Abwehrrechte. Wo auf ihrer Basis für den Vorrang eines Abwehrrechts im Kollisionsfall argumentiert wird, ist eine spezifische Begründung erforderlich.

V Unmöglichkeit als Grenze der Verwirklichungspflicht

1. Ultra posse nemo obligatur (auch nicht den Staat)

Pflicht und Möglichkeit zur Verwirklichung der Grundrechte hängen zusammen. Nur was möglich ist, kann Gegenstand einer Pflicht sein. Kein

422 Vgl. Mahon, Droits fondamentaux, N. 3, mit einer eher pragmatischen Begründung des Abwehrvorrangs.

423 Vgl. vorne, Teil 1, B.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

technologischer Fortschritt wird jemals etwas daran ändern: *ultra posse nemo obligatur*. Dieser Satz, wonach es jenseits des Möglichen keine Pflichten gebe, ist in der Rechtsordnung allgegenwärtig: Gemäss einer ungeschriebenen (weil selbstverständlichen) Schranke darf eine Vorlage zur Verfassungsrevision nichts faktisch Undurchführbares fordern.[424] Die Verfassung kann keine Pflichten begründen, deren Erfüllung unmöglich ist.[425] Im Strafrecht kann die Pflichtenkollision Taten rechtfertigen, die sonst etwa als strafbares Unterlassen qualifiziert würden (vgl. Art. 17 StGB). Zudem setzt die Straflosigkeit bei Schuldunfähigkeit die Idee voraus, zur Verantwortung könne man nur ziehen, wer anders hätte handeln können (vgl. Art. 19 StGB). Der Unmöglichkeitsgedanke liegt auch dem polizeilichen Opportunitätsprinzip zugrunde, das den Behörden ein Absehen von gewissen Schutzhandlungen bei kollidierenden Schutzbedürfnissen gestattet.[426] Und im Obligationenrecht sind Verträge nichtig, die fordern, was von Beginn an unmöglich ist (Art. 20 Abs. 1 OR).

Auch für die Grundrechte gilt, dass deren Verwirklichung nur geboten ist, wo sie im Rahmen des Möglichen liegt. Der Umfang der Grundrechtspflichten misst sich somit auch an der Fähigkeit des Staates zu ihrer Verwirklichung. Um einen Gedanken Sens aufzugreifen: Macht verpflichtet.[427]

2. Präventionsversagen und provozierte Unmöglichkeit

Prävention ist eine wichtige Modalität der Grundrechtsverwirklichung. Der Staat verringert durch wirksame Prävention die Anzahl der Situationen, in denen Grundrechte kollidieren. Dadurch geht der Anteil des Unmöglichen am grundrechtlich Wünschbaren zurück. Versäumt der Staat gebotene Präventionsmassnahmen, ist er für die entstehenden Einschrän-

424 Tschannen, Staatsrecht, § 44 N. 21, § 51 N. 27.

425 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 51 N. 27. Siehe bereits: Hobbes, Leviathan, Teil 1 Kap. XIV, 282–284: „The matter or subject of a covenant is […] always understood to be something to come, and which judged possible for him that covenanteth to perform."; vgl. Kant, ZeF, AA VIII, 370: Ein Begriff der Pflicht, die man nicht erfüllen könnte, fiele „aus der Moral von selbst weg"; sodann fast notwendigkeitseuphorisch Nietzsche, FW, N. 276: „[D]as Nothwendige an den Dingen als das Schöne sehen: […]. Amor fati: das sei von nun an meine Liebe!"; ders., Ecce Homo, 51: „Das Nothwendige nicht bloss ertragen, […] es *lieben*".

426 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 76 f.

427 Sen, Justice, 251 und 270 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kungen mitverantwortlich. Ein Präventionsversagen, das zu Grundrechtskollisionen führt, ist eine Verletzung objektivrechtlicher Grundrechtspflichten:[428] Der Staat manövriert sich in die Lage der grundrechtlichen Überforderung und provoziert so die Unmöglichkeit des umfassenden Schutzes. Diese Provokation ist ihm vorwerfbar. Zur Illustration: Der Staat, der die Gesellschaft niemals über den Nutzen von Impfungen informierte, ist für Epidemieschäden verantwortlich, die daraus resultieren, dass zum Zeitpunkt der Gefahrenabwehr die Impfskepsis weit verbreitet ist und viele Menschen sich der Impfung widersetzten.

3. Pflichten bei alternativer Unmöglichkeit

Grundrechtskollisionen sind Situationen, in denen der Staat das grundrechtlich gemeinhin Gebotene nicht vollständig leisten, sondern nur partiell den betroffenen Grundrechtsinteressen zu Hilfe eilen kann; aufgrund der Unmöglichkeit der vollständigen beidseitigen Leistung ist der Staat nur verpflichtet, der einen oder anderen Seite kollidierender Grundrechte zu Hilfe zu eilen. Welche der involvierten Grundrechte priorisiert werden, ist anhand sachlicher Gewichtungskriterien zu entscheiden. Die Priorisierung ist nicht nur vertretbar, sondern notwendig. Dem Zwang zu dem, was wie die Wahl zwischen zwei Übeln anmuten mag, kann sich der Staat nicht entziehen. Dem Staat obliegt in solchen Fällen nur die Bewahrung jenes Teils der kollidierenden Rechtsgüter, der schwerer wiegt.

4. Ressourcenvorbehalt

Staaten, denen nur knappe Mittel zur Verfügung stehen, können die Grundrechte nicht in dem Umfang verwirklichen, der in reichen Staaten möglich ist; das ist eine auch höchstgerichtlich anerkannte Tatsache.[429]

Im Kontext knapper Ressourcen stellen sich Priorisierungsfragen, mit denen sich wohlhabende Staaten nur in für sie aussergewöhnlichen Si-

---

428 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 137 f.; Müller/Schefer, Grundrechte, 77.

429 EGMR, *Armonienė v. Lithuania* (2008), 36919/02, § 46: „The Court also acknowledges that certain financial standards based on the economic situation of the State are to be taken into account when determining the measures required for the better implementation of the foregoing obligation."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tuationen, wenn überhaupt, beschäftigen. Kein mitteleuropäischer Verantwortungsträger muss sich in der gegenwärtigen Zeit mit Blick auf die eigene Gesellschaft fragen: Ist Kinderarbeit in beschränktem Rahmen legitim, wenn sie im Interesse armutsgeplagter Familien liegt? Sollen junge Menschen eine Niere spenden dürfen, wenn sie sich nur so ein menschenwürdiges Dasein finanzieren können? Soll der Staat ein Spital modernisieren, eine Schule für Waisenkinder bauen oder die längst fällige Sanierung der Hauptstrasse zwischen zwei der grössten Städte des Landes vornehmen, wenn er nur die Mittel für eines der drei Projekte hat?

Eine kohärente Grundrechtsdogmatik sollte fähig sein, solche Fragen zu beantworten. Ihre Grundsätze sollten unabhängig vom Reichtum des Gemeinwesens Plausibilität für sich beanspruchen. Das heisst, ihre Begründung resultiert aus der vergleichenden Gegenüberstellung der Werte[430] – nicht aus einmal definierten und seither als unverrückbar geltenden, kontextblinden Annahmen.

Das gilt umso mehr, als die Grundrechtsverwirklichung auch in wohlhabenden Staaten ressourcenabhängig ist.[431] Das Bundesgericht ist sich dessen bewusst: Im umstrittenen *Myozyme*-Entscheid (2010) musste es klären, ob Krankenkassen im Rahmen der sozialen Versicherung verpflichtet sind, extrem hohe Therapiekosten zu übernehmen. Infrage stand das von einer 70-jährigen Patientin zur Therapie der Erbkrankheit Morbus Pompe beanspruchte Medikament Myozyme, das pro Jahr 600'000 Franken kostet. Eine Myozyme-Behandlung erlaubt die statistisch signifikante, aber eher bescheidene Steigerung der Lebensqualität, da sie die pulmonale Vitalkapazität erhöht und dadurch ein Leben ohne Gerät zur nächtlichen Beatmung und mit besserer Fortbewegungsfähigkeit ermöglicht.[432]

Das Bundesgericht sah sich zum „Jahrzehnteentscheid"[433] genötigt, weil sich die Politik der unpopulären Aufgabe nicht hatte annehmen wollen, Kriterien für die Beurteilung der Relevanz vom Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen therapeutischer Massnahmen festzulegen.[434] Es befand, nicht jede medizinisch machbare Therapie müsse auf Kosten der sozialen Krankenkassen ermöglicht werden. Es setzte sich implizit auf den Standpunkt, selbst die Rettung eines Lebens dürfe nicht unbegrenzte Kosten

430 Vgl. Soma, Droit de l'homme, 218.
431 Vgl. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 232.
432 BGE 136 V 395 E.6.7, 403, m.H. auf eine Studie.
433 Poledna/Tschopp, Myozyme-Entscheid, N. 28.
434 BGE 136 V 395 E.7.6, 410: „Die Rechtsprechung hat ansatzweise versucht, anstelle der bisher auf politischer Ebene nicht festgelegten Kriterien die Kosten-/Nutzen-Beziehung zu beurteilen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verursachen. Entscheidend war neben der Frage der Verhältnismässigkeit das Gebot der Rechtsgleichheit.[435] Um zu ermitteln, ob der Preis für Myozyme jenseits des aus Solidaritätsgründen (im Rahmen der sozialen Krankenversicherung) Geschuldeten liegt, ging das Bundesgericht auf Vergleichswerte aus Wirtschaftlichkeitserwägungen in anderen den Lebensschutz betreffenden Konstellationen ein. Es hob hervor, dass diversen gesundheitsökonomischen Ansätzen zufolge Beträge in der Höhe von bis zu 100'000 Franken pro gerettetes Menschenlebensjahr noch angemessen seien; diese Grössenordnung stimme mit den Aufwendungen überein, die im Bereich der Unfall- und Krankheitsprävention legitimerweise getätigt würden, um Menschenleben zu retten.[436]

An den Wellen, die das Urteil schlug[437], lässt sich seine Qualität nicht messen. Es überzeugt, weil es sich auf verifizierbare Fakten und Literatur unterschiedlicher Disziplinen stützt, behutsam formuliert ist (sodass man darin nicht ernsthaft eine Degradierung des Menschen blicken kann) und durch eine höhere Begründungsdichte auffällt.[438] Unscharf ist allenfalls die Aussage, wonach „in rechtsgleicher Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips für einzelne Versicherte nur so hohe Leistungen erbracht werden dürfen, wie sie in verallgemeinerungsfähiger Weise für alle anderen Personen in vergleichbarer Situation auch erbracht werden könnten".[439] Obwohl man dies so verstehen könnte, als bezöge sich die Prüfung der Verallgemeinerung auf alle Personen in einer vergleichbaren Situation, dürfte gar ein engerer Kreis bei der Prüfung sachgerecht sein: Der Kreis jener, die sich in einer ähnlichen Situation befinden *und* die vergleichbare Leistungen des Staates konkret beanspruchen würden, wenn sie könnten (nicht zu berücksichtigen sind jene Personen, die vielleicht objektiv auf die Leistungen angewiesen wären, sie aber in der konkreten Situation

435 BGE 136 V 395 E.7.7, 413: „Eine Beurteilung der Verhältnismässigkeit bzw. Kosten-Wirksamkeit anhand verallgemeinerungsfähiger Kriterien drängt sich insbesondere aus Gründen der Rechtsgleichheit auf (Art. 8 Abs. 1 BV): Wie für die Beschaffung staatlicher Mittel […] stellt sich auch für die Erbringung staatlicher Leistungen die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit. Wo staatlich administrierte Güter nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, ist eine möglichst rechtsgleiche Verteilung anzustreben; es soll vermieden werden, dass die einen alles oder sehr viel und die anderen nichts oder fast nichts erhalten".

436 BGE 136 V 395 E.7.6.3, 412.

437 Auch im Politischen, siehe: Interpellation R. Humbel (11.3154) „Bundesgerichtsurteil als Startschuss zur medizinischen Rationierung?" vom 16. März 2011

438 Ebenfalls positiv-würdigend: Poledna/Tschopp, Myozyme-Entscheid, passim.

439 BGE 136 V 395 E.7.7, 413.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht beanspruchten und daher nicht zur Verminderung der Ressourcen beitrügen).

Das Bundesgericht sprach eine unbequeme Wahrheit: Wo die Ressourcen nicht zum Schutz aller Grundrechte von existenzieller Bedeutung ausreichen und die Rettung einer Person mittelbar die Interessen anderer ressourcenabhängiger Menschen bedroht, ist nicht nur die Verweigerung einer elementaren Leistung rechtfertigungsbedürftig; auch ihre Erbringung auf Kosten anderer bedarf überwiegender Gründe. Vorbehaltlich solcher ist fraglich, ob sich ressourcenintensive Leistungen selbst dann noch vertreten lassen, wenn sie sich nicht mit dem Anliegen vereinbaren lassen, die Fähigkeit des Staates zu wahren, auch allen anderen Personen mit ähnlich kostenintensiven Bedürfnissen vergleichbare Leistungen zu sichern. Das Bundesgericht weist daher zu Recht auf die Notwendigkeit hin, der Rechtsgleichheit und der Gleichwertigkeit der Menschen Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass nicht „die einen alles oder sehr viel und die anderen nichts oder fast nichts erhalten".[440]

Kurz: Aufgrund knapper Ressourcen kann es zu Einschränkungen an Schutzgehalten kommen, die der Staat eigentlich unbedingt wahren müsste.[441] Vor allem bei der Erfüllung seiner Schutz- und Leistungspflichten (für die ein höherer Aufwand oft erforderlich ist) kann der Staat an Grenzen stossen. Die Tatsache der Ressourcenknappheit befreit nicht von der Beachtung der Rechtsgleichheit im Rahmen der Begründung der Allokation der knappen Ressourcen. Zu ressourcenbedingten Leistungsgrenzen kommt es auch in wohlhabenden Staaten; etwa bei Katastrophen oder im medizinischen und im sicherheitspolizeilichen Alltag.

---

440 BGE 136 V 395 E.7.7, 413; vgl. die Antwort des Bundesrats zur Interpellation Humbel, 11.3154, vom 6.6.2011: „Vor allem in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Prinzip der Rechtsgleichheit Rechnung zu tragen."

441 Vgl. betreffend das Recht auf Nahrung: Soma, Droit de l'homme, 218 Fn. 1006: „[L]e droit à l'alimentation d'un individu peut enter en conflit avec le droit à l'alimentation d'un autre individu […]. L'important est de trouver des règles cohérentes de résolution; c'est là l'un des défis majeurs […] de la doctrine et de la jurisprudence dans le domaine de la protection des droits de l'Homme."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Grundrechtseinschränkungen

I Wesen der Grundrechtseinschränkung

1. Begriff der Schranke

Eine Grundrechtsschranke ist ein rechtlich begründbarer Anlass zur Begrenzung des Wirkungsanspruchs der Grundrechte. Für die Struktur der Schranke und ihr Verhältnis zum Grundrecht sind zwei Möglichkeiten denkbar: Die Innenschranke oder immanente Schranke ist eine im Grundrecht selbst implizit enthaltene Begrenzung des Geltungsanspruchs des Grundrechts, die im Konfliktfall im Rahmen der Auslegung sichtbar wird. Die Aussenschranke ist eine sich erst in Folge der Abwägung manifestierende Grenze der legitimen Wirkung eines mit anderen Gütern konfligierenden Grundrechts. In der Schrankendogmatik kann man analog eine Aussentheorie und eine Innentheorie unterscheiden.[442]

2. Aussentheorie: Schranke als Begrenzung konkreter Ansprüche

Für die Aussentheorie ist die Schranke eine Beschränkung des Grundrechts aus Gründen, die ausserhalb des Grundrechts liegen.[443] Ausgegangen wird meist von einem eher weiten Schutzbereich; erst der konkrete Schutzeffekt fällt im Falle überwiegender Gegeninteressen gegenüber dem abstrakt erwarteten Prima-facie-Schutzumfang zurück.[444] Die grundrechtliche Anspruchsposition wird im Widerstreit der Grundrechte verkürzt. Im Falle einer strikten, für alle Grundrechte geltenden Aussentheorie führt dies zu Problemen im Umgang mit uneinschränkbaren (oder unantastbaren) Grundrechten und Schutzgütern.[445]

---

442 Die Thematik ist mit jener der Tatbestandstheorien verwandt, dazu vorne: Teil 2, II.4.

443 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 53.

444 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 252 ff.; Martin, Grundrechtskollisionen, 52; vgl. Teifke, Menschenwürde, 140.

445 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102: „Die Kerngehaltskonturen des Grundrechts auf Leben verlaufen somit nicht derart klar und eindeutig, wie das Teile der Lehre unterstellen, sondern bedürfen zumindest in Grenzbereichen bzw. Extremfällen der fallbezogenen Konkretisierung. Erst das in diesem Sinne näher bestimmte Gebot der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens geniesst absoluten Vorrang."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Solche Schutzgüter erfahren im Rahmen der fallbezogenen Konkretisierung eine Art Begrenzung: Die Verhaftung eines Menschen mitten in der Nacht vor den Augen der Familie des Betroffenen kann eine erniedrigende Behandlung sein; sie kann aber auch legitimes polizeiliches Einschreiten sein, etwa bei Fluchtgefahr von Terroristen. Erst die Konfrontation mit dem Kontext und die dabei zu vollziehende Güterabwägung zeigen, wie weit das Verbot erniedrigender Behandlung reichen kann.[446] Diese Präzisierung der Garantien im Angesicht des Einzelfalles ist eine Form der Begrenzung; weil die Aussentheorie nur Aussenschranken zulässt, diese aber bei unantastbaren Schutzgütern untersagt sind, lässt sich die Begrenzung nur als Innenschranke verstehen. Wenn nun bei strikter Aussentheorie immanente Schranken (als Produkt der verpönten Interessenabwägung) als unzulässig gelten, hemmt die Aussentheorie die Konkretisierung unantastbarer Schutzpositionen; dadurch verhindert sie, dass unantastbare Güter an praktischer Relevanz gewinnen.

3. Innentheorie: Schranke als immanente Rechtsgrenze

Im Verständnis der Innentheorie werden Grundrechte nicht erst durch Abwägung eingeschränkt. Im Unterschied zur Aussenschranke „verkürzt" die Innenschranke des Grundrechts nichts; sie ist bloss die durch Auslegung sichtbar gemachte Grenze des Geltungsanspruchs.[447] Die Schranke markiert jenen Teil der abstrakten Definition eines Grundrechts, der erst im Lichte konkreter Konflikte sichtbar wird. Dass Grundrechtseinschränkungen Definitionen sein sollen, trifft auf Kritik; man befürchtet zunehmende Schutzverweigerung durch Verfahrensverweigerung (wo ein Grundrecht gar nicht betroffen ist, kann man dessen Verletzung nicht rügen) und eine Verringerung des Rechtfertigungsdrucks im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung.[448]

---

446 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 61 m.H.

447 Vgl. Bolz, Schutzobjekt, passim; dazu auch Martin, 53.

448 Vgl. Martin, Grundrechtskollision, 53, 86 f.; Hangartner, AJP 2005, 1150: Die Innentheorie, die „die Unterscheidung von Inhaltgebung für Grundrechte und Schranken der Grundrechte als ein Scheinproblem [behandelt]", schiesse für Freiheitsrechte übers Ziel. „Zwar ist der Gesetzgeber auch hier konkretisierend-aufbauend tätig, namentlich wenn man […] die Schutzpflichten des Staates zugunsten individueller Freiheit betont. Doch darf der Gesetzgeber den Kerngehalt der Freiheitsrechte, das, worauf es gerade ankommt (z.B. Gegenstand

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Schrankenkonzeption der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung geht von der Aussentheorie aus: Die Schrankennorm des Art. 36 BV spricht von der „Einschränkung" der Grundrechte. Deren Rechtfertigung setzt voraus, dass der Staat im öffentlichen Interesse (also im Allgemeininteresse[449]) oder zugunsten der Grundrechte Dritter agiert (Art. 36 Abs. 2 BV).[450] Anders als die EMRK nennt die Bundesverfassung keine spezifischen Grundrechtsschranken, was auf eine starke Bedeutung der Abwägung zur Konkretisierung der nur abstrakt durch Art. 36 BV definierten Schranken hindeutet.

Trotzdem kann nicht von der strikten Aussentheorie ausgegangen werden. Denn unter einem solchen Regime bestünden einerseits die vorne erwähnten Probleme bei der Definition uneinschränkbarer Schutzgüter.[451] Anderseits käme es dann wegen der weit definierten Schutzbereiche zu einer äusserst hohen Zahl echter Grundrechtskollisionen. Selbst das Streifen peripherer Abwehrrechte anlässlich dringlicher Schutzhandlungen bedeutete eine Kollision; dieses Streifen des Abwehrrechts verlangte nach einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Weil das Unterlassen der Schutzhandlung dagegen i.d.R. keiner Gesetzesgrundlage bedarf, drohte die asymmetrische Kollisionsbeurteilung: Es bedürfte nur die Schutzhandlung einer gesetzlichen Grundlage.[452] Doch die Aufwertung solcher Friktionen zu Kollisionen dient nicht der optimalen Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 BV), sondern führte eher zur Banalisierung der Grundrechtsidee und zur Überlastung der Gerichte.[453] Immerhin würde das Problem der asymmetrischen Beurteilung kollidierender Grundrechte etwas durch die polizeiliche Generalklausel und durch die Beurteilung der Legalität nach Massgabe der (relativen) Eingriffsschwere abgefedert.[454] Doch das änderte an der grundlegenden Unzweckmässigkeit der zur asymmetrischen Bewertung führenden Aussentheorie wenig.

---

und Art der Kritik an Behörden und gesellschaftlichen Zuständen) gerade nicht positiv festlegen."

449 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 30.

450 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 53.

451 Vorne, Teil 2, C.I.2.

452 Zum Symmetriegebot vorne, Teil 2, B.IV.1.c; zur spezifischen Problematik der drohenden Asymmetrie aufgrund des Legalitätsprinzips hinten, Teil 2, C.II.1.d.

453 Vgl. vorne, Teil 2, B.II.4.c.

454 Vgl. zum zweiten Aspekt etwa: Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mit der Bundesverfassung kompatibel ist eine Konzeption der Schranke, bei der Innenschranken und Aussenschranken koexistieren.[455] Welche Schranke jeweils vorliegt, ist von Fall zu Fall zu klären. Dabei wird es auch auf die Klarheit der Definition der kollidierenden Grundrechte ankommen: Je klarer die Grundrechte definiert und abgegrenzt sind, desto eher ist nur noch eine Reduktion des Schutzes durch Aussenschranken möglich; wenn klare Definitionen Erwartungen an eine gewisse Form der Grundrechtserfüllung wecken, kann im Falle enttäuschter Erwartungen von einer Verkürzung der Grundrechte die Rede sein.

Je vager hingegen die Tragweite eines Grundrechts ist (exemplarisch hierfür ist die Menschenwürde[456]), desto eher ist die immanente Schranke der passende Begriff für die kontextuelle Einkreisung der Normbedeutung. Eine solche Einkreisung (man kann auch einfach von Definition reden) ist im Grunde für jedes Grundrecht, beansprucht es eine reale Schutzwirkung, nötig.[457] Dies gilt auch in Bezug auf unantastbare Schutzgüter: Nur wenn der Staat weiss, was es absolut zu schützen gilt, kann er diesen Schutz auch umsetzen.[458] Das Verbot erniedrigender Behandlung, das keine Aussenschranken erträgt, bedarf deshalb unter gewissen Umständen immanenter Schranken (etwa um klarzustellen, dass das Einfrieren der Konten des Mafiabosses, während dieser mit seiner Frau auf den Malediven weilt, keine erniedrigende Behandlung ist).

Anhänger der Aussentheorie ziehen dem Begriff der immanenten Schranke bisweilen jenen der immanenten Grenze vor.[459] Schranken suggerieren Einschränkungen des Gegebenen (vgl. das Wort: in die Schranken weisen); dagegen steht die Grenze eher für ein Nichthinausreichen übers Bestehende. Für Anhänger der Aussentheorie ist die Präferenz des Worts der Grenze insofern kohärent, als er alle Einschränkungen von Grundrechten, die an sich nicht einschränkbar sein sollen, von der Einschränkungsproblematik trennt. Im vorliegenden Verständnis sind aber beide Begriffe materiell gleichwertig.

Ein weiterer Grund für die Annahme, die Bundesverfassung sehe Aussen- und Innenschranken vor, ergibt sich aus der Möglichkeit der Kollision unantastbarer und anderweitig uneinschränkbarer Güter. Unantastbar

---

455 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 54 f.

456 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, N. 50: „So offen und unbestimmt wie der Begriff der Menschenwürde […] ist auch ihr Schutzbereich."

457 Vgl. HEß, Grundrechtskonkurrenzen, 171.

458 Vgl. dazu aus gerechtigkeitstheoretischer Sicht hinten, Teil 3, B.III.8.

459 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 37; Martin, Grundrechtskollisionen, 54 Fn. 233

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind die grundrechtlichen Kerngehalte (Art. 36 Abs. 4 BV) und die Menschenwürde (Art. 7 BV), solange man sie nicht extensiv deutet. Gewisse Grundrechte sind zudem konzeptionell uneinschränkbar. So spricht man bei sozialen Grundrechten von Minimalgarantien. Der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) erträgt etwa keine Schranken, die „von aussen" (aus Grundrechten Dritter) kommen: Weder die Berufsfreiheit der erschöpften Lehrpersonen noch die Glaubensfreiheit der Eltern vermindern die aus dieser Minimalgarantie fliessenden Ansprüche sowie Schutz- und Leistungspflichten des Staates.[460] Trotzdem werden dabei im Konfliktfall nicht einfach alle übrigen Interessen und Rechte total verdrängt. Vielmehr erlaubt die Garantie selbst die notwendige Flexibilität: Werden die Ressourcen knapp (oder ist der Weg zur Schule kriegsbedingt gefährlich), kann es sein, dass der Grundschulunterricht, der „ausreicht", weniger beinhaltet als sonst.

Gleiches gilt bei Kerngehalten. Kollidiert ein Kerngehalt mit einem anderen (z.B. bei Verhinderung der Enthauptung der Geisel durch gezieltes Töten), ist eine Einschränkung unvermeidbar. Plausibel ist daher eine Innenschranke, wonach der Kerngehalt des Rechts auf Leben nicht in jeder Situation den Schutz vor absichtlichen Tötungen durch den Staat umfasst. Zudem kann ein Konflikt zwischen einem vagen Kerngehalt und Normalgehalten anderer Grundrechte zur Manifestation von Innenschranken führen. Sobald im Rahmen der dann notwendigen Kerngehaltskonkretisierung die Frage gestellt wird, ob die fraglichen Interessen auch tatsächlich zum Kerngehalt eines Grundrechts zu zählen seien, mündet die Ermittlung der immanenten Schranken in eine Form der Interessenabwägung. Daran zeigt sich, dass die Uneinschränkbarkeit grundrechtlicher Schutzgüter kein Kontrapunkt zum Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) bildet, sondern mitunter aus diesem hervorgeht.

5. Abgrenzung vom Begriff der „Berührung" der Grundrechte

Mit der blossen Berührung der Grundrechte – oder ihrer Betroffenheit – hat die Grundrechtseinschränkung wenig zu tun. Eine gewisse Unschärfe kann sich aber bei inkonsequenter Verwendung entsprechender Begriffe ergeben.

In der Rechtsprechung herrscht eine gewisse Unschärfe in Bezug auf Formulierungen, die sich auf das blosse Berührtsein der Grundrechte

460 Martin, Grundrechtskollisionen, 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beziehen, und solchen, die eine Einschränkung als gegeben (implizit) voraussetzen. So in Bezug auf die Aussage, ein Grundrecht sei „tangiert". Oft meint das Bundesgericht damit, eine (zumindest periphere) Einschränkung läge vor, jedoch nicht zwingend eine Verletzung.[461] Bisweilen meint es aber auch nur, ganz wortsinntreu, das Grundrecht sei berührt – ohne damit zu sagen, eine Einschränkung läge vor.[462] In jedenfalls einem unglücklichen Fall schien es das tangierte Grundrecht bereits implizit als verletzt zu definieren.[463] Gerade weil gewisse Einschränkungen (unantastbarer Schutzgehalte) stets auch Verletzungen sind, ist es unerlässlich, dass klar zwischen blossem Berührtsein, im Sinne einer prima facie festgestellten Sachrelevanz, und einer Einschränkung unterschieden wird. Die Worte des Tangierens oder Berührens der Grundrechte haben dort ihren Platz, wo das Vorliegen einer allfälligen Einschränkung noch zu klären ist oder wo die fehlende Einschränkung gerade festgestellt wurde.

II Formelle Einschränkungsbedingungen (Art. 36 Abs. 1 BV)

1. Erfordernis der Grundlage in einer gültigen Rechtsnorm

a. Unzulässigkeit der Grundlegung in ungültigen Rechtsnormen

Das Erfordernis, Grundrechtseinschränkungen (und damit auch Kollisionslösungen) in formaler Hinsicht auf Basis positivierten Rechts zu legitimieren (Art. 36 Abs. 1 BV), hat zunächst zur Folge, dass die Grundlage, auf die man sich stützt, gültig sein muss. Ihr Erlass muss die Kompetenzord-

461 BGer 8C_962/2012 vom 29. Juli 2013, E.4.3: Durch die Anweisung der Sozialhilfebehörde an Betroffene, eine konkrete Arbeit anzunehmen oder an Beschäftigungs- und Integrationsprogrammen teilzunehmen, „kann zwar das Grundrecht der persönlichen Freiheit tangiert werden", doch stelle eine solche Verpflichtung „im Einzelfall in der Regel jedoch eine verhältnismässige Weisung dar"; vgl. BGE 137 I 8 E.2.6, 13: „Die Vor-instanz hat den Schutzbereich der Medienfreiheit zu Unrecht nicht als tangiert erachtet und daher […] von einer Prüfung der Voraussetzungen von Art. 36 BV abgesehen."

462 BGE 140 I 2 E.10.5.1, 32: „[D]ie nach Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Privatsphäre und je nach Art der Durchsuchung die Menschenwürde (Art. 7 BV) [werden] tangiert"; vgl. BGE 130 II 87 E.3, 92 (mit Regeste); vgl. ferner BGE 106 Ia 136 (insb. Regeste).

463 BGE 142 I 1 E.7.2.5, 8: Denkbar wäre, renitentes Verhalten der Nothilfe begehrenden Person „mittels verschiedener Massnahmen zu sanktionieren, welche den Schutzbereich und Kerngehalt von Art. 12 BV nicht tangieren".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nung respektieren; und auch materiell darf die Norm nicht jenseits des als Recht Denkbaren liegen.[464] Wo die Grenzen des Rechts liegen (und wo damit die Nichtigkeit und Nichtrechtlichkeit vermeintlicher Rechtsnormen beginnen), wird weiter hinten geklärt.[465]

b. Legalitätsprinzip und Primat des Gesetzgebers

Das Recht ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV). Alles staatliche Wirken muss auf gültigen Rechtsnormen beruhen. Grundrechtskollisionen schaffen keine Ausnahmen: Grundrechtseinschränkungen, ob sie nun öffentlichen Interessen oder Grundrechten Dritter dienen, unterliegen der grundrechtlichen Legalitätspflicht des Art. 36 Abs. 1 BV. Jeder Eingriff erfordert demnach eine Gesetzesgrundlage, die sich durch eine genügende Normdichte auszeichnet. Zudem erfordern schwere Eingriffe eine Grundlage im formellen Gesetz. Damit garantiert das Legalitätsprinzip die minimale demokratische Legitimität von Kollisionslösungen.

Wo sich im Kollisionsfall der Verfassung keine Aussage in Bezug auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Mittel zur Grundrechtsverwirklichung entnehmen lässt (das ist die Regel), obliegt es in erster Linie dem Gesetzgeber, bei Bedarf die zulässigen und unzulässigen Mittel festzulegen.[466] Durch Festlegung der Verwirklichungsmittel steckt der Gesetzgeber einen Rahmen der ungestörten Grundrechtsausübung ab, an dem sich der Einzelne orientieren kann.[467] Aus der (abstrakten) Kollisionslösung durch den Gesetzgeber resultiert dadurch ein konkreter Freiheitsgewinn. Der Grundrechtsträger erfährt, wann ausschweifender Freiheitsgenuss an Grenzen stösst und Konsequenzen provozieren könnte. Dies reduziert die Unsicherheit und stärkt die Lebensplanungsfähigkeit sowie den Freiheitsgenuss der Betroffenen.

Fehlt die gesetzliche Regelung, belegt dies indes nicht unweigerlich mangelnden Normierungswillen. Legislatorische Untätigkeit kann andere Gründe haben: fehlendes Problembewusstsein; die exzessive Beschäftigung

---

464 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 11 N. 25 f.
465 Teil 3, F.II.4.
466 Gächter, Grundfragen, N. 18; vgl. ders., Grundrechtslehren, N. 46; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 70.
467 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 104 N. 225; Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit anderen (symbolpolitischen) Themen; taktische Motive, etwa im Hinblick auf Volksabstimmungen; schlichte Überforderung. Auch deshalb müssen die rechtsanwendenden Behörden, allen voran die Gerichte, nach Wegen suchen, die Grundrechte auch dort zu verwirklichen, wo die formale Rechtsgrundlage dünn oder inexistent, die materialen Interessen aber sehr gewichtig sind (dies bestimmt sich nach Gerechtigkeitskriterien und damit massgeblich mit Blick auf die absehbaren Folgen einer Handlung oder Massnahme[468]).

Die Verfassung selbst geht von der komplementären Verantwortung der rechtsanwendenden Gewalten zur Verwirklichung der Grundrechte aus (Art. 35 Abs. 2 BV). Der Gesetzgeber hat zwar das Recht und die (nicht durchsetzbare) Pflicht, als Erster zu agieren und Lösungen in gesetzliche Bahnen zu leiten, deren Praktikabilität sich schliesslich oft auch an der politischen Akzeptabilität verrät (die keine andere Gewalt besser prüfen kann als er). Der Gesetzgeber kann durch Bestimmung geeigneter Schutzmittel (nötigenfalls mithilfe von Fachwissen) zur abstrakten Kollisionslösung beitragen. Sein Säumnis befreit aber andere Gewalten nicht von ihren eigenen Kompetenzen, sondern aktiviert vielmehr geradezu die subsidiären Pflichten – in besonders schweren Fällen bis hin zur Pflicht, den Willen des Gesetzgebers zum Schutze der Grundrechte zu umgehen.[469] Nötigenfalls müssen die Gerichte selbst einschreiten, um Grundrechte zu schützen.[470]

c. Abhängigkeit von der Schwere eines Eingriffs

Ungeachtet der komplementären Funktion der rechtsanwendenden Gewalten ist die zentrale Funktion des demokratischen Normgebers zu betonen und zu wahren. Für jede Einschränkung sollte im Gesetz mindestens ein Fingerzeig darauf gefunden werden, dass der demokratische Normgeber der Lösung hätte zustimmen können; das absolute Minimum sollte

---

468 Ausführlich hinten, Teil 3, D-F.

469 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 674: Die Exekutive und Judikative sollen nur im „cas de défaillance manifeste du législateur" die Arbeit der Legislative übernehmen.

470 BGE 136 V 395, 410 E.7.6; BGer 2C_255/2013 vom 11. April 2014, E.4.8; vgl. aus der Lehre: Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 36; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 221 f. und 535 ff.; Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 674; Biaggini, BV, Art. 35 N. 5, 7, 7a, 11 und 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine allgemeine Kompetenzregelung sein.[471] Das dient minimaler Rechtssicherheit und der Akzeptanz des demokratischen Systems.[472] Es fragt sich nun vor allem, wo mehr notwendig ist – wo also ein in materialer Hinsicht vernünftiger Eingriff mangels genügender gesetzlicher Grundlage auszubleiben hätte.

Weil die Anforderung an die Qualität der Gesetzesgrundlage von der Schwere des Eingriffs abhängt (Art. 36 Abs. 1 BV), kommt es auf die Definition schwerwiegender Eingriffe an. Doch woran misst sich die Schwere? Meines Erachtens ist nicht lediglich das absolute Gewicht der Einschränkung massgeblich, sondern zusätzlich auch das relative Gewicht, das heisst: das Verhältnis der betroffenen Interessen zueinander. Die Polizei, die zur Durchsetzung eines Parkverbots ein Auto konfisziert, leistet sich einen schwereren Eingriff als die Polizei, die zur Lebensrettung ein Auto konfisziert. Je weniger gewichtig die tangierten Abwehrinteressen im Vergleich zu den zu schützenden Interessen sind, desto eher ist der Eingriff nicht allzu schwer – und desto eher genügt eine einfache, knappe legale Grundlage abseits der formellen Gesetze (Art. 36 Abs. 1 BV e contrario), also etwa eine Grundlage in einer Verordnung des Bundesrates. Der polizeilichen Generalklausel ist diese Logik vertraut: Je gewichtiger das bedrohte Gut und je geringer im Vergleich das Gewicht des durch die Schutzhandlung eingeschränkten Gutes, desto eher lässt sich die Schutzmassnahme auf Basis der polizeilichen Generalklausel rechtfertigen.[473]

d. Exkurs: Gesetzesgrundlage für Schutzlücken?

Es griffe zu kurz, Art. 36 BV nur als Schrankennorm zu verstehen, die die Bedingungen eines Eingriffs in freiheitsrechtliche Abwehrpositionen regelt. Solch ein Art. 36 BV führte aufgrund des grundrechtlichen Legalitätsprinzips (Art. 36 Abs. 1 BV) zu einem asymmetrischen Prüfschema, das bei Grundrechtskollisionen tendenziell die abwehrrechtliche Schutzposition

471 Vgl. Biaggini, BV, Art. 36 N. 16 ff.

472 Vgl. vorne, Teil 1, B.IV; siehe zum Eigenwert der Legalität: Potacs, Rechtstheorie, 57 f.; Kriele, Staatslehre, 140 ff., zum Thema der „Vermutung zugunsten der Vernunft des Rechts"; Russell, Moral Philosopher, 335.

473 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 267: „notfalls die polizeiliche Generalklausel"; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 94 N. 205; Martin, Grundrechtskollision, 155.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begünstigte.[474] Dies widerspräche der Pflicht, die Grundrechte rechtsgleich zu optimieren (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV).[475] Ein Problem bestünde besonders dort, wo aufgrund dieser Schrankenkonzeption einzelne Menschen ihre höchsten Grundrechte auf Kosten marginaler Freiheiten anderer opfern müssten; etwa wenn eine lebensrettende Massnahme ausbliebe, weil sie eine minimale Einschränkung spezifischer Freiheitsrechte bedeutete, die im Gesetz nicht vorgesehen ist. Man stelle sich vor, dies wäre für bestimmte Einschränkungen der Freiheit der Strassenverkehrsteilnehmer der Fall (Gurtentragpflicht, Tempogrenze, Sperrung einer Zufahrt); oder für zumutbare und dringliche Eingriffe in die Privatsphäre von Terroristen.[476]

Die Asymmetrie äusserte sich dadurch, dass von den zwei (oder mehr) im Rahmen einer Kollision betroffenen Menschen nur einer den Anspruch auf Verwirklichung des betroffenen Grundrechts im konkreten Fall legal ausweisen müsste; und diese Person ist nicht etwa systematisch jene, bei der das geringerfügige Gut gefährdet ist, sondern vielmehr jene, die auf Schutz angewiesen, mithin gerade typischerweise vulnerabler ist. Dies zeigt: Eine asymmetrisch verstandene Legalitätsforderung des Art. 36 Abs. 1 BV gefährdet die rechtsgleiche Suche nach Kollisionslösungen und birgt auf den ersten Blick gewichtige Probleme.

Das Asymmetrieproblem wiegt auf den zweiten Blick aber weniger schwer: Das Legalitätsprinzip erweist sich als einer pragmatischen Handhabung zugänglich, denn die Schwere des Eingriffs beurteilt sich massgeblich relativ, mit Blick auf die Zwecke der Massnahme und der Gegeninteressen.[477] Das hat zur Folge, dass man für Eingriffe zu legitimen Schutzzwecken eher eine genügende Gesetzesgrundlage findet als für fast identische Eingriffe ohne legitimen Zweck. Im Kollisionsfall verlangt der

---

474 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 207; Di Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 44; Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 135.

475 Vgl. Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1136: Es gehe letztlich „darum, die Freiheit gerecht zu verteilen, um allen genügende Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern. Dabei kommt der moderne Staat nicht darum herum, über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hinaus auch korrigierend in das gesellschaftliche Kräftespiel einzugreifen, vor allem dort, wo Einzelne ihre Machtstellung missbrauchen."; Gertsch, Kontrolle, 172; Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 40.

476 Zur Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit vgl. Gertsch, Kontrolle, 173: Es könne auch zu viel Kontrolle geben, wenn diese „so ausgestaltet ist, dass die Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste unverhältnismässig erschwert wird und dadurch Sicherheitsrisiken entstehen, welche der Gesetzgeber gerade nicht in Kauf nehmen wollte".

477 Vgl. Holoubek, Grundrechtseingriff, 33.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eingriff in Abwehrrechte zudem keineswegs zwingend eine spezialgesetzliche Grundlage, weil die polizeiliche Generalklausel im Falle von Dringlichkeit eine verlässliche Ersatzgrundlage bildet, mithilfe welcher der Polizeigüterschutz relativ umfassend legitimiert werden kann.[478] Da zudem faktisch der Polizeigüterschutz sehr umfassend geregelt ist, dürfte sich die Frage nach der legalen Rechtfertigung unterlassenen Schutzes meist befriedigend im Rahmen der grundrechtskonformen Gesetzesauslegung und Ermessensausübung stellen und beantworten lassen.[479]

Selbst wo es eine Lücke gäbe, ist fraglich, ob Art. 36 Abs. 1 BV nur das Erfordernis des Rechtssatzes für Eingriffe in Abwehrrechte ausdrückt.[480] Einschränkungen können auch durch Unterlassen von Schutz erfolgen. Konsequenterweise wird in der Lehre bisweilen gefordert, Schutzunterlassungen bedürften ebenfalls einer Begründung im positiven Recht.[481] Dies ist für das Verfassungsrecht der Schweiz plausibel: Art. 36 BV handelt von „Einschränkungen" der Grundrechte, nicht von (aktives Handeln suggerierenden) „Eingriffen". Auch der systematisch-teleologische Kontext steht der Forderung nach der gesetzlichen Grundlage zur Rechtfertigung bestimmter Schutzunterlassungen nicht im Weg, zumal solch ein Erfordernis der rechtsgleichen Grundrechtsoptimierung dient (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV).[482] Jedenfalls eine wirksame und implizit gesetzlich geforderte (da etwa der Strafprävention oder anderen Gesetzeszielen nachweislich dienende) Schutzhandlung sollte die jeweils kompetente Behörde nur unterlassen, wenn die Schutzunterlassung ebenso im Gesetz als Möglichkeit wenigstens implizit vorgesehen ist.[483] Dies ist etwa der Fall: wo die der Behörde zur Verfügung stehenden Mittel höchst begrenzt sind und nicht zur Erreichung aller Ziele ausreichen; wo die historische Interpretation des Gesetzes zeigt, dass der Gesetzgeber mit auch heute noch vertretbaren

---

478 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 312b: „Die Vorhersehbarkeit einer Gefahr sollte keine Rolle spielen in Situationen, in denen der Staat verpflichtet ist, Polizeigüter zu schützen."

479 Kneihs, Leben, N. 37.

480 Vgl. Biaggini, BV, Art. 36 N. 16 ff.

481 Vgl. Holoubek, Grundrechtseingriff, 31 f., mit dem Vorschlag, den Grundrechtseingriff als „Zurechnungsinstrument" auch auf Schutzwirkungen anzuwenden, die ausserhalb einer inhaltlich abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion liegen; ders., Bauelemente, 74 f.; Kneihs, Leben, N. 37; a.A. etwa Bethge, Grundrechtseingriff, 10 f.

482 Vgl. BGE 136 V 395, 413 E.7.7; BGE 130 I 26, 53 E.6.3.3.2; BGE 121 I 279, 284 f. E.4 und 286 ff. E.6. Siehe auch Martenet, Géométrie de l'égalité, 348 f.

483 Vgl. Kneihs, Leben, N. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gründen bewusst auf griffige Schutzmassnahmen verzichtete; oder wo das fragliche Schutzmittel ausdrücklich verboten ist.

2. Grundrechte als gesetzliche Eingriffstitel?

Können Grundrechtsnormen selbst die gesetzliche Grundlage der Einschränkung anderer Grundrechte bilden? Die Lehre will dies zu Recht nur in Fällen zulassen, in denen es um besonders gewichtige Schutzgüter geht.[484] Man fürchtet, ein weitergehendes Zulassen der Grundrechte als Eingriffstitel höhle demokratische Prozesse aus und untergrabe die auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruhenden Regelungen des Privatrechts.[485] Grundrechte sind keine geeigneten Eingriffstitel, denn Grundrechtsnormen weisen typischerweise eine geringe Normdichte auf, sodass es grosser Kreativität bedürfte, in ihnen Instruktionen in Bezug auf gebotene Schutzhandlungen zu sichten. Systematisch wäre es zudem seltsam, wenn die Grundrechte Dritter, die in Art. 36 BV als Eingriffsinteresse (Abs. 2) auftauchen, stillschweigend gleich auch noch die Voraussetzung des Art. 36 Abs. 1 BV erfüllten.[486]

Der Ausnahmefall ist m.E. dort anzusiedeln, wo ein grundrechtlicher Schutzauftrag in Verbindung mit klaren gesetzlichen Zielvorschriften und ebenso klaren Zuständigkeitsregelungen die Intervention demokratisch tragbar macht (d.h. das Zusammenspiel der Gewalten nicht aus dem Gleichgewicht gerät) und zugleich ein Unterbleiben von Schutz angesichts der Interessenverhältnisse unzumutbar wäre, weil das Schutzinteresse gegenüber dem Abwehranliegen (selbst bei Berücksichtigung des Eigenwerts der Legalität) deutlich überwiegt.[487] Dann spräche nichts dagegen, die Grundrechtsnorm selbst zur Gesetzesgrundlage eines Eingriffs in Abwehrrechte zu machen.

Praktisch dürfte es nur selten überhaupt zum Bedürfnis kommen, ein Grundrecht als (einzige) Eingriffsgrundlage beizuziehen. In zahlreichen Gesetzen, die Regelungen betreffend die Beziehungen unter Privaten oder das Verhältnis Privater zum Staat enthalten, finden sich potenzielle Ein-

484 Martin, 157 f.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 268 f.; vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 73.
485 Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1121; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 269.
486 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 73.
487 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 158.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

griffsgrundlagen. Die Befriedigung wichtigster Schutzbedürfnisse erträgt auch eine dünnere Eingriffsgrundlage[488], sodass sich hierzu fast immer eine Ermächtigungsvorschrift finden lassen dürfte. Zur Notwendigkeit, das Grundrecht als Eingriffstitel zu bemühen, dürfte es bei gegenwärtigem Stand des positivierten Rechts nahezu nie kommen.

Umgekehrt verhält es sich bei weniger wichtigen Schutzanliegen: Ist die Erfüllung peripherer Schutzanliegen oder der Schutz vor nicht-irreversiblen, geringerfügigen Schäden (unterhalb der Schwelle zur Körperverletzung) in keinem Gesetz vorgesehen, ist dies keineswegs dramatisch. Es ist Ausdruck der Gelassenheit der Rechtsordnung, die nicht jedes Übel, nötigenfalls unter Missachtung der Gewaltenteilung, präventiv verhindern will.

3. Grundlagen in Ausnahmesituationen

a. Polizeiliche Generalklausel als Auffanggrundlage

Die polizeiliche Generalklausel wirkt als Auffangnetz: Sie lässt sich beiziehen, wo die für Eingriffe üblicherweise erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt, ein dringliches Schutzbedürfnis jedoch gegeben ist. Ob das Netz in jedem Falle hält (und halten soll), hängt von einer strittigen Frage ab: Darf die polizeiliche Generalklausel als Ersatzgrundlage herhalten, wenn der Gesetzgeber den Erlass der nötigen gesetzlichen Grundlage trotz Vorhersehbarkeit der Gefahren versäumte?

Gemäss der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts war der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel nur zur Abwehr unvorhersehbarer und atypischer Gefahren gestattet.[489] In der neueren Praxis hat es diese Kriterien aufgeweicht: Die Zwangsmedikation zum Schutze des Patienten vor sich selbst sowie Dritter kann trotz vorhersehbarer Gefahren ohne Gesetzesgrundlage vorgenommen werden, wenn sie zum Schutz von Leib und Leben erforderlich ist.[490] In einem Urteil zur Euthanasierung

488 Vgl. BGer-Urteil vom 30. November 2009, ZBI 111 [2010] 469, E.2.3.2.1.

489 Zuletzt noch: BGE 130 I 369 E.7.3, 381: „[D]er Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel [ist] auf echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle ausgerichtet. […] Sie kann indessen nicht angerufen werden, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden"; vgl. BGE 111 Ia 246 E.3a, 248; vertiefend: Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 312; Biaggini, BV, Art. 36 N. 16 ff.

490 BGE 126 I 112 E.4c, 118 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines Hundes präzisierte das Bundesgericht, die polizeiliche Generalklausel rechtfertige grundsätzlich keine Eingriffe, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden. Handle es sich bei der Gefährdung um eine solche von Leib und Leben, sei dieses Kriterium indes nicht sachgerecht. Denn ein Untätigsein des Gesetzgebers dürfe dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestünden.[491]

Im *Rappaz*-Urteil betreffend Zwangsernährung eines hungerstreikenden Haftinsassen[492] spielte aus Sicht des Bundesgerichts zudem eine Rolle, dass der Gesetzgeber nur in allgemeiner Weise Kenntnis von der Möglichkeit von Hungerstreiks gehabt habe, er aber die konkrete Form, auf die sich die Gefahrenlage durch den unerwartet hartnäckigen Hungerstreik des Beschwerdeführers aktualisiert hatte, nicht hätte vorsehen müssen. Das Bundesgericht stellte zugleich klar, dass bei bewusster Nichtregelung durch den Gesetzgeber die polizeiliche Generalklausel grundsätzlich nicht zur Verfügung stehe.[493]

In der Lehre trifft diese nuancierte Rechtsprechung mit reduzierter Geltung des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit und der atypischen Natur der Gefahren eher auf Zustimmung.[494] Für sie sprechen vernünftige Gründe, allen voran das Anliegen der Grundrechtsverwirklichung: Die Verfassung untersagt die Korrektur der Versäumnisse des Gesetzgebers durch rechtsanwendende Behörden keineswegs; die Komplementärkompetenz exekutiver und judikativer Gewalten zur Realisierung der Grundrechte ist vielmehr vorgesehen (Art. 35 BV). Überdies entbindet die Anrufung von Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV nicht, so richtig Biaggini, von der Beachtung der allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Störerprinzips.[495] Es wäre

491 BGer-Urteil vom 30. November 2009, ZBI 111 [2010] 469, E.2.3.2.1; siehe dazu Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 312b.

492 Zu dieser Fallkonstellation ausführlich hinten, Teil 4, B.

493 BGE 136 IV 97 E.6.3.2, 115.

494 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 312b; Moor/Flückiger/ Martenet, Droit administratif 1, 673 f.; M. Müller, Hungertod, 293 f.; vgl. Tschentscher, ZBJV 2011, 774; bereits vor der Präzisierung der Rechtsprechung dahingehend: Müller/Jenni, Sicherheit & Recht 2008, 15 ff.; etwas kritischer dagegen Biaggini, BV, Art. 36 N. 17, weil legislatorische Versäumnisse nicht belohnt werden sollten.

495 Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht ersichtlich, warum Opfer ernsthafter Gefahren mit Leib und Leben für die Versäumnisse des Gesetzgebers büssen müssten.[496]

Zumindest in Fällen, in denen nicht unmittelbar Leib und Leben betroffen sind, sprechen aber weiterhin gute Gründe für die Voraussetzung der unvorhersehbaren und atypischen Gefahr: Gehäufte Eingriffe auf Basis der polizeilichen Generalklausel sind problematisch, weil die Rechtsanwendung sich dabei (auf Kosten der Rechtssicherheit und des Machtausgleichs zwischen den Gewalten) Kompetenzen des Gesetzgebers anmassen würde.[497] Zudem entbände die uneingeschränkte Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel den Gesetzgeber von der eigenen Verantwortung, dringliche Belange zu regeln.[498] Wozu sollte er unbequeme Entscheidungen nicht öfters jenen Behörden abtreten, die im Einzelfall zu reagieren haben, wo stets das Auffangnetz der polizeilichen Generalklausel bereitsteht? Diese Art Delegation an den Notfall wäre aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen höchst bedenklich.[499]

Insgesamt scheint der vom Bundesgericht skizzierte Mittelweg sinnvoll: Es ist ein Ausgleich zu suchen zwischen der Bedingung der Unvorhersehbarkeit der Gefahren und dem Bedürfnis, zumindest schwerste Gefahren stets abzuwenden.[500] Das heisst, üblicherweise sind Schutzmassnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel bei Gefahren an Leib und Leben verfassungsrechtlich zwar nicht unbedenklich, aber zulässig. In seltenen Fällen ist es aber m.E. selbst bei relativ wichtigen gefährdeten Gütern richtig, auf die Anwendung der polizeilichen Generalklausel quasi aus didaktischen Gründen zu verzichten; dies dann, wenn bei Lösung mithilfe der polizeilichen Generalklausel zu befürchten ist, der Gesetzgeber erlasse in der Folge erst recht nicht die nötigen Regelungen. Der Rechtsanwender könnte den Gesetzgeber durch Interventionsverzicht an seine Verantwortung erinnern; kurzfristig auf Kosten, mittelfristig zum Wohle der Grundrechte, die durch eine stabile demokratische Machtteilung auf die Dauer besser gewährleistet sind.

Das Unterlassen einer Schutzmassnahme darf allerdings nie unzumutbar sein[501]; das heisst, zur Verhinderung schwerer Einschränkungen wich-

---

496 BGer-Urteil vom 30. November 2009, ZBI 111 [2010] 469, E.2.3.2.1.
497 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 669.
498 Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.
499 Vgl. EGMR, *McCann v. UK* (1995), 18984/91, § 213: Die Tötung mutmasslicher Terroristen erweise sich als nicht erforderlich, wenn man die betroffenen Personen anlässlich der Einreise ins Land hätte festnehmen können.
500 Vgl. Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 673.
501 Vgl. Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiger Grundrechte ist die Intervention auf Basis der polizeilichen Generalklausel nicht zu beanstanden. Zu den Grundrechtseinschränkungen, deren Verhinderung nötigenfalls auf Basis der polizeilichen Generalklausel ohne Weiteres geboten ist, zählen Tötungen und erhebliche Lebensgefährdungen, Menschenwürdeverletzungen, irreversible und schwere Integritätsverletzungen und länger andauernde oder traumatisierende Freiheitseinschränkungen.

b. Dringlichkeits- und Notrecht gemäss Bundesverfassung

Die Verfassung kennt Dringlichkeits- und Notrechtskompetenzen. Die Kompetenz der Bundesversammlung zum Erlass dringlicher Bundesgesetze stützt sich namentlich auf Art. 165 BV.[502] Die Besonderheit ist das beschleunigte Erlassverfahren: Nach Verabschiedung im Parlament können dringliche Bundesgesetze sofort in Kraft treten (es gibt keine Referendumsfrist). Dringliche Bundesgesetze sind kein Notrecht[503], setzen aber sachliche und zeitliche Dringlichkeit voraus: Erstens muss ein rechtspolitisch bedeutsames Anliegen anstehen und zweitens ein nicht wiedergutzumachender Nachteil dann drohen, wenn das Gesetz nicht ohne Verzug Geltung erlangt.[504] Normhierarchisch sind dringliche Bundesgesetze vollwertige Bundesgesetze, die bei Grundrechtseinschränkungen als gesetzliche Eingriffsgrundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) infrage kommen.[505]

Als (konstitutionelles) Notrecht sind im Schweizer Verfassungsrecht demgegenüber die Notverordnungen und Notverfügungen des Bundesrats gemäss Art. 185 Abs. 3 BV (vgl. Art. 184 Abs. 3 BV) sowie die Notverordnungen und einfache Notbeschlüsse des Parlaments gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. c BV einzustufen. Nebst Dringlichkeit ist die Voraussetzung solchen Notrechts eine schwere Gefährdung verfassungsrechtlicher Interessen.[506] Der Erlass einer Notverordnung oder die Verabschiedung einer Notverfügung sind Anwendungsfälle der polizeilichen Generalklausel.[507] Das Notrecht kann schwerwiegende Beeinträchtigungen der Grundrechte legitimieren; es setzt dabei den Gesetzesvorbehalt des Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV

---

502 Siehe auch: Art. 140 Abs. 1 lit. c, Art. 141 Abs. 1 lit. b, Art. 159 Abs. 3 lit. a BV.
503 So treffend Tschannen, Staatsrecht, § 10 N. 15, § 45 N. 35 und § 46 N. 29
504 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 1829; Tschannen, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 165 N. 6.
505 Vgl. Gächter, in: Staatsrecht, § 23 N. 51; Tschannen, Staatsrecht, § 45 N. 35.
506 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 46 N. 25.
507 Tschannen, Staatsrecht, § 46 N. 25, 29.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(und Art. 164 Abs. 1 BV) vorübergehend ausser Kraft.[508] Die materiale Zulässigkeit des Notrechts hängt vom Verhältnismässigkeitsprinzip ab. Dieses gilt dabei nicht weniger streng. Im Gegenteil: Weil die legale Legitimität bestenfalls beschränkt gegeben ist, ist die kompensierende materiale Legitimität umso wichtiger.[509] Die Not definiert die zu berücksichtigenden Gewichte und damit die Verhältnismässigkeitsprüfung. Weil die Notlage Teil der Verhältnisse ist, können drastische Massnahmen, die sonst klar unverhältnismässig wären, den Verhältnissen angemessen sein.

c. Staatsnotstand und die extrakonstitutionelle Ordnung

Ein Staatsnotstand bezeichnet eine Ordnung, die in vieler Hinsicht den verfassungsrechtlichen Rahmen sprengt und als Reaktion auf Bedrohungen der Existenz des Staates eine begrenzte Legitimität allein aus ihrer Funktion bezieht, die verfassungskonforme Ordnung wiederherzustellen und aus einer verzweifelten Lage herauszuführen.[510] Als Bedrohungslage kommen etwa Verteidigungskriege, Hungersnöte und grössere Seuchen infrage, die das Funktionieren des Staates schwer behindern. Die Mittel zur Überwindung der Krise im Staatsnotstand wären der Verfassung teilweise fremd; sie könnten nicht nur einzelnen Normen widersprechen (was schon im einfachen Notrecht möglich ist), sondern können mit den Strukturprinzipien der Verfassung konfligieren.[511] Der Staatnotstand schöpft seine Akzeptabilität nicht aus dem Recht, das durchbrochen wird, sondern aus dem Interesse an der blossen Überwindung von das kollektive Dasein bedrohenden existenziellen Gefahren.[512] Damit ist auch klar, dass der Staatsnotstand die Funktion der gesetzlichen Grundlage eines Grundrechtseingriffs nicht erfüllen kann, weil er ausserhalb des Rechts residiert.

III Zulässige Einschränkungsinteressen (Art. 36 Abs. 2 BV)

Erst die Analyse der geltend gemachten Interessen zeigt, ob der Staat mit Blick auf Modalität, Inhalt und Zielsetzung seines Handelns legitim

---

508 Tschannen, Staatsrecht, § 46 N. 26.
509 Vgl. hinten, Teil 3, F.II.3.c.
510 Tschannen, Staatsrecht, § 46 N. 29; vgl. auch ebd., § 10 N. 12 f.
511 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 1801.
512 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 10 N. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

agiert.[513] Das gilt besonders für die Grundrechte: Zulässige Motive der Grundrechtseinschränkung sind gemäss Art. 36 Abs. 2 BV die Wahrung öffentlicher Interessen sowie der Schutz der Grundrechte Dritter. Öffentliche Interessen sind Allgemeininteressen; in der Demokratie entsprechen diese den Interessen der staatstragenden und staatsbetroffenen Gesellschaft und (indirekt) jenen des Staates.[514]

Der Schutz der Grundrechte Dritter ist ein Unterfall der Wahrung öffentlicher Interessen.[515] Er ist zugleich die Konsequenz ernstgemeinter Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).[516] Wo öffentliche Interessen kollidieren, ist eine Abwägung angesichts der beschränkten Mittel unausweichlich.[517] Das gilt auch im Fall der Grundrechtskollision, wobei die Abwägung dort manchmal der Kollisionsidentifikation vorgelagert ist (etwa wo unantastbare Güter betroffen sind). Die kollidierenden Grundrechte sind sich gegenseitig das durch Art. 36 Abs. 2 BV geforderte Einschränkungsinteresse.[518]

Man kann sagen, an einer Massnahme, die nicht geeignet und nicht erforderlich ist, besteht schlicht kein öffentliches Interesse.[519] Die Abgrenzung des Erfordernis des öffentlichen Interesses von jenem der Verhältnismässigkeit ist eine Frage der Konvention. Der Zweischritt hat jedenfalls auch praktische Vorteile: Ist eine staatliche Behörde nicht fähig, zulässige Motive für ihr in die Grundrechte eingreifendes Handeln aufzuführen, lässt sich die Grundrechtsverletzung ohne Umschweife vermuten. Prozedural ist dies ebenfalls von grosser Bedeutung: Indem der Staat die legitimierenden Einschränkungsinteressen offenlegen muss, fällt es den Betroffenen (etwa im Rahmen einer Beschwerde) leichter, zu verstehen, aus welchen Gründen der Staat seinen Eingriff gerechtfertigt sah. Das dient zugleich der Akzeptabilität abweisender Gerichtsentscheidungen.

513 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 97 N. 211.
514 Vgl. Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 30 ff.; Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1, 97: „[Le] droit privé est, paradoxalement, d'interêt public, puisque l'organisation politique de la société repose sur la valeur de l'initiative privée et de la responsabilité en principe individuelle."
515 Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif 1,, 785 ff.
516 Vgl. Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1136.
517 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 33.
518 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 104 f., N. 224 f.
519 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV Überwiegende Interessen (Art. 36 Abs. 3 BV)

1. Funktion und Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung

a. Materiale Legitimität durch Verhältnismässigkeit

Die materiale Rechtmässigkeit einer Kollisionslösung setzt neben dem legitimen Einschränkungsinteresse die Verhältnismässigkeit aller aus der Kollisionslösung resultierenden Grundrechtseinschränkungen voraus (Art. 36 Abs. 3 BV). Dabei geht es nicht nur ums Verhältnis zwischen Grundrechtseingriff und Zweck; die Massnahme darf vielmehr auch nicht im Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen.[520] Die Last der Einschränkung darf nicht schwerer wiegen als die Summe der für die Einschränkung sprechenden Interessen.[521] Dies gilt für *alle* sich ereignenden Einschränkungen (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV).[522]

Obschon er die Legitimität der Kollisionslösung determiniert, stellt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz selbst keine materialen Lösungskriterien für Kollisionsfälle zur Verfügung, sondern setzt solche vielmehr voraus. Anknüpfungspunkte für die materiale Wertung finden sich dagegen in den übrigen Verfassungsnormen[523] oder lassen sich aus dem Gedanken der Einigungsfähigkeit allen Verfassungsrechts herleiten.[524] Zudem sind zur Kollisionslösung auch (folgenethische) Gerechtigkeitskriterien zu konsultieren.

b. Eignung, Erforderlichkeit und deren Korrelation

Die Verhältnismässigkeit verlangt nach einem vernünftigen Verhältnis zwischen Zwecken und hierzu aufgewendeten Mitteln.[525] Bei Grundrechtskollisionen ist es eine Frage des Blickwinkels, was Zweck und was Mittel ist. Jede Seite der Kollision kann als Zweck und als Mittel betrachtet

---

520 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5, N. 39.
521 Im Teil 3 dieser Arbeit (insb. Teil 3, D.III.1.d und D.III.3) wird aufgezeigt, warum das Summieren der relevanten Interessen zulässig sein muss.
522 Vgl. M. Müller, Zauberwürfel, 54 ff.
523 Für Beispiele solcher Werte siehe vorne, Teil 2, B.III.5.
524 Dazu vorne, Teil 1, B.II-III; Teil 2, A.I.3; ausführlich zudem Teil 3, F.II.
525 Vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 40; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 105, N. 226; Kälin/Kiener/Wyttenbach, Grundrechte, 107.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden; die Einschränkung des Grundrechts auf einer Seite ist das Mittel zur Verwirklichung auf der jeweils anderen Seite. Diese Symmetrie bedeutet, dass die beiden Prüfkriterien der Eignung und Erforderlichkeit sich im Ergebnis decken.[526] Zur Illustration:

Die Polizei hält den Störer einige Minuten lang fest und schränkt damit dessen Freiheit gerade so sehr ein, dass diesem erheblich erschwert wird, sein Opfer zu schädigen. Diese Intervention ist zum Schutz der Integrität des Opfers vor dem sehr aggressiv auftretenden Störer geeignet. Gleichzeitig ist das noch zurückhaltende Eingreifen der Polizei geeignet, die Abwehrrechte des Störers zu schonen. Im Vergleich zur blossen Aufforderung zu friedlichem Verhalten, die das Opfer nicht hinreichend schützte, ist die Massnahme trotz Einschränkung der Freiheit des Störers erforderlich. Zugleich ist die dabei geübte Zurückhaltung erforderlich, obwohl dadurch nur ein wahrscheinlicher Schutz des Opfers gewährleistet wird. Denn die denkbaren Mittel, die das Opfer noch effektiver vor dem Störer schützen könnten (etwa das intensive Niederknüppeln des Störers, sodass dieser es zeitlebens nie mehr wagt, jemandem ein Haar zu krümmen), wären ungeeignet, die Abwehrrechte des Störers zu respektieren.

Kurz: Was mit Blick auf Grundrecht G_1 Teil der Eignungsprüfung ist, ist bezüglich G_2 Teil der Prüfung der Erforderlichkeit. Und umgekehrt.

Je mehr Personen und Grundrechte betroffen sind, desto anspruchsvoller ist es, eine Kollision unter dem Blickwinkel der Eignung und Erforderlichkeit zu beurteilen. Das schafft die Gefahr, dass die Prüfung zu sehr auf den Zweck der Wahrung eines oder weniger Grundrechte fokussiert und primär nur nach Massnahmen gesucht wird, die geeignet und nötig sind, dieses Grundrecht zu wahren. Im Kollisionsfall empfiehlt es sich daher, die im Kontext der Kollision betroffenen Grundrechte von Beginn an alle als (prima facie) gleichberechtigte Zwecke der Kollisionslösung ins Zentrum der Betrachtung zu rücken. Konsequenterweise ist nach einer kollisionslösenden Massnahme zu suchen, die möglichst geeignet ist, alle relevanten Güter zu wahren. Ziel ist die Identifikation grundrechtsoptimierender Massnahmen.

c. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn

Das dritte klassische Kriterium der Verhältnismässigkeit ist jenes der Zumutbarkeit oder auch (m.E. passender) der Verhältnismässigkeit im enge-

526 Vgl. Winkler, Kollision, 371; Martin, Grundrechtskollisionen, 274 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren Sinn.[527] Hier sollen die betroffenen Güter nun gewogen und verglichen werden, um ausgeglichene Verhältnisse zwischen Eingriffszweck(en) und Wirkung sicherzustellen.[528] Das führt zum gleichen Ergebnis wie eine vollständige Eignungsprüfung: Gefragt wird nach der in Bezug auf alle Interessen, auf die es ankommt, optimal geeigneten Handlung. Verhältnismässig ist folglich das Mittel, das geeignet ist, möglichst alle betroffenen und relevanten Interessen nach Massgabe ihrer relativen Bedeutung zu verwirklichen.

d. Sonderfälle: Verhältnismässigkeit ohne Interessenabwägung

Die Verhältnismässigkeits*prüfung* ist eine Form der Interessenabwägung.[529] Die richtige, material legitimierte Kollisionslösung ist das Resultat einer Abwägung, die alle legitimen Interessen nach Massgabe ihrer Wichtigkeit berücksichtigt.[530] Allerdings kann die (mehr als nur eilige-intuitive) Abwägung auch selbst unverhältnismässig sein. So etwa dort, *(i)* wo bei Dringlichkeit die Kosten der Verzögerung zu hoch (d.h. unverhältnismässig) wären; *(ii)* wo ausgeschlossen ist, dass die Abwägung zu neuen Erkenntnissen führt; so bei grober Unverhältnismässigkeit (die Unzulässigkeit des Ausreissens von Fingernägeln zu Verhörzwecken ist evident, muss als etabliert gelten und sollte daher nicht abwägungshalber immer wieder geprüft werden)[531]; *(iii)* wo so geringfügige Werte auf dem Spiel stehen, dass sich die Mühe der Abwägung nicht rechtfertigt; *(iv)* wo aus Gründen der Gewaltenteilung und der besseren Eignung des Gesetzgebers zur Identifikation nachhaltiger (politisch überlebensfähiger) Kollisionslösungen die Rechtsanwendung aus Gründen der Staatsorganisation und der Wirksamkeit staatlichen Handelns nicht abwägungshalber nach Mitteln suchen sollte, die im Gesetz gerade nicht vorgesehen sind.[532]

---

527 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 108 N. 234.
528 Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 37.
529 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 105 f. N. 226.
530 Vgl. M. Müller, Zauberwürfel, 31.
531 Vgl. zur pragmatischen Struktur unantastbarer Werte hinten, Teil 2, C.V.4.
532 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, § 191 N. 90; vgl. vorne, Teil 1, B.III; Potacs, Rechtstheorie, 57 f.; Kriele, Staatslehre, 140 ff.; Russell, Moral Philosopher, 335.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Eigenständige Bedeutung des Untermassverbots?

Bisweilen ist in der Dogmatik von einem Untermassverbot die Rede. Es wird als Gegenstück zum Übermassverbot begriffen und besagt, das staatliche Handeln dürfe nicht weniger weit gehen als notwendig.[533] Der Staat darf es nicht unterlassen, geeignete Mittel zum Schutze der Grundrechte einzusetzen, wenn der Verzicht auf diese Mittel nicht aus gewichtigeren Gründen erforderlich ist.[534] Das versteht sich im Kollisionsfall wegen der relativen Struktur der Verhältnismässigkeit (die alle konfligierenden Interessen verbindet)[535] und des Gebots der symmetrischen Grundrechtsverwirklichung (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV)[536] von selbst. Aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz fliesst ein Rechtfertigungszwang gegenüber allen Grundrechten.[537]

Das Untermassverbot hat keine eigenständige Bedeutung, bezieht sich aber aus einer Perspektive auf die Verhältnismässigkeit eines Sachverhalts, die jener des (auf den identischen Sachverhalt bezogenen) Übermassverbots entgegengesetzt ist.[538] Dass sich nur der Blickwinkel unterscheidet, lässt sich sprachlich zeigen, indem man eine Aussage, die beide Dimensionen enthalten könnte, nur als Untermassverbot oder nur als Übermassverbot formuliert:

> Das staatliche Handeln ist verhältnismässig, wenn es das direkt betroffene Grundrecht G_1 verschont und dabei aber auch keine Einschränkung des kollidierenden Grundrechts G_2 provoziert, die sich auf verhältnismässige Weise vermeiden liesse (reines Übermassverbot).
>
> Das staatliche Handeln ist verhältnismässig, wenn es optimal sowohl zum freien Genuss des Grundrechts G_1 als auch zum Schutz des kollidierenden Grundrechts G_2 beiträgt (reines Untermassverbot).

---

533 Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 38.
534 Vgl. M. Müller, Zauberwürfel, 30; Wiederkehr/Richli, Praxis, N. 1826/1851.
535 Vgl. Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5 N. 39; M. Müller, Zauberwürfel, 54 ff.; siehe bereits Botsch. VE 1996, 134.
536 Vorne, Teil 2, B.IV.1.c.
537 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 165; vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 269, m.H.
538 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 274: Diene ein Grundrechtseingriff dem Schutz anderer Grundrechte, korreliere das Untermassverbot mit der Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung; ebd., 266 ff., allgemein und ausführlich zum Untermassverbot.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kurz: Jene Massnahmen, die das materiell zulässige Mass an Grundrechtsschutz nicht überschreiten, sind jene, die das erforderliche Mass gleichzeitig nicht unterschreiten – und beide sind jene, die die Grundrechte optimal verwirklichen.

2. Gleichwertigkeit oder Hierarchie der Grundrechte?

a. Kritik der Gleichwertigkeitsannahme

Die konkrete Abwägung kollidierender Grundrechtsinteressen setzt die Kenntnis der Gewichte der kollidierenden Grundrechte voraus. Weil es im Kollisionsfall um Priorisierungsfragen und damit um den Vergleich konfligierender Ansprüche geht, ist nach dem Wert der relevanten Grundrechte im Vergleich untereinander zu fragen.[539] Offen ist, ob sich abstrakt gewisse Verhältnisse der Werte feststellen lassen, die in den meisten konkreten Fällen ihre Relevanz behaupten.

Die Lehre lehnt (soweit sie sich dazu äussert) die abstrakte Hierarchisierung der Grundrechte grossmehrheitlich ab: Eine theoretische Höherwertigkeit gewisser Grundrechte biete keine Lösung für die Grundrechtskollision; vielmehr sei die Abwägung im Einzelfall entscheidend.[540] Das Bundesgericht geht ebenfalls von der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen aus, ist bezüglich der Möglichkeit unterschiedlicher abstrakter Werte der Grundrechte aber nicht eindeutig. Soweit gesehen behauptete es erst einmal explizit, die Verfassung sehe keine Hierarchie der Grundrechte vor.[541] In der Regel bezog es sich, soweit es eine Hierarchie von Verfas-

---

539 Vgl. Holoubek, Grundrechtseingriff, 33.

540 Martin, Grundrechtskollisionen, 244; vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 13 ff.; Aubert, Bundesstaatsrecht, N. 272; Häfelin, Verfassungsgebung, 88 f.; Belser, BS-Komm. BV, Einleitung N. 69. Eher offen: Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 104 N. 223; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 77: „Bislang nicht geklärt ist die Frage, ob einzelnen Grundrechten eine Vorrangstellung zukommt, welche im Konfliktfall Auswirkungen auf die Interessenabwägung zeitigt."; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 69 f.; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 23; am Rande a.A. Reiter, Gerichtsinterne Organisation, Fn. 471 zu N. 175; kritisch auch Kaiser, Einerlei Verfassungsrecht, 11 f.

541 BGE 140 I 201 E.6.7, 212 f.: „En vue de résoudre un conflit de libertés […], c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre […], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sungsnormen ablehnte, auf andere Typen von Verfassungsnormen, davon namentlich auf Aufgabennormen.[542]

Die Verfassung sieht nicht explizit eine Rangordnung vor. Sie schliesst sie aber auch nicht aus: Es gilt zwar die These der Gleichwertigkeit der Menschen (Art. 7 BV) und der Anspruch auf Rechtsgleichheit (Art. 8 BV). Die Hierarchie der Grundrechte besagt nicht, Menschen seien unterschiedlich wertvoll. Sie ermöglicht m.E. erst den Respekt der Gleichwertigkeit der Personen, weil sie es ermöglicht, dass Grundrechten, die besonders vulnerable Personen schützen, im Konfliktfall grundsätzlich besondere Beachtung zukommt. Die Hierarchie der Grundrechte ist folglich auch nicht etwa abzulehnen, weil sie „unhaltbare Annahmen" einschlösse.[543]

Die Annahme, Grundrechtskollisionen liessen sich vollständig auf der konkreten Ebene lösen – das ist die Folge der Ablehnung abstrakter Hierarchien –, kontrastiert mit der Tatsache, dass gewisse Grundrechte oder grundrechtliche Teilgehalte explizit (Art. 36 Abs. 4; vgl. Art. 10 Abs. 3; Art. 11 BV) oder anerkanntermassen (Art. 7; Art. 10 Abs. 1 BV; gewisse Gehalte der Kommunikationsgrundrechte[544]) grundsätzlich besondere Achtung verdienen. Die hierarchieskeptische Lehre sieht darin keinen Widerspruch zur These der abstrakten Gleichwertigkeit der Grundrechte.[545] Das aber überzeugt nicht: Es fragt sich, was denn überhaupt noch abstrakt sein kann, wenn eine grundsätzlich besondere Achtung nicht identisch ist mit einem abstrakt höheren Wert (der aber, weil es nicht nur auf diesen Wert ankäme, sondern auch etwa auf die Intensität der Einschränkung, nicht die Vorrangigkeit des Höherwertigen in jedem konkreten Fall bedeutet).

Grundrechte als gleichwertig zu bezeichnen, mutet überdies deshalb künstlich an, weil sich Grundrechte durch innere Hierarchien von Kern-,

542 Vgl. BGE 132 II 408 E.4.5.1, 419; BGE 105 Ia 330 E.3c, 336; siehe für eine eher hierarchiefreundliche Formulierung dagegen: BGE 128 I 63 E.5, 77 f.: „Ist eine Rangfolge aus Verfassung und Gesetz nicht ableitbar, ergibt sich der Massstab aus den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Garantien insgesamt"; m.H. zum vorzitierten Urteil: BGer 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E.4.2.2: Es könne gar sein, „dass der neue Verfassungstext bei gegenläufigen Grundrechtsinteressen die erforderliche Güterabwägung selber vornimmt und zum Ausdruck bringt, dass das eine Grundrecht dem anderen vorgeht und dieses im Konfliktfall verdrängt", was aber „nicht leichthin anzunehmen [sei]".

543 So aber Teifke, Menschenwürde, 165.

544 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 252, kritisch betreffend die Kommunikationsrechte als mögliche *preferred freedoms*.

545 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 244; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 13–16.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Normal- und peripheren Schutzgehalten auszeichnen.[546] Es hängt von historischen Zufällen ab, welche grundrechtswürdigen Interessen zu ganzen Grundrechten und welche bloss zu Teilgehalten wurden.[547] Wären Grundrechte hierarchieunfähig, bedeutete dies, dass jene Schutzgehalte, die historisch so wichtig waren, dass sie in eigenständige Grundrechte mündeten, niemals abstrakt als höherwertig gelten dürften; Teilgehalte der Grundrechte könnten dagegen abstrakt höherwertig sein (weil deren Gleichwertigkeit wegen der Unantastbarkeit der Kerngehalte verfassungsfremd ist). Diese Disparität spricht m.E. gegen eine abstrakte Wertgleichheit aller Grundrechte.

b. Plausibilität abstrakter Wertunterschiede

Die Plausibilität abstrakter Wertunterschiede lässt sich an Beispielen demonstrieren, etwa mit Blick auf den Wert des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV) und der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV). In nahezu allen denkbaren Kollisionen dieser Güter ist die Vorzugswürdigkeit des Lebens klar: Das Recht von Blau, hier und heute nicht getötet zu werden, geht der Freiheit von Rot, hier und heute seine Meinung zu äussern, vor, solange wir beide als gleichwertig behandeln.

In nahezu allen Spannungsfeldern der beiden Grundrechte manifestiert sich die Höherwertigkeit des Lebens: Aufrufe oder andere Formen der Anstachelung zu Gewalt (etwa Hassreden) sind nicht schutzfähig. Einschränkungen anderer Formen lebensbedrohender Kommunikationshandlungen (z.B. eine mit Gewaltpotenzial einhergehende [Gegen-]Demonstration; oder die Publikation der Adresse des aus der Haft entlassenen Sexualstraftäters) wird man wegen der abstrakten Wertunterschiede nach einer kurzen Güterabwägung in der Regel als zulässig bestätigen können. Das deutet auf die Höherrangigkeit des Lebensrechts.

Hätte man es mit abstrakt gleichwertigen Schutzgütern zu tun, müsste man auch ohne Mühe eine Vielzahl an Situationen nennen können, in denen es richtig wäre, eine Einschränkung des Lebensrechts zugunsten freier Meinungsäusserung zu billigen. Das aber ist schwieriger. Man findet unechte Ausnahmen: Die Freiheit des Satirikers billigt man (hoffentlich) auch dann, wenn seine kritischen Darstellungen gewisser Religionen zu ernstgemeinten Morddrohungen gegen den Satiriker führen. Das liegt ers-

546 Vorne, Teil 2, B.II.2.
547 Vgl. Gächter, Staatsrecht, § 30 N. 2f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tens daran, dass eine ernst gemeinte Morddrohung als Lebensgefährdung zwar eine Einschränkung des Lebensrechts ist, dabei aber eine geringere Einschränkungsintensität aufweist als eine direkte Tötung. Zweitens sind nebst der Einschränkungsintensität hier indirekte Folgen äusserst wichtig: Es stehen weit mehr als bloss die Freiheit des Satirikers auf der Waage. Es geht ums Interesse aller potenziell kritischen Mitbürger, in einer Gesellschaft zu leben, in der solche Morddrohungen ihr primäres Ziel (das Verschwinden der Kritik) nicht erreichen und der Staat in keiner Weise Anreize zu solchen Morddrohungen schafft – was er etwa täte, wenn er Satiriker aufforderte, auf gewisse Publikationen „aus Sicherheitsgründen" zu verzichten.

Im Vergleich zu anderen Grundrechten (etwa dem Petitionsrecht des Art. 33 BV oder der Kunstfreiheit des Art. 21 BV) wäre die Meinungsfreiheit, da für das Wohl der Menschen im Regelfall aufgrund ihrer demokratischen Relevanz wichtiger, wohl eher abstrakt als wertvoller einzuschätzen.

Kurz: Vieles spricht gegen die These der abstrakten Gleichwertigkeit der Grundrechte. Zur Lösung von Grundrechtskollisionen kann es daher auch darauf ankommen, ob eines der Grundrechte abstrakt höherwertig ist und daher vermutungsweise vor dem kollidierenden Grundrecht vorzugehen habe.

3. Grundrechte und Grundrechtsvoraussetzungen

Will man den relativen Wert des Schutzes bestimmter Grundrechte einschätzen, ist zu fragen, was die Verwirklichung eines Grundrechts für die übrigen Grundrechte bedeutet. Bisweilen bildet der Schutz eines Grundrechts die Voraussetzung des Genusses anderer Grundrechte. So bildet das Lebensrecht laut Bundesgericht Ausgangspunkt und „Voraussetzung für alle anderen Grundrechte"[548]; schon in seiner älteren Rechtsprechung hatte das Bundesgericht anerkannt, dass Massnahmen der leistungsgewährenden Verwaltung „je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in der Verfassung gewähr-

548 BGE 136 II 415 E.3.2, 426.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

leisteten Grundrechte" bildeten.[549] Auch die Lehre weist auf die Relevanz solcher Relationen hin.[550]

Das muss bedeuten, dass jene Grundrechte und grundrechtlichen Teilgehalte, die auch Grundrechtsvoraussetzungen sind, besonders schutzwürdig sind. Dies gilt unzweifelhaft für alle Grundrechte, die den Schutz von Leib und Leben betreffen (insb. Art. 10 Abs. 1 und 2 BV)[551], und für die Menschenwürde (Art. 7 BV), solange sie nicht als „kleine Münze"[552] in Umlauf gebracht und dazu veruntreut wird, irgendeiner Political Correctness Aufschub zu verleihen.[553] Auch spezifische Freiheitsrechte können bei besonderer kausaler Relevanz für die Sicherung anderer Grundrechte eine prima facie erhöhte Schutzwürdigkeit aufweisen.[554] So etwa die Freiheit, keiner Religionsgemeinschaft angehören zu müssen (Art. 15 Abs. 4 BV), da deren Verletzung unweigerlich mit schweren Einschränkungen der freien Lebensentfaltung einherzugehen neigt[555]; der Austritt aus der Religion kann in gewissen Fällen nicht nur zum Ausschluss aus dem Kreis der bisherigen Angehörigen (zur *mort civile*), sondern gar zu Morddrohungen

549 BGE 103 Ia 369 E.5, 381.

550 Mastronardi, SG-Komm. BV, Art. 7, N. 53: „[Die Menschenwürde] gewährleistet all jene materiellen Voraussetzungen, die erforderlich sind, um die Grundrechte effektiv wahr[zu]nehmen"; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 26: In Zweifelsfällen gelte nicht der Vorrang der Handlungsfreiheit der Grundrechtsträger (*in dubio pro libertate*), sondern die Integrität als lebender Mensch (*in dubio pro integritate corporis*), weil Schädigungen an Leib und Leben in der Regel irreversibel seien. Ausführlich zum Thema der Vorbedingungen der Grundrechte: Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, § 190.

551 Vgl., mutatis mutandis, BGE 121 I 367 E. 2a, 370; BGE 100 Ia 392 E. 4c, 400.

552 So vor einer Banalisierung der Menschenwürde warnend Dürig, in Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 N. 16, 29; vgl. Gröschner, Konstitutionsprinzip, 21 f.: „[Es drohte] die Herabstufung der Würde zum Instrument der Einzelfallentscheidung und durch solche Instrumentalisierung die inflationäre Verwendung als ‚kleine Münze' […]. Die Interpretation als objektives Prinzip statt als subjektives Recht schwächt die Menschenwürde nicht, sondern stärkt sie, indem sie ihrem Wertverlust vorbeugt, den sie durch Anwendung auf Fälle wie Peep-Show, Telefonsex, Zwergenweitwurf oder In-vitro-Fertilisation erleidet"; Tiedemann, Vom inflationären Gebrauch, 606 ff.; Teifke, Menschenwürde, 69, 154. Für die Schweizer Lehre: Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 335d: „die Tragweite der Menschenwürde als Leitprinzip [sollte] nicht überdehnt werden, weil sonst ihre Steuerungskraft dort, wo sie wirklich auf dem Spiel steht, geschwächt werden könnte".

553 Vgl. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 287, 312; ferner: Kley, Verfassungsgeschichte, 328, der die Gefahren der Ächtung Andersdenkender erkennt.

554 Vgl. Nussbaum, Capabilities, 45 f.

555 Vgl, allerdings betreffend eher tiefe Austrittsbarrieren: BGE 134 I 75, 77 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führen. Solange Austrittsbarrieren diverse Grundrechtseinschränkungen mit sich führen, wiegt eine Verletzung des Art. 15 Abs. 4 BV prima facie stets schwerer als Verletzungen von Freiheiten, deren Einschränkung nicht zusätzlich andere Grundrechte beeinträchtigt. Mangels indirekter Relevanz für andere Grundrechte sind andere Teilgehalte der Religionsfreiheit nicht von solch herausragender Bedeutung wie die Freiheit von Zwang zur Religionszugehörigkeit. Von geringem Gewicht ist das allenfalls zu den peripheren Gehalten zählende „Recht" auf den Schutz religiöser Empfindlichkeiten. Eine Einschränkung dieses Gehalts zieht keine kausal erwartbaren Einschränkungen anderer Grundrechte nach sich; vielmehr führt ein Klima der kritischen Auseinandersetzung zu produktiven Zweifeln bei Vertretern aller Glaubensrichtungen, was der interkulturellen Verständigung und dem respektvollen Zusammenleben eher hilft als schadet. Auch fliesst aus der Religionsfreiheit nicht zwingend die Schutzwürdigkeit aller religiös fundierten Handlungen und Rituale: Menschenopfer zur Besänftigung der Götter sind schutzunwürdig und wären es auch, wenn sie die wichtigste Glaubensvorschrift einer der grössten Weltreligionen bildeten. Das Selbstverständnis der Religion kann zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit und der Intensität bestimmter Einschränkungen schlicht nicht massgebend sein.

Kurz: Besonders wertvoll (und damit prima facie im Kollisionsfall von höherem Gewicht) sind all jene Grundrechte und grundrechtlichen Teilgehalte, die selbst grundrechtsrelevant sind, weil sie den Genuss anderer Grundrechte erst ermöglichen und dazu beitragen, die freie Lebensentfaltung zu ermöglichen.

4. Praktische Konkordanz und schonender Ausgleich

a. Einordnung und theoretische Bedeutung

Im Falle konfligierender Verfassungsnormen wird eine Lösung unter Einhaltung des Prinzips der praktischen Konkordanz gefordert.[556] Dabei sollen widerstreitende Interessen so zueinander in Beziehung gebracht

556 Als konfliktlösendes Verfassungsprinzip entwickelt durch Konrad Hesse (siehe Hesse, Grundzüge, N. 317 f.); vgl. hierzu Martin, Grundrechtskollisionen, 224, m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden, dass die einzelnen Ansprüche optimal und im fairen Ausgleich verwirklicht werden.[557]

Methodisch gehört der Grundsatz der praktischen Konkordanz zur Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn.[558] Zudem spielt er bereits im Rahmen der (selbst der Verhältnismässigkeit verpflichteten) Auslegung konfligierender Verfassungsnormen eine Rolle.[559] Die Zuordnung zur systematischen Verfassungsauslegung liegt dort auf der Hand, wo aufgrund der Normstruktur uneinschränkbare Grundrechte konfligieren; so etwa, wo soziale Grundrechte (z.B. das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht des Art. 19 BV), die Garantie von Treu und Glauben (Art. 9 BV) oder Verfahrensgrundrechte (Art. 29 ff. BV) mit anderen Grundrechten konfligieren. Der Grundsatz praktischer Konkordanz bedeutet als Abwägungsprinzip, dass keines der entgegenstehenden Interessen völlig zulasten des anderen verwirklicht werden dürfe.[560] Als Auslegungsprinzip fordert er eine zwischen den konfligierenden Ansprüchen vermittelnde Verfassungsauslegung.[561]

b. Probleme der Applikation als Kollisionsregel

Die Herstellung praktischer Konkordanz ist bei (echten) Grundrechtskollisionen kaum möglich, weil dann ein Grundrecht nur auf Kosten des anderen gewahrt werden kann. Das heisst, dass sich nicht einfach beidseitig nur so wenig vom jeweiligen Grundrecht kürzen lässt, dass sich alle Grundrechte noch hinreichend verwirklichen lassen; es herrschte alternative Unmöglichkeit in Bezug auf die Erfüllung des Schutzumfangs, der unter normalen Umständen als Minimalanspruch anzusehen wäre.[562]

---

557 BGE 129 I 173 E.5.1, 181; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 41; Martin, Grundrechtskollisionen, 224; Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36, N. 36.

558 Martin, Grundrechtskollisionen, 224; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 36; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 23.

559 BGer 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E.4.2.2 (m.H.); vgl. Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 23; Tschannen, Verfassungsauslegung, 158 f.

560 BGE 123 I 152 E.3b, 157; vgl. BGE 125 I 21 E 3d/cc, m.H.; sich anschliessend Martin, Grundrechtskollisionen, 225.

561 Vgl. Kaiser, Einerlei Verfassungsrecht, 9 f., 20; Tschannen, Verfassungsauslegung, N. 21; Besson, obligations positives, 93 f.; siehe auch BGE 131 III 480 E. 3.1, 490.

562 Zur alternativen Unmöglichkeit vorne, Teil 2, B.V.3; vgl. zum Verständnis der Grundrechtskollision als Fall der alternativen Unmöglichkeit: Zucca, constitutional dilemmas, 23: Im Kollisionsfall könne nicht immer eine Lösung gefun-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das der praktischen Konkordanz entnommene Gebot, keines der kollidierenden Interessen völlig zulasten des anderen zu verwirklichen, ist vor allem vor dem Hintergrund zweier Theorien problematisch, die in der Lehre verbreitet Anklang finden: erstens der These der abstrakten Gleichrangigkeit aller Grundrechte und zweitens der weiten Tatbestandstheorie (wonach grundrechtliche Schutzbereiche im Zweifelsfall als eröffnet anzusehen sind).[563]

Die Kombination dieser Annahmen müsste in praktischen Fällen bedeuten, dass marginale, offensichtlich nicht vorzugswürdige Freiheitsanliegen mit Höchstgütern wie dem Lebensrecht oder der Menschenwürde kollidieren könnten *und* dabei auch noch ein Anrecht hätten, dieser Kollision mindestens teilweise siegreich zu entgehen. Die praktische Konkordanz verkäme zum Gebot fauler Kompromisse: Der Inhaber eines sich als nobel begreifenden Restaurants könnte im Namen der Wirtschaftsfreiheit zwar nicht zu jeder Tageszeit, aber doch jeweils abends allen Männern nordafrikanischer Herkunft den Einlass verbieten.

Diese Überlegungen zeigen, dass die praktische Konkordanz eine begrenzt hilfreiche Kollisionsregel ist. Vernünftig wäre die Forderung der Herstellung praktischer Konkordanz im obigen Sinne dann, wenn man sie nur im Falle eines Konflikts ähnlich gewichtiger Interessen zur Anwendung brächte; dort versteht es sich aber bereits von selbst, dass nach Möglichkeit keine Grundrechtsposition gänzlich auf Kosten der anderen zu retten ist. Sind unterschiedliche gewichtige Werte im Spiel, drohen groteske Resultate.

Kurz: Die praktische Konkordanz kann nicht einfach pauschal in jedem Kollisionsfall eine Teilverwirklichung kollidierender Grundrechte fordern. Denn diese beidseitige Teilverwirklichung ist schlechthin nicht immer möglich; und wo sie möglich ist, ist sie nicht immer wünschenswert.

---

den werden, welche die tieferliegende Einheit der Werte zum Ausdruck bringt; a.A. wohl Dworkin, Igel, 30.

563 Zur Möglichkeit einer Hierarchie vorne, Teil 2, C.IV.2; zur weiten Tatbestandstheorie vorne, Teil 2, B.II.4.a und c; von beiden Annahmen ausgehend wohl: Martin, Grundrechtskollisionen, 56 ff., 224 f. und 244; vgl. BGer 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E.4.2.1 – 4.2.2, wo das Bundesgericht ebenfalls von der Gleichwertigkeitsthese und dem Gebot praktischer Konkordanz ausgeht.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Praktische Konkordanz als Leitidee

Hilfreich ist die praktische Konkordanz als Leitidee und Orientierungsprinzip im Rahmen der Grundrechtsauslegung.[564] Sie erinnert dabei an die Notwendigkeit der Beachtung aller beteiligten Grundrechte, warnt vor der Versuchung jeder zu simplen, ein Grundrecht unter Ausblendung anderer rettenden Lösung. Auch mit Blick auf eine nachhaltige Grundrechtsanwendung findet der Gedanke der praktischen Konkordanz Raum; selbst dann, wenn die Teilverwirklichung der betroffenen Grundrechte nicht möglich ist, sollten Lösungen gesucht werden, welche die betroffenen Schutzgüter längerfristig besser verwirklichen – und Lösungen vermieden werden, die kontraproduktive Anreize schaffen.

Im Sinne der praktischen Konkordanz dürfte etwa eine Politik der strikten Unerpressbarkeit des Staates gegenüber Lösegelderpressern begründet werden; kurzfristig mag dies unbefriedigend sein (Aufopferung von Leben), mittelfristig kann es indes die optimale Lösung sein, soweit sich damit wirksam Entführungsanreize verringern lassen. Grundsätzlich wird man im Falle der Kollision existenzieller Güter tendenziell die Interessen des Opfers gegenüber ähnlichen Interessen des Störers priorisieren müssen (Störerprinzip)[565], weil damit Störungsanreize abgebaut werden.

d. Schonender Ausgleich

Das Prinzip des schonenden Ausgleichs fordert, dass im Kollisionsfall die konfligierenden Interessen soweit möglich, also schonend, miteinander in Einklang gebracht werden.[566] Obwohl oft im selben Atemzug vom schonenden Ausgleich und von praktischer Konkordanz die Rede ist, unterscheiden sich die Konzepte. Praktische Konkordanz verheisst eine übereinstimmende („konkordante") und harmonische Lösung. Der schonende Ausgleich ist bereits semantisch eher ein pragmatisches Konzept: Schonung ist einfach Schadensminimierung. Ziel ist das kleinste Übel. Das versteht sich von selbst, sagt aber auch nicht viel. Man mag sich im Kollisionsfall am Gedanken des schonenden Ausgleichs orientieren, sollte aber nicht zu sehr auf seine Schlichtungskraft setzen; er wird im Notfall nicht plötzlich zur substanziellen Kollisionsregel.

---

564 Vgl. Martin, Grundrechtskollisionen, 226 f.
565 Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.
566 Vgl. Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 153; Besson, Obligations, 93.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V Struktur unantastbarer Grundrechtsgehalte

Einige grundrechtliche Schutzgüter gelten als unantastbar. Bei solchen Gütern besteht kein Raum für eine verhältnismässige Einschränkung (i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV) zur Wahrung öffentlicher Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV).[567] Die Frage, die sich vor allem vor dem Hintergrund der Problematik der Grundrechtskollision stellt, lautet, ob und wie die Uneinschränkbarkeit gewisser Rechte überhaupt begründet und gewährleistet werden kann.

1. Unantastbare Güter der Bundesverfassung

a. Unantastbarkeit grundrechtlicher Kerngehalte

Die Bundesverfassung zeugt in vieler Hinsicht vom Bemühen des Verfassungsgebers, nüchtern zu formulieren.[568] Selbst ausnahmslos geltende Verbote wie jenes der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV) sind schlicht formuliert. Explizit als unantastbar werden nur die Kerngehalte der Grundrechte bezeichnet (Art. 36 Abs. 4 BV).[569] Diese sind uneinschränkbar.

Typischerweise umfasst der Kerngehalt nur eine geringe Proportion des gesamten Schutzgehalts eines Grundrechts; so im Falle der spezifischen Freiheitsrechte (z.B. des Rechts auf Privatsphäre des Art. 13 BV[570]) und der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Bei anderen Grundrechten liegen Schutzbereich und Kerngehalt nah beieinander. So kann jede absichtliche Tötung als Kerngehaltseinschränkung des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV) gewertet werden; dies ist plausibel, solange man vom Begriff der absichtlichen Tötung jene Handlungen ausnimmt, die demselben Zweck wie das Tötungsverbot dienen: Leben, das die Betroffenen leben wollen, zu schützen.[571] Daraus folgt, dass eine Handlung, durch die drei

---

567 Vgl. Magistro, Rapport suisse, 82; Mahon, Droits fondamentaux, 70.

568 BBl 1997 I 1, 118 f. (Nüchternheit des Vefassungsgebers).

569 Gächter, Grundrechtslehren § 30, 427 f. N. 78; Schefer, Kerngehalte, 5, 21 und 73; Müller, Bemerkungen, N. 58; Kiener/Kälin, 69.

570 Für den Kerngehalt etwa: Schefer, Kerngehalte, 450 f.: Unzulässig wäre, vom Staat zur Vornahme oder Erduldung einer sexuellen Handlung gezwungen zu werden.

571 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, N. 1246: „L'Etat ne saurait (risquer de) porter atteinte au *droit à la vie*, si ce n'est au nom du *droit à la vie* justement", wobei im Falle einer möglichen Kerngehaltskollision abzuwägen sei (vgl. ebd. N. 774,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leben gerettet und zwei getötet werden, keine Kerngehaltsverletzung ist, weil die Absicht augenscheinlich nicht das Töten, sondern das Bewahren von Leben ist.[572] (Die Tötung kann aber unverhältnismässig sein.)

Bei wieder anderen Grundrechten, so der Menschenwürde[573], stimmt der Kerngehalt mit dem sachlichen Schutzbereich überein:

b. Unantastbarkeit der Menschenwürde

Obwohl die Menschenwürde in Art. 7 BV nicht explizit als unantastbar bezeichnet wird, ist sie aufgrund entsprechender Anerkennung in Praxis und Lehre auch für das Schweizer Verfassungsrecht unantastbar.

Das Bundesgericht hat die Menschenwürde des Art. 7 BV nie explizit als „unantastbar" bezeichnet.[574] In einem Urteil zu Fragen der Zwangsmedikation sah es die Menschenwürde „zentral betroffen", nicht aber verletzt. Es befand, eine mit der Zwangsmedikation bezweckte Hilfeleistung bedeute keinen Eingriff in den „Kernbereich der Menschenwürde".[575] Die Formulierung suggeriert, die Menschenwürde bestehe nicht nur aus

---

1167 und 1246); ähnlich in Bezug auf die Kerngehaltsdefinition, aber anders als hier und bei Dubey mit Ablehnung der Abwägung (oder einer immanenten Ausnahme) im Falle der Kerngehaltskollision: Müller/Schefer, Grundrechte, 49: „[J]eder absichtliche und zielgerichtete Eingriff in das Recht auf Leben [ist] eine Verletzung des Kerngehalts dieses Grundrechts […] Ausnahmen gibt es keine; eine Abwägung findet nicht statt".

572 Vgl. für die ethische Begründung einer solchen Kerngehaltsdefinition: hinten, Teil 3, D., insb. III.3.a-c; Teil 3, F.IV.1; siehe auch Teil 3, E.I und für eine Illustration am praktischen Fall: Teil 4, D.IV.1.

573 Dubey, Droits fondamentaux, N. 1195; vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 1 ff.; Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, N. 63; Mahlmann, Garantie der Menschenwürde, 1317; Haller, Menschenwürde, § 209; mit Vorbehalt: Mastronardi, SG-Komm. BV, Art. 7, N. 56: „Die Menschenwürde erträgt in ihrem Individualrechtsgehalt keine Beschränkungen, da ihr Geltungsbereich in der Regel mit ihrem Kernbereich zusammenfällt […]. Ausnahmen sind dort denkbar, wo die Menschenwürde den Normbereich eines andern Grundrechts erweitert".

574 Keine Ausnahme ist BGE 127 I 6 E.5b, 14, da sich das Bundesgericht darin auf Art. 1 Abs. 1 GG bezieht: „Art. 7 BV enthält nach seinem Wortlaut eine Handlungsanweisung und unterscheidet sich insofern von Art. 1 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes, welcher ausdrücklich die Unantastbarkeit der Menschenwürde garantiert".

575 BGE 127 I 6 E.5g, 17 und E.9e, 30; vgl. BGE 107 Ia 52 E.3c, 57: „die öffentliche Blossstellung der Person des Schuldners und seiner Angehörigen [beeinträchtigt] das soziale und ökonomische Ansehen des Betroffenen erheblich. *Seine*

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem uneinschränkbaren Bereich. Im selben Entscheid hiess es aber auch, die Menschenwürde sei ein Leitgrundsatz jeglicher Staatstätigkeit und bilde als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte.[576] Das Bundesgericht anerkannte zudem, dass der Menschenwürde in besonders gelagerten Fällen ein eigenständiger Gehalt zukommen könne, womit es ein Grundrecht i.e.S. und nicht nur ein Leitprinzip sei.[577] Überdies hat das Bundesgericht betont, dass die Menschenwürde die unterste Grenze gemäss Art. 12 BV geschuldeten Nothilfe bildet, woraus folge, dass die Nothilfeleistungen zumindest die physische Integrität der Betroffenen respektieren müssten.[578] Insgesamt geht das Bundesgericht damit wohl von der zwingenden Beachtung der Menschenwürde aus.[579]

Dass in seinen Urteilen nirgends von einer „unantastbaren" Menschenwürde die Rede ist, muss keine inhaltliche Position zum Ausdruck bringen. Es kann auch vom Respekt der Gründe zeugen, derentwegen der Verfassungsgeber auf eine solche Formulierung verzichtete. Dieser hielt die strikte Unantastbarkeit wohl für nicht realisierbar und erachtete die Menschenwürde zudem nicht als anderen Höchstwerten a priori überlegen.[580] Das ist insofern vernünftig, als die Menschenwürde höchst vage und unbestimmt definiert ist: Sie entziehe sich „einer abschliessenden positiven Festlegung" und betreffe „das letztlich nicht fassbare Eigentliche" des Menschen, den sie in seiner eigenen Werthaftigkeit und seinem persönlichen So- oder Anderssein anerkenne.[581] So unfassbar wie die Men-

---

Würde und Ehre sind in einem Ausmass betroffen, das die Anrufung des Grundrechts der persönlichen Freiheit rechtfertigt." (Hervorhebung ergänzt).

576 BGE 132 I 49 E.5.1, 54; vgl. BGE 131 I 166 E.5.3, 177.

577 Während das Bundesgericht in BGE 127 I 6 E.5b, 14 sich noch nicht hinter die entsprechenden Lehrmeinungen stellte („Darüber hinausgehend wird der Menschenwürde für besondere Konstellationen ein eigenständiger Gehalt zugeschrieben"), vertrat es später diese Meinungen selbst: BGE 132 I 49 E.5.1, 54: „Für besonders gelagerte Konstellationen kann der Menschenwürde ein eigenständiger Gehalt zukommen."; nur bisweilen, vor allem wenn entsprechende Normen zitiert werden, bezieht sich das Bundesgericht auf „die Menschenwürde und die Grundrechte", als wären es zweierlei (siehe etwa BGE 133 II 136 E.5.2.1, 142).

578 BGE 131 I 166 E.8.2, 182 f.

579 Vgl. BGE 132 I 49 E.5.1, 55.

580 Botsch. VE 1996, 141: „[D]ie Formulierung, wonach die Menschenwürde unantastbar sei, [könnte] den Eindruck erwecken, der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspräche. Darüber hinaus ist kein anderes Grundrecht derart absolut gefasst, nicht einmal das Recht auf Leben."

581 BGE 127 I 6 E.5b, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schenwürde ist nun aber auch ihr Schutzbereich.[582] Das droht nun zu bedeuten, der Staat könne gar nicht wissen, wann er ihn einschränke. Müsste man aus diesem „nicht fassbaren Eigentlichen" ein anwendbares Recht herleiten, hätte man Mühe. Es ist zudem zweifelhaft, ob die unfassbare Garantie denn auch, wie bisweilen erhofft[583], eine operable Basis für Kollisionslösungen liefere. Vorstellbar ist es, wenn man zur Lösung auf etwas zurückgreift, das durch die Menschenwürde (die eine philosophische Perspektive eröffne[584]) hindurch ins Recht gelangt; zum Beispiel auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen. Dann aber wäre der Satz, man löse eine Grundrechtskollision auf Basis der Menschenwürde, einfach eine wohl effiziente, silbensparende, aber nicht wörtlich zu nehmende *façon de parler*.

Die Vagheit und die damit einhergehende inhaltliche Volatilität der Menschenwürdegarantie führten in Verbindung mit der strikten Geltungsanordnung zu erheblichen Missbrauchsgefahren. Obwohl an der Unantastbarkeit einer eng definierten Menschenwürde nichts auszusetzen ist, zwingt dies zur Zurückhaltung in der Rechtsanwendung; dies auch im Interesse des fundamentalen Charakters der Menschenwürde.[585] Lösungen allein auf Basis der Menschenwürde sind ohnehin kaum jemals erforderlich (und waren es bisher nie[586]), weil es der Verfassung an anderen, eher direkt anwendbaren Gerechtigkeitsnormen nicht mangelt.

2. Theorien zur Struktur unantastbarer Kerngehalte

Die Natur des Unantastbaren wurde in der Schweizer Lehre vor allem mit Blick auf den Kerngehalt der Grundrechte diskutiert. Dabei stehen einige Verständnisse im Streit:[587] Für Vertreter der *absoluten Kerngehaltstheorie* gewährleistet der Kerngehalt den Schutz spezifischer Ansprüche in einem unbeweglichen materiellen Umfang; wie schwer konfligierende Güter wiegen, spielt keine Rolle. Demgegenüber sind Vertreter der *relativen Kerngehaltstheorie* der Ansicht, die Unantastbarkeit des Kerngehalts sei beständig, nicht aber dessen materieller Gehalt, den auch die Umstände des Einzel-

582 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 50.
583 HEß, Grundrechtskonkurrenzen, 168, m.H.
584 Müller/Schefer, Grundrechte, 3.
585 Vgl. Biaggini, BV, Art. 7 N. 8.
586 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, N. 1158; siehe auch Biaggini, BV, Art. 7 N. 8.
587 Dazu und zum Nachfolgenden siehe auch: Gertsch, Kerngehalte, 16–18.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

falls bestimmten.[588] Für Vertreter der *rigoristischen Kerngehaltstheorie* fliesst aus der Unantastbarkeit des Kerngehalts, dass dieser in jedem erdenklichen Fall allen anderen Gütern vorzugehen habe; selbst dort, wo Kerngehalte kollidieren. Die *realistische Kerngehaltstheorie* nimmt zumindest bei Kerngehaltskollisionen an, dass die Sperrfunktion des Kerngehalts entfällt und abzuwägen oder von einer immanenten Schranke eines Kerngehalts auszugehen ist. Die wichtigsten Kombinationen und Varianten dieser Theorien werden hiernach besprochen:

a. Rigoristische und absolute Kerngehaltstheorie

Eine absolute und zumindest prima facie rigoristische Kerngehaltstheorie ist in der Schweizer Lehre verbreitet.[589] Demnach riegelt der Kerngehalt besonders schutzwürdige Werte vor jedem Eingriff ab; er umfasst konkrete Güter, die unter keinen Umständen einschränkbar sind und deren Vorrangigkeit nicht einmal im Rahmen einer Abwägung mit höchsten Gegeninteressen überprüft werden darf. Jede Verhältnismässigkeitsprüfung müsse vor dem Kerngehalt Halt machen; die Gründe, die üblicherweise eine Einschränkung rechtfertigen (i.S.v. Art. 36 Abs. 1–3 BV), können ihm nichts anhaben.[590] Das mit der absoluten Kerngehaltstheorie deklaratorisch oft einhergehende rigoristische Verständnis fordert in jedem Konfliktfall das Ausserachtlassen aller Gegeninteressen; selbst zur Rettung einer Million Menschen soll man einen Menschen nicht töten dürfen.[591] Die Verfassungsauslegung ist nur eingeschränkt zulässig: Man dürfte vage Kerngehalte nicht dadurch konkretisieren, dass man die durch sie womöglich

588 Vgl. Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, 64.

589 Für die absolute Kerngehaltstheorie: Schefer, Kerngehalte, 73, mit Fn. 177 ff.; Martin, Grundrechtskollisionen, 239; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit, 52; Hangartner, SG-Komm. BV (2008), Art. 5, N. 40; Gächter, Grundrechtslehren § 30, 427 f. N. 78; Biaggini, BV, Art. 36 N. 24; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 207 f.; Kayser, Schranke, 247 ff.; Tschentscher, Optimization, 9; siehe auch die Darstellung der Positionen bei Gertsch, Kerngehalte, 16 f., Fn. 110.

590 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 67; vgl. J.P.Müller, Bemerkungen, N. 58; Rhinow, Grundzüge, N. 1019 ff.; Schefer, Kerngehalte, 73; Tschentscher, Optimization, 9; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit, 52; HEß, Grundrechtskonkurrenzen, 139; Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, 64. Ferner BGE 131 I 166 E.5.3, 177.

591 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 554 und 558.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geschützten Bereiche mit Interessen vergleicht, die diesen Bereichen gegenüberstehen.[592]

Eine konsequent rigoristische Kerngehaltstheorie wird in der Schweizer Lehre selten verfochten: Selbst jener Teil der Lehre, der die strikte Unantastbarkeit des Kerngehalts postuliert, räumt vernünftigerweise (so Schefer) zumindest im Fall der Kerngehaltskollision die Notwendigkeit pragmatischer, abwägungsbasierter Lösungsgründe ein.[593] Damit wird etwa in Kollisionsfällen die Zulässigkeit des finalen (tödlichen) Rettungsschusses begründet oder das Verbot der Rettungsfolter untermauert.[594] Schweizer etwa stellt fest, in der Kerngehaltskollision offenbare sich eine „begrenzte, aber nicht zu übersehende Relativität" des Kerngehalts.[595] Auch dort, wo die Lehre die Notwendigkeit der „Relativierung" nicht explizit einräumt, kommt sie bisweilen um eine implizite Relativierung gewisser Kerngehalte kaum umhin: So etwa, wenn angenommen wird, abwehrrechtliche Kerngehalte gingen schutz- und leistungsrechtlichen Kerngehalten in jedem Fall vor.[596] Oder dort, wo verfochten wird, der Kerngehalt umfasse nur Abwehrgehalte.[597]

---

592 Vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 228.

593 Schefer, Kerngehalte, 92: „Auch Widerstreite grundrechtlicher Kerngehalte betreffen praktische Fragen der Rechtsanwendung. Die Beantwortung von Kollisionsproblemen muss daher für weitere, pragmatische Argumente zugänglich bleiben. Dies kann zur Folge haben, dass sich gewisse Kerngehaltskollisionen zwar nicht auflösen lassen, aber eine gewisse Plausibilität für die eine oder andere Lösung spricht."

594 Illustrativ für Letzteres: Schefer, Kerngehalte, 91 f., demzufolge etwa wegen der Missbrauchs- und Dammbruchgefahren am Folterverbot selbst bei Kerngehaltskollisionen festzuhalten ist; vgl. ebd., 406 f.; siehe allg. auch: Müller/Schefer, Grundrechte, 3: „Kein verfassungsrechtlicher Text vermag irgendein Absolutes verfügbar zu machen; er kann höchstens Zugänge zu einem Unbedingten und Umfassenden in geschichtlicher Bedingtheit öffnen."; ferner Tschentscher, Optimization, 7, der darauf hinweist, dass, wenn alle Verfassungsnormen abwägungsfähig wären, die Kritik höchstrichterlicher Urteile erheblich erschwert würde (auch das ein pragmatisches Argument für unantastbare Verfassungsgüter); Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, 207 ff.; Martin, Grundrechtskollisionen, 238.

595 Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36, N. 45; vgl. Leisner-Egensperger, 65, 67: „Wirkungen von Normen solcher Weite [ist es] an sich eigen, daß sie nicht alle möglichen Fälle befriedigend erfassen. Die Normgeltung als solche vermag dies nicht in Frage zu stellen."; ferner Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 17 f., mit der Feststellung, ein kategorischer Imperativ könne vielleicht, im Fall von Pflichtenkollisionen, gegen einen anderen abgewogen werden.

596 So Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 69.

597 Vgl. Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Relativierung entkommt man, wenn man sich mit unbestimmten Formulierungen begnügt: So heisst es, der Staat dürfe sich „gewisser Mittel" auf keinen Fall bedienen, weswegen nicht erwogen werden dürfe, ob die „Anwendung bestimmter Verhörmethoden" zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter nicht allenfalls doch vertretbar sei.[598] Die Aussage ist zu allgemein, als dass sie inhaltlich widerlegt werden könnte. Die unbedingte Aussage bezüglich „bestimmter Verhörmethoden" (gemeint sind zweifellos Formen menschenunwürdiger Behandlung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV) ist indes nur deshalb plausibel, weil man es sich dabei implizit vorbehalten kann, nur jene Verhörmethoden zur bestimmten Sorte zu zählen, die auch im konkreten Kollisionsfall ungerecht wäre. In unklaren Fällen muss zur Beantwortung der Frage, ob ein grundrechtlicher Anspruch auf Schutz oder Abwehr ins Reich des Unbedingten gehört (d.h., zu gehören verdient), die Rechtsanwendung eine Güterabwägung vornehmen.[599]

b. Realistische Kerngehaltstheorie

Neben der geschilderten (scheinbar) absoluten Kerngehaltstheorie ist eine offen pragmatische Position verbreitet.[600] Diese nimmt an, dass sich der Kerngehalt unabhängig von der Handlung des Staates im Rahmen einer Kerngehaltskollision als nicht unantastbar offenbare. Folglich seien Kerngehaltseinschränkungen im Extremfall unvermeidbar und damit abwägungshalber begründbar.[601] Vor allem die französischsprachige Lehre

598 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 67 f.
599 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 61, m.H.
600 Dubey, Droits fondamentaux, N. 774 und 1246; Mastronardi, SG-Komm. BV, Art. 7, N. 56; Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102; Gertsch, Kerngehalte, 17; Kayser, Schranke, 248 f.; vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 113: „Kerngehalte sind *notstandsfest*; Ausnahmen gibt es wenn überhaupt nur wenige"; vgl. ebd., § 10 N. 12.
601 Gertsch, Kerngehalte, 17; vgl. Teifke, Menschenwürde, 154.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neigt dazu, Ausnahmen trotz rigoristischer Formulierungen der Garantiegehalte zu gestatten.[602] Ähnlich flexibel hält es das Bundesgericht.[603]

c. Relative Kerngehaltstheorie

Gemäss der relativen Kerngehaltstheorie sind Massnahmen, die den Kerngehalt verletzen, immer unverhältnismässig: Jeder Eingriff in den Kerngehalt wiegt so schwer, dass nichts ihn rechtfertigen kann; es kann kein überwiegendes Interesse an seiner Einschränkung geben.[604] Kerngehalte stellen somit „vorweggenommene Interessenabwägungen" dar.[605] Die Frage pragmatischer Ausnahmen von der Sicherung des Kerngehalts stellt sich für Vertreter der relativen Kerngehaltstheorie nicht; sie können widerspruchsfrei von einem uneinschränkbaren Kerngehalt ausgehen.[606]

Das bedeutet nun, dass die Prüfung von Kerngehaltsverletzungen die Wiederholung zentraler Aspekte der Verhältnismässigkeitsprüfung darstellt.[607] Die Unantastbarkeit des Kerngehalts wird damit zu einer Art Tautologie.[608] Aus Sicht der relativen Theorie ist dies notwendig: Wäre der Kerngehaltsschutz nicht per Definition verhältnismässig, könnte dies zu

---

602 Vgl. Mahon, Droits fondamentaux, N. 30 und 51 ff., wo das Recht auf Leben als uneinschränkbar bezeichnet wird, obwohl der Autor den legitimen finalen Todesschuss billigt, weil dabei der eintretende Tod nicht „l'objectif primaire d'une action étatique" sei; siehe auch Dubey, Droits fondamentaux, N. 1167, 1245 und 1246 f. versus N. 1195 und 1198. Dem Kerngehalt wird eine geringe Praxisrelevanz zugemessen: Mahon, Droits constitutionnels, N. 7: „une vertu pédagogique"; vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 254; Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 115; siehe auch: J.P.Müller, Bemerkungen, N. 57: „unverzichtbare Signalwirkung".

603 Siehe einerseits: BGE 136 II 415 E.3.2, 426: Das Recht auf Leben bilde als fundamentales Grundrecht die Voraussetzung aller anderen Grundrechte und gehöre zu den „zwingenden Normen des Völkerrechts und den notstandsfesten Garantien der EMRK"; im Entscheid des gleichen Jahrgangs anderseits aber auch: BGE 136 I 87 E.4.2, 96: „Weder der Anspruch auf körperliche Unversehrtheit noch der als Abwehrrecht verstandene Anspruch auf Leben sind […] absolut".

604 Vgl. Bolz, Schutzobjekt, 188 f.; M. Müller, Zwangsmassnahmen, 190 ff.; ferner ders., Zauberwürfel, 43 ff.; Gertsch, Kerngehalte, 12. Für die deutsche Lehre vgl. Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 57; hierzu (aber a.A.) auch Schefer, Kerngehalte, 60 m.H..

605 Gächter, Staatsrecht, § 30, N. 78; siehe auch Leisner-Egensperger, 66.

606 Gertsch, Kerngehalte, 17, Fn. 110.

607 Vgl. Niggli/Riedo, Unantastbar?, 762 ff.

608 So Leisner-Egensperger, 66.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Situationen führen, in denen die Kerngehalte den Staat zu einer unzumutbaren Vorgehensweise zwänge.

Das Bundesgericht, das praktisch nie mit dem Kerngehalt operiert, hat im Streit zwischen der absoluten und der relativen Kerngehaltstheorie bisher noch nicht klar Stellung bezogen.[609] Die nachfolgende Untersuchung der Struktur der Unantastbarkeit gewisser Rechtsgüter soll Klarheit schaffen.

3. Ablehnung rigoristischer Ansätze

a. Irrelevanz (oder Unerfüllbarkeit) rigoristischer Kerngehalte

In Realität neigt jedes Postulat zum rigoristischen Schutz unantastbarer Normen entweder zur praktischen Irrelevanz oder zur Unerfüllbarkeit: Je enger der unantastbare Schutzgehalt definiert ist, desto eher ist der Schutz des Unantastbaren im praktischen Recht irrelevant.[610] Je breiter hingegen der unantastbare Schutzgehalt wäre, desto eher erwiese sich der volle Schutz als unerfüllbar; denn weitgreifende Schutzbereiche mit einer gewissen Relevanz für das zwischenmenschliche Dasein kollidieren eher mit den Ansprüchen anderer Menschen. Spätestens im Fall der Kollision des Unantastbaren erwiese sich die rigoristische Schutzzusage als nicht einlösbar.[611] Abstrakte Formeln wie die Objektformel, derzufolge die Menschenwürde verletzt ist, wenn der Mensch zum blossen Objekt herabgewürdigt wird, ändern daran nichts: Nach der abstrakten Festsetzung der Menschenwürde durch eine solche semantische Formel bleibt der Begriff ausfüllungsbedürftig.[612]

---

609 Offengelassen in: BGE 136 I 17 E.4.5, 28, zuvor hatte das Bundesgericht sowohl für die absolute (BGE 109 Ia 273 E.7, 289; 101 Ia 392 E.3b, 397) als auch für die relative (BGE 124 I 304 E.4 b, 309) Kerngehaltstheorie scheinbar Position bezogen.

610 Vgl. Leisner-Egensperger, 70 f. mit Fn. 63; siehe auch Dubey, Droits fondamentaux, N. 1158, betreffend der (illustrativen) geringen praktischen Bedeutung der subjektivrechtlichen Menschenwürde in der bisherigen Bundesgerichtspraxis.

611 Gertsch, Kerngehalte, 17; vgl. Teifke, Menschenwürde, 154.

612 Treffend Teifke, Menschenwürde, 67; vgl. Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 171, der als Verfechter der Höchstrangigkeit der Menschenwürde durchaus erkennt, dass unkalkulierbare Deutungen des Garantiegehalts der Menschenwürde verheerende Auswirkungen haben könnten, solange die Würde als Über-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Unvermeidbarkeit immanenter Schranken

Das Festhalten an einer unbestimmten Definition der Kerngehalte führt nicht zu Kerngehalten, deren rigoristischer Schutz möglich wäre. Sind Kerngehalte vage definiert, lässt sich deren Tragweite erst durch Normkonkretisierung erhellen.[613] Das rigoristische Abwägungsverbot dürfte dies nicht zulassen; es müsste konsequenterweise jede Auslegung untersagen, durch die die Kerngehalte im Lichte fallspezifischer Umstände so konkretisiert werden, dass deren Tragweite praktisch greifbar wird.[614] Diese Auslegung kann nämlich (immanente) Schranken hervorbringen, die etwa aus dem Umstand herrühren, dass die Grundrechte und Kerngehalte allen Menschen gleichermassen zustehen.

Mit anderen Worten: Das Bemühen, unantastbare Normen verständlich zu machen, lässt sich insofern nicht mit dem rigoristischen Ansatz vereinbaren, als jedes Definieren ein Begrenzen ist (so Oscar Wilde: „to define is to limit"[615]). Der rigoristische Ansatz müsste nebst der teleologischen auch die systematische Auslegung – als methodische Ausgangspunkte für die Identifikation immanenter Schranken – untersagen. Damit besiegelt der Rigorismus seine eigene Unglaubwürdigkeit; unter seinem Regime ist es unmöglich, zu erkennen, was nun genau unantastbar ist (soweit dies, wie sehr oft, nicht bereits zweifelsfrei feststeht). Er führt dabei zur Irrelevanz der Kerngehalte, da er den Staat in die widersprüchliche Lage versetzt, etwas zwingend tun oder lassen zu müssen, von dem er nicht einmal wissen darf, was es ist. Dies kann nur zu einem Weniger an Schutz und Achtung der Kerngehalte führen, da der Staat nicht (gezielt) schützen und achten kann, was er nicht einmal definieren kann.[616]

Mit anderen Worten, der rigoristische Ansatz ist abzulehnen, wenn Kerngehalte einen praktischen, nicht nur symbolpolitischen Wert haben sollen; denn dann lässt sich das Konkretisieren unbedingter und zugleich unbestimmter Garantien (das eine Form der Einschränkung ist) nicht vermeiden. Verzichtbar wäre das Konkretisieren nur dort, wo die von

---

grundrecht begriffen wird: „Eine Beeinträchtigung wäre, sofern sie als die Menschenwürde schützend legitimiert wird, in jedem Fall gerechtfertigt."

613 Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 171.

614 Für eine solche Auslegungsgrenze vgl. Hillgruber, Schutzbereich, N. 31; Mahlmann, Grundrechtstheorie, 228; kritisch dazu Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 139.

615 Wilde, The Picture of Dorian Gray, Kap. 17, Lord Henry: „To define is to limit".

616 Vgl. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 140.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem Kerngehalt konkret geschützten Werte etwa aufgrund einer anerkannten Praxis feststünden und damit ausnahmsweise nicht unbestimmt wären. Diese Klarheit ist der Menschenwürde und den meisten Kerngehalten nicht gegeben.[617] Im Rahmen der kontextuellen Konkretisierung des Schutzumfangs dieser Kerngehalte ist vielmehr erst mithilfe eines Vergleichs aller betroffenen Werte nach dem zu suchen, was die Menschenwürde oder der fragliche Kerngehalt in Konstellationen dieser Art schützen sollten.[618]

c. Rückzug auf die Unantastbarkeit der abwehrrechtlichen Würde?

Es fragt sich, ob der Rigorismus plausibel wäre, wenn er sich damit begnügte, im Kollisionsfall immer nur die abwehrrechtlichen Kerngehalte zu schützen.[619]

Dies ist nicht der Fall. Erstens, eine solche „halbe" Unantastbarkeit wäre wohl nicht einmal mehr rigoristisch. Zweitens, das einseitige Abwehrprivileg verstiesse gegen das Gebot der symmetrischen Begründung von Kollisionslösungen.[620] Drittens, die halbierte Unantastbarkeit ist verfassungsfremd, da die Verfassung keinen Anhaltspunkt für ein Abwehrprivileg enthält. An der Menschenwürde aufgezeigt: Art. 7 BV fordert explizit Achtung und Schutz der Menschenwürde. Zudem finden zahlreiche Formen der Würdeverletzung (etwa rassistisches Handeln, das Art. 261bis StGB verletzt) auf der Horizontalebene statt.[621] Spezifische Grundrechte

---

617 Zur Absichtlichkeit der Unbestimmtheit der Menschenwürde siehe etwa: BGE 132 I 49 E.5.1, 55; BGE 127 I 6 E.5b, 14 f.

618 Vgl. Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 46 ff., N. 80–82; siehe auch hinten, Teil 3, D.I.2.a, zur vergleichenden Bewertung aus Sicht der Folgenethik.

619 In die Richtigung für den Kerngehalt: Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7 N. 69: „Kollidieren Schutz- mit Achtungspflichten im Bereich der Kerngehalte, gehen die Achtungspflichten vor."; vgl. Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36 N. 66, wonach der Kerngehalt bei Schutzpflichten eine Verhaltens- und keine Ergebnispflicht definiere.

620 Zum Symmetriegebot vorne, Teil 2, B.IV.1.c; vgl. auch zur damit verbundenen Begründungspflicht: BVerfGE 93, 266 (293): „Da […] sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind, bedarf es stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, daß der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt."

621 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 2: „[Wird] eine Person wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Minderheit lächerlich gemacht", ist die Menschenwürde verletzt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sehen überdies zum Schutz der Menschenwürde Pflichten zu einem aktiven Tätigwerden des Staates vor.[622] So darf keine Person in einen Staat abgeschoben werden, wenn ihr dort Folter, grausame oder unmenschliche Behandlung drohen (Art. 25 Abs. 3 BV). Der Staat muss aktiv abklären, ob eine entsprechende Bedrohungslage vorliegt. Zudem hat jeder Mensch Anspruch auf die für ein menschenwürdiges Dasein unentbehrliche Nothilfe (Art. 12 BV).[623]

Die These der bloss abwehrrechtlich unantastbaren Menschenwürde leugnet die zwingende Natur diverser Pflichten zum aktiven Schutz der Menschenwürde.[624] Gleiches gilt für alle Kerngehalte: Irrelevant ist, auf welche Gefahrenquelle (ob Staat, Private, höhere Gewalten) eine Bedrohung des Kerngehalts zurückzuführen ist. Denn das Ansinnen, jedes Antasten – egal, durch wessen Hand – zu verhindern, ist im Wort „unantastbar" (Art. 36 Abs. 4 BV) unübersehbar. Eine Deutung contra verba legis wäre nur aus besonders gewichtigen Gründen möglich; doch die gibt es hier nicht.[625]

4. Begründung der pragmatischen Unantastbarkeit

Wer das Konzept der Unantastbarkeit der Menschenwürde oder der grundrechtlichen Kerngehalte nicht rigoristisch begreift, muss den unbedingten Schutz des Kerngehalts aufgeben oder (so hier) anders begründen.

Die pragmatisch definierte Unantastbarkeit ist der erste Teil dieser Begründung. Angenommen wird, dass gewisse Schutzgüter in jedem realistischen Konfliktfall vorzugswürdig sind und eine Ausnahmeregelung

---

622 Vgl. Mahlmann Grundrechtstheorie, 218, Fn. 194; Gertsch, Kerngehalte, 18–19.

623 Statt vieler: BGE 138 V 310 E.2.1, 313; BGE 131 I 166 E.3.1, 172.

624 Vgl. für solche Pflichten: BGE 133 II 136 E.6, 146 f., betr. ein Verbot der Ausstrahlung pornografischer Filme zum Schutz der Menschenwürde; Dubey, Droits fondamentaux, N. 1180 (vgl. ebd., N. 1167); siehe ferner die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu notwendigen Einschränkungen der Meinungs- oder Kunstfreiheit zum Schutze der Menschenwürde: BVerfGE 75, 369 (380); BVerfGE 93, 266 (293); aus der deutschen Lehre: Michael/Morlok, Grundrechte, N. 544: „Eingriffe in die Menschenwürde und die Vernachlässigung, sie zu schützen, sind keiner Rechtfertigung zugänglich."; Hillgruber, Schutzbereich, N. 30: Dem Menschen „kommt ein nicht nur von der staatlichen Gewalt, sondern […] auch von jedem privaten Dritten unbedingt zu achtender Wert zu".

625 Vgl. vorne, Teil 2, B.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

praktisch zweckwidrig wäre. Die so als unbedingt begründbare Norm ist nicht etwa abwägungsfremd; sie ist jedoch das Produkt einer vorweggenommenen Güterabwägung und damit abwägungs*gefestigt*.[626] Diese Begründung hat Vorteile: Während jede rigoristisch-absolute Konzeption der Unantastbarkeit an fiktiven Fällen zerbricht (z.B.: Darf man foltern, um ein Genozid zu verhindern?), erhebt die pragmatische Unantastbarkeit nur Anspruch auf Geltung in lebensrelevanten Fällen. Der Befund, ein Schutzgehalt sei aus pragmatischen Gründen unantastbar, setzt eine Prognose voraus: Die Folgen der unbedingt geltenden Norm sind einzuschätzen und mit den Folgen potenziell vorzugswürdiger Normen mit Ausnahmeregelung zu vergleichen. In einem solchen Vergleich lässt sich die Uneinschränkbarkeit sachlich spezifischer Grundrechtsgehalte erhärten; so etwa jene des Verbots der Tötung oder sonstiger physischer Gewalt zu Strafzwecken (Art. 10 Abs. 1 und 3 BV). Bei vagen Normen ist eine realistische Folgenprognose aufgrund der fast unbegrenzten Zahl zu beachtender Varianten und Hypothesen nicht realisierbar, weswegen die pragmatische Unantastbarkeit für unbestimmte Normen und Schutzgehalte nicht infrage kommt.

Zu beachten ist, dass die Uneinschränkbarkeit des Schutzgutes nicht erst dann begründet ist, wenn in der realen Welt der Eintritt einer Situation, in der eine Einschränkung materiell gerechtfertigt wäre, schlicht nicht zu fürchten ist;[627] es reicht auch aus, wenn keine Regel mit Ausnahmen denkbar ist, die voraussichtlich zu besseren Folgen führte als die ausnahmslos geltende Regel. Die Vernünftigkeit der Regelung der unantastbaren Norm setzt somit nicht voraus, dass auch in jedem einzelnen Fall die Durchsetzung dieser Regel (isoliert betrachtet) einer abweichenden Lösung vorzuziehen ist. Gerade wegen der Risiken der Fehlinterpretation oder Fehlapplikation gut gemeinter Ausnahmeregelungen ist es ratsam,

626 Vgl. Teifke, 70 f. Die Besonderheit von Art. 1 Abs. 1 GG könne darin liegen, dass der Tatbestand der Menschenwürde „ausgesprochen eng bestimmt wird, so daß so gut wie keine Einschränkungen erforderlich sind." Dies machte „praktisch eine absolute Geltung der Menschenwürde möglich, theoretisch aber [wäre] die Menschenwürde grundsätzlich abwägungsfähig"; siehe auch: Gächter, Grundrechtslehren, N. 78, der die Kerngehalte als Produkt einer vorweggenommenen Güterabwägung betrachtet.

627 Vgl. Teifke, Menschenwürde, 157.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufzurunden, indem man einige, gemäss einer realistischen Prognose fast immer geltungswürdige Normen als unbedingt geltend definiert.[628]

Die pragmatisch begründete Unantastbarkeit der Kerngehalte führt im Ergebnis zu strikt geltenden Kerngehalten im Sinne der absoluten (jedoch nicht rigoristischen) Kerngehaltstheorie; kommt es entgegen der die Unantastbarkeit begründenden Prognose unerwartet zur Kollision mit anderen Kerngehalten, ist abzuwägen (hier also im Sinne der realistischen Kerngehaltstheorie).

5. Begründung der begriffslogischen Unantastbarkeit

a. Vorüberlegung

Gemäss *Humes Gabel* ist Erkenntnis nur analytisch-deduktiv oder empirisch-induktiv möglich.[629] Jedes Verständnis der Unantastbarkeit im absoluten, nicht pragmatischen Sinn (dessen Aussagen folglich auch in mit Sicherheit nie eintretenden fiktiven Fällen überzeugen müssten) lässt sich wohl weder deduktiv noch induktiv beweisen:

- Die mit absoluter Sicherheit zutreffenden Gültigkeitsprognosen, die ein rigoristisch begriffener Kerngehalt voraussetzt, lassen sich nicht induktiv begründen; denn die induktive Erkenntnis schöpft aus einer endlichen Zahl an Anwendungsfällen, aus der zwangsläufig keine immer gültigen (unendlichen) Schlüsse resultieren. Induktiv begründete Schlussfolgerungen beanspruchen somit nicht Gewissheit für sich, sondern nur jeweils unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsgrade.[630] Am Beispiel: Die Erfahrung, wonach das gezielte Erschiessen eines Menschen durch die Ordnungskräfte in einem Gemeinwesen in allen bisher registrierten Fällen unrichtig gewesen wäre, bewiese nicht, dass ein finaler Rettungsschuss auch in Zukunft nie legitim sein könnte.
- Der Deduktion sind Grenzen gesetzt, weil die deduktive Begründung ein rein formaler Prozess ist: Eine deduktive Schlussfolgerung ist folgerichtig, wenn ihre Schlüsse gültig aus den Prämissen folgen, und wahr,

628 In Bezug auf die Begründung ausnahmefreier Normen ähnlich: Krasmann, Folter im Recht, 233: „Das Problem des Ausnahmezustands besteht […] [zuerst] darin, dass die Norm mit der Rechtswirklichkeit nichts zu tun hat."

629 Dazu Flew, Dictionary of Philosophy, 156.

630 Salmon, Logik, 35 f. ; Potacs, Rechtstheorie, Rechtstheorie, 149.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> wenn es die Prämissen sind, aus denen richtig gefolgert wird.[631] Für die deduktive Begründung rigoristisch verstandener unantastbarer Schutzgüter müssen die Prämissen nicht nur plausibel sein, sondern ausser Zweifel stehen (sonst fehlt es am Unbedingten in der Prämisse). Es müsste feststehen, dass ein unantastbares Gut jedem hiermit je kollidierenden Gut stets vorzuziehen sei. Zudem muss die unbedingte Richtigkeit einer Prämisse ihrerseits begründet werden; folglich verschiebt sich das Problem jeweils auf die nächste (abstraktere) Ebene. Im Prinzip wanderte das Begründungserfordernis von Prämisse zu Prämisse stetig (im infiniten Regress) weiter; praktisch ist eine endlose Begründung aber nicht leistbar, sodass es zum Abbruch der Begründung oder zur Scheinbegründung (z.B. per Zirkelschluss) kommt.[632]

Folglich gibt es hier keine letzten Sicherheiten; die nicht pragmatisch definierte Unantastbarkeit einer Handlungsnorm ist unbeweisbar, soweit es ihr um eine für alle irgendwie denkbaren (realistischen und rein fiktiven) Konstellationen richtige Bewertung spezifischer Handlungen geht. Ist trotzdem eine Form der Unantastbarkeit denkbar, die nicht – wie die pragmatische – das Produkt einer vorweggenommenen Abwägung ist?

b. Struktur der begriffslogischen Unantastbarkeit

Wenn es unantastbare Normen gibt, die nicht auf Güterabwägungen im Rahmen vorweggenommener Folgenerwägungen basieren, dann sollte deren Erkenntnis apriorisch möglich sein.[633] Unabhängig von mit potenziellen Fällen rechnenden Folgenerwägungen müsste präzise vorhersagt werden können, welche Art Handlung immer richtig sei. Eine solche Form der Unantastbarkeit ist durchaus denkbar, wie bereits das Verständnis der Kerngehalte im Sinne der relativen Kerngehaltstheorie erahnen lässt. Ein Beispiel ist der seit Jahrhunderten als selbstverständlich geltende Satz, das kleinere Übel sei dem grösseren vorzuziehen.[634] Der Satz enthält keine Prognose – und doch trifft er nicht nur punktuell, sondern immer zu. Aussagen dieser Art verletzen nicht *Humes Gabel* (d.h. sie begründen keine Erkenntnisse, die deduktiv und induktiv nicht möglich sind), solange ihre

631 Salmon, Logik, 37 und 41.
632 Vgl. Albert, Traktat, 15.
633 Vgl. Scanlon, not a Kantian, 121; Schopenhauer, Grundlage, § 6, 204.
634 Hofmann, Geflügelte Worte, 318, m.H. etwa auf Sokrates, Aristoteles und Cicero.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Richtigkeitsprognosen keine eigentliche Vorhersage des Vorrangs eines konkreten Werts betreffen, sondern nur eine begriffliche Vorwegnahme des zu erschliessenden Konkreten enthalten. Wie erkennt man weitere solcher Aussagen?

Man muss, ähnlich wie Kant, nach *formalen* Grundsätzen suchen und versuchen, solche Normen auf apriorisch richtigen Prämissen abzustützen.[635] Weil aber das kantische Verständnis von den Möglichkeiten apriorischer Erkenntnis teilweise überholt ist[636], bedarf es einer Anpassung. Wenn alles a priori Erkannte bloss formal sein soll, worauf Schopenhauer konsequenter besteht als Kant, folgt hieraus, dass sich apriorisches Wissen nicht auf den Inhalt, sondern nur auf die Form der Handlungen beziehen kann.[637] Formen sind aber relativer Natur: Sie beschreiben Verhältnisse (Abstände, Winkel, Gewicht etc.) einer Sache im Verhältnis zu einer anderen. Folglich kann das Apriorische im Sinne Schopenhauers nur von den Beziehungen zwischen den Dingen, nicht von den Dingen selbst handeln.

Ein ähnliches Verständnis vom Apriorischen findet sich bei Russell:[638] Apriorische Erkenntnisse betreffen keine materialen Gegenstände und basieren nicht auf Empirie im engen Sinn, beziehen sich aber gleichwohl auf eine Form von Erfahrungswissen abstrakter Art: „[O]ur a priori knowledge is concerned with entities which do not, properly speaking exist, either in the mental or in the physical world. These entities are such as can be named by parts of speech which are not substantives; they are such *entities*

---

635 Kant, GMS, IV 420, 14 f. definiert den kategorischen Imperativ als „ein synthetisch-praktischer Satz a priori"; vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 20.

636 Vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 21: Kant fasse den Bereich des Apriori zu weit und den des Empirischen zu kurz.

637 Schopenhauer, Über die Grundlage der Moral, § 6, 186.

638 Hierzu und zum Folgenden: Russell, The Problems of Philosophy, Kap. 8, zur Frage: *How A Priori Knowledge is Possible*. Russell nahm wie Kant an, apriorisches Wissen sei mehr als bloss analytisches Wissen i.e.S., das auf den Ausschluss von Widersprüchen beruht; doch befand er, Kant habe den erkennenden Menschen von den Ungewissheiten der zu erkennenden Natur ausgenommen und damit fälschlicherweise auf die Letztgewissheit arithmetischer Erkenntnisse geschlossen: „[T]here is one main objection which seems fatal to any attempt to deal with the problem of a priori knowledge by [Kant's] method. The thing to be accounted for is our certainty that the facts must always conform to logic and arithmetic. […] Our nature is as much a fact of the existing world as anything, and there can be no certainty that it will remain constant. It might happen, if Kant is right, that to-morrow our nature would so change as to make two and two become five. This possibility […] is one which utterly destroys the certainty and universality which he is anxious to vindicate for arithmetical propositions."; vgl. Bruce Russell, A Priori Knowledge, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

as qualities and relations. Suppose, for instance, that I am in my room. I exist, and my room exists; but does 'in' exist? Yet obviously the word 'in' has a meaning; it denotes a relation which holds between me and my room."[639]

Apriorisches Wissen ist demnach jene Art Wissen, das die relativen (etwa räumlichen oder zeitlichen) Verhältnisse betrifft, über deren abstrakte Beschaffenheit Aussagen möglich sind, ohne dass wir absolute Grösseneinheiten zur Verfügung haben müssten; es ist in Aussagen zu finden wie jener, im einen Glas sei mehr Wasser enthalten als im anderen; oder ein menschliches Leben habe länger gedauert als ein anderes. Es geht stets um die Beziehung der Dinge zueinander. Denn Gewissheiten gibt es nur in relativen Belangen.

c. Begriffslogische Unantastbarkeit im Recht

Apriorische Richtigkeitsaussagen im dargelegten Sinn sind daher auch in einer (ontologisch fundierten) Rechtsethik denkbar. Eine in begriffslogischer Hinsicht unantastbare Norm setzt eine relative Wertekonstellation in der Tatbestandsdefinition voraus, aufgrund welcher die Rechtsfolge des unbedingten Schutzes stets richtig erscheint. Ein Beispiel dafür ist das Willkürverbot, das vor Gesetzen und Akten schützt, die sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen, sinn- und zwecklos sind oder dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwiderlaufen.[640] Bei dieser Definition kann man sich per Definition keine sinnvollen, sachlich begründeten oder gerechten Ausnahmen zur Geltung des Willkürverbots denken. Dessen unbedingte Geltung ist Folge der Tatsache, dass es kein starres Mass des vermeintlich materiell Guten oder Richtigen garantiert, sondern begrifflich kontextbezogen ist. Der Streit, den man zur Willkürfrage im Einzelnen austrägt, findet im Rahmen der Frage nach der Anwendbarkeit des Verbots statt, indem man etwa prüft, ob eine Massnahme im Lichte aller legitimen Gesetzesziele schlicht sinn- und zwecklos ist.

Zur Illustration: Obgleich Willkür bedeutend weniger Leid verursachen kann als eine Tötung, ist nur Erstere immer verboten. Das liegt an der rela-

---

639 Russell, The Problems of Philosophy, Kap. 8.

640 Statt vieler: BGE 124 I 297 E.3b, 299; vgl. BGE 110 Ia 7 E.2b, 13; vertiefend dazu etwa Mahon, Droits constitutionnels, N. 159–162; Müller/Schefer, Grundrechte, 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiven Schwere der Einschränkung.[641] Im Begriff „Willkür" ist ein grobes Ungleichgewicht der Interessen bereits enthalten. Das Willkürverbot muss niemals „von aussen" (i.S.v. Aussenschranken) eingeschränkt werden. Alle zulässigen „Einschränkungen" sind in die Definition des Begriffs der Willkür einzuspeisen. Gleiches gilt für alle willkürlichen Verletzungen anderer Grundrechte: Dass das Verbot willkürlicher Tötungen unbedingt gilt[642], ist daher eine begriffliche Notwendigkeit.

Analoges gilt für das Gebot der Verhältnismässigkeit. Es ist der Archetyp relational konzipierter, begriffslogisch uneinschränkbarer Normen.[643] Verhältnismässigkeit verspricht keine materiellen Sollzustände. Es kann unverhältnismässig sein, wenn ich heute auf offener Strasse höflich von der Polizei angehalten werde und meine Identität preisgeben muss; morgen aber kann es bereits verhältnismässig sein, wenn man mich tötet, sofern ich etwa selbst dazu ansetze, jemanden umzubringen. Die Umstände prägen die Werte, die Rechtsfolgen und damit die Last, die man dem Einzelnen zumuten kann. Der Grundsatz aber ist stets derselbe. Er wird im Notfall nicht entbehrlich, da seine Rechtsfolgen gerade begriffsnotwendig durch die Umstände („Verhältnisse") determiniert sind. In dieser Hinsicht kann man jener Lehre folgen, die das Verhältnismässigkeitsprinzip sogar als notstandsfest bezeichnet.[644] Unvermeidbar ist aber, dass in der Not gewisse Dinge als verhältnismässig gölten, die im Alltag krass unzumutbar wären.

Kurz: Der Tatbestand einer begriffslogisch unbedingten Norm knüpft die Applikation der Norm an vorwiegend formal definierte anwendungswürdige Verhältnisse. Die Abwägung findet daher immer nur (und bereits) im Rahmen der Frage statt, ob ein die Aktivierung der unbedingten Norm rechtfertigender Sachverhalt (z.B. eine den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck eines Gesetzes aushöhlende Normauslegung beim Willkürverbot) konkret vorliege. Daraus ergibt sich, dass Prima-facie-Kollisionen solch unbedingt geltender Normen, die implizit auf dem Prinzip

641 Vgl. vorne, Teil 2, C.II.1.c-d.

642 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 142.

643 Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 76 f.; Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 139, den relativen Wesensgehaltsbegriff gerade ablehnend, da die „Abwägung kollidierender Rechtsgüter […] jeweils auf das einzelne Grundrecht bzw. dessen jeweiligen Schutzgegenstand bezogen [ist]. Liesse man eine Sperrwirkung zu, würde dies zu einem absoluten Gebot der Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes führen."

644 Künzli/Kälin, Verhältnismässigkeitsprinzip, passim; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36 N. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Verhältnismässigkeit beruhende Tatbestandselemente enthalten, durch Abwägung gelöst werden.[645]

6. Möglichkeit der hybriden Begründung der Unantastbarkeit

Auch die hybride Begründung der Unantastbarkeit, also mithilfe von pragmatischen und begriffslogischen Erwägungen, ist denkbar. Dies ist insbesondere dort möglich, wo unantastbare Normen teilweise klar definiert und teilweise höchst offen sind. Eine hybride Begründung der Unantastbarkeit ist etwa für die Menschenwürde und für das Folterverbot möglich.[646]

645 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 101: „Rechtsvorschriften können aber auch implizite auf Abwägung beruhende Tatbestandselemente enthalten, die in deren Wortsinn nicht aufscheinen. So kann eine Interpretation ergeben, dass Grundrechtskollisionen im Wege der Abwägung zu lösen sind, obwohl eine solche im Wortsinn der betroffenen Grundrechte keinen Niederschlag gefunden hat."

646 Hinten, Teil 4, C.II.3/IV.1 – 2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 3: Gerechtigkeitstheorien

A. Vorüberlegungen

I Aussagegehalte einer Gerechtigkeitstheorie

1. Begründung vs. Strategie der Gerechtigkeit

Der Begriff der Gerechtigkeitstheorie bedeutet zumindest zweierlei[647]:

- Gerechtigkeitstheorien im engeren Sinn *begründen*, wodurch sich Gerechtigkeit auszeichnet. Sie beantworten nicht direkt die Frage, wie man Gerechtigkeit unter realen Bedingungen fördert, sondern die Frage, wodurch sich etwas als gerecht kennzeichnet. Es geht somit um die abstrakte Definition der Gerechtigkeit und ihrer Wesensmerkmale, mithin um die *Konzeption* der Gerechtigkeit.
- Gerechtigkeitsstrategien (auch dies i.w.S. Gerechtigkeitstheorien) geht es dagegen mehr um die *Konfektion* der Gerechtigkeit; sie beschreiben, wie man sich unter realen Umständen der Gerechtigkeit in der Erkenntnis und im Handeln annähern kann. Sie sind folglich bemüht, ein vernünftiges, vermutungsbasiertes Verständnis der Gerechtigkeit (das mit Blick auf die tiefere abstrakte Definition der Gerechtigkeit zumindest plausibel ist) in Erfahrung zu bringen und Wege aufzuzeigen, sich dieser anzunähern. Die Gerechtigkeitsstrategie arbeitet dazu mit Heuristiken[648] und anderen effizienten Simplifizierungen.

Vorab ist zu bemerken, dass die Gerechtigkeitsstrategie widerspruchsfrei anders strukturiert sein kann als die sie legitimierende Gerechtigkeitstheorie. So können Utilitaristen Gerechtigkeit als grössten Nutzen der grössten Zahl im relevanten Kreis Gerechtigkeitssubjekte definieren[649]; das zwingt

---

647 Vgl. die Unterscheidung zwischen Gerechtigkeitsbegründung und Gerechtigkeitserzeugung bei Dreier, Recht und Gerechtigkeit, 107 sowie 111 ff. und Tschentscher, Prozedurale Theorien, 88.

648 Dazu hiernach, Teil 3, A.I.2.

649 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20: „the greatest happiness of all those whose interest is in question, as being the right and proper, and only right and proper and universally desirable, end of human action"; Helvétius, De l'Esprit, pos. 133/7510: „et que cet homme sache encore qu'une action est

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie keineswegs, alle praktischen Probleme mithilfe minutiöser Nutzenrechnung zu lösen. Utilitaristen können ohne Weiteres beispielsweise auf diskursethische Strategien[650] oder auf die Entwicklung von Tugenden durch eine allen zugängliche, hochwertige Erziehung setzen[651], solange sie darin einen folgenoptimierenden Weg sehen.

2. Heuristiken der Gerechtigkeit

Heuristiken sind Denkabkürzungen, die an die Stelle der praktisch nicht realisierbaren Überlegungen treten, die zur fehlerfreien Ermittlung der Antwort auf eine Frage nötig wären.[652] Heuristiken können folglich auch praktische Hilfsgriffe einer Gerechtigkeitsstrategie sein: Weil die für jeden Fall optimale Gerechtigkeit kaum je fehlerfrei errechnet werden könnte, sind Heuristiken hilfreich, um auf effiziente Weise eine Lösung zu ermitteln, die mit angemessener Wahrscheinlichkeit hinreichend gerecht ist. Im vorliegenden Verständnis sind Ergebnisse heuristischer Erwägungen insoweit plausibel, als dabei wenigstens indirekt Erfahrungswissen zur Anwendung kommt: Wer eine Traditionsheuristik befolgt, löst ein Problem im Zweifelsfall so, wie es in seinem kulturellen oder sozialen Umfeld seit längerer Zeit gelöst zu werden pflegt; wer sein Handeln im Sinne einer Konsensheuristik am Willen einer Mehrheit ausrichtet, knüpft indirekt an erfahrungsgeprägte Präferenzen; wer sich an der Empfehlung von Fach-

---

plus ou moins mauvaise, selon qu'elle nuit plus ou moins au bonheur de la société."

650 Die Utilitaristen der französischen Aufklärung übten sich in Helvétius' und Holbachs Salons im engagierten philosophischen Diskurs (dazu ausführlich: Blom, Böse Philosophen; Onfray, Les ultras); sie kamen dem Ideal der Diskursethik nahe. Diderots Dialoge muten bisweilen an wie das Produkt idealer Diskurse – siehe ders., Entretien d'un père avec ses enfants ou Du danger de se mettre au-dessus des lois (1771); Le Neveu de Rameau (1805); Le Rêve de D'Alembert (1830).

651 So Helvétius, De L'Esprit, Kap. III.1, pos. 2878/7511 ff., pos. 2937/7511: „Je pourrois donc conclure que l'inégalité d'estprit des hommes peut être indifféremment regardée comme l'effet de la nature ou de l'éducation."; Helvétius, De l'homme, Kap. I 10, 587/9853: „Quel peut être ce but [de l'éducation]? Le plus grand avantage public, c'est-à-dire, le plus grand plaisir et le plus grand bonheur du plus grand nombre des citoyens."; siehe auch Dubois, Selbsterziehung, passim.

652 Silver, Signal, 267; siehe zudem: Kahneman, Thinking, Teil II; Kahneman/Tversky, Judgement Under Uncertainty, 1124–1131.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

personen orientiert (Expertenheuristik), setzt auf deren Qualifikation und Erfahrung. Hinten werden einige Heuristiken dargelegt.[653]

3. Komponenten einer Gerechtigkeitsaussage

Gerechtigkeitsaussagen setzen folgende Bezüge voraus: einen Bezug zum Gehalt oder materiellen Gegenstand der Gerechtigkeit (*was?*); die zumindest implizite Festlegung des Kreises jener, die Anspruch auf Gerechtigkeit haben (*für wen?*); Annahmen über das relative Mass der Ansprüche (*wie viel im Verhältnis zu?*):[654]

- Der erste Bezug betrifft den materialen (substanziellen) Gegenstand der Gerechtigkeit. Dass die Gerechtigkeitsbegründung stets materialer Anknüpfungspunkte bedarf, räumen auch Anhänger prozeduraler Gerechtigkeitstheorien ein.[655] Inhaltlich kann es um vieles gehen, nicht zuletzt um grundrechtlich geschützte Güter (z.B. Nahrung, Kleider und ein Dach über dem Kopf; körperliche Unversehrtheit; Zugang zu wertvollen Gesundheitsdienstleistungen; Raum zur Ausübung diverser Freiheitsrechte [z.B. der Bewegungs- oder der Niederlassungsfreiheit]; alltägliche Sicherheit [z.B. der Kinder auf dem Schulweg]; Informationszugang; politische Partizipation).
- Im zweiten Bezug geht es um die Frage, wem die zur Rede stehende Gerechtigkeit zukommt; wer also Gerechtigkeitssubjekt ist und vom relevanten Kreis der Gleichheit (dazu sogleich) umschlossen ist.[656]
- Im dritten Bezug fragt sich, wie viel vom Gegenstand der Gerechtigkeit einer Person in relativer Hinsicht, also im Vergleich zum verfügbaren Ganzen und zur Summe aller Berechtigten, gewährt werden soll. Der Unterschied zwischen dem zweiten und dem dritten Bezug rührt daher, dass nicht zwingend alle Berechtigten stets im gleichen Verhältnis

653 Teil 3, F.IV.

654 In weitere Bezüge aufgefächert dagegen bei: Tschentscher, Prozedurale Theorien, 50: Die fünf begriffsnotwendigen Bezüge des Gerechtigkeitsprädikats sind der Handlungs-, Richtigkeits-, Sollens-, Sozial- und der Gleichheitsbezug.

655 Siehe etwa die Diskussion zu Rawls und Habermas in: Horster, Postchristliche Moral, 246 f.; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 140: „Schwieriger wird die Abgrenzung zwischen materialen und prozeduralen Gerechtigkeitstheorien dort, wo die materialen Gehalte nicht nur im Ergebnis, sondern schon in der Begründung eine Rolle spielen. Das ist bis zu einem gewissen Grad unausweichlich."

656 Siehe unten, Teil 3, A.I.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

am Guten teilhaben: Tiere oder künftige Menschen können als Gerechtigkeitssubjekte anerkannt werden, ohne dass man ihnen den Umfang der Rechte gewährte, die lebende Menschen geniessen.

Diese Gehalte oder Bezüge genügen, um sich in rational nachvollziehbarer Weise zum Wert von Handlungen oder Situationen zu äussern. Wäre eine der Fragen nicht zumindest implizit beantwortet, hätte die Aussage keinen fassbaren Gehalt.

II Kreise der Gleichheit

Wer Gleichheitsforderungen aufstellt (also ein Recht auf gleiche Berücksichtigung einfordert), der muss von einem Kreis Subjekte ausgehen, auf die es überhaupt ankommt. Die Gleichheitsforderung, die den Grundverteilschlüssel für Gerechtigkeitsanliegen angesichts begrenzter Ressourcen darstellt, setzt somit eine Antwort auf sehr grundlegende Fragen der Ethik voraus: Wessen Interessen sind von Belang? Man könnte meinen, die Frage sei einfach, und auf die Relevanz der Interessen aller Menschen weisen. Doch selbst dies wäre als Minimum nicht völlig unanfechtbar: Sind nicht Freunde, Familienangehörige und andere Schicksalsverwandte im Notfall „gleicher" als andere? Bedeutet die Billigung der Abtreibung, dass der Embryo noch nicht Mensch ist? Warum soll man sich mit den Interessen der Menschen begnügen? Ist nicht jedes empfindungsfähige Tier, vielleicht jedes Leben schlechthin von Belang? Wie auch immer die Antworten auf solche Fragen ausfallen: Der Kreis der Gleichheit setzt die Definition voraus, auf welche Wesen es überhaupt ankommt.

Solange keine zwingende Antwort auf solche Fragen in Sicht ist, sind m.E. alle intuitiv plausiblen, nicht klar unhaltbaren Prämissen denkbar. Die Prämisse, von der konkret ausgegangen wird, ist der (hier so bezeichnete) Kreis der Gleichheit; wo parallel (etwa wegen der divergierenden Positionen der Urteilenden) mehrere Kreise konkurrieren, kann es auch im Konkreten zu konkurrierenden Gerechtigkeitsaussagen kommen.[657]

657 Vgl. Sen, On Ethics and Economics, 76: „It is a matter of internal structure of an ethical approach to insist, or not to insist, that different persons, irrespective of their positions, must evaluate the same state of affair in exactly the same way."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Gerechtigkeit als Perspektive

Gerechtigkeitstheorien können von einer von der Perspektive abhängenden Bewertung ausgehen.[658] Der Erlebnishorizont oder die Position des Urteilenden im Gefüge der zu beurteilenden Ereignisse prägen die Bewertung.[659] Ein Ereignis kann von Grün glaubwürdig als gerecht und von Grau ebenso plausibel als ungerecht bewertet werden: Die Rettungskräfte, die nach einer Schneelawine nur die Zeit haben, eine Person zu bergen, und in der Folge Grün befreien, weil sie Mutter eines kleinen Sohnes ist, agieren aus Sicht von Grün und wohl auch aus der Sicht der Rettungskräfte gerecht, da dabei dem Kind der Verlust eines Elternteils erspart wird. Doch Grau irrt nicht, wenn er die Sache anders bewertet und etwa einwendet, er habe noch nicht einmal das Glück gehabt, Vater zu werden; sein Tod sei grausamer, weil er nicht einmal in seinen Nachfahren weiterlebe. Hierin liegt kein Widerspruch, da die divergierenden Wertungen auf unterschiedliche Prämissen des persönlichen Urteils (hinsichtlich der Antwort auf die Frage: *für wen?*) zurückzuführen sind. Die wenigstens implizite Klärung der Frage, für wen (und damit: aus wessen Sicht) Gerechtigkeit zu beurteilen ist, geht jeder Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitsfragen logisch voraus.[660]

2. Gerechtigkeit aus Sicht des Grundrechtsgaranten

Angenommen, die Polizei will Leben retten, indem sie auf einen bewaffneten Angreifer schiesst. Dessen Tod wird in Kauf genommen, weil der finale Rettungsschuss die einzig hinreichend sichere Rettungsmassnahme und damit eine gerechte Kollisionslösung ist. Wäre diese Tötung aus Sicht der tatunbeteiligten Tochter des Störers gerecht? Womöglich nicht. Sie hätte aufgrund der für sie relevanten Kreise der Gleichheit rationale Gründe, die staatliche Intervention als ungerecht zu erleben. Das aber ist nicht die dem Staat obliegende Bewertungsperspektive: Er darf als Garant der Grundrechte aller die Tötung nicht etwa bloss unterlassen, bloss weil sie aus Sicht einer Person ungerecht ist. Er ist zu Neutralität verpflichtet

658 Vgl. Sen, Justice, 215 ff. (insb. 220).
659 Vgl. Dubois, Selbsterziehung, 118; Sen, Justice, 155 ff. und 214.
660 Ausführlich zu diesen Fragen: MacIntyre, Whose Justice? Which Rationality?

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und darf sich nicht auf die Position eines Individuums zurückziehen.[661] Er muss allgemein urteilen. Das heisst auch, zur Rechtfertigung darf er sich nur bedingt auf die Notstands- und Notwehrnormen berufen, die bei privatem Handeln strafrechtliche Sanktionen ausschliessen.[662]

Dies hat für die Grundrechtsdogmatik eine bedeutende Konsequenz: Der Grundrechtssubjektivismus, der den Grundrechtsträgern die Freiheit zuerkennt, die in Anspruch genommenen Grundrechte massgebend selber zu definieren, ist abzulehnen.[663] Gerade bei Grundrechtskollisionen wäre die subjektivierende Betrachtungsweise schlechthin unangemessen.[664]

Im Bereich der Grundrechte geht der Staat als deren Garant von einem weiten, alle Menschen umfassenden Kreis der Gleichheit aus.[665] Das ist in gerechtigkeitstheoretischer Hinsicht plausibel: Wegen der Interdependenz des menschlichen Lebens in der globalen Welt ist eine solche Perspektive nahezu notwendig.[666] Denn das Handeln in der globalisierten Welt wirkt sich auf den eigenen Lebensraum aus. Zugleich kann der Einbezug des An-

---

661 Schlaich, Neutralität, 259; vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 74: Richtete „sich der Schutzbereich nach dem Selbstverständnis des einzelnen Grundrechtsträgers […], verlöre er seinen normativen Charakter als das verfassungsrechtliche Maß der allgemeinen und gleichen Freiheit; er würde abgelöst durch subjektive Willkür."; ders., Grundrechtsvoraussetzungen, N. 141 und N. 302; Sen, Justice, 214: „Relational obligations linked with […] personal affection […] may be rightly excluded in some ethical contexts, for example in the making of social policy by public officials, but they call for accommodation within the broader reach of moral and political philosophy".

662 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 99.

663 Massgeblich für diese Lehre: Morlok, Selbstverständnis, 283 ff. und 393 ff.; ablehnend Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 139–141; ders., Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 73–75; kritisch auch Teifke, Menschenwürde, 60–62; für eine eingeschränkte Berücksichtigung im Rahmen der Prüfung der Eingriffsintensität: Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit, 289. Siehe dazu auch vorne, Teil 2, B.II.3.

664 Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 141; vgl. aus gerechtigkeitstheoretischer Sicht etwa Parfit, On What Matters, Vol. I, 58 ff. und 65 ff.; vgl. Singer, Praktische Ethik, 31–33, u.d.Ü.: „Ethik ist nicht bloß subjektive Geschmacks- oder Meinungssache".

665 Vgl. vorne, Teil 2, B.I.1.

666 Russell, Ideas, 160: „There will have to be a realization at once intellectual and moral that we are all one family, and that the happiness of no one branch of this family can be built securely upon the ruin of another."; vgl. MacIntyre, Dependent Rational Animals, 1: „It is most often to others that we owe our survival, let alone our flourishing, as we encounter bodily illness and injury, inadequate nutrition, mental defect and disturbance, and human aggression and neglect.", ebd. allg. Kap. 1, 1 ff., und Kap. 7, 63 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deren in die eigene Betrachtungsweise das eigene Weltbild bereichern.[667] Die Menschheit, die heute quasi in einer globalen Nachbarschaft lebt[668], ist daher der logische primäre Kreis der Gleichheit. Eine Konsequenz hiervon ist, dass man von der Pflicht aller Staaten ausgehen kann, an der Bekämpfung der Weltarmut mitzuwirken.[669]

Auch der alle Menschen umschliessende Kreis der Gleichheit ist ein positionsabhängiger Ausgangspunkt der Wertung: Die Perspektive des Bewertenden löst sich nicht von der Natur des Bewertenden; der (weltweite) Mensch bleibt die Mitte des Kreises.[670] Wichtig ist die Einsicht, dass mit dem Kreis der Gleichheit aller Menschen der Diskurs der Gerechtigkeit nicht plötzlich seinen perspektivischen Charakter verliert; Gerechtigkeitsaussagen bleiben in dieser Hinsicht stets Geiseln einer letzten Grundannahme, die auch anders lauten könnte und gegenüber welcher sie ihre Relativität offenbaren. Logisch zwingend ist daher selbst die global-anthropozentrische Perspektive nicht, obwohl sie per Definition im Interesse vieler Menschen ist (bei Ausblendung der menschlichen Perspektive liesse sich auch ein Gerechtigkeitsentwurf vertreten, bei dem es darum ginge, das Wohl, die Freiheit und die Zahl Menschen radikal zugunsten anderer Lebewesen einzuschränken).

3. Verengung der Kreise der Gleichheit

Der Kreis der Gleichheit ist eine Annahme, die der strikt objektiven Beurteilung der Gerechtigkeit denknotwendig vorgelagert ist. Wie weit Kreise der Gleichheit reichen, hängt von den Umständen ab. Bei der Beurteilung individuellen Verhaltens können neben dem massgeblichen Kreis aller Menschen andere Kreise die Wertung des Einzelnen auf eine (im jeweiligen Erlebnishorizont) objektive Weise prägen. Zur Bestimmung der weiteren massgeblichen Kreise und damit letztlich zur Beurteilung des

667 Sen, Justice, 71.
668 Vgl. Sen, Justice, 173.
669 Vgl. Horster, Angewandte Ethik, 69 (Einleitung zu Pogge, Weltarmut, 7).
670 Dubois, Selbsterziehung, 118: „Das unauslöschliche Verlangen nach Glück nimmt erst dann einen altruistischen Charakter an, wenn der Mensch die Verwirklichung seiner Wünsche in einer wahren Liebe für die Andern sucht, wenn er den Kreis seines Wohlwollens um die gesamte Menschheit zieht. *Er selbst kann nicht ausserhalb dieses Kreises bleiben*; er wird notwendigerweise mit davon umschlossen, und in dem Erkennen dieser Tatsache liegt noch kein Egoismus." (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhaltens des Menschen ist der Blick auf die realen Lebensbedingungen erforderlich. Es wäre aufgrund des *nemo-obligatur*-Satzes[671] wenig schlüssig, ein Verhalten als ungerecht einzustufen, das Folge schwieriger Rahmenbedingungen ist. Solche Rahmenbedingungen können dazu führen, dass sich die Kreise der Gleichheit aus Sicht bestimmter Personen stark verengen und ein Klima herrscht, in welchem die sprichwörtliche Not kaum ein Gebot kennt.

Wie sehr bei grösster Not die zwischenmenschliche Solidarität sogar innerhalb engster Bindungen leidet, schilderte eindrücklich Boccaccio, ein Zeitzeuge des grossen Schwarzen Todes in Florenz (1348):

> „Wir wollen davon schweigen, daß ein Mitbürger den andern mied, daß der Nachbar fast nie den Nachbarn pflegte und die Verwandten einander selten oder nie besuchten; aber mit solchem Schrecken hatte dieses Elend die Brust der Männer wie der Frauen erfüllt, daß ein Bruder den andern im Stich ließ, der Oheim seinen Neffen, die Schwester den Bruder und oft die Frau den Mann, ja, was das schrecklichste ist und kaum glaublich scheint: Vater und Mutter weigerten sich, ihre Kinder zu besuchen und zu pflegen, als wären es nicht die ihrigen.“[672]

Zur Zeit dieser Pestpandemie, die einem Drittel der Bevölkerung Kontinentaleuropas das Leben kostete, waren solidarische Hilfeleistungen wegen der Ansteckungsgefahr gefährlich; der Überlebenstrieb führte hier zum Rückzug auf engste Kreise der Gleichheit.[673] Daraus folgt nicht, Handlungen aus Nächstenliebe seien in der Not irrational oder gar ungerecht. Entsprechend einer verbreiteten Überzeugung verpflichtet Gerechtigkeit jedoch nicht dazu, sich selbst aufzuopfern.[674] Wenn Selbstaufopferung als Supererogation[675] nicht geboten ist, sondern lediglich löblich, dann muss der Kreis der Gleichheit, der die Grundannahme für die Er-

---

671 Vorne, Teil 2, B.V.

672 Boccaccio, Das Decameron, Erster Tag, Einleitung.

673 Vgl. Kamber, Schwarzer Tod, 6–7; vertiefend zur grossen Pestpandemie im 14. Jhdt.: Tuchmann, Calamitous Fourteenth Century, passim.

674 Siehe dazu Kagan, The Limits of Morality, passim, mit seltener Opposition gegen diese Annahme, etwa pos. 82/5697: „On this view, the demands of morality pervade every aspect and moment of our lives – and we all fail to meet its standards. This is why I suggested that few of us believe the claim, and that none of us live in accordance with it. It strikes us as outrageously extreme in its demands – so much so that I shall call ist defender the *extremist*. The claim is deeply counterintuitive. But it is true.“

675 Dazu Singer, Praktische Ethik, 346: Die radikale Befolgung der Regel, die befiehlt, alle Menschenleben, die wir retten können, zu retten, wobei man nur

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittlung von Gerechtigkeitsgeboten bildet, zur Zeit des Schwarzen Todes eng gewesen sein.

Die Frage, von welchem Kreis der Gleichheit man jeweils ausgehen sollte, hängt folglich von denselben Kriterien ab, mithilfe derer man beurteilt, ob eine moralische Handlung eine Pflicht oder bloss Supererogation sei. Um zu prüfen, ob ein Verhalten ungerecht ist, durch die der sich entsprechend Verhaltende auf Kosten anderer einen Vorteil erlangt, kann die Frage gestellt werden: Wäre es ihm zumutbar gewesen, auf den Vorteil zu verzichten? Wenn wir intuitiv der Ansicht sind, der Verzicht liesse sich nur von einem heldenhaften und besonders selbstlosen Menschen erwarten, dann ist dies ein Indiz darauf, dass in der gegebenen Situation ein eher enger Kreis der Gleichheit vorliegt.

4. Ausweitung der Kreise der Gleichheit

Der weltweite Mensch markiert nicht die äusserste Grenze aller möglichen Kreise der Gleichheit. Ein darüber hinausgehender Kreis der Gleichheit könnte Interessen der Tiere mitumfassen.[676] Die radikale Ausweitung auf tierethische Anliegen könnte etwa bedeuten, dass allem Leben möglichst mit strenger Ehrfurcht zu begegnen wäre, woraus man etwa mit Schweitzer ableiten könnte, der Mensch dürfe kein Blatt vom Baume abreissen, keine Blume brechen und müsse streng darauf achten, kein Insekt zu zertreten.[677] Auf weniger radikale Weise kann man den Wert des Lebens der Tiere graduell würdigen, indem man sich auf sachliche Kriterien stützt (etwa der Leidfähigkeit, der Bedrohung und Systemrelevanz der Art, der kognitiven Kapazität etc.).[678] Diese graduelle Art der Berücksichtigung der Interessen der Tiere ist m.E. im Rahmen der Berücksichtigung öffentlicher Interessen (die mit Grundrechten kollidieren können; Art. 36 Abs. 2 BV), durchaus geboten; sie eröffnet eine Ebene anspruchsvoller Dilemmata (z.B.: Darf auf Wilderer geschossen werden, um Grosssäugetiere zu schützen, denen die Auslöschung droht?), deren Behandlung leider den Rahmen dieser Arbeit spränge.

---

das Notwendigste für sich selbst behielte, bedeutete „moralischen Heroismus"; vgl. vorne, Teil 1, C.III.

676 Panikkar, Western Concept, 89: „We speak of the laws of nature; why not also of her rights?".

677 Schweitzer, Ehrfurcht vor dem Leben, pos. 358/2132 ff.; vgl. ebd., pos. 1136/2132 ff.

678 Vgl. Shermer, Good and Evil, 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein anderer erweiterter Kreis der Gleichheit könnte künftiges Leben umfassen.[679] Der Mensch, der in 10, 50 oder 250 Jahren lebt, ist nicht weniger wert als der heute lebende Mensch. Verletzlich ist er aber, denn niemand lobbyiert für ihn, und unserem affektiven Mitgefühl ist sein Leid fern, wohingegen Bilder gegenwärtig Leidender durch zahlreiche uns zugängliche Medien zirkulieren und unser Mitleid entfachen.[680] Die Ursachen künftigen Leids sprechen unsere Affekte nur bedingt an, selbst wo sie sichtbar wären; so etwa die Plastik-„Kontinente" in den Ozeanen, deren Folgen dramatischer sein dürften als die Folgen der meisten gegenwärtigen Katastrophen. Fotos künftiger Menschen, die am Abfall der Gegenwart vergiften, gibt es nicht; deshalb empfinden wir für diese Menschen weniger (zu wenig) Mitleid. Dies illustriert, wie der Mensch in intuitiven Urteilen und in seinem Gerechtigkeitsgefühl zu Mitgefühlslücken neigt.[681] Diese sind im Rahmen sachlicher Folgenerwägungen zu überbrücken; in grundrechtlichen Fragen können die mit genügender Gewissheit betroffenen Interessen künftiger Menschen als „Grundrechte Dritter" (Art. 36 Abs. 2 BV) selbst bei fehlender unmittelbarer Justiziabilität in der Abwägung berücksichtigt werden.

III Gleichheit und Determinismus

1. Gleichheit als Kern aller Gerechtigkeit?

Ist Gleichheit ein Grundprinzip der Gerechtigkeit? Das wird oft angenommen.[682] Doch der Mensch strebt unabhängig von den Verteilverhältnissen nach Wohlbefinden. Ist er krank, will er genesen, weil Gesundheit Teil der Lebensqualität ist – nicht, weil seine Mitmenschen gesund sind. Leidet er an Hunger und versäumt es der Staat, diese Lage zu überwinden, besteht

679 Hierzu oben, Teil 2, B.I.4.b.

680 Vgl. BGE 133 II 136 E.6.4, 148: „Das Bild ist konkret, wirkt emotional unmittelbarer, ganzheitlicher und unentrinnbarer als das Wort."

681 Vgl. Soares, Mitgefühl: „Unser inneres Empathometer ist defekt. Es funktioniert nicht bei großen Zahlen. Niemand hat ein Empathometer, welches dazu in der Lage ist, das Ausmaß der Probleme dieser Welt maßstabsgetreu zu repräsentieren. Aber nur weil man die Sorge nicht fühlen kann, bedeutet das nicht, dass man sie nicht ausüben kann."

682 Vgl. Mahlmann, in: Staatsrecht, § 5 N. 6; Mona, in: NZZ, Gerechtigkeit sei ein „Zustand von Gleichberechtigung, der erzielt wird durch ein Verfahren der Fairness."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht nur insoweit ein Gerechtigkeitsproblem, als andere nicht Hunger leiden. Hinreichend Nahrung zu haben ist ein fundamentales Gerechtigkeitsanliegen, weil es Ausdruck eines existenziellen Bedürfnisses ist (der Despot, der die Bevölkerung verhungern lässt, handelt selbst dann ungerecht, wenn er am Ende selbst hungert). Was der Mensch grundlegend begehrt, begehrt er unabhängig davon, wie viel im Vergleich andere haben; nur in Bezug auf die weniger grundlegenden nachrangigen Bedürfnisse nach Ansehen oder Selbstverwirklichung dürfte auch das Anliegen eine Rolle spielen, mehr zu haben oder besser zu reüssieren.[683]

So lässt sich m.E. schliessen, dass die Gleichsetzung der Idee der Gerechtigkeit mit jener der Gleichheit das aus dem Blick zu verdrängen droht, was dem Menschen wirklich wichtig und existenziell notwendig ist. Aus diesem Grund ist es falsch, im Gleichheitsprinzip den Kern oder höchsten Zweck der Gerechtigkeit zu sehen. Für die objektive Beurteilung der Gerechtigkeit angesichts knapper Ressourcen ist Gleichheit aber eine denknotwendige Prämisse.

2. Ansätze der Gleichheitsbegründung

a. Gleichberechtigung aufgrund ontologischer Gleichheit?

Die Geistesgeschichte kennt einige Versuche, ein Recht auf Gleichheit aus einer Form vorgegebener (ontologischer) Gleichheit herzuleiten: „Der Mensch ist frei geboren und überall liegt er in Ketten", lautet es einleitend in Rousseaus *Contrat Social*.[684] Locke meinte, da die Menschen von Natur aus alle frei, gleich und unabhängig seien, könne „niemand ohne seine Einwilligung aus diesem Zustand verstoßen und der politischen Gewalt eines anderen unterworfen werden."[685]

Solche Sätze wirken, aber sie begründen keine normative oder evaluative (kurz: moralische) Gleichheit; aus natürlicher Freiheit folgt nicht, jeder Mensch müsse gleich behandelt werden. Wenn man Schlüsse dieser Art versucht, drohen heikle Umkehrschlüsse, wie sie die Frage illustriert: Wäre der Mensch nicht gleichberechtigt, wenn er in „Ketten" (z.B. jenen einer

683 Vgl. Maslow, Human Motivation, 20; ders., Critique, 26–32; dazu hinten, Teil 3, E.I.4.

684 Rousseau, Gesellschaftsvertrag, 162; vgl. ders., Discours, 79: „l'égalité que la nature a mise entre les hommes et […] l'inégalité qu'ils ont instituée".

685 Locke, Ursprung, 260.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Behinderung) geboren wäre? Der Versuch, die moralische Gleichheit aus approximativer Gleichheit bestehender Fähigkeiten herzuleiten, ist heikel, weil damit implizit von einem besseren Recht der „normalen", nichtbenachteiligten Menschen ausgegangen wird.[686]

b. Gleichberechtigung aus dem Postulat der Wertgleichheit?

Man kann die Wertgleichheit der Menschen postulieren und aus ihr eine Form der Gleichberechtigung herleiten. Das blosse Postulat der Gleichwertigkeit mit Folge der Gleichberechtigung mag zwar in gewissen Zeiten politisch wirksam sein, reicht aber als Begründung nicht aus.[687] Denn Postulate ergründen die Antwort auf die zu klärende Frage nicht, sondern geben sie nur vor.

c. Gleichberechtigung aus Eigeninteresse?

Plausibler ist die Idee, dass eine Gesellschaft ihre Mitglieder als gleichberechtigt behandeln sollte, weil dies letztlich im Eigeninteresse aller ist; die staatlich verbürgte Rechtsgleichheit und die Anerkennung der Gleichwertigkeit aller Menschen wären somit das Produkt der rationalen Verfolgung von Eigeninteressen auf gesellschaftlicher Ebene. Eine solche normative und evaluative Gleichheit der Menschen lässt sich zumindest teilweise als Konsequenz vernünftiger Eigeninteressiertheit ausweisen: Reziproke Verhaltensmuster zählen zu den psychologisch tief verankerten Verhaltensmustern der Menschen; dieser ist von Natur aus geneigt, Gleiches mit Gleichem zu vergelten.[688] Die Wahrnehmung von Mitverantwortung für das allgemeine Wohl und faires oder gar grosszügiges Verhalten im zwischenmenschlichen Alltag dürften im Resultat auch in egoistischer Hinsicht oft sinnvoll sein. Die nicht seltene Koinzidenz von Selbstinteresse

686 Heikel die Formulierung in: Nussbaum, Grenzen, 55: „Wenn Menschen wirklich über in etwa die gleichen Kräfte und Fähigkeiten verfügen, dann erscheint es als ziemlich willkürlich, wenn einigen von ihnen ein viel größeres Maß an Autorität und Möglichkeiten zukommt als anderen."

687 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 55; siehe auch ebd., 64.

688 Vgl. Cialdini, Influence, Kap. 2, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Gerechtigkeit[689] hat nicht wenige Philosophen veranlasst, im Eigeninteresse den Grund der Gerechtigkeit zu sehen.[690]

Doch liegt moralisches Handeln nicht immer im Eigeninteresse des Handelnden. Manchmal trifft zu, worauf Nietzsche und Diderot hinwiesen; manchmal ist Handeln nach moralischen Prinzipien nur wertvoll, weil der moralisch Handelnde damit anderen Personen dient, sei es auch zu eigenen Lasten.[691]

Hinter der Frage, warum sich einzelne Menschen auch dann moralisch verhalten sollten, wenn sie hiervon nichts haben, verrät sich der Mangel der überdies eher plausiblen Begründung der Gerechtigkeit auf Basis der Interessen der einzelnen Menschen: Für bestimmte Personen kann das für die grösste Zahl optimale Verhalten – das auch im Eigeninteresse der meisten Einzelnen liegen mag – zutiefst ungünstig sein. So lässt sich das den Interessen der grössten Zahl dienende Verhalten jenem Despoten nicht als in seinem Sinne liegend darlegen, dem das so definierte Richtige nur schadet – weil er etwa bereits so weit gegangen ist, dass er es sich nicht leisten kann, Macht aus der Hand zu geben. Ähnliches gilt für den potenziellen Triebtäter, der nur auf Kosten der Befriedigung perverser, nicht sozialverträglicher Neigungen „moralisch" leben könnte.

Kurz: Die Begründung der Gleichberechtigung auf Basis der Eigeninteressen der Menschen gelingt nicht überall, wenngleich sie für die Mehrheit aller ordinären Fälle – und Personen – eine glaubwürdige Basis bildet.

---

689 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 290–294.

690 So etwa Hobbes, Helvétius und besonders Holbach (zu Letzterem vgl.: Schweitzer, Kultur, 164 f.); aus jüngerer Zeit etwa: Gauthier, Morals by Agreement; vertiefend zu Theorien dieser Art: Tschentscher, Prozedurale Theorien, 167–197.

691 Nietzsche, FW, 21: „Die Erziehung […] sucht den Einzelnen durch eine Reihe von Reizen und Vortheilen zu einer Denk- und Handlungsweise zu bestimmen, welche, wenn sie Gewohnheit, Trieb und Leidenschaft geworden ist, wider seinen letzten Vortheil, aber 'zum allgemeinen Besten' in ihm und über ihn herrscht."; Diderot, Jacques le Fataliste, 546, dort *Jacques*: „Je ne sais ce que c'est que des principes, sinon des règles qu'on prescrit aux autres pour soi. […] Tous les sermons ressemblent aux préambules des édits du roi; tous les prédicateurs voudraient qu'on pratiquât leurs leçons, parce que nous nous en trouverions mieux peut-être; mais eux à coup sûr".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Willensfreiheit als Bedingung der Moral?

Autonomie (Selbstbestimmung auf Basis der Vernunft) ist bei Kant das Grundprinzip aller Pflichten, während jede Heteronomie der Willkür mit Moral unvereinbar sein soll.[692] Der Wille des Menschen ist laut Kant in Fragen betreffend Gut und Böse nicht den Gesetzen der determinierten Natur unterworfen.[693]

Der Mensch soll sich sittlich verhalten können, ohne dass ihn naturwissenschaftlich determinierbare innere oder äussere Vorgänge dazu zwingen. Die Fähigkeit des Menschen, nicht nur Glied in der Kette der Kausalitäten zu sein, sondern die Dinge in Gang zu bringen (Arendt: ein Anfang zu sein[694]), ist gemäss verbreiteter Meinung eine Voraussetzung der Existenz der moralischen Ordnung.[695] Weil es ohne freien Willen keine Moral geben soll, müsse man folglich von der Wirklichkeit des freien Willens ausgehen.

Dies überzeugt nicht, aus einem logischen und einem moralischen Grund:

Der logische Einwand: Das Argument, man müsse von der Existenz freien Willens ausgehen, weil es ohne freien Willen keine Moral geben soll, will die Natur der Welt implizit vom menschlichen Glauben abhängig machen. Ob Willensfreiheit existiert, ist allerdings nicht eine Funktion unseres Glaubens an diese Freiheit; folglich ist es auch nicht Funktion unseres Glaubens an diese Freiheit, ob es jene Moral geben kann, die von der Existenz des freien Willens abhängen soll. Der Glaube an die Willensfreiheit produziert keine Willensfreiheit; genauso wird der Zweifel

---

692 Kant, KpV, AA V, 33 f., 36 und 39.

693 Kant, Verkündigung, AA VIII, 415: „In Ansehung des Wohlseins und der Übel (der Schmerzen) steht der Mensch […] unter dem Gesetz der Natur und ist bloß leidend; in Ansehung des Bösen (und Guten) unter dem Gesetz der Freiheit. Jenes enthält das, was der Mensch leidet; dieses, was er freiwillig thut."; siehe aber auch: ders., Idee, AA VIII, 17: „Was man sich auch in metaphysischer Absicht für einen Begriff von der Freiheit des Willens machen mag: so sind doch […] die menschlichen Handlungen […] nach allgemeinen Naturgesetzen bestimmt."; ders., KpV, AA V, 50, die Annahme der Willensfreiheit wäre im Lichte der Kritik der reinen Vernunft eine nichtige „Anmaßung".

694 Arendt, Between Past and Future, 167–169.

695 Kritisch Schopenhauer, Grundprobleme, 18 (Vorrede); ders., Über die Freiheit, 50–52: Die Frage, ob man wollen könne, was man will, führe, wenn dem so wäre, zum infiniten Regress, sodass man fragen müsste: „Kannst du auch wollen, was du wollen willst?"; Schopenhauer folgert, der Mensch könne Veränderungen nicht selbst anfangen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an dieser Freiheit, wenn er denn irrt, die Willensfreiheit nicht aufheben. Wenn es keine Willensfreiheit gibt und dies die Unmöglichkeit der Moral bedeuten sollte, dann ändert das Postulat des freien Willens hieran nichts.

Wenn es aber Willensfreiheit und (ihretwegen) Moral gibt, dann fällt die Moral nicht bloss deshalb dahin, weil Denker wie Hobbes, Spinoza, Diderot, Holbach, Schopenhauer oder Nietzsche am freien Willen zweifelten.[696] Kurz: Wenn Verfechter der Willensfreiheit mit ihren Prämissen – der freie Wille existiere und sei notwendige Bedingung der Moral – Recht haben, scheitern sie gerade deswegen (weil sie Recht haben) mit der Forderung, man müsse die Gerechtigkeitstheorie auf dem Konzept des freien Willens aufbauen.

Weil es keine Notwendigkeit gibt, zwecks Ermöglichung von Moral vom freien Willen auszugehen, kann es nun auch auf die Frage ankommen, welche Annahme moralisch vorzugswürdig ist. Das (moralische) Argument gegen die Annahme des freien Willens ist alt. Es lautet, der Glaube an die Willensfreiheit schüre zwischenmenschlichen Hass und schenke Vergeltungsbedürfnissen jene scheinbare Legitimität, die es zu überwin-

696 Spinoza, Ethik, Teil 3; Diderot, Jacques le Fataliste, 499: „Nous croyons conduire le destin; mais c'est toujours lui qui nous mène", ebd., passim, finden sich die wichtigsten deterministischen Argumente, vorgebracht durch die Hauptfigur Jacques. Dieser geht davon aus, dass es keinen freien Willen gibt, wirkt aber in seinem Denken und Handeln sehr frei; der andere Protagonist, der Maître, glaubt an die Freiheit des Willens, lebt aber weit weniger frei (vgl. 494: „il se laisse exister: c'est ça fonction habituelle"); Nietzsche, Morgenröthe, 220: „[Du tust nicht,] du wirst getan! […] Die Menschheit hat zu allen Zeiten das Aktivum und das Passivum verwechselt, es ist ihr ewiger grammatikalischer Schnitzer."; Holbach, Traité, 12–15 und 20.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den gilt. So oder ähnlich argumentierten etwa Spinoza[697], Diderot[698], Holbach[699], Nietzsche[700] und gar de Sade[701].

Geht der Mensch vom freien Willen aus, ist er konsequenterweise eher geneigt, Verantwortliche für jedes menschliche Unglück auszumachen; denn wer von der Fähigkeit der Menschen ausgeht, sich zu steuern und bei Bedarf zurückzuhalten, muss hinter jeder bösen Wirkung bösen Willen sehen. Solch ein Rückschluss auf die Absicht animiert den Vergeltungswunsch.[702] Deshalb trägt das Konzept des freien Willens zum Überleben der Idee bei, Gerechtigkeit verlange unabhängig von ihrem Nutzen nach

697 Spinoza, Ethik, Teil 3, Lehrsatz 49 mit Anm., 172: „Liebe und Haß gegen einen Gegenstand, den wir uns als frei vorstellen, müssen bei gleicher Ursache größer sein als gegen einen notwendigen", woraus folge: „daß die Menschen, weil sie sich für frei halten, größere Liebe oder größeren Haß gegeneinander hegen als gegen andere Dinge."; ebd., Teil 4, Lehrsatz 37, Anm. 2, 248: „Sünde und Verdienst [sind] äußerliche Begriffe".

698 Diderot, Jacques le Fataliste, 479, *Jacques*, auf die Frage, ob man ohne freien Willen noch Verbrechen begehen könne, die man bereuen müsste: „Puis-je n'être pas moi? Et étant moi, puis-je faire autrement que moi? Puis-je être moi et un autre? Et depuis que je suis au monde, y a-t-il eu un seul instant où cela n'ait été vrai?", ebd., 620 f.: „Selon lui la récompense était l'encouragement des bons; le châtiment, l'effroi des méchants."

699 Holbach, Traité des trois imposteurs, 12–15, 20; vgl. Onfray, Les ultras, 238.

700 Nietzsche, FW, N. 250: „Obschon die scharfsinnigsten Richter der Hexen und sogar die Hexen selber von der Schuld der Hexerei überzeugt waren, war die Schuld trotzdem nicht vorhanden. So steht es mit aller Schuld."; ebd., N. 294: Die „Verleumder der Natur" hätten uns zur Meinung verführt, die Triebe des Menschen seien böse; so sei eine „rankunöse" Moralkonzeption begründet worden; vgl. ebd., N. 321.

701 Sade, Dialogue, 12: „[Mon] âme [est], ce qu'il a plu à la nature qu'elle soit, c'est-à-dire le résultat des organes qu'elle s'est plu de me former en raison de ses vues et de ses besoins; et comme elle a un égal besoin de vices et de vertus, quand il lui a plu de me porter aux premiers, elle m'en a inspiré les désirs, et je m'y suis livré tout de même. Ne cherche que ses lois pour unique cause à notre inconséquence humaine, et ne cherche à ses lois d'autres principes que ses volontés et ses besoins." ; ders., Aline et Valcour, 331: „[La loi sage] ne doit [jamais] infliger de peine que celle qui tend à la correction du coupable en le conservant à l'État."; vgl. ders., La philosophie, 506.

702 Vgl. Ask/Pina, On Being Angry and Punitive, in: Social Psychological and Personality Science 2(5), 2011, 499: „[A]nger indirectly influenced punitiveness by altering perceptions of the perpetrator's volitional control over the event"; Nguyen, Tech Times 5.8.2014, Crime and punishment: How does your brain respond to intention?

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Strafe; dies sei ein Recht der Opfer.[703] Hier offenbart sich der „Teufel des freien Willens“[704] mit seinem archaischen Potenzial.

Der Schluss in Bezug auf die Relevanz der These der Willensfreiheit für die Gerechtigkeitstheorie lautet damit: Selbst wenn Willensfreiheit existierte, wäre es mit Blick auf die Begründung und Förderung der Gleichheit und Gerechtigkeit vernünftiger, nicht von ihr auszugehen. Wovon stattdessen?

e. Gleichberechtigung aufgrund gleicher Verdienste

Vorstellungen von Schuld und Verdienst sind verbreitet: Einer Person steht zu, was sie verdient. Während sich auf Basis der Schuldidee die Relativierung der Rechte der Verbrecher aufdrängt, legitimieren unterschiedliche Verdienste weitreichende Privilegien. Dazu bietet der Determinismus einen Ausweg; ausgehend von deterministischen Prämissen lässt sich kohärent für grundlegende Gleichberechtigung argumentieren:

Deterministen denken, der Mensch entscheide nicht selbst, was er wolle.[705] Sein Wollen und Wirken sind den Naturgesetzen unterworfene, kausale Ereignisse.[706] Alles hat eine Ursache. Was ist, hätte anders nicht sein können. Folglich hat niemand sein glückliches Los verdient oder sein hartes Los verschuldet. Einige deterministische Annahmen sind kaum anfechtbar: Niemand behauptet ernsthaft (ohne von konstruierten metaphysischen Annahmen auszugehen), man habe sich den eigenen Geburtsort,

703 Vgl. Dubois, Selbsterziehung, 70; zur Illustration etwa: Kant, MdS, Rechtslehre, 333: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit allen Gliedern in Einstimmung auflöste […], müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit Jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf die Bestrafung nicht gedrungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“

704 Onfray, Les ultras, 255.

705 So definiert etwa bei: Lay, Dialektik, 34; eindrückliche Begründungen des Determinismus bei Schopenhauer, Über die Freiheit, passim (50: „Kannst du auch wollen, was du wollen willst?“); bei: Dubois, Selbsterziehung, 66–72; zudem in literarischer, nicht minder tiefgründiger Form: Diderot, Jacques le Fataliste, passim.

706 So im Prinzip auch: Kant, Idee, AA VIII, 17: „Was man sich auch in metaphysischer Absicht für einen Begriff von der Freiheit des Willens machen mag: so sind doch […] die menschlichen Handlungen […] nach allgemeinen Naturgesetzen bestimmt.“

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Gene oder die Talente verdient.[707] Aber die meisten Menschen gehen davon aus, dass es Resträume gibt, in denen sich der freie Wille manifestieren kann. Im Gespräch sind Verfechter des freien Willens oft der Ansicht, Fleiss und hartes Arbeiten seien Bastionen des freien Willens. Es soll, wenn auch sonst niemand, wenigstens der Tüchtige seinen Erfolg verdient haben. Doch ist dieser nicht einfach nur ein zum Fleiss Talentierter? Oder sozial, wenn nicht gar klimatisch dazu Veranlasster? Nichts erklärt, warum die Inklination zur Arbeitsamkeit nicht auch ein Produkt persönlicher, kultureller und klimatischer (kurz: natürlicher) Ursachen sein sollte.[708]

Die Folge hieraus lautet: Alle Menschen sind gleich an Verdiensten. Sie bleiben es ein Leben lang. Statt die Verdienstidee zum elitären Anachronismus zu erklären, kann man sie zu egalitären Zwecken nutzen und sagen: Weil die Verdienste aller Menschen gleich sind, müssen es auch ihre Rechte sein. Diese Folgerung ist auch dann möglich, wenn man die Annahmen des strikten Determinismus für unplausibel hält und jedenfalls nicht ganz ans Fehlen eines sich selbst in Bewegung bringenden Willens glauben will (kann): Selbst wenn man von einem eher geringen Freiheitsraum und überdies von der Determiniertheit des Lebens durch nicht kontrollierbare Faktoren (Gene, Erziehung, Umwelteinwirkungen aller Art) ausgeht, ist klar, dass nahezu alle Unterschiede im Wohlbefinden der Menschen nichts mit Verdienst zu tun haben.[709] Auch auf dieser Basis kann man ein starkes Plädoyer für die Gleichberechtigung und weite Kreise der Gleichheit aufbauen.

IV Relevanz eigener und fremder Interessen

1. Probleme einer Ethik des Einzelmenschlichen

Bestimmt sich die Gerechtigkeit an kollektiven oder an individuellen Interessen? In der Tradition der westlichen Philosophie steht oft der Einzelne im Zentrum und ist der Ausgangspunkt der Bewertung.[710] Utilitarier definieren das erstrebte Gesamtwohl als eine Summe des Glücks aller Ein-

---

707 Harris, Free Will, 41; ebd., passim, zum Nachfolgenden; vgl. Dubois, Selbsterziehung, 60 ff.; ferner Singer, Praktische Ethik, 77–81.

708 Vgl. Harris, Free Will, 38.

709 Vgl. Dubois, Selbsterziehung, 70.

710 Wesel, Weltkunde, 37: „Jeder muss zunächst für sich allein entscheiden, was gut und böse ist. Anders in frühen Gesellschaften. Ihre Moral ist kollektivistisch, konformistisch."; Gächter, Grundrechtslehren, N. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zelnen; für Kantianer entzieht sich die Würde des Einzelnen als Höchstwert selbst dem abwägenden Vergleich mit der Würde vieler Personen; Kontraktualisten suchen den Geltungsgrund der Gerechtigkeit im (sich einigenden) Willen einzelner Menschen.

Woran liegt der Individualfokus „westlicher" Moral? Eine Antwort könnte lauten, der Westen habe aus Erfahrungen gelernt:

a. Gefährlichkeit gewisser Ganzheitsideale und -diskurse

Ein Konzept des Gemeinwillens à la Rousseau, der in Wirklichkeit wenig mit dem realen Willen der Einzelnen zu tun haben kann, weil ihn erstens jemand für alle deuten muss und zweitens der Einzelne sich dem Willen des Ganzen, den er vermeintlich legitimiert, gänzlich entäussert und unterordnet[711], ist nachweislich gefährlich: Rousseau wurde nicht nur von Robespierre und Saint-Just verehrt[712], sondern auch danach von einigen Despoten, die sich dabei auf die Fiktion des „Volkes"[713] und eine

711 Rousseau, Contrat social, Buch I Kap. 6, 243 f. und 246 (ders., Gesellschaftsvertrag, 169: „Diese Bestimmungen lassen sich bei richtigem Verständnis sämtlich auf eine einzige zurückführen, nämlich die völlige Entäußerung jedes Mitglieds mit allen seinen Rechten an das Gemeinwesen als Ganzes. […] Darüber hinaus ist die Vereinigung, da die Entäußerung ohne Vorbehalt geschah, so vollkommen, wie sie nur sein kann, und kein Mitglied kann mehr etwas fordern" ; ebd., 171: „Da nun der Souverän nur aus den Einzelnen besteht, aus denen er sich zusammensetzt, hat er kein und kann auch kein dem ihren widersprechendes Interesse haben; folglich braucht sich die souveräne Macht gegenüber den Untertanen nicht zu verbürgen, weil es unmöglich ist, dass die Körperschaft allen ihren Gliedern schaden will"); ferner ebd., Buch III, Kap. 2, 277; Buch II, Kap. 1–4; vgl. aber Buch I Kap. 5, 242; vgl. ders., Discours, 83: „[J]'aurais désiré que pour arrêter les projets intéressés et mal conçus, […] chacun n'eût pas le pouvoir de proposer de nouvelles lois à sa fantaisie; que ce droit appartînt aux seuls magistrats"; ebd.: „J'aurais fui surtout […] une république où le peuple, croyant pouvoir se passer de ces magistrats ou ne leur laisser qu'une autorité précaire, aurait imprudemment gardé l'administration des affaires civiles et l'exécution de ses propres lois" ; siehe dazu auch Mairet, Rousseau, Introduction, 16 f.: „Or, le récit rousseauiste […] reste dépendant des axiomes du droit naturel", mit der Folge des Primats des Gesetzes vor dem Recht und der Unterordnung des Einzelnen: „L'homme démocratique est soumis à la loi, donc à la volonté, non au juste. Il est soumis à la *potestas* – le souverain en personne."

712 Sturma, Rousseau, 185 f.

713 Mairet, Rousseau, Introduction, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(selbst interpretierte) Volonté générale berufen konnten.[714] Auch Hegels Überhöhung des Staates als Grundlage und Fluchtpunkt des Sittlichen nährte politische Ideologien jener Art, die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Hochkonjunktur feierten.[715]

Vordenker der Nationalsozialisten schwärmten vom Ganzheitsideal, erhoben die Unterordnung des Einzelnen unters Ganze zur Tugend[716], griffen die Logik und Empirie[717] sowie den Skeptizismus der Aufklärung

---

714 Vgl. Blom, Böse Philosophen, 18, 247 ff.; Haller, Die Ungläubigen, 85 ff.; Levy, Idiocy of Idealism, 87–112; Constant, De la liberté religieuse, in: Écrits, 462: „Je ne connais aucun système de servitude qui ait consacré des erreurs plus funestes que l'éternelle métaphysique du *Contrat social*."; siehe auch Mairet, Rousseau, Introduction, 18 ff.; Salomon B. Kritschewsky, J. J. Rousseau und Saint-Just: Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der socialpolitischen Ideen der Montagnards, Bern 1895.

715 Hegel, Grundlinien, § 258, 217 (nachfolgend ohne Hervorhebungen zitiert) erhob den Staat zum sittlichen Ideal und Sinn des Daseins der Einzelnen, deren „höchste Pflicht es ist, Mitglieder des Staates" zu sein; der Staat sei „als Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewußtsein hat, das an und für sich Vernünftige"; das Vorzitierte ist nur intelligibel, wenn man berücksichtigt, was Hegel im vorausgehenden Paragraphen sagt (ebd., § 257, 216): „Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee" – er ist der sittliche Geist, der weiss und der das, was er weiss, vollführt. Kurz: Der Staat gebietet, weil er weiss, was gut ist; er habe an der Sitte seine unmittelbare Existenz, sagt Hegel, während er „an dem Selbstbewußtsein des Einzelnen, dem Wissen und Tätigkeit desselben seine vermittelte Existenz" haben soll. Der Einzelne dagegen hat nur im Staat, dem er aus höchster Pflicht angehört, seine ganze Freiheit: Das „Selbstbewußtsein des Einzelnen" habe „durch die Gesinnung in ihm, als seinem Wesen, Zweck und Produkte seiner Tätigkeit, seine substantielle Freiheit". Rousseau, Contrat Social, Kap. VI, 243 verfuhr sprachlich wenigstens transparent, als er von der „aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté", also der völligen Entäusserung des Einzelnen an das Gemeinwesen als Ganzes sprach (so übersetzt in: ders., Vom Gesellschaftsvertrag, 169 f.)

716 Alfred Baeumler sah im politischen Soldaten das studentische Ideal, siehe ders., Der politische Student, in: Der Deutsche Student, Heft 1, 3–9; ders., Bildung und Gemeinschaft, Berlin 1942; vgl. Chamberlain, Grundlagen I, passim; zum Einfluss Chamberlains: G. Field, The Evangelist of Race, New York 1981, 452; siehe hierzu R. J. Evans, The Coming of the Third Reich, London 2005, 204, wonach die Lektüre Chamberlains massgeblich zum Antisemitismus Goebbels beigetragen habe. Siehe dazu auch Russell, Faschismus, 118 ff.

717 Chamberlain, Grundlagen I, N. 87 und N. 98, gegen die „aristotelisierenden Naturforscher", deren „alleinseligmachende Induktion" (N. 87) sowie „logisierende Freidenker" (John Stuart Mill und andere „Feinde der Metaphysik") anredend (N. 98).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an[718], forderten, die Wissenschaft müsse dem Wohl des Ganzheitsstaates dienen (sonst sei sie volksfeindlich und abzulehnen)[719] und faselten vom Einheitsleben, in dem der völkisch erlebende Einzelne aufgehen würde, „erfüllt von einer inneren Unendlichkeit“[720].

Was solche metaphysische Poesie zu politischen Zwecken in der Realität bedeutete (und herbeizuführen half), ist hinlänglich bekannt. Ergänzt sei nur, dass es im anderen Totalitarismus des 20. Jahrhunderts ähnlich war: Kommunistische Ideale mündeten unter Stalin in eine Maschinerie der totalen Unterordnung des Einzelnen unter das vermeintlich Ganze.[721]

b. Vorbehalte gegen die Verengung auf das Individuum

Trotz des Vorgesagten griffe es zu kurz, nur auf das Einzelmenschliche zu setzen, aus zumindest drei Gründen:

Erstens, der Mensch interessiert sich nicht nur für das eigene Wohl; er ist von Natur oder Kultur aus gesellig und oft liegt ihm etwas am Wohl des Nächsten.[722] Jeder Mannschaftssport demonstriert die Wechselwirkung des Einsatzes für eine Gemeinschaft mit dem Erfolgsempfinden und Wohlergehen des individuellen Ichs.

Zweitens: Dass manche Grausamkeit im Namen kollektiver Ideale verübt wurde, heisst nicht, das Ganzheitsideal trage die Schuld daran. Bei Robbespierre, Hitler, Stalin und bei zeitgenössischen Konsorten (Fanatiker eingeschlossen, die sich von der eigenen Religion zum Töten berufen

---

718 Chamberlain, Grundlagen I, N. 85; siehe auch ebd., N. 100, die Kritik der rationalistischen Philosophie und der „vernünftelnde[n] Kausalitätsjägerei“; vgl. ders., Kant, 734.

719 Fischer, Kongressbericht 1933, 3: „Die Wissenschaft […] darf sich an keiner Stelle mit dem Wohle des Ganzheitsstaates stoßen oder gar feindlich berühren. Wissenschaft, die sich den Interessen des Ganzheitsstaates entgegenstellt, ist […] volksfeindlich.“

720 Schwarz, Grundlegung des Nationalsozialismus, 6: „Unser [nordisches] Blut […] rinnt getrennt in vielen Adern […] und es ist vergänglich in diesen Adern. Aber nun stellen wir uns die Einheit der Menschen dieses Blutes nicht etwa gedanklich vor, wir addieren uns nicht miteinander, sondern wir fühlen uns erfüllt von einer inneren Unendlichkeit, wenn wir in der Gleichheit unseres Blutes unsere seelische Gemeinschaft bejahen. Ein überindividuelles Einheitsleben wird da in jedem von uns existent, das ebenso in allen anderen, die völkisch erleben, existent wird.“

721 So nachgewiesen insb. durch: Arendt, Totale Herrschaft, passim.

722 Nussbaum, Grenzen, 63.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wähnen) war und ist das kollektive „Ideal", in dessen Namen Grauenhaftes geschieht, oft von Beginn an eine blosse Illusion oder Lüge. Sie dient etwa dazu, die breite Masse und „nützliche Idioten" für die Interessen weniger (nicht selten narzisstisch gestörter[723]) Individualisten zu begeistern, hat aber nichts mit dem Bemühen ums Wohl des Kollektivs und einer grösseren Zahl von Menschen zu tun.[724] Daraus folgt, dass man aus den Gräueln des 20. Jahrhunderts, die oft im Namen kollektiver Ideale realisiert wurden, nicht bloss pro-individualistische Schlüsse ziehen sollte. Wir sollten uns nicht so sehr vor Forderungen fürchten, etwas solle im Interesse aller oder des Ganzen getan werden, als vielmehr vor dem Diskurs der Unterordnung unter ein irgendwie von oben diktiertes Gemeininteresse.

Drittens, auch der Individualismus hat eine ambivalente Geschichte. Zu den prägendsten Ereignissen des letzten Jahrtausends zählen der bereits erwähnte Schwarze Tod: die Pestpandemie, die Europa zwischen 1347 bis 1353 mit besonderer Wucht traf und die in den Jahrhunderten danach immer wieder wie ein Fluch zurückkehrte. Ein Drittel aller Europäer starb an den unmittelbaren Folgen der grossen Pandemie im 14. Jahrhundert; das ist ein prozentual weit grösserer Anteil der Gesamtbevölkerung des Kontinents als jener, der dem Zweiten Weltkrieg zum Opfer fiel. Man kann sich ausmalen, wie die Pest Kultur und Natur des europäischen Menschen erschütterte. In der Zeit des Schwarzen Todes, der Europa in unvergleichbarer Härte traf, kann man paradoxerweise eine Geburtsstunde des Humanismus und Individualismus erblicken.[725] Die Möglichkeit des Entstehens des „westlichen" Individualismus unter der Last der Pest erscheint plausibel, wenn man sich fragt, wer in der Zeit am ehesten überlebte: Jene, die den sozialen Austausch auf ein Minimum reduzierten und sich Kranken und Hilfsbedürftigen (seien es auch die eigenen Angehörigen) nur selten näherten. Aufgrund kultureller wie auch biologischer Selektion könnte der Schwarze Tod in Europa eine Evolution zulasten sozialer, hilfsbereiter Menschen bewirkt haben. Die Ethik des Einzelmenschlichen könnte daher ein ambivalentes Erbe dieser Zeit sein. Trifft dies zu, ist

723 Der Hang narzisstisch veranlagter Menschen zum totalitären Denken ist heute mit Blick auf das Gehabe des 45. Präsidenten der USA notorisch; siehe allg.: Hans-Jürgen Wirth, Narzissmus und Macht, 5. Aufl., Gießen 2015.

724 Vgl. dazu Alexandra Offermanns, Die wussten, was uns gefällt: ästhetische Manipulation und Verführung im dritten Reich, 2004.

725 Kamber, Schwarzer Tod, 6: „Welch eine finstere Fügung, dass die grosse Pest sowohl Szenerie für die Entstehung des Humanismus wie Kulisse für Schauprozesse und Massaker wurde"; ausführlich dazu: Tuchmann, Calamitous Fourteenth Century, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die westliche Inklination zum Individuellen nicht nur das Produkt der Aufklärung, sondern auch der Anpassung an unvorstellbare Not, wie sie sich in diesem Ausmass in absehbarer Zukunft eher nicht wiederholen dürfte.

Die drei Gründe legen es nahe, unser individualistisches Verständnis des Guten um Gesichtspunkte des Gemeinwohls zu erweitern. Dafür spricht auch, dass es sich gerade im Grundrechtsbereich nicht ziemt, soweit wir überzeugend Gerechtigkeitskriterien darlegen wollen, vom Westen auf die Welt zu schliessen.

2. Überindividuelle Rationalität der Gerechtigkeit

Geht man allein von egoistischen Beweggründen des Menschen aus, misst sich die Rationalität seines Verhaltens bloss am Eigennutzen. Das Wohl der Mitmenschen spielte dann in einer rational verstandenen Moral nur mittelbar eine Rolle, namentlich aufgrund von Reziprozitätserwägungen. Ob solch eine Rationalität, bei der das Ziel allen Handelns stets das Wohl des eigenen Ichs wäre, überhaupt Rationalität für sich beanspruchen kann, ist zu bezweifeln.[726] Schon wegen der abhängigen Natur und sozialen Lebensform des Menschen wäre es erstaunlich, wenn das Streben nach Eigennutzen dessen einziger Antrieb wäre.[727] Obwohl altruistisches Verhalten oft indirekt dem eigenen Wohl dient und dies bisweilen die Intention sein mag, kann der Mensch durchaus auch genuine Freude und ein Bedürfnis am Wohl seines Nächstens empfinden.[728] Die Raison d'être des Menschen reicht somit weiter als sein körperliches „Ich".[729]

---

726 Sen, On Ethics and Economics, 4 und 16; ausführlich in: ders., Justice, 174–193; siehe auch Dubois, Selbsterziehung, 107 ff.

727 Kierkegaard, provocations, 148: „A person must be content to be as he is; a dependent being, as little capable of sustaining himself as of creating himself."; vgl. MacIntyre, Dependent Rational Animals, 127; Singer, Praktische Ethik, 351: Wir müssen uns von der Illusion der Unabhängigkeit des Menschen befreien und uns darauf besinnen, dass unsere Vorfahren, lange bevor sie Menschen wurden, bereits soziale Wesen waren.

728 Vgl. Dubois, Selbsterziehung, 110: „Der Altruismus […] lehrt uns an die Andern, an die ganze Menschheit, wir selbst inbegriffen, denken. Wir können nicht das Wohl aller anstreben, ohne für uns selbst das Glück zu schaffen."; Sen, Justice, 188; Laut Nietzsche, Ecce Homo, 60, gibt es weder egoistische noch unegoistische Handlungen; beide Begriffe seien psychologischer Widersinn.

729 Siehe auch: Arbeitsgruppe Wahlen, Totalrevision, 67: „Der Mensch als Träger der Rechte ist beides zugleich, Individualperson und Sozialperson."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dementsprechend sollte Rationalität im Verhalten nicht nur an den Folgen des Verhaltens für das Selbst, sondern auch an jenen für andere Menschen gemessen werden können.[730] Nichts zwingt dazu, Rationalität so eng zu definieren, dass wir es als irrational bemängeln müssten, wenn eine Person grosse Risiken für das Wohl anderer in Kauf nimmt (etwa wenn jemand sich im Versuch, einen Ertrinkenden zu retten, in den starken Strom wirft).[731] Zwischen blosser Eigenliebe und weltumfassender Nächstenliebe gibt es unterschiedliche Arten der von der Prädisposition des Einzelnen her plausiblen (dem Selbst treuen) Rationalität.[732]

Die Folge des weiten Rationalitätsbegriffs ist, dass Handlungen als rational eingestuft werden können, die sich nicht mit den engen (egoistischen) Eigeninteressen vereinbaren liessen.[733] Dieser Rationalitätsbegriff lässt sich zur Beurteilung der Gerechtigkeit nutzbar machen. Anders als im Falle eines (zu) engen Rationalitätsbegriffs ist dadurch ausgeschlossen, dass Gerechtigkeit etwas Irrationales forderte. Denn bei weitem Verständnis menschlicher Interessen ist jedes Verhalten rational, das den individuellen oder überindividuellen Interessen des Menschen, auf die es ankommt, vernünftig dient.

Auf welche überindividuellen Interessen es in Gerechtigkeitsfragen ankommen soll, bestimmt der Kreis der Gleichheit, für dessen Enge oder Weite in den Umständen des Daseins Anhaltspunkte bestehen können (im Zweifelsfall umfasst er alle bereits und noch lebenden Menschen).[734] Schon weil Grundrechtskollisionen aus der Perspektive des Grundrechtsgaranten und nicht bloss eines Individuums zu lösen sind, kommt es in Grundrechtsfragen ohnehin auf die Interessen aller Menschen an.[735] Möglichst gerecht und rational ist jene Handlung, die optimal den Interessen aller Personen innerhalb des massgeblichen Kreises der Gleichheit dient.

---

730 Sen, Justice, 191: „[T]here is nothing […] contrary to reason, for a person to choose to pursue a goal that is not exclusively confined to his or her own self-interest."; ders., On Ethics and Economics, 19; vgl. Maslow, Peak-Experiences, passim.

731 Sen, On Ethics and Economics, 15 f.: „It may not, of course, be at all absurd to claim that maximization of self-interest is not irrational, at least not necessarily so, but to argue that anything other than maximizing self-interest must be irrational seems altogether extraordinary."; ders., Justice, 195.

732 Vgl. Dubois, Selbsterziehung, 109; Sen, Justice, 195.

733 Sen, Justice, 188–190.

734 Dazu vorne, Teil 3, A.II.

735 Vorne, Teil 2, B.I.1 sowie vorne, Teil 3, D.II.5.d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V Gradualität der Gerechtigkeit

1. Vorzug eines graduellen Gerechtigkeitsverständnisses

Wenn dem Gerechtigkeitsdiskurs die pragmatische Vernunft abhanden kommt, ist nur noch von der perfekten (also: anderen) Welt die Rede, statt von dem, was sich konkret erreichen und verändern lässt.[736] Die Beachtung der Tatsache – wie es das Bundesgericht zumindest implizit regelmässig tut[737] –, dass es Grade des Richtigen gibt, ist m.E. regelmässig eine Voraussetzung lebensrelevanter, rationaler Antworten auf Fragen der Gerechtigkeit.

---

736 Sen in: R. Sehgal, Getting the sense of 'perfect justice' from Amartya Sen, 27.8.2009: „All practical debates on justice speak about enhancing justice so there must be degrees of justice. But it is a strange irony that while practical debates about justice stress the need to enhance it, the theory of it is all about perfect justice. The two seem to belong to two different universes.", abrufbar auf <http://southasia.oneworld.net/>, => Home => People Speak (zuletzt am 17. Juli 2017).

737 Vgl. BGE 142 III 263 E. 2.2.2, 269: „[Ein allgemeines Interesse] an der Verhinderung von Vandalenakten und Einbrüchen [rechtfertigt] nicht ohne Weiteres jede Videoüberwachung im Innern eines Wohnhauses. Ebenso wenig geht jedoch der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), geschweige denn dem Schutz auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) in der Weise vor, dass eine Videoüberwachung […] stets als unzulässig zu erachten wäre."; so auch in BGE 136 V 395 E. 7.4, 408 (*Myozyme*-Entscheid): „Es können somit weder die hohe therapeutische Wirksamkeit noch die Wirtschaftlichkeit je getrennt voneinander betrachtet werden in dem Sinne, dass die Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen mit einem kategorialen Ja oder Nein beantwortet werden könnte und bejahendenfalls die Kosten in beliebiger Höhe zu übernehmen wären. Vielmehr ist die Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen graduell und in Relation zu den Behandlungskosten zu beurteilen: Je höher der Nutzen ist, desto höhere Kosten sind gerechtfertigt."; betreffend die Aufklärung des Patienten sodann: BGE 117 Ib 197 E. 3b, 203: „Der Patient soll […] soweit unterrichtet sein, dass er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann. Die Aufklärung darf jedoch keinen für seine Gesundheit schädlichen Angstzustand hervorrufen"; ferner die Betonung der notwendigen Realitätsbezüge bei Auslegungsfragen in: BGE 131 II 13 E. 7.1, 31: „Zu ermitteln ist das aktuell geltende Recht, das ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden kann"; BGE 134 V 131 E. 5.1, 134 und 133 III 175 E. 3.3.1, 178: Die Gesetzesauslegung müsse sich vom Gedanken leiten lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst „das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz"; sodann etwa BGE 136 III 490 E. 4.4, 494 durch die Berücksichtigung von „Rechtssicherheits- und Praktikabilitätserwägungen".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Veranschaulichen lässt sich dies durch die Tatsache, dass sich der Wert grundrechtlicher Schutzgüter oft nur graduell sinnvoll begreifen lässt: Das Bedürfnis nach Selbstbestimmung besteht in unterschiedlichsten Graden; es ist beim Neugeborenen und bei kleinen Kindern eher gering (sie bedürfen mehr des Schutzes als der Freiheit), nimmt dann aber auf dem Weg ins Erwachsenenalter zu, um allenfalls gegen Ende des Lebens wieder abzunehmen (bei erneut verstärkter Schutzbedürftigkeit). Auch bei Gleichheitsfragen spielt die Gradualität eine Rolle. Wo vergleichbare Interessen nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu berücksichtigen sind, ist Gleichbehandlung graduell geboten; wo totale Gleichheit der Chancen (da unerreichbar oder nicht wünschenswert[738]) ausbleiben muss, ist ein graduelles Mass an Angleichung der Chancen geboten.

2. Gradualität am Lebensanfang

Das Konzept der Gradualität wirft unweigerlich Fragen im Bereich des Lebensanfangs und des Lebensendes auf. Für Kritiker der Gradualität dürften die Implikationen des Konzepts für Fragen in diesem Bereich hinreichende Gründe liefern, es abzulehnen – denn ist nicht jedes Menschenleben *absolut* gleich an Werten und führt die Idee der Gradualität nicht zu einer Unterwanderung dieser grundlegenden Einsicht? Solche Bedenken sind m.E. schon deshalb unbegründet, weil die Annahme der Gleichwertigkeit aller Menschen kaum durch den Versuch bedroht wird, nuancierte Gerechtigkeitsvorstellungen zu entwickeln, mithilfe derer man Streitfragen sachlich lösen kann. Zur Illustration:

> *Rettung im Labor*: Im biotechnischen Labor bricht Feuer aus. Wen rettet man: Zehn Embryonen in vitro oder einen bewusstlosen Säugling?[739]

Mit Recht meint Merkel, es sei unbestreitbar, dass der Säugling zu retten sei. Dies impliziert die Annahme, dass zumindest am Anfang des Lebens nicht alles Leben gleichermassen schutzwürdig ist. Merkel untersucht gängige Argumente zur Begründung eines umfassenden Schutz-

738 Gründe hierfür: Singer, Praktische Ethik, 77: „Sie belohnt die Glücklichen, die solche Fähigkeiten erben, die es ihnen erlauben, interessante und einträgliche Berufswege zu beschreiten. Sie bestraft die Unglücklichen, deren genetische Konstellation ihnen einen ähnlichen Erfolg sehr erschwert."

739 Merkel, Vier Theorien, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechts ungeborenen Lebens; folgende Argumente erweisen sich dabei als schwach:[740]

- Das *Speziesargument*, das den Schutz von der Zugehörigkeit zur Menschengattung abhängig macht, leidet an Beliebigkeit und an der Schwierigkeit einer klaren Gattungsdefinition.[741]
- Das *Kontinuumsargument*, das dem Embryo ein Lebensrecht zuspricht, weil er und der erwachsene Mensch durch ein Kontinuum ohne klaren Einschnitt verbunden sind, verdrängt, dass künstliche Einschnitte im Recht vielerorts notwendig sind.[742] Aus der Schwierigkeit, die Grenze festzulegen, folgt nicht, dass es keine Grenze gibt oder geben sollte.[743]
- Das *Potentialitätsargument*, das den Schutz ans Potenzial des Embryos bindet, ein erwachsener Mensch zu werden, leidet daran, dass weit mehr als nur Embryonen nach dieser Logik Schutz verdienten (z.B. Spermien, Eizellen).[744]
- Das *Identitätsargument*, das darauf abstellt, dass der Embryo in seinem Wesen bereits ganz ein Mensch sei[745], geht entweder von einer viel zu engen und statischen Definition des Wesens des Menschen (Abstellen auf die Gene) oder von metaphysischen Annahmen (betr. das Vorhandensein der Seele) aus.

Trotz der Zurückweisung dieser Argumente gibt es eine Möglichkeit zur sachgerechten Begründung pränataler Rechte: Statt einen klaren Schnitt im Kontinuum vom ungeborenen zum erwachsenen Leben zu suchen, ab dem das Lebensrecht beginnt, kann dem pränatalen Leben ein graduell abgestuftes Recht auf Schutz des Lebens und der Würde gewährt werden.

Das Gewicht dieser Rechte sollte nicht jenem geborener Menschen entsprechen. Denn dies stiesse sich, wie das Beispiel mit dem Feuer im Labor zeigt, wo die meisten Menschen zur Rettung des Säuglings neigen dürften, an starken Intuitionen und wäre a fortiori auch kaum einigungsfähig. Vielmehr würde die Tatsache berücksichtigt, dass zwischen einem Embryo und einem Erwachsenen nur ein Unterschied besteht, der nicht kategorischer, sondern nur gradueller Natur ist. Daher ist es m.E. sachgerecht, von der Grundrechtsträgerschaft des Embryos auszugehen, dessen Rechte

740 Merkel, Vier Theorien, 35 ff.
741 Merkel, Vier Theorien, 35–38.
742 Merkel, Vier Theorien, 38 f.;
743 Isensee, Wann beginnt das Recht auf Leben?, 11.
744 Merkel, Vier Theorien, 39 f.; vgl. Kuhse/Singer, Neugeborene, 183 ff.
745 Merkel, Vier Theorien, 40 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber graduell zu beurteilen.[746] Für konkrete rechtliche Fragen (z.B. im Abtreibungsrecht) kann zudem ein Zeitpunkt (z.B. drei Monate nach der Zeugung, im Sinne der Fristenlösung) festgelegt werden, ab dem man dem Embryo die Bedeutsamkeit eines Rechtsgutes zumisst, das mit Grundrechten erwachsener Menschen kollidieren und diesen Grundrechten vorgehen kann.

Aus ähnlichen Gründen – weil auch das Ende des Lebens oft von einem graduellen Dahinscheiden geprägt ist – ist es m.E. unproblematisch, einerseits einen in medizinischer Hinsicht relevanten Zeitpunkt des Sterbens, etwa den Hirntod, als Todeszeitpunkt rechtlich festzulegen, und anderseits allgemein graduelle Erwägungen einfliessen zu lassen. So lässt sich etwa bei der Verteilung von Ressourcen die Dauer des bereits gelebten Lebens und die Dauer des erwartbaren weiteren Lebens in einem gewissen Mass (mit-)berücksichtigen.

3. Probleme des binären Verständnisses der Gerechtigkeit

Die einem graduellen Ansatz entgegengesetzte binäre Perspektive begreift und beschreibt ethische Sachverhalte bloss mit Gegensatzpaaren: Was nicht richtig ist, ist falsch; was nicht gerecht ist, ist ungerecht; was nicht gut ist, ist schlecht (oder böse). Zwischenräume gibt es nicht – vielleicht nicht einmal Zweifelsfälle.

Die binäre Sichtweise geht von der Irrelevanz der Graubereiche des Lebens für die ethische Bewertung aus. Zur Illustration: Von drei erwogenen Regulierungsstrategien im Bereich der Drogenpolitik wären deren zwei (M_1, M_2) der geltenden repressiven Drogenpolitik (M_0) vorzuziehen. Die dritte, in gewissen Kreisen sehr populäre und daher oft diskutierte Strategie (M_3) – die fast schrankenlose Legalisierung aller Betäubungsmittel – wäre aufgrund der hieraus resultierenden Folgen schlechter als M_0. Wer mit binären Richtigkeitsbegriffen operiert, wird, wenn dem Status quo nur M_3 gegenüberstünde (weil sie etwa politisch als erste in Stellung gebracht wurde), zum Schluss kommen müssen, der Status quo sei richtig. Dieses erdachte Dilemma zeigt, wie das binäre Richtigkeitsverständnis einer

746 Vgl. Vogel, 101: Dem Recht auf Leben sei ein geringer Dienst erwiesen, wenn man den Nasciturus einzig deshalb zum Nichtmenschen deklassiere, um das Dogma des absoluten Tötungsverbots zu schützen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

höchst problematischen Lösung (z.B. einer repressiven Drogenpolitik) den Schein der Legitimität verleihen kann.[747]

Auf ein Feld binärer Richtigkeitskonzepte sei hingeweisen: Gerichts*urteile* sind systembedingt weitgehend binär definiert. Der Richter muss Recht und Unrecht festlegen und hierbei Klarheit schaffen. Im Strafrecht ist dies besonders wichtig, weil die Unschuldsvermutung greift. Hier sind erhebliche Sicherheiten notwendig. Über Schuld und Strafe kann nur sehr begrenzt nach probabilistischen Kriterien gesprochen werden: Ein Mann, dessen Unschuld auf 75 % Wahrscheinlichkeit eingeschätzt würde, darf nicht dazu verurteilt werden, ein Viertel der Haftstrafe abzusitzen, zu der man ihn verurteilte, wäre er nachweislich schuldig.

Die Notwendigkeit der binären Urteilsstruktur betrifft aber nicht die Urteils*begründung*. Hier wären etwas mehr Nuancen möglich. Dass Urteile trotzdem oft so begründet werden, als wäre alles eindeutig, liegt wohl daran, dass man die Glaubwürdigkeit der Gerichtsautorität schützen will. Das ist legitim (soweit es nicht darum geht, potenzielle Beschwerdeführer zu entmutigen): Mit Blick auf den Rechtsfrieden wäre es kaum hilfreich, wenn der Richter stets Vagheiten betonte und den Eindruck erweckte, er hätte genauso gut auch umgekehrt entscheiden können – mag es auch in Realität so sein.

VI Gebot nachvollziehbarer Begründungen

1. Bedeutung der Begründungspflicht

Begründungen sind die Brücke von der theoretischen Optimallösung zur Akzeptanz und Zieltauglichkeit dieser Lösung. Aus pragmatischer Sicht liegt massgeblich darin die Bedeutung der allseits aufgestellten Forderung[748], Gerechtigkeitsaussagen argumentativ zu untermauern. Es ist zwar nicht so, dass die Leistung der Begründung automatisch zu wahren Erkenntnissen führte; aber sie ist ein Anlass zur Sorgfalt und Selbstdisziplinierung beim Urteilen in kritischen Fällen und ein Faktor der Nachvoll-

747 Kritisch zum Fehlen gradueller Perspektiven in Grundrechtsfragen auch: Di Fabio, GG-Komm. Art. 2 Abs. 1, N. 44: „bipolares Grundrechtsdenken".

748 Siehe etwa zum für die Diskursethik typischen Bestehen auf gute Gründe: Alexy, Juristische Argumentation, 399 ff.; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 227 f., 248 („Das transzendentale Argument besagt nur, daß jede Person, die einen Richtigkeitsanspruch einlösen will, dazu die Geltung der Diskursregeln anerkennen muß – sie muß *argumentieren*.").

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziehbarkeit von Aussagen und Entscheiden.[749] Zu Recht zählt daher der Anspruch auf nachvollziehbare Begründungen zur Garantie rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV).[750]

2. Kriterien und Merkmale der Nachvollziehbarkeit

Nachvollziehbare Begründungen zeichnen in der Regel aus: eine von Ambiguitäten möglichst freie Sprache[751]; die Falsifizierbarkeit ihrer Behauptungen[752]; die zumindest innere Kohärenz ihrer Wertungen[753]; die weltbild- und glaubensneutrale Struktur ihrer Prämissen, auf denen sie beruht (sie dürfen nicht einfach Schlüsse aus partikularen Weltbildern enthalten, die Andersgesinnte erst nachvollziehen können, wenn sie das ganze Weltbild übernehmen).[754]

---

749 Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 N. 12.

750 BGE 133 I 270 E. 3.1, 277: „Die Begründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten."; sehr treffend auch: BVGE A-5276/2013 vom 11. Februar 2014, E. 3.1: „Ob im konkreten Fall die Äusserung einer Partei zur Kenntnis genommen worden ist, lässt sich regelmässig nur anhand der Verfügungsbegründung beurteilen, weshalb sich eine allfällige Missachtung von Art. 32 VwVG häufig in einer Verletzung der Begründungspflicht gemäss Art. 35 VwVG äussert".

751 Hobbes, Leviathan, V: „To conclude, the light of humane minds is perspicuous words, but by exact definitions first snuffed, and purged from ambiguity; reason is the pace; increase of science, the way; and the benefit of mankind, the end."

752 Siehe insb. Popper, Zwei Bedeutungen von Falsifizierbarkeit, 82–85; Albert, Traktat, 36: „Alle Sicherheiten in der Erkenntnis sind selbstfabriziert und damit für die Erfassung der Wirklichkeit wertlos"; ferner Silver, Signal, 266 ff.

753 So auch Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 12, N. 11.

754 Rawls, Political Liberalism, 10: „Political liberalism, then, aims for a political conception of justice as a freestanding view. It offers no specific metaphysical or epistemological doctrine beyond what is implied by the political conception itself."; vgl. Nida-Rümelin, Über menschliche Freiheit, 129 f.; mit Blick auf die Grundrechtsdogmatik: Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, § 190, N. 136: „Der normative Zuschnitt der Grundrechte ergibt nur Sinn, wenn die staatlichen Institutionen unabhängig sind von den partikularen politischen, wirtschaftlichen und ideologischen Mächten und sich ihnen gegenüber behaupten können." Die Verfassung drückt dies zumindest im Rahmen der negativen Glaubensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 und 4 BV) und m.E. auch der politischen Rechte aus (Art. 34 Abs. 2 BV).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kein Indiz einer starken Begründung ist die Festigkeit einer Überzeugung.[755] Es verhält sich da m.E. gerade umgekehrt: Je unerschütterlicher eine Überzeugung, desto eher wurde sie nicht mit wohlerwogenen Argumenten, sondern durch geistige Einmauerung und Verdrängung erkenntnistreibender Zweifel verteidigt.[756]

Verunmöglicht wird eine nachvollziehbare Begründung durch jeden radikalen Relativismus, der die Möglichkeit objektiver Erkenntnis oder die Existenz von Fakten überhaupt leugnet.[757] Wo alles relativ und jede Hypothese gleichermassen plausibel ist, ist Wissenschaft wertlos. Solch ein Relativismus besiegelt die Belanglosigkeit jeglicher Begründung (manchmal mündet er, sich selbst fremd, in Kulturabsolutismus[758]). Im Resultat ist er gar gefährlich. Mit Nietzsche: „Nichts ist wahr, Alles ist erlaubt".[759]

---

755 Vgl. Kahneman, Thinking, 239–240.

756 Vgl. Russell, The Problems of Philosophy, 98: „Philosophy, though unable to tell us with certainty what is the true answer to the doubts which it raises, is able to suggest many possibilities which enlarge our thoughts and free them from the tyranny of custom. Thus, while diminishing our feeling of certainty as to what things are, it greatly increases our knowledge as to what they may be; it removes the somewhat arrogant dogmatism of those who have never travelled into the region of liberating doubt".

757 In die Richtigung: American Anthropological Association, Statement on Human Rigths (1947), 542: „Standards and values are relative to the culture from which they derive so that any attempt to formulate postulates that grow out of the beliefs or moral codes of one culture must to that extent detract from the applicability of any Declaration of Human Rigths to mankind as a whole" (Hervorhebung unterdrückt) und 543: „man is free only when he lives as his society defines freedom"; dazu auch Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 28 (Fundort der vorher zit. Stelle). Zur Illustration der problematischen Art von Relativismus siehe das Urteil der kleinen Kammer des EGMR betr. Kriminalisierung der Leugnung des Armeniergenozids, zur Frage der Objektivität historischer Fakten: EGMR, *Perinçek c. Schweiz* (2013), 27510/08, § 117: „il est même douteux qu'il puisse y avoir un 'consensus général', en particulier scientifique, sur des événements tels que ceux qui sont en cause ici, étant donné que la recherche historique est par définition controversée et discutable et ne se prête guère à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues."; für harmlosen, aber klischeehaften Relativismus: BGE 131 II 393 E. 6.4, 402: „Indessen sind Werte zwangsläufig subjektiv. Jedes Besoldungssystem beruht notwendigerweise auf bestimmten Werthierarchien, die nicht nach wissenschaftlichen Kriterien richtig oder falsch sein können."

758 Hierzu Howard, Cultural Absolutism, 315 ff.

759 Nietzsche, Also sprach Zarathustra, Kap. 81 (*Der Schatten*).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Verletzung der Begründungspflicht ist der prätentiöse Jargon.[760] Je weniger zugänglich die Sprache ist, desto eher begründet die Furcht, dass versucht wird, eine Überzeugung nicht mit Gründen, sondern mit der Aura des Erhabenen und damit durch Verhinderung kritischer Partizipation zu vermitteln.

3. Tabuisierung und das „Argument der Vereinsamung"

Tabus sind im Rahmen der Diskussion schwieriger ethischer Dilemmata verbreitet. Jeder, der etwas über die „Rettungsfolter" liest, begegnet ihnen. Immer wieder wird man Zeuge des Ansinnens, Denkverbote aufzustellen, indem etwa das absolute Verbot der Folter zur „absolute[n] Grenze der Diskussion"[761] gemacht wird; oder kurzerhand das „Räsonnieren darüber, ob nicht in bestimmten Ausnahmesituationen aufgrund höherer Interessen die Anwendung der Folter ethisch gerechtfertigt" sei, zur Menschenwürdeverletzung definiert.[762]

---

760 Vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 5, N. 116: „Die rechtliche Sprache ist nicht frei von der Gefahr in einen prätentiösen Rechtsjargon zu verfallen, der aber vermieden werden sollte, da in rechtlichen Argumentationen Gründe und nichts anderes zählen (sollten)"; Maslow, Peak-Experiences, Vorwort: „Not only must the experimental be stressed and brought back into psychology and philosophy as an opponent of the merely abstract and abstruse, of the a priori, of what I have called 'helium-filled words'. It must then also be integrated with the abstract and the verbal, i.e., we must make a place for […] an experience-based rationality"; vgl. die Empörung bei Schopenhauer, Grundlage, § 6, 205 zur „unmittelbar nach Kants Lehre eintretenden philosophischen Methode, die [u.a.] im Mystificiren, […] Sand in die Augen streuen, und Windbeuteln besteht, deren Zeitraum die Geschichte der Philosophie einst unter dem Titel 'Periode der Unredlichkeit' anführen wird."

761 Krasmann, Folter im Recht, 232: „Insofern, so lässt sich vorläufig schlussfolgern, markiert das absolute Verbot tatsächlich die absolute Grenze der Diskussion"; vgl. Wesslau, Verbot der Folter, 390–410. Kritisch gegen Tabuisierungsbemühungen: Trapp, Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung, 2006, 221: „Entrüstung ganz ohne Begründung" und 223: „Tabuisieren im argumentfreien Raum".

762 Fischer, Menschenwürde und Staatsnotstand, 244; vgl. Fonk, Christentum 46, der von unzulässigen Grundsatzfragen auszugehen scheint: „Diese Argumentation ist nicht ungefährlich. Wer ihr folgt, muss auch ihre Konsequenzen mittragen wollen. Sie legitimieren nämlich unvermeidlich die Grundsatzfrage, die sich sofort im Anschluss stellt: Wie weit will man im Notfall gehen?"

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Sinn solcher Bemühungen ist unklar. Soll die absolute Grenze der Diskussion Schutz vor dem argumentativen Barbareneinfall leisten? Wer das Räsonnieren verbietet, erweckt den Eindruck, er habe Angst vor Argumenten (eine Angst, die totalitäre Züge trägt[763]). Denn die Kraft des Tabus hängt nicht von der inhaltlichen Plausibilität der damit geschützten Thesen ab. Massgeblich ist die Dynamik der sozialen „Bestrafung" von Enttabuisierungsbemühungen: Es ist im Interesse des Einzelnen, Tabus nicht zu brechen (ehe er an der Macht ist).[764] Weil Andersdenkende sich vor Ausgrenzungsritualen oder gar Anfeindungen mit der Folge des Verlusts an Lebensqualität und allenfalls verdunkelter Berufsperspektiven fürchten, bleiben sie als soziale Wesen, die auf einen Broterwerb angewiesen sind, stumm.[765] Es ist also Nietzsches „Argument der Vereinsamung"[766], das gegen die Hinterfragung des Tabus und das Einverlangen von Begründungen spricht.

Die durch Tabuisierung bewirkte Situation der Unsichtbarkeit gewisser Meinungen und Informationen im öffentlichen Diskurs lässt sich auch als Schweigespirale bezeichnen.[767] Die öffentliche Meinung wird dabei von denen, die aktiv den Erhalt der Schweigespirale fördern, nicht als dynamische Basis der Wissensermittlung begriffen, sondern als Machtfaktor. Signale sozialer Intoleranz bringen dabei Abweichler zum Schweigen; das funktioniert, weil die meisten kritischen Menschen es vorziehen, sich dem Irrtum anzuschliessen, als die Absonderung zu riskieren.[768] Personen, die als potenzielle Tabubrecher eingestuft werden, werden von Hütern

763 Vgl. Levy, Idiocy of Idealism, 87 ff.

764 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 313–314; ders., Grundrechtsvoraussetzungen, N. 287 und 312; Kley, Verfassungsgeschichte, N. 328.

765 Vgl. Cora Stephan, Eros der Freiheit, in: Der Spiegel, 46/2008, 190 ff.; Claudia Mäder, NZZ 6.11.2018, Lassen wir die Sprache menschlich sein.

766 Nietzsche, FW, N. 50; vgl. Cora Stephan, Eros der Freiheit, in: Der Spiegel, 46/2008, 190: „Keine Debatte kommt mehr ohne den Rekurs auf höchste Werte aus. Der Grund dafür ist schlicht: Ihnen kann man nicht widersprechen. […] Im öffentlichen Diskurs geht es nicht um den Diskurs, sondern um die Diskurshoheit; nicht um die Wahrheitsfindung, sondern darum Positionen zu besetzen und sie sich fürderhin nicht mehr streitig machen zu lassen."

767 Dazu ausführlich: Noelle-Neumann, Schweigespirale; vgl. Joachim Güntner, NZZ, 20.1.2015, Das Ende der Schweigespirale.

768 Tocqueville, zit. in Joachim Güntner, NZZ, 20.1.2015, Das Ende der Schweigespirale: „Verschafft sich eine bestimmte Auffassung stärker Gehör, vernimmt man sie öfter und lauter als eine andere, so flüchten die Vertreter der ins Hintertreffen geratenen Meinung ins Verstummen, und dies nicht etwa, weil sie die Überzeugung gewechselt hätten, sondern weil sie sich nicht isolieren wollen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Schweigespirale auch präventiv ausgegrenzt. Man verhindert, dass sie sich überhaupt öffentlich äussern; oder verhindert, dass sie sich als glaubwürdige Menschen äussern. Zielscheibe ist entweder die Möglichkeit der Äusserung (die Plattform) oder der Ruf des als Unmensch dargestellten Andersdenkenden. Im Fall der Plattformverweigerung werden private und öffentliche Institutionen mit der Forderung konfrontiert, bestimmte Personen nicht einzuladen und nicht auftreten zu lassen; setzt man sich mit der Forderung nicht durch, kann man das Ziel mit Drohungen zu erreichen suchen, welche die Sicherheitskosten in die Höhe treiben, oder dessen Vortrag mit Trillerpfeifen und anderen von innerer Leere zeugenden Kampfmitteln sabotieren; Tätlichkeiten gegen die Vortragenden sind möglich, oft aber nicht nötig, wo sich entsprechende Tendenzen einmal ausbreiten.[769] Für den Angriff auf den Ruf einer Person gibt es mannigfaltige Wege; einige davon sind subtiler (lästern; öffentliches Zurechtweisen etc.), andere weniger (Falschbeschuldigungen; böswillige Unterstellungen).

Diese Ausgrenzungsrituale machen die Tabuisierung zur kleinen Schwester des Bannes, einer grausamen Strafe, durch die etwa im Christentum und Judentum der Voraufklärung falschglaubende Religionsmitglieder (darunter auch namhafte Denker wie Spinoza) vollständig aus der Gemeinschaft ausgeschlossen wurden. Der Bann wurde im Rahmen einer unheimlichen Zeremonie ausgesprochen; in der Synagoge verlas man den Urteilsspruch, blies den Schofar – und alle Anwesenden löschten, als Symbol des Ausschlusses, ihre Kerzen. Jene, über die der Bann fiel, verloren dadurch die Grundlagen der sozialen (und damit oft auch der physischen) Existenz – niemand durfte die Betroffenen treffen, mit ihnen Güter austauschen, ihnen helfen oder auch nur mit ihnen reden.[770]

Die Struktur des Tabus ist eigenartig; es ist nur eine einfache Hypothese, wird aber verteidigt wie ein Glaubensgebot. Illustrativ hierfür ist, dass bisweilen versucht wird, durch Tabuisierung vor der Verletzung religiöser Gefühle zu schützen.[771] Tabus schränken damit die Gewissensfreiheit ein. Zudem ist das Tabu oft Zeugnis mangelnden Vertrauens in die Diskursfä-

769 Vgl. dazu Evan Smith, A Policy Widely Abused: The Origins of the „No Platform" Policy of the National Union of Students, in: History & Policy, 23. March 2016.

770 Haller, Die Ungläubigen, 85 ff.

771 So: Ombudsstelle SRG Deutschschweiz, Schlussbericht vom 19. April 2016, Sketch in „Giacobbo/Müller" über Transmenschen beanstandet: „[G]erade Satiriker sollten sich just auch über solche Sprachregelungen lustig machen können, aber es gibt ein paar Heiligtümer, die die Satiriker nicht betreten sollten: Jenes der religiösen Gefühle und jenes von benachteiligten Minderheiten."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

higkeit des „einfachen" Volkes; gewisse Sichtweisen will man dem Diskurs vorenthalten. Zu hoffen ist, die Diskursangst zeuge nicht von Demokratieverdruss und Sympathie für Platons Philosophenkönig. In Zeiten, in denen Rufe nach einem „starken Mann" laut werden, braucht die Demokratie die Loyalität der intellektuellen Elite.

Nützlicher für das friedliche Zusammenleben und die Gerechtigkeitserkenntnis als Tabus wäre m.E. eine Kultur des Widerspruchs. Man solle diesen nicht nur vertragen, so Nietzsche, sondern ihn gar gegen sich wünschen, um einen Fingerzeig auf eine einem bisher unbekannte Ungerechtigkeit zu bekommen; und man solle mit gutem Gewissen das Gewohnte, Überlieferte, Geheiligte anfechten.[772] Das wären rühmliche, demokratische Qualitäten.

B. Regelethik (Deontologie)

I Grundkonzeption

1. Kategorisch geltende Regeln

Aus regelethischer Perspektive ist Gerechtigkeit binär kodiert.[773] Eine Konfliktlösung ist richtig oder falsch, gerecht oder ungerecht; das Gerechte lässt sich nicht graduell in Stufen des mehr oder weniger Gerechten auffächern. Es gilt ein Entweder-oder, ungeachtet der Gradualität der im Leben als gut empfundenen Befindlichkeiten (so ist man etwa mehr oder weniger gesund, sorgenfrei, glücklich, zufrieden, erleichtert, hoffnungsvoll, dankbar usw.).[774]

---

772 Nietzsche, FW, N. 297.

773 Habermas, Faktizität und Geltung, 284: „Geltungsansprüche sind binär kodiert und lassen ein Mehr oder Weniger nicht zu"; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 54, 67 und 124, dort mit der wichtigen Differenzierung in Fn. 393: „Im *Gegensatz* zum Gerechtigkeitsprädikat kann dasjenige der prozeduralen Gerechtigkeit *graduell* verwirklicht werden […]. Ein Ergebnis kann nur ganz oder gar nicht 'gerecht' sein; das Verfahren, das zur Ermittlung des Ergebnisses geführt hat, kann hingegen mehr oder weniger 'fair' sein. Entsprechend können prozedurale Gerechtigkeitstheorien einerseits *absolute* Aussagen über die Gerechtigkeit von Ergebnissen treffen und anderseits *relative* Aussagen darüber, welche Verfahrensbedingungen gerechtigkeitsförderlich sind".

774 Vgl. Kant, ZeF, AA VIII, 378 f.: „*fiat iustitia, pereat mundus*, das heißt zu deutsch: 'es herrsche Gerechtigkeit, die Schelme in der Welt mögen auch insge-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In dieser binären Logik kann ein einmal als ungerecht definierter Typ Handlung nicht einfach unter bestimmten Umständen weniger ungerecht oder gar zulässig sein. Kategorisch geltende Regeln sind die natürliche Konsequenz aus dem binären Gerechtigkeitsverständnis. In der Regelethik bestimmt sich der moralische Wert des Handelns gerade nicht (jedenfalls nicht massgeblich) mit Blick auf die Handlungsfolgen.[775] Auch hängt die Geltung der Regel nicht von ihrem Einigungspotenzial oder gar realen Einigungen einer Vielzahl Betroffener ab. Regelkonformes Handeln ist aus intrinsischen Gründen richtig.

Synonym für Regelethik ist Deontologie. Die Bezeichnung wird hier gelegentlich verwendet, aber seltener (weil im französischsprachigen Raum *déontologie [des avocats, des médecins etc.]* insb. Berufsethos meint). Als kantische Ethik wird ein Typ Regelethik bezeichnet, bei dem in der Tradition Kants die Grundlegung der Moral in der Autonomie des Menschen gesehen wird. Die Regel, die befolgt wird, ist ein Gesetz, das man sich selbst gibt – oder vernünftigerweise geben müsste – und dem man insofern frei gehorcht (so schon Rousseau: „L'obéissance à la loi qu'on s'est préscrite est la liberté.").[776] Damit verbunden ist die Vorstellung vom Menschen als Achtung verdienendes Wesen, das Selbstzweck ist und sein Leben freiverantwortlich gestalten soll.[777]

2. Typische Elemente

a. Uneinschränkbarkeit und unfalsifizierbare Prämissen

Kategorische Regeln dulden keine Einschränkungen; auch nicht zur Verhinderung eines grösseren Übels. Der pragmatische Gedanke, es sei stets

---

samt darüber zu Grunde gehen', ist ein wackerer, alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichnete krumme Wege abschneidender Rechtsgrundsatz".

775 Korsgaard, Response, 101: „Kantians believe in […] obligations which are independent of the value of the outcomes they produce."; vgl. Russell, History, 644.

776 Rousseau, Contrat Social, Buch I, Kap. 8; dazu Verneaux, Histoire, 137 ff. und 164.

777 Vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 14 N. 34; Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 80; im Englischen spricht man von *agency*, was heisst: der Mensch bewegt sich selbst; er ist Grund der Handlungen, nicht ein von aussen in Bewegung gebrachtes Objekt: Korsgaard, Response, 101 f.: „The question, 'what should be done for them?' is answered, roughly, 'they should be given the freedom to make their own choices, and to do things for themselves'".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das kleinere Übel vorzuziehen, wird in der Regelethik implizit verworfen.[778] Der Rigorismus zeugt von innerer Kohärenz. Er stimmt mit zentralen Annahmen der Regelethik und ihrem epistemologischen Ansatz überein: Die Regel gilt, weil sie vorliegt (oder als vorliegend gedacht wird) und sich durch eine bestimmte, formale Qualität als bindend ausweist.[779]

Materiale Kriterien (etwa Erfahrungswissen) sind nicht entscheidend. Damit nicht jede Norm sich zum regelethischen Gebot aufschwingen kann, müssen gewisse Prämissen dem Diskurs entzogen werden; so erklärt sich, warum die Regelethik ihre Prämissen als unfalsifizierbar definiert[780] oder meint, Andersdenkende verdienten kein Gehör.[781]

Dies führt dazu, dass man zentrale regelethische Postulate nicht per Abwägung oder Hinterfragung „aufweichen" darf. Denn wer zentrale regelethische Prämissen anficht, greift die Aussagefähigkeit der Regelethik an. Sobald diese die Festigkeit ihrer Prämissen verliert, fehlt ihr (da sie ontologische Erkenntnisquellen ablehnt) der inhaltliche Anker. Solange sie aber Grundwerte als uneinschränkbar zu vermitteln weiss, erscheinen die unter Bezugnahme auf den Grundwert hergeleiteten Postulate als Produkt logischer Deduktion (z.B. aus dem Instrumentalisierungsverbot ein Verbot, ohne die Gewissheit, dass die Betroffenen konkret schwere Straftaten planen und sich hierfür per Telefon absprechen, private Telefongespräche zu Strafpräventionszwecken abzuhören).

---

778 Siehe aber Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 196, der hervorhebt, dass Kant in der Hinsicht nicht immer ganz konsequent war und für gewisse Situationen ein Prinzip des kleineren Übels aus Nachsicht billigte; sich basierend auf: Kant, MdS, AA VI, 426: „das etwas an sich zwar Unerlaubtes, doch zur Verhütung einer noch grösseren Übertretung (gleichsam nachsichtlich) erlaubt macht".

779 Vgl. schon Suárez, DBM VII, sect. 1, Z. 24–26: jede Pflicht fliesse aus einem Gesetz, das gebietet oder verbietet („sed omnis obligatio oritur ex lege extrinseca praecipiente, vel prohibente; ergo sine hac nulla est malitia").

780 Kant, KpV, AA V, 31: Reine Vernunft sei für sich allein praktisch und gebe dem Menschen ein allgemeines Gesetz, welches wir das Sittengesetz nennen, schreibt Kant, und ergänzt: „Das vorher genannte Factum ist unleugbar."; für zeitgenössische Regelethiker gilt typischerweise die Menschenwürde (bzw. ein bestimmtes Verständnis von ihr) als unfalsifizierbar: Böckenförde, Menschenwürde, 247: „das *unabdingbare* Fundament"; ders., unantastbar, 387. Siehe auch hinten, Teil 3, B.II.3 und B.III.7.

781 Zur Illustration: Kant, ZeF, AA VIII, 378: „Nun mögen dagegen politische Moralisten noch so viel über den Naturmechanism einer in Gesellschaft tretenden Menschenmenge, welcher jene Grundsätze entkräftete […], vernünfteln, oder auch durch Beispiele […] ihre Behauptung dagegen zu beweisen suchen, so verdienen sie kein Gehör".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der kategorische Charakter der Regelethik ergibt sich aus der Annahme intrinsischer Werte: Was (nur) aus inneren Gründen wertvoll ist, ist es unbedingt und unabhängig von den gerade herrschenden Verhältnissen. Schon der Begriff der „überwiegenden Gegeninteressen" ergibt in Bezug auf intrinsische Werte keinen Sinn. Ein intrinsischer Wert wie etwa eine entsprechend gedeutete menschliche Autonomie kann nicht einfach mit konfligierenden Werten verglichen und gegen diese Werte gewogen werden; denn das bedeutete, dass der (folglich doch nicht intrinsische) Wert durch externe Faktoren zu bestimmen sei. Dass die Deontologie ihre wichtigsten Annahmen mit dem Siegel der Unwiderlegbarkeit versieht und die Abwägungsresistenz ihrer Höchstwerte fordert[782], ist somit kohärent.

b. Zwischen Einzelmensch-Fokus und Universalismus

Regel- und Folgenethik[783] eint in der Regel der Anspruch, eine universalistische Ethik zu sein.[784] Das Eigentümliche an der Regelethik ist, dass sie den weiten Kreis der Gleichheit im Konfliktfall implizit mit einem engen Kreis kombiniert. Denn für Regelethiker soll nicht eine Person Mittel zur Erfüllung der Zwecke vieler sein. In der Grundrechtsdogmatik führt dies zum rigoristischen Instrumentalisierungsverbot, das in Dürigs Objektformel prägnant Ausdruck findet und in der deutschen Lehre als Ansatz zur Konkretisierung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG[785] viel Zustimmung geniesst: Die Menschenwürde ist getroffen, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird".[786]

---

782 Vgl. bereits Kant, ZeF, AA VIII, 382: „Hier kann nun vieles für und dawider vernünftelt werden"; heute vgl.: Habermas, Faktizität und Geltung, 309 ff.; weniger streng indessen: Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 195: Statt „dogmatisch" eine Pflicht für schlechthin „moralischer" als jede andere Pflicht zu halten, sei die Pflichtenkollision zuerst einmal wahrzunehmen und dann mittels einer Güterabwägung aufzulösen. Zur Kritik der Abwägungsskepsis siehe schon vorne, Teil 2, C.V.2.a.

783 Dazu hinten, Teil 3, D.

784 Horster, Postchristliche Moral, 285 ff.

785 Gemäss Art. 1 Abs. 1 GG ist die Menschenwürde auch explizit unantastbar: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt."

786 Dürig, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 1 Abs. 1, N. 28 (vgl. N. 34); vgl. BVerfGE 45, 187 (227 f.): Es widerspreche der menschlichen Würde, „den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen". Vorbild dieser Formel soll

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Person darf nicht einfach deshalb benachteiligt werden, weil eine grössere Schädigung anderer Personen zu verhindern ist. Mit anderen Worten: Im Konfliktfall wird die asymmetrische Berücksichtigung der Interessen der Menschen verlangt.[787] Das aus der Rechtsgleichheit fliessende Symmetriegebot tritt zurück.[788] Namentlich die Abwägung von Leben gegen Leben gilt als absolut unzulässig. Im Resultat wird die Perspektive, die man dem Einzelnen gemeinhin zugesteht (von der man keine altruistische Selbstaufopferung erwartet), zur auch für den neutralen Staat massgeblichen Perspektive.[789]

c. Trotz Rigorismus flexible Begründungsmöglichkeiten

Deontologischen Argumenten bieten sich vielfältige und gegensätzliche Einsatzmöglichkeiten. Insbesondere im Kollisionsfall hängt vieles vom Blickwinkel des Betrachters ab.[790] Der Regelethiker, der für die Legitimität der Abtreibung argumentiert, kann sagen, ein Verbot der Abtreibung käme einer unzulässigen Instrumentalisierung der Frau gleich, die zum blossen Instrument zum Wohl des ungeborenen Kindes degradiert werde.[791] Andere Regelethiker können genauso für Abtreibungsverbote argumentieren, indem sie in der Abtreibung die Tötung eines menschlichen Wesens zur blossen Befriedigung der Zwecke einer anderen Person sehen.[792] In

---

eine der Fassungen des kategorischen Imperativs bei Kant sein: ders., GMS, AA IV, 429: „Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst." (zu diesem kategorischen Imperativ siehe auch hinten, Teil 3, B.II.2.b). Zu Recht aber Kley, Menschenwürde, 261: „Die Menschenwürde ist ein Kind der Vereinten Nationen, geboren aus der Erfahrung der Geissel des Krieges", sie schützt erst aufgrund dieser Erfahrung alle Menschen, wohingegen es bei Kant gerade keine bedingungslose Menschenwürde gegeben habe.

787 Kritisch auch Hillgruber, Schutzbereich, Ausgestaltung und Eingriff, § 200, N. 25.

788 Zum Symmetriegebot siehe insb. Teil 2, B.IV.1.c; vgl. Teil 2, C.IV.1.e.

789 Zum Gebot der neutralen Beurteilungsperspektive des Staates siehe dagegen vorne, Teil 3, A.II.2; hinten, Teil 3, D.II.5 und D.III.3.b.

790 Vgl. Scanlon, not a Kantian, 120: „If this interpretation is correct, and this minimal conclusion is all that Kant's argument yields, then it is left up to each person to determine (depending, I suppose, on his or her inclinations) how much weight to give to these considerations."

791 Thompson, A Defense of Abortion, 47–66.

792 Ähnlich etwa die Initianten der Volksinitiative für ein „Recht auf Leben", die am 9. Juni 1985 vom Stimmvolk verworfen wurde: Botsch. zur VI „Recht auf

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beide Richtungen lässt sich mit einem strikten Instrumentalisierungsverbot argumentieren.

d. Ablehnung folgenethischer Erkenntnisse

Die Deontologie lässt sich in vieler Hinsicht als Anti-Utilitarismus definieren.[793] So sehen es einige ihrer Vertreter: „Deontologisch ist eine Auffassung, wenn sie die Richtigkeit einer Entscheidung auf eine folgenunabhängige Regel stützt", erklärt Roxin.[794] Der Utilitarismus nehme den Menschen nicht als Subjekt und als Person ernst, sondern als Objekt moralischer Bedenken wahr.[795] Gemäss Höffe begehrt die Deontologie die „Depotenzierung jeder eudämonistischen Ethik".[796] Um zwei Fremdworte depotenziert, heisst dies: Die Deontologie will zeigen, dass die Moral etwas anderes gebieten kann, als das, was dem Wohl der Betroffenen optimal dient. Während die Folgenethik annimmt, ethische Dilemmata seien immer lösbar, sind Regelethiker teilweise der Ansicht, eine strikte Lösungsorientierung sei selbst mit Problemen behaftet, weswegen konkrete Lösungsvorschläge für moralische Dilemmata nicht immer geboten seien.[797]

Leben", 6: „Nur wenn der Mensch […] in seiner einzigartigen Einmaligkeit, respektiert und als unantastbar betrachtet wird, kann man eine gesetzgeberische Leistung erbringen, die den im Spiel stehenden Werten gerecht wird." (Zitat aus der Absichtserklärung des Initiativkomitees); und ebd.: „Was die vorliegende Initiative bezweckt, ist gerade die Statuierung der menschlichen Würde als fundamentaler Massstab jeglichen staatlichen Handelns".

793 Schweitzer, Kultur, 197: „Die utilitaristische Ethik soll vor der Ethik der unmittelbar und absolut gebietenden Pflicht abdanken. Dies ist der Sinn der Lehre vom kategorischen Imperativ"; Russell, History, 639, weist auf die vehemente Ablehnung der utilitaristischen Ethik zugunsten deontologischer, nicht-empirischer Systeme, die sich rein abstrakt beweisen lassen sollen; ders., History, 644: „As might be expected, Kant will have nothing to do with utilitarianism, or with any doctrine which gives to morality a purpose outside itself.".

794 Roxin, Der Abschuss, 557.

795 Korsgaard, A Kantian Response, 102: „[W]e may say that the Utilitarian focuses first on persons as objects of moral concern, and asks, 'what should be done for them?', while the Kantian addresses the moral agent, who is asking, 'what should I do?'".

796 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 17.

797 Hähnel, Ethos, 10, dort auch: In der Folgenethik würden Felder vernachlässigt, deren Wirklichkeit „unbestritten" sei; die Rede ist vom „unbedingt zu Achten-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Tugendethik als Deontologie?

Die Tugendethik kann als Deontologie konzipiert werden.[798] Dann stehen folgenunabhängig definierte Charaktereigenschaften der Menschen im Zentrum der Beurteilung. Die Bewertung der Tugenden flösse nicht aus erfahrungsbasierten Folgenerwägungen, sondern bezöge sich auf eine irgendwo in irgendeiner Form (z.B. kultureller Tradition) vorhandene Annahme bezüglich des Werts gewisser Charakterzüge und Verhaltensweisen.

Dass bestimmte Vorstellungen über Tugenden existieren, besagt noch nichts über die Qualität dieser Tugenden. Die Bereitschaft, die eigene Ehre und die der Angehörigen zu verteidigen, galt vielerorts während Jahrhunderten als eine der höchsten Tugenden; der Schutz der sich auch an Kleinigkeiten entzündenden Ehre konnte dem Leben vorgehen, wie Duelle, Ehrenmorde oder gewisse Freitode belegen. In Zeiten, in denen kein Staat vor Übergriffen Dritter schützt, erzielte die Ehre als Ausdruck der Bereitschaft, um Respekt bis zum letzten Mittel zu ringen, eine Abschreckungswirkung und erfüllte eine gewisse Schutzfunktion. Die Tatsache allein, dass heute noch vielerorts archaische Ehrverständnisse herrschen und entsprechende Tugendvorstellungen existieren, kann aber kaum Grundlage der Anerkennung solcher Tugenden sein. Der Wandel des Werts der Ehre zeigt, worauf es ankommt – auf die Folgen tugendhaften Verhaltens unter den jeweiligen Lebensbedingungen.

Kurz: Eine sinnvolle Tugendethik ist gerade keine Deontologie.

II Regelethik vor, bei und gestützt auf Kant

1. Regelethik vor Kant

Um die Regelethik in ihrem Potenzial zu erfassen und sie nicht nur auf Kant und dessen Tradition zu reduzieren, seien drei frühere Formen beziehungsweise Vertreter der Regelethik skizziert:

---

den und zu Schützenden, von einem Unantastbaren", das oft der Willkür ausgesetzt sei.

798 Ein solcher Versuch: Hähnel, Ethos, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Bhagavad Gita

In der Bhagavad Gita (*Gesang der Erhabenen*) findet sich eine Form der Deontologie, die von der heute vertretenen im Ergebnis weit entfernt ist.[799] Krishna erstattet dem zaudernden, zweifelnden Feldherrn Arjuna vor einer entscheidenden Schlacht einen Besuch ab und animiert diesen, unverzagt den „gerechten" Krieg fortzusetzen. Ob man das Richtige tue, dürfe nicht von den Folgen des Handelns abhängig gemacht werden.[800] Die als gerecht postulierte, überaus blutige Schlacht ist nicht etwa geboten, weil sich mit ihr Gutes erreichen liesse, sondern um ihrer selbst willen; sich ihr entziehen, hiesse, die eigene Ehre (heute sagte man: die Selbstachtungsfähigkeit) zu verlieren.[801]

b. Francisco Suárez

Eine Entwicklungslinie von der Bhagavad Gita zu Kant gibt es kaum. Dagegen ist die kantische Ethik zweifellos auch das Erbe der jüdisch-christlichen Moral.[802] Bezeichnend für religiös geprägte Ethiken und für die

---

799 So gefunden und ausführlich dargelegt bei: Sen, Justice, 216: „We cannot […] understand Immanuel Kant's deontology on the basis of Krishna's extremism. Krishna's deontology is of a particularly purist form, which goes beyond seeing the importance of duty-based reasoning, and denies the relevance of any concern, particularly any consequential concern, in determining whether some action should be undertaken or not."

800 Bhagavad Gita, Kap. 2, 46 (ff.): „Es ist an dir, aktiv zu sein, doch nicht um der Ergebnisse deines Tuns willen. Beziehe deine Motivation nicht aus den Früchten deiner Arbeit"; vgl. ebd., Kap. 9, 118: „Sogar ein schlechter Mensch ist als ein guter zu sehen, wenn er sich mir mit ungeteilter Hingabe zuwendet, denn er hat sich richtig entschieden. […] Richte deinen Geist vollkommen auf mich aus."

801 Bhagavad Gita, Kap. 2, 46, *Krishna* zu *Arjuna*: „Für einen Krieger gibt es nichts Besseres, als einen gerechten Krieg zu kämpfen. […] Für einen Mann wie dich, den alle verehren, ist die Ehrlosigkeit schlimmer noch als der Tod."

802 Schopenhauer, Grundlage, 190: „Kant [hat] die imperative Form der Ethik, also den Begriff des Sollens, des Gesetzes und der Pflicht, ohne Weiteres aus der theologischen Moral herübergenommen, während er Das, was diesen Begriffen dort allein Kraft und Bedeutung verleiht, dort zurücklassen mußte." – um dann doch den Pflichtbegriff (ohne den Schöpfer als religiösen Geltungsgrund) zu begründen, verlange Kant, daß der Begriff der Pflicht selbst auch der Grund ihrer Erfüllung, also das Verpflichtende sei; vgl. Blom, Böse Philosophen, 23 f.: „Das intellektuelle Erbe von Romantik und Idealismus lebt weiter, und sein

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kantische Ethik ist das Abstellen auf Regeln, die strikte Verhaltensgebote begründen und dabei zumindest scheinbar ohne legitimierende Ziele auskommen.[803]

So finden sich beim spanischen Spätscholastiker Francisco Suárez Ansätze, die als regelethisch bezeichnet werden können. Dessen Lehre dürfte die praktische Philosophie Kants zumindest indirekt beeinflusst haben.[804] Der Grund der Verpflichtung ist im Rechtsverständnis von Suárez (wie später bei Kant) formaler Art.[805] Was schlecht ist, definiert sich nicht materiell, sondern ergibt sich aus einem bestehenden Verbot.[806] Oder aus der Vernunft, welche die inhärente Schlechtigkeit der Handlung erkennt.[807] Auch bei Suárez setzt die Pflichtigkeit des Rechts den freien Willen voraus:[808] Die Pflichtbindung setzt voraus, dass die Adressaten in der Lage sind, die Verpflichtung zu erkennen und sich ihr unterzuordnen.[809] Der Mensch ist pflichtfähig, weil er nicht nur eine physische Entität ist: Er ist *ens morale* (Suárez)[810] oder eben *homo noumenon* (Kant)[811]. Während bei

---

Grundprinzip ist […] ein im Wesentlichen christliches Konzept, das lediglich seiner äußerlichen Zeichen und Rituale entledigt worden ist."

803 Dazu vgl. Russell, Writings, Kap. 40, 321 und insb. 324: „Popular morality […] lays down rules of conduct rather than ends of life. The morality that ought to exist would lay down ends of life rather than rules of conduct. […] The belief in the importance of rules of conduct is superstitious; what is important is to care for good ends. A good man is a man who cares for the happiness of his relations and friends, and, if possible, for that of mankind in general".

804 Vgl. Walther, Leges-Hierarchie, 137; C. Esposito, The Hidden Influence of Suárez on Kant's Transcendental Conception of 'Being', 'Essence', and 'Existence', 117 ff.; ferner Schnepf, Natürliches Gesetz, 179 ff.; Scarbi, Suárez and Wolff, 227–242; J. F. Mora, Suárez and Modern Philosophy, Journal of the History of Ideas, 1953 (14), 528 ff.; der Einfluss führte wohl auch über (die von Suárez geprägten und Kant prägenden) Philosophen Leibnitz und Wolff (Andre Robinet, Suárez im Werk von Leibnitz, in: Studia Leibnitiana 13, 1981, 76–96; Scarbi, Suárez and Wolff, 227–242).

805 Vgl. Westermann, Suárez, 232; Altwicker, Gesetz und Verpflichtung, 129 f.

806 Vgl. Suárez, DBM VII, sect. 1, Z. 6–8: "actus esse malos solum, quia prohibiti sunt"; ebd., sect. 1, Z. 16–25.

807 Suárez, DBM VII sect. 1, Z. 174 ff. und 189 ff.

808 Suárez, DBM VII, sect. 1, Z. 207 ff.

809 Brieskorn, Suárez und sein Gesetzesbegriff, 116.

810 Siehe dazu bei: Walther, Leges-Hierarchie, 139 f.

811 Kant, MdS, AA VI, 335.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Suárez der Wille, Böses zu tun, Voraussetzung der Sünde ist[812], sagt Kant, nur ein guter Wille könne ohne Einschränkung als gut gelten.[813]

c. Jean-Jacques Rousseau

Im Gegensatz zum Einfluss der spanischen Spätscholastik auf Kant ist der Einfluss Rousseaus auf denselben eher bekannt; nicht nur weil Nietzsche schrieb, Kant sei von der „Moral-Tarantel Rousseau" gebissen worden und habe sich dessen moralischen Fanatismus zu eigen gemacht.[814] Kant hat vieles von Rousseau übernommen:[815] etwa die Kritik der Orientierung der Moral am allgemeinen Nutzen[816], Elemente des kategorischen Imperativs[817] oder die Idee, Freiheit bedeute das Befolgen von Gesetzen, die man

---

812 Vgl. Suárez, DBM VII, sect. 1, Z. 30–33.

813 Kant, GMS, AA IV, 393, „Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein *guter Wille*." Für weitere Parallelen siehe die einigungsethischen Aspekte der Theorien Suárez' und Kants; vgl. für Ersteren: Suárez, De Iuramento Fidelitatis, 76; ders., Principatus Politicus, Kap. II, 15–32; dazu siehe: Daniel Schwartz, Francisco Suárez on Consent and Political Obligation, Vivarium 2008 (48), 59–81; Saldivia/Caro, Francisco Suárez, 46 f.; Saldivia/Caro, Francisco Suárez, 41–55, 46; für Kant vgl. hinten, Teil 3, C.II.1.

814 Nietzsche, Morgenröthe, Kap. 1, N. 3.

815 Siehe insb. Verneaux, Histoire de la philosophie moderne, 137 ff.; Sturma, Rousseau, 187 (f.): „Die bedeutungsvollste Aufnahme der Philosophie Rousseaus vollzieht Immanuel Kant. […] Kant sieht in Rousseau den Newton der Anthropologie und Ethik".

816 Rousseau, Discours, 97 f. (Préface): „On commence par rechercher les règles dont, pour l'utilité commune, il serait à propos que les hommes convinssent entre eux; et puis on donne le nom de *loi naturelle* à la collection de ces règles, sans autre preuve que le bien qu'on trouve qui résulterait de leur pratique universelle. Voilà assurément une manière très commode de composer des définitions, et d'expliquer la nature des choses par des convenances presque arbitraires."; für Kants Position vgl. unten, Teil 3, B.II.2.c-e.

817 Vgl. Rousseau, Discours, 97 (Préface): „qu'une règle prescrite à un être moral, c'est-à-dire intelligent, libre, et considéré dans ses rapports avec d'autres êtres, bornent conséquemment au seul animal doué de raison, c'est-à-dire à l'homme, la compétence de la loi naturelle" (vgl. Kant, KdU, AA V, 431: Der Mensch „[a]ls das einzige Wesen auf Erden, welches Verstand, mithin ein Vermögen hat, sich selbst willkürlich Zwecke zu setzen"; ders., MdS, AA VI, 434: „Allein der Mensch, als Person betrachtet, d.i. als Subject einer moralisch=praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben"); ferner ders., Discours, 98 (Préface): „Tout ce que nous pouvons voir très clairement au sujet de cette loi [naturelle], c'est que non seulement pour qu'elle soit loi il faut *que la volonté de celui qu'elle*

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich selbst gibt.[818] Auch hier zeigt sich, dass Kant die „kantische Ethik" nicht alleine begründete.

2. Kant: kategorische Geltung und eine „reine" Vernunft

a. Autonomie und reiner Wille

Kant geht in seiner Ethik anders als noch in der Kritik der reinen Vernunft[819] von der Autonomie vernünftiger Wesen aus: Der freie, reine Wille avanciert zu einem von der Naturwissenschaft unabhängigen „Faktum" der reinen praktischen Vernunft.[820] Der Mensch soll aus eigenem Antrieb moralisch handeln können – er ist hierzu nicht zwingenden Kausalgesetzen unterworfen, sondern einer „Kausalität mit Freiheit".[821] Dem reinen Willen, der eine reine praktische Vernunft sei, offenbaren sich die „reinen praktischen Gesetze a priori" gemäss Kant als „objektive" Gesetze.[822] Das ist eine Art zwingende Moraltatsache. Der Mensch erkennt die Gesetze der Moral und deren Notwendigkeit, soweit er über die richtige Art Vernunft verfügt, mithilfe seines autonomen Willens.[823]

---

oblige puisse s'y soumettre avec connaissance, mais qu'il faut encore pour qu'elle soit naturelle qu'elle parle immédiatement par la voix de la nature." (Hervorhebung ergänzt); für regelethischen Rigorismus: ebd., 80, in der Widmung an die Stadt Genf: „J'aurais voulu vivre et mourir libre, c'est à dire tellement soumis aux lois que ni moi ni personne n'en pût secouer l'honorable joug"; für Ansätze der kantischen Selbstzweckformel: ebd.: „Si j'avais eu à choisir le lieu de ma naissance, j'aurais choisi une société […] où chacun suffisant à son emploi, nul n'eût été contraint de commettre à d'autres les fonctions dont il était chargé."

818 Rousseau, Contrat Social, Buch I, Kap. 8: „L'obéissance à la loi qu'on s'est préscrite est la liberté."; vgl. auch Sturma, Rousseau, 188; Verneaux, Histoire de la philosophie moderne, 137 ff.

819 Kant, KrV, AA III, 170 ff. und 521 f.; vgl. ders., KpV, AA V, 50: Zur Beobachtung von Seinstatsachen wäre die Annahme der Willensfreiheit eine nichtige „Anmaßung".

820 Kant, KpV, AA V, 55: „Die objektive Realität eines reinen Willens, oder, welches einerlei ist, einer reinen praktischen Vernunft ist im moralischen Gesetze a priori gleichsam durch ein Faktum gegeben; denn so kann man eine Willensbestimmung nennen, die unvermeidlich ist, ob sie gleich nicht auf empirischen Prinzipien beruht."

821 Kant, KpV, AA V, 55.

822 Kant, KpV, AA V, 55; vgl. dazu Nino, Ethics, 82; Korsgaard, Response, 118.

823 Verneaux, Histoire de la philosophie moderne, 164.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weil der Wille autonom ist, ist der Mangel in den Intentionen zu suchen, wenn er gleichwohl nicht zum Respekt der Gesetze der Moral führt. Daher rührt, dass die Ethik Kants um Fragen nach Gut und Böse kreist (weniger um: Glück und Unglück; gut und schlecht; Vorteil und Nachteil).[824] Der gute Wille ist Gütekriterium der Moral schlechthin. Laut Kant gibt es ausser dem guten Willen nichts in der Welt, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden.[825] Freilich in einer besonderen Hinsicht: Der gute Wille ist das Vermögen, nach Regeln der praktischen Vernunft zu handeln. Diese Regeln ermittelt man mithilfe des kategorischen Imperativs:

b. Kategorische Imperative

Der kategorische Imperativ steht im Zentrum der Ethik („praktischen Vernunft") Kants. Es bildet das Kriterium für Legalität sowie Moralität.[826] Dabei handelt es sich aber nicht bereits um den obersten Grundsatz[827] der Ethik Kants; es ist nicht das Moralprinzip selbst, wie Schopenhauer treffend anmerkt, sondern nur „eine heuristische Regel dazu, d.h. eine Anweisung, wo es zu suchen sei".[828]

Von dieser Anweisung gibt es unterschiedliche Formeln. Die erste Formel, die *Universalisierungsformel*[829], leitet Kant mit der Bemerkung ein, der kategorische Imperativ sei „nur ein einziger und zwar dieser":

> „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."[830]

Es dürfte die für Kant wichtigste Fassung des kategorischen Imperativs gewesen sein; sie findet sich in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten

---

824 Siehe bereits Kant, KpV, AA V, 58: „Die alleinigen Objecte einer praktischen Vernunft sind also die vom Guten und Bösen."
825 Kant, GMS, AA IV, 393.
826 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 186; Kants Metaphysik der Sitten behandelt einerseits „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre" (Kant, MdS, AA VI, 203 ff.), anderseits „Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (Kant, MdS, AA VI, 375 ff.
827 Schopenhauer, Grundlage der Moral, § 6, 193: Ein Grundsatz wäre „der kürzeste oder bündigste Ausdruck für die Handlungsweise, die [die Ethik] vorschreibt, oder […] welcher sie eigentlichen moralischen Werth zuschreibt".
828 Schopenhauer, Grundlage, § 7 214.
829 Heute so bezeichnet, etwa bei Schönecker/Wood, Kants GMS, 125.
830 Kant, GMS, AA IV, 421.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an erster Stelle, vor den anderen Formeln.[831] Es ist überdies die einzige der vier Formeln, die sich in der Kritik der praktischen Vernunft wiederfindet.[832]

Zentral ist das Kriterium der Verallgemeinerungsfähigkeit sittlichen Handelns: Man soll sich von Maximen leiten lassen, deren allgemeine Befolgung man sich wünschen kann. Da es hier auf den hypothetischen Willen vernünftiger Wesen ankommt, kann man diese Formel mit Parfit auch als einigungsethisch behandeln.[833] Für die sich heute auf Kant berufende Ethik ist indes eine andere Formel aus der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten besonders bedeutsam:

> „Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst."[834]

Diese Formel wird heute als Selbstzweckformel beschrieben.[835] Zur Illustration dieser Formel bedient sich Kant der Frage nach der Zulässigkeit des Freitods: Der des Lebens Überdrüssige müsse sich fragen, ob seine Handlung „mit der Idee der Menschheit als eines Zwecks an sich selbst zusammen bestehen könne. Wenn er, um einem beschwerlichen Zustande zu entfliehen, sich selbst zerstört, so bedient er sich einer Person bloß als eines Mittels zu Erhaltung eines erträglichen Zustandes bis zum Ende des Lebens. Der Mensch aber ist keine Sache, mithin nicht etwas, das bloß als Mittel gebraucht werden kann, sondern muß bei allen seinen Handlun-

---

831 Auf derselben Seite, kurz nach der Universalisierungsformel, wird die Naturgesetzformel eingeführt: Kant, GMS, AA IV, 421; einige Seiten später finden sich die übrigen Formeln (ebd. 429, 433 für die Selbstzweckformel; ebd. 438 für die Reich-der-Zwecke-Formel).

832 Kant, KpV, AA V, 30: „Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne."

833 Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 15 § 52, 355 f.; vlg. ebd. Kap. 12 § 41, 284 ff; siehe zudem hinten, Teil 3, C.II.1.

834 Kant, GMS, AA IV, 429; vgl. ebd. 433; gemäss Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 18 ist die Selbstzweckformel die materiale Unterform des kategorischen Imperativs. Der Gedanke findet sich (weniger prägnant formuliert) bereits bei Rousseau: Siehe ders., Discours sur l'inégalité, 80 (Widmung der Stadt Genf): „Si j'avais eu à choisir le lieu de ma naissance, j'aurais choisi une société d'une grandeur bornée par l'étendue des facultés humaines, c'est-à-dire par la possibilité d'être bien gouvernée, et où *chacun suffisant à son emploi, nul n'eût été contraint de commettre à d'autres les fonctions dont il était chargé*." (Hervorhebung ergänzt).

835 Schönecker/Wood, Kants GMS, 140; Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen jederzeit als Zweck an sich selbst betrachtet werden."[836] Ungeachtet aller Hoffnungslosigkeit und aller Qualen, die ein sterbewilliger Mensch erleiden mag[837], darf er sich nicht aus dem Leben stehlen. Warum? Weil der Freitod nicht dem Respekt des Menschen oder der Menschheit in der eigenen Person entspricht, die stets als Selbstzwecke mitzudenken sind.[838]

Sinngemäss findet sich die Selbstzweckformel auch in Kants Metaphysik der Sitten: Der vernunftbegabte Mensch (d.h. jener, den man „als Person betrachtet, d.i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft") sei über allen Preis erhaben.[839] Als Zweck an sich besitze er den absoluten inneren Wert der Würde, wodurch er „allen anderen vernünftigen Weltwesen Achtung für ihn abnötigt, sich mit jedem anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann".[840] Kurz: Der Mensch verdient wegen der Einzigartigkeit seiner Vernunft (und unter ihrer Bedingung) Achtung.

Ein gegenwärtiges Erbe der Selbstzweckformel ist die These, wonach die Menschenwürde die Selbstzweckhaftigkeit des Menschen schütze.[841]

Neben der Universalisierungs- und der Selbstzweckformel gibt es zwei weitere Formeln des kategorischen Imperativs, die hier von geringem Interesse sind.[842]

---

836 Kant, GMS, AA IV, 429.

837 Vgl. Kant, GMS, AA IV, 421 f.

838 Vgl. beim kategorischen Lügenverbot: Kant, Lügen, AA VIII, 426: „Die Lüge also […] bedarf nicht des Zusatzes, daß sie einem anderen schaden müsse; […]. Denn sie schadet jederzeit einem anderen, wenn gleich nicht einem andern Menschen, doch der Menschheit überhaupt, indem sie die Rechtsquelle unbrauchbar macht."

839 Kant, MdS, AA VI, 434; ausgenommen scheint der „Wilde"; siehe ebd.: „[D]er Mensch im System der Natur (*homo phaenomenon, animal rationale*) ist ein Wesen von geringer Bedeutung und hat mit den übrigen Thieren, als Eruezugnissen des Bodens, einen gemeinen Werth (*pretium vulgare*)."

840 Kant, MdS, AA VI, 434.

841 Mahlmann, Grundrechtstheorie, 196: „Mit der Formulierung, dass der Mensch immer Zweck an sich selbst bleiben müsse, ist der positive Kerngehalt der Menschenwürdegarantie, das Gebot, den einzelnen Menschen als Selbstzweck zu behandeln, endgültig und ausdrücklich etabliert. Diese Konkretisierung und die zweite Fassung des kategorischen Imperativs sind dabei inhaltlich kongruent."

842 Die *Naturgesetzformel*, die Kant als Umformulierung der Universalisierungsformel betrachtet: Kant, GMS, AA IV, 437: „[H]andle nach Maximen, die sich selbst zugleich als allgemeine Naturgesetze zum Gegenstande haben können."; ebd., 421: „Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte."; dann die *Reich-der-Zwecke-Formel* (Kant, GMS, AA IV, 438): Jedes vernünftige Wesen müsse „so handeln, als

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abgesehen vom erwähnten Freitodverbot hat KANT diverse weitere kategorische Verbote und Gebote aus seinen Formeln des kategorischen Imperativs hergeleitet; darunter das Lügenverbot oder das Gebot, Versprechen einzuhalten.[843]

c. Deontologisches am kategorischen Imperativ

Hat der kategorische Imperativ etwas mit Deontologie zu tun? Auf den ersten Blick nur die Selbstzweckformel.[844] In ihr wird ein unfalsifizierbarer Grundwert (als Zweck behandelt werden[845]) postuliert. Zudem wird eine „Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen"[846] der Formel beigemengt, von der man nur weiss, dass sie moralisch entscheidend ist, nicht aber, woher sie stammt. Wegen dieser Menschheit in jedem Einzelnen ist die „Selbstentleibung" strikt verboten, da jeder, der sich selbst töte, über sich wie über ein blosses Mittel disponiere und damit „die Menschheit in seiner Person" abwürdige.[847] Völlig offen bleibt, warum es zu einer solchen Herabwürdigung kommen soll. Es hat jedenfalls den Anschein, als müsste in einem solchen Freitodverbot der sterbewillige Mensch als Mittel zur Wahrung der metaphysischen „Menschheit in der eigenen Person" herhalten. Einer Menschheit, deren Präsenz die Verhältnismässigkeit des sittlichen Urteils verfälscht und um deren Anwesenheit in seiner eigenen Person der des Lebens Überdrüssige nie gebeten hat. Dass wichtige Elemente der ethischen Erwägung unerklärt bleiben, zeichnet den deontologischen Charakter der Selbstzweckformel gerade aus.[848]

---

ob es durch seine Maximen jederzeit ein gesetzgebendes Glied im allgemeinen Reiche der Zwecke wäre."

843 Zum absoluten Verbot der Lüge siehe KANT, MdS, AA VI, 429 ff. und DERS., Lügen, AA VIII, 427: „Es ist also ein heiliges, unbedingt gebietendes, durch keine Convenienzen einzuschränkendes Vernunftgebot: in allen Erklärungen wahrhaft (ehrlich) zu sein."; zum absoluten Gebot, Versprechen zu halten: DERS., GMS, AA IV, 402 f. und 422.

844 KANT, GMS, AA IV, 434: „Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde".

845 KANT, GMS, AA IV, 433.

846 KANT, GMS, AA IV, 429.

847 KANT, MdS, AA VI, 423.

848 Zu den (typischen) Elementen deontologischer Theorien oben, Teil 3, B.I.1 (bzw. 2.a).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sind die übrigen Formeln auch deontologisch strukturiert?

Auf den ersten Blick nicht, denn die *Universalisierungsformel* erlaubt die Berücksichtigung folgenethischer und besonders einigungsethischer Kriterien; der Mensch dürfte als allgemeines Gesetz vor allem das wollen, was die besten Folgen – für diejenigen, auf die es ankäme – nach sich zöge. Die *Naturgesetzformel* könnte man ebenfalls als einigungsethisches Prinzip begreifen, denn der Begriff des Naturgesetzes verwies zu Kants Zeiten oft auf gesellschaftsvertragliche Erwägungen.[849] Die *Reich-der-Zwecke-Formel* unterscheidet sich zuletzt kaum von der Universalisierungsformel, impliziert aber wohl den Gedanken des Gemeinsinns und lässt Raum für Solidaritätserwägungen.[850]

Kurz: Diese drei Formeln enthalten auf den ersten Blick kein deontologisches Element. Doch ein solches steht bei jeder der Formeln quasi vor der Klammer: Der Imperativ ist ein *kategorischer*. Die aus ihm hergeleiteten Gebote gelten zwingend und ausnahmslos, denn der kategorische Imperativ hat apriorischen Charakter; die unbedingte Geltung der durch ihn begründeten Regeln gilt als denknotwendig und unwiderlegbar.[851] Bezeichnend für die Deontologie ist nicht so sehr die Frage, aus welchen Formeln oder in welchem Verfahren die geltenden Gesetze gewonnen werden; ihr Wesensmerkmal ist der vorbestimmte, strikte Geltungsmodus der aus den Formeln hergeleiteten Gebote. Das rigoristische Festhalten am Unwiderlegbaren in ethischen Fragen macht die kantische Ethik überhaupt erst zur Regelethik.[852]

d. Ablehnung empirischer Erkenntnis

Empirische Aussagen sind naturgemäss graduell, etwa aus Wahrscheinlichkeitsgründen, und falsifizierbar. Mit einem kategorischen Richtigkeitsbegriff lässt sich dies nicht vereinbaren. Daher lehnt Kant zumindest theore-

849 Vgl. Mairet, Rousseau, Introduction, 9 ff.; siehe Hobbes, Leviathan, Kap. XV, 292, der die Pflicht zur Einhaltung von Verträgen als Naturgesetz bezeichnete.

850 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 232 ff.

851 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 84 Fn. 207.

852 Kant teilt auch dies mit Rousseau: Verneaux, Histoire de la philosophie moderne, 139: „[Ce que Kant retient de Rousseau, c'est l'idée] que la conscience morale est un absolu, règle unique de l'action et fondement des certitudes métaphysiques, l'idée aussi que toute la moralité réside dans la pureté d'intention, sans référence à la matière ou à l'objet des actes humains."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tisch (aber nicht immer in der praktischen Darlegung[853]) jede empirische Moralerkenntnis ab.[854] Der Empirismus rotte die „Sittlichkeit in Gesinnungen" mit der Wurzel aus, um ihr ein empirisches Interesse entgegenzusetzen; das führe statt zur Herrschaft der Pflichten zu jener der Neigungen, welche, „wenn sie zur Würde eines obersten praktischen Princips erhoben werden, die Menschheit degradieren".[855] Da Neigungen „der Sinnesart aller so günstig" sind (d.h., man folgt ihnen gerne), dünken sie Kant besonders gefährlich.[856]

Der Erfahrungsboden der Erkenntnis wird von Kant zugunsten einer idealisierten, von allem Störpotenzial gereinigten Vernunft aufgegeben; diese reine praktische Vernunft untersagt es, die Geltung moralischer Gesetze mit Gründen und Motiven zu erklären, die nicht selbst unmittelbar ethischer Natur sind.[857] Die reine praktische Vernunft misst sich an der Pflichtbefolgung, die ihrerseits an der Vernunft gemessen wird: „Aus Pflicht etwas tun, heißt: der Vernunft gehorchen".[858] Diese Vernunft darf aber nichts mit dem sinnlichen Erleben des Menschen zu tun haben.

---

853 So auch Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 21 f.

854 Kant, KpV, AA V, 31: „Denn reine, *an sich praktische Vernunft* ist hier unmittelbar gesetzgebend. Der Wille wird als unabhängig von empirischen Bedingungen, mithin als reiner Wille, *durch die bloße Form des Gesetzes* als bestimmt gedacht, und dieser Bestimmungsgrund als die oberste Bedingung aller Maximen angesehen. Die Sache ist befremdlich genug, und hat ihres gleichen in der ganzen übrigen praktischen Erkenntnis nicht. Denn der Gedanke a priori von einer möglichen allgemeinen Gesetzgebung, der also bloß problematisch ist, wird, ohne von der Erfahrung oder irgend einem äußeren Willen etwas zu entlehnen, als Gesetz unbedingt geboten."; vgl. Kant, ZeF, AA VIII, 380 „und darnach [nach reinen Rechtsprinzipien] müsse auch von seiten des Volks im Staate und weiterhin von seiten der Staaten gegeneinander gehandelt werden; die empirische Politik mag auch dagegen einwenden, was sie wolle".

855 Kant, KpV, AA V, 71.

856 Kant, KpV, AA V, 71.

857 Kant, KpV, AA V, 72: „Das Wesentliche aller Bestimmung des Willens durchs sittliche Gesetz ist: daß er als freier Wille, mithin nicht bloß ohne Mitwirkung sinnlicher Antriebe, sondern selbst mit Abweisung aller derselben, und mit Abbruch aller Neigungen, so fern sie jenem Gesetze zuwider sein könnten, bloß durchs Gesetz bestimmt werde."

858 Kant, Über Pädagogik, AA IX, 483.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Weitere Aspekte der „Reinheit" der praktischen Vernunft

Kant erachtet „Klugheitslehren" (Lehren zur Berechnung der Zweckmässigkeit von Handlungen) als für die Moral unangemessen.[859] Moral und Pragmatismus fallen damit auseinander.[860] Der Mensch soll nicht das Gebotene daran messen, dass (und es tun, weil) es für ihn, sonst jemanden oder gar für alle von Vorteil ist. Der Moral darf es nicht ums empirisch fassbare Optimieren des menschlichen Wohls oder ums Fördern der eigenen Glückseligkeit gehen.[861] Denn Kant schreibt, die Moral sei nicht die Lehre, wie wir uns glücklich machen, sondern wie wir „der Glückseligkeit würdig werden".[862] Moral ist folglich nur möglich, wenn man das Streben nach Glück als Leitprinzip geradezu suspendiert[863], zugunsten der „reinen praktischen Vernunft".[864] Wer zu ihr gelangen will, muss aber noch die

---

859 Kant, ZeF, AA VIII, 370: „eine allgemeine Klugheitslehre, d.i. eine Theorie der Maximen […], zu seinen auf Vorteil berechneten Absichten die tauglichsten Mittel zu wählen, d.i. leugnen, daß es überhaupt eine Moral gebe."; vgl. bereits Rousseau, Contrat social, 238 (ders., Gesellschaftsvertrag, 164: „Der Stärke weichen ist ist ein Akt der Notwendigkeit, nicht des freien Willens; es ist allenfalls ein Akt der Klugheit. In welchem Sinne könnte es eine Pflicht sein?").

860 Kant, KrV, AA III, 523: „Das praktische Gesetz aus dem Bewegungsgrunde der *Glückseligkeit* nenne ich pragmatisch (Klugheitsregel); dasjenige aber, wofern ein solches ist, das zum Bewegungsgrunde nichts anderes hat, als die *Würdigkeit, glücklich zu werden*, moralisch (Sittengesetz)."; vgl. Kant, ZeF, AA VIII, 372: „Ich kann mir nun zwar einen *moralischen Politiker*, […] aber nicht einen *politischen Moralisten* denken, der sich eine Moral so schmiedet, wie es der Vorteil des Staatsmanns sich zuträglich findet."

861 Kant, KpV, AA V, 35: „Das gerade Widerspiel des Prinzips der Sittlichkeit ist: wenn das der eigenen Glückseligkeit zum Bestimmungsgrunde des Willens gemacht wird"; ders., Über den Gemeinspruch (1793), AA VIII, 289: „Der Begriff aber eines äußeren Rechts überhaupt geht gänzlich aus dem Begriffe der Freiheit im äußeren Verhältnisse der Menschen zu einander hervor und hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicher Weise haben (der Absicht auf Glückseligkeit), und der Vorschrift der Mittel dazu zu gelangen zu thun: so daß auch daher dieser letztere sich in jenes Gesetze schlechterdings nicht als Bestimmungsgrund derselben mischen muß."; zur frühen Kritik: Schopenhauer, Grundlage, 190: Kants Moral sei eine „Apotheose der Lieblosigkeit"; vgl. ebd., 200: „die Moral hat es mit dem wirklichen Handeln des Menschen und nicht mit apriorischem Kartenhäuserbau zu thun".

862 Kant, KpV, AA V, 130; vgl. auch hier: Rousseau, Discours, 82: „non seulement libres, mais dignes de l'être".

863 Vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 80 f.

864 Vom Vernunftidealismus Kants (so bezeichnet bei Honneth, Vivisektionen, 59 ff., m.V. auf Dewey) hätten die radikalen französischen Aufklärer, die sich der Grenzen der allzumenschlichen Vernunft bewusst waren, wenig gehalten;

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Neigung aus der Moral verbannen. Eine Handlung müsse es dem Menschen wert sein, nicht weil sie mit seiner Neigung stimmt, sondern weil er dadurch seine Pflicht erfülle.[865]

Kurz: Moralisches Handeln ist völlig desinteressiert: Auf Folgen und Erfahrungen, auf motivierende Glücksgefühle beim moralischen Handeln, auf kalkulierte Reziprozität, auf das eigene Interesse im Wechselspiel mit den Interessen der ganzen Gesellschaft, auf alle menschliche Inklination, auf Hoffnung und Mitgefühl; darauf darf es nicht ankommen.[866] Das Gebotene ist nicht geboten, weil es gut ist – es ist gut, weil es geboten ist. Das ist die Reinheit der praktischen Vernunft. Was an ihr trotz solcher Reinheit noch praktisch sein soll, bleibt vage.[867] Jedenfalls haben die unter Anleitung der reinen praktischen Vernunft ermittelten Imperative unweigerlich einen metaphysischen Charakter.[868]

3. Kantisch inspirierte Regelethik der Gegenwart

a. Allgemein

Die Deontologie weicht heute oft in vielen Belangen von Kants allgemeiner und praktischer Rechts- und Moraltheorie ab.[869] Auf der abstrakten

---

zur Illustration Diderot, Jacques le Fataliste, 482 f.: „C'est que […] on ne sait ni ce qu'on veut ni ce qu'on fait, et qu'on suit sa fantaisie qu'on appelle raison, ou sa raison qui n'est souvent qu'une dangereuse fantaisie qui tourne tantôt bien, tantôt mal."

865 Kant, Über Pädagogik, AA IX, 499; ders., KpV, AA V, 21: „Alle praktischen Principien, die ein Object (Materie) des Begehrungsvermögens als Bestimmungsgrund des Willens voraussetzen, sind insgesamt empirisch und können keine praktische Gesetze abgeben."; hierzu kritisch Onfray, Les ultras, 200–203.

866 Kant, KpV, AA V, 110; kritisch dazu auch: Schott, Aufklärungspredigt, 32; Schweitzer, Kultur, 200: „Manchmal legt Kant es geradezu darauf an, die natürlichen Quellen der Sittlichkeit zu verstopfen. So zum Beispiel will er das unmittelbare Mitleid nicht als ethisch angesehen haben."; gleichwohl substanzielle Massstäbe in Kants Theorie identifiziert etwa: Mahlmann, in: Staatsrecht, § 5 N. 3: „Kants Rechtsbegriff orientiert sich an bestimmten substantiellen Massstäben"; Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 186: „Zumindest bei Kant baut der Test der motivationalen oder formalen Richtigkeit auf der inhaltlichen oder materialen Richtigkeit auf. Er stellt keine unabhängige Bedingung dar, sondern verschärft die Legalitätsforderung".

867 Vgl. Russell, History, 645.

868 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 318.

869 Vgl. allg. Korsgaard, Normativity.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ebene ist vor allem KANTS strikt ablehnende Haltung gegenüber der Empirie als Erkenntnismethode relativiert worden; zudem steht die gegenwärtige Deontologie typischerweise den Gefühlen und Neigungen weniger skeptisch gegenüber (die Leidenschaften werden nicht mehr pathologisiert[870]). Zudem ist ein Teil der kantischen Tradition bemüht, darzulegen, dass die vertretenen Theorien nicht rigoristisch seien.[871]

Beibehalten werden indessen:[872] *(i)* ein Konzept der Autonomie des Menschen, das die Forderung umfasst, jeder Mensch (bzw. jedes vernunftfähige Wesen) sei immer nur als Zweck an sich zu behandeln[873]; damit verbunden ist auch die Ablehnung der „Heteronomie der Willkür"[874] (d.h. Fremdbestimmung[875]); *(ii)* der Hang zum Kategorischen und Unbedingten in Postulaten und Geboten (z.B. ein rigoristisches Verständnis grundrechtlicher Kerngehalte)[876]; *(iii)* das Voraussetzen unfalsifizierbarer Werte[877] und das Abstellen auf metaphysische Annahmen (d.h. Thesen,

---

870 So aber noch: KANT, KpV, AA V, 33: „Heteronomie der Willkür, nämlich *Abhängigkeit vom Naturgesetze*, irgend einem Antriebe oder Neigung zu folgen, und der Wille gibt sich nicht selbst das Gesetz, sondern nur die Vorschrift zur vernünftigen *Befolgung pathologischer Gesetze*" (Hervorhebung ergänzt).

871 Siehe etwa: HÖFFE, Kategorische Rechtsprinzipien, 25 f.

872 Allgemein illustrativ hierzu etwa: KORSGAARD, Normativity, passim.

873 Siehe KORSGAARD, Normativity, 130, zudem 114 Fn. 26; vgl. TSCHENTSCHER, Prozedurale Theorien, 29; zur Frage, ob man jemanden als blosses Mittel behandeln dürfe, siehe zudem: PARFIT, On What Matters, Vol. 1, Kap. 9 § 30, 212 ff.

874 KANT, KpV, AA V, 33: „Die Autonomie des Willens ist das alleinige Princip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten: alle *Heteronomie der Willkür* gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist vielmehr dem Princip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen." (Hervorhebung ergänzt).

875 KORSGAARD, Response, 123: „[T]he weight of this kind of reason [the view of myself as an agent, as one who chooses and lives a particular life] for future concern is going to bear against extensive paternalistic intervention. If it matters to me to live my own life, […] then obviously I will not want others to intervene paternalistically".

876 Aus der deontologisch inspirierten Rechtsdogmatik (betr. die Problematik des Flugzeugabschusses als Ultima Ratio) etwa: ROXIN, Der Abschuss, *passim*. Siehe zur Frage nach der Möglichkeit unantastbarer Werte und Normen insb. oben, Teil 2, C.V.5.

877 Vor allem bestimmte Konzepte der Menschenwürde werden als Prämissen gesetzt und geraten in den Genuss der vermeintlichen Unfalsifizierbarkeit; zur Illustration vgl. BÖCKENFÖRDE, Menschenwürde, 247: „das *unabdingbare* Fundament"; DERS., unantastbar, 387: die Menschenwürde als „Grundfeste und metapositive Verankerung der grundgesetzlichen Ordnung"; BIELEFELDT, Ethos, 31; MICHAEL/MORLOK, Grundrechte, 99 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die mit grösserem Richtigkeitsanspruch verfochten werden, als es die Beweislage zuliesse).[878]

b. Starke Dichotomie zwischen Tun und Unterlassen

Aus diesen Punkten fliesst überdies die Annahme, das Erwirken schlechter Folgen durch aktives Handeln unterscheide sich fundamental vom Erwirken solcher Folgen durch Unterlassen.[879] Die Pflicht, Tötungen zu unterlassen, soll im Kollisionsfall über die Pflicht triumphieren, Leben (durch Tötung) zu schützen. Das gilt vor allem für den Staat. Postuliert wird ein (wenig überzeugendes[880]) Privileg der Abwehransprüche. Die Konsequenz für die Grundrechtsdogmatik ist folgenschwer: An den Haken der Menschenwürde hängt die kantisch inspirierte Dogmatik die Forderung auf, der Mensch habe ein Recht, nie als blosses Objekt fremder Zwecke behandelt zu werden.[881] Koste es, was es wolle.

c. Ausschluss privater Bereiche von moralischen Wertungen

Um den Bereich zu markieren, in dem der Mensch autonom ist, wird bisweilen zwischen privater und öffentlicher Sphäre unterschieden: Bestimmte Privatbereiche seien dem staatlichen Zugriff stets entzogen. Zur Illustration weist Korsgaard darauf hin, dass es ein durchsetzbares Recht auf Freihalten der privaten Einfahrtsstrasse geben könne, hingegen kein

878 Vgl. die implizite Dualismus-Prämisse bei: Korsgaard, A Kantian Response to Parfit, 123: „[I]t is *qua* the occupant of this particular body that I live a life, have ongoing relationships, realize ambitions, and carry out plans."; Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 90, mit dem Versuch einer „Rehabilitierung der Metaphysik für das Recht". Zur grossen Bedeutung des Naturwissenschaft-Moral-Dualismus Kants: Dewey, German Philosophy, insb. N. 20: „I find that Kant's decisive contribution is the idea of a dual legislation of reason by which are marked off two distinct realms – that of science and that of morals."

879 Vgl. Nagel, Die Grenzen der Objektivität, 81; Fonk, Christentum 48; Norman, Ethics, Killing and War, 76.

880 Oben, Teil 2, B.IV.4.

881 Fonk, Christentum 48: „Kein noch so hoch stehender Nutzen, den ein Dritter davon hätte, kann es jemals rechtfertigen, einem Menschen die demütigende Erfahrung des Ausgeliefertseins, die Ausnutzung seiner Angst und die Erniedrigung seiner Würde zuzumuten."; ausführlich zur Objektformel: Mahlmann, Grundrechtstheorie, 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht, dass einem das Herz nicht gebrochen werde; dies zeige, dass nicht das Schadensausmass entscheidend sei (der Herzbruch schafft mehr Leid als das Versperren der Zufahrt), sondern das Gebiet der Moral: Der Herzbruch ereigne sich eben im privaten Bereich.[882] Das überzeugt nicht. Der Staat hat andere gute und völlig hinreichende Gründe, das Herzenbrechen nicht aktiv zu bekämpfen: Diese „Untat" ist schwer zu definieren und (solange man nicht auf intrusive Mittel setzt und totalitäre Folgen in Kauf nimmt) praktisch nicht zu unterbinden. Wenn der private Bereich weitgehend eingriffsresistent ist, liegt dies wohl primär daran, dass der Staat privates Ungemach selten verhindern kann, ohne grösseres Ungemach zu schaffen.[883]

III Kritik der Regelethik

1. Unwissenschaftlichkeit und Autoritätslastigkeit

a. Vom Begründungsvakuum zur Metaphysik

Ausgangspunkt des ersten Kritikpunktes ist Kants Verbannung der Naturgesetze aus dem Reich der Moral; indem Kant die Orientierung an Naturgesetzen für pathologisch erklärt[884], legitimiert er den Griff zur Metaphysik.[885]

Nietzsche merkt an, Kant habe zuerst ein gutes Stück Sensualismus in seine Erkenntnistheorie hinübergenommen. Dann, von der „Moral-Tarantel Rousseau" gebissen und mit „Franzosen-Fanatismus im Herzen" (wobei er es zugleich „nicht unfranzösischer, nicht tiefer, gründlicher, deutscher" hätte treiben können), habe Kant sich dazu genötigt gesehen, eine unbe-

---

882 Korsgaard, Response, 123: „We enforce public right even when it is trivial; we cannot interfere with private vice even when it is as major as the concerns of human life can be. […] A person has a right to the disposition of his driveway, but no one has a right not to have his heart broken. This is certainly not because the latter is a minor wrong, but because of the moral territory we are in."

883 Vgl. Uffer, Mobilität, passim.

884 Kant, KpV, AA V, 33: „Abhängigkeit vom Naturgesetze, irgend einem Antriebe oder Neigung zu folgen, und der Wille giebt sich nicht selbst das Gesetz, sondern nur die Vorschrift zur vernünftigen Befolgung pathologischer Gesetze"; vgl. ebd., 56.

885 Vgl. Scanlon, not a Kantian, 121: „Kantian constructivism about reasons"; Schopenhauer, Grundlage, 190.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weisbare Welt und ein logisches Jenseits anzusetzen, um Raum für sein „moralisches Reich" zu schaffen. Dabei sei ihm wichtiger als alles gewesen, dieses Reich unangreifbar, lieber noch ungreifbar für die Vernunft zu machen.[886] Nietzsche störte an der Ethik Kants dessen metaphysisches Element: das Setzen unbeweisbarer Tatsachen ausser Reichweite logischer und naturwissenschaftlicher Einwände.[887] Metaphysische Werte lehnte Nietzsche ab und stört sich an Philosophen, die an die „metaphysische Hässlichkeit der Kröte" glaubten[888] und nicht sähen, dass ästhetische und ethische Werte mit der Perspektive und Identität des Betrachters variieren. Auch die gegenwärtige Regelethik zeichnet sich durch den Griff zur Metaphysik aus.[889] Dieser ist erforderlich, weil die Regelethik es bestenfalls im sehr engen Rahmen zulässt, dass die Beurteilung von Werten von menschlichen Leidenschaften und Neigungen ausgeht und Erkenntnisse empirisch begründet werden.[890] Durch die erstaunliche Trennung des Gu-

886 Nietzsche, Morgenröthe, Vorrede, N. 3; ähnlich scharfsinnig zur Metaphysik bei Kant: Dewey, German Philosophy, 25 f.: „The freedom of the moral will is the answer to the unqualified demand of duty. It is not open to man to accept or reject this truth as he may see fit. […] Since, however, freedom is an absolute stranger to the natural and sensible world, man's possession of moral freedom is the final sign and seal of his membership in a supersensible world. The existence of an ideal or spiritual realm with its own laws is thus certified to by the fact of man's own citizenship within it. […] With the doors to the supersensible world now open, it is but a short step to religion."

887 Vgl. Nietzsche, FW, 4B, N. 335: Kant habe zwar mit Klugheit und Kraft die Moral von ihren metaphysischen Prämissen befreit, sich dann zur Metaphysik (durchs blosse Postulieren von „Gott", „Seele", „Freiheit" und „Unsterblichkeit") zurückverirrt, dem Fuchse gleich, der sich in den Käfig zurückverirrt; siehe auch: Onfray, Les ultras, 201: Kant „pourrait faire exploser la métaphysique occidentale, […] mais renonce et se contente de postuler l'existence de Dieu – avec l'immortalité de l'âme et l'existence de la liberté"; Schweitzer, Kultur, 201: „Der Begriff des rein nach innerlich-geistiger Pflichtgemässheit Sittlichen ist für Kant die ausziehbare Leiter, […] um auf ihr in die Region des Seins an sich zu gelangen. […] [Er kann es] nicht apriorisch genug haben, weil er eine andere Leiter, die des erkenntnistheoretischen Idealismus, ebenso hoch aufrichtet und eine gegen die andere lehnen will, damit sie sich gegenseitig Halt geben."

888 Nietzsche, Morgenröthe, N. 142; hier zielt Nietzsches Bemerkung primär auf seinen „Erzieher", Schopenhauer, erzürnt darob, dass dieser die Unbegreiflichkeit des kategorischen Imperativs gelobt habe.

889 Oben, Teil 3, B.II.3 (vgl. Teil 3, B.II.2.e).

890 Vgl. Schweitzer, Kultur, 197: „Wer die Absolutheit der sittlichen Verpflichtung behauptet, muss auch einen absoluten, allgemeinsten Inhalt des Sittlichen angeben. Er muss ein Prinzip des Verhaltens dartun, das als absolut verbindlich

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten vom Gerechten – eine Trennung, an deren versuchter Begründung sich auch Deontologen die Zähne ausbeissen[891] – entsteht viel Raum für die Metaphysik, ohne die gerade das Kategorische (die rigoristische, totale Geltung einer Norm) kaum begründbar wäre.[892]

Der Griff zur Metaphysik füllt das Begründungsvakuum, das im Zusammenhang mit diesen Annahmen und der kantschen Trennung von Moral und Naturwissenschaft unausweichlich entsteht. Die Methodik litte bereits an Intransparenz: Wer füllt das Vakuum? Womit? Weil es nicht eine, sondern unzählige Metaphysiken gibt, und jede unfalsifizierbar (nicht durch unabhängige Kriterien überprüfbar) ist, animierte die Legitimation der Metaphysik für grundlegende Gerechtigkeitsfragen die Herrschenden dazu, ihre Präferenzen als unanfechtbare Grundsätze aufzustellen und entsprechend rigoristisch durchzusetzen.[893]

b. Autoritätsabhängigkeit

Besonderes für von Kant inspirierte Regelethiker dürfte die Bestimmung der Moral und der kategorischen Gebote massgeblich auf irgendeiner inneren Wissensquelle basieren. Das ist besser als eine unmittelbare Gehorsamsethik, doch schafft es kaum Sicherheit und Gewissheit, denn was am Ende den Weg vorgibt und die Materie der Moral bestimmt, bleibt unklar.

---

und den verschiedenartigsten ethischen Pflichten zugrunde liegend einleuchtet."

891 Korsgaard, Normativity, 114 Fn. 26 (130): „The distinction between the right and the good is a delicate one which it is a little difficult to articulate clearly." – es folgt ein m.E. erfolgloser Versuch der Illustration des Unterschieds.

892 Das Argument ausführlich entwickelnd: Kagan, Morality, insb. Kap. 2, The Existence of the Pro Tanto Reason; ebd., Kap. 8, Hypothetical Judges; vgl. vorne, Teil 2, C.V.

893 Vgl. Dewey, German Philosophy, 42 f.: „History proves what a dangerous thing it has been for men, when they try to impose their will upon other men, to think of themselves as special instruments and organs of Deity. The danger is equally great when an *a priori* Reason is substituted for a Divine Providence. Empirically grounded truths do not have a wide scope; they do not inspire such violent loyalty to themselves as ideas supposed to proceed directly from reason itself. But they are discussable; they have a humane and social quality, while truths of pure reason have a paradoxical way, in the end, of escaping from the arbitrament of reasoning. They evade the logic of experience, only to become, in the phrase of a recent writer, the spoil of a 'logic of fanaticism.' Weapons forged in the smithy of the Absolute become brutal and cruel when confronted by merely human resistance."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was zeichnet die reine praktische Sondervernunft aus, aus der sich alles ergibt? Auf welche Begründung ist etwa die Höchstwertigkeit der Autonomie vernünftiger Wesen zurückzuführen? Was hält bornierte Despoten, die ernsthaft denken, ihre Moral allein sei richtig, davon ab, deren Gesetze nötigenfalls mit etwas Gewalt durchzusetzen?

Inwieweit die Regelethik gehorsamsfreundlich konzipiert ist, hängt davon ab, mit welcher Autorität der Mensch die Geltung der Regeln begründet. Eine Möglichkeit ist die, dass die Quelle moralischer Leitsätze persönliche, innere Autoritäten sein können. Jeder bemühte sich, jenen Grad und jene Art Vernunft beim moralischen Urteilen zu Rate zu ziehen, den er nun einmal in sich fände. Moralisch massgebend wäre somit der eine oder andere dieser inneren Ratgeber, die man Intuition, Gewissen, Überzeugung, Glaube, Gefühl usw. nennt. Diese Autoritäten sind nicht hermetisch von der Aussenwelt abgeriegelt, sondern von ihr abhängig und durch sie geprägt.[894] So haben etwa die Sitten einen Einfluss auf das Schamgefühl. Solche Verbindungen sind es, auf die Arendt die Schwäche innerer Autoritäten zurückführt: Ändern sich die gesamtgesellschaftlichen Umstände (wie zurzeit des Naziregimes), können Gewissen, Intuition und Gerechtigkeitsgefühl ihre Verlässlichkeit einbüssen.[895]

Man wird einwenden, die Kritik ziele auf Strohmänner; die heutige Regelethik habe nichts mit Tyrannei zu tun; es gehe ja gerade darum, die Individualität des Menschen, seine Subjektqualität und Autonomie gegenüber allen Anmassungen staatlicher oder privater Macht zu schützen. Das mag sein – zumindest was den Schutz vor staatlichem Machtmiss-

---

894 Zur Illustration: Rousseau, Discours, 86, Widmung der Stadt Genf: „Je vous conjure de rentrer tous au fond de votre coeur et de consulter la voix secrète de votre conscience. Quelqu'un parmi vous connaît-il dans l'univers un corps plus intègre, plus éclairé, plus respectable que celui de votre magistrature?"; illustrativ auch das russische Sprichwort: Gutes Gewissen brauche die üble Nachrede nicht zu fürchten (Добрая совесть не боится клевет), zit. aus Berthelmann/Berthelmann (Hrsg.), Russische Sprichwörter und Redensarten, Stuttgart 2010, 32, N. 68, es zeigt, wie das Gewissen sich am sozialen Umfeld orientiert: Die üble Nachrede ist bei gutem Gewissen nicht zu fürchten, *weil* jener ein gutes Gewissen hat, der die Erwartungen der massgebenden gesellschaftlichen Kreise erfüllt (und daher keine nennenswerten Feinde hat).

895 Vgl. Arendt, Über das Böse, 26, 95. „Schuldgefühle zum Beispiel können durch einen Konflikt zwischen alten Gewohnheiten und neuen Befehlen – der alten Gewohnheit, nicht zu töten, und dem neuen Tötungsbefehl – hervorgerufen werden; aber sie können genausogut durch einen gegenteiligen Konflikt entstehen: Derselbe Mann wird sich schuldig fühlen, wenn er nicht mitmacht, sobald erst einmal das Töten […] zur Gewohnheit geworden ist und von jedermann anerkannt wird."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

brauch anbelangt. Privatem Machtmissbrauch kann man im deontologischen System aber durchaus ausgeliefert sein; weil und wenn der Staat vor Rettungsmitteln zurückschrecken soll, die zwar keine schweren Schäden nach sich zögen, jedoch irgendeine Form der Instrumentalisierung der Störer bedeuteten (was gegenwärtig verbreitete Formen der Regelethik oft für schlimmer halten als die Nichtverhinderung von Tötungen).[896]

Dass die Regelethik heute oft von Prämissen ausgeht, die zu durchaus vernünftigen Geboten und Verboten führen, macht die Kritik an der Begründungsstruktur der Regelethik nicht entbehrlich: Eine Gerechtigkeitstheorie, die Gerechtigkeit begründen und auch in unvertrauten Konstellationen überzeugend erfassen will, kann es sich nicht leisten, darauf angewiesen zu sein, dass die wichtigsten moralischen Erkenntnisse bereits vorliegen.[897] Wenn für die deontologischen Prämissen alleine spricht, dass sie sich durchsetzten und zu Dogmen wurden, dann ist diese Moral vielmehr auch heute noch von reinen Machtfragen abhängig. Ist der Geltungsgrund ein blosses Postulat, dann lässt sich auf gleicher Basis auch heute noch die Todesstrafe befürworten.

Selbst wenn wir von der Verlässlichkeit innerer Autoritäten ausgehen, bleibt ein Problem im Rahmen der Gerechtigkeitsbegründung bestehen. Die innere Autorität eines einzigen Menschen ist für Fragen des mitmenschlichen Lebens nicht aussagekräftig. Jeder nicht despotisch gesinnte Regelethiker müsste sich in Belangen, die nicht nur ihn, sondern auch seine Mitmenschen angehen, fragen, was deren Bauchgefühl, Gewissen und Intuition für Leitsätze und Gesetze empfehlen. Er würde Widersprüche finden (und dies wohl selbst dann, wenn er nur vernünftige innere Quellen konsultierte[898]); was eine Person nach reiflicher Überlegung für richtig hält, hält die andere nach reiflicher Überlegung für falsch. Will die Regelethik der Aussageunfähigkeit entkommen, muss sie irgendeinen „Richter" finden, der hier autoritativ das Richtige vom Falschen scheidet und Gebote determiniert.

Doch wer wird als dieser „Richter" amten? Folgenethiker würden auf Erfahrung setzen, Einigungsethiker auf den Entscheid der Mehrheit oder auf Diskurse, an denen eine grosse Zahl Menschen teilnehmen. Mit den

---

896 Dazu an Beispielen unten, Teil 4, C, D und E.

897 Dieses Angewiesensein auf Vorgegebenes wird aber oft riskiert, wie etwa in Bezug auf das Folterverbot festgestellt werden kann; vgl. Isensee, Schutzpflicht, N. 314.

898 Parfit, On What Matters, Vol. I, 472 (Fn. 360): „We should not assume that, when two people disagree, at least one of these people must be being unreasonable."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Prämissen der Regelethik (die Regel muss von sich aus gelten, sonst gölte sie nicht unbedingt) lassen sich diese Kriterien nicht vereinbaren. Also bleibt nur die Möglichkeit bestehen, sich gänzlich auf die Autorität bestimmter Personen zu verlassen: Was sagt KANT, was der historische Verfassungsgeber, was das höchste Gericht, was die herrschende Lehre? Damit ist in Realität unweigerlich auch jene Regelethik, die dem Bekunden nach auf innere Vernunftsquellen setzt, autoritätsabhängig. Das wiederum belegt, dass auch eine Regelethik wie jene KANTS, die nicht als Gehorsamsethik gedacht war, insoweit eine gewisse inhärente Gefährlichkeit aufweist, als sie in gesellschaftsmoralischen Fragen nur zu entscheidenden Urteilen fähig ist, wenn eine einflussreiche externe Autorität das Urteil (das man in der Theorie der „reinen praktischen Vernunft" entnimmt) vorgibt. Dies ist besonders heikel, weil und soweit die Regelethik sich nicht damit begnügt, widerlegbare Hypothesen aufzustellen. Sie definiert Kategorisches. Was einmal erfolgreich diktiert ist, gilt als dem Diskurs gänzlich entzogen.

c. „Ipse dixit"-Argumente zur Überbrückung fehlender Gewissheit

Das Autoritätsargument ist eine Begründungsform, die sich im Verweis auf eine bestimmte Autorität und deren Worte erschöpft; die Autorität selbst kann dabei vieles sein: Prinz, Prophet, Philosoph; Heiliges Buch; oder ein Volks- oder Gemeinwille, auf den man sich beruft. Es ist selbstverständlich, dass solche Autoritäten nicht den Anfangsgrund der Gerechtigkeit bilden können.

Andere Autoritäten sind etwas verlässlicher. So wohl die herrschende Lehre im juristischen Schrifttum. Doch auch der Nachweis einer solchen Lehre (erst recht, wenn er nur das Auflisten und Zählen der Autoren umfasst, die sich hinter oder gegen eine bestimmte Meinung stellen) ist kein wissenschaftlicher Beweis.[899] Immerhin nennt man diese akademische Lehre „herrschend" und nicht „wahr". Denn auch die herrschende Lehre operiert nach subtilen Machtprinzipien und sie ist vor kognitiven

899 Sehr skeptisch gegenüber akademischer Autorität etwa: ONFRAY, radicalités, 236: „Des professeurs sans pensée […] écrivent de longs articles pour crier au génie d'un ami médiocre et obscur et pratiquent ainsi une stratégie de l'intimidation: si des professeurs diplômés qui enseignent à l'Université disent du bien d'un ouvrage auquel on ne comprend rien tant le verbiage y règne, alors on s'effacera au nom de l'argument d'autorité, et l'on suspectera non pas le mauvais livre, mais sa propre intelligence."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verzerrungen im Urteil nicht gefeit.[900] Die Geschichte zeigt hinlänglich, dass sich auch ganze Gruppen von Experten irren (z.B. einem geozentrischen Weltbild nachhängen) können, weil sie von falschen Konventionen und Dogmen ausgehen. Man überschätzt die „h.L.", wenn man in ihr selbst bereits eine Art Beweis erblickt. Denn wer zur Begründung auf Autoritäten verweist, beweist nicht.

Eine besondere Art Autorität der gegenwärtigen Regelethik ist Kant selbst; es ist verblüffend, wie oft er von Vertretern der kantischen Tradition in einer Weise zitiert wird, die praktisch an die Stelle der Begründung tritt.[901] Bei Utilitaristen sucht man vergeblich nach einer vergleichbaren Bentham-Fixierung; das liegt auch daran, dass die Folgenethik konzeptionell nicht darauf ausgerichtet ist, ihre Thesen mit Autoritätszitaten nachzuweisen.

Autoritätszitate aber sind als Ipse-dixit-Argumente (*ipse dixit* [lat.]: er selbst hat es gesagt) stets kritikwürdig. Cicero beschrieb als *ipse dixit* das Argumentationsverhalten der Anhänger Pythagoras', die sich in Begründungen mit der Affirmation begnügten, ihr Lehrer habe es gesagt.[902] Auch Montesquieu meinte trocken: „ipse dixit est toujours une sotise"[903] (ipse

---

900 Zu kognitiven Verzerrungen siehe insb. Kahneman, Thinking; Cialdini, Influence, Kap. 2, 17 ff., zum Thema der Reziprozität (der Hang des Menschen zur Reziprozität manifestiert sich erkenntnishemmend, wenn Autoren ihre Thesen vor allem durch exzessive gegenseitige Zitate „nachweisen"); ebd., Kap. 4, 114 ff., zur Neigung, das für wahr und richtig zu halten, was das eigene Umfeld mehrheitlich denkt oder tut („social proof").

901 Pointiert Kley, Menschenwürde als Rechtsprinzip?, 280: „Die blosse Erwähnung von Immanuel Kant im Zusammenhang mit einen politisch-ethischen Problem und der Menschenwürde wirkt wie die Anrufung eines philosophischen Gottes: Die politische Diskussion muss angesichts dieser Autorität ehrfürchtig abgebrochen werden."

902 Cicero, De natura deorum, N. 10: „Nec vero probare soleo id, quod de Pythagoreis accepimus, quos ferunt, si quid adfirmarent in disputando, cum ex iis quaereretur, quare ita esset, respondere solitos ‚ipse dixit'; ipse autem erat Pythagoras: tantum opinio praeiudicata poterat, ut etiam sine ratione valeret auctoritas."

903 Montesquieu, Pensées, Vol. I, N. 66: „Les pitagoriciens se cachoient toujours derriere leur maitre ipse dixit, disoient ils, mais ipse dixit est toujours une sotise"; sinngemäss ähnlich Spinoza, tractatus, 80 N. 26: „Per se patet, quod ex auditu, praeterquam quod sit res admodum incerta, nullam percipiamus essentiam rei, sicuti ex nostro exemplo apparet […]: *hinc clare concludimus omnem certitudinem, quam ex auditu habemus, a scientiis esse secludendam*." (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dixit sei immer Blödsinn). Schliesslich spottete Bentham über Ipse-dixit-Argumente:

> „Ipse (*he*, the master, Pythagoras), ipse dixit, – he has said it; the master has said that it is so; therefore, say the disciples of the illustrious sage, therefore so it is."[904]

Also: Jedes Autoritätsargument ist nur bedingt gültig. Die Plausibilität der Autoritätsmeinung ist eine Funktion der allgemeinen Verlässlichkeit der Autorität im betroffenen Wissensbereich und der Abwesenheit besonderer Gründe, die Unzuverlässigkeit der Autorität im punktuellen Einzelfall zu vermuten (z.B. Befangenheit im Kontext einer bestimmten Aussage). Weil selbst die qualifiziertesten Spezialisten irren können[905], schafft keine Autorität Gewissheiten. Zwar stärken Autoritätsnachweise allenfalls die Prima-facie-Plausibilität einer These; dies gilt etwa für den Nachweis einer kohärenten Gerichtspraxis. Doch kein Ipse dixit belegt die unbedingte Richtigkeit eines Postulats. Das ist entscheidend. Indem die Regelethik das Kategorische sucht, will sie erbringen, was mit autoritätsabhängigen Postulaten niemals gelingen kann: den Nachweis der *zwingenden* Richtigkeit. Damit scheitert ihr Versuch, die kategorische (rigoristische) Geltung der Gebote zu rechtfertigen.

d. Ethik des Nichthinterfragten

Die Probleme des Begründungsvakuums, der damit einhergehenden Autoritätsabhängigkeit und der Gefahr der autoritär-metaphysischen Ausfüllung der Begründungsfreiräume verraten die Parallele der Regelethik mit religiös fundierten Moralvorstellungen. Eine religiös fundierte Ethik ist – wenige Ausnahmen vorbehalten (wohl jene der *Bahai*, der *Sikhs* und der *Shintō*)[906] – in aller Regel von ihrer Struktur her selbst eine Regele-

---

904 Bentham, Deontology, 323; vgl. Bentham, Works, 192: „it is not a mere *ipse dixit* that will warrant us to give credit for utility to institutions, in which not the least trace of utility is discernible."

905 Vgl. Salmon, Logik, 24, 185.

906 Die *Bahai* lehnt Dogmen in ihrer Religion und Philosophie ab, denn sie betrachtet die Religion nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum friedlichen Zusammenleben unter Menschen: W. Hatcher, in: Manière de Voir, Le Monde Diplomatique, 2/3 2016, 40; die Lehre der *Bahai* liesse sich mit der Regelethik nicht vereinbaren, wie die Worte von Shoghi Effendi, des Urgrossenkels des Religionsstifters Baha'u'llah, zeigen: „Si des idéaux longtemps chéris, si des in-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

thik; am deutlichsten trifft dies auf monotheistische Religionen zu.[907] Die höchsten Grundsätze gelten absolut; sie sind derart schwer zu begreifen, dass die meisten Menschen im besten Fall indirekt mit der autoritätsverleihenden Quelle der Grundsätze in Kontakt treten; sie erfahren, dass es ein Unbedingtes, Unhinterfragbares und Unabwägbares geben soll, können aber ohne Hilfe nicht erkennen, was es ist. Kurz: Die Regelethik braucht wie die institutionalisierte Religion Mittler, die das Unbegreifbare sehen und einfachen Seelen die Welt erklären.[908] Eine religiös inspirierte Ethik kann zwar auch inhaltlich (etwa weil sie indirekt aus Jahrhunderten an Erfahrung schöpft) richtig liegen. So ist am Lob der Nächstenliebe oder des Verzeihens im neuen Testament nichts auszusetzen. Wo religiöse Au-

---

stitutions vénérées, si certains postulats sociaux et certaines formules religieuses ont cessé de promouvoir le bien-être de la grande majorité des hommes, s'ils ne contribuent plus aux besoins d'une humanité en développement continuel, alors, qu'ils soient balayés et relégués aux oubliettes des doctrines abandonnées et dépassées." (zit. nach W. Hatcher, in: Manière de Voir, Le Monde Diplomatique, 2/3 2016, 40). Der *Sikhismus* verträgt sich nicht mit kategorischen Regeln, da er wesentlich auf die Erreichung praktischer Gerechtigkeit im Alltag ausgerichtet ist; im Zentrum steht für Sikhs die verantwortungsvolle Lebensführung und die Hilfe für die Schwachen und Unterdrückten. Die binären Pole Paradies und Hölle fehlen (vgl. dazu: Ambalu u.a., Religionen-Buch, 298 ff.). Schliesslich vertrüge sich die in Japan verbreitete *Shintō* kaum mit der Regelethik; Shintō erkennen als gut, was dem Wohl der Gemeinschaft dient, als schlecht, was der Harmonie abträglich; es gibt keine absolute Moral (vgl. Ambalu e.a., Religionen-Buch, 83; BBC, 16.9.2009, Ethics in Shinto, auf: <www.bbc.co.uk/religion/religions/shinto/shintoethics/ethics.shtml> (zuletzt abgerufen am 30.7.2017); ferner die Seite <www.religioustolerance.org/shinto.htm> (zuletzt abgerufen am 2.5.2016).

907 Vgl. Levy, Idiocy of Idealism, für die Spur von der jüdisch-christlichen Theologie über die deistische Philosophie (u.a. Rousseau), dem deutschen Idealismus (Kant, Hegel, Fichte) hin zum Gedankengut des Nationalsozialismus und Stalinismus; Zalten, Pflichtbegriff, 133: „Ein ideengeschichtlicher Hintergrund für den Rigorismus und die ethischen Forderungen kann […] in der Erbsündenlehre Luthers gesehen werden, wonach der Mensch in seiner 'Natur' total verdorben sei."; ferner Russell, Writings, Kap. 40, 324: „The belief in the importance of rules of conduct is superstitious; what is important is to care for good ends."

908 Siehe schon Rousseau, Discours, 97: „[Il] y a, même parmi nous, bien peu de gens en état de comprendre ces principes, loin de pouvoir les trouver d'eux-mêmes. […] il est impossible d'entendre la loi de nature, et par conséquent, d'y obéir, sans être un très grand raisonneur et un profond métaphysicien. […] les hommes ont dû employer pour l'établissement de la société des lumières qui ne se développent qu[e] […] pour fort peu de gens dans le sein de la société même."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

toritäten indes Schädliches vorsehen – so die Leviten in Bezug auf die Homosexualität, die als mit dem Tode zu strafende Sünde gebrandmarkt wird[909] – wiegen die Probleme besonders schwer. Da die problematischen Wertungen von unanfechtbaren Autoritäten in unfalsifizierbare Form gegossen werden, können Ungerechtigkeiten „verewigt" werden.

Dass das für unbedingt Gehaltene auch in der kantischen Ethik nicht immer gut und gerecht ist, zeigen Kants eigene Thesen.[910] Er argumentiert für ein striktes Verbot des Freitods[911], die unbedingte Unzulässigkeit der Lüge (an das man sich nötigenfalls auch auf Kosten des Lebens eines Freundes halten muss)[912] und die Pflicht zur Hinrichtung (oder Deportation) aller Mörder und deren Gehilfen.[913] Kant schloss sich dem frischen Wind der folgenethischen Aufklärung nicht an. Er erteilt vielmehr der bereits herrschenden Moral seinen Segen – und verschärft sie, indem er vernünftige Regeln verabsolutiert. Auch Kants Meinung zu Juden, Frauen und „Negern" zeichnet ihn nicht als Vorbote einer besseren Ära.[914] Zu seiner Zeit argumentierten einige Utilitaristen gegen die Todesstrafe oder für mehr Achtung gegenüber Frauen und Fremde.[915] Wenn man Kant keinen bösen Willen unterstellt (wozu es m.E. wenig Anlass gibt), kommt man nicht umhin, seine Positionen als Folge seiner Theorie anzusehen: Eine Ethik, die Gegebenes verfestigt, ist nicht geeignet, tradierte Fehler aufzudecken. Wo die Wissensquelle der Erfahrung, der kreative Prozess von Versuch und Irrtum und Folgenüberlegungen einer „Klugheitslehre" weitgehend unzulässig sind, verbleiben kaum Mittel, die herrschende Moral zu hinterfragen und zu neuen Erkenntnissen zu gelangen. Kurz: An Kants eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen zeigen sich die Probleme, die mit der Unhinterfragbarkeit seiner Moral verbunden sind. Einmal anerkannte Grundsätze und Gebote werden verabsolutiert.

---

909 Bibel, Leviticus 20:13.
910 Vgl. Blom, Böse Philosophen, 369.
911 Kant, GMS, AA IV, 421 f. und 429.
912 Kant, Lügen, AA VIII, 423 ff.
913 Kant, MdS, AA VI, 334.
914 Vgl. Kant, Anthropologie, 72: „Weiber, Geistliche und Juden betrinken gewöhnlich sich nicht, wenigstens vermeiden sie sorgfältig allen Schein davon, weil sie bürgerlich schwach sind […]. Denn ihr äußerer Wert beruht bloß auf dem Glauben anderer an ihre Keuschheit, Frömmigkeit und separatistische Gesetzlichkeit."; Kant, Beobachtungen, 4. Abschnitt: „Die Schwarzen sind sehr eitel, aber auf Negerart und so plauderhaft, daß sie mit Prügeln auseinander gejagt werden müssen."; Kant, Physische Geographie, 326: „durch die Ausdünstung des phosphorischen Sauren (wonach alle Neger stinken)".
915 Vgl. unten, Teil 3, D.II.1; siehe Haller, Die Ungläubigen, 87–96.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Logik des Fanatismus

Gerade weil Kant die empirische Wirklichkeit von der reinen praktischen Vernunft trennt, wird die Ausfüllung des Vernunftbegriffs durch alle vermeintlichen Ideale möglich.[916] Theoretisch mag eine reine praktische Vernunft massgebend sein. Faktisch ist indes die blosse Durchsetzung entscheidend.

Weil die Prämissen der Regelethik keiner Kontrolle unterliegen, haftet den hieraus gezogenen Schlüssen etwas Willkürliches an.[917] Theoretisch könnten die Ziele und Gesetze einer totalitären Bewegung regelethisch „begründet" werden. Jedenfalls begründet der Charakterzug des Unhinterfragbaren zusammen mit der unbedingten Bindung der aus diesem Unhinterfragten (vermeintlich) hergeleiteten Gebote die Gefahr, dass die Regelethik in der Praxis zur Gehorsamsethik verkommt. Obschon Kant (was sich etwa an seinen Werken zur Pädagogie zeigt) keine Gehorsamsethik im Sinn hatte, leisten die Empiriefeindlichkeit, die „reine" Vernunft und die geforderte kategorische Normgeltung einer gehorsamsethischen Tendenz im Versuch, seine Ethik umzusetzen, Vorschub.[918] Insofern wies schon Dewey mit Recht darauf hin, dass in der kantischen Ethik wegen des Wegfalls der moderierenden Funktion empirischer Begründungen und

---

916 Dewey, German philosophy, 24: „The fact of duty, the existence of a categorical command to act thus and so, no matter what the pressure of physical surroundings or the incitation of animal inclinations, is as much a fact as the existence of knowledge of the physical world. Such a command cannot proceed from nature. What is cannot introduce man to what ought to be, and thus impose its own opposite upon him."; vgl. Schweitzer, Kultur, 196 ff.

917 Schon Schopenhauer, Grundlage, 204 stiess sich daran, dass Kants Ethik zum Refugium für Offenbarungsethiker geworden war: „Denn nachdem einmal zugestanden war, dass es in Hinsicht auf das Praktische eine *ex tripode* diktirende Vernunft gebe, so lag der Schritt sehr nahe, ihrer Schwester, ja, eigentlich sogar Konsubstantialin, der theoretischen Vernunft, denselben Vorzug einzuräumen, und sie für ebenso reichsunmittelbar wie jene zu erklären, wovon der Vortheil so unermesslich wie augenfällig war. Nun strömten alle Philosophaster und Phantasten, den Atheisten-Denunzianten J. H. Jacobi an der Spitze, nach diesem ihnen unerwartet aufgegangenen Pförtlein hin, um ihre Sächelchen zu Markte zu bringen"; vgl. Dewey, German philosophy, 42 f.

918 Vgl. Honneth, Vivisektionen, 59; siehe auch Ethelbert Stauffer, Die Botschaft Jesu damals und heute, 1959, 17 ff.: eine Linie von Moses, Paulus, Ignatius, Kant zu Rudolf Hess ziehend.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der strikten Loyalität zum a priori Gebotenen eine gewisse „Logik des Fanatismus" angelegt sei.[919]

2. Unreine praktische Vernunft (implizite Folgenethik)

Kollisionen gleichrangiger Werte lassen sich rein regelethisch nicht auflösen.[920] Verteidiger der Deontologie räumen dies bisweilen (implizit) ein. Laut Höffe lassen sich mit kategorischen Rechtsimperativen „nur unter Zuhilfenahme von Fachkenntnissen und der Urteilskraft" konkrete Probleme erörtern.[921] Wenn aber erst Erfahrungswissen (es ist in Fachkenntnissen enthalten) und Abwägung (die bei Zuhilfenahme der Urteilskraft stattfindet) Kollisionslösungen ermöglichen, fragt sich, ob in Wirklichkeit nicht diese vermeintlichen Zusatzbedingungen die eigentlichen Prämissen dieser Regelethik bilden – und ob man es folglich nicht mit einer lediglich anders ausgedeuteten Folgenethik zu tun hat.

Je überzeugender man die Deontologie konkretisiert, desto mehr verliert sie den kalten Glanz des Unhinterfragbaren, Dogmatischen und

---

919 Dewey, German Philosophy, 43: „Empirically grounded truths do not have a wide scope; they do not inspire such violent loyalty to themselves as ideas supposed to proceed directly from reason itself. But they are discussable; they have a humane and social quality, while truths of pure reason have a paradoxical way, in the end, of escaping from the arbitrament of reasoning. They evade the logic of experience, only to become, in the phrase of a recent writer, the spoil of a 'logic of fanaticism.'"; sich Dewey weitgehend anschliessend: Honneth, Vivisektionen, Kap. 2, 47 ff., insb. 63: „Es ist eine 'Logik des Fanatismus', […] die in Kants ursprünglicher Idee einer apriorischen Vernunft angelegt ist: Sobald sich nämlich ein hinreichend großes Kollektiv findet, das von einem wachsenden Widerstand gegen die für unumstößlich gehaltenen Vernunftprinzipien überzeugt ist, wird es zu immer gewaltsameren Mitteln greifen, um die vernünftigen Ideale notfalls mit Gewalt einer als geist- oder kulturlos begriffenen Wirklichkeit aufzuzwingen."; vgl. Nietzsche, Morgenröthe, N. 3; zu einer Logik des Fanatismus bei Rousseau und Hegel vgl. ferner: Levy, Idiocy of Idealism, 87 ff. und 121 ff.; Russell, Faschismus, 121. Vgl. dazu hinten, Teil 3, B.III.6.

920 Vgl. Sen, Ethics and Economics, Kap. 3, insb. 71 f.: „It is arguable that this type of deontological structure may not be particularly suitable for focusing on complex problems of pervasive interdependence involved in social morality (including normative economics)."; Sen, Justice, insb. Teil 3, „The Materials of Justice" und Kap. 17 zu „Human Rights and Global Imperatives"; Churchland, Braintrust, 168: „Moral theories that leave room for exceptions to rules have tended to seem incomplete."

921 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 52.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nimmt erfahrungsbasierte, folgenethische Gestalten an. So argumentiert Höffe vorsichtig für die partielle Legitimität des retributionistischen Strafzwecks und zeigt, dass man sich vom Vergeltungsprinzip nicht ganz verabschieden sollte. Da zur Begründung auf funktionale, spieltheoretische Erwägungen zurückgegriffen wird (gewiesen wird auf den sozialen Zweck einer „Tit for Tat"-Strategie), wird das regelethische Prinzip der Vergeltung partiell folgenethisch begründet: Vergeltung muss nicht immer falsch sein, denn sie zeitigt teilweise gute Folgen, lautet implizit das Argument.[922]

Auch Kant setzte oft auf folgenethische Argumente.[923] Er meint, die Bewirkung des „höchsten Guts" in der Welt sei das notwendige Objekt eines durchs moralische Gesetz bestimmbaren Willens.[924] In seiner Schrift Zum ewigen Frieden will Kant die rigoristische Regelgeltung mit Annahmen betreffend der Folgen des Rigorismus belegen: Je weniger man zweckorientiert vorgehe und je mehr man sich an Rechtsregeln halte, desto eher erreiche man den Frieden.[925] Er wendet sich gegen ein „Mittelding eines pragmatisch-bedingten Rechts (zwischen Recht und Nutzen)" und fordert,

---

922 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 215 ff.

923 Zur Illustration: Kant, Über Pädagogik, 33: „Ferner, ob wohl eine Notlüge erlaubt sei? Nein! Es ist kein einziger Fall gedenkbar, in dem sie Entschuldigung verdiente, am wenigsten vor Kindern, die sonst jede Kleinigkeit für eine Not ansehen und sich öfters Lügen erlauben würden."; Kant, KpV, AA 109 (850): „In dieser Unterordnung allein ist das höchste Gut das ganze Objekt der reinen praktischen Vernunft, die es sich notwendig als möglich vorstellen muß, weil es ein Gebot derselben ist, zu dessen Hervorbringung alles Mögliche beizutragen."; bereits auf den Widerspruch hinweisend: Mill, Utilitarianism, 249; Parfit, On What Matters, Vol. I, 243 und 503 f.; Schweitzer, Kultur, 200 schreibt, Kant stelle eine vorgefundene utilitaristische Ethik „unter das Protektorat des kategorischen Imperativs"; vgl. Schönrich, Diskurs, 9–16.

924 Kant, KpV, AA 122 (853). Dazu insb. Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 13, 240 ff., 248–249: „[Kant claims that:] Everyone ought always to strive to promote the Greatest Good", insofern scheine Kants Theorie eine Variante eines „Value-based Act Consequentialism" zu sein: „Kant may seem to be claiming that everyone ought always to try to produce the world that would be the best, or be the greatest good. And he makes other such remarks, as when he writes, of every human being, 'his duty at each instant is to do all the good in his power'."

925 Kant, ZeF, AA VIII, 378: „Denn das hat die Moral Eigentümliches an sich, und zwar in Ansehung ihrer Grundsätze des öffentlichen Rechts (mithin in Beziehung auf eine a priori erkennbare Politik), daß, je weniger sie das Verhalten von dem vorgesetzten Zweck, dem beabsichtigten, es sei physischem oder sittlichem, Vorteil, abhängig macht, desto mehr sie dennoch zu diesem im allgemeinen zusammenstimmt; […] diese Vereinigung des Willens aller […] zugleich die Ursache sein kann, die abgezweckte Wirkung hervorzubringen, und dem Rechtsbegriffe Effekt zu verschaffen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

alle Politik müsse ihre Knie vor dem Recht der Menschen beugen, „kann aber dafür hoffen, ob zwar langsam, zu der Stufe zu gelangen, wo sie beharrlich glänzen wird".[926] Was aber ist dieses zur Aussicht gestellte Glänzen, wenn nicht eine implizit legitimierende Folge?

Des Weiteren lässt Kant seine Zwecke auch Mittel heiligen: „Erlaubnißgesetze der Vernunft" erlauben es dem Despoten, die autokratische Staatsform beizubehalten, solange dies der Abwehr von Bedrohungen durch andere Staaten dient.[927] Das Argument ist folgenethisch strukturiert, auch wenn es in dieser Form nicht überzeugt (ausgeblendet werden Fehlanreize: die Erlaubnis könnte den Despoten gerade dazu verleiten, dafür zu sorgen, dass es an äusseren Feinden nicht mangelt, da er damit stets seine Macht legitimieren kann). Angesichts des Aufwands, den Kant betrieb, um die Reinheit der praktischen Vernunft zu begründen, ist das beiläufige Zurückgreifen auf Folgenerwägungen verblüffend. Es zeigt, dass die Deontologie um die Eigenständigkeit ihrer Begründung fürchten muss: Da sich ihre Falllösungskriterien nicht aus dem Nichts (oder der reinen Form) heraus materialisieren können, ist der Rückgriff auf Erfahrungen und Folgenerwägungen kaum zu vermeiden.

Die kategorische Regelethik bliebe womöglich dann ihrem Wesen treu, wenn sie die Möglichkeit von Kollisionen höchster Werte bestritte (z.B. etwa mit Verweis auf die vermeintliche Widerspruchsfreiheit der Normenordnung[928]). Das Bestreiten der Möglichkeit von Kollisionen ist allerdings wiederum nichts anderes als ein blosses Postulat und damit das Vorschieben einer scheinbaren Begründung bei gleichzeitigem Verzicht auf die Nennung echter Gründe.

---

926 Kant, ZeF, AA VIII, 380: „Das Recht der Menschen muß heilig gehalten werden, der herrschenden Gewalt mag es auch noch so große Aufopferung kosten. Man kann hier nicht halbieren, und das Mittelding eines pragmatisch-bedingten Rechts (zwischen Recht und Nutzen) aussinnen, sondern alle Politik muss ihre Knie vor dem erstern beugen, kann aber dafür hoffen, ob zwar langsam, zu der Stufe zu gelangen, wo sie beharrlich glänzen wird." – der Lohn der Regeltreue ist der Glanz der Politik, mithin ihre Effektivität hin zum Frieden.

927 Kant, ZeF, AA VIII, 373: „[S]o lange er Gefahr läuft, von andern Staaten sofort verschlungen zu werden".

928 In die Richtung: Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 93; kritisch zu einem anderen Versuch, Kollisionen von Grundrechten zu leugnen – durch ein prinzipielles Abwehrprivileg –, vorne: Teil 2, B.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Unverhältnismässigkeit

a. Problematische Abwägungsskepsis

Die Zurückhaltung der Deontologie, wenn es darum geht, wichtigste Werte wie etwa das Leben oder die Menschenwürde im Konfliktfall relativ zu beurteilen – also im Rahmen einer Abwägung zu ermitteln, welche Güter die gewichtigsten sind –, ist der Befürchtung geschuldet, jedes Einbeziehen unantastbarer Rechtsgüter in die Abwägung zöge deren „Relativierung" nach sich.[929] Verdrängt wird, dass die Tatsache der Kollision (nicht erst die Abwägung) Ursache der Einschränkung zumindest eines der kollidierenden Rechtsgüter ist. Auch drängt sich der Vergleich der involvierten Werte und ein sorgfältiger Interessenausgleich mit Blick auf die Rechtsgleichheit der betroffenen Personen jedenfalls prima facie auf.[930] Es liegt zudem ein Widerspruch darin, überall der Differenzierung das Wort zu reden, zugleich aber bei der Kollision wichtigster Güter für ein striktes Abwägungsverbot einzutreten.[931] Die Abwägung ist nie an sich unzulässig[932]; sie kann sich aber unter Umständen als unnötig und unverhältnismässig erweisen.[933]

b. Abwägungsmanipulation

Gegen die Regelethik muss man den schwereren Vorwurf erheben, sie verzichte nicht wirklich auf die Abwägung, sondern verfälsche bisweilen deren Parameter. Denn der Wert, den die Deontologie als prioritär durchsetzen will, wird bisweilen auf nicht gänzlich transparente Art erhöht. Illustrativ hierfür ist die Annahme, eine Menschenwürdeverletzung verletze nicht nur den konkret betroffenen Menschen, sondern die ganze Gattung.[934]

---

929 Vgl. Roxin, Der Abschuss, passim.
930 Vgl. zum hier relevanten Symmetriegebot oben Teil 2, B.IV.1.c; Teil 2, C.IV.1.e.
931 Rücker, Allokation, 130; vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 195.
932 Dazu vorne, Teil 2, C.V.4 – 6.
933 Siehe dazu vorne, Teil 2, C.IV.1.d; vgl. ebd. C.II.3.b und C.V.3 – 6.
934 Kant, MdS, AA VI, 418: Der vernünftige Mensch ist „ein der Verpflichtung fähiges Wesen und zwar gegen sich selbst (die Menschheit in seiner Person) betrachtet"; damit werden die rigoristischen Verbote des Freitods (Kant, MdS, AA VI, 423) und der Lüge begründet (Kant, Lügen, AA VIII, 426: „Die Lüge […] schadet jederzeit einem anderen, wenn gleich nicht einem andern Men-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Argument der Gattungsbetroffenheit ist ein metaphysischer Brückenschlag, der die Bedeutung einer konkreten Verletzung ins Unendliche hinüberführt. Die Heraufbeschwörung der Gattung potenziert die Interessen des Verletzten und schafft die scheinbare Legitimation der Priorisierung seiner Ansprüche vor allem anderen, weil imaginäres kollektives Leid das Ergebnis der Abwägung prägt (die vielleicht, wegen vermeintlich offensichtlicher Vorrangigkeit der überbewerteten Position, gar gänzlich unterlassen wird).

Solche Argumentationsmuster sind abzulehnen: Ihre Billigung bedeutete, dass nicht mehr sachlich argumentiert werden müsste. Ist eine Vielzahl anderer Menschen, die Gattung oder gar alles Leben auf Erden betroffen, ist dem Rechnung zu tragen; aber man muss die Betroffenheit plausibel darlegen. Nur nach Massgabe der Plausibilität (und damit Wahrscheinlichkeit) des drohenden Kollateralschadens lassen sich solche Hypothesen korrekt berücksichtigen.[935]

c. Verallgemeinerung subjektiver Werte

Gemäss einer verbreiteten Intuition darf man schwere Selbstaufopferung unterlassen und regelmässig Angehörigen näher stehen als einem oder auch mehreren Unbekannten. Heldenhaftigkeit ist keine Pflicht, Familienliebe kein Vergehen. So dürfen Eltern etwa zweifellos ihre Kinder auf Kosten des Lebens einer Mehrzahl anderer Menschen schützen.[936] Diese intuitiv plausible Annahme folgt aus der Relevanz der eigenen Position für

---

schen, doch der Menschheit überhaupt, indem sie die Rechtsquelle unbrauchbar macht."); vgl. zum Lügenverbot auch MdS, AA VI, 429 ff.; vgl. BVerfGE 87, 209, 228: Mit der Menschenwürde sei „der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen."

935 Vgl. Parfit, On What Matters, Vol. I, 159 ff.

936 Vgl. Parfit, On What Matters, Vol. I, 381: „On the views that seem to me most plausible, if we could save either our own life or the lives of several strangers, we would have sufficient reasons to act in either way. In Lifeboat, I could rationally choose that you save me; but I could also rationally choose instead that you save the five."; nur wenige Folgenethiker wagen sich an die Hinterfragung dieser Positionsrelevanz; eindrücklich etwa: Kagan, The Limits of Morality, passim, mit der Verteidigung der „extremist position".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jede Wertung und Interpretation; denn mit Nietzsche ist das Perspektivische die Grundbedingung des Lebens (wie wir es erfassen), inklusive der Moral.[937]

Stützt der Perspektivismus regelethische Thesen? Etwa das Argument, der Staat dürfe fünf Menschen nicht auf Kosten einer Person retten (sog. Verrechnungsverbot)?[938] In meinen Augen ist diese regelethische These das Produkt der einseitigen Aufwertung des individuellen Erlebnishorizonts zum allgemeinverbindlichen Beurteilungsmassstab; diese Aufwertung hält nicht einmal vor dem Verallgemeinerungsprinzip des (ersten) kategorischen Imperativs stand.[939] Gerade der Staat muss vielen Einzelnen gerecht werden, was bedingt, dass er sich nicht mit einer subjektiv-individuellen Perspektive begnügen darf.[940] In der Frage der Inkaufnahme des Todes einer Person zugunsten des Lebens von fünf anderen ist somit ceteris paribus davon auszugehen, dass jeder Einzelne der Fünfergruppe dem Staat nicht näher oder ferner stehe als die Einzelperson. Folglich kann der Staat nicht die Rettung der Einzelperson auf Kosten der anderen damit rechtfertigen, dass diese es als ungerecht empfände, nicht gerettet zu werden. Die subjektive Perspektive ist nicht jene, der sich der Rechtsstaat verschreiben darf.[941] Der Staat ist zu neutralem Verhalten verpflichtet, nicht zu ebenso selektiver wie sentimentaler Fürsorge.

---

937 Nietzsche, JGB, Vorrede; vgl. ders., Nachlass (in: KSA 12), 114: „Daß der Werth der Welt in unserer Interpretation liegt. (– daß vielleicht irgendwo noch andere Interpretationen möglich sind als bloß menschliche –) daß die bisherigen Interpretationen perspektivische Schätzungen sind, vermöge deren wir uns im Leben […] erhalten".

938 Für die weitere Widerlegung des rigoristischen Verrechnungsverbots siehe unten, Teil 3, D.III.3 (insb. b); zudem Teil 4, D.II.1 und insb. Teil 4, D.IV.1.a-b.

939 Kant, KpV, AA V, 30: „Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne."

940 Zur Besonderheit der Perspektive des Staates siehe vorne, Teil 3, A.II.2; vgl. hinten, Teil 3, D.II.6. und D.III.3.b.

941 Ähnlich Parfit, On What Matters, Vol. I, 384–388; kritisch zur analogen Frage, ob es bei der Auflösung der Grundrechtskollision auf ein subjektivierendes Verständnis der Schutzgehalte ankommen dürfe: Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 141: „Hier [bei Grundrechtskollisionen] kann nur der Staat nach objektiven, verallgemeinerungsfähigen Kriterien der Grundrechtsauslegung entscheiden. […] Die subjektivierende Betrachtungsweise ist den Grundrechten schlechthin unangemessen."; vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 79: Die „Koinzidenz von Selbstinteresse und Moral" habe moralischen Rang für den Bereich des Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Stossende Ergebnisse der Deontologie

Weil die Deontologie nicht fordert, man müsse stets das kleinere Übel verwirklichen, führt sie zu stossenden Ergebnissen.

Dies illustriert ein Fall, der in einem Dialog Diderots, *Entretien d'un père avec ses enfants ou du danger de se mettre au-dessus des lois*, geschildert wird:

> Ein Notar verhilft einem Testament aus streng formalen (um nicht zu sagen: überspitzt formalistischen) Erwägungen zur Geltung, obwohl er es als höchst ungerecht empfindet; sein Gewissen rät ihm zwar, das Testament zu verbrennen, dessen Existenz zu verschweigen und die Erbschaft stattdessen den bettelarmen Verwandten des Verstorbenen zukommen zu lassen. Diese sind zur Verlesung des Testaments zu Fuss hergereist und harren vor der Tür des Notars aus, auf ein besseres Leben hoffend. Formal sieht das Testament aber vor, dass das Erbe des Verstorbenen an die u.a. durch Wucher reich gewordenen, geizigen Inhaber eines Geschäfts gehe, gegenüber dem der Verstorbene sich wohl verschuldet hatte. Der Notar entscheidet aber, sich nicht übers „Recht" zu stellen und gesetzestreu zu handeln. So eröffnet er das Testament, gemäss welchem die Verwandten des Verstorbenen nichts erhalten.

Diderots Vater ist der Notar, der dem Sohn (der Ich-Erzähler) und anderen Gesprächspartnern kurz vor dem Tod dieses Erlebnis erzählt. Der Dialog legt einerseits die Ungerechtigkeit einer rigoristischen Regelfokussiertheit offen. Vertreter der rigoristischen Sicht ist in der Schilderung des Notars ein Priester, der, vom Notar konsultiert, diesen anherrscht, was ihm denn einfalle, die universellen Gesetze in Zweifel zu ziehen.[942] Diderot lässt sich selbst im Dialog auftreten (als Sohn des Notars) und dabei eine höchst regelskeptische, pragmatische Haltung vertreten; als ihm der Vater das Erlebnis schildert, kritisiert er die Meinung des Priesters. Am Ende des Dialogs gibt der Philosoph anderseits zu erkennen, dass ihm die Probleme, die die Annahme der Unverbindlichkeit der Gesetze (für

942 Diderot, Entretien d'un père (Œuvres 729 ff.), 736, Worte des père Bouin: „Qui est-ce qui vous a autorisé à prononcer sur la justice ou l'injustice de cet acte, et à regarder le legs universel comme un don illicite, plutôt que comme une restitution ou telle autre œuvre légitime qu'il vous plaira d'imaginer? […] il n'est permis à personne d'enfreindre les lois".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jeden, der von Fall zu Fall auf Basis der Vernunft entscheidet)[943] nach sich zöge, bewusst ist: Der Mensch ist nicht unfehlbar; in einer Welt, in der jeder sich das Recht ausnimmt, selbst zu bestimmen, was gilt, lebte es sich gefährlich.

Zunächst lässt Diderot sich in der Figur des Sohns des Notars sagen:

> „Mon père, c'est qu'à la rigueur il n'y a point de lois pour le sage… […] Toutes étant sujettes à des exceptions, c'est à lui qu'il appartient de juger des cas où il faut s'y soumettre ou s'en affranchir."

Die genannte Erkenntnis legt er seinem Vater als Antwort in den Mund:

> „Je ne serais pas trop fâché, me répondit-il, qu'il y eût dans la ville un ou deux citoyens comme toi ; mais je n'y habiterais pas, s'ils pensaient tous de même."

Während Diderot die Grausamkeit der rigoristischen Ethik durchschaute, war er sich gleichzeitig des Nutzens gewisser regelethischer Strategien bewusst.[944]

5. Einzigartigkeit und Ausschlussgefahr

Die Deontologie kantischer Tradition geht von der Einzigartigkeit des Menschen aus. Der Mensch hat Anspruch auf Gerechtigkeit, weil er eine vernunftbegabte, moralische Person ist[945], die als ein „mit innerer Freiheit begabtes Wesen (*homo noumenon*) gedacht"[946] werden kann. Erst die Wil-

---

943 Diderot, Entretien d'un père (Œuvres 729 ff.), 751.

944 Zur strategischen Bedeutung regelethischer Argumente siehe hinten, Teil 3, F.II.1.

945 Die Grundannahme des Menschen als moralische Person ist prominentes Element kantischer Deontologie in der (sonst klar einigungsethischen) Gerechtigkeitstheorie von John Rawls. Siehe beispielsweise: Rawls, A Theory of Justice, 19: „Obviously the purpose of these conditions is to represent equality between human beings as moral persons, as creatures having a conception of their good and capable of a sense of justice.", und ebd., 132: „Next, principles are to be universal in application. They must hold for everyone in virtue of their being moral persons.", zudem etwa 12, 24, 75, 191, 312, 329, 337 f.; zur kritischen Besprechung einer solchen Grundannahme. Nussbaum, Grenzen, 451.

946 Kant, MdS, AA VI, 418: „Der Mensch nun als vernünftiges Naturwesen (*homo phaenomenon*) ist durch seine Vernunft, als Ursache, bestimmbar zu Handlungen in der Sinnenwelt, und hiebei kommt der Begriff einer Verbindlichkeit noch nicht in Betrachtung. Eben derselbe aber seiner Persönlichkeit nach, d. i.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lensfreiheit des Menschen soll sittliches Dasein möglich machen; einzig Menschen (oder nur: vernunftbegabte Wesen) können sich in moralischen Belangen unabhängig von den Naturgesetzen bewegen.[947] Nur der Mensch hat einen Sinn für Gerechtigkeit.[948]

In solchen Konzepten hallt das Bild vom Auserwählten der Schöpfung nach, das nicht nur inhaltlich nicht überzeugt, sondern auch moralisch heikle Folgen zeitigt.[949] Eine der Folgen der Einzigartigkeitsthese ist die

---

als mit innerer Freiheit begabtes Wesen (*homo noumenon*) gedacht, ist ein der Verpflichtung fähiges Wesen und zwar gegen sich selbst (die Menschheit in seiner Person) betrachtet, so: daß der Mensch (in zweierlei Bedeutung betrachtet), ohne in Widerspruch mit sich zu gerathen (weil der Begriff vom Menschen nicht in einem und demselben Sinn gedacht wird), eine Pflicht gegen sich selbst anerkennen kann."

947 Dewey, German philosophy, 23 (ff.): „Reason is itself supersensible. […] it is in itself above sense and nature, as a sovereign is above his subjects."; vgl. ebd. 69.

948 Rawls, A Theory of Justice, 12: „[T]his initial situation is fair between individuals as moral persons, that is, as rational beings with their own ends and capable, I shall assume, of a sense of justice."; anzumerken ist, dass Rawls die meisten Probleme verhindert, indem er (ungeniert) den zunächst sehr abstrakten Begriff der moralischen Person mit substanziellem Gehalt füllt (vgl. ebd. 338: „Thus to respect another as a moral person is to try to understand his aims and interests from his standpoint and to present him with considerations that enable him to accept the constraints on his conduct.").

949 Im Deutschen Idealismus (also insb. auch bei Fichte, Schelling, Hegel) empfand man viel für Ideen, die den einzelnen Menschen als Individuum oder als Teil eines schicksalsträchtigen Ganzen überhöhten: Russell, History, 639 ff. und 666 f.; Levy, Idiocy of Idealism, 113 ff., 117 (vgl. 121): „Her [Germany's] philosophers – in truth theologians in disguise – serving now no longer at the altar of an all-embracing religion, but of a bigoted nationalism"; Letzterer dachte dabei namentlich an Fichte und Hegel; zur Illustration der Selbstüberhöhung siehe: Fichte, Grundlage, 16: „Das Ich setzt sich selbst, und es ist, vermöge dieses bloßen Setzens durch sich selbst; und umgekehrt: Das Ich ist, und es setzt sein Sein, vermöge seines bloßen Seins. – Es ist zugleich das Handelnde, und das Produkt der Handlung; das Tätige, und das, was durch die Tätigkeit hervorgebracht wird; Handlung, und Tat sind Eins und ebendasselbe; und daher ist das: Ich bin Ausdruck einer Tathandlung."; kritisch zur Selbstüberhöhung des Menschen dagegen bereits: Montesquieu, Lettres persanes, 126 f. (lettre 59): „Mon cher Usbek, quand je vois des hommes qui rampent sur un atome, c'est-à-dire la terre, qui n'est qu'un point de l'univers, se proposer directement pour modèles de la Providence, je ne sais comment accorder tant d'extravagance avec tant de petitesse."; vgl. Holbach, Traité, 56: „Il ne faut donc pas croire que l'Etre universel […] fasse plus de cas d'un homme que d'une fourmi, d'un lion plus que d'une pierre. Il n'y a rien à son égard de beau ou de laid, de bon ou de mauvais, de parfait ou d'imparfait. […] Toutes ces distinctions ne sont que des inventions d'un esprit borné; l'ignorance les imagina et l'intérêt les fomente."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hemmung tierethischer Fortschritte: Der Mensch wird als nicht animalisches Wesen von der Natur ausgenommen; was für ihn gilt, muss nicht für Tiere gelten.[950] Aber auch Menschen droht der Ausschluss aus allen Gerechtigkeitserwägungen. Sobald die Einzigartigkeit des Menschen mit der kognitiven Kapazität oder der Sprachfähigkeit der Menschen begründet wird, droht der Ausschluss von in dieser Hinsicht benachteiligten Menschen.[951]

Abgesehen davon, dass die Einzigartigkeitsthese inhaltlich nicht überzeugt[952], ist sie von fragwürdigem Nutzen: Das Postulat der Einzigartigkeit aller Menschen erhöht kaum die Chance, dass jeder Mensch wirklich Schutz erfahre. Im Gegenteil, die Überhöhung der Menschheit öffnet Möglichkeiten der Herabsetzung einzelner Mitglieder der Menschheit.[953] Auf die Behauptung hin, jeder vernünftige Mensch habe unveräusserliche Rechte, droht der Einwand, nicht jeder sei vernünftig; oder unumwunden: nicht jeder sei Mensch.[954] Die damit verbundene Gefahr ist real: „Unter-

---

950 Nussbaum, Grenzen, 223, 450; Singer, Praktische Ethik, 174 ff.; zur Illustration für die Ausklammerung der Tiere, immerhin mit der Einsicht, die Empfindungsfähigkeit spiele eine Rolle: Rousseau, Discours, 99: „Par ce moyen, on termine aussi les anciennes disputes sur la participation des animaux à la loi naturelle. Car il est clair que, *dépourvus de lumières* et de liberté, ils ne peuvent reconnaître cette loi […]. Il semble, en effet, que, si je suis obligé de ne faire aucun mal à mon semblable, c'est moins parce qu'il est un être raisonnable que parce qu'il est *un être sensible*; qualité qui, étant commune à la bête et à l'homme, doit au moins donner à l'une le droit de n'être point maltraitée inutilement par l'autre." (Hervorhebung ergänzt).

951 Nussbaum, Grenzen, 451.

952 Vgl. de Waal, Primates, passim; MacIntyre, Dependent Rational Animals, 81 ff.

953 Vgl. Russell, Ideas, 154 f.: „In order to be happy we require all kinds of supports to our self-esteem. We are human beings, therefore human beings are the purpose of creation. We are Americans, therefore America is God's own country. We are white, and therefore God cursed Ham and his descendants who were black. […] We are male, and therefore women are unreasonable; or female, and therefore men are brutes. […] We work with our brains, and therefore it is the educated classes that are important; or we work with our hands, and therefore manual labor alone gives dignity. Finally, and above all, we each have one merit which is entirely unique, we are Ourself. With these comforting reflections we go out to do battle with the world […]. If we could feel genuinely that we are the equals of our neighbors, […] perhaps life would become less of a battle, and we should need less in the way of intoxicating myth to give us Dutch courage."

954 Zum Ausschluss einzelner Menschen und Gruppen aus dem Kreis jener, den die Gerechtigkeit etwas angeht, bei gewissen Aufklärern: J. Smith in NYT

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

menschen“ im Vokabular der Nazis und „Kakerlaken“ in jenem der Hetzer des Ruanda-Genozids illustrieren das Verderben der Entmenschlichungsrhetorik.

Kurz: Auf die Rhetorik der menschlichen Einzigartigkeit ist zu verzichten, weil sie nicht begründet (sie ist vielmehr Begründungsersatz) und Gefahren birgt. Ein Menschenbild, das auf Absolutismen verzichtet und die Erkenntnis aus der Beobachtung der realen Natur und Auswertung der Erfahrung gewinnt.[955]

6. Gefährlicher Grundsatz: Fiat iustitia, (et) pereat mundus

Der Satz *fiat iustitia, (et) pereat mundus*[956] ist nach Kant ein „wackerer, alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichneten krummen Wege abschneidender Rechtsgrundsatz“: Gerechtigkeit herrsche, und gehe die Welt dabei zugrunde.[957] Solange es in der Welt Ungerechtigkeit gibt, hat das Leben keinen Wert.[958]

Am *fiat-iustitia*-Satz zeigt sich, wie der antipragmatische Idealismus im Resultat das Leben entwertet: Wird angenommen, die Welt verdiene nur Achtung, wenn (ideale) Gerechtigkeit herrscht, dann legitimiert jeder Mangel an Gerechtigkeit Weltverachtung.[959] Eine mit dem Scheitern ihrer als unhinterfragbar geglaubten Ideale konfrontierte Bewegung kann in ein zynisches System münden, das ihr Unheil mit der Borniertheit des sich an seine Lebenslügen klammernden Fanatikers anrichtet; Beispiele hierfür bot der Kommunismus (nicht nur im 20. Jahrhundert; in dieser Zeit auch etwa noch in Venezuela).[960] Daran ist weniger das ursprüngliche

---

10.2.2013, The Enlightenment's 'Race' Problem, and Ours: „Equality was only ever conceived as equality among people presumed in advance to be equal“.

955 Vgl. Russell, History, 654 f.; ähnlich das Menschenbild der radikalen französischen Aufklärung: hinten, Teil 3, D.II.1.c.

956 Siehe dazu auch vorne, Teil 2, B.I.2.e.

957 Kant, ZeF, AA VIII, 378 f.: „*fiat iustitia, pereat mundus*, das heißt zu deutsch: ‚es herrsche Gerechtigkeit, die Schelme in der Welt mögen auch insgesamt darüber zu Grunde gehen‘, ist ein wackerer, alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichnete krumme Wege abschneidender Rechtsgrundsatz“.

958 So interpretiert bei Arendt, Between Past and Future, 224.

959 Für eine weniger fanatische Deutung des Satzes dagegen: Liebs, Fiat iustitia, 138–141.

960 Vgl. Levy, Idiocy of Idealism, 99 f.: „Head erect, [Robespierre] walks before his Maker, with ears deaf to the entreaties of this world and eyes fixed upon the vision of his paradise, to which he sacrifices everything: the cultured Girondins,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ideal schuld als der Glaube an dessen Unwiderlegbarkeit; dieser hat zur Folge, dass man ein Scheitern (beim Kommunismus etwa jenes zahlreicher planwirtschaftlicher Politiken) nicht als Folge problematischer Prämissen der eigenen Ideologie zu begreifen in der Lage ist – und folglich externe Erklärungen (Feinde) braucht. Der Extremismus der *pereat-mundus*-Attitüde folgt aus der Leugnung der Gradualität der Gerechtigkeit.[961] Wer indes die Notwendigkeit gradueller Wertungen einsieht, der setzt gelegentliche Ungerechtigkeit nicht der Unerträglichkeit des Daseins schlechthin gleich.

Aufschlussreich ist die Geschichte des Satzes. Papst Hadrian VI hat ihn wohl als Erster ausgesprochen: zur Begründung seiner Abweisung eines Gnadengesuchs einer zum Tode verurteilten Person.[962] Später berief sich Friedrich Wilhelm I auf den *fiat-iustitia*-Satz, als er ein milderes Urteil in ein Todesurteil wandelte.[963] Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob wohl auch Kant strafende Gerechtigkeit im Sinn gehabt haben könnte, zumal er Befürworter einer retributionistischen Strafdogmatik und der Todesstrafe war: Diese war laut Kant auch für Komplizen eines Mörders a priori geboten.[964] In Bezug auf den *fiat-iustitia*-Satz spricht Kant zwar nicht explizit von der Todesstrafe. Aber er schreibt: Es herrsche Gerechtigkeit, „die Schelme in der Welt mögen auch insgesamt darüber zu Grunde gehen", und betont, niemandem dürfe sein Recht aus Mitleiden gegen andere verweigert werden.[965] Politische Maximen müssten vom

---

the genial friend Danton, and his schoolfellow the brave *Sansculotte* Camille Desmoulins, and also himself: *Pereat mundus, fiat Justitia – fiat* kingdom!"

961 Siehe zur Notwendigkeit der Gradualität in Gerechtigkeitswertungen oben, Teil 2, A.V.

962 Marino Sanuto, I diarii di Marino Sanuto (1466–1536), hrsg. durch Fulin/Stefani/e.a., 56 Bände, Venedig 1879–1902.

963 Jürgen Kloosterhuis, Katte, Ordre und Kriegsartikel, Aktenanalytische und militärhistorische Aspekte einer „facheusen" Geschichte, Berlin 2006, 88, darin zit. das Schreiben des Königs ans Kriegsgericht zu Koepenick vom 1. November 1730.

964 Kant, MdS, AA VI, 334: „So viel also der Mörder sind, die den Mord verübt, oder auch befohlen, oder dazu mitgewirkt haben, so viele müssen auch den Tod leiden; so will es die Gerechtigkeit als Idee der richterlichen Gewalt nach allgemeinen, a priori begründeten Gesetzen." – einzig wenn die Anzahl der Komplizen zu gross ist und deren Tötung zu einer für den Staat belastenden Entvölkerung führte, ist laut Kant eine andere Strafe aus Gnade möglich: die Deportation. Kants retributionistische Strafdogmatik ist weitherum als Schwäche anerkannt, so auch seitens gegenwärtiger Vertreter der Regelethik (vgl. z.B. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 26 f.).

965 Kant, ZeF, AA VIII, 379; siehe zudem die (erstaunlicherweise zustimmende) Deutung der Position Kants bei Arendt, Between Past and Future, 224.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„reinen Begriff der Rechtspflicht" ausgehen. Auf die physischen Folgen kommt es nicht an („die mögen auch sein, welche sie wollen"). Die Welt werde „keinesweges dadurch untergehen, daß der bösen Menschen weniger wird."[966] Die naheliegende Interpretation ist die, Kant habe an eine Reduktion des Übels auf Erden mittels Todesstrafe gedacht; anders kann man das Wenigerwerden böser Menschen (und das Zugrundegehen der Schelme) kaum begreifen.[967]

7. Kritik der Objektformel

Laut Objektformel ist die Instrumentalisierung einer Person, deren Behandlung als blosses Mittel zu fremden Zwecken, menschenwürdewidrig und damit immer untersagt. Dies ist in Deutschland herrschende Lehre[968]; auch das Bundesverfassungsgericht, das die Objektformel auch schon kritisch beurteilte, stellt öfters auf sie ab.[969] Die Schweizer Lehre und Praxis haben die Objektformel in weiten Teilen nicht in ihr Argumentationsrepertoire aufgenommen; die Formel findet selten explizit Erwähnung.[970]

Die Kritik der Objektformel zielt oft auf das praktische Problem der Einlösbarkeit der Menschenwürdegarantie im Sinne der Objektformel: Man hält die Idee einer kategorisch zu bewahrenden Subjektstellung des Menschen für schlicht uneinlösbar.[971] Der Objektformel muss man m.E. auch Einseitigkeit vorwerfen: Sie privilegiert die Abwehrseite der

966 Kant, ZeF, AA VIII, 379.

967 Vgl. Kant, MdS, AA VI, 333 f., wo Kant ebenfalls einen Verbrecher, dem die Todesstrafe zustehen soll, als Schelm bezeichnet.

968 Ausführlich: Mahlmann, Grundrechtstheorie, 182 ff., der die Formel verteidigt; eher kritisch etwa Teifke, 14 f. und 67; vgl. Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 36–38.

969 Statt vieler BVerfGE 45, 187, 227 f.: „Es widerspricht […] der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen"; BVerfGE 115, 320, 358 f.; kritisch v.a.: BVerfGE 30, 1, 25 f.: „Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß. Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden."

970 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N.335c, mit sinngemäss erwähnter Objektformel; kritisch Kley, Menschenwürde, 272–274.

971 Mahlmann, Grundrechtstheorie, 191.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschenwürde und erweckt damit den Eindruck, diese wäre erst unantastbar, wenn sie vom Staat bedroht wird.[972] Zudem ist nicht ersichtlich, warum die Instrumentalisierung per se verwerflich sein soll.[973] Es gibt Ausnahmen. Der Schuss auf den Selbstmordattentäter als Ultima Ratio ist eine solche; dabei wird der Betroffene zum blossen Objekt gemacht. Die Vereitelung des Anschlags ist nicht Ausdruck des autonomen Willens des Angreifers.[974] Instrumentalisiert werden zudem Menschen, die man wegen nicht therapierbarer Gefährlichkeit ein Leben lang einsperrt.[975] Heisst die Möglichkeit legitimer lebenslanger Verwahrung, dass der Kerngehalt der persönlichen Freiheit des Verwahrten vor Sicherheitsansprüchen der Gesellschaft zurückweichen muss? Der Kerngehalt der persönlichen Freiheit ist m.E. betroffen. Trotzdem gebietet sich nicht die Freilassung; es verletzte wohl den Kerngehalt der Freiheitsrechte anderer Menschen, wenn diese genötigt wären, die Freiheit eines triebgesteuerten Mörders in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft zu dulden.

Daran deutet sich an, dass die Instrumentalisierung nicht für sich selbst der verwerfliche Kern der vielen instrumentalisierenden Handlungen ist, die man mit guten Gründen ablehnen sollte.[976] Und dass der Vergleich mit dem, was sonst wäre, eine grosse Rolle spielt.

8. Exkurs: Erkenntnis- und Beweisprobleme der Deontologie

a. Irrelevanz-Einwand

Wer eine Kollisionslösung mit deontologischen Wertvorstellungen begründet, kann hierbei immer auf jene Lesart setzen, die zum individuellen Richtigkeitsgefühl passt.[977] Wegen dieser Beliebigkeit ist es nicht möglich, die Lösung rechtsethischer Probleme mit deontologischen Argumenten nachvollziehbar zu begründen; so hilft der Bezug auf eine deontologisch begründete Menschenwürde (etwa auf ein absolutes Instrumentali-

---

972 Siehe hierzu auch oben, Teil 2, C.V.3.c; Teil 2, B.IV.4.c; vgl. Teil 2, B.IV.1.c.
973 Vgl. Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 36.
974 Dazu mehr unten, Teil 4, D.III.2; vgl. Teil 4, B.III.1 (zu autonomiebasierten Kollisionslösungen im Fall des Hungerstreikes).
975 Vgl. unten, Teil 4, C.III.2.a.
976 Vgl. Herdegen, Art. 1 Abs. 1, N. 38; siehe zwischenzeitlich auch das BVerfG in BVerfGE 30, 1, 26, wo es die Verächtlichkeit (freilich auch ein vages Kriterium) einer Behandlung als Objekt ergänzend verlangte.
977 Vgl. Nino, Ethics, 52; Borchers, Menschenwürde, 132.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sierungsverbot) nicht weiter.[978] Denn die Grundlage der Pflichten bleibt unbegründet: Sie ist als a priori gegeben, unfalsifizierbar postuliert.[979] Diese Unfalsifizierbarkeit ist ein Indiz auf fehlende argumentative Tiefe.[980] Wenn deontologische Grundsätze und Regeln ohne materialen Filter direkt auf unfalsifizierbarem Boden postuliert werden, setzt dies diese Grundsätze und Regeln dem Irrelevanz-Einwand aus. Wenn ein Postulat per se richtig sein kann, ist mit gleichem Recht die intrinsische Richtigkeit des Gegenteils postulierbar. Weil die herrschende Form der Deontologie die Glaubwürdigkeit deontologischer Gegenthesen nie ausschliessen kann, lässt sich nicht annehmen, geltende Regeln wiesen eine besondere Plausibilität auf.

b. Keine kategorische Geltung bei ungewissen Seinsprämissen

Weil eine unfalsifizierbare deontologische Ethik irrelevant wäre, ist davon auszugehen, dass deontologische Postulate einer Widerlegung zumindest teilweise zugänglich sind. Die normativen Forderungen der Regelethik hängen denn auch unstreitig von gewissen Seinsprämissen ab.[981] Typischerweise fusst ein kategorisches Verbot oder Gebot auf einer syllogistischen Argumentationsstruktur der folgenden Art:

P_1: Massnahmen vom Typ M verletzen immer Rechtsgut G.
P_2: G ist unantastbar (i.S.v.: darf niemals verletzt werden).
K: Der Staat darf M nicht vornehmen.

Deontologisch strukturiert ist allenfalls die zweite Prämisse (P_2), bei welcher die Unfalsifizierbarkeit einfach zur Definition gehören mag. Die erste Prämisse (P_1) enthält eine Aussage über Kausalitäten in der wirklichen Welt, also eine falsifizierbare Tatsachenbehauptung. Gelingt der Nachweis,

978 Vgl. Borchers, Menschenwürde, 129.
979 Kant, Verkündigung, AA VIII, 418: „Postulat ist ein a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglichkeit (mithin auch keines Beweises) fähiger praktischer Imperativ."
980 Vgl. Albert, Traktat, 36: „Alle Sicherheiten in der Erkenntnis sind selbstfabriziert und damit für die Erfassung der Wirklichkeit wertlos".
981 Vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 186: „Zumindest bei Kant baut der Test der motivationalen oder formalen Richtigkeit auf der inhaltlichen oder materialen Richtigkeit auf. Er stellt keine unabhängige Bedingung dar, sondern verschärft die Legalitätsforderung"; Schweitzer, Kultur, 203: die Ethik habe materialistische Instinkte, wolle sich im empirischen Geschehen der Welt betätigen und deren Verhältnisse umgestalten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass P_1 nicht zutrifft (weil etwa M in Wahrheit nicht immer zur Verletzung von G führt), dann ist die Konklusion K widerlegt. Daraus folgt: Sogar unabhängig vom unbedingten P_2 ist die regelethische Forderung K widerlegbar, weil sie nicht nur von P_2 abhängt, sondern auch von der ersten Prämisse. Ihrer Ungewissheit wegen kann K nicht rigoristisch gelten. Zur Illustration etwas konkreter:

> P_1: Wenn ein Polizist einem Menschen ins Gesicht schlägt, verletzt er dabei stets dessen Menschenwürde.
> P_2: Die Menschenwürde ist unverletzlich und unantastbar.
> K: Faustschläge ins Gesicht sind der Polizei immer untersagt.

Ist dies plausibel? Wahrscheinlich nicht. Ob ein Faustschlag die Menschenwürde verletzt, hängt wohl auch vom jeweiligen Fall ab; Situationen, in denen nur dadurch oder jedenfalls durch keine milderen Mittel gewichtigere Güter gerettet werden können und der Schlag auch nicht eine menschenunwürdige Behandlung ist, sind denkbar: etwa wenn der Schlag das Schiessen mit der Dienstwaffe auf eine Person entbehrlich macht, die anlässlich einer Strassenverkehrskontrolle ein Klappmesser zückt. Die Unsicherheit der in P_1 ausgedrückten Annahmen greift auf die Konklusion über: Soweit P_1 nicht zutrifft, ist folglich K (obschon formal schlüssig) nicht zutreffend.

Damit eine gewisse Schlussfolgerung aus der Menschenwürde (oder einer anderen unantastbaren Norm) zutreffen kann, muss das jeweilige P_1 (die Zuordnung eines konkreten Sachverhalts zum Schutzbereich der Menschenwürde) zutreffen. Und P_1 müsste (rigoristisch gesehen) unbedingt und mit Sicherheit zutreffen, nicht nur wahrscheinlich – weil sonst die unbedingte Konklusion nicht gerechtfertigt ist. Das ist beim Schlag ins Gesicht nicht der Fall. Nur die kategorische Gewissheit der zwei Prämissen führt zur kategorischen Geltung der spezifischen Regel (K), mithin zum Verbot konkreter Verhaltensweisen. Das unbedingte K ist deshalb nicht bereits begründet, wenn P_1 mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (z.B. 66 %) zutrifft, weil aus Ungewissem nichts Unbedingtes folgt. K scheitert daher, sobald sich herausstellte, dass M nur mit 66 % Wahrscheinlichkeit (in 66 von 100 Fällen) eine Verletzung von G nach sich zöge.

Mit anderen Worten: Die geringste Ungewissheit aufseiten der Tatsachenprämisse P_1 bringt bereits das kategorische Gebot K zu Fall; auch eine Ungewissheit auf der Ebene der Sprache, denn unbedingte Gebote sind nur umsetzbar, soweit ihr Inhalt klar ist. Ein kategorisches Tötungsverbot ist nur dann hinreichend klar (und gezielt umsetzbar), soweit man weiss, was eine Tötung ist: Tötet der Retter, der einen Menschen auf Kosten

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Bergung eines anderen im Stich lässt? Tötet er, wenn er hundert im Stich lässt (die er retten könnte), um einen zu retten? Töten wohlhabende Staaten, die nichts zur Bekämpfung der Weltarmut unternehmen (z.B. durch humanitäre Hilfe oder militärische Interventionen zur Beendigung desaströser Bürgerkriege)? Tötet, wer abtreibt? Tötet ein Staat, der keine Impfkampagne plant und vulnerable Mitglieder der Gesellschaft schutzlos einer Epidemie ausliefert (z.B. Kinder mit Immunkrankheiten und Krebsleiden, die nicht geimpft werden können[982])? Oft zeigt sich an den offenen Grenzen der Begriffe, dass der deontologische Rigorismus sich gar nicht in der gewünschten Strenge durchsetzen liesse. Hieraus folgt, dass sich die deontologische (rigoristische) Unantastbarkeit praktisch relevanter Werte nicht begründen lässt.[983]

Eine Art Ausweg bieten: die pragmatische Begründung der Unantastbarkeit, die auf im Vorfeld getätigten Abwägungen sowie auf der Notwendigkeit basiert, im Einzelfall nicht alles erneut zu überprüfen; und die begriffslogische Unantastbarkeit, die rein formale Aussagen erfassen kann.[984] Beides rettet auf eine eingeschränkte Weise die unbedingte Geltung gewisser Normen, nicht aber die Deontologie; denn die pragmatische Unantastbarkeit ist folgenethisch, die begriffslogische Unantastbarkeit rein logisch legitimiert.

Ein Gegeneinwand der Deontologie könnte lauten, man dürfe unantastbare Güter nicht nur nicht direkt verletzen; es sei auch strengstens untersagt, die Verletzung zu riskieren. Zwar könne es sein, würde argumentiert, dass M nicht immer G verletze, doch einzig ein striktes Verbot von M stelle die effektive Unantastbarkeit von G sicher; schon ein 0,001%-Risiko der Verletzung von G schränkte das unantastbare Gut bereits ein. Das überzeugt nicht. Die Folge dieser Annahme wäre eine unüberschaubare Zahl von Kollisionen höchster Güter. Würde-gegen-Würde-Kollisionen und Kerngehaltskollisionen wären an der Tagesordnung. Die Folge hiervon wäre die Entscheidungsunfähigkeit; der Staat wäre regelmässig zu sich

982 Siehe hierzu die Aussage von A. Aguzzi, in: NZZaS 11.6.2017, Bekannter Forscher fordert Zwang zu Masernimpfung, auf <nzzas.nzz.ch/notizen/bekannter-forscher-fordert-zwang-zu-masernimpfung-ld.1300242> (zuletzt abgerufen am 12. Juni 2017): Obwohl ein günstiger Impfstoff vorhanden sei, stürben jedes Jahr mehr als 70'000 Kinder an Masern, woraus folge: Wer Impfungen verhindere, begehe Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

983 Ausführlich vorne, Teil 2, C.V.3.

984 Oben, Teil 2, C.V.4 betr. die pragmatische Unantastbarkeit; Teil 2, C.V.5 betr. die begriffslogische Unantastbarkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausschliessenden Verhaltensweisen verpflichtet, die nur dazu dienten, das blosse Risiko der Antastung zu verhindern.

c. Flucht ins rein Normative?

Könnte die Deontologie dem Problem ausweichen, indem sie in der ersten Prämisse M einfach als Verletzung von G definierte und diese Definition als unfalsifizierbar postulierte? Sie kann, wenn sie ihren letzten Realismus verlieren will. Kant selbst hätte es wohl nicht getan. Er schrieb, man postuliere „nicht Sachen, oder überhaupt das Dasein irgendeines Gegenstandes, sondern nur eine Maxime (Regel) der Handlung eines Subjects“[985]. Er würde P_2 als unanfechtbar aufstellen, nicht aber P_1. Kurz: Wer die Annahme, wonach eine spezifische Handlung (z.B. der Faustschlag der Polizei) die Menschenwürde verletze, als unanfechtbare Tatsachenbehauptung setzt, überbietet Kants Rigorismus. Praktisch sind damit zwei Probleme verbunden: Wer beide Prämissen seiner moralischen Wertungen vor jeglicher Hinterfragung abriegelt, besiegelt die Irrelevanz seiner Thesen. Tatsachenannahmen, die der Realität keine Rechenschaft schulden, lassen sich nicht gegenüber konkurrierenden Postulaten als plausibel aufstellen. Zudem droht die Entwertung des zentralen Werts, weil die herbeidefinierte Unanfechtbarkeit von P_1 Skeptiker dazu nötigt, die Plausibilität von P_2 (Unantastbarkeit der Menschenwürde) anzufechten.

In praktischer Hinsicht drohte ferner der kontraproduktive Effekt der Ablehnung der fundamentalen Wertprämisse (unser P_2): Je mehr man versucht, ordentliches Polizeihandeln als menschenwürdewidrig zu definieren, desto eher werden kritische Geister folgern, so schlimm (und damit absolut verboten) könne eine Einschränkung der Menschenwürde doch nicht sein.[986]

---

985 Kant, Verkündigung, AA VIII, 418.

986 Zum Problem der Abwertung der Menschenwürde durch inflationären Gebrauch derselben etwa: Teifke, Menschenwürde, 59 m.H.; Tiedemann, Vom inflationären Gebrauch, DÖV 2009, 606 ff.; ähnliche Bedenken, bezogen auf den Entführungsfall Metzler (dazu hinten, Teil 4, C): Erb, Nothilfe: „Indem man dem Volk, das eine Bestrafung von Wolfgang Daschner Umfragen zufolge mit Mehrheit ablehnt, eben dies als zwingende juristische Wahrheit verkauft, müssen die Bürger den Eindruck gewinnen, unser Recht (einschließlich des Folterverbots […]) sei in seiner Starrheit und Unflexibilität etwas ganz Furchtbares.“

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Einigungsethik (Kontraktualismus)

I Grundkonzeption

1. Vereinbarungen und Akzeptabilität

Für die Einigungsethik ist Gerechtigkeit das Einhalten bestimmter Vereinbarungen.[987] Das Einigungsprinzip untersagt es, Menschen in einer Weise zu behandeln, der diese nicht rational zustimmen könnten[988]; gestattet ist, was einer realen oder zumindest hypothetischen Übereinkunft entspricht. Richtigkeitskriterium im mehrere Personen betreffenden Verhalten ist die Idee des übereinstimmenden freien Willens der Menschen. Die Einigungsethik begründet Gerechtigkeit somit ausgehend vom Willen, der in einem gedanklichen oder tatsächlichen partizipativen Verfahren zustande kommt, käme oder sich zumindest aus objektiver Warte als vernünftig feststellen liesse.[989]

Die Einigungsethik lotet Werte, Prinzipien, Regeln und spezifische Handlungsanweisungen aus, die auch im tatsächlichen Leben möglichst konsensfähig sein sollen. Das unterscheidet sie von der Deontologie, bei der sich eine Autorität auf den Willen der Menschen oder die Verallgemeinerungsfähigkeit eines Anliegens bloss im Sinne einer legitimierenden Fiktion berufen kann. Je stärker eine Theorie den Gedanken der Einigung bloss als Fiktion oder gar nur als Legitimitätsspender bemüht, desto eher ist sie keine Einigungsethik.[990]

---

987 Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 15 § 50, 343 ff.; vgl. ebd. Kap. 8 § 24, 179 ff.; Gauthier, Morals by Agreement. Für einen regelmässig aktualisierten Überblick: Stanford Encyclopedia, Contractualism; ebd., Contractarianism.

988 Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 8 § 24, 181, *Consent Principle*: „It is wrong to treat anyone in any way to which this person could not rationally consent."

989 Daher zeichnet sich die Einigungsethik durch einen starken prozeduralen Charakter aus: Siehe Tschentscher, Prozedurale Theorien, insb. 118–121, 284 ff. und 309 ff.

990 Ein Beispiel für eine regelethische Theorie, die sich auf Einigungen beruft, ist m.E. Rousseaus Gesellschaftsvertrag, wo der Einzelne sich der Gesamtheit völlig entäussert und der Gemeinwille die Entlegitimisierung individueller Wünsche bedeutet: Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, 169: Grundprinzip des Gesellschaftsvertrags ist die „völlige Entäußerung jedes Mitglieds mit allen seinen Rechten an das Gemeinwesen als Ganzes […]. […] kein Mitglied kann mehr etwas fordern"; dazu auch: Blom, Böse Philosophen, 20: Rousseau nebst Robespierre und Lenin auch Pol Pot inspiriert, der „den wohl grausamsten Versuch unternahm, Rousseaus Gesellschaft unverdorbener und tugendhafter

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Begriff der Einigungsethik bezeichnet vorliegend alle Gerechtigkeitstheorien, welche irgendeine Form der realen oder hypothetisch plausiblen Willensübereinstimmung zum Kriterium moralischer Werte erheben. Ein Synonym für Einigungsethik ist Kontraktualismus, im Englischen auch mit der weiteren Unterscheidung in *contractarianism* und *contractualism* geläufig.[991] *Contractarianism* begründet die Richtigkeit der Gesellschaftsordnung mit dem rationalen Eigeninteresse der einzelnen Menschen.[992] *Contractualism* misst dem gemeinsamen Unterfangen einen eigenen, nicht nur indirekten Wert bei; der Vertrag gilt unmittelbar auch um der anderen Menschen willen.[993] Vorliegend ist die Unterscheidung obsolet, da die Lösung der Grundrechtskollision dem Staat obliegt und die Richtigkeit der Handlung des Staates sich nicht aus der Perspektive der Eigeninteressen ausgewählter Einzelner beurteilen lässt.[994] Als Überbegriff vermag zudem die Einigungsethik beides zu umfassen, wenn nur ein hinreichend weiter Begriff ethischer Rationalität gewählt wird.[995]

2. Typische Elemente

a. Freie, vernünftige und effektive Selbstbindung

Einigungstheorien gehen meist von einem (realen oder fiktiven) Zustand aus, in dem hinreichend freie und vernünftige Personen Verträge schlies-

---

Landbewohner fern von allen Einflüssen einer dekadenten Zivilisation zu verwirklichen, indem er versuchte, sein eigenes Land in die Eisenzeit zurückzumorden"; Mairet, Rousseau, 32: „A la fiction rhétorique du contrat dans le droit naturel monarchique se substitue chez Rousseau la fiction rhétorique du peuple et de l'Etat républicain."; Berlin, Enemies of Liberty, 47 ff.

991 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 167 ff. und 198 ff.: Auf Deutsch weicht man dem unglücklichen Begriffspaar eher aus und spricht stattdessen etwa von Gerechtigkeitstheorien der *hobbesianischen Grundposition* und solchen der *kantischen Grundposition*:

992 Stanford Encyclopedia, Contractarianism; Narveson, Libertarian, 148: „because we are vulnerable to the depredations of others, and […] because we can all benefit from cooperation"; für eine der bekanntesten modernen Theorien dieser Art: Gauthier, Morals by Agreement.

993 Vgl. Stanford Encyclopedia, Contractualism: „[C]ontractualism is grounded on the equal moral status of persons. It interprets this moral status as based on their capacity for rational autonomous agency."; für eine solche Theorie: Scanlon, What We Owe.

994 Vorne, Teil 3, A.II.2 und A.IV.

995 Vgl. vorne, Teil 3, A.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen und Prinzipien des Zusammenlebens vereinbaren.[996] Egalitäre Bedingungen stellen oftmals sicher, dass niemand aufgrund einer existenziellen Abhängigkeit ungebührliche Konzessionen machen muss; doch substanzielle Gleichheit ist keine notwendige Bedingung des Einigungsverfahrens oder ihrer Ergebnisse; je nach Theorie wird vorausgesetzt, sie stelle sich (zumindest) im Resultat ein, oder aber sie wird für gänzlich sekundär erachtet.[997] An die Vereinbarungen, die im Grossen eingehalten werden, sind die betroffenen Personen gebunden.[998] Die Bindungswirkung ist nötig, da sonst die Bereitschaft zum Diskurs unterwandert würde.[999]

b. Berücksichtigung variabler Formen und Grade der Einigung

Die Einigungsethik lässt als Typus Gerechtigkeitstheorie unterschiedliche Anforderungen ans Wesen, an die Qualität und die Form der Einigung zu: Es gibt explizite und implizite, geschriebene und ungeschriebene Einigungen. Die Nachweisbarkeit der Einigung variiert; es gibt (feststellbare) tatsächliche Einigungen, mutmassliche (nur indizienhaft erkennbare) tatsächliche Einigungen, rein hypothetische Einigungen. Schliesslich ist der Kreis der Gleichheit[1000] mehr oder weniger weit gefasst: Die einigungsethischen Überlegungen können das Wohl einer kleinen Gruppe, die Interessen eines Kollektivs (z.B. alle Bewohner des Staates) oder alle Menschen ins Zentrum rücken – wenn nicht gar die Interessen der Tiere oder künftiger Menschen im gedanklichen Verfahren der Einigung zumindest berücksichtigen.

---

996 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 199.

997 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 167 ff. und 198 ff.: Substanzielle Gleichheit der am Vertrag Beteiligten ist gemäss Tschentscher in der Tradition der hobbesianischen Einigungsethik nicht erforderlich, gehört aber zu den Einigungsethiken der kantischen Tradition; etwa ebd., 211.

998 So schon Hobbes, Leviathan, Kap. XV, 296: „So that the nature of Justice consisteth in keeping of valid Covenants, but the Validity of Covenants begins not but with the Constitution of a Civill Power sufficient to compell men to keep them".

999 J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 185; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 252 f.; vgl. Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, 152.

1000 Dazu vorne, Teil 3, A.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Prozedurale Ethik mit materiellem Kern

Die Einigungsethik ist typischerweise eine prozedurale Ethik.[1001] Das heisst, die Richtigkeit einer Handlung beurteilt sich nach Entscheidungsverfahren.[1002] Das Gebotene ist nicht primär die Erwirkung des material definierten Guten, sondern die Einigungsfindung durch Einhaltung bestimmter die Qualität und Gerechtigkeit der Einigung verbürgender Regeln. Hierin zeigt sich oft der materiale Kern der Einigungsethik; das Verfahren hat einen material zumindest teilweise vordefinierten Zweck, der mit dem Sinn der Verfahrensregeln übereinstimmt: Es geht etwa um die Sicherstellung einer gerechten Verteilung der Ressourcen oder um informierte Entscheidfindung. Kurz: Das Verfahren ist kein Selbstzweck.[1003]

II Variationen

Die Einigungsethik lässt sich in drei Untertypen unterteilen: Sozialvertragstheorien, Beobachtertheorien und Diskurstheorien.[1004] Die Unterschiede betreffen die Wahl des Verfahrens im weitesten Sinn (z.B. Diskurs, Verhandlung, geordnetes Gedankenspiel usw.), das zur Festlegung oder Feststellung der ethisch relevanten Einigung führen soll.

1. Sozialvertragstheorien

Sozialvertragstheorien betrachten die gerechte Ordnung als Produkt eines Vertrages, an den alle, die diesen Vertrag tatsächlich, mutmasslich oder (viel öfters) hypothetisch vereinbart haben, gebunden sind. Bindungsgrund ist der im Vertrag ausgedrückte kollektive Wille (im Sinne eines

---

1001 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 132 ff.; vgl. ebd., 118–121, 284 ff. und 309 ff.; zur Abgrenzung von materialen Begründungen siehe ebd., 139: Weil die Übergänge von materialen zu prozeduralen Begründungen fliessend seien, bleibe „nur die Lösung, die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob der Schwerpunkt der Begründung auf materialen oder prozeduralen Überlegungen beruht".

1002 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 51.

1003 Hier gilt, was auch für Verfahrensgrundrechte zutrifft: Haller/Kölz/Gächter, Staatsrecht, N. 1063: „Verfahrensgrundrechte […] sind primär ein Mittel zum Schutz anderer Rechte und haben keinen eigenen Stellenwert."

1004 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 260.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

authentischen Gemeinwillens oder im Sinne kumulierter Einzelwillen). Dass Verträge überhaupt binden, gilt als Prämisse der Sozialvertragstheorien.[1005] In klassischen Konzeptionen galt die Vertragsbindung oft als irreversibel; sie fungierte als herrschaftslegitimierendes Gedankenspiel.[1006] Das Vertragsverfahren ermöglicht die Berücksichtigung der Interessen der sich durch Vertrag bindenden Personen. Wo es nur ein gedanklicher Vorgang ist, hat es zum Zweck, zu erhellen, welche grundlegenden Regeln, Rechte und Pflichten das soziale Dasein bedingte.[1007] Typisch für Sozialvertragstheorien ist die Erwartung, der Mensch sei bereit, seine privaten Vorlieben zum Teil zurückzunehmen und sich (im indirekten eigenen Interesse oder jenem der Allgemeinheit) an allgemein vernünftige Regeln zu halten.[1008]

In Hobbes' *Leviathan* entkommt der Mensch durch Vertragsschluss dem Naturzustand, in dem alle mit allen Mitteln ihre eigenen Interessen voranbringen und stets „Krieg" herrscht. Entgegen verbreiteter Lesart meint Hobbes mit Krieg nicht dauerhaftes Schlachten, sondern eine Situation stets latenter Bedrohungen: „For warre, consisteth not in Battell onely, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known" und: „So the nature of War, consisteth not in actuall fighting; but in the known disposition thereto, during all the time there is no assurance to the contrary."[1009] Durch Vertrag überwindet der Mensch diesen Zustand. Er tritt darin alle Macht dem Staat ab, dem er sich unterwirft und der durch die erlangte Machtfülle (Ehr-)Furcht einflösst; wie das Seeungeheuer Leviathan. Dadurch werden Rechte und „Gerechtigkeit" erst möglich.[1010] Der Staat muss Sicherheit schaffen und die Gefahr

1005 Hobbes, Leviathan, Kap. XV, 294 bezeichnete die Pflicht zur Einhaltung von Verträgen als ein für alles Recht ursprüngliches Naturgesetz: „in this law of Nature, consisteth the Fountain and Originall of Justice"; vgl. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, 162 ff.

1006 Mairet, Rousseau, Introduction, passim.

1007 Vgl. Geier, Aufklärung, 185.

1008 Vgl. Sen, Justice, 200.

1009 Hobbes, Leviathan, Kap. XIII, 254–256 (Hervorhebung ausgelassen).

1010 Hobbes, Leviathan, Kap. XIII, 260: „To this warre of every man against every man, this also is consequent; that nothing can be Unjust. The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice, have there no place."; ebd.: „Justice and Injustice are none of the Faculties neither of the Body, nor Mind. If they were, they might be in a man that were alone in the world". Siehe aber: ebd., Kap. XV, 310: „Distributive Justice, but more properly Equity; which also is a Law of Nature, as shall be shewn in due place." Zu dieser scheinbaren Inkohärenz siehe auch Nussbaum, Grenzen, 67. Gemeinsamer Nenner der Aussagen ist die Verankerung der Begründung im Eigennutz; vgl. dazu auch Tschentscher, Prozedurale Theorien, 154.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines Krieges aller gegen alle beseitigen. Der Einzelne verzichtet auf Selbstjustiz, weil der Staat ihn schützt und natürliche Rechte verwirklicht.[1011] Viel mehr als Schutz schuldet der Staat nicht; aber es sind ihm durchaus Grenzen gesetzt: Dem strafenden Staat darf es nicht um die Befriedigung der Vergeltungsbedürfnisse gehen, sondern stets ums künftige Gute, also um die Besserung des Täters und um Abschreckung.[1012] Der Strafende darf das Strafmass nicht einfach am begangenen Unrecht ablesen oder à la Saint-Just und Robespierre unrealistische Utopien herbeischlachten wollen. Relevant ist allein der künftige Frieden, das kommende Gute.[1013] Damit finden sich bei Hobbes Überlegungen jener Art, die Beccaria zum Angriff auf die Todesstrafe nutzte.[1014] Dies illustriert, dass der die Gesellschaftsordnung regelnde Vertrag kein Selbstzweck ist: Er dient dem Frieden, der der Wahrung des Lebens des Einzelnen dient. Das prozedurale Element der Gerechtigkeitsbegründung ist bei Hobbes eher begrenzt.[1015]

Auch Kant ist in gewisser Hinsicht Vertragstheoretiker.[1016] Die erste Formulierung des kategorischen Imperativs ist (vom Anspruch auf kategorische Geltung abgesehen) eine m.E. hilfreiche Heuristik zur Bestimmung der Gerechtigkeit: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."[1017] Der darin ausgedrückte Gedanke der Reziprozität ist bei Kant mancherorts

---

1011 Hobbes, Leviathan, Kap. XIV, 270: „Whensoever a man transferreth his Right, or Renounceth it, it is either in consideration of some Right reciprocally transferred to himselfe, or for some other good he hopeth for thereby. For it is a voluntary act: and of the voluntary acts of every man, the object is some *Good to himselfe*."

1012 Hobbes, Leviathan, Kap. XIV, 314: „That in Revenges […] Men look not at the greatness of the evil past, but the greatness of the good to follow. Whereby we are forbidden to inflict punishment with any other design than for correction of the offender, or direction of others. […] Revenge without respect to the Example, and profit to come, is a triumph, or glorying in the hurt of another, tending to no end" (Hervorhebung entfernt).

1013 Vgl. Hobbes, Leviathan, Kap. XV, 312, zu einem Naturgesetz: „that upon caution of the Future time, a man ought to pardon the offences past of them that, repenting, desire it. For Pardon, is nothing but granting of Peace" (Hervorhebung entfernt).

1014 Dazu hinten, Teil 3, D.II.1.c.

1015 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 23.

1016 Zur Deontologie Kants siehe vorne, Teil 3, B.II-III.

1017 Kant, GMS, AA IV, 421; siehe zum kategorischen Imperativ: oben, Teil 3, B.II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

präsent.[1018] Kants Beharren auf die strikte Einhaltung von Versprechen[1019] schafft eine wirksame Voraussetzung effektiver Vertragsbindung.[1020] Wichtig ist bei Kant der für Einigungsethiken typische Gedanke freiverantwortlichen Handelns. Der Mensch soll nach Maximen handeln, deren Billigkeit er selbst einsieht.[1021] Geistreich ist überdies die *Publizitätsformel*: „Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht".[1022] Sie ist in liberalen und demokratischen Staaten, in denen man keinen Grund hat, seine Motive zu verbergen, als Gerechtigkeitsheuristik verwertbar. Der Gedanke hallt in heutigen Erkenntnissen des Staatsrechts nach, wonach es eine informierte Öffentlichkeit auch deshalb braucht, weil sie Rechtfertigungsdruck schafft und damit zur Rationalisierung und Korrektur staatlichen Handelns beiträgt.[1023]

John Rawls lässt in *A Theory of Justice* den Vertrag hinter einem „Schleier des Nichtwissens" aushandeln.[1024] Hinter dem Schleier kennt keiner das eigene Los. Also ist jeder am Wohl aller interessiert, aus Eigeninteresse. Niemand ist in der Lage, nur seine egoistischen Interessen voranzutreiben. Weil jeder Mensch am Wohl jedes anderen, der letztlich er sein könnte, interessiert ist, führt dies zur Vereinbarung einer liberalen und sozialen Ordnung.[1025] Es ist beeindruckend, wie Rawls das enge Eigeninteresse als Motiv und Fairness als Ziel zusammenwirken lässt.[1026] Weder die Realität

---

1018 Vgl. Kant, Pädagogik, AA IX, 480: „Gesetzt es wäre […] bei dem Kinde eine natürliche Anlage zum Eigensinne vorhanden: so ist es am besten, in der Art zu verfahren, daß, wenn es uns nichts zu Gefallen tut, wir auch ihm wieder nichts zu Gefallen tun."

1019 Kant, GMS, AA IV, 402 f. und 422.

1020 Fried, Contract as Promise, 14 ff. bezieht sich in seinem herausragenden Werk auch auf Kant; siehe auch Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 179 ff.

1021 Kant, Pädagogik, AA IX, 480: „Man muß dahin sehen, daß das Kind sich gewöhne, nach Maximen und nicht nach gewissen Triebfedern zu handeln. Durch Disciplin bleibt nur eine Angewohnheit übrig, die doch auch mit den Jahren verlöscht. Nach Maximen soll das Kind handeln lernen, deren Billigkeit es selbst einsieht."

1022 Kant, ZeF, AA VIII, 381.

1023 Vgl. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen, N. 144; Tschannen, Staatsrecht, § 28 N. 5.

1024 Rawls, Theory of Justice, § 24, 136 ff.

1025 Rawls, Justice as Fairness, 6.

1026 Vgl. Sen, Justice, 202, aber kritischer dazu als hier: „So cooperative behaviour is chosen as a group norm for the benefit of all […]. […] there is a quintessentially advantage-based underpinning to the Rawlsian approach to 'justice as fairness'."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der menschlichen Natur wird idealisiert, noch wird ein moralisch genügsamer Realismus zelebriert. Die Idee, auf diese Weise faire Urteile zu ermöglichen, wird vorliegend im Rahmen einer einigungsethischen Heuristik aufgegriffen (siehe dazu der Risikoausgleich-Test[1027]). Rawls schafft damit m.E. keine Gerechtigkeits*begründung*. Denn der erste Schritt zur egalitären Ordnung hin wird nicht erklärt.[1028] Weil von Beginn an gewisse Personen vom Wissensentzug mehr profitieren als andere (diejenigen, die ein hartes Los erwartet), ist die Unparteilichkeit – und vor allem: die Akzeptabilität – der nach Wissensentzug getroffenen Vereinbarung fraglich: Es ist, zugespitzt formuliert, als würde man einen wohlhabenden Menschen bewusstlos knüppeln, ihm Hab und Gut, Anzug und Uhr wegnehmen und ihm dann alte Kleider anziehen und dafür sorgen, dass er beim Erwachen keine Erinnerung an seinen Wohlstand hätte; dann würde man fragen, ob er es als fair empfände, wenn man ihm etwas Geld für Essen und eine kleine Unterkunft gäbe. Dass er das Angebot annimmt, ist klar; unklar ist, ob man ihm das relevante Wissen wegnehmen durfte. Das heisst nicht, der Reichtum sei im Status quo gerecht verteilt (oder jede Umverteilung, etwa über progressive Steuern und Sozialhilfe, sei ungerecht). Allein, dem Versuch, solche Gerechtigkeit mithilfe einer willensbasierten Ethik zu begründen, haftet etwas Bemühtes an. Stimmen die Menschen einer fairen Gesellschaftsordnung nur zu, wenn man ihnen das Wissen ob eigener Vorteile weggenommen hat, dann drängt sich die Frage auf, ob das Wesen der identifizierten Gerechtigkeit überhaupt etwas mit dem freien Willen und der Einigung freier Menschen zu tun haben kann. In *Political Liberalism* verfeinert Rawls die pragmatischen Züge seiner Theorie, während der fiktive Urzustand an Bedeutung verliert.[1029] Die realisierbare gerechte Gesellschaftsform orientiert sich darin an einem übergreifenden Konsens, der gemeinsamer Nenner aller hinreichend fairen Gesellschaftsordnungen ist.[1030] Dies ist nur denkbar, wenn die jeweiligen Typen politischer Gerechtigkeit nicht der Herrschaft einer Ideologie oder Religion unterliegen, also „freistehend" sind.[1031]

1027 Siehe zur Risikoausgleich-Heuristik hinten, Teil 3, F.IV.3.d.

1028 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 108 ff., 208: „[I]nhaltlich hing [in *A Theory of Justice*] alles davon ab, wie der Urzustand definiert wurde."

1029 Vgl. Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 310 f.

1030 Rawls, Political Liberalism, 44: „an overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrines"; vgl. dazu Tschentscher, Prozedurale Theorien, 205 ff., 210.

1031 Rawls, Political Liberalism, 10: „Political liberalism, then, aims for a political conception of justice as a freestanding view. It offers no specific metaphysical

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Beobachtertheorien

Beobachtertheorien gehen nicht von der Möglichkeit realer Verträge oder einer anspruchsvollen Prozedur zur Ermittlung hypothethischer Einigungen aus, sondern von der Qualifikation einer echten oder gedachten Person, Sachverhalte fair und unabhängig zu beurteilen. Der Blickwinkel ist analytisch: Wie kann jemand in der Lage sein, Gerechtigkeitsfragen sachlich zu beurteilen? Hier tritt der unparteiische Beobachter ins Spiel, den wir bereits bei Hume und Adam Smith finden.[1032] Der Beobachter soll aufgrund seiner Position faire und allgemeingültige Urteile verbürgen.[1033]

Was hat der unabhängige Beobachter mit der Einigung zu tun? Um eine eigentliche Konsenssuche geht es den Beobachtertheorien nicht; man kann daher die Beobachtertheorien der Untergruppe der Standpunkttheorien zuordnen und diese von Konsenstheorien abgrenzen.[1034] Weil echter Konsens im Kontext existenzieller Dilemmata ohnehin oft unerreichbar ist und Sozialvertrags- und Diskurstheorien kaum diesen wirklichen Konsens gewährleisten, wird hier auf diese Unterscheidung verzichtet. Eine Beobachtertheorie im vorliegenden Sinn zielt implizit auf die Identifizierung einer hypothetischen Einigung, die unter verallgemeinerten Bedingungen zustande käme oder die in pragmatischer Hinsicht für alle am ehesten einem akzeptablen Kompromiss entspräche.

Gemäss dem beobachtungstheoretischen Ansatz[1035] in Thomas Scanlons *What We Owe to Each Other* ist eine Handlung unzulässig, wenn sie sich aus Gründen untersagen liesse, die niemand, der nach allgemeingülti-

---

or epistemological doctrine beyond what is implied by the political conception itself."

1032 Smith, Moral Sentiments, Teil II, III: „We must view them [opposite interests], neither from our own place nor yet from his, neither with our own eyes nor yet with his, but from the place and with the eyes of a third person, who has no particular connexion with either, and who judges with impartiality between us."; Hume, A Treatise of Human Nature, Bd. III, Teil III, I: „[We] fix on some steady and general points of views; and always, in our thoughts, place ourselves in them, whatever may be our present situation." Vgl. Rawls, A Theory of Justice, Kap. 30, 183; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 211 ff.

1033 Nino, Ethics, 74; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 213; MacIntyre, Dependent Rational Animals, 81 ff.; Kagan, The Limits of Morality, 279 ff.

1034 So bei Tschentscher, Prozedurale Theorien, 213; vgl. Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 10 f.

1035 Vgl. Sen, Justice, 199: „Scanlon's approach allows a move in the direction explored by Adam Smith in his idea of the 'impartial spectator'".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen Gerechtigkeitsprinzipien sucht, vernünftig zurückweisen könnte.[1036] Die Schwelle zum Zulässigen bildet somit die Frage nach der Billigkeit der Ausübung eines Vetorechts: Hätte eine wohlinformierte und an Macht nicht unterlegene Einzelperson vernünftige Gründe, eine Regel abzulehnen, die eine infrage stehende Handlung billigte?[1037]

Vorausgesetzt wird der Wert des respektvollen Zusammenlebens.[1038] Ursprünglich forderte Scanlon zudem, die Zurückweisung dürfe nur mit Bezugnahme auf die vernünftigen Gründe einzelner Personen und nicht auf Basis von (aggregierten) Gründen mehrerer Personen legitimiert werden; auf das aggregierte Gesamtinteresse durfte man also nicht abstellen.[1039] Die Situation einer Person konnte gegenüber derjenigen vieler überproportional ins Gewicht fallen, was dem Gebot gleicher Berücksichtigung aller Menschen widerspricht.[1040] In jüngerer Zeit hat Scanlon die individualistische Restriktion daher entschärft.[1041] Die Aggregation (die Summierung

---

1036 Scanlon, What We Owe, 4: "An act is wrong if and only if any principle that permitted it would be one that could reasonably be rejected by people moved to find principles for the general regulation of behaviour that others, similarly motivated, could not reasonably reject"; ausführlich hierzu Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 15 § 53, 359 ff.;

1037 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 211.

1038 Scanlon, What We Owe, 162: „[T]he positive value of a way of living with others".

1039 Scanlon, What We Owe, 229–230; vgl. ders., not a Kantian, 134: „[W]hat is to be taken into account in assessing the reasonableness of a person's rejecting a principle are only the reasons that *each* affected person has for wanting that principle to be accepted. Aggregative considerations are not directly relevant."; kritisch Parfit, On What Matters, Vol. I, 472 f., betr. die „Individualist Restriction".

1040 Vgl. Mannino/Vollmer/Pulver, Stellungnahme: „Ethische Entscheidungsfälle vom Typ 'Individuum vs. Kollektiv' sind, klarer formuliert, Fälle vom Typ 'ein Individuum vs. mehrere Individuen'. Es ist merkwürdig, dass man hier offenbar den Impuls verspürt, zu sagen, die Interessen eines Individuums seien höher zu gewichten als die Interessen mehrerer (!) Individuen – von denen also jedes weniger zählt bzw. die zusammen weniger zählen als das eine Individuum? Dieser Impuls scheint mit einem objektiven Blick auf die Problemlage, d.h. mit dem Prinzip der gleichen Berücksichtigung gleicher Interessen unvereinbar."; zur Problematik von Gerechtigkeitsvorstellungen, die den Einzelnen über alles andere heben, siehe oben, Teil 3, A.IV.

1041 Scanlon, not a Kantian, 134: „[T]he view stated in my book […] seemed implausible to many because it excluded aggregative arguments and because it gave no weight to impersonal values in determining what is right or wrong."; Scanlons Modifikation ist u.a. auf Parfit zurückzuführen, der die Schwächen der "Individualistic Restriction" aufzeigte: Parfit, On What Matters, Vol. I, 472 f.; ebd., Vol. II, Kap. 21 § 75.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Interessen einer Vielzahl von Menschen und deren Verrechnung mit den Interessen der kleineren Zahl)[1042] gilt nicht mehr als Problem:

> „There are many cases in which what we should do, and even what it is permissible to do, seems to depend on the number of people who would be affected by the courses of action available to us. It seems that an adequate account of moral argument should make aggregative considerations relevant in these cases but do this in a way that does not support implausible aggregative arguments such as ones that would justify the killing or enslaving of a few people to make a huge number of people better off, each in a very small way."[1043]

Durch das abgeschwächte Aggregationsverbot lassen sich keine tiefgreifenden Interventionsverbote mehr legitimieren. Der Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs zur Rettung des Lebens einer deutlich grösseren Zahl von Menschen hielte Scanlon als Ultima Ratio wohl für zulässig. Unzulässigkeit soll die Aggregation aber noch dann sein, wenn nur auf einer Seite einer Kollision Höchstgüter betroffen sind. Die Summe der Interessen der Vielen soll nicht dazu missbraucht werden, marginale Interessen hochzuwerten und damit die Entwertung wirklich existenzieller Bedürfnisse der Wenigen in Kauf zu nehmen. Scanlons Theorie rückt damit in die Nähe einer Folgenethik.

3. Diskursethik und demokratische Gerechtigkeit

a. Gerechtigkeitskonzept der Diskursethik

Gemäss der Diskursethik sind Prinzipien richtig, die das Ergebnis eines diskursiven Verfahrens sind.[1044] Ein Diskurs im Sinne der Diskursethik ist ein bestimmtes Ideal der Verständigung (idealer Diskurs) und die nach den Umständen angemessene Annäherung an dieses Ideal (realer Diskurs).[1045] Die rechtsethische Diskurstheorie basiert auf der Konsenstheorie der Wahrheit (Habermas): Eine Aussage gilt als wahr, wenn sie die Zu-

---

1042 Siehe zur Thematik der Aggregation insb. Teil 3, D.I.2.b.

1043 Scanlon, not a Kantian, 134 (Hervorhebung ergänzt).

1044 Alexy, Probleme der Diskurstheorie; vgl. ders., Idee und Struktur, 30; ausführlich zu den Diskurstheorien: Tschentscher, Prozedurale Theorien, 217 ff. und 309 ff.; vgl. Tschentscher, Grundkonsens, 31–35 (insb. 34 f.).

1045 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 218.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmung aller Teilnehmer der Kommunikationsgemeinschaft im idealen Diskurs erhält (erhielte).[1046] Im idealen Diskurs herrschen Bedingungen, die der Erkenntnis zuträglich sind, darunter: absolute Zwangslosigkeit, sprachliche Klarheit, Informiertheit, die Bereitschaft der Teilnehmer, sich in die Lage anderer hineinzuversetzen.[1047] Diskurserkenntnisse sind gültig, wenn sie verallgemeinerungsfähig sind, was für Normen (also auch kollisionslösende Regeln) bedeutet: „jede gültige Norm [muss] der Bedingung genügen, daß die Folgen und Nebenfolgen, die sich aus der allgemeinen Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen zwanglos akzeptiert werden können."[1048] Im juristischen Diskurs gilt mit Alexy insofern ein Sonderfall, als nicht nach der schlechthin vernünftigsten Lösung, sondern nach der innerhalb des Rechtssystems vernünftigsten Lösung gesucht wird.[1049] Diese muss mit den geltenden Rechtsnormen, den Präjudizen der Justiz und der Dogmatik möglichst verträglich sein.[1050] Dieser Sonderfall lässt sich auch mit dem legalistischen Fehlerkalkül erklären.[1051]

Diskurstheorien rücken den kantischen Wert der Autonomie ins Zentrum, indem die Diskursteilnehmer als freie und gleiche Individuen partizipieren.[1052] Hieraus leitet man Diskursregeln wie die Zwangsfreiheit der Argumentation, die Offenheit des Teilnehmerkreises und die prozedurale Gleichberechtigung beim Argumentieren ab.[1053] Die Diskursethik ist der Archetyp einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie; Gerechtigkeit wird mehr durch die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens als durch die resultierende Erkenntnis definiert.[1054]

Ein Problem liegt darin, dass nur im idealen (völlig herrschaftsfreien) Diskurs, den die Realität nicht kennt, alle Diskursregeln eingehalten werden.[1055] Folglich wird angenommen, dass auch ein dem Ideal angenäherter, realer Diskurs hinreichend Gerechtigkeit verbürgt, solange Minimal-

1046 Habermas, Wahrheitstheorien, 211–265; für die rechtstheoretische Applikation: Alexy, Juristische Argumentation, 134; siehe auch: Potacs, Rechtstheorie, 80.
1047 Alexy, Probleme der Diskurstheorie, 84 f.
1048 Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 75 und 103.
1049 Alexy, Juristische Argumentation, 261 ff.; Potacs, Rechtstheorie, 80 f.
1050 Alexy, Ota Weinbergers Kritik, 153 f.
1051 Hierzu vorne, Teil 1, B.III.
1052 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 217.
1053 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 228.
1054 Potacs, Rechtstheorie, 80 m.H.; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 217 ff., 309 ff.
1055 Potacs, Rechtstheorie, 82; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 231.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bedingungen erfüllt sind. Hierzu zählen die Bereitschaft der Teilnehmer zur verständigungsorientierten Argumentation und der Verzicht auf Interessenwahrung mittels Zwang und Täuschung.[1056]

b. Gefahr fiktiver und elitärer Diskurse

Problematisch ist es, wenn die Durchführung tatsächlicher Diskurse als entbehrlich erachtet wird.[1057] Wo wichtige Gerechtigkeitsprinzipien nur noch in Gedanken (oder erlesenen intellektuellen Kreisen) ermittelt werden, ist der Diskurs ein elitäres und zugleich sonderbar selbstwidersprüchliches Unterfangen. Wird einfach auf ideale Diskurse verwiesen, die niemand überprüfen kann, und spielt die Partizipation der Betroffenen nur deklaratorisch eine Rolle, hat man es nicht mit einer Form der Einigungsethik, sondern mit blossen Postulaten zu tun. Dazu mit Jaspers: Niemand spricht im Auftrag der Menschheit, denn „[k]ein Mensch ist der Mensch überhaupt, und jeder ist Mensch."[1058] Daher ist der Übergang vom Diskursideal zu realen Diskursen und hieraus folgenden Rechten jeweils gründlich darzulegen.[1059] Nur dann entgeht der Diskursethiker dem Vorwurf, er berufe sich auf das, was ihm eine seinen Mitmenschen verschlossene Quelle offenbarte, und wolle die Offenbarung gleichsam vom Balkon herab dem Volk verlesen.[1060]

c. Demokratische Gerechtigkeit

Setzt die Diskursethik auf reale Partizipationsmöglichkeiten im politischen Meinungsbildungsprozess, kann von demokratischer Gerechtigkeit gespro-

1056 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 218 f.
1057 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 309 ff.; vgl. Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, 146.
1058 Jaspers, Zukunft, 109.
1059 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 317 f.
1060 Kritisch zum Sichberufen auf innere Quellen schon: Maslow, Peak-Experiences, Vorwort: „The possibility that the inner voices, the 'revelations', may be mistaken, a lesson from history that should come through loud and clear, is denied, and there is then no way of finding out whether the voices within are the voices of good or evil".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen werden.[1061] Demokratische Gerechtigkeit bedeutet, dass sich möglichst alle Betroffenen im Problemlösungsverfahren mit ihren Interessen, Wünschen und Bedenken Gehör verschaffen können.[1062]

Weil (so die Annahme) keine Gruppe besser als eine andere weiss, was gut für alle ist, bleibe als letzter Massstab gemeinsamen Wohls nur die Vermittlung der Äusserungen geschichtlicher Menschen mit ihrem Empfinden von Freud und Schmerz, von Wohlergehen und Leid.[1063] Demokratische Gerechtigkeit setzt ein Verfahren der kollektiven Willensfindung voraus, durch das jede Person an der Bestimmung der Zwecke des Gemeinwesens teilnehmen kann.[1064] So wird in der Demokratie jeder (Staatsbürger) zum Autor der Gesetze, denen er unterworfen ist.[1065] Demokratische Gerechtigkeit äussert sich alsdann im Bemühen, politische Partizipationsrechte auch in Verfahren abseits periodischer Wahlgänge zu verwirklichen; sie will gewährleisten, dass alle interessierten Personen ihre relevanten Argumente (gewaltfrei) einbringen.[1066] In der Schweiz dient nicht zuletzt das gesetzlich geregelte Vernehmlassungsverfahren diesem Zweck, da es den frühen Einbezug unterschiedlicher Interessen der Zivilgesellschaft sichert; so lässt sich frühzeitig die Allgemeinverträglichkeit des Rechtssetzungsvorhabens prüfen[1067] – und damit die Akzeptanz des

1061 Für ein solches Verständnis siehe etwa: J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 334 ff.; gründliche und scharfsinnige Ansätze in diese Richtung auch bereits bei Arendt, Between Past and Future, insb. 142 ff., 194 ff. und 223 ff.; siehe ferner Habermas, Faktizität und Geltung, 349 ff. zur „deliberative Politik" als „Verfahrensbegriff der Demokratie".

1062 Vgl. J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 145.

1063 J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 145.

1064 J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 145; siehe auch das richtigerweise weite Demokratieverständnis bei Sen, Collective Choice, 396: „Voting and balloting are, in this broader understanding of democracy, just one part – though an important one – of a much larger story. There is need for supporting and cultivating open and informed discussion, and to help facilitate the responsiveness of public decisions to that interactive process. In this perspective, the democratic obligations must include the commitment to protect as well as to utilize public reasoning (including fact-checking and other facilities for helping public understanding and communication)."

1065 Lohmann, Menschenwürde und Staatsbürgerschaft, 156; vgl. Habermas, Faktizität und Geltung, 109 ff.

1066 Vgl. Sen, Collective Choice, 396; J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 145 f.

1067 Vgl. Botsch. Vernehmlassungsgesetz, 546: „Das Vernehmlassungsverfahren hat demnach informativen und kooperativen Charakter."; siehe auch Art. 2 Abs. 2 VlG.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechts. Erst der offene Begründungsprozess gibt dem Entscheid jene Qualität, die ihn für Unterlegene akzeptabel macht.[1068]

Ein Begleiteffekt der funktionierenden Demokratie ist die Befriedung: Weil sich Institutionen und Strukturen der Demokratie der Lebenswelt der Menschen anpassen, wird verhindert, dass sich revolutionäre Gewalt anstaut und irgendwann inhuman entlädt.[1069]

4. Goldene Regel als Kerngedanke der Einigungsethik?

Die Goldene Regel ist ein vielen Kulturen und Jahrhunderten bekanntes, praktisches Verhaltensprinzip:[1070] Alles, was ihr wollt, dass es euch die Leute tun, das tut auch ihr ihnen, sagte Jesus.[1071] Zuvor riet schon Konfuzius, was du selbst nicht wünschst, das tue anderen nicht an.[1072] Auch im Talmud ist es ein zentrales Gebot: Man tue dem Nächsten nicht an, was einem selbst verhasst.[1073] Schliesslich taucht es im Mahabharata-Epos auf, wo Bhishma rät: Man solle niemandem antun, was man für das eigene Selbst als verletzend betrachte; dies sei die Regel der Rechtschaffenheit, alles Übrige sei Selbstsucht.[1074] Weiter findet man diese Goldene Regel bei Thales[1075] und bei Epiktet[1076], der die Goldene Regel gegen die Sklaverei

1068 J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 145.
1069 J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 147; es gilt wohl auch für reaktionäre Gewalt.
1070 Vgl. Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 14 § 46, 321; Singer, Praktische Ethik, 36.
1071 Bibel, Mt. 7, 12.
1072 Konfuzius, Gespräche, N. XV.23.
1073 H.-P. Mathys, Goldene Regel, in: TRE 13 (1984), 571.
1074 Mahābhārata. Die Grosse Erzählung von den Bhāratas, Buch 13: Anushāsanaparva. Die letzten Instruktionen von Bhisma, Berlin 2011 (übersetzt und kommentiert durch G. von Simon), 476.
1075 Thales meinte, wir würden am edelsten und gerechtesten leben, indem wir, was wir an anderen tadeln, selbst nicht tun (überliefert gemäss Diogenes Laertius, The Lives and Opinions of Eminent Philosophers, hrsg. durch Tiziano Dorandi, Cambridge 2013, I:36).
1076 Epiktet riet: Was du für dich selbst vermeidest, das versuche nicht, andere erleiden zu lassen. Du vermeidest Versklavung: Sorge dafür, dass andere nicht deine Sklaven sind. (nach Jeffrey Wattles, The Golden Rule, New York 1996, 40).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richtete, später bei Hobbes[1077], Spinoza[1078] und More, der sinngemäss den wichtigen Vorbehalt ergänzt, man dürfe die Goldene Regel nicht auf eine Weise auslegen, durch die Dritte zu Schaden kämen.[1079] Für eine gelungene Formulierung aus jüngerer Zeit, siehe Kropotkin: „Fais aux autres ce que tu voudrais qu'ils te fassent dans les mêmes circonstances."[1080]

Die Goldene Regel ist in gewisser Hinsicht die Quintessenz der Einigungsethik. Die zuvor dargelegten Varianten der Einigungsethik verleihen dem in ihr enthaltenen Gedanken der Reziprozität in unterschiedlicher Form Ausdruck: Wer nicht will, dass der in einer Situation gerade Stärkere Hab und Gut des Schwächeren an sich reisst, der will einen den Interessen aller dienenden *Gesellschaftsvertrag*. Wer sich Gehör verschaffen will, der muss anderen zuhören, im offenen und freien demokratischen *Diskurs*, und in Erwägung ziehen, er möge selbst irren. Doch darf sich der Mensch nicht damit begnügen, anderen anzutun, was er für sich selbst erhoffte; er muss die Unterschiedlichkeit der Menschen berücksichtigen (ein Stalker darf nicht von seiner „Liebe" auf die Wünsche der Betroffenen schliessen).[1081] Hier hat die richtig verstandene Goldene Regel einiges mit *Beobachtertheorien* der Gerechtigkeit zu tun.

1077 Hobbes, Leviathan, Kap. XIV, 266: „That a man be willing, when others are so too, […] to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men, as he would allow other men against himselfe." (Hervorhebung unterdrückt).

1078 Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 37: „Das Gut, welches jeder, der der Tugend nachwandelt, für sich begehrt, wird er auch den übrigen Menschen wünschen".

1079 More Henry, Enchiridion Ethicum (1667), Kap. 4, XV: „Quod malum tibi fieri nolles, à faciendo illud alteri ipse debes abstinere, quo ad fieri potest absque tertii alicujus injuria." (Welch Übel du nicht erleiden willst, das tue auch keinem andern an, solange dies möglich ist, ohne dass damit ein Dritter geschädigt wird.)

1080 Kropotkin, Oeuvres, IV.

1081 Vgl. die Bemerkung zur Goldenen Regel bei: George B. Shaw, Man and Superman, in: Collected Works of George Bernard Shaw, 1930, 217: „Do not do unto others as you would that they should do unto you. Their tastes may not be the same."; ferner Popper, Grundprobleme der Erkenntnistheorie, 480 f., der die Goldene Regel für gutheisst, aber anregt, man solle, wo möglich, mit anderen Menschen so umgehen, wie sie es wünschten (nicht so, wie man es selbst wünschte).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hat sie überdies etwas mit dem kategorischen Imperativ Kants zu tun?[1082] Kant selbst wollte sein Grundprinzip nicht als Modell der Goldenen Regel verstanden wissen, denn diese begründe erstens keine Pflichten gegen sich selbst[1083], zweitens begründe sie keine Pflichten zu aktivem Tun (nur Nichtschädigungspflichten[1084]) und drittens: sie tauge nicht zum Gesetz der Moral, da es ihr um wechselseitige Vorteilsbeziehungen gehe.[1085] Dieser Einstufung kann man trotzdem nur bedingt folgen: Richtig ist, dass es die früheren Varianten der Goldenen Regel wohl nicht so sehr darauf abgesehen hatten, den Menschen gegen sich selbst zu verpflichten: Aus der Goldenen Regel folgt wohl nur mittelbar, dass man etwa die eigenen Talente nicht verschwenden dürfe, wie Kant es fordert.[1086] Falsch ist hingegen die These, die Goldene Regel erlaube es, von Wohltaten und Hilfeleistungen abzusehen, sobald man nur selbst hierauf nicht angewiesen sei.[1087] Dass die Goldene Regel überdies nicht nur auf eine Regel

---

1082 Pro memoria, Kant, GMS, AA IV, 421: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."

1083 Kant, GMS, AA IV, 430: „Man denke ja nicht, daß hier das triviale: *quod tibi non vis fieri* etc. zur Richtschnur oder Princip dienen könne. Denn es […] kann kein allgemeines Gesetz sein, denn es enthält nicht den Grund der Pflichten gegen sich selbst".

1084 Kant, GMS, AA IV, 430: Es „enthält […] nicht [den Grund] der Liebespflichten gegen andere (denn mancher würde es gerne eingehen, daß andere ihm nicht wohlthun sollen, wenn er es nur überhoben sein dürfte, ihnen Wohlthat zu erzeigen)".

1085 Vgl. Kant, GMS, AA IV, 430: Es „kann kein allgemeines Gesetz sein, denn es enthält nicht den Grund […] der schuldigen Pflichten gegen einander"; ähnlich Chamberlain, Kant, 732 f.: Die Goldene Regel sei eudämonistisch, wogegen „jener Imperativ, wie ihn Kant so nüchtern genau und zugleich so ergreifend erhaben formuliert, etwas einführt, was ich wiederum nur durch ein eigenes Wort von ihm genau zu bezeichnen weiss; er schreibt nämlich einmal: 'Die Moral ist nicht eigentlich die Lehre, wie wir uns glücklich machen, sondern wie wir der Glückseligkeit w ü r d i g werden sollen' […]. Der Würde zu ihrem Rechte verholfen zu haben: das war die krönende Tat seines Erdendaseins; die Sehnsucht nach Würde ist das Ferment, das er für die Umgestaltung unserer Zukunft in unsere Herzen gesenkt hat."

1086 Kant, GMS, AA IV, 422 f.

1087 Kant, GMS, AA IV, 430: „[M]ancher würde es gerne eingehen, daß andere ihm nicht wohlthun sollen, wenn er es nur überhoben sein dürfte, ihnen Wohlthat zu erzeigen"; Parfit zeigt, dass Kants Einwand in Wirklichkeit auf den kategorischen Imperativ zutrifft, da dieser fordert, der Einzelne handle nach Maximen, von denen er wollen könne, dass sie zum allgemeinen Gesetz würden: Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 14 § 46, 321: „Kant […] makes the different claim that these people would agree not to be helped *if they would*

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zur Gewährleistung wechselseitiger Vorteilsbeziehungen reduziert werden kann, ergeht bereits aus obiger Darstellung der diversen Formulierungen der Goldenen Regel (so ist die Formel z.B. im *Mahabharata*-Epos explizit der Selbstsucht entgegengestellt).[1088]

Kurz: Der kategorische Imperativ kann als Variante der Goldenen Regel eingestuft werden.[1089] Seine Eigenheit ist indes die kategorische Geltung der so hergeleiteten Regeln.[1090] Daher ist die „Goldene Regel" Kants nicht wie andernorts einfach eine Faustregel, die der gesunde Menschenverstand gebietet.

III Kritik der Einigungsethik

Einigungsethische Theorien sind oft ansprechend und im Resultat nicht selten plausibel. Wenn die Einigungsethik als Theorie der Gerechtigkeits*begründung* zurückgewiesen wird, folgt hieraus nicht, dass man von einigungsbasierten *Strategien* zur Lösung praktischer Dilemmata wenig halten sollte.

1. „Grundlagenirrtum" der Einigungsethik

a. Der Wille ist nicht der letzte Grund

Eine Ethik, die vom (freien) Willen des Menschen und der Einigung unter Menschen ausgeht, verschweigt in ihrer Gerechtigkeitsbegründung das eigene Fundament: die Natur des Menschen und seiner Umwelt, welche erst alles Begehren und alle Vernünftigkeit des Handelns erklären.[1091] Vor den staatlich verbürgten Grundrechten und vor der Einsicht, Autonomie sei

---

thereby be excused from helping others. To state this claim in Kantian terms, these people would will it to be true that the maxim of not helping others be a universal law. That does not imply that, according to the Golden Rule, these people have no duty to help others. It is *Kant's* formula, not the Golden Rule, that permits us to act on maxims that we could will to be universal laws."

1088 Vorne, Teil 3, C.II.4.a.

1089 Vgl. Hinske, Goldene Regel, 50 ff.; Zyber, Der Widerspenstigen Zähmung, 173.

1090 Vorne, Teil 3, B.II.2.c.

1091 Spinoza, Ethik, 136 und 180: der Mensch strebe nur das zu tun, was aus seiner gegebenen Natur folgen könne.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wichtig, gab es bereits die urnatürlichen, ontologischen Werte des Lebens und der Unversehrtheit.[1092]

Es ist die Natur des Menschen (und der Welt, in der er lebt), die bedingt, was er will – nicht umgekehrt. Dies lässt sich am Lebenswert, am Wert des Vertrauens und am Wert der Freiheit im Zwischenmenschlichen illustrieren:

- Überall auf der Welt und seit jeher gibt es Tötungsverbote, weil der Respekt des Lebens in der menschlichen Gemeinschaft unverzichtbar für das Wohl der Gemeinschaft und des Einzelnen ist. Wir wären nicht, wäre dies kein Wert. Am Anfang war nicht der kollektive Entscheid, man wolle sich einigen, das Leben als Wert anzuerkennen. Es war schon vorher da.
- Vertrauen ist wertvoll. Es eröffnet Kooperationsmöglichkeiten; dagegen wenden Menschen in einer von Misstrauen geprägten Kultur bedeutend mehr Energie zur präventiven Abwehr vermeintlicher und echter Gefahren auf. Daher ist die Förderung von Vertrauen und das gelegentliche (zumindest soziale) Bestrafen von Vertrauensbrüchen eine für die Gemeinschaft erfolgreiche, lebensdienliche Strategie.
- Das Mass an Freiheit, das der vernünftige Mensch im Umgang mit anderen für sich beansprucht und als Wert begreift, ist die Freiheit, die seiner individuellen und sozialen Natur entspricht: mehr als die Freiheit eines glücklichen Schafes, das im grosszügigen Gehege dem Rest der Herde folgt; weniger als die Freiheit des Wolfes im Gehege der Schafe.

Solche Zusammenhänge liessen sich für einige weitere Werte darlegen, die für die Einigungsethik von Bedeutung sind: Wert der Eigenverantwortung, Respekt, partizipatorische Verfahren. Sie wurden Werte, weil sie dem Leben der Menschen dienen. Die Evolution, bei aller Härte und allen Irrwegen, begünstigt tendenziell das Fortbestehen von Verhaltensnormen, die dem Leben dienen. Sogar religiöse Sitten, die sich über Jahrhunderte hielten, sind oft sichtbar historischen Umständen geschuldet und hatten jedenfalls früher einmal einen lebensrealen Sinn (so das der Hygiene dienende Verbot, Schweinefleisch zu essen; oder das dem ökonomischen Wohl der Nachkommen förderliche Gebot der Monogamie). Sitten sind oft kulturell verfestigte, erfahrungsbasierte Erkenntnisse dessen, was über Jahrhunderte lebensdienlich oder jedenfalls nicht allzu schädlich war.

1092 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Doch nicht jede existierende Wert- oder Moralvorstellung ist per se vernünftig. Regeln können im Laufe der Evolution unvernünftig werden, wenn die Umstände sich ändern. Dies gilt etwa für die Blutrache, die unter harten Lebensbedingungen und bei Abwesenheit einer verlässlichen Ordnungsmacht ihre Legitimität haben mochte; es nötigte die Menschen zum gegenseitigen Respekt, weil die Drohkulisse einer Gewaltspirale, von der selbst die Initianten der Gewalt nicht profitierten, das Interesse an aggressiver Konfliktregelung schwinden liess.

Die kulturell bedingten Überzeugungen der Menschen passen sich nicht immer rechtzeitig den Umständen oder neuen Erkenntnissen an; das hat zur Folge, dass der Mensch Dinge zutiefst wollen mag, die ihm nicht dienen, sondern schaden; nun zu sagen, darauf, ob es dem Menschen diene, käme es nicht an, ist paradox, weil der Mensch die fraglichen Dinge (z.B. strengste Lebensvorschriften) wohl nur deshalb will, weil seine Ahnen unter damaligen Umständen konkrete Gründe hatten, sie zu wollen. Die ursprüngliche Causa fehlt. Und der Wille ersetzt sie nur zum Schein.

b. Indirekte Relevanz der menschlichen Natur

Die obigen Ausführungen belegen die Relevanz der Natur für die Bestimmung des Ethischen. Die Einigungsethik vernachlässigt die Frage, inwieweit die Natur Werte bedingt. Im Resultat fliesst die Natur aber auch im Einigungsvefahren in die Gleichung ein: Wo reale Menschen am Verfahren teilnehmen, beeinflussen reale Bedürfnisse die Wertungen. Es ist undenkbar, dass in einem von problematischen Einflüssen (Zwang und [kognitive] Täuschungen) geschützten Verfahren Präferenzen artikuliert würden, die nicht mit den Bedürfnissen der Menschen und der relativen Dringlichkeit dieser Bedürfnisse zusammenhingen.[1093] Namentlich dürften die zentralen Grundbedürfnisse unweigerlich die Bewertung im Einigungsverfahren prägen, nach deren Befriedigung der Mensch mit Maslow in einer bestimmten Reihenfolge zu streben neigt.[1094] Mit anderen

---

1093 Vgl. Brandt, Objections, 52.

1094 Die Bedürfnisse erster Stufe sind jene nach *Überleben* (Maslow, Human Motivation, 9 ff. – diese Stufe umfasst alle unmittelbaren Lebensbedürfnisse, inkl. Ernährung, Schlaf und in gewisser Hinsicht Sex; Ebd., 10 f.: „Undoubtedly these physiological needs are the most pre-potent of all needs. […] A person who is lacking food, safety, love, and esteem would most probably hunger for food more strongly than for anything else."); auf zweiter Stufe stehen jene nach *Sicherheit* i.w.S. (Maslow, Human Motivation, 13 ff.); auf dritter jene nach

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Worten: Wenn wir nach dem vernünftigen, hypothetischen Willen einer Person fragen, fragen wir unweigerlich nach dem, was ihrem Wohlbefinden bestmöglich dient.

c. Wohlbefinden vs. Willen

Es bleiben nach Ablehnung der Regelethik nur zwei prima facie plausible Letztbegründungsansätze:[1095] Richtig könnte sein, *(i)* was freie Gerechtigkeitssubjekte (vernünftigerweise) wollen; oder das, *(ii)* was dem Wohl der Gerechtigkeitssubjekte optimal dient. Die Einigungsethik sucht ihre Gründe im freien Willen, die Folgenethik im Wohlbefinden.

Führte die Honorierung der Selbstbestimmung den Menschen typischerweise ins Elend, wäre sie kein Wert. Dies gilt auf dem fiktiven Planeten Doloris, auf dem jeder Mensch angenehm lebt, solange er die Weisungen seiner Mitmenschen befolgt, hingegen unmenschliche Qualen erleidet, wenn er für sich selbst bestimmt. Niemand zöge unmenschliche Qualen dem Verlust der dort wenig hilfreichen Selbstbestimmung vor.

Zugehörigkeit (Maslow, Human Motivation, 19: „If both the physiological and the safety needs are fairly well gratified, then there will emerge the love and affection and belongingness needs, […]. Now the person will feel keenly, as never before, the absence of friends, or a sweetheart, or a wife, or children. He will hunger for affectionate relations with people in general, namely, for a place in his group […]. He will want to attain such a place more than anything else in the world and may even forget that once, when he was hungry, he sneered at love."); auf vierter Stufe Bedürfnisse nach *Ansehen* (Maslow, Human Motivation, 20); auf fünfter Stufe Bedürfnisse nach *Selbstverwirklichung* oder *Selbsttranszendenz* (Maslow, Critique, 26–32; für Maslow ist der Aspekt der Selbsttranszendenz, der das Helfen umschliesst, nicht erst dann pendent, wenn der Mensch sich zuerst auf atomistische Weise selbst verwirklicht hat; vgl. Maslow, Peak-Experiences, pos. 102/1618 [Einleitung]: „[T]he best way to become a better 'helper' is to become a better person. But one necessary aspect of becoming a better person is via helping other people. So one must and can do both simultaneously. [The question 'Which comes first' is an atomistic question.]"). Siehe zur Bedeutung der Grundbedürfnisse nach Maslow auch vorne, Teil 2, B.II.1.c.; hinten, Teil 3, D.I.2.e; Teil 3, E.I.4.

1095 Vorne, Teil 3, B.III; vgl. Brandt, Objections, 52 ff., der wie hier deontologische Ansätze zurückweist: „Various philosophers have thought that some things, different from happiness and possibly not desired by anyone or everyone, are worthwhile in themselves and worthy of being produced for no further reason, for instance: knowledge and virtue. This view, however, seems to be obsolescent, and I propose to ignore it."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies zeigt: Im Zweifelsfall geht das Wohl des Menschen vor. Es ist der tiefere Grund. Die Natur des Menschen und die Parameter seines Daseins fundieren den Wert der Autonomie: Die Freiheit zur eigenwilligen Lebensgestaltung konnte gerade deshalb ein Wert werden, weil es sich mit ihr (anders als es Dostojewskis Grossinquisitor glauben lassen wollte[1096]) gut leben lässt.

Das gilt auch auf Erden, wo das Fördern des Wohls der Betroffenen der Grund der allgemein akzeptierten Grenzen der freien Selbstbestimmung zum Schutz vor sich selbst ist; so schon in der Erziehung der Kinder, wo nicht der überaus authentische Kindeswille (mehr Süssigkeiten, kein Gemüse, keine Hausaufgaben!) die höchste Maxime ist, sondern das Kindeswohl; aber auch Erwachsenen ist nicht immer der Wille (mag er auch echt und in gewisser Hinsicht frei sein) das erste Gut: Wenn Anzeichen bestehen, sie handelten in einem krassen Widerspruch zu den eigenen Interessen, kann eine Intervention, die dem Wohlbefinden des Betroffenen verpflichtet ist, billig sein (etwa wenn ein Selbstmörder daran gehindert werden soll, sich vor den Zug oder von der Brücke zu werfen).

Folglich ist es ethisch richtig, das zu tun, was dem Wohl der Gerechtigkeitssubjekte optimal (oder immerhin: besser) dient. Der Wille hingegen hat keine fundamentale Bedeutung. Mit dem Vorbehalt: Je mehr der „Wille" implizit nicht als authentisch und tatsächlich, sondern als ein eigentlicher, wirklicher Wille begriffen wird (in den wir hineindenken, was die Willensbefolgung lebensdienlich macht), desto weniger wird sich die Befolgung des Willens von der Optimierung des Wohlbefindens unterscheiden.

d. Vorrang des Willens im Einzelfall?

Ist in praktischen Fällen das spekulative Fördern des Wohls einer Person einem entgegenstehenden Willen dieser Person vorzuziehen? Eher nicht. Letztlich ist die Frage entscheidend, was dem Wohl der Person besser diene; und dies ist oft nichts anderes als der Respekt ihres ausdrücklichen oder doch konkludenten Willens, besonders wenn ungewiss ist, was der betroffenen Person sonst optimal dienen soll. Weil dieser Respekt oft anderen Werten vorgeht, neigen wir nun zum Schluss, der (autonome) Wille sei das Prinzip schlechthin und gehe allen konfligierenden Werten vor. Dies ist insofern klug, als der Respekt der Selbstbestimmung in der

1096 Dostojewski, Großinquisitor, 26, 27 und 30–35.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel dem Wohl der Menschen dienen dürfte. Zur Illustration: Bittet mich ein Freund um den Gefallen, ihm ein Medikament zu kaufen, von dem ich weiss, dass es nicht wirkt, handle ich wohl richtig, wenn ich ihm das (Placebo-)Medikament kaufe; aber das liegt nicht am Willen meines Freundes, denn sonst müsste ich ihm genauso die Pistole kaufen, mit der er sich (oder der Exfrau) nach reiflichem Überlegen in den Kopf schiessen will. Dass ich nicht zwingend unmoralisch handle, indem ich ihm das Medikament kaufe, liegt daran, dass meine Handlung nur scheinbar material wertlos ist. Ich honoriere damit die Freundschaft und trage zu einer Kultur der gegenseitigen Hilfe bei, die insgesamt dem Wohl aller Betroffenen besser dient.

2. Egalitäre Einwände gegen alle Willensethik

Der Glaube, dass es in der Moral auf die Einigung des freien Willens der Menschen ankomme, droht überdies Ungleichheiten zu verfestigen. Wenn nämlich der Wille massgeblich ist, dann muss der Massstab bei jedem Menschen unvoreingenommen angesetzt werden: Der Wille eines Milliardärs, eine Insel zu kaufen[1097], wäre (als dessen innigstes Anliegen) dem innigen Willen eines Hungernden, ein Stück Brot zu essen, nicht zwingend nachrangig. Kunstgriffe befreien die Einigungsethik zwar von solchen Schlüssen: Man kann sich die Vertragsparteien altruistisch denken oder (raffinierter) wie Rawls hinter dem Schleier des Nichtwissens die orientierungslos gemachte Selbstliebe zugunsten der reziproken Nächstenliebe einspannen. Freilich bedeuten solche Fiktionen, dass gerade nicht mehr der (tatsächliche) Wille massgeblich ist. Der Wille taugt erst dadurch zum Gerechtigkeitsgrund, nachdem man in ihn eingegriffen hat. Der authentische freie Wille des egoistischen Milliardärs besteht nicht darin, plötzlich Milliarden zur Bekämpfung von Hungersnöten zu spenden, dadurch nur noch Millionär zu sein und sich die Insel nicht mehr leisten zu können. Zu denken, er werde unter Bedingungen der Freiheit teilen wollen, ist illusorisch.[1098] Auch wird man Fälle vorfinden, wo benachteiligte Personen sich freien Willens mit der benachteiligenden oder ungerechten Realität arrangieren, was ebenfalls gegen das Abstellen auf tatsächliche Präferenzen oder den tatsächlichen Willen spricht.[1099]

1097 Russisches Sprichwort, 33, 77: „Wer viel hat, will noch mehr."
1098 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 455.
1099 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 108–109, betr. adaptive Präferenzen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine willensbasierte Ethik schafft vor diesem Hintergrund falsche Erwartungen und sendet ungeschickte Signale; es entsteht der Eindruck, als müsse jeder einzelne Mensch dem, was seine Interessen berührt, jederzeit frei zustimmen können, damit es als gerecht gilt. Dann aber wäre Gerechtigkeit vor allem auf ein Prinzip der Reziprozität reduziert.[1100] Geht man hingegen von einer empirischen Definition des Guten aus und blickt auf natürliche Bedürfnisprioritäten, ist klar, warum Brot wichtiger ist als Bereicherung. Die Priorität der Überlebensbedürfnisse wird zum Argument für zwischenmenschliche Solidarität.

3. Geringe Relevanz wirklicher Partizipation

Die Erkenntnis einigungsethischer Gerechtigkeit hängt von den realen Kommunikations- und Verständigungsmöglichkeiten ab. Faktisch sind aber nur wenige Personen in der Lage, ihre Präferenzen klar zu artikulieren.[1101] Nicht einmal all jene, die an den relevanten Diskursen und Verhandlungen teilnähmen, könnten mit Sicherheit den Respekt ihrer legitimen Interessen durchsetzen. Denn die Ethik der Einigung und der kommunikativen Verständigung ist schon wegen der Undeutlichkeit der Sprache im Resultat eine subjektive Ethik der Interpreten.

Besonders die Diskursethik (bei der die relevanten Werte, Prinzipien und Regeln im Rahmen informierter und freiverantwortlicher Partizipation aller Betroffenen am Diskurs ermittelt werden sollten) verliert durch den Kontrast zwischen ihrem Ideal und dem selbst unter güngstigen Bedingungen eher bescheidenen Umfang an realisierbarer Partizipation an Glaubwürdigkeit. Theoretisch gerecht ist, was man im idealen Diskurs vereinbart; die Plausibilität der Gerechtigkeitsbegründung durch Diskurs wird der Attraktivität des Ideals aufgebürdet. Der Idealdiskurs ist aber nur der Aufhänger; weil man nicht darum herumkommt, seine Undurchführbarkeit einzugestehen, erschöpft sich seine Funktion darin, den realen Diskurs (der insb. auch hinsichtlich der Partizipation aller sich vom Ideal entfernen muss) als gerechtigkeitsbegründend zu legitimieren.

1100 Vgl. Sen, Justice, 207: "Mutual benefit, based on symmetry and reciprocity, is not the only foundation for thinking about reasonable behaviour towards others. Having effective power and the obligations that can follow unidirectional from it can also be an important basis for impartial reasoning, going well beyond the motivation of mutual benefits."

1101 Nussbaum, Grenzen, 35.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese subsidiäre Definition der Gerechtigkeit als Verfahren und Ergebnis realer Diskurse ist indes heikel. Denn im Diskurs setzen sich Ansichten auch einfach auf Basis der sozialen Macht jener durch, welche sie vertreten. Die Ergebnisse praktisch durchführbarer Diskurse sind vor allem Ausdruck der Präferenzen jener Personen, die Zugang zu den massgeblichen Institutionen und gesellschaftliche Macht haben.[1102] Vom Ideal der autonomen und egalitären Partizipation aller ist man folglich weit entfernt. Ungeachtet des Werts, den man Bemühungen um Stärkung der Diskursmöglichkeiten attestieren sollte, ist m.E. zweifelhaft, ob die Diskursethik mehr sein kann als eine Ethik erlesener Interpreten. Ist die Einigungsethik nur eine Ethik erlesener Interpreten, die selbst nur an ihr jeweiliges Verständnis von Ethik gebunden sind (soweit überhaupt), dann ist sie wie die Regelethik mit dem Problem der Autoritätsabhängigkeit konfrontiert.[1103] Wenn die fraglichen Experten mehrheitlich von rigoristischen deontologischen Prämissen ausgingen oder sich gar insgeheim als Hüter einer religionsbasierten Ethik begriffen, käme es zu Entscheidungen, die für Folgenethiker und für Befürworter einer partizipativen Gesellschaftsordnung unhaltbar wären.[1104] Weil das Ergebnis des Einigungsverfahrens von den Moralvorstellungen (und Interessen) der Verfahrensteilnehmer abhängt, ist fraglich, ob die Einigungsethik sich zur Gerechtigkeitsbegründung wirklich auf den hypothetischen Willen der nicht partizipierenden Betroffenen berufen kann; vielmehr ist sie wohl die Folge der subjektiven Präferenzen der Interpreten und den Machtdynamiken innerhalb des Kreises der Verfahrensteilnehmer. Diese Gefahr ist in einer Ethik, die von empirischen begreifbaren Prämissen ausgeht, weniger akut; die Resultate bewegen sich dann im Rahmen plausibler, weil falsifizierbarer und bislang unwiderlegter Thesen. Zwar können empirische Daten zu unterschiedlichen Schlüssen führen, sodass auch hier das Wahre und Wirkliche nicht immer sichtbar sein wird, doch die Basis und die „Messgeräte" sind bekannt und stehen allen zur Verfügung. Jeder kann die Schlüsse von Experten überprüfen, die sich empirischer Daten bedienen.

1102 Vgl. Potacs, Rechtstheorie, 82.

1103 Dazu vorne, Teil 3, B.III.1.

1104 Ein praktisches Beispiel sind die Erwägungen der NEK (Nationale Ethikkommission für Humanmedizin), Widerspruchslösung, Ethische Erwägungen Nr. 19/2012 zur Zulässigkeit der Widerspruchslösung im Organtransplantationswesen, die m.E. nur vor dem Hintergrund der Annahme des Fortlebens der Seele nach dem Tod und (paradoxerweise) der physischen Verletzlichkeit dieser Seele plausibel sind; siehe auch hinten, Teil 4, E.II.3.d und E.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kurz: Die Einigungsethik ist gefangen zwischen realen Verfahren der Willens- und Einigungsfindung und Idealverfahren, deren faktische Undurchführbarkeit es erforderlich macht, dass jemand (Prinz, Prophet, Philosoph etc.) den nur theoretisch partizipierenden Menschen erklärt, worauf sie sich im fiktiven Verfahren bindend geeinigt haben. Das bedeutet, dass entweder der tatsächliche, volatile Wille der Menschen (oder der Mehrheit) überhöht wird; oder aber einflussreiche Deuter dessen, was vernünftige Menschen wollen müssten (wären sie bloss frei und vernünftig), legen Gerechtigkeit fest. Unbefriedigend sind aus unterschiedlichen Gründen sowohl die auf tatsächliche Willensäusserungen reduzierte Einigungsethik als auch jene elitäre und pseudodemokratische Einigungsethik, bei der Gerechtigkeit als Ausdruck des Willens definiert ist, die tatsächlichen Präferenzen der Menschen jedoch mangels Partizipation nur dann in die Einigungsfindung einfinden, wenn die Entscheidenden sie gewogen und nicht für zu leicht befunden haben.[1105]

Mischformen nehmen im Umfang der realen beziehungsweise idealen Elemente Anteil an beiden Schwächen, können aber immerhin (aufgrund des Ausgleichs der jeweiligen Risiken) eine sinnvolle Gerechtigkeitsstrategie bilden.[1106]

D. Folgenethik (Konsequentialismus)

I Grundkonzeption

1. Grundidee

Die Folgenethik geht vom ergebnisorientierten Verständnis des Guten aus: Das Gute, das sich aufgrund einer Handlung ereignet, bestimmt (im Vergleich mit den Folgen, die andere Handlungsoptionen nach sich zögen)

1105 Vgl. Hösle, Verantwortung der Philosophie, 248 f.: „Entweder gilt […] etwas, weil es allgemein anerkannt worden ist – dann aber ist man kollektivem Wahnsinn gegenüber per definitionem stets im Unrecht. Oder etwas soll anerkannt werden, weil es gilt, weil es rational ist, es anzuerkennen – dann brauchen wir aber materiale Kriterien, die uns gestatten, einen vernünftigen Konsens von einem unvernünftigen zu unterscheiden."

1106 Dazu hinten, Teil 3, F.II.2 – 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Wert der Handlung.[1107] Richtig ist das Vorgehen, das zum grössten Wohl der grössten Zahl jener führt, auf die es ankommt.[1108]

Es geht somit um Nutzen für das Wohlbefinden im Leben im umfassenden Sinn[1109] – im Leben der Menschen (wobei bis zu einem gewissen Grad zweifellos auch das Wohl anderer Tiere mitberücksichtigt werden sollte; der Einfachheit halber und angesichts der menschenrechtlichen Thematik wird nachfolgend gleichwohl nur von Menschen die Rede sein). Massstab der Gerechtigkeit einer Handlung ist deren Eignung (im Vergleich mit anderen Handlungsoptionen), die Betroffenen so weit wie möglich zu befähigen, ein Leben zu leben, das möglichst wertvoll und möglichst wenig leidvoll ist.[1110]

Für die Beurteilung der Gerechtigkeit einer Handlung ist alles zu berücksichtigen, was sich in ihrer Folge ereignet und auf das Leben der Menschen auswirkt.[1111] Weil Folgen ex ante oft ungewiss sind, rechnet

---

1107 Parfit, Reasons, 24; Onfray, Les ultras, 204; Laternser, Gehalt, 178 ff.

1108 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20: „the greatest happiness or greatest felicity principle: this for shortness, instead of saying at length […] the greatest happiness of all those whose interest is in question, as being the right and proper, and only right and proper and universally desirable, end of human action: of human action in every situation"; Helvétius, De l'homme, Kap. I.10, pos. 587/9853: „Le plus grand avantage public, c'est-à-dire le plus grand plaisir et le plus grand bonheur du plus grand nombre de citoyens"; ebd., IV Kap. 8, pos. 3407/9853: „[Q]u'est-ce en effet qu'une injustice? La violation d'une convention ou d'une loi faite pour l'avantage du plus grand nombre"; vgl. Holbach, Traité des trois imposteurs, 13–14: „Chacun doit demeurer d'accord que tous les hommes sont dans une profonde ignorance en naissant, et que la seule chose qui leur soit naturelle est de chercher ce qui leur est utile et profitable"; aus neuerer Zeit, mit ausführlicher Besprechung der unterschiedlichen Ansätze: Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 16 § 55–62, 371 ff.

1109 Das Gute (der Nutzen) wurde schon breit definiert bei: Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 40, 251: „Was zur gemeinsamen Vereinigung der Menschen dient oder was bewirkt, daß die Menschen einträchtig leben, ist nützlich, und dagegen alles das schlecht, was Zwietracht in den Staat bringt."; ebenso bei: Helvétius, De l'Esprit, Kap. I.1, pos. 126/7511: „[Q]u'une action est plus ou moins mauvaise, selon qu'elle nuit plus ou moins au bonheur de la société."; siehe etwa zum Nutzen der Wahrheit: ders., De l'Esprit, préface, pos. 25/7511: „Dans tout ce que j'ai dit, je n'ai cherché que le vrai, non pas uniquement pour l'honneur de le dire, mais parce que le vrai est utile aux hommes."

1110 Mahlmann, Rechtsphilosophie, 156.

1111 Vgl. Pettit, Introduction, xiii-xix: „Roughly speaking, consequentialism is the theory that the way to tell whether a particular choice is the right choice for an agent to have made is to look at the relevant consequences of the decision; to look at the relevant effects of the decision on the world."; S. Scheffler,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Folgenethik mit Ungewissheiten und orientiert sich an Wahrscheinlichkeitserwägungen.[1112] Die Richtigkeit von Handlungen wird als Ausdruck des Werts und der Wahrscheinlichkeit der Folgen nicht kategorisch, sondern graduell beurteilt. Geboten ist die Handlung, von der man im Vorfeld aufgrund einer rationalen Prognose denken muss, sie führe zu den vergleichsweise bestmöglichen Folgen.[1113]

2. Typische Elemente

a. Vergleichsabhängigkeit der Richtigkeitsaussagen

Die Folgenethik ist eine Vergleichsethik.[1114] Gut bedeutet besser als, richtig eher richtig als, gerecht gerechter als. Die Verwendung des grammatischen Komparativs ist dabei oft entbehrlich, weil Vergleichsrelationen auch anders zum Ausdruck gebracht werden können. Zur Illustration stelle man sich bildlich vor, wie ein junger, kleiner Elefant auf dem Feld steht; neben ihm ist eine erstaunlich grosse Maus. Wer ist grösser? In unserer normbasierten, intuitiven Vorstellung zweifellos der kleine Elefant; wir verstehen das Attribut der Grösse im alltäglichen Sprachgebrauch nicht absolut, sondern relativ: Wenn von der grossen Maus die Rede ist, hören wir zunächst: gross für eine Maus.[1115] Aus diesem Grund wird auch hier

---

Rejection, 167: "Consequentialists hold that the right act in any situation is the one that will produce the best overall outcome".

1112 Horster, Postchristliche Moral, 286; vgl. Gertsch, Kontrolle, 172: Ergebnisorientierte Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV) verlange, „dass [im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung] konsequent mit Wahrscheinlichkeiten zu arbeiten ist". Vgl. der richtige Ansatz in: BGE 136 V 395, 408 E. 7.4: „[D]ie Frage nach dem hohen therapeutischen Nutzen [kann nicht] mit einem kategorialen Ja oder Nein beantwortet werden […]. [Die Frage ist vielmehr] graduell und in Relation zu den Behandlungskosten zu beurteilen: Je höher der Nutzen ist, desto höhere Kosten sind gerechtfertigt."

1113 Vgl. Hobbes, Leviathan, Kap. VI, 124: „the good or evill effect thereof dependeth on the foresight of a long chain of consequences, of which very seldome any man is able to see to the end. But for so farre as a man seeth, if the Good in those consequences, be greater than the Evill, the whole chaine is that which Writers call *Apparent*, or *Seeming Good*."; vgl. Weber, Politik als Beruf, 255: „daß man für die (voraussehbaren) Folgen seines Handelns aufzukommen hat".

1114 Onfray, Les ultras, 252; vertiefend dazu: Hare, Moral Thinking, 117 ff.

1115 Vgl. für das Beispiel: Kahneman, Thinking, 74.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

regelmässig von gut oder gerecht in einer Weise die Rede sein, die das komparative Element (oder das „im Vergleich zu") implizit enthält.

Aus der Vergleichsabhängigkeit der Folgenethik folgt die Annahme der Messbarkeit von Kriterien des Guten. Wer wissen will, ob Massnahme M_1 im optimalen Sinn gerecht ist, muss prüfen, ob eine andere Massnahme (z.B. M_2, M_3 oder M_4) besser wäre; ist eine jener Massnahmen besser, dann ist M_1 einfach weniger gerecht. In jedem Fall setzt die Bewertung Referenzwerte voraus, welche die relative Gerechtigkeitsaussage erst ermöglichen.[1116] Das heisst, die Lösungshypothesen müssen durch gleiche Bewertungskriterien vergleichbar gemacht werden. Der Folgenethiker braucht für seine Wertungen somit eine Art Urmeter.[1117]

b. Optimierung und Maximierung des Erwartungswerts

Die Folgenethik bevorzugt Handlungen, die möglichst viele Personen möglichst umfassend am Guten teilhaben lassen. Eine Handlung wird gutgeheissen oder missbilligt entsprechend ihrer Eignung, das Wohlbefinden der Personen, um deren Interessen es geht, zu vermehren oder zu mindern.[1118] Folgenethisch begründete Normen und Handlungsanweisungen beanspruchen ihre Plausibilität stets im Kontrast mit der konkreten Lebensrealität: Optimal ist nicht etwa immer die Handlung, deren direkte Folgen gemeinhin erwünscht sind, sondern bisweilen jene, die – obschon sie zu an sich nicht wünschenswerten Folgen führt – das kleinstmögliche Übel nach sich zieht; so etwa die Tötung eines Angreifers zur nicht anders realisierbaren Rettung seines Opfers.

Das gesamthafte Gute wird aggregiert; die positiven und negativen Effekte einer Handlung für das Wohl jedes Einzelnen der Betroffenen werden zusammengerechnet.[1119] Der Wert der Handlung bestimmt sich an ihrem Erwartungswert, also am probabilistisch gewichteten Wert der erwarteten Folgen: Richtig ist das Handeln, das den Erwartungswert maxi-

---

1116 Vgl. Mahlmann, Gerechtigkeit, § 13 N. 32.

1117 Siehe hinten, Teil 3, E.I.1 – 5: Das empirisch fassbare Kriterium der Lebensdienlichkeit und die Hierarchie der Grundbedürfnisse liefern eine Art „Urmeter".

1118 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20 und 243.

1119 Helvétius, De l'homme, Kap. 10, pos. 587/9853; Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20; Parfit, On What Matters, Vol. I, § 55–62, 371 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

miert.[1120] Soweit die Maximierung sich per Definition auf das Gute als Inbegriff dessen richtet, was jenen, auf die es ankommt, bestmöglich dient, ist sie Synonym für Optimierung. Die Maximierung der Zielwerte (des Guten, des Glücks, des erfüllten Lebens etc.) darf aber nicht so interpretiert werden, als folge aus ihr ein Gebot der Maximierung konkreter Güter, deren der Mensch nur in begrenzter Menge bedarf: Der Gesamtwert von in gewissem Umfang wichtigen Gütern (etwa Handlungsfreiheit, Geld, Gesundheit, Wohnraum, Nahrungsmittel) lässt sich nicht einfach durch Multiplikation errechnen. Singer weist darauf hin, dass jener, der bereits ein Kilo Reis am Tag hat, weniger Bedarf an zusätzlichen 50 Gramm Reis hätte, während man die Lage desjenigen, der mit 200 Gramm Reis täglich ums Überleben kämpft, deutlich verbessert, wenn man ihm weitere 50 Gramm gibt.[1121] Man müsste ihm auch 50 Gramm geben, wenn die Alternative wäre, der bereits gut bedienten Person 100 Gramm zu geben. Hier greift das Prinzip des sinkenden Grenznutzens, das oft zugunsten jener wirkt, die noch weniger haben.[1122] Das Prinzip des sinkenden Grenznutzens gilt auch für abstrakte Werte wie die Sicherheit: Will ein bereits sicherer Staat die „totale Sicherheit" leisten (durch totale Überwachung, Aufnahme biometrischer Daten aller Menschen etc.), verheisst dies nichts Gutes. Ein vom Aufwand her ähnliches Bemühen um mehr Sicherheit wäre aber höchst wertvoll, wenn es der Wiederherstellung des Gewaltmonopols in Krisenzeiten oder der Bekämpfung lebensbeeinträchtigender Unsicherheitsfaktoren diente.

Kurz: Es kommt immer darauf an, wo man steht und wie viel man bereits hat. Daher tendiert die Folgenethik zu egalitären Schlüssen. Es ist kein Widerspruch, dass diese Egalität durch Berücksichtigung der Hierarchie der Werte und Bedürfnisse erreicht wird.[1123]

1120 Parfit, On What Matters, Vol. I, 159 ff.; ausführlich dazu und zum Nachfolgenden: Tomasik, Why maximize expected value?; hierauf basierend: Gloor, Erwartungswert: weil alles berücksichtigt wird, was einem wichtig sei, ergebe es Sinn, im Erwartungswert den persönlichen Nutzen zu maximieren.

1121 Singer, Praktische Ethik, Kap. 2, 56.

1122 Vgl. Singer, Praktische Ethik, Kap. 2, 56 f.

1123 Zur Möglichkeit einer Hierarchie der Grundrechte vorne, Teil 2, C.IV.2; zur Hierarchie der Grundbedürfnisse insb. hinten, Teil 3, E.I.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Theoretische und praktische Folgenrechnung

Theoretisch müsste der Folgenethiker alle erdenklichen Folgen einer Handlung bewerten, die Werte probabilistisch gewichten und mit dem Ergebniswert aller Handlungen vergleichen, deren Vornahme ebenfalls hätte möglich sein können; der Folgenethiker zöge alle Best- und Worst-case-Szenarien und alle Zwischenwerte in Betracht. Praktisch sind solche Rechnungen wegen des Aufwands selten verhältnismässig und technisch kaum jemals möglich.[1124] Während also theoretisch das beste Verhalten errechnet würde, ist man praktisch auf eine den Umständen und der Wissenslage angemessen simplifizierte Folgenrechnung angewiesen. Praktisch wird man sich nahezu immer mit Schätzungen begnügen müssen; wenn mehr nicht möglich ist, können diese Schätzungen bisweilen einfach auf Intuitionen basieren – idealerweise stützen sie sich aber auf Erfahrungen in ähnlichen Fällen ab. Schon der Befund, ob im konkreten Fall eine eher umfassende oder hilfsgriffartige Folgenbeurteilung nötig sei, setzt eine Art Folgeneinschätzung voraus. Im Rahmen einer Schnellrechnung wird man sich zuerst bemühen, Handlungen zu ermitteln, die als Kandidaten der Optimalhandlung infrage kommen. Die absehbaren Folgen dieser Handlungen werden näher eingeschätzt und verglichen, damit die Optimallösung identifiziert werden kann.

d. Relevanz: Wahrscheinlichkeit und Gewicht der Folgen

Die Bewertung der Folgen beschränkt sich auf relevante Szenarien. Die Relevanz der Szenarien hängt von der Wahrscheinlichkeit und dem Wert der Folgen ab.[1125] Wahrscheinliche Folgen, die aufgrund des getroffenen Werts schwer wiegen, fallen besonders ins Gewicht (z.B. der Tod der vom finalen Rettungsschuss getroffenen Person). Weniger gewichtige, aber

1124 Parfit, On What Matters, Vol. III, 419, zur Ansicht vieler Handlungsutilitaristen: „We ought instead to try to follow certain well-tested policies or rules. But we ought to regard these rules as merely *rules of thumb*. When we know or have strong reasons to believe that we could make things go better by breaking one of these rules, we ought to break this rule."; zudem müsse man beim Beurteilen der Zulässigkeit eines Regelbruchs das Risiko kognitiver Verzerrungen bedenken.

1125 Singer, Effective Altruism, Kap. 12, 129 ff. – zur Herausforderung, Folgen sachgerecht zu bewerten und zu gewichten; vgl. Parfit, On What Matters, Vol. II, 612 ff.; ders., On What Matters, Vol. III, § 185, 422.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

relativ sicher eintretende Folgen (ein Sachschaden an der Haustüre bei Intervention der Polizei gegen häusliche Gewalt) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Umgekehrt fallen grössere Schäden selbst dann ins Gewicht, wenn sie unwahrscheinlich sind (eine Verletzung Dritter durch Querschläger beim Rettungsschuss aus mittlerer Distanz).

Besonders geringfügige Schäden sowie Szenarien, die aller naturwissenschaftlichen Plausibilität entbehren (z.B. die These, wer sich auch nur einmal der Notlüge bediene, der zerstöre das Vertrauen unter Menschen und mache die Rechtsquelle unbrauchbar[1126]), prägen die Abwägung dagegen nicht. Dagegen sind schwer kalkulierbare, prima facie eher unwahrscheinliche, aber mögliche schwere Katastrophen durchaus zu berücksichtigen – etwa die Auslöschung des Lebens auf Erden wegen einer Umweltkatastrophe in diesem oder im nächsten Jahrhundert. Solche Gefahren sind auch bei gering eingeschätzten Risiken als relevant anzusehen (selbst wenn sie primär künftiges Leben treffen).[1127]

e. Gleiche Berücksichtigung

Auch die Folgenethik formuliert egalitäre Anliegen und setzt dabei unterschiedliche Schwerpunkte: Mal geht es um Glück, Mitbestimmung oder Chancen; mal um Befähigung oder um Befriedigung von Präferenzen.[1128]

Eine überzeugende allgemeine Formulierung hierfür ist jene, die Interessen aller Personen verdienten gleiche Berücksichtigung.[1129] Im Konfliktfall ist sachorientiert zu priorisieren. Vorrang geniesst jene Position, an deren Schutz insgesamt das wichtigste Interesse besteht. Anknüpfungspunkte zur Gewichtung der Interessen bieten die menschliche Natur und besonders die unterschiedliche relative Dringlichkeit menschlicher Grundbedürfnisse.[1130] Weil der Mensch selbst gewisse Bedürfnisarten vor anderen Bedürfnissen zu priorisieren neigt, liegt es wegen der Gleichberechtigung der Menschen auf der Hand, im Kollisionsfall jene Bedürfnisse zu

1126 So ungefähr: Kant, Lügen, AA VIII, 426.
1127 Vgl. Singer, Effective Altruism, Kap. 15, 165 ff.; zur Berücksichtigung künftigen Lebens bei Grundrechtskollisionen i.w.S.: vorne, Teil 2, B.I.4.b und Teil 3, A.II.4.
1128 Vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 13 N. 31 f.
1129 Singer, Praktische Ethik, Kap. 2, 52.
1130 Dazu hinten, Teil 3, E.I.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

priorisieren, denen jeder Betroffene den Vorrang gäbe, wenn alle kollidierenden Bedürfnisse seine eigenen wären.[1131]

So geht – um evidente Fälle zum Beweis des Gesagten aufzuführen – die physische Gesundheit eines Menschen dem Wunsch des Arztes vor, seinen Patienten ungefragt neue Medikamente zu verabreichen, um medizinische Erkenntnisse zu erzielen und Ruhm zu erlangen. So tritt zudem das Bedürfnis des Stalkers nach Kontakt vor dem Bedürfnis der von ihm verfolgten Person nach Sicherheit zurück.[1132] So müsste bei knappen Ressourcen der Bau des Dorfbrunnens in einem ärmeren Dorf fraglos dem Bau des spektakulären Springbrunnens im Palastgarten des Präsidenten vorgehen. Solche evidente komparative Wertungen weisen auf eine Hierarchie der Werte, die mit derjenigen menschlicher Grundbedürfnisse korreliert und deren Beachtung wegen der Gleichberücksichtigung der Interessen aller geboten ist.

f. Substanzielle Grundlagen (Grundlage im realen Leben)

Obwohl das Kriterium der Folgenoptimierung an sich rein formaler Natur ist[1133], setzt die Folgenethik zur Bewertung der Folgen typischerweise auf ein *substanzielles* Verständnis des Guten.[1134] Die Moral bricht keine Naturgesetze. Metaphysisch konstruierte, mit Absolutheitsanspruch versehene

---

1131 Für eine entsprechende Beurteilungsperspektive bereits: Hare, Universalizability, 34: „I can see no reason for not adopting the same solution here as we do in cases where our own preferences conflict with one another."; vgl. dazu die Heuristik zur Prüfung der objektiven Präferenz durch Risikoausgleich hinten, Teil 3, F.3.d.

1132 Zum Vorrang der Sicherheitsbedürfnisse vor sozialen Bedürfnissen Maslow, Human Motivation, 13.

1133 I.d.S. treffend Tschentscher, Prozedurale Theorien, 22, 51 und 154 ff.: Der Utilitarismus gehe vom rein *formalen* Kriterium der Ergebnisgerechtigkeit aus.

1134 Seltene (unechte) Ausnahme: Moore, Principia Ethica, 196 u.a., der das Richtige als die Ursache guter Folge definierte, das Gute aber nicht für empirisch fassbar hielt; mit der These der *Naturalistic Fallacy* hat Moore die empirischen Erkenntniswege der Folgenethik torpediert. Unecht ist die Ausnahme, weil Moore eine hybride Gerechtigkeitstheorie entwarf: Stanford Encyclopedia, Moore: „*Principia Ethica* took the consequentialist part of this view to be analytically true, since it defined the right as what most promotes the good. But once Moore abandoned this definition, he had to treat the consequentialist principle as synthetic and did so in *Ethics*, which allowed that deontological views that say some acts that maximize the good are wrong are perfectly coherent." Kritisch zur *Naturalistic Fallacy* zu Recht Parfit: diese sei „neither

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziele kommen nicht in Betracht. Was die Moral leistet, leistet sie im Rahmen der üblichen Wirkungsverhältnisse der Welt.

Gelegentlich herrscht die Vorstellung, folgenethische Gerechtigkeitsbegründungen verlören sich in einer endlosen Begründungskette, da man immer nach dem Nutzen des Nutzens fragen müsse. So argumentiert sogar Arendt, die sich auf Nietzsche beruft, der vom Zweckprogressus in infinitum gesprochen hatte[1135], das Ideal des Nutzens könne nicht mehr damit erklärt werden, dass es „nützlich" sei. Die Aporie des Utilitarismus bestehe darin, dass er im Zweckprogressus ad infinitum hoffnungslos gefangen sei. Innerhalb des Utilitarismus sei das Um-zu der Inhalt des Um-willen geworden. Wo aber der Nutzen sich als Sinn etabliere, werde nur Sinnlosigkeit erzeugt.[1136]

Diese Bedenken träfen zu, wenn die Folgenethik sich damit begnügte, die Maximierung des rein formal definierten Nutzens zu fordern, ohne ein Gutes, dem man nützen will, festzulegen.[1137] Rein formales Streben nach Nutzen wäre in der Tat sinnlos: Eine Kanone wäre nützlich (um Stadtmauern zu zertrümmern), die grössere Kanone nützlicher; die Atombombe am nützlichsten. Mit Ethik hat das nichts zu tun. Nur darf man nicht unterstellen, der Utilitarismus strebe nach Nutzen im formalen Sinn. Es ist und war, soweit ersehen, nie der Fall. Schon Bentham wich, um Irrtümern der Art vorzubeugen, von seiner anfänglichen Bezeichnung für das folgenethische Grundprinzip als Nutzenprinzip (*principle of utility*) ab und bezeichnete dieses Grundprinzip dann als Prinzip des grössten Glücks (*greatest happiness [felicity] principle*).[1138]

---

naturalistic nor a fallacy" (Parfit, On What Matters, Vol. I., 465 [Fn. zu Kap. 36, 247]).

1135 Nietzsche, Aus dem Nachlaß der Achtzigerjahre, in: ders., Werke in drei Bänden, München 1954, Bd. III, 864–914, 875, N. 27.

1136 Arendt, Vita activa, 182 f., m.H. ebenfalls auf Lessing, der gefragt haben soll, was der Nutzen des Nutzens sei.

1137 Russell, Writings, Kap. 43, 337: „If human life is not to become dusty and uninteresting, it is important to realize that there are things that have a value which is quite independent of utility. What is useful is useful because it is a means to something else, and the something else, if it is not in turn merely a means must be valued for its own sake, for otherwise the usefulness is illusory."

1138 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20, Anm. 1 zu Kap. 15 (1822): „To this denomination [*principle of utility*] has of late been added, or substituted, the greatest happiness or greatest felicity principle: […] The word utility does not so clearly point to the ideas of pleasure and pain as the words happiness and felicity do: nor does it lead us to the consideration of the number, of the interests affected; […] This want of a sufficiently manifest connexion

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Folgenethische Theorien sind in aller Regel substanzielle Theorien der Gerechtigkeit.[1139] Als gerecht oder richtig gilt nicht einfach nur das Bewirken eines rein formalen Guten („Nützlichkeit"). Das Gute, das maximiert werden soll, wird mit Blick auf die Lebensrealität der Menschen zumindest abstrakt material definiert. Man kann dabei das Gute erkenntnisoffen definieren und Begriffe verwenden, die sich erst nach und nach auf Basis empirischer Erkenntnisse mit konkretem Sinn füllen lassen.[1140] Ein solcher Begriff ist jener der Lebensdienlichkeit.[1141] Lebensdienlich ist, was zum Erhalt, zur Schaffung oder Förderung der für ein befriedigendes Leben erforderlichen Lebensqualität beiträgt. Der Begriff der Lebensqualität spricht das zu optimierende Zielgut an, jener der Lebensdienlichkeit das diesen Zweck umfassende Grundgebot. Er bezeichnet evidente Elemente des Wohlbefindens, die sich etwa aus Erkenntnissen der Medizin ergeben. Zudem kann man provisorisch als der Lebensqualität mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zuträglich auch ansehen, was derzeit nur vermutungsweise gut ist; etwa Religionsunterricht an öffentlichen Schulen. Kurz: Der substanzielle Begriff des Guten muss nicht im Detail empirisch erfasst sein. Wichtiger ist, dass er empirisch erfassbar und falsifizierbar ist.

Beide Begriffe – Lebensdienlichkeit und Lebensqualität – lassen sich mit Blick auf menschliche Grundbedürfnisse konkretisieren.[1142] Hierzu kann man auf Untersuchungen Maslows zur menschlichen Motivation aufbauen.[1143] Dessen Forschung legt die Reihenfolge dar, in der der Mensch seine Grundbedürfnisse zu befriedigen neigt.[1144] Für Maslow sind Grundfreiheiten eine Bedingung der Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse, nicht aber eigentliche Zwecke an sich.[1145] Als moralisch gut, weil lebens-

---

between the ideas of happiness and pleasure on the one hand, and the idea of utility on the other, I have every now and then found operating, and with but too much efficiency, as a bar to the acceptance, that might otherwise have been given, to this principle."

1139 Tschentscher, Prozedurale Theorien, 153; Nussbaum, Grenzen, 460.

1140 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 104 m.H.

1141 Ausführlich hinten, Teil 3, E.I.2 – 3.

1142 Vgl. Nussbaum, Capabilities, 41 f.; Singer, Praktische Ethik, 77–81 zur Frage, ob Menschen nach ihren Bedürfnissen statt nach ererbten Fähigkeiten entlohnt werden sollten.

1143 Vertieft dazu unten, Teil 3, E.I.4.

1144 Siehe insb. Maslow, Human Motivation, passim; ders., Motivation and Personality, passim; ders., Psychology of Being, passim.

1145 Maslow, Human Motivation, 23: „There are certain conditions which are immediate prerequisites for the basic need satisfactions. […] Such conditions as freedom to speak, freedom to do what one wishes so long as no harm is done

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dienlich, müssen jedenfalls jene Handlungen gelten, die dazu beitragen, die wichtigsten Bedürfnisse zu befriedigen.

3. Unterschiedliche Bezeichnungen für denselben Typ Theorie

Konsequentialismus ist ein auch hierin verwendetes Synonym für Folgenethik. Unter Utilitarismus versteht man typischerweise einen Untertyp folgenethischer Theorien.[1146] Oft werden die bekannten Klassiker der Folgenethik (Bentham, Mill, Sidgwick) als Utilitaristen bezeichnet.[1147] Auch der Utilitarismus begreift Handlungen als gerecht, die das für jeden Einzelnen Gute gesamthaft maximieren, ohne das Wohlbefinden jener Personen, die als Teil einer Vielzahl auf einer Konfliktseite nicht als Einzelpersonen auffallen, geringer zu schätzen als das Wohl der einzeln betroffenen Personen.[1148] Insofern ist Utilitarismus ebenfalls ein Synonym für Folgenethik.

Ob es Unterschiede gibt, hängt von der Definition ab. Eine solche hier vorzugeben, ergäbe wenig Sinn, weil jeder Vertreter einer konsequentialistischen Theorie letztlich selbst bestimmt – wenn es nicht seine Gegner tun –, wie er die Theorie bezeichnet haben möchte. Der Grund, die Folgenethik nicht Utilitarismus zu nennen, ist vorliegend der Folgende: Die Bezeichnung einer Theorie als Utilitarismus und die Rhetorik der Nützlichkeit dienen nicht der Akzeptanz der Theorie. Dies ist jedenfalls der Eindruck des Verfassers in Bezug auf rechtsethische Debatten in Mitteleuropa. Der Intuition vieler Menschen behagt die Vorstellung kaum, moralisches Handeln müsse stets „nützlich" sein. In der Alltagssprache ist es nicht üblich, alle guten und wertvollen Dinge als nützlich zu bezeichnen. Eine sich selbst reinigende Kaffeemaschine mag nützlich sein – Freundschaft, Vertrauen, Liebe, Geduld, Glück, Wohlwollen, Erkenntnis, Solidarität und dergleichen nennt man aber in der Regel nicht nützlich (wer eine Freundschaft als nützlich bezeichnet, verdient Misstrauen). Aus diesem Grund wird vorliegend selten von Utilitarismus die Rede sein; Aus-

---

to others, freedom to express one's self, freedom to investigate and seek information, freedom to defend one's self, justice, fairness, honesty, orderliness in the group are examples of such preconditions for basic need satisfactions. […] These conditions are not ends in themselves but they are almost so since they are so closely related to the basic needs, which are apparently the only ends in themselves."

1146 Sen, Justice, 217; Horster, Postchristliche Moral, 288 Fn. 6 m.H.

1147 Siehe etwa Mahlmann, Rechtsphilosophie, 157.

1148 Mannino/Vollmer/Pulver, Stellungnahme.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nahmen haben ihre (ebenfalls sprachlichen) Gründe: Den Frühutilitaristen könnte man anders (Frühfolgenethiker, Frühkonsequentialist) kaum lesen und sprechen; und Regelutilitarismus ist immerhin als Wort nötig, soll „Regelkonsequentialismus" nicht den Leser vergrämen (was hier, wo ihm bereits die Länge der Arbeit zugemutet, unfreundlich wäre).

Die teleologische Ethik bezeichnet alle ergebnisorientierten Gerechtigkeitstheorien; die Bezeichnung passt somit auch für Gerechtigkeitsansätze, die festgelegte Werte (z.B. Verfassungsrechte) unabhängig von der substanziellen Begründbarkeit dieser Werte optimieren wollen.

II Variationen

1. Ursprünge der Folgenethik

a. Griechische Antike

Schon unter den Vorsokratikern finden sich frühe Folgenethiker: Demokrit[1149], Leucipp[1150], Antiphon[1151] und der sogenannte Anonymus Iamblichi[1152] folgerten aus Beobachtungen der menschlichen Natur, Gesellschaft und Psychologie auf Regeln des guten Lebens; die Legitimität der Gesetze hing von ihrer Eignung ab, zum Wohl des Einzelnen (vgl. Antiphon[1153]) und jenem der Gemeinschaft (so Anonymus[1154]) besser beizutragen, als es der Einzelne selbst könnte. Nur ein Staat, der das Wohl und die Freiheit

1149 Dazu Russell, History, 78: „In ethics he [Demokrit] considered cheerfulness the goal of life, and regarded moderation and culture as the best means to it."

1150 Dazu Russell, History, 71 ff.

1151 Antiphon, in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 197 N. 17 Fr. B: „Wenn man es recht bedenkt, sind also die Dinge, die Schmerz bereiten, der Natur keineswegs förderlicher als die, die Freude bereiten. Keineswegs zuträglicher dürfte also auch das Unangenehme sein als das Angenehme; denn was wirklich zuträglich ist, darf nicht schaden, sondern muss nützen."

1152 Anonymus (dessen „Name" daher rührt, dass der keiner bekannten Person zugeordnete Philosoph von Iamblichus zitiert wird), in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 335–341 N. 6–7; ebd., 331 N. 3 Ziff. 3: „wer den meisten von Nutzen ist"; Waterfield, First Philosophers, 300 ff.; SAndrew T. Cole Jr., The Anonymus Iamblichi and His Place in Greek Political Theory, in: Harvard Studies in Classical Philology, 1961 (65), 127–163.

1153 Antiphon, in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 195 ff. N. 17–18.

1154 Anonymus, in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 335 N. 6, 337 N. 7; vgl. Waterfield, First Philosophers, 301 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aller Mitglieder der Gemeinschaft fördert, verhindert die Usurpation der Herrschaft durch Despoten, die besonders dann droht, wenn geltende Gesetze nicht im Interesse der Gemeinschaft sind (und die Masse sich daher nicht gegen den Despoten wehrt).[1155]

Nach Sokrates erhob Epikur das Glücksstreben des Einzelnen zum Leitprinzip und vertrat die Ansicht, das natürliche Recht sei ein Utilitätsvertrag, des Inhalts, dass man sich nicht gegenseitig schädige.[1156] Auch Aristoteles lässt sich den Folgenethikern zuschlagen. Er ging von der sozialen Natur des Menschen aus und setzte Glückseligkeit (*eudaimonia*) in den Fokus der teleologischen Gerechtigkeitskonzeption.[1157] Auf ihn geht zurück, dass Folgenethik auch als eudämonistische Ethik bezeichnet wird.[1158]

b. Spinoza und Montesquieu

Erste Spuren der modernen Folgenethik[1159] finden wir, den bereits zitierten Hobbes ausblendend[1160], bei Spinoza. Dessen Kurzdefinition des Guten lautet: „Unter gut verstehe ich das, wovon wir gewiß wissen, daß es uns nützlich ist."[1161] Das Schlechte sei das, wovon wir mit Bestimmtheit wüssten, dass es uns daran hindert, irgendeines Guten teilhaftig zu werden.[1162] Ausführlicher:

> „Was das Gute und Böse betrifft, so bedeutet auch dies nichts Positives in den Dingen, nämlich wenn man sie an sich betrachtet, sondern es sind nur Modi des Denkens oder Begriffe, die wir daraus bilden, daß

1155 Vgl. Anonymus, in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 341 N. 7.

1156 Zu Epikurs „Utilitarismus" vgl. J. Armstrong, Epicurean Justice, in: Phronesis, Nr. 42, 1997, 324 ff.; Russell, History, 230 ff.; Dubois, Selbsterziehung, 64–65.

1157 Höffe, Aristoteles. Nikomachische Ethik, 13 ff., N. 1094a.

1158 So etwa bei Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 17; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 56 ff. zum aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff, und ebd. 152 ff. zu den Theorien der aristotelischen Grundposition (dies als Synonym für teleologische Ethiken).

1159 Siehe zu den Ursprüngen der Folgenethik auch Kley, Teleologische und deontologische Ethik, 57–60, der Okham als einen frühen Utilitaristen identifiziert.

1160 Zu den folgenethischen Elementen in der Theorie Hobbes' siehe oben, Teil 3, C.II.1.

1161 Spinoza, Ethik, Teil 4, Definition 1, 212.

1162 Spinoza, Ethik, Teil 4, Definition 2, 212.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> wir die Dinge miteinander vergleichen. Denn ein und dasselbe Ding kann zu derselben Zeit gut und böse und auch indifferent sein. Die Musik z.B. ist für den Mißmutigen gut, für den Trauernden böse, für den Tauben aber weder gut noch böse. Obgleich sich aber die Sache so verhält, müssen wir doch diese Wörter beibehalten. [...] Unter gut werde ich also in der Folge das verstehen, wovon wir gewiß wissen, daß es ein Mittel ist, uns dem Urbilde der menschlichen Natur [...] mehr und mehr zu nähern".[1163]

Spinoza stellt klar, dass das Gute nicht auf ein idealistisches, fiktives „Urbild" ausgerichtet ist; gut ist, was die eigene, innere Veranlagung zur Geltung bringt. Was gut ist, hilft, im Einklang mit der eigenen Natur und nach den Bedürfnissen der eigenen Natur zu leben. Das setze die Erweiterung des Tätigkeitsvermögens voraus, also der Freiheit, nach innerem Anlass zu handeln (nicht nur nach äusseren Impulsen).[1164]

In willkürlicher Kürze sei darauf verwiesen, dass auch der grosse Montesquieu tiefe Spuren einer Folgenethik in seiner Philosophie enthielt, etwa in der Einsicht, ungerechte Normen zeichneten sich dadurch aus, dass sie gewissen Personen klar zum Nachteil gereichten, ohne geeignet zu sein, den gleichen Personen zu nützen („injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile"[1165]).[1166]

1163 Spinoza, Ethik, Teil 4, Vorrede, 210 f.

1164 Spinoza, Ethik, Teil 4, Vorrede, 211: „[W]enn ich sage, jemand gehe von geringerer zu größerer Vollkommenheit über und umgekehrt, ich darunter nicht verstehe, daß er aus *einem* Wesen oder aus *einer* Form in eine andere verwandelt wird […], sondern vielmehr, daß wir sein Tätigkeitsvermögen, insofern es aus seiner eigenen Natur erkannt wird, als vermehrt oder vermindert begreifen."; hier klingt schon Nietzsches „Du sollst der werden, der du bist" an (Nietzsche, Fröhliche Wissenschaft, 3. Buch, N. 270).

1165 Montesquieu, Pensées, N. 174, 187: „injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile".

1166 Vgl. zudem Montesquieu, Pensées, N. 174, 184–187 (Kritik der Sklaverei), 186: „la loi de l'esclavage n'a jamais pu lui être utile, elle est dans tous les cas contre lui sans être jamais pour lui, ce qui est contre le principe fondamental de toutes les sociétés", 187: „ces droits si barbares et si odieux ne sont point nécessaires pour la conservation du genre humain; ils sont donc injustes"; ebd., N. 815, 208: „[T]oute peine qui ne dérive point de la nécessité est tyrannique. […] toute loi inutile est une loi tyrannique"; vgl. N. 408, 64; N. 464, 66; N. 547, 69; N. 1796, 171 (zu den Problemen der Todesstrafe).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Radikale französische Aufklärung (und Beccaria)

Spinoza und Montesquieu hatten beide einen erheblichen Einfluss auf Vertreter der „radikalen französischen Aufklärung", zu der einige jedenfalls zu dieser Zeit einflussreiche Persönlichkeiten zählen (Diderot, Helvétius, Holbach), nicht aber jene Figuren, die man heute gemeinhin als grosse Vertreter der „französischen" Aufklärung ansieht (Rousseau, Voltaire). Diese Aufklärung war insofern „radikal", als dass sie in vielen Belangen sehr konsequent war; sie lehnte den religiösen Glauben als Wissensquelle, die Monarchie als Fundament der Gesellschaftsform strikt ab; sie war in gesellschaftspolitischen Fragen ihrer Zeit nicht selten voraus: Wenn so etwas wie Diskussionen über Frauenrechte zur Zeit der Aufklärung stattfanden, dann in den Salons und Schriften der radikalen französischen Aufklärer.[1167] Gleiches gilt für Ansätze einer Tierethik.[1168]

Dass die Radikalaufklärung fast vergessen ging, liegt nicht an der Qualität der Theorien, sondern an den Geschicken der Zeit und den Präferenzen der Machthaber: Robespierre und Napoleon misstrauten Helvétius' Philosophie; Rousseau war ihnen dagegen eher nützlich – und jedenfalls Robespierre und Saint-Just waren von Rousseau begeistert.[1169] Wozu auch nicht? Jemand musste sich zum grossen Lenker und Deuter der *Volonté générale*, die das Volk selbst nicht artikulieren könnte, berufen fühlen.[1170]

1167 Dazu Haller, Die Ungläubigen, 94; Onfray, Les ultras, 26; siehe etwa Helvétius, De l'Esprit, pos. 2388/7510: „de perfectionner l'éducation des femmes, de donner plus de hauteur à leur âme, plus d'étendue à leur esprit" ; Diderot, Jacques le Fataliste, 606: „Un homme en poignarde un autre pour un geste, pour un démenti; et il ne serait pas permis à une honnête femme perdue, déshonorée, trahie, de jeter le traître entre les bras d'une courtisane?" (Binnenerzählung über das Leben der *Mme de la Pommeraye*); in dieser Hinsicht weniger progressiv: Voltaire, Rousseau und Kant (vgl. Haller, Die Ungläubigen, 82 ff.; Onfray, Les ultras, 21 f. und 25 f.).

1168 Vgl. Papaux, Droits de l'homme et protection de l'environnement, 384; zur Illustration Diderot, Encyclopédie: Droit naturel, 259: „Si les animaux étaient d'un ordre à peu près égal au nôtre, s'il y avait des moyens sûrs de communication entre eux et nous, s'ils pouvaient nous transmettre évidemment leurs sentiments et leurs pensées et connaître les nôtres avec la même évidence, en un mot s'ils pouvaient voter dans une assemblée générale, il faudrait les y appeler".

1169 Sturma, Rousseau, 185 f.

1170 Onfray, Les ultras, 218–219; Blom, Böse Philosophen, 14 und 18–23; Russell, History, 623: „[Rousseau is] the inventor of the political philosophy of pseudo-democratic dictatorships as opposed to traditional absolute monarchies.", und: „Hitler is an outcome of Rousseau"; vgl. Haller, Die Ungläubigen, 95;

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einige der Radikalaufklärer (Helvétius, Holbach und der hier nicht behandelte Maupertuis) entwarfen erste folgenethische Gerechtigkeitstheorien.[1171] Als Quelle der Erkenntnis stand für sie stets die Erfahrung im Vordergrund, auch in moralischen Belangen.[1172]

Für Helvétius war Rationalität im moralischen Urteilen eine Frage der natürlichen Interessen, des Empfindens der Menschen.[1173] Die Folgen bestimmen den Wert der Handlungen; das Gute bestimmt sich nie absolut, sondern stets im Verhältnis zum (weit verstandenen[1174]) Nützlichen.[1175] Wie Onfray aufzeigt[1176], steht Helvétius' empiristische, sensualistische und frühutilitaristische Moralphilosophie im krassen Gegensatz zur kantischen Moralkonzeption: Helvétius erblickt das Kriterium des Guten im

---

ferner (aber weit weniger Rousseau-kritisch) J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 41.

1171 Haller, Die Ungläubigen, 93–96; Blom, Böse Philosophen, *passim*; siehe ferner Pierre Hermand, Les idées morales de Diderot, 1972; Georgi W. Plechanow, Beiträge zur Geschichte des Materialismus, Berlin 1946, 10 f.

1172 Vgl. Blom, Böse Philosophen, 205.

1173 Helvétius, De l'Esprit, pos. 528/7511: „l'intérêt préside à tous nos jugements" ; ebd., pos. 536/7511: „Il seroit en effet bien singulier que l'intérêt général eût mis le prix aux différentes actions des hommes; qu'il leur eût donné les noms de vertueuses, de vicieuses ou de permises, selon qu'elles étoient utiles, nuisibles ou indifférentes au public; et que ce même intérêt n'eût pas été l'unique dispensateur de l'estime ou du mépris attaché aux idées des hommes" und pos. 610/7511: „Car enfin on obéit toujours à son intérêt; et de-là l'injustice de tous nos jugements, et ces noms de juste et d'injuste prodigués à la même action, relativement à l'avantage ou au désavantage que chacun en reçoit."

1174 Vgl. Helvétius, De l'Esprit, pos. 536/7511: „Les idées utiles: et prenant cette expression dans le sens le plus étendu, j'entends, par ce mot, toute idée propre à nous instruire ou à nous amuser."

1175 Onfray, Les ultras, 201, 204 f.; vgl. Helvétius, De l'Esprit, pos. 129/7511: „et que cet homme sache encore qu'une action est plus ou moins mauvaise, selon qu'elle nuit plus ou moins au bonheur de la société".

1176 Siehe Onfray, Les ultras, 167–219, insb. 200–201: „Tout oppose les deux hommes sur le plan théorique: Helvétius propose une psychologie cynique, une anthropologie tragique, il voit l'homme tel qu'il est, attiré par le plaisir, motivé par le seul intérêt, conduit par le tropisme des bénéfices escomptés ; Kant s'inscrit dans la logique chrétienne d'un homme marqué par le péché originel – le 'mal radical' de la Religion dans les limites de la simple raison – et tient pour une philosophie qui propose un salut via les vertus judéo-chrétiennes laïcisées, sécularisées et formulées dans le patois philosophique de l'idéalisme allemand. […] Helvétius laïque, Kant chrétien ; De l'esprit enseigne l'inexistance d'actions moralement désintéressées, la Métaphysique des mœurs définit la moralité comme l'action produite sans qu'un gramme d'intérêt s'y mêle").

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nutzen einer Sache für das sinnliche Erleben der Menschen.[1177] Zudem sind für Helvétius Tugenden, wenn sie zwecklos sind und nichts zum *bonheur public* beitragen, blosse Tugenden im Vorurteil (*vertus de préjugés*).[1178] Statt Leidenschaften aus der Moral zu bannen, schätzt er sie als Kräfte, die zur Tugend animieren können; wer die Leidenschaft verliert, werde dumm.[1179] Intrinsische, unhinterfragbare Werte erkennt Helvétius keine; nichts läge ihm ferner, als das Unbeweisbare durch Postulate zu überwinden.[1180] Dies stand der Fortschrittlichkeit seiner Theorie nicht im Weg: Man findet man bei Helvétius einen für die Zeit ausgeprägten Sinn für Gleichberechtigung, der Fremde und Frauen einschliesst.[1181]

Holbach, Frühutilitarist, entschiedener Atheist und Materialist, definierte das Richtige ebenfalls wirkungsorientiert.[1182] Auch Holbach hat

---

1177 Helvétius, De l'Esprit, Kap. II.24, pos. 2741/7511: „que la sensibilité physique a produit en nous l'amour du plaisir et la haine de la douleur ; que le plaisir et la douleur ont ensuite déposé et fait éclorre dans tous les coeurs le germe de l'amour de soi, dont le développement a donné naissance aux passions, d'où sont sortis tous nos vices et toutes nos vertus".

1178 Helvétius, De l'Esprit, Kap. II.14, pos. 1658/7511: „Je donne le nom de *vertus de préjugé* à toutes celles dont l'observation exacte ne contribue en rien au bonheur public; telles sont la chasteté des vestales et les austérités de ces fakirs insensés dont l'Inde est peuplée; vertus qui, souvent indifférentes et mêmes nuisibles à l'état, font le supplice de ceux qui s'y vouent."

1179 Helvétius, De l'Esprit, Kap. III.8, pos. 3612/7511: „On devient stupide dès qu'on cesse d'être passionné"; dazu auch Onfray, Les ultras, 203; vgl. auch Diderot, Réponse à Mme Riccoboni, in: Œuvres, 1292: „j'ai mieux [que de l'esprit]: de la simplicité, de la vérité, de la chaleur dans l'âme, une tête qui s'allume, de la pente à l'enthousiasme, l'amour du bon, du vrai et du beau, une disposition facile à sourire, à admirer, à m'indigner, à compatir, à pleurer. Je sais aussi m'aliéner ; talent sans lequel on ne fait rien qui vaille"; ders., Le neveu de Rameau, 403: „[R]egardons la chose du côté vraiment intéressant; oublions pour un moment le point que nous occupons dans l'espace et dans la durée, et étendons notre vue sur les siècles à venir, les régions les plus éloignées et les peuples à naître. Songeons au bien de notre espèce; si nous ne sommes pas assez généreux, pardonnons au moins à la nature d'avoir été plus sage que nous." ; zu Diderot vertiefend und m.H. auf das erste Zitat: Blom, Böse Philosophen, 53.

1180 Vgl. Onfray, Les ultras, 201.

1181 Vgl. Helvétius, De l'Esprit, Kap. II.21, pos. 2407/7511: Die gegenseitige Verachtung der Völker sei der Eitelkeit geschuldet; ebd., II, Kap. 15, pos. 1812/7511: „Qu'espérer de tant de déclamations contre la fausseté des femmes, si ce vice est l'effet nécessaire d'une contradiction entre les desirs de la nature et les sentiments que, par les loix et la décence, les femmes sont contraintes d'affecter?"; vgl. Onfray, Les ultras, 26.

1182 Siehe Onfray, Les ultras, 223 und 252–253.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nichts mit populären Karikaturen des Utilitarismus zu tun, dem es um blinde Maximierung eines eingeschränkt gedachten Guten gehe. Das Ziel der Moral beschreibt er vielmehr folgendermassen: „Procurer à l'homme une félicité durable que rien ne puisse altérer, et lier cette félicité à celle des êtres avec lesquels il vit".[1183] Erstrebenswert ist die nachhaltige Glückseligkeit eines Lebens im Einklang mit den Menschen, mit denen man lebt – nicht die Anhäufung flüchtiger Glücksmomente.[1184] Daran ändert nichts, dass das Motiv der Moral bei Holbach die Selbstliebe ist: Holbach ist (wie schon Spinoza und Montesquieu[1185]) der Ansicht, Selbstliebe nötige nicht zu gemeinschädlichem Verhalten.[1186] Tugend sei die Förderung des eigenen Wohles durch Förderung des Wohles Anderer; die wahre Moral und die wahre Tugend gingen mit dem Interesse des Menschen Hand in Hand, da dies die Bedingung aller Glückseligkeit sei.[1187]

Beccaria, ein Freund der radikalen französischen Aufklärer, setzte sich für die Modernisierung des Strafwesens ein. Seine hierzu verfasste Schrift, *Dei delitti e delle pene*, trug zur Überwindung der Todesstrafe bei (Schweden 1772; Toskana 1786).[1188] Einen erheblichen Einfluss auf Beccaria übte „il grande", „immortale Presidente di" Montesquieu aus.[1189] Beccaria bewunderte die radikalen französischen Aufklärer; nach Erscheinen seines Werks lud ihn Holbach nach Paris ein, wo er an den angeregten Diskursen in dessen Salon teilnahm und auch Diderot traf.[1190] Von Helvétius übernahm er das utilitaristische Kriterium des grössten Guts der grössten Zahl.[1191] Beccarias reformatorischer Einfluss auf das Strafwesen belegt die Leistungskraft folgenethischer Gerechtigkeitstheorien.[1192] Auf

1183 Holbach, La morale universelle, 262; vgl. ebd., 258: Moral sei die Kunst, den Menschen glücklich zu machen, vermöge der Kenntnis und Befolgung von Pflichten.
1184 Holbach, La morale universelle, 260 ff.
1185 Montesquieu, Pensées, N. 464: „[T]el est le bonheur du genre humain que cet amour-propre qui devait dissoudre la société, la fortifie au contraire, et la rend inébranlable".
1186 Holbach, La morale universelle, 264.
1187 Holbach, System der Natur, 295; vgl. Blom, Böse Philosophen, 209.
1188 Blom, Böse Philosophen, 265–273; Naour, Histoire de l'abolition de la peine de mort, 200; Fridell, Capital punishment, 88.
1189 Beccaria, Dei delitti e delle pene, Kap. 2 (bzw. Einleitung).
1190 Blom, Böse Philosophen, 265–273; vgl. Spellman, Western Political Thought, 104.
1191 Francioni, Beccaria filosofo utilitarista, 69–74; vgl. Hemmens/Tibbetts, Criminological Theory, 86; Spellman, Western Political Thought, 104.
1192 Francioni, Beccaria filosofo utilitarista, 69–87.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Boden einer retributionistischen (regelethischen) Rechtslehre wäre das nicht möglich gewesen.[1193]

2. Hedonistische Folgenethik

a. Klassische hedonistische Folgenethik

Die hedonistische Folgenethik zielt auf die Vermehrung eines als gut verstandenen Erlebens. Dieses Gute soll möglichst umfassend sein, möglichst andauern und einer grösstmöglichen Zahl zugute kommen. Das zu vermehrende Gute (und das zu mindernde Schlechte) wird in der Regel mit offenen Begriffen wie Glück, Genuss, Freude oder Lust erfasst, die das Erlebenswerte abstrakt benennen und weitgehend konkretisierungsfähig sind.[1194] Der Sinn der Worte geht in der Regel über jenen der Alltagssprache hinaus.[1195] Es gilt, das so oder so benannte Gute in all seinen Aspekten zu maximieren, was implizit auch jeweils die Minimisierung von Unglück und Leid bedeutet. Jeder Mensch ist gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten zur entsprechenden Maximierung beizutragen.[1196]

1193 Kants wenig erfreute Reaktion auf Beccarias Erfolg ist Beleg hierfür: Der „Marchese Beccaria [habe] aus theilnehmender Empfindelei einer affectirten Humanität (*compassibilitas*)" die These der Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe aufgestellt; das Argument, im ursprünglichen Sozialvertrag würde niemand der Todesstrafe zustimmen, sei „Sophisterei und Rechtsverdrehung" – Kant, MdS, AA VI, 334.

1194 Vgl. Onfray, Les ultras, 192 ff.

1195 Vgl. Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 41, 251: „Lust ist unmittelbar nicht schlecht, sondern gut; Unlust hingegen ist unmittelbar schlecht". Der Lustbegriff ist weit gefasst. Er hat mit Freiheitserweiterung zu tun, siehe ebd., *Beweis* zum Lehrsatz 41: „Lust ist […] ein Affekt, wodurch das Tätigkeitsvermögen des Körpers vermehrt oder erweitert wird".

1196 Einige Definitionen bei Parfit, On What Matters, Vol. I, 246: „[Hedonistic Act Utilitarianism]: Everyone ought always to produce, or try to produce, the greatest possible amount of happiness minus suffering."; ders., On What Matters, Vol. III, pos. 301/9360: „According to Hedonistic Act Utilitarianism, or *HAU*, acts are morally right if and only if, or just when, they minimize the net sum of suffering minus happiness."; vgl. ebd., Vol. III, pos. 1461/9360: „HAU: Acts are right if and only if, or just when, these acts minimize the total sum of suffering minus happiness."; ebd., pos. 4272/9360: „Could a claim that used the concept right, then, state a natural, empirically discoverable fact? […] It could well signify a natural, empirically discoverable fact if a ‚fact', in the relevant sense, is a state of affairs that obtains – say, if ethical hedonists are

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der bekannteste klassische Vertreter hedonistischer Folgenethik ist Bentham, der Ethik definiert als Kunst, die Handlungen der Menschen so zu lenken, dass sie den grössten Umfang an Glück all jener Personen erzeugen, deren Interessen infrage stehen.[1197] Die Natur habe die Menschheit unter die Herrschaft von Leid und Freude gestellt, schreibt Bentham.[1198] Diese beiden Gebieter durchdringen das Leben und zeigen auf, was er tun sollte; sie sind Ursache moralischer Werte.[1199] Bentham erblickt in der Dynamik des Strebens nach Freude und Verhinderns von Leid zudem das Prinzip, nach dem sich die gerechte Gesellschaftsordnung auszurichten habe. Diese habe nur einem Zweck zu dienen: das Fundament der Glückseligkeit durch die Hände der Vernunft und des Rechts zu bilden.[1200]

Nebst Bentham zählt vor allem Sidgwick zu den frühen hedonistischen Utilitaristen. Einige Folgenethiker halten Sidgwicks *The Methods of Ethics* für den differenziertesten klassischen Utilitarismus überhaupt.[1201]

b. Folgenethik mit liberalem Schwerpunkt

Manche Folgenethiker legen ein starkes Augenmerk auf die Selbstbestimmung des Menschen und auf Schutz vor Fremdbestimmung. Deren Verständnisse der Gerechtigkeit kann man einem im weiten Sinn hedonistischen Grundtyp zuordnen, solange die Freiheit nicht zum Prinzip erhoben wird, das Gerechtigkeit erst begründet. Das heisst, die Begründung des Guten setzt nach wie vor bei einem abstrakten Betriff des Guten an (z.B. Wohlbefinden), der die Summe der als gut erfahrbaren Zustände bezeichnet. Zusätzlich geht diese Tradition von einer starken *Funktion* der Freiheit aus. Klassischer Vertreter dieser Art Folgenethik ist John Stuart Mill, für den die Freiheit eines Menschen nur zum Schutze anderer eingeschränkt werden darf, nicht aber (paternalistisch) zum vermeintlichen Wohl des

---

right, the state of affairs that obtains of her act's maximizing the expected net pleasure of sentient beings."

1197 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 243: „the art of directing men's action to the production of the greatest possible quantity of happiness, on the part of those whose interest is in view".

1198 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20.

1199 Vgl. Bentham, Principles of Morals and Legislation, 15.

1200 Bentham, Principles of Morals and Legislation, 15.

1201 Singer, Praktische Ethik, 41; Parfit, On What Matters, Vol. I (Preface).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Betroffenen selbst.[1202] Mill meint, der Mensch handle gemeinhin (insgesamt) besser, wenn er auf sich selbst gestellt sei, als wenn die Gesellschaft eingreift. Der Versuch, gesellschaftliche Kontrolle zu üben, drohe andere und grössere Übel zu bewirken.[1203] Freiheit ist somit besonders wertvoll, *weil* ihr Respekt jeweils zu besseren Folgen führt – und dies durchaus im hedonistischen Sinn.[1204] Der Wert der Freiheit ist somit nicht einfach ein blosses Postulat; er ist pragmatischen Erwägungen geschuldet.[1205]

3. Präferenzutilitarismus

Der Präferenzutilitarismus setzt nicht auf das Maximieren von Glück, Freude oder anderer abstrakt als gut beschreibbarer Zustände, sondern an der Verwirklichung von Präferenzen an. Er wurde massgeblich von Harsanyi[1206], Hare[1207] sowie Singer entwickelt und vertreten (wobei Letzterer seine Position revidierte und sich heute eher dem Lager der hedonistischen Utilitaristen zuordnet[1208]). Hiernach werden der Ansatz

---

1202 Mill, On Liberty, 68–69: „[T]he sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection […] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others […]. The only part of the conduct of anyone for which he is amenable to society is that which concerns others. In the part that merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign."

1203 Mill, Über Freiheit, 133.

1204 Vgl. Churchland, Braintrust, 177

1205 Siehe auch Benjamin Constants Werke, die ebenfalls Züge einer liberalen Folgenethik aufweisen: Constant, De l'uniformité, in: Écrits, 164–171; ders., De l'inviolabilité des propriétés, in: Écrits, 441–456; ders., De la liberté religieuse, in: Écrits, 461–482, insb. 462, mit Seitenhieb zu Sozialvertragstheorien à la Rousseau: „Je ne connais aucun système de servitude qui ait consacré des erreurs plus funestes que l'éternelle métaphysique du *Contrat social*."

1206 Harsanyi, Morality, 39–62.

1207 Hare, Moral Thinking, 25 ff. und 87 ff.

1208 Singer, Practical Ethics, passim, mit diversen Stellungnahmen zugunsten des Präferenzutilitarismus (etwa 41) sowie praktische Anwendungsfälle (vgl. 98–482); siehe nun aber ders., Effective Altruism, Kap. 13, 140 f., Fn. 10: „I have become more sympathetic to hedonism rather than preference utilitarianism."; vgl. K. de Lazari-Radek/P. Singer, The Point of View of the Universe, Oxford 2014, Kap. 8, 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und die Gründe kurz dargelegt, derentwegen vorliegend diese Form von Utilitarismus abgelehnt wird.

a. Maximierung der Präferenzverwirklichung

Der Präferenzutilitarist fordert die möglichst umfassende Erfüllung individueller Präferenzen.[1209] Weil der Lebenssinn sich nicht in der Erlangung positiver mentaler Zustände erschöpft, sei statt auf Gefühle und Empfindungen auf Präferenzen abzustellen.[1210] Aber nicht auf beliebige Präferenzen: Harsanyi unterscheidet *(i)* wirkliche von *(ii)* manifesten Präferenzen, wobei Letztere durch die Menschen selbst direkt kundgegeben werden und daher (etwa wegen kognitiver Verzerrungen) irrtumsanfällig sind.[1211] Entscheidend seien die wirklichen Präferenzen, die jemand hätte, der alle faktischen Informationen besässe und stets mit grösster Umsicht alles durchdenken würde.[1212] Präferenzen sind somit das, was der Mensch wollte, wenn er wollte, was er vernünftigerweise wollen müsste.[1213] Das heisst, im Kollisionsfall müsste man zuerst einen Teil der Lösung kennen (die massgebliche Präferenz), um mit ihr die Lösung zu ermitteln.

b. Entweder-oder-Einwand

Wie in der Einigungsethik und in der kantischen Regelethik ist die Ablehnung von Paternalismus auch beim Präferenzutilitarismus ein wichtiger Teil der Prämissen. Letztlich soll jeder seine Präferenzen autonom bestimmen.[1214] Das ist auch der Punkt, an welchem der erste Einwand gegen den Präferenzutilitarismus einsetzt. Hedonistische Folgenethiker können nämlich sagen, aus der Glücksorientierung ergebe sich ohnehin nur im eng begrenzten und überaus vernünftigen Rahmen die Zulässigkeit von

---

1209 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 461.
1210 Vgl. Harsanyi, Morality, 54.
1211 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 464 f.
1212 Harsanyi, Morality, 55.
1213 Kritisch auch: Brandt, Objections, 56.
1214 Harsanyi, Morality, 55: „[P]reference utilitarianism is the only form of utilitarianism consistent with the important philosophical principle of preference autonomy. By this I mean the principle that, in deciding what is good and what is bad for a given individual, the ultimate criterion can only be his own wants and his own preferences."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Fremdbestimmung" (etwa zur Verhinderung der Selbsttötung im Affekt), da Freiheit und Selbstbestimmung wichtige Mittel zur Förderung des Wohls der Menschen seien.[1215] Wenn hierauf der Präferenzutilitarist erwidert, die Autonomie des Menschen sei grundlegend wertvoll, nicht nur unter der Bedingung, dass sie dem Menschen diene, dann stellt er ein inhaltlich ansprechendes, formal aber unbeweisbares und damit deontologisches Postulat auf. Das heisst, er begründet nicht und seine Theorie ist aus den Gründen zurückzuweisen, aus denen man die Deontologie zurückweisen muss.[1216]

Inwieweit man den Präferenzutilitarismus ablehnen sollte, hängt aber wesentlich von seiner Definition ab.[1217] Man kann die wirklichen Präferenzen so definieren, dass am Ende alle Faktoren des Guten so erfasst werden, wie sie auch ein hedonistischer Folgenethiker erfassen würde. Dann ist der Präferenzutilitarismus nicht zurückzuweisen. Wenn aber erst aus materiellen Korrekturen am Präferenzbegriff ein plausibles Verständnis des zu maximierenden Guten resultiert, das man auch direkt mit einem „hedonistischen" Verständnis der Gerechtigkeit hätte erfassen können, ist der Präferenzutilitarismus obsolet.[1218]

c. Einwand der präferenzunabhängigen entscheidenden Gründe

Präferenzen besonders sozialschädlicher Art (z.B. die Präferenz des Triebtäters, jemanden zu ermorden) will Harsanyi a priori nicht als moralisch massgeblich in Erwägung ziehen.[1219] Die Ausklammerung solcher Präfe-

---

1215 So Brandt, Objections, 57: „[I]t is important for happiness in the long-run that people should be secured in the direction of their own lives, both because this freedom is significant for growth in personal decision-making, and because people like to feel they can make their own decisions."

1216 Siehe oben, Teil 3, B.III.1, 3 und 8.

1217 Ihn neben dem hedonistischen Verständnis zulassend: Tomasik, Hedonistic vs. Preference Utilitarianism, passim.

1218 Vgl. Brandt, Objections, 52 ff.

1219 Harsanyi, Morality, 56; gegen einen A-priori-Ausschluss dagegen: Hare, Moral Thinking, 130 ff.; zumindest im hedonistischen Utilitarismus ist der Ausschluss nicht nötig, weil die Folgenrechnung kaum zur Nobilitierung des Auslebens solcher Präferenzen auf Kosten anderer führen dürfte: vgl. Parfit, Reasons and Persons, 389, kritisch zum Utilitätsmonster-Argument Nozicks, das eine unmögliche Situation voraussetze; zum Argument Nozick, Anarchy, 41: „Utilitarian theory is embarrassed by the possibility of utility monsters who get enormously greater sums of utility from any sacrifice of others than these

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

renzen zeigt, dass der Präferenzutilitarismus Gerechtigkeit nicht konsequent auf Basis des Prinzips der präferenzorientierten Folgenoptimierung begründet. Die Präferenzen bilden nur deklaratorisch die Basis der Gerechtigkeitsbegründung, de facto muss man oft vom Primat der Präferenzen abweichen, weil mehrere Präferenzen gegeben oder (als wirkliche Präferenzen) denkbar sind und ein anderes Prinzip die Vorzugswürdigkeit einer Präferenz bestimmen muss.

Würde man hingegen keine Präferenzen ausschliessen und vorurteilsfrei einfach auf alle feststellbaren Präferenzen abstellen, wären die Ergebnisse wohl unhaltbar: Man könnte einen unbekannten erwachsenen Menschen kaum vom Sprung von der Brücke abhalten, weil man nur Indizien auf seinen fehlenden Lebenswillen hätte. Auch stiesse man sich an den zu bescheidenen Präferenzen von Personen, die sich an krasse Benachteiligungen und an Unterdrückung gewöhnten.[1220] Die Anpassung an solche Umstände würde zum Anlass, bestehende krasse Benachteiligungen nicht als Gerechtigkeitsproblem aufzufassen.

Eine Lösung der Probleme irrationaler temporärer Präferenzen oder der Anpassung an widrige Umstände besteht darin, das Individuum in der Zeitachse seines Lebens als mehrere Personen anzusehen und die hypothetischen Präferenzen der künftigen Person (die leben wollte bzw. nicht unterdrückt wäre) gegen die gegenwärtigen Präferenzen dieser Person abzuwägen.[1221] Das öffnet eine Argumentationsbasis für offensichtlich legitime Interventionen gegen selbstschädigendes Tun oder adaptives Akzeptieren widriger Umstände.

Allein, dabei operierte man mit hypothetischen Präferenzen und somit mit einem objektiven Zugang zu den substanziellen Interessen der Betroffenen, wie man es beim hedonistischen Utilitarismus täte. Der Präferenzutilitarismus hätte dagegen Mühe, gewisse Konflikte auf Basis seines Prinzips zu lösen: Warum sollte der Präferenzutilitarist den Sadisten, dessen authentische Präferenz es ist, zu quälen, nicht gewähren lassen? Intuitiv empfindet man gute Gründe, hier gewisse Grenzen zu setzen. Präferenzutilitaristen (oder Einigungsethiker und Anhänger einer autonomiebasierten Deontologie) erlauben die Intervention nicht um der naheliegenden

---

others lose […] the theory seems to require that we all be sacrificed in the monster's maw, in order to increase total utility".

1220 Nussbaum, Grenzen, 108–109 und 464–465.

1221 So Tomasik, Hedonistic vs. Preference Utilitarianism: „Utilitarianism counts the preferences of all organisms, not just those existing right now, so we need to weigh your current self's preference for quick relief against your future selves' preference to not live with AIDS."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhinderung unnötigen Leides willen, sondern mit dem Argument der freien Selbstbestimmung: Sadistisches Treiben wird unterbunden, weil es die Autonomie der Opfer verletzt (oder weil man gar nicht „wirklich" wollen kann, andere zu quälen). Das aber trifft beides nicht zu; selbst das Opfer kann sich aus subjektiv vernünftigen Gründen freiwillig der sadistischen Behandlung ausliefern: um zu spüren, dass es lebt; um der Ödnis des Daseins zu entrinnen; um ein anderes Leid aus seinen Gedanken zu treiben; vielleicht gar aus genuiner Lust.

Tritt der Staat von aussen heran und mutmasst, es geschehe etwas, das der vernünftige Mensch nicht wirklich wollen könne, tut er das, was er dem Sadisten gerade vorwerfen will: fremdbestimmen. Wenn die Verhinderung von Sadismus Fremdbestimmung ist, fragt sich, wonach sich entscheidet, ob man fremdbestimmend mutmassliche Fremdbestimmung unterbinden darf. Hier lauert ein Widerspruch: Feiert eine Gerechtigkeitstheorie die Autonomie des Menschen als höchstes Gut, wirkt es unglaubwürdig, wenn sie ausgerechnet in besonders sensiblen Fällen die „richtigen" Präferenzen verbindlich vorgeben will.

Der über diese Frage richtende Grund muss unabhängig von den Präferenzen sein. Hieran zeigt sich, was schon vorne in der Kritik der Einigungsethik festgestellt wurde.[1222] Das Prinzip der Nichtschädigung (und der Lebensdienlichkeit) geht dem tatsächlichen Willen vor.[1223] Deshalb dürfen schwere Formen von Sadismus unterbunden werden.

d. Problem präferenzloser Zustände

Es ist möglich, dass jemand lebt, aber keine Präferenzen hat: Wird eine bewusstlose Person misshandelt, kann sie die Präferenz (gegen diese Misshandlung), die man ihr zuschreiben will, selbst gar nicht zeitgleich haben. Hier auf Präferenzen abstellen zu wollen, wäre heikel: Strikt genommen müsste man dem Quälenden vor dem Bewusstlosen den Vorrang gewähren, weil überhaupt nur er eine Präferenz hat. Oder aber man müsste die

---

1222 Vorne, Teil 3, C.III.1.

1223 Ähnlich schon Diderot, Encyclopédie: Droit naturel, 257 ff.: Nur weil ein zum Töten neigender Mensch so fair wäre, im Tausch für sein Tötungsrecht den Mitmenschen gleiche Rechte anzubieten (wenn er also bereit wäre, sein Prinzip zur allgemeinen Maxime zu erheben), hiesse dies noch lange nicht, dass man dem für den Tötungswilligen fairen „Vertrag" zustimmen oder ihn für gerecht halten müsste. Entscheidend ist nicht der Wille; ebd., 258: „il est absurde de faire vouloir à d'autres ce qu'on veut".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Präferenzen des Quälenden negativ oder als unecht bewerten, aber dazu bräuchte man wieder ein zusätzliches Kriterium, das über die Qualität und Zulässigkeit der Präferenzen richtete (womit die Präferenz als Letztbegründung ausschiede). Ähnliche Probleme ergeben sich in Bezug auf die Präferenzen von Personen, die aus Altersgründen, wegen einer schweren geistigen Behinderung oder aufgrund einer Sucht urteilsunfähig wären.[1224]

Kurz: In solchen Fällen muss vom Primat der Präferenzen abgewichen werden; zugunsten eines materialen Nichtschädigungsgebots oder eines Gebots, nur gewisse, als vernünftig definierte Präferenzen zu honorieren.

4. Regelutilitarismus als Folgenethik?

Die klassische Folgenethik ist ein Handlungsutilitarismus. Dieser geht von der Relevanz der Folgen von Handlungen zur Bemessung des Guten aus. Richtig (moralisch optimal) ist die Handlung, die sich im Vergleich mit anderen denkbaren Handlungen als vorzugswürdig erweist. Sie muss keineswegs dem Vorgehen entsprechen, das im Regelfall (oder *als* Regelfall) optimal wäre.

Der Regelutilitarismus geht demgegenüber von einer gänzlich anderen Methodik der Bewertung aus. Er stellt auf die Folgen (des Erlasses und der Einhaltung) von Regeln ab. Der Regelutilitarist misst die Richtigkeit einer Handlung daran, ob sie die optimale Regel respektiert. Diese Regel umfasst dabei nicht nur eine Handlung, sondern Handlungstypen und damit eine Vielzahl von Handlungen.[1225] Der Regelutilitarismus nimmt also an, dass die ethische Qualität einer Handlung nicht direkt von den Folgen der einen Handlung abhängt, sondern von den Folgen wiederholter gleicher oder ähnlicher Handlungen in einer Reihe abstrakt bestimmbarer Fälle.

Der Regelutilitarismus geniesst einen guten Ruf. Es gibt Stimmen, die sagen, der Regelutilitarismus habe den Handlungsutilitarismus überwunden.[1226] Ich denke, dies trifft nicht zu; der Regelutilitarismus ist je nach

---

1224 Vgl. Tomasik, Hedonistic vs. Preference Utilitarianism, dort mit einer möglichen Lösung zum Problem suchtbedingter Präferenzen: „[M]y guess is that people who want something without liking it would prefer (meta-want) to not want the thing. For instance, drug addicts who crave an additional hit wish they didn't have those cravings. If meta-preferences can override or at least compete strongly with base-level preferences, the problem should usually go away. “

1225 Vertiefend dazu Parfit, On What Matters, Vol. III, 419.

1226 So Tschentscher, Prozedurale Theorien, 155.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deutung entweder (erste Hypothese) einfach eine Form der Regelethik oder nichts anderes als der anders benannte Handlungsutilitarismus (zweite Hypothese). Im ersten Fall ist er abzulehnen, im zweiten obsolet.

a. Regelutilitarismus als Regelethik?

Das Wort suggeriert, der Regelutilitarismus sei ein Mittelweg zwischen Deontologie und Folgenethik. Doch das ist unmöglich, weil sich die Grundannahmen der Folgen- und der Regelethik widersprechen: Die Folgenethik zeichnet aus, dass sie moralische Bewertungen *nur* auf das bewirkte Gute stützt.[1227] Alle Wertungen müssen mit dem bewirkten künftigen Guten zusammenhängen. Die Folgeneinschätzungen, auf denen die Wahl der folgenoptimierenden Regel im Regelutilitarismus beruht, müssten demnach – ist Regelutilitarismus eine Folgenethik – widerlegbar bleiben. Wo die Umstände des Einzelfalls die Wertungen und Prognosen widerlegen, derentwegen die Regel überhaupt als optimal gilt, darf ein Abweichen von der Regel (in der Folgenethik) nicht absolut untersagt sein. Die erfahrungsabhängige Folgenethik darf Ausnahmen nicht rigoristisch ausschliessen, indem sie vom blossen Postulat (das ein „a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglichkeit [...] fähiger praktischer Imperativ [ist]"[1228]) direkt auf das konkret geltende Gebot schliesst. Keine Folgenethik liegt jedenfalls vor, wenn die Einhaltung von Regeln vorgesehen ist, einzig weil deren Befolgung bessere Folgen bewirkt als die Befolgung anderer Regeln und selbst dann, wenn deren Befolgung nicht zu besseren Folgen führte, als es ein pragmatischer Ansatz mit punktuellen Ausnahmen täte.

Kurz: Die Forderung, Abweichungen von der optimalen Regel seien ungeachtet womöglich besserer Folgen einer nicht-rigoristischen Regelbefolgung nie zulässig, setzt das folgenethische Grundprinzip gänzlich ausser Kraft; es legitimiert Abweichungen vom Gebot, auf das grösste Wohl der grössten Zahl hinzuwirken.[1229] Eine solche Abweichung kann daher kein Mittelweg zwischen Folgenethik und Regelethik ausdrücken, sondern ist ganz und gar Regelethik. Die Regelethik hat nichts gegen gelegentliche Folgenerwägungen; sie zeichnet sich nicht durch den Verzicht auf folgen-

---

1227 Sen, On Ethics and Economics, 75.

1228 Kant, Verkündigung, AA VIII, 418, zum Postulat als „a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglichkeit (mithin auch keines Beweises) fähiger praktischer Imperativ".

1229 Vgl. Sen, On Ethics and Economics, 88, Fn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ethische Erwägungen aus (auf die sie gelegentlich, *faute de mieux*, zurückgreift)[1230], sondern durch den Vorbehalt, wichtige Fragen auf Basis blosser Postulate zu lösen.

b. Regelutilitarismus als Handlungsutilitarismus?

Der Regelutilitarismus ist dort eine Folgenethik, wo die Regelbefolgung pragmatischen Erwägungen (etwa Vorsichtserwägungen) geschuldet ist. Auch Handlungsutilitaristen fragen, ehe sie Regelabweichungen billigen: Stiftet der Regelbruch andere zu Regelbrüchen in heikleren Fällen an? Bewirkt der Regelbruch eine Situation, die das Gesamtwohl stärker belastet, als es der punktuelle Vorteil der Regelabweichung rechtfertigt? Ähnlich müsste der Staat fragen, ehe er von bestehenden Regeln abweicht: Was geschieht mittelfristig, wenn jede allenfalls vorzugswürdig Regelungsalternative sofort umgesetzt, jede prima facie gerechte Ausnahme gebilligt wird? Litte darunter nicht die Glaubwürdigkeit oder Akzeptabilität vernünftiger Gesetzesnormen? Aus solchen Bedenken mag ein Gebot des Festhaltens an durchaus optimierungswürdigen Regeln regelmässig geboten sein. Die Einsicht ist alt. Schon Montesquieu hielt aus pragmatischen Gründen viel vom Festhalten an bewährten Regeln und einem behutsamen Umgang mit der Macht, Normen zu ändern.[1231] Ebenso waren die Frühutilitaristen der Aufklärung strikten Regeln nicht unbedingt abgeneigt.[1232] Für Handlungsutilitaristen ist eine entsprechende Zurückhaltung kein Widerspruch: Der Erlass einer Regel ist eine Handlung; genauso ihre Befolgung und ein jeder Akt ihrer Durchsetzung. Handlungsutilitaristen können folglich

1230 Singer, Praktische Ethik, 355: „Die meisten Nicht-Konsequentialisten sind der Ansicht, dass wir verhüten sollten, was schlecht ist, und fördern, was gut ist. Ihr Streit mit den Konsequentialisten geht darum, dass sie darauf beharren, dies sei nicht das einzige grundlegende ethische Prinzip: dass es *ein* ethisches Prinzip ist, wird von keiner plausiblen ethischen Theorie verneint."; vgl. vorne, Teil 3, B.III.2.

1231 Montesquieu, Pensées, 25 N. 22: „Ce nombre infini de choses qu'un legislateur ordone ou deffend rendent les peuples plus malhureux et non pas plus raisonables il y a peu de choses bonnes peu de mauvaises et une infinite d'indifferentes"; ders., De l'Esprit des lois, Buch VI, Kap. XII, 213 ff.; ebd., Buch II, Kap. III, 104.

1232 Vgl. Diderot, Entretien d'un père, passim, zitiert vorne: Teil 3, B.III.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ohne Widerspruch Regeln erlassen und durchsetzen[1233]; sie können gar Regeln vorsehen, die unbedingte Geltung für sich beanspruchen.[1234]

Umgekehrt können Regeln theoretisch alle vernünftigen Ausnahmen von Beginn an berücksichtigen – durch die einschränkende Definition des Regelfalles oder mittels Ausnahmeregelung. Theoretisch führt die Integration aller nötigen Ausnahmen in die Regel dazu, dass Handlungs- und Regelutilitarismus sich decken und höchst nuancierte Regeln jeden Einzelfall vorwegnehmen. Auch der Erlass einer Regel ist eine Art Handlung, die unter Berücksichtigung all ihrer Folgen handlungsutilitaristisch beurteilt werden kann.

An diesen Überlegungen zeigt sich, dass der Regelutilitarismus als Folgenethik gedacht werden kann; sobald er es wird, begründet er Gerechtigkeit nicht anders als der Handlungsutilitarismus. Er wird damit zur Scheinalternative.[1235]

5. Fähigkeitenansatz als Folgenethik?

a. Folgenethik bei Amartya Sen

Aufmerksamkeit verdient Sens Position zur Folgenethik. In früheren Schriften kritisierte er utilitaristische Ansätze (die er aber nicht gänzlich mit Konsequentialismus bzw. Folgenethik gleichsetzt). Er zielte dabei auf verkürzte Verständnisse des zu optimierenden Guten; solche sah er besonders in Theorien der Wohlfahrtsökonomik, die sich üblicherweise auf utilitaristische Ethiken beruft: Wenn man sich an groben Kriterien wie dem Pro-Kopf-Bruttosozialprodukt orientiere (statt an vielschichtigen Zielwerten – *plural utility*), könne man keine relevanten Gerechtigkeitsaussagen treffen.[1236] Auch gegen den Konsequentialismus im Allgemeinen hegte Sen gewisse Vorbehalte; selbst bei weitem Begriff des Guten könne der Konsequentialismus nicht alle relevanten Gerechtigkeitsbelange um-

---

1233 Vgl. Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20: „The principle here in question may be taken for an act of the mind; a sentiment; a sentiment of approbation; a sentiment which, when applied to an action, approves of ist utility".

1234 Zur Illustration siehe auch oben, Teil 2, C.V.4 – 6.

1235 Quante, Einführung, 135, mit unabhängiger Begründung hierfür; vgl. Lyons, Limits of Utilitarianism, 116 ff. Hare, Presidential Address, 1–18.

1236 Sen, Utilitarianism and Welfarism, 463–489; vgl. ders., Capability Expansion; ders., Justice, 255; Nussbaum, 106.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fassen.[1237] Zum Scheitern verurteilt sei jeder Versuch, das zu maximierende Gute an nur einem Wort festzumachen (*singlefocus consequentialism*).[1238]

Obwohl man auch in Sens früheren Werken keine eindeutige Ablehnung jeder erdenklichen Art von Konsequentialismus findet[1239], äussert sich Sen in jüngeren Beiträgen doch eine klare Nuance Folgenethik-freundlicher. In *The Idea of Justice* lässt er durchblicken, dass der Konsequentialismus in seinen Augen durchaus Gerechtigkeit vollständig begründen kann, wenn nur der Begriff der relevanten Folgen umfassend sei.[1240] Weil Sen es offenbar für strategisch unklug hielte, seine Gerechtigkeitstheorie konsequentialistisch zu nennen – der Begriff sei „unattractive enough to be sensibly bequeathed to anyone who wants to take it away"[1241] –, folgt aus der Tatsache, dass er sich nicht entsprechend einstuft, keineswegs, er sei kein Folgenethiker. Meines Erachtens finden sich in Sens Theorie ganz im Gegenteil alle Merkmale einer (klug konzipierten) Folgenethik: Sen befürwortet ein umfassendes Verständnis der Folgen, das Gefühle, Gewissensbisse oder mittelbaren Auswirkungen des Handelns im privaten und sozialen Lebensraum einschliessen kann.[1242] Er fordert hingegen nicht, Dinge in die Bewertung einzubeziehen, die keinen Kausalbezug zur Handlung aufweisen. In der Gewichtung der Folgen befürwortet Sen einen Ansatz, der Handlungsfolgen in ihrem Lebenskontext beurteilt.[1243] Der Unterschied zu anderen (insb. universalistischen) Formen der Folgenethik liegt besonders in der Berücksichtigung dessen, was man die sozialen Wirkungszusammenhänge menschlichen Handelns nennen kann.[1244] Auf persönliche Bindungen der Person, deren Handeln bewertet wird, darf

---

1237 Sen, On Ethics and Economics, 72 (mit Fn. 14).

1238 Sen, Plural Utility, 78 ff.; ders., On Ethics and Economics, 72, Fn. 14; ders., Utilitarianism and Welfarism, 463–489.

1239 Sen, Utilitarianism and Welfarism, 463: „The intention is to provide a critique of utilitarianism without disputing the acceptability of consequentialism".

1240 Sen, Justice, 215: „[T]he basic idea of a state of affairs can be informationally rich, and take note of all the features that we see as important."

1241 Sen, Justice, 217.

1242 Vgl. Sen, Justice, 215.

1243 Vgl. Sen, Justice, 233: „The capability approach focuses on human life, and not just on some detached objects of convenience, such as incomes or commodities that a person may possess, which are often taken, especially in economic analysis, to be the main criteria of human success."

1244 Sen, Justice, 219: „the perspective of social realizations is a great deal more inclusive than the narrow characterization of states of affairs seen as culmination outcomes"; vgl. ders., On Ethics and Economics, 75: „The intrinsic value of any activity is not an adequate reason for ignoring its instrumental role, and the existence of instrumental relevance is no denial of its intrinsic value".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es ankommen.[1245] Zu berücksichtigen seien nebst aggregierten Handlungsergebnissen (*culmination outcomes*) auch Folgen im umfassenderen Sinn (*comprehensive outcomes*).[1246] Trotz dieser Differenzierung geht Sen von der Vergleichbarkeit (Kommensurabilität) der Werte aus.[1247] Daraus folgt, dass er nicht dem radikalen Relativismus oder Subjektivismus verfällt und keine unanfechtbaren Postulate aufstellen will.

Der Fähigkeitenansatz Sens, zentrales Element seiner Gerechtigkeitstheorie[1248], ist ein durchaus folgenethischer Ansatz: Er ist dem Ziel verschrieben, möglichst vielen Personen zu einem besseren Leben zu verhelfen, indem er sie dazu befähigt, ihr Leben selbständig zu gestalten.[1249] Das ist aber nicht Selbstzweck. Es geht darum, die Fähigkeit zu gewährleisten, im Leben das zu erreichen, was man mit vernünftigen Gründen wertschätzen kann.[1250]

b. Folgenethik bei Martha Nussbaum

Nussbaums Kritik am Utilitarismus[1251] darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihre eigene Gerechtigkeitstheorie mit einer umfassenden Folgenethik weitestgehend kompatibel ist. Denn auch bei Nussbaum zeigt sich eine Nähe des Fähigkeitenansatzes zur ontologischen Folgenethik. Wichtigste Fähigkeit ist jene, sein Leben überhaupt leben zu können – und dies auf zumindest erträgliche Weise.[1252] Danach folgt die Fähigkeit zum körperlich und psychisch unversehrten Leben; später soziale Be-

1245 Vgl. Sen, Justice, 221.
1246 Sen, Justice, 215 und 221.
1247 Sen, On Ethics and Economics, 62 f.; Sen, Justice, 231: „A person's advantage in terms of opportunities is judged to be lower than that of another if she has less capability – less real opportunity – to achieve those things that she has reason to value."
1248 Sen, Justice, 225–319.
1249 Sen, Justice, 235: „The focus of the capability approach is thus not just on what a person actually ends up doing, but also on what she is in fact able to do, whether or not she chooses to make use of that opportunity."; ferner ders., Justice, 114 ff., 174 ff., 208 ff., 253 ff.; vgl. Nussbaum, Grenzen, 104 und 229.
1250 Sen, Justice, 231.
1251 Z.B. Nussbaum, Grenzen, 326; siehe dazu Teil 3, D.III.1.c.
1252 Nussbaum, Capabilities, 41: „Being able to live to the end of a human life of normal length; not dying prematurely, or before one's life is so reduced as to be not worth living."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dürfnisse.[1253] Nussbaums Liste erinnert in vielerlei Hinsicht an Maslows Bedürfnishierarchie.[1254] Zudem steht bei Nussbaum ein Begriff der Menschenwürde im Mittelpunkt der Gerechtigkeitstheorie. Diese Menschenwürde wird nicht deontologisch definiert, sondern substanziell.[1255] Vernunft und Animalität würden eine Einheit bilden.[1256] Menschenwürdiges Dasein setzt daher vor allem eine Reihe dem guten Leben zuträglicher „Fähigkeiten" voraus. Nicht die Menschenwürde sei die Leitidee, sondern die Bedürfnisse des Menschen und die zum Leben notwendigen Fähigkeiten, die ein Leben in Würde erst ausmachten.[1257] Kurz: Nussbaum verfährt nicht metaphysisch, vom Würdebegriff auf das schliessend, was der Mensch im Leben als wertvoll empfinden soll. Der Ansatz ist vielmehr empirisch. Die Menschenwürde steht als Platzhalter für das für den Menschen besonders Gute. Was dieses Gute ist, steht nicht im Wort selbst.

6. Für eine perspektivische Folgenethik

a. Perspektivismus und Folgenethik lassen sich vereinbaren

Sens Gerechtigkeitstheorie geht, wie angedeutet, in gewissem Ausmass von der Positionsabhängigkeit moralischer Werte aus.[1258] Hier fragt sich, ob eine folgenethische Gerechtigkeitskonzeption überhaupt kohärent auf die Erlebensperspektive des Urteilenden abstellen kann; oder ob einzig der universalistische Ansatz zulässig sein soll, der allein allgemeingültige

---

1253 Nussbaum, Capabilities, 41.

1254 Siehe Nussbaum, Capabilities, 41 f.: „Being able to live with and toward others, to recognize and show concern for other human beings, to engage in various forms of social interaction; to be able to imagine the situation of another. […] Having the social bases of self-respect and nonhumiliation; being able to be treated as a dignified being whose worth is equal to that of others". Vgl. dazu Maslow, Human Motivation, 19, zu den Bedürfnissen 3. Stufe („love and affection and belongingness needs"): „Now the person will feel keenly, as never before, the absence of friends, or a sweetheart, or a wife, or children. He will hunger for affectionate relations with people in general, namely, for a place in his group, and he will strive with great intensity to achieve this goal."

1255 Nussbaum, Grenzen, 223 ff. (Würde: Aristotelisch, nicht kantianisch) und 250.

1256 Nussbaum, Grenzen, 21, 105 f., 223 (ff.): „Für den Fähigkeitenansatz hingegen bilden Vernunft und Animalität eine integrierte Einheit."

1257 Nussbaum, Grenzen, 21, 224, 226 und insb. 227.

1258 Sen, Justice, 155 ff.; siehe auch vorne, Teil 3, A.II.1 – 2, und ebd., A.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(d.h. aus jeder denkbaren Perspektive gleich ausfallende) Wertungen als objektiv billigt.

Die perspektivische Beurteilung ist m.E. zulässig und in objektiver Weise möglich: Universalismus im strengen (weiteste Kreise der Gleichheit implizierenden) Sinn ist keine notwendige Bedingung der Folgenethik im Rahmen der vorliegenden Definition. Die Folgenethik ist realistisch. Die Werte der Welt, wie wir sie erfahren, sind Ausdruck unserer Interpretation der Welt (die Ausdruck unserer Natur ist), wobei die menschliche Interpretation nicht die einzig mögliche sein dürfte.[1259] Weil das, was wir als wertvoll erleben, stets in erster Linie für uns wertvoll ist (weil unserer Natur wegen wertvoll), ist es vernünftig, wenn die Folgenethik nicht nach totaler Neutralität in der Beurteilungsperspektive sucht; es wäre zu ehrgeizig und führte vielleicht gar nicht zu objektiven Schlüssen[1260], wenn wir auf Kriterien abstellen wollten, die auf ein auf einem Kometen durchs Weltall reisendes Bakterium, auf den Kometen oder auf die durchreiste Leere Anwendung finden müssten. Wir können diese Perspektiven, die ein Universalist einnehmen müsste, gar nicht einnehmen (solange wir nicht ein nur vor dem Hintergrund unserer Erfahrung begründbares Kriterium wie die Empfindungsfähigkeit zur Abgrenzung bemühen).[1261]

1259 Nietzsche, Nachlass (in: KSA 12), 114: „Daß der Werth der Welt in unserer Interpretation liegt. (– daß vielleicht irgendwo noch andere Interpretationen möglich sind als bloß menschliche –) daß die bisherigen Interpretationen perspektivische Schätzungen sind, vermöge deren wir uns im Leben […] erhalten […] – dies geht durch meine Schriften."

1260 Vgl. allgemein MacIntyre, Dependent Rational Animals, 83: „I have already remarked that one early cause of inadequacy as a practical reasoner is a failure to separate ourselves adequately from our desires, so as to be able, when necessary, to pass judgment on those desires from an external point of view. This incapacity, I have suggested, characteristically results from a failure to make ourselves sufficiently independent of those others on whom we depended, first for sustenance during infancy and then for initiating us into the procedures of practical reasoning."

1261 Dubois, Selbsterziehung, 118: „Das unauslöschliche Verlangen nach Glück nimmt erst dann einen altruistischen Charakter an, wenn der Mensch die Verwirklichung seiner Wünsche in einer wahren Liebe für die Andern sucht, wenn er den Kreis seines Wohlwollens um die gesamte Menschheit zieht. Er selbst kann nicht ausserhalb dieses Kreises bleiben; er wird notwendigerweise mit davon umschlossen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Perspektivismus ist nicht Subjektivismus

Der Perspektivismus ist kein Subjektivismus; Gerechtigkeit ist nicht einfach das, wofür ein jeder sie hält. Der Perspektivismus unterstreicht die Positionsabhängigkeit der Wertungen, ohne hieraus abzuleiten, objektive Wahrheiten existierten nicht. An der Positionsabhängigkeit ändert der Einbezug aller Menschen in die Perspektive nichts: Für den Menschen wie für jedes Wesen ist das Selbst das Mass aller Dinge; daher ist (dem Menschen) der Mensch das Mass aller Dinge, wie bekanntlich vor fast zweieinhalb Jahrtausenden jemand feststellte.[1262] Auch sehr weite Kreise der Gleichheit bleiben in gewisser Weise positionsabhängig; wir wissen nur, was wir als Menschen wissen können.

Für Perspektivisten ist nicht immer Unabhängigkeit das Mass des Richtigen. Zur Illustration:

> *Glück im Weltall:* Durch das Weltall irrende Bewohner ferner Planeten entdecken die Erde. Zur Weiterreise und eventuellen Heimreise bedürfen sie umfassender irdischer Ressourcen. Lässt der Mensch die Plünderung der Erde zu, stirbt er aus. Darf er den Angriff abwehren, selbst wenn er sich dadurch einer klügeren Existenz in den Weg stellte, deren Überleben zudem viel höheres kosmisches Gesamtglück zur Folge hätte?

Die perspektivische Folgenethik bejaht dies. Gleiches gilt im irdischen Fall, wo eine Pandemie die Bevölkerung (der Menschen) auf Erden zu dezimieren drohte; für die verantwortlichen Erreger mag die Pandemie eine Feier des Lebens sein. Die perspektivische Folgenethik ist der Ansicht, dies müsse den Menschen gar nicht interessieren; die Ausrottung der Krankheitserreger sei nicht nur zulässig, sondern bedürfe keiner grossen Begründung; man muss sich nicht die Mühe geben, die kognitive Überlegenheit der Menschen oder die Leidunfähigkeit der Viren und Bakterien zu belegen. Ob die Ausrottung der Krankheitserreger positionsunabhängig gerecht wäre (also für den Beobachter, der weder Mensch noch dessen

---

1262 Protagoras, in: Hofmann, Der neue Büchmann, 313; die Deutung des *homo-mensura*-Satzes ist aber teilweise noch strittig; vgl. dazu: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 33 m.H.; vgl. Nietzsche, FW, N. 301: „Was nur Werth hat in der jetzigen Welt, das hat ihn nicht an sich, seiner Natur nach, […] sondern dem hat man einen Werth einmal gegeben, geschenkt, und wir waren diese Gebenden und Schenkenden! Wir erst haben die Welt, die den Menschen Etwas angeht, geschaffen!“ (Hervorhebung unterdrückt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krankheitserreger wäre, sondern eine gänzlich neutrale Instanz), ist für Perspektivisten nicht von Belang.

Mit anderen Worten: Die objektiven Aussagen der perspektivischen Folgenethik stützen sich auf der Annahme, dass die folgenethisch optimale Handlung jeweils die Handlung ist, welche das grösste Wohl der grössten Zahl jener bewirkt, auf die es entsprechend einer plausiblen, natürlichen Grundannahme ankommt.

c. Zur universalistischen Folgenethik

Die Alternative ist eine universalistische Folgenethik. Der massgebliche Kreis der Gleichheit wäre dabei position*un*abhängig bestimmt; es dürfte schon bei der Frage, um wessen Gerechtigkeit es gehe, nicht darauf ankommen, dass wir (etwa als Menschen) die Frage stellen. Herausfordernd wäre vor allem die Frage, welche Lebewesen man in die Folgenabwägung einbeziehen sollte. Die Lösung, alle Lebewesen gleichermassen einzubeziehen, ist kaum realisierbar (der Unterschiedlichkeit des Lebens und des Fehlens artikulierter und messbarer Erfahrungen wegen). Realistischer ist es, alle Tiere einzubeziehen, die die Fähigkeit zum Denken in Zeitdimensionen und damit zur Präferenzbildung haben.[1263] Oder alle leidfähigen Tiere.[1264] Doch auch dann bliebe die Gerechtigkeit identitätsabhängig, weil unsere Erkenntnisfähigkeit vor grossen Hürden steht, wenn wir abklären wollen, wie Wesen das Leben erleben, deren Lebensbedingungen jenen des Menschen nur bedingt ähneln.[1265]

Für den Versuch eines universalistischen Ansatzes spräche allenfalls die Angst, der Perspektivismus locke zur Willkür, da er es ermögliche, von zu engen Kreisen der Gleichheit auszugehen. Der Beschränkung auf alle

---

1263 Zur Relevanz dieses Denkens für den Präferenzutilitarismus Singer, Praktische Ethik, 33 ff.; ebd., 174 ff.

1264 Ansatzweise bei Bentham, Principles of Morals and Legislation, Kap. 17: „What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? The question is not Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?“ (Hervorhebung entfernt); für ein gar extremes universalistisches Gedankenspiel: George Dvorsky, The Radical Plan To Phase Out Earth's Predatory Species, 7. Juli 2014, abrufbar auf <io9.gizmodo.com> (zuletzt: 24.6.2016).

1265 Vgl. Nagel, What is it like to be a bat, 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschen liesse sich vorwerfen, sie sei Anthropozentrismus und als solche vielleicht eine Verwandte des Rassismus.[1266] Aber das hält nicht, denn Privilegierung muss nicht Feindseligkeit gegen Nichtprivilegierte bedeuten. Eltern, die ihre Kinder lieben, hassen nicht die Nachbarskinder. Der Staat, der besonders eigenen Bürgern hilft, verfolgt nicht automatisch Fremde. Und der humanistische Ethiker, der primär für das menschliche Wohl ficht, muss keine Tierquälerei billigen. Der Perspektivismus erlaubt *Gradualität*; er billigt die Existenz konzentrischer Kreise der Gleichheit.

d. Perspektivische Folgenethik im Rahmen der Rechtsordnung

Ein Vorzug des Perspektivismus ist überdies, dass er zur Rechtsdogmatik passt; hier könnte es aufgrund struktureller Eigenheiten nicht immer um alle Lebewesen gehen, wie es die universalistische Folgenethik verlangte (so etwa nicht im Obligationenrecht, wo es in erster Linie um die Vertragsparteien geht, unter der Prämisse der Richtigkeit der Gewährung von Privatautonomie). Allgemein wird man aber folgende relevante Kreise der Gleichheit hervorheben können:

- Zunächst gibt es einen *global-humanen Kreis der Gleichheit*, der alle Menschen umfasst. Er ist insofern der normalerweise verbindliche Kreis der Gleichheit, als für ihn in rechtsethischen Fragen die Richtigkeitsvermutung spricht.[1267]
- Daneben gibt es *hoheitsgewaltsabhängige Kreise der Gleichheit*. Der Perspektivismus muss akzeptieren, dass ein Staat nicht in vollem Umfang fähig und daher nur bedingt verpflichtet sein kann, die Grundrechte

---

1266 Vgl. Adorno, Fragmente, 123–124: „Die Fähigkeit der moralischen Selbstbestimmung wird dem Menschen als absoluter Vorteil – als moralischer Profit zugeschrieben und insgeheim zum Anspruch der Herrschaft gemacht – der Herrschaft über die Natur. Das ist die reale Seite des transzendentalen Anspruchs, daß der Mensch der Natur die Gesetze vorschreibt. Die ethische Würde bei Kant ist eine Differenzbestimmung. Sie richtet sich gegen die Tiere. […] Nichts ist dem Kantianer verhaßter als die Erinnerung an die Tierähnlichkeit des Menschen. Deren Tabuisierung ist allemal im Spiel, wenn der Idealist auf den Materialisten schimpft. Die Tiere spielen fürs idealistische System virtuell die gleiche Rolle wie die Juden fürs faschistische."; Nussbaum, Grenzen, 442 ff. und insb. 459 ff.; ferner Singer, Praktische Ethik, 174 ff.

1267 Das zeigt sich bereits an der Formulierung zentraler Menschenwürdenormen, die jedem Menschen oder jeder Person zugute kommen (z.B. Art. 8 BV und Art. 10 BV).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aller Menschen zu verwirklichen. Wie weit ein Kreis reicht, hängt auch von der Macht und Hoheitsgewalt des Staates ab.
- Mit Blick auf Bürgerrechte wie die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) und die politischen Rechte (Art. 34 BV) lässt sich für einige Fragen ein *staatsbürgerlicher Kreis der Gleichheit* identifizieren.
- Ferner besteht ein *sensualistischer Kreis der Gleichheit*, der im ethischen Diskurs (aus hedonistischer Sicht) eine Rolle spielen sollte; hier kann die Berücksichtigung des Wohls immerhin aller empfindungsfähigen Tiere gefordert werden. Obwohl es nicht dem Willen des Verfassungsgebers entspricht, einzig auf das Wohl der Menschen zu achten[1268], wäre in Grundrechtsfragen ein derart weiter Kreis unpassend (vgl. schon das Wort: Menschenrechte).

Dies zeigt auf, dass die Kreise der Gleichheit eine logische Funktion versehen. Sie ermöglichen objektive Argumente auf Basis einer notwendigen Vorannahme der Gerechtigkeit. Diese Vorannahme ist die Antwort auf das *für wen?* der Gerechtigkeit.[1269] Die Vorannahme lässt sich der Lebensrealität anpassen.[1270] Parallel plausible Kreise der Gleichheit fallen graduell ins Gewicht (indem beispielsweise das Wohl der Tiere über die Berücksichtigung öffentlicher Interessen [Art. 36 Abs. 2 BV] mitberücksichtigt wird). So lässt sich erklären, warum eine Gemeinschaft ihre Mitglieder privilegiert behandeln, dazu aber nicht beliebige Kosten für andere in Kauf nehmen darf. Und sie kann erklären, warum Eltern ihre eigenen Kinder privilegieren dürfen. Die universalistische Folgenethik erlaubt dies nur über Umwege (etwa mit der Begründung, die Welt stehe besser da, wenn die meisten Eltern sich primär bemühten, für das Wohl der eigenen Kinder zu sorgen und mit diesen eine Beziehung voller Vertrauen aufzubauen, ehe sie versuchten, allen oder gar nur den ärmsten Kindern zu helfen).

Die perspektivische Folgenethik kann gewisse parteiische Wertungen als für die Betroffenen richtig anerkennen. Das darf man nicht überschätzen: Die begrenzten Kreise sind für eine neutrale Instanz nicht verbindlich; der Staat maximiert das Gute in Verantwortung für alle von ihm betroffenen Menschen.[1271] Und wenn gefragt wird, was für alle Menschen die gerechte Lösung sei, wird der Perspektivismus sich nicht hinter das Empfinden

---

1268 Punktuell ist ein solcher Kreis in der Bundesverfassung angedeutet: Art. 120 Abs. 2 BV spricht beiläufig von der „Würde der Kreatur".
1269 Dazu vorne, Teil 3, A.I.3.
1270 Vgl. vorne, Teil 3, A.II.3 – 4.
1271 Vgl. Hare, Universalizability, 35; Sen, Justice, 214.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Einzelnen verschanzen, sondern das Wohl aller Menschen in Betracht ziehen müssen.

Der Vorhalt, die Folgenethik könne nicht begründen[1272], warum ein nach seinem Wohlbefinden strebendes Individuum auch das Glück anderer berücksichtigen soll, lässt sich aus Sicht einer perspektivischen Folgenethik gut entschärfen. Dies aus dem soeben genannten Grund. Der Staat (und überhaupt die Menschheit) ist nicht nur ein Individuum. Und die Frage nach dem, was *für Menschen* gerecht sei, bezieht schon begrifflich die Interessen aller Menschen mit ein. Aus dieser Sicht interessiert nicht, warum der Einzelne das Wohl aller berücksichtigen soll, sondern wie man ihn allenfalls auf schonende und doch wirksame Weise dazu animieren könne, zum Wohl aller beizutragen.[1273]

III Verteidigung der Folgenethik

1. Sogenannte Gerechtigkeitseinwände

Einer der hartnäckigsten Einwände gegen folgenethische Gerechtigkeitstheorien ist der „Gerechtigkeitseinwand", mithin der Gedanke, dass die konsequentialistische Orientierung einzig am Wert der Folgen Ungerechtigkeiten legitimiere.[1274]

a. Legitimiert Utilitarismus Grausamkeiten?

Raskolnikow, ein hochbegabter junger Mann, lebt in grosser Armut. Allmählich reift in ihm die Vorstellung heran, Verbrechen könnten unter gewissen Umständen moralisch gerechtfertigt sein. Namentlich müsste es legitim sein, die alte Frau, die mit wucherischen Pfandleihen ihren Reichtum fortzu vermehrt, zu töten. Als er ihr eine Armbanduhr gegen geringes Pfandgeld abgibt, fühlt er sich bestärkt: Wenn er – als aussergewöhnlich begabte Person, die er ist – diese alte, nutzlose Frau tötet und ihr Geld nimmt, sei dies im Sinne des allgemein menschlichen Fortschritts. Wenn ein grosser Mensch sich selbst hilft, nötigenfalls ohne Rücksicht auf Personen, die nichts zum Wohl der Menschen beitragen, dann ist dies

1272 Mahlmann, Grundrechtstheorie, 502; Laternser, Gehalt, 180.
1273 Vgl. vorne, Teil 1, B.I.
1274 Siehe etwa Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 154 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Interesse der Menschheit überhaupt. So reflektiert der Protagonist von *Verbrechen und Strafe* – bis er seinen Entschluss, die Pfandgläubigerin zu töten, in die Tat umsetzt.

Im damit grob resümierten Roman Dostojewskis zeigen sich die Vorbehalte des Autors gegen eine utilitaristische Ethik.[1275] Auch in der *Legende des Grossinquisitors* kann man Dostojewskis kritischen Blick auf utilitaristisches Denken sehen.[1276] Der Grossinquisitor denkt, Menschen könnten mit ihrer Freiheit nichts anfangen; man müsse sie zu ihrem Glück zwingen, angesichts ihrer rebellischen Natur und ihres in Freiheit unglücklichen Wesens. Der Zweck heiligt dabei die Mittel, zu denen der Scheiterhaufen zählt; auf diesem will der Grossinquisitor sogar seinen Gesprächspartner verbrennen, Jesus höchstpersönlich, weil dessen unerwartete Rückkehr auf Erden inmitten der Inquisition sein Werk (das in seinen Augen dem Wohl der Menschheit dient) störe.

Beiden Geschichten ist gemeinsam, dass Grausames geschieht, weil die hierfür Verantwortlichen denken, gute Folgen legitimierten dies. Doch skizzieren diese grossen Werke kaum ein treffendes Bild vom utilitaristischen Denken:

Beim Grossinquisitor rührt die Grausamkeit eher daher, dass er an seinen die Inquisition legitimierenden Prämissen nicht zweifelt: Der Mensch litte vermeintlich unter der Freiheit, wenn man sie ihm gewährte; man muss die Menschen mit Gewalt zum Glück führen. Die Mentalität des Grossinquisitors ist eher deontologisch (seine Thesen hängen von allesbestimmenden Postulaten ab) als folgenethisch. Fast erstaunt es, dass der Grossinquisitor nicht sagt: *fiat iustitia et pereat mundus*. Raskolnikow mag fast „utilitaristisch" raisonnieren, doch seine Folgenerwägungen sind vorurteilsbelastet und ebenfalls Ausdruck problematischer Prämissen: Der Erfolg grosser, besonders begabter Menschen setzt Rücksichtslosigkeit voraus. Und am Ende tötet Raskolnikow nicht nur die Pfandgläubigerin, sondern auch deren völlig unschuldige Schwester, da sie sich zur falschen Zeit am falschen Ort befindet.

Dass die Folgenethik Grausamkeiten rechtfertige, ist ein oft wiederkehrendes Vorurteil. Man glaubt befürchten zu müssen: die folgenethische Aggregation der für unterschiedliche Menschen guten Folgen führe zur Abschwächung grundlegender Rechte;[1277] wichtigste Bedürfnisse Einzel-

---

1275 Vgl. Frank, The Miraculous Years, 100 ff.

1276 Dostojewski, Großinquisitor, 25 ff.; zur Utilitarismus-Kritik im genannten Werk insb.: Berberi, The Brothers Karamazov, passim.

1277 Sen, On Ethics and Economics, 74; Nussbaum, Grenzen, 466.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner drohten dem kurzen Glück eines Mobs geopfert zu werden;[1278] mit Nutzenargumenten liessen sich Vivisektionen von Menschen (wie bei den Nazis) rechtfertigen.[1279]

Dies alles verkennt die Weite des folgenethischen Begriffs des Guten sowie das Phänomen des Grenznutzens.

b. Legitimiert Utilitarismus Sklaverei?

Eine erstaunliche Blüte des Vorurteils des vermeintlich grausamen Utilitarismus ist die Ansicht, die Folgenethik legitimiere Sklaverei.[1280] Erstaunlich daher, weil dies nicht utilitaristischen Intuitionen entspricht. Damit dem so wäre, müsste die Ausbeutung der Sklaven mehr „Wert" schaffen als die Freiheit der Sklaven (für die Sklaven selbst und für andere), die mit den sozialen Vorzügen einer freien Gesellschaft einhergehen (mehr Kreativität, grössere Produktivität, mehr Stabilität, weil Konflikte nicht unterdrückt werden, Anreize zum Fleiss etc.). Man kann sich schlicht keine realistischen Fälle denken, in denen dies der Fall wäre. Selbst nur mit Mühe lassen sich fiktive Konstellationen konstruieren, in denen eine Art Sklaverei akzeptabel schiene:

> Der Staat Siracusa steht nach Ende eines Verteidigungskrieges, in welchem er schwere Verletzungen seiner territorialen Integrität erlitt, vor der Wahl, 500 gefangen genommene gegnerische Soldaten zu töten oder die Soldaten ein Jahr lang zu Sklavenarbeit zu nötigen. Wegen der Zerstörung des Kulturlandes im Krieg herrscht Nahrungsmittelknappheit und grosse Not; das von Krieg und Hunger gezeichnete Volk will die Hinrichtung der Gefangenen. Ein General ordnet an, die Gefangenen zu strengster Arbeit zum Wiederaufbau des Landes und zur Bewirtschaftung der Felder zu zwingen.

In dieser Situation lässt sich in der Anordnung des Generals, die den Gefangenen das Leben auf Kosten der Freiheit rettet, kaum ein Verstoss gegen Fundamente der Gerechtigkeit erblicken. Das Beispiel zeigt, unter welchen Bedingungen der durchdachte Utilitarismus überhaupt zu so etwas wie einer Rechtfertigung der Sklaverei gelangen könnte.

1278 Vgl. Nussbaum, Grenzen, 326.
1279 Bayertz, Wissenschaftsethik, 98 f.
1280 Wolff, Making the World Safe for Utilitarianism, 1; den Utilitarismus dagegen verteidigend: Hare, Slavery, 103–121; vgl. Nussbaum, Grenzen, 53.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein weiterer Fall kann die Zustimmung zu einem bedachten Vorgehen bei der Abolition der Sklaverei sein: Als Sklaverei noch legal vorgesehen war, konnten Utilitaristen argumentieren, man müsse erst sicherstellen, dass die nötigen Vorkehrungen für die Besserung der Situation der Sklaven nach der Abolition der Sklaverei getroffen würden, damit die Betroffenen nicht in ein noch schlimmeres Elend und in eine grausamere Form der Abhängigkeit gerieten; etwa weil die Möglichkeit fehlte, den Lebensunterhalt in Freiheit zu bestreiten, und ein früherer Sklave seine Arbeitskraft auf dem nun illegalen Markt für einen Hungerlohn Arbeitgebern zur Verfügung stellen müsste, die keinen Anreiz mehr hätten, den Arbeiter (der ihnen nicht gehört) zu schonen.[1281]

Wer dem Folgenethiker wegen solcher Überlegungen vorwirft, er legitimiere im Resultat die Sklaverei, der missbraucht Worte (nämlich jenes der Legitimierung und jenes der Sklaverei). An solchen Gedankenspielen zeigt sich nur, dass der Folgenethiker rigoristische Dogmen scheut. Gleichwohl kann er Ungerechtigkeiten wie die Sklaverei unbedingt verbieten, aus pragmatischen und begriffslogischen Gründen.[1282]

c. Verkennt der Utilitarismus die menschliche Individualität?

Eine ähnliche Unterstellung lautet, der Utilitarismus nehme den Menschen als solchen nicht ernst. Der Mensch werde nicht als Wesen anerkannt, das sein eigenes Leben zu leben habe; ja, diese Tatsache werde einfach „ausgelöscht", weil der Utilitarismus im Menschen „Realisierungsorte für Befriedigungen" sehe.[1283] Kurz: Der Utilitarismus sei eine reduktionistische Theorie der Person.[1284]

Diese Kritik macht den Utilitarismus zum Opfer dessen, was man ihm vorwirft – einer Reduktion. Hinter dem Vorwurf des Auslöschens verbirgt sich womöglich die Annahme, Utilitaristen würden die Bedeutung der in-

---

1281 Vgl. Rosen, Jeremy Bentham on Slavery, 45, betr. Benthams Haltung zur Frage der Sklaverei.

1282 Oben, Teil 2, C.V.4 – 6.

1283 Nussbaum, Grenzen, 326; vgl. Korsgaard, Response, 102 ff.

1284 Nida-Rümelin, Kritik, 58; vgl. ebd., 57: Typisch sei, „daß Personen […] nur mittelbar, nämlich als kontingente Bedingungen der zu maximierenden Aggregationsfunktion (z.B. individuellen Glücks), eine Rolle spielen"; vgl. Horster, Postchristliche Moral, 286 f.: „Utilitaristische Entscheidungstheoretiker reduzieren Menschen auf Instrumente der Wertmaximierung."; ferner Herren, L'intervention, 67 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dividuellen Selbstverantwortung unterschätzen.[1285] Oder die Befürchtung, dass Utilitarier die Unterschiedlichkeit der Menschen unterschätzen würden.[1286] Kein Utilitarist bestreitet, dass der Mensch sein eigenes Leben zu leben habe. Auch der Blick auf die Individualität des Menschseins geht in der Folgenethik nicht verloren. Es ist ihr klar, dass das optimale Glück von Blau nicht die gleichen Voraussetzungen hat wie jenes von Karmin; anzunehmen, die Folgenethik wolle solche Differenzen übergehen, ist absurd. Zum Erfassen tatsächlicher Unterschiede ist die Folgenethik vielmehr gut aufgestellt, da ihre Erkenntnisse in aller Regel in erfahrungsgestütztem Wissen gründen.

d. Einwände gegen die Aggregation

Eine Variante des Gerechtigkeitseinwands greift die folgenethische Aggregation an. Die Folgenethik billige es, dass in gewissen Fällen das Leid des einen gegen das Wohlergehen der anderen verrechnet werde, ohne dass den Benachteiligten ein Ausgleich anzubieten wäre; die Gerechtigkeit werde dabei nur als das definiert, was für ein Kollektiv gut, nicht als das, was für jeden Einzelnen und damit „distributiv" gut sei.[1287]

Muss man die folgenethisch legitimierte Übervorteilung der Vielen zulasten der Wenigen fürchten? Angenommen, ein Mord bedeutete für eine Gruppe Sadisten intensives Glück: Hiessen Folgenethiker ihn gut? Soweit ersichtlich, nicht. Wer aggregiert, kann (anders als jener, der bloss die konfligierenden Willen gegeneinander abwägen will) die moralische Illegitimität des Mords substanziell begründen. Der Wunsch zum Mord ist nämlich, blickt man auf die soziale menschliche Natur, ein offensichtlich nachrangiges Bedürfnis; vielleicht sehnen sich die Mörder nach einem Gefühl der Macht und Überlegenheit, vielleicht nach Achtung innerhalb der Gruppe; mehr als eine Abart des Bedürfnisses nach Ansehen wird nicht befriedigt.[1288] Das Bedürfnis nach Ansehen rangiert im Maslowschen System aber auf vierter Stufe, gegenüber dem erstrangigen Überlebensbedürfnis des Opfers. Die Aggregation der Folgen für das Wohl der Mörder, des Ermordeten und der übrigen Betroffenen führt bloss schon wegen

---

1285 In die Richtung wohl Sen, Justice, 218.
1286 Rawls, Theory of Justice, 27.
1287 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 157; vgl. Amnesty, Themenbericht Folter, 4.
1288 Zu dieser Bedürfnisstufe siehe Maslow, Human Motivation, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Hierarchie der Grundbedürfnisse nicht zur Mordlegitimation. Zudem sprächen die indirekten Folgen der Billigung sadistischer Morde (Klima der Angst, Rückkehr der Selbstjustiz etc.) ebenfalls klar und deutlich gegen jegliche Billigung solcher Morde.

Die Aggregation der Werte wird auch als widersinnig kritisiert. So spricht etwa Scanlon vom konsequentialistischen Fehlschluss.[1289] Nun wäre es natürlich ein Fehlschluss, zu denken, der Wert von 20 Wochen Ferien im Jahr sei das Vierfache des Werts von fünf Wochen im Jahr.[1290] Der Mensch braucht von den Mitteln, die zu seinem Wohl beitragen, in aller Regel nur begrenzte Mengen.[1291] Das hat mit dem Grenznutzen dieser Mittel zu tun. Der besagte Fehlschluss hätte daher wenig mit Folgenethik zu tun.

Ein letztes Problem, angelehnt an Parfits „Repugnant Conclusion"[1292]: Wenn jedes Menschenleben wertvoll ist und der Wert vieler der Summe der Einzelwerte entspricht, dann müsste man doch die Anzahl Menschenleben auf Erden mit allen Mitteln maximieren: Fortpflanzung wäre das oberste Gebot; alles andere (z.B. Gesundheit, friedliches Zusammenleben) wäre sekundär. Man müsste Schnellgeburten institutionalisieren: im siebten Monat Kaiserschnitt für alle. Lässt sich dem ein Argument gegen das Aggregationsprinzip entnehmen?

Ergäbe sich solch ein Lebensmaximierungsgebot aus dem Aggregationsprinzip, wäre es stossend. Die Massenerzeugung von Menschen dient dem Gesamtwohl der Menschen offensichtlich nicht. Sachlich erklären lässt sich die (sich intuitiv aufdrängende) Ablehnung des Lebensmaximierungsgebots etwa damit, dass die Massenproduktion Lebender – von der Einbusse an Lebensqualität und der Zerstörung des Lebensraums anderer Tiere abgesehen – die Wahrscheinlichkeit einer lebensvernichtenden Katastrophe auf Erden erhöhte. Es wäre daher schon unklar, ob die Massenproduktion von Menschen überhaupt geeignet wäre, das fragwürdige Ziel zu

---

1289 Scanlon, What We Owe, 78–100.

1290 Vgl. für ein ähnliches Beispiel mit Mengen Reis pro Tag und Person: Singer, Praktische Ethik, Kap. 2, 56.

1291 Zum damit angesprochenen Grenznutzen siehe oben, Teil 3, D.I.2.b; vgl. dazu Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 157.

1292 Parfit, Reasons and Persons, 381 ff., insb. 388: „*The Repugnant Conclusion*: For any possible population of at least ten billion people, all with a very high quality of life, there must be some much larger imaginable population whose existence, if other things are equal, would be better, even though its members have lives that are barely worth living."; siehe dazu auch Huemer, In Defence of Repugnance, 899–933.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erreichen, dass auf Erden möglichst viele Menschen dereinst gelebt haben werden.

Kurz: Die Einwände gegen das Aggregationsprinzip überzeugen nicht.

2. Einwand schlechter Folgen

Eine weitere Art Kritik besagt, die Folgenethik führe selbst zu schlechten Folgen.

Grund dieser Kritik kann einerseits das Gefühl sein, gewisse Folgen seien einfach nicht hinnehmbar (per se unmoralisch). Dann aber hält man der Folgenethik lediglich eine andere, überdies bloss postulierte Prämisse entgegen.[1293] Anderseits kann die Kritik in der Einschätzung gründen, folgenethischen Theorien lägen zu enge Konzepte des zu optimierenden Guten zugrunde[1294], oder sie trügen nicht dazu bei, die optimalen Resultate zu erwirken.[1295]

Sollte solche Kritik gegen die Folgenethik „an sich" gerichtet sein, wäre sie insofern selbstwiderlegend, als sie auf der Prämisse steht, wonach es immer auf den Wert der Folgen ankäme.[1296] An der Plausibilität der folgenethischen Gerechtigkeitsbegründung ändert das Zukurzgreifen eines konkreten Modells der Folgenethik oder die Ineffizienz des Nutzenkalküls in bestimmten Situationen nichts. Folgenethiker können jede Strategie wählen, von der sie sich optimale Folgen versprechen. Diese optimale Strategie ist natürlich nicht immer (wahrscheinlich nur selten) ein minutiöses Folgenkalkül.[1297] Je nach Situation und Dringlichkeit können sich andere Wege empfehlen, Gerechtigkeit einzuschätzen und zu fördern.[1298] Etwa

---

1293 Vgl. Singer, Self-Defeating?, 94.

1294 Vgl. Sen, On Ethics and Economics, 74.

1295 Für eine gründliche Kritik dieser Art: Hodgson, Consequences of Utilitarianism, 10 f., 58 ff., 79 f. und passim; dagegen Singer, Self-Defeating?, 94–104.

1296 Vgl. Singer, Self-Defeating?, 94 ff., Kagan, Morality, pos. 1076/5697: „[T]he moderate has no real ground for making such an objection. The pro tanto reason to promote the good is indeed one element in ordinary morality, and the moderate cannot deny this without retreating into a minimalist position."; Hare, Universalizability, 35.

1297 Parfit, On What Matters, Vol. III, § 184, 419; vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 269; Diderot, Jacques le Fataliste, 483 f.: „Et puis, y a-t-il un homme capable d'apprécier juste les circonstances où il se trouve?" ; ders., Entretien d'un père, 751.

1298 Dazu Parfit, On What Matters, Vol. III, § 184, 419; Singer, Praktische Ethik, 40.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das blosse Sichverlassen auf die Intuition oder das Vertrauen in bestimmte Autoritäten. Wer im Gasthaus sitzt, errechnet vor der Wahl der Speise kaum das pro Speise erwartbare kulinarische Glück aus. Eher hört er auf seinen „Bauch", auf den Rat seiner Begleiter oder des Hauses oder folgt dem Diktat der Gewohnheit – und fährt damit gut genug. Umfassende Nutzenrechnungen wären hier Stimmungsverderber.

3. Einwand gegen den Vorrang der grösseren Zahl

a. Verbot, Leben mit Leben zu „verrechnen"?

In ethischen Dilemmata, die das Leben von Menschen betreffen, ist oft strittig, ob angesichts der Güterkollision die Zahl bedrohter Leben ins Gewicht fallen darf. Es stellt sich die Frage, ob eine grössere Zahl Leben der kleineren Zahl Leben prinzipiell (also ceteris paribus) vorzugehen habe.[1299] Kantianer lehnen dies ab: Man dürfe niemals Leben gegen Leben abwägen, denn niemand dürfe zur Rettung eines anderen instrumentalisiert werden.[1300]

Folgenethiker haben damit jedenfalls kein grundsätzliches Problem: Aus folgenethischer Sicht ist die Verrechnung in erster Linie einfach Ausdruck des Gebots der gleichen Berücksichtigung gleicher Interessen.[1301] Der Grund zugunsten des Vorrangs der grösseren Zahl ist die Annahme

---

1299 Vgl. Parfit, On What Matters, Vol. I, 380: „*the Numbers Principle*: When we could save either of two groups of people, who are all strangers to us and are in other ways relevantly similar, we ought to save the group that contains more people."

1300 Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 175: Die Unzulässigkeit solcher Instrumentalisierung sei „dem moralischen Bewusstsein schon seit langem selbstverständlich"; vgl. Horster, Postchristliche Moral, 72: „[Das Instrumentalisierungsverbot] ist ein seit Kant in der Moralphilosophie wohl unstrittiger Sachverhalt"; Amnesty International, 2005, 4.

1301 Mannino/Vollmer/Pulver, Stellungnahme: „Ethische Entscheidungsfälle vom Typ 'Individuum vs. Kollektiv' sind, klarer formuliert, Fälle vom Typ 'ein Individuum vs. mehrere Individuen'. Es ist merkwürdig, dass man hier offenbar den Impuls verspürt, zu sagen, die Interessen eines Individuums seien höher zu gewichten als die Interessen mehrerer (!) Individuen – von denen also jedes weniger zählt bzw. die zusammen weniger zählen als das eine Individuum? Dieser Impuls scheint mit einem objektiven Blick auf die Problemlage, d.h. mit dem Prinzip der gleichen Berücksichtigung gleicher Interessen unvereinbar."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Gleichwertigkeit der Menschen, die als verfassungsmässiges Recht im Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und in der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) Ausdruck findet. Wer in Abweichung von diesen Grundnormen der Verfassung für den Vorrang des Lebens einer Person vor dem Leben vieler Personen eintritt, trägt die Begründungslast. Soweit der Einwand gegen die Priorisierung der grösseren Zahl auf dem (unbeweisbaren) Postulat der absoluten Unrichtigkeit der Instrumentalisierung beruht, ist er aus den Gründen zurückzuweisen, aus denen man die heute oft vertretene (kantische) Form der Regelethik zurückweisen muss: Ein blosses, als unfalsifizierbar konzipiertes Postulat ist wissenschaftlich irrelevant, weil es nicht plausibler ist als sein exaktes Gegenteil.[1302]

b. Taureks Appell an die Intuition – ein Spiel mit den Perspektiven

Taureks berühmte Begründung eines Verrechnungsverbots geht über das Postulat eines einfachen Instrumentalisierungsverbots hinaus. In *Should the Numbers Count?*[1303] liefert er ein prima facie überzeugendes Argument für die Irrelevanz der relativen Zahl. Zur Illustration seiner Argumentation stützt er sich auf folgendes Dilemma:

> *Nur David*: Ich bin im Besitz der Menge x eines Medikaments. Sechs Personen sind hierauf angewiesen. David, eine der interessierten sechs Personen, überlebt nur, wenn ich ihr die ganze verfügbare Menge des Medikaments gebe. Erhalten die anderen fünf interessierten Personen ein Fünftel der verfügbaren Menge des Medikaments, überleben diese fünf Personen. Wäre es richtig, allein David zu retten?

Taurek meint, hier bestehe kein Gebot, die grössere Zahl zu retten.[1304] Er diskutiert zuerst eine Variante des Falls, bei der David das Medikament bereits besitzt. In dieser Lage sei klar: David ist nicht verpflichtet, sein Medikament abzugeben; niemand darf es ihm einfach wegnehmen, denn er dürfe sein Leben als höchstes aller Güter betrachten.[1305] Wenn aber David sein Leben priorisieren darf, so Taurek, dann muss dies auch anderen Menschen und namentlich einem neutralen Dritten gestattet sein; man dürfe ja (etwa im Falle der Selbstaufopferung) andere Menschen statt sich

1302 Zum Irrelevanzproblem siehe: Teil 3, B.III.1.a und insb. Teil 3, B.III.8.
1303 Taurek, Should the Numbers Count?, 293–316; vgl. Rücker, Allokation, 83.
1304 Taurek, Should the Numbers Count?, 294 f.
1305 Taurek, Should the Numbers Count?, 299 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst priorisieren. Also lasse sich keine moralische Pflicht zur Rettung der grösseren Zahl konstruieren.[1306]

Diese Argumentation besticht nicht, aus zumindest drei Gründen:

Erstens, Taureks Argument baut auf einem rhetorischen Trick auf: Es schöpft seine Überzeugungskraft aus dem Nähe suggerierenden Effekt von Personennamen. Allein David erhält einen Namen. Also erscheint er dem Leser vertrauter, echter, menschlicher als die fünf Namenlosen.[1307] Hier David, dort die Fremden. Warum heissen sie nicht Johannes, Sarah, Elias, Maria und Lukas? Taurek bezeichnet die von ihm karikierte utilitaristische Denkart als „outrageous";[1308] es ist aber die Kritik Taureks, die alles Ungeheurliche in den vermeintlichen Utilitarismus erst hineinlegt, indem sie sich solch rhetorischer Tricks bedient.

Zweitens ist die Präferenz der Rettung eines Einzelnen auf Kosten mehrerer aus Sicht des Einzelnen begründbar. Sie ist es zudem wohl auch aus Sicht der nahen Angehörigen des Einzelnen. Dies lässt sich mit dem in der Not eher engen Kreis der Gleichheit erklären.[1309] Auch dürfte eine Kultur der Selbstverantwortung und der Verantwortung für Angehörige mit dem Ziel des grössten Wohls der grössten Zahl nicht unvereinbar sein[1310], da jemand, der sich und seine Angehörigen nicht mit einer gewissen Dringlichkeit im Notfall priorisiert, kaum zum Entstehen einer Welt beiträgt, in der viele Menschen in der Lage sind, anderen zu helfen (ein Kind, das nicht die privilegierende Liebe seiner Eltern erfährt, hat später Mühe, die erforderliche Empathie zu entwickeln; und wer nicht einmal für sich selbst sorgen kann, wird kaum zum effektiven Weltaltruisten werden). Um einen solchen Perspektivismus geht es Taurek aber gerade nicht: Taurek will aufzeigen, dass ein beliebiger Dritter gute Gründe habe könne, nur David zu retten. Die im Näheverhältnis gründende Argumentation lässt sich aber nicht auf neutrale Sachverhalte übertragen; sie hängt von der Position des Betrachters ab.[1311] Dass nichts David dazu zwingt, den eigenen Tod zwecks

---

1306 Vgl. Taurek, Should the Numbers Count?, 299 ff.

1307 So heisst es etwa, in Taurek, Should the Numbers Count?, 300: „I cannot imagine that I could give David any reason why *he* should think it better that these five strangers should continue to live than that he should."

1308 Taurek, Should the Numbers Count?, 299: „The usual sort of utilitarian reasoning would be comical if it were not outrageous".

1309 Dazu oben, Teil 3, A.II. (insb. 3); vgl. Teil 3, D.II.6.

1310 Parfit, On What Matters, Vol. III, § 184, 419 ff.; vgl. Scanlon, not a Kantian, 133.

1311 Dazu insb. oben, Teil 3, A.II.2; vgl. Teil 3, B.III.3.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rettung fünf anderer Menschen gutzuheissen, spricht nicht gegen die Vorzugswürdigkeit der Rettung der grösseren Zahl aus neutraler Warte.

Drittens ist erhellend, dass man es zweifellos positiv würdigen würde, wenn David freiwillig (vom Leid der fünf Mitmenschen zutiefst ergriffen und aus Altruismus dazu bewogen) sein Medikament abgäbe, um Johannes, Sarah, Elias, Maria und Lukas zu retten. Weil diese Selbstaufopferung Supererogation wäre (und ein Herbeizwingen von Heldenhaftigkeit in der Regel kontraproduktiv sein dürfte[1312]), besteht hierzu keine Pflicht. Wenn hingegen etwa Johannes im Besitz des Medikaments wäre und es nun David abgäbe – statt es mit Sarah, Elias, Maria und Lukas zu teilen, um möglichst viele zu retten –, sähe man darin kaum den Ausdruck egalitärer Nächstenliebe. Solch ein Verzicht wäre fragwürdig oder zumindest sonderbar. Ebenso würde man es nicht positiv bewerten, wenn alle sechs Betroffenen die Kinder gleicher Eltern wären und die Eltern nun entschieden, nur eines ihrer sechs Kinder zu retten.

Damit ist das Argument, wonach es aus neutraler Sicht ceteris paribus zulässig sei, das Leben eines Menschen gegenüber einer Vielzahl zu priorisieren, entkräftet. Das Prinzip des Vorrangs der grösseren Zahl ist somit glaubwürdig. Es lässt sich nachfolgend mit einem intuitionsbasierten Argument festigen:

c. Intuitionsargument zugunsten des Vorrangs der grösseren Zahl

In vielen Fällen empfinden auch Folgenethiker eine gewisse Skepsis gegen den Gedanken, man dürfe jemanden aufopfern, um andere Menschen zu retten:

> *Weichensteller*: Eine Strassenbahn ist ausser Kontrolle geraten. Sie erfasst fünf Personen tödlich, wenn sie nicht durch Umstellen der Weichen auf ein anderes Gleis umgeleitet wird. Dort befindet sich eine weitere Person, die im Falle der Umleitung stürbe. Darf der Tod dieser Person in Kauf genommen werden, um das Leben von fünf Personen zu retten?[1313]

In diesem Fall würde nicht jeder Folgenethiker die fünf Menschen retten wollen. Die meisten Konsequentialisten, die der Weichenumstellung zustimmen würden, hätten spätestens in einer Variante des Falls Hemmun-

1312 Vgl. Hare, Moral Thinking, 188 ff.
1313 Fallbeispiel entlehnt aus Foot, The Problem of Abortion, 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen vor der Aktion, die (vermeintlich) der Rettung der grösseren Zahl diente:

> *Schweres Los*: Darf man einen übergewichtigen Mann auf die Gleise stossen, um die Strassenbahn zu stoppen und fünf Menschen zu retten, die sonst von ihr angefahren würden?[1314]

Fast alle Folgenethiker würden hier einräumen, dass man den schwergewichtigen Mann nicht auf die Gleise werfen darf und die Rettung der fünf Menschen daher unterbleiben muss. Genauso darf man einen jungen Menschen nicht ermorden, um an dessen fünf Menschen rettende Organe zu gelangen. Konsequentialismus-Kritiker wittern ihren Triumph: Die Maximierung des Wohls der grösseren Zahl sei hier ersichtlich ungerecht; der Konsequentialismus scheitere.[1315] Das ist in zweierlei Hinsicht falsch: Erstens, es kommt auf die Zahlen an. Zweitens, nicht nur. Ein Vergleich mit dem nächsten Fall illustriert dies:

> *Umgekehrter Weichensteller*: Eine Strassenbahn ist ausser Kontrolle geraten. Sie erfasst eine Person tödlich, wenn niemand die Weichen umstellt. Durch Umstellen der Weichen gerät die Strassenbahn auf ein anderes Gleis und erfasst dort fünf Personen tödlich. Darf der Weichensteller die Weichen umstellen, um das Leben einer Person zu retten?

Egal, ob man die Tötung im ersten Weichenstellerfall noch billigte oder bereits ablehnte, das intuitive Urteil fällt im umgekehrten Weichenstellerfall stärker und deutlicher aus: Fünf Menschen zu töten, um (nur) einen zu retten, ist *offensichtlich* inakzeptabel. Man müsste geradezu vom Unwert des Lebens – oder bestimmter Menschen – ausgehen, wollte man in dieser Variante die Tötung billigen. Da sich der umgekehrte Weichenstellerfall vom Weichenstellerfall nur in Bezug auf die Zahlenverhältnisse unterscheidet, lässt sich der Bewertungsunterschied (d.h. die stärkere Ablehnung der aktiven Rettung beim umgekehrten Weichensteller) auf die Zahlenverhältnisse zurückführen. Die Tötung von fünf Personen zur Rettung einer Person ist evident problematischer als die Tötung einer Person zur Rettung der fünf, die man eher als rechtfertigungsfähig einstuft. Ceteris paribus ist der Vorrang der grösseren Zahl damit auch intuitiv plausibel begründet.

1314 Thomson, The Trolley Problem, 1409.
1315 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 555 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Paradox guter Folgen des Leidens?

Man mag fragen, ob die Folgenethik in schwere Widersprüche geriete, wenn es sich so verhielte, dass der Mensch seine Erfüllung und sein Glück bisweilen nur über harte Erfahrungen erreichen könnte.[1316] Mit Nietzsche:

> „Das letzte Ziel der Wissenschaft sei, dem Menschen möglichst viel Lust und möglichst wenig Unlust zu schaffen? Wie, wenn nun Lust und Unlust so mit einem Stricke zusammengeknüpft wären, dass, wer möglichst viel von der einen haben will, auch möglichst viel von der andern haben muss [...]?“[1317]

Nietzsche fürchtete, die Ausrichtung der Ethik am grössten Glück der grössten Zahl und das Ziel maximaler Leidverhinderung raube dem Menschen wertvolle Erfahrungen.[1318] Doch der Einwand der Wünschbarkeit bestimmter Leiden spricht nicht gegen die Folgenethik, weil im Einwand implizit der Gedanke enthalten ist, man müsse Leid in Kauf nehmen, weil man nur so die vorzugswürdigen Folgen erreiche. Das lässt die Folgenethik zu; sie kann den Nutzen vorübergehend unangenehmer und belastender Erfahrungen einkalkulieren.

5. Keine Regelbegründung im Handlungsutilitarismus?

Dem Handlungsutilitarismus wird vorgeworfen, er könne die Geltung wichtiger Regeln nicht begründen.[1319] Das ist nicht der Fall. Eine Handlung ist zwar keine Regel. Die Regel setzt sich aber aus Handlungen zusammen. Der Erlass der Regel ist eine Handlung; ebenso jeder Akt ihrer Durchsetzung. Umgekehrt lässt sich in jeder Handlungs*bewertung* eine Regel sehen. Wäre dem nicht so, dann gölte die Bewertung einer Handlung

---

1316 Vgl. Antiphon, in: Schirren/Zinsmaier, Sophisten, 203 N. 21: „alle Freuden [sind] meist die Früchte grosser Schmerzen“; Diderot, Jacques les Fataliste, 541, in Jacques‘ Rede: „[O]n ne sait de quoi se réjouir, ni de quoi s’affliger dans la vie. Le bien amène le mal, le mal amène le bien.“

1317 Nietzsche, FW, N. 12.

1318 Nietzsche, Morgenröthe, N. 343, u.d.Ü.: *Angeblich moralisch*: „Aber Eins ist gewiss: ihr werdet niemals die Reise um die Welt (die ihr selber seid!) machen und in euch selber ein Zufall und eine Scholle auf der Scholle bleiben!“

1319 Gibbard, Rule-utilitarianism, 211–220; vgl. Sen, On Ethics and Economics, 88 Fn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur in einem isolierten Einzelfall (und wäre sinnlos). Weil jede treffende ethische Bewertung einer Handlung auch in einer Reihe ähnlicher Fälle (zumindest in allen identischen Fällen) ebenso zuträfe, drückt die Handlungsbewertung implizit eine Regel aus.[1320]

Wie oben bereits dargelegt, kann der Handlungsutilitarismus sogar die Geltung unantastbarer Regeln begründen.[1321]

6. Einwand der Überforderung

Schon Mill musste sich mit dem Einwand auseinandersetzen: Der Utilitarismus sei zu anspruchsvoll. Man könne vom Menschen nicht fordern, dass er nur die Förderung der Interessen aller Menschen zum Handlungsmotiv habe.[1322] Mill antwortete, der Utilitarismus zeige, was gemeinhin gut wäre; ob das Gute für den Einzelnen auch möglich sei, bleibe offen.[1323]

Zwar lässt sich das optimale Wohl der grössten Zahl kaum erreichen, wenn nicht der Einzelne (vor allem jener, der im Vorteil ist) signifikante Opfer bringt.[1324] Der Weg zur optimalen Gerechtigkeit ist insofern fordernd. Doch gilt auch hier, dass der Konsequentialismus das Gute nicht um jeden Preis durchsetzen will – und es auch nicht könnte, wenn er es wollte. Die Folgenethik führt nicht zu praktischen Geboten, die um Gerechtigkeit bemühte Personen überfordern, damit frustrieren und sich so als kontraproduktiv erweisen. Die Folgenethik liefert überdies keinen Grund, jedes nicht optimale Handeln zu tadeln oder gar mit Zwangsmitteln zu unterdrücken.[1325] Denn auch Tadel und Zwang müssen folgenethisch begründbar bleiben.

Zudem folgt aus der Existenz einer optimalen Lösung nicht, jede nicht optimale Lösung sei verwerflich. Binäre Bewertungen sind der Folgenethik fremd; schon aus der Gradualität moralischer Urteile folgt, dass das Nichtoptimale immerhin vergleichsweise gut sein kann (dies gilt nicht nur, aber ganz besonders dort, wo diese Lösung vorerst nur hypothetisch optimal ist).

1320 Vgl. Zucca, Constitutional Dilemmas, 24; Hare, Universalizability, 33.
1321 Vgl. vorne, Teil 2, C.V.4 – 6.
1322 Mill, Der Utilitarismus, 31 f.
1323 Mill, Der Utilitarismus, 33.
1324 Ausführlich Kagan, Morality, passim; Singer, Effective Altruism, passim.
1325 Pettit, Consequentialist Perspective, 165: „There is a distinction between what it is best to do and what you cannot reasonably be denounced for doing".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV Exkurs: Parfits Konvergenzthese

1. Parfits konvergierende Formeln

Parfit ist der Ansicht, die besten Varianten der kantischen, kontraktualistischen und konsequentialistischen Theorien der Gerechtigkeit würden sich nicht grundlegend widersprechen, sondern letztlich denselben Berg besteigen.[1326] Zur Veranschaulichung der Konvergenzthese bedient er sich einer Auswahl angepasster Formeln im Stile der drei Traditionen. So formuliert Parfit zunächst die *Kantian Contractualist Formula*: „Everyone ought to follow the principles whose universal acceptance everyone could rationally will, or choose."[1327] Dazu schreibt er gar, es könne sich hierbei ums Grundprinzip der Moral handeln, nach welchem Kant suchte.[1328] Die Grundformel der Einigungsethik, die Parfit als *Scanlon's Formula* bezeichnet, lautet dagegen: „An act is wrong just when such acts are disallowed by some principle that no one could reasonably reject."[1329] Es folgt eine Formel, die Parfit dem *Kantian Rule Consequentialism* zuordnet: „Everyone ought to follow the principles that are optimific, because these are the only principles that everyone could rationally will to be universal laws." In dieser Formel drückt sich bereits die Annahme Parfits aus, dass man vernünftigerweise nur (als allgemein verbindliche Prinzipien) wollen kann, was die besten Folgen für die grösste Zahl Betroffener zeitigt.

Parfit schlägt sodann eine alle drei Formeln umfassende Formulierung vor, die die Nähe der drei Traditionen weiter verdeutlichen soll: „An act is wrong if and only if, or *just when*, such acts are disallowed by some principle that is (1) one of the principles whose being universal laws would make things go best, (2) one of the only principles whose being universal laws everyone could rationally will, and (3) a principle that no one could reasonably reject."[1330]

1326 Parfit, On What Matters, Vol. I, Kap. 17 § 64, 410 ff.

1327 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 52, 355, § 57, 378; ähnlich, aber dort ohne die letzten zwei Wörter („or choose") ebd., § 49, 342.

1328 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 49, 342: „This formula might be what Kant was trying to find: the supreme principle of morality."

1329 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 54, 369 und § 53, 360; vgl. Scanlon, not a Kantian, 116.

1330 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 64, 412 f.; vgl. Parfit, On What Matters, Vol. I, 25 und § 64, 413: Die Kurzform der zitierten *Triple Theory* lautet: „An act is wrong just when such acts are disallowed by some principle that is optimific, uniquely universally willable, and not reasonably rejectable."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Parfit zeigt damit die Ähnlichkeit der gemäss seiner Analyse optimalen Modelle der drei Typen von Gerechtigkeitstheorien auf.

2. Keine Konvergenz der Folgenethik mit der Deontologie

Dass es Parfit gelingt, Ähnlichkeiten aufzuzeigen, liegt massgeblich an seiner freien Deutung der diskutierten Ansätze.[1331] Die Typen der Gerechtigkeitstheorien weisen in der parfitschen Neuformulierung nur noch teilweise ihre ursprünglichen Grundzüge auf. Das gilt vor allem für Parfits Rezeption der kantischen Tradition: Das Kategorische und Unfalsifizierbare wird aufgegeben; beibehalten wird eine einigungsethisch gedeutete Form des kategorischen Imperativs. Gibt man die Wesenszüge der Regelethik (insb. die Unfalsifizierbarkeit kategorischer Annahmen) nicht auf, erweist die Regelethik sich aber als mit den anderen beiden Gerechtigkeitskonzeptionen unvereinbar. Das liegt am Erkenntnisansatz: Die Regelethik konstruiert ihre eigenen Begründungen, da die Begründung der Moral aus einem als gegeben vorausgesetzten Verständnis der Vernunft des Menschen (statt aus Erfahrungen, Bedürfnissen etc.) hergeleitet wird.[1332] Einigungsethische und selbstredend auch folgenethische Theorien lehnen solche Kunstgriffe ab.

3. Einigungsethik und Folgenethik: Renaissance einer alten Union?

Die Einigungsethik und die Folgenethik können hingegen (in gewisser Hinsicht) durchaus den gleichen Berg besteigen und am Ende zum selben Ziel führen.[1333] Insofern knüpft die parfitsche Konvergenzthese an eine alte Tradition an. Schon Epikur definierte Gerechtigkeit über einen utili-

---

1331 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 63 f., 404 ff.

1332 Vgl. dazu Scanlon, not a Kantian, 121: „Claims about reasons […] must be grounded in claims about rational agency, claims about what attitudes a person can take, consistent with seeing herself as a rational agent. Justification never runs in the other direction, from claims about reasons to claims about what rationality requires. […] So there is one sense in which none of these views [*d.h. einigungsethische Gerechtigkeitstheorien*] is Kantian: none of them accepts Kantian *constructivism about reasons*." (Hervorhebung ergänzt); vgl. Schopenhauer, Grundlage, § 6, 204, sich daran erregend, dass es in der praktischen Philosophie Kants „eine *ex tripode* diktirende Vernunft gebe".

1333 Parfit, On What Matters, Vol. I, § 64, 410 ff.; vgl. Brandt, Objections, 52 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

taristischen Vertragsbegriff: Die Menschen schliessen Verträge, um sich selbst und der Gesellschaft das zu sichern, was nützlich ist. Man vereinbart, nicht zu schädigen, um selbst nicht geschädigt zu werden.[1334] Hobbes, Helvétius oder auch Beccaria spielten alle gleichzeitig auf vertragstheoretischen und auf folgenethischen Klaviaturen, wobei Hobbes' folgenethische Erwägungen eher akzessorischen Charakter haben, wohingegen Helvétius und Beccaria ihre grundlegend folgenethischen Erwägungen mit Vertragsargumenten aufrüsten.[1335]

Die Nähe der beiden Theorien ist intuitiv überzeugend. Jenes Handeln, das der Optimierung des Wohls aller Betroffenen dient, dürfte mit den Präferenzen eines unter idealen Bedingungen gebildeten Willens der Betroffenen übereinstimmen. Warum sollten Menschen unter idealen Bedingungen jemals suboptimale Folgen begehren? Was vernünftige Menschen im täuschungs- und zwangslosen Zustand als richtig vereinbaren, ist das, was Folgenethiker, die die Kausalverhältnisse und Folgen richtig einschätzen, befürworten. Wenn es technisch möglich wäre, könnte man sich mit gleichem Ergebnis entweder des idealen Diskurses (bzw. Vertrags) oder der perfekten Folgenrechnung bedienen. Im Alltag sind die beiden Pfade, die den Berg hinaufführen, zweifellos komplementär sinnvoll: Folgenerwägungen mögen helfen, den hypothetischen Willen wohlinformierter Personen ausfindig zu machen; umgekehrt ist der geäusserte Wille eines Betroffenen stets ein erstes (durchaus empirisch fassbares) Indiz auf das, was diesem bestmöglich dient.

Nur eines leistet allein die Folgenethik: stichhaltig definieren, was Gerechtigkeit ist. Dazu muss sie in den Tatsachen des wirklichen Lebens wurzeln:[1336]

1334 Dazu John Armstrong, Epicurean Justice, in: Phronesis, Nr. 42, 1997, 324–334; vgl. Russell, History, 230 ff.

1335 Siehe Francioni, Beccaria filosofo utilitarista, 69–87; zu Hobbes vgl. oben, Teil 3, C.II.1.

1336 Vgl. auch oben, Teil 3, C.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Substanzielle Gerechtigkeit

I Ontologische Natur der Werte

1. Werte als Ausdruck der Lebensbedingungen

Jede begründbare, sich nicht im infiniten Regress verlierende und nicht im blossen Postulat wurzelnde[1337] Gerechtigkeitskonzeption hat substanzielle Anfangsgründe. Diese liegen in der Natur der Welt und in der Art, wie der Mensch als komplexes Wesen mit ihr interagiert und sie erlebt. Diese Natur ist kein völlig unerfassbares Mysterium mehr: Die menschliche Erkenntnis hat den Raum für Metaphysik beachtlich eingeengt.

So darf man heute wohl auch annehmen, dass das Gerechtigkeitsgefühl des Menschen und der damit gelegentlich einhergehende Drang zur moralischen Handlung eine ontologische Geschichte hat.[1338] Der biologische Ursprung dürfte in der überlebensnotwendigen Fürsorge innerhalb der Familie – präziser: im Säugen der Neugeborenen – haben.[1339] Mit zunehmender gegenseitiger Abhängigkeit dehnte sich bei erfolgreichen Gemeinschaften (also jenen, die Nachfahren haben konnten und von denen wir überhaupt abstammen können) die Fürsorge und allgemein der Hang zu gegenseitig unterstützendem, nicht schädigendem Verhalten aus. Mit der Sesshaftigkeit des Menschen und anderen Schritten der Ausdehnung der sozialen Daseinsform kam es sukzessive zu einer Erweiterung der Lebensdienlichkeit der oft reziproken Fürsorge des Menschen für andere Menschen. Menschen, die den neuen „moralischen" Anforderungen nicht gewachsen waren, schmälerten ihre Überlebenschancen; durch die damit einhergehende Selektion und den dadurch bedingten Wandel der kulturell verankerten Sitten hat der Mensch über die Jahrhunderte hinweg das „richtige" (weil erfolgreiche, lebensdienliche) Verhalten als gut internalisiert. So dürfte sich das Entstehen eines Gerechtigkeitsgefühls evolutionär begreifen und erklären lassen, warum der Mensch als moralisch schlecht empfindet (und zu ächten neigt), was dem eigenen Überleben, dem Überleben der Nächsten und jenem der Gemeinschaft schadet.

1337 Vgl. Albert, Traktat, 15, bezüglich des sog. Münchhausen-Trilemmas.

1338 Für die Zurückweisung der Metaphysik siehe oben, Teil 1, E.III.

1339 Churchland, Braintrust, 27 ff.; vgl. de Waal, Morally Evolved, 1–58 und 161 ff.; vgl. auch Philip Kitcher, Ethics and evolution. How to get here from there, in: De Waal u.a., Primates and Philosophers, 120–139; ferner Singer, Praktische Ethik, 25 f.; Gazzaniga, Ethical Brain, 163 ff.; Sen, Justice, 206.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ohne mit dieser ontologischen Erklärung brechen zu müssen, erklärt die heute in vieler Hinsicht globale Gemeinschaft (und gegenseitige Abhängigkeit) der Menschen, die oben bereits hervorgehoben wurde[1340], warum auch für ein Konzept der Gerechtigkeit, das alle Menschen umfasst, keine Metaphysik erforderlich ist:[1341] Die Natur des Menschen, seine Bedürfnisse und Interessen zeigen hinlänglich, was es mit Gerechtigkeit *für Menschen* auf sich hat – und haben sollte.

Kurz: Die Werte der Gerechtigkeit sind nach der hier vertretenen Annahme somit selbst Ausdruck und Funktion des Lebens.[1342]

2. Ontologisch fundiertes Naturrecht

Als Naturrecht wird eine Normenordnung und ein Verständnis von Pflichten und Rechten bezeichnet, die nicht im von einer menschlichen Gemeinschaft bestimmten „positiven" Recht ihren Ausgangspunkt haben, sondern vorher in irgendeiner Form gegeben waren (daher auch: „vorpositives Recht") und unabhängig vom positiven Recht fortbestehen.[1343]

Der Begriff wurde historisch sehr vielseitig verwendet. Vieles und von vielem das Gegenteil wurden als Naturrecht bezeichnet.[1344] Nahezu eine Konstante war indessen die Metaphysik: Traditionelles Naturrecht war oft metaphysisch geprägt oder in einem entscheidenden Schritt metaphysisch begründet. Im „Naturrecht" der Sozialvertragstheorien war die Metaphysik etwa in einer herrschaftslegitimierenden Fabel zu finden[1345], im Rahmen welcher ein reichlich fiktiver Naturzustand des menschlichen Lebens die Notwendigkeit eines fiktiven Sozialvertrags erklärt, durch den

---

1340 Vgl. vorne, Teil 3, II.2 und IV.2.

1341 Vgl. Russell, Ideas, 154 f. und 160.

1342 Vgl. bereits Spinoza, Ethik, Teil 3, Lehrsatz 55, Folgesatz (180); zudem Schopenhauer, Grundlage, 189; aus heutiger Zeit, statt vieler: Singer, Praktische Ethik, 25; zur Bioethik zudem Churchland, braintrust, passim.

1343 Vgl. Kunz/Mona, Kap. 4.1.1, 46 ff.; Wesel, Juristische Weltkunde, 68 ff.

1344 Wolf, Rechtsgedanke, 17: „Im Laufe der neueren Zeit hat man den fürstlichen Absolutismus so gut wie die unmittelbare Demokratie, das jus majestatis so gut wie das jus revolutionis, das Recht auf Arbeit wie das Recht auf Zinsgenuss, den Individualismus wie den Kollektivismus, den Krieg wie den Frieden auf einem den Naturgesetzen entsprechenden Ur- oder Idealzustand begründet. So birgt die Naturrechtslehre in sich unvereinbare Widersprüche. Sie kann im guten Sinne gebraucht wie im bösen mißbraucht werden, je nachdem, wie es der zugrunde gelegte, schillernde Begriff der 'Natur' erlaubt."

1345 Mairet, Introduction, 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich rechtfertigen lasse, warum und wie die Menschen sich dem (nicht mehr fiktiven) souveränen Willen unterordnen, an dessen Bildung sie kraft Fiktion theoretisch irgendwie teilhaben. Das metaphysische Element liegt im Übergang von der Fiktion zur Begründung der realen Bindung an Gesetze. Dieses Naturrecht eignete sich dazu, von irgendwelchen Autoritäten definiertes Recht als verbindlich vorzugeben. In einem keiner Überprüfung fähigen Naturrecht findet jeder Interpret das, was er in dieses Recht hineinlegt.[1346]

Damit ist der Interpret dem Bestätigungsfehler ausgeliefert.[1347] Ist der Gegenstand des Naturrechts empirisch nicht fassbar, bleibt nur die Intuition als Erkenntnisquelle bestehen. Naturrecht ist dann für jeden das, was die dominierende innere Intuition gebietet. Die nachgeschobene Begründung wäre dann blosse Intuitionsapologetik.[1348] In diesem Sinn will und darf das vorliegend vertretene Gerechtigkeitsverständnis kein Naturrecht sein.

Das hier vertretene Verständnis der Gerechtigkeit ist aber insofern „überpositiv" und naturrechtlich begründet, als die Gerechtigkeit sich auf eine für alle Personen zugängliche Erkenntnisbasis zurückführen lässt. Man könnte von spinozischem Naturrecht sprechen. Weil Spinoza die Vertragsidee anders als die meisten seiner Zeitgenossen nicht metaphysisch verklärte, sondern in ihr einfach ein Verhältnis von Kräften sah[1349],

---

1346 Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, § 12, (I-)VI: „Aus einer (angeblich) gottgestifteten Seinsordnung […], aus einem (angeblichen) Ur- oder Idealzustand der menschlichen Gesellschaft oder aus der 'Natur des Menschen' lässt sich als Naturrecht nur das herauslesen, was man zuvor als theologische oder moralische Prämissen hineingelegt hat. Solches normativ aufgeladene Naturrecht beruht also auf einem Zirkelschluss."

1347 Dazu etwa: R. S. Nickerson, Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, in: Rewiew of General Psychology (1998) 2, Nr. 2, 175–220; schön illustriert bei Mark Manson, Everything is fucked and I'm pretty sure it's the internet's fault, vom 23. März 2017, abrufbar auf <markmanson.net> (zuletzt: 10.4.2017): „And when you give the average person an infinite reservoir of human wisdom, they will not Google for the higher truth that contradicts their own convictions. They will not Google for what is true yet unpleasant. Instead, most of us will Google for what is pleasant but untrue."

1348 Siehe zum psychologischen Vorgang Kahneman, Thinking, 104: „In the context of attitudes, however, System 2 is more of an apologist for the emotions of System 1 than a critic of those emotions […]. Its search for information and arguments is mostly constrained to information that is consistent with existing beliefs, not with an intention to examine them." (dort ohne die Bezeichnung als „Intuitionsapologetik").

1349 Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 37, Anmerkung 2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist er eine Ausnahmeerscheinung inmitten der Blütezeit der Vertragstheorien.[1350] Spinoza lehnte es zudem ab, den Menschen – oder auch nur dessen Vernunft – von der Natur isoliert zu betrachten.[1351] Spinozisches Naturrecht lehnt die Berufung auf Offenbarungen und andere blosse Postulate ab.[1352] Entsprechendes Naturrecht ist mehr als bloss ein Kontrapunkt zum formalen Recht und zum Rechtspositivismus.[1353] Es erkennt, dass sich Gerechtigkeit auf die Lebensrealität und auf das Leben selbst bezieht und beziehen muss. Die Suche nach dem Sinn der Gerechtigkeit und nach ihren Mitteln ist dabei nicht resultatoffen, selbst wenn sie oft im Dunkeln beginnen muss. Letztlich definiert die Natur des Lebens selbst seinen Sinn. Oder mit Spinoza: „Niemand strebt sein Sein um eines anderen Dinges wegen zu erhalten".[1354] Weil der Mensch in vieler Hinsicht ein soziales Wesen ist, ist die Rücksichtnahme auf andere natürlicherweise Teil seiner Ethik.[1355]

1350 Vgl. Mairet, Introduction, 29: „passée l'utilité du contrat les hommes sont déliés de leur serment d'obéissance au souverain".

1351 Spinoza, Ethik, 123: „Die meisten, die über die Affekte und die Lebensweise der Menschen geschrieben haben, scheinen nicht von natürlichen Dingen […] zu reden, sondern von Dingen, welche außerhalb der Natur liegen. Ja, sie scheinen den Menschen in der Natur wie einen Staat im Staate zu fassen. Denn sie glauben, daß der Mensch die Ordnung der Natur mehr störe als befolge; daß er eine absolute Macht in bezug auf seine Handlungen habe und von niemand als von sich selber bestimmt werde."

1352 Ein solches Naturrecht vertrat auch etwa: Holbach, Traité des trois imposteurs, 10: „[L]a hardiesse qu'ils ont eue de se vanter de tenir immédiatement de Dieu tout ce qu'ils annonçaient au peuple; créance absurde et ridicule, puisqu'ils avouent eux-mêmes que Dieu ne leur parlait qu'en songe" ; ebd., 65: „Cette ridicule opinion [d.h. der Glaube an Geister i.w.S.] ne fut pas plus tôt divulguée que les législateurs s'en servirent pour appuyer leur autorité"; ebd., 22: „Les Juifs et les Chrétiens aiment mieux consulter ce grimoire que d'écouter la Loi naturelle que Dieu, c'est-à-dire la Nature, en tant qu'elle est le principe de toutes choses, a écrit dans le coeur des hommes."

1353 Zu dieser klassischer Art Naturrecht, verstanden insb. als Gegensatz zum Rechtspositivismus, siehe: Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Kap. 4.1, 44–81; vgl. Wesel, Juristische Weltkunde, 71.

1354 Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 25, 232: „Niemand strebt sein Sein um eines anderen Dinges wegen zu erhalten", denn (sinngemäss) der Lebenswille eines Menschen fliesse einzig aus seiner Natur, nicht aus der Natur anderer Menschen oder Dinge.

1355 Vgl. Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 18, Anmerkung, 228: „[N]ichts Besseres, wiederhole ich, können sich die Menschen zur Erhaltung ihres Seins wünschen, als daß alle in allem so übereinstimmen, daß […] alle zugleich, soviel sie vermögen, ihr Sein zu erhalten streben und alle zugleich den gemeinschaftlichen Nutzen aller für sich suchen. Hieraus folgt, daß die Menschen, welche

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einer auf einem solchen Verständnis der Grundlage der Werte beruhenden Folgenethik fliesst alle Gerechtigkeitserkenntnis aus der Erfahrung, in all ihren Gestalten.[1356] Zum Erfahrungswissen zählen nicht nur quantitative empirische Rechnungen, sondern beispielsweise auch (mit unterschiedlicher Verlässlichkeit) individuelle Lebenserfahrungen, approximative Schätzungen, Analogieschlüsse aus Ereignisketten in ähnlichen Lebenssphären oder intuitive Urteile, soweit die Intuition selbst ihren Ursprung in relevanten Erfahrungen oder kognitiven Kapazitäten hat.[1357] Die Deutung von Erfahrungswissen aus den unterschiedlichen Quellen unterliegt den üblichen Regeln der Logik. Diese darf man nicht für unverbindlich erklären: Täte man es, wäre in moralischer Hinsicht fortan alles (und das Gegenteil von allem) wahr – mit der hier mehrfach zitierten Konsequenz, dass auch alles erlaubt wäre.[1358]

3. Lebensdienlichkeit als Grundprinzip

Menschliche Wertvorstellungen sind mit der Natur des Lebens verbunden. Weil er lebt, erfährt der Mensch sein Leben als wertvoll, nicht weil er es will.[1359] Er folgt seiner Natur, weil er seine Natur *ist*, und misst dem Leben ebenso unweigerlich einen Wert bei.[1360] Die Resilienz des Lebenswillens

---

von der Vernunft geleitet werden, d.h. die Menschen, welche nach der Leitung der Vernunft ihren Nutzen suchen, nichts für sich begehren, was sie nicht auch für die übrigen Menschen wünschten, und daß sie also gerecht, treu und ehrenhaft sind."

1356 Dubois, Selbsterziehung, 62: „[O]b diese oder jene Vorstellung a priori, von vornherein, in uns lebt […], oder ob alle unsere Ideen die Frucht der 'Erfahrung' sind", fragt Dubois, und zitiert die Antwort eines nicht namentlich genannten Fürsten: Der Mensch habe als Lehrmeister nur die Natur und die Erfahrung. Dazu ergänzt Dubois: „Er hätte auch bloß sagen können: die Erfahrung; denn die Natur ist die nackte Wirklichkeit, die Erfahrung aber unsere Art, jene anzusehen und zu deuten."

1357 Vgl. hinten, Teil 3, E.I.6.

1358 Nietzsche, Also sprach Zarathustra, Kap. 81: „Nichts ist wahr, Alles ist erlaubt".

1359 Schweitzer, Grundtexte, pos. 223/2132 (vgl. pos. 1389/2132): Der Mensch sei „Leben, das leben will, inmitten von Leben, das leben will"; vgl. sogar Kant, GMS, AA IV, 397. „Dagegen sein Leben zu erhalten, ist Pflicht".

1360 Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 19, Beweis, 229: „[J]eder [verlangt] notwendig das, was er für gut, und meidet dagegen, was er für böse hält. Dieses Verlangen ist aber nichts anderes als eben das Wesen oder die Natur des Menschen."; ebd., Teil 4, Lehrsatz 25, 232: „Niemand strebt sein Sein um eines anderen

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zeigt sich schon an der Tatsache, dass Menschen (wie auch andere Lebewesen) selbst unter widrigsten Umständen in aller Regel noch um ihr Leben kämpfen.

Das Leben selbst ist die Grundbedingung der Moral. Das Grund*prinzip* der Moral sprengt den Rahmen dieser Grundbedingung nicht: Wertvoll und richtig ist, was lebensdienlich ist.[1361] Beim Begreifen der Lebenstatsache und ihrer Implikationen entpuppt sich der Regress der Werte als doch nicht infinit. Zur Illustration: Es ist in der Regel geboten, Versprechen einzuhalten, weil Untreue die Grundlagen des kooperativen sozialen Lebens, wie gegenseitiges Vertrauen und Verlässlichkeit, beschädigt. Diese Grundlagen zu schonen, ist richtig, weil Vertrauen und Verlässlichkeit im Zwischenmenschlichen in vielfacher Weise der Lebensqualität einer grossen Zahl von Menschen dient und sich bisweilen gar als überlebensnotwendig erweisen kann. Bedarf der Wert der Lebensqualität oder des Überlebens einer Erklärung? Meines Erachtens nicht, weil der Wert des Lebens (und die hieraus fliessende Grundnorm der Lebensdienlichkeit) unweigerlich mit dem Dasein des Lebens verknüpft ist.

Kurz: Die Lebensdienlichkeit ist der tiefste Zweck der Moral: Richtig ist, was dem Leben dient. Der Rest ist Konkretisierung auf Basis der naturwissenschaftlich an sich (bei verfügbaren technischen Mitteln) begreifbaren Fakten des menschlichen Daseins. Zur Vermeidung aller Missverständnisse sei bloss betont, dass der Begriff der Lebensdienlichkeit sich nicht nur auf die Quantität Leben, sondern auch auf die Qualität und Fortbestehungsfähigkeit des Lebens bezieht (die lebensdienlichste Handlung ist nicht einfach nur die, aus welcher die grösste Zahl je gelebter Menschenleben resultiert[1362]).

Dinges wegen zu erhalten"; Schweitzer, Kultur, 302: „[Der Lebenswille] reicht mir den Kompass für die Fahrt dar, die ich in der Nacht ohne Karte unternehmen muss. Das Leben in der Richtung seines Laufes auszuleben, zu steigern, zu veredeln, ist natürlich."; ferner Dworkin, Igel, 346, zur Notwendigkeit der Annahme des Werts des Lebens; Sen, Justice, 212 f.

1361 Vgl. Spinoza, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 8, Beweis, 219; Schopenhauer, Grundlage, 194.

1362 Vgl. vorne, Teil 3, D.III.1.d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II Aspekte erfahrungsbasierter Gerechtigkeitserkenntnis

1. Erkenntnis durch Versuch und Irrtum

Obschon die Lebensdienlichkeit eines Verhaltens oder der menschliche Begriff der Lebensqualität grundsätzlich empirisch erfassbar sind, lassen sich die optimalen Massnahmen selten exakt bestimmen. Zu komplex ist das Leben, zu unvollständig selbst das beste menschliche Wissen. Zu einer Diktatur empirisch erkannter Ideale kommt es schon deshalb nicht, weil der Gedanke der Lebensdienlichkeit im Interesse aller Raum lässt für mannigfaltige Lebensentwürfe und für die Anerkennung des hohen Werts der Freiheit, die über das Verfahren von Versuch und Irrtum den Motor der Erkenntnis bildet.

a. Wert der Vielfalt: im Allgemeinen und im Recht

Als in den 70er-Jahren in Südostasien Spitzkopfzikaden die jungen Pflanzen einer vielerorts angebauten Sorte Reis befielen, hätte der drohende Einbruch der Ernte zur Katastrophe führen können. Forscher entdeckten rechtzeitig eine wilde, resistente Reissorte, was die Züchtung einer resistenten Mischsorte hieraus und aus der befallenen Sorte Reis ermöglichte; durch den Anbau dieser gekreuzten Sorte liessen sich die schlimmsten Ernteausfälle und deren Folgen für die Versorgung der Bevölkerung verhindern.[1363]

Das Beispiel illustriert die Lebensdienlichkeit der Vielfalt. Allgemein hängt das Wohl der Menschen wesentlich vom Schutz der Artenvielfalt im Tier- und Pflanzenreich ab.[1364] Wo es an Vielfalt fehlt, steht im Falle kleiner Irrtümer vieles auf dem Spiel. Für moralische und rechtliche Normen gilt dies m.E. ebenso: Wenn Menschen dazu animiert werden, unerschrocken eigene Lebenswege zu suchen, trägt dies nicht nur direkt zur Lebensqualität der Betroffenen bei (sei es auch nur durch das dabei gewonnene Freiheits- und Verantwortungsgefühl), sondern dient auch indirekt dem Wohl der Menschen, da der Mut zum Versuch, zum Risiko und die

---

1363 The Economist 12.9.2015, Banks for bean counters.

1364 Siehe Soliveres u.a., Biodiversity at multiple trophic levels is needed for ecosystem multifunctionality, in: Nature 536 (2016), 456–459, abrufbar auf: <www.nature.com/ nature/journal/v536/n7617/full/nature19092.html>. (zuletzt abgerufen am 7.3.2017).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erprobung unterschiedlicher Lebenswege wesentlich zur Generierung von Erfahrungswissen beiträgt.[1365]

Zwar lässt sich in einer interdependenten Welt umgekehrt auch die Harmonie der Rechtsordnungen als wertvoll loben.[1366] In ökonomischer Hinsicht kann es zweckmässig sein, rechtliche Regelungen zu vereinheitlichen, um Kosten zu reduzieren. Zudem ist einheitliches Recht typischerweise vorhersehbarer (insbesondere für Personen, die an unterschiedlichen Orten aktiv sind). Gleichwohl sollte man im Zweifelsfall nicht voreilig harmonisieren wollen, da einmal durchgesetzte einheitliche Regelungen sich nicht leichthin rückgängig machen lassen.[1367] Nicht jede formal höherrangige Norm oder jede Tendenz zur materialen Einheitlichkeit verdient Nachahmung. Es ist daher erfreulich, dass der Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 BV die Beachtung des Völkerrechts fordert, nicht um jeden Preis auch dessen Vorrang.[1368]

b. Im Zweifelsfall Erfahrungen ermöglichen

Ein substanzielles Verständnis der Gerechtigkeit bedeutet, dass Regeln, Prinzipien oder hehre Ideale nicht Selbstzweck sind. Es wird weder unkritisch am Bestehenden festgehalten[1369] noch dem ewigen Fortschritt gehuldigt; die rationale Erkenntnis dient realistischem Fortschritt.[1370] Ent-

---

1365 Vgl. Russell, Writings, Kap. 42, 343: „We shall not create a good world by trying to make men tame and timid, but by encouraging them to be bold and adventurous and fearless except in inflicting injuries upon their fellow-men."; vgl. Constant, De l'uniformité, in: Écrits, 164–171.

1366 Zur Tragweite des Art. 5 Abs. 4 BV etwa Tschumi/Schindler, in: SG-Komm. BV, Art. 5, N. 89 ff.

1367 Vertiefend Uffer, Margin of Appreciation, passim.

1368 Vgl. SG-Komm, Tschumi/Schindler, N. 98.

1369 Schön illustriert bei Watzlawick, Anleitung zum Unglücklichsein, u.d.Ü.: *Der verlorene Schlüssel oder „mehr desselben"*.

1370 Constant, De l'uniformité, in: Écrits, 166: „J'ai pour le passé, je l'avoue, beaucoup de vénération; et chaque jour, à mesure que l'expérience m'instruit ou que la réflexion m'éclaire, cette vénération augmente. Je le dirai, au grand scandale de nos modernes réformateurs, […] si je voyais un peuple auquel on aurait offert les institutions les plus parfaites, métaphysiquement parlant, et qui les refuserait pour rester fidèle à celles de ses pères, j'estimerais ce peuple, et je le croirais plus heureux par son sentiment et par son âme, sous ses institutions défectueuses, qu'il ne pourrait l'être par tous les perfectionnements proposés." – wobei Constant sich gegen das Missverständnis wendete, er habe einer oberflächlich-konservativen Position das Wort geredet: „On verra que,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidend ist, was man mit Blick auf Erfahrungen und allgemeine Folgenerwägungen (die simulierte Erfahrungen sind) von bestimmten Schritten – nach vorne, hinten oder in irgendeine andere Richtung – für das Wohl der betroffenen Menschen erwarten kann. Weil Erfahrungen entscheidend sind, sie aber für viele konkrete Fragen fehlen (und die Vorstellungskraft sie nicht immer hinreichend verlässlich simulieren kann), ist es bisweilen angezeigt, Erfahrungen gezielt zu erwerben. Im Rahmen experimenteller Rechtsetzung kann Recht für eine befristete Zeit erlassen werden, um Erkenntnisgrundlagen zu sammeln und später auszuwerten.[1371] Schon Montesquieu sagte, es sei oft sinnvoll, ein Gesetz auszuprobieren, ehe man es erlasse.[1372]

Werden heutzutage neue Regulierungsstrategien erprobt, spricht man von Pilotprojekten. Ein jüngeres Beispiel hierfür ist die umfassende Regulierung des Aufenthalts von Sans-Papiers im Kanton Genf[1373]; ein schon etwas älteres Beispiel die Einführung der ärztlich kontrollierten Heroinabgabe im Rahmen eines Pilotprojekts im Jahr 1993.[1374] Solche mutigen Lösungen lassen sich politisch oft nicht von Beginn an in einem grösseren Rahmen verwirklichen. Die sofortige flächendeckende Einführung einer zunächst nur hypothetisch richtigen Lösung wäre überdies riskant. Daher ist es wichtig für die Entwicklung der Rechtsordnungen, dass an unterschiedlichen Orten unterschiedliche Lösungen erprobt werden können (vielleicht könnte der Staat gar, damit Pilotprojekte aussagekräftige Resultate ermöglichen, soweit praktikabel, randomisierte kontrollierte Studien durchführen[1375]).

---

si je repousse les améliorations violentes et forcées, je condamne également le maintien, par la force, de ce que la marche des idées tend à améliorer et à réformer insensiblement." (ebd., m.V.); vertiefend zum Spannungsfeld zwischen progressiven und konservativen Ideen: Arendt, Between Past and Future, 17 ff.

1371 Vgl. Körber, Experimentelle Rechtsetzung, 386.

1372 Montesquieu, Esprit des lois, 104.

1373 NZZ vom 21.2.2017, „Operation Papyrus" in Genf. Tausende Sans-Papiers erhalten Aufenthaltsbewilligung, abrufbar auf: <www.nzz.ch/schweiz/operation-papyrus-genf-regularisiert-tausende-sans-papiers-ld.146839> (zuletzt: 20.8.2017).

1374 Ethan Nadelmann, Switzerland's Heroin Experiment, in: National Review, 10.7.1995, 46–47.

1375 So der Vorschlag an die Adresse des Gesetzgebers in: The Economist, 20.12.2015, Randomised controlled trials. In praise of human guinea pigs, abrufbar auf <www.economist.com/news/leaders/2167979-doctors-use-evidence-when-prescribing-treatments-policymakers-should-too-praise-human> (zuletzt abgerufen am 17.7.2017).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Vorgehen, Gesetze im Rahmen von Pilotprojekten zu erproben, kann jedenfalls auch (oder: besonders) dort sinnvoll sein, wo Grundrechte betroffen sind; im Bereich der Drogenpolitik, der Migrationspolitik oder im Kampf gegen den Einfluss von religiösen Hasspredigern. Gerade bei Grundrechten sollte man nicht ohne Not (mangels Mut zur Neuregulierung oder umgekehrt durch legislatives Draufgängertum) ein schweres Verfehlen der gesetzlichen und grundrechtlichen Ziele in Kauf nehmen.

Es darf somit das Prinzip gelten: Im Zweifel für die Vielfalt.[1376]

c. Exkurs: Erfahrungsgenese mithilfe der „Margin of appreciation"-Doktrin des EGMR?

Die Vielfalt der Wege zur Umsetzung der Menschenrechte ist ein vom EGMR wenigstens theoretisch honoriertes Gut: Indem der EGMR den an die EMRK gebundenen Mitgliedsstaaten des Europarats eine „Margin of appreciation" einräumt, belässt er ihnen Raum zur Erprobung unterschiedlicher Lösungsansätze.

Weit ist die Margin of appreciation in der Regel dort, wo es darum geht, die konkrete Modalität der Erfüllung von Schutzpflichten zu überprüfen.[1377] Einen Anlass zur Gewährung einer weiten Margin of appreciation erblickte der EGMR zudem typischerweise im Fehlen einer (tendenziell) einheitlichen Praxis der Staaten zur fraglichen Problematik.[1378] Neuerdings ist festzustellen, dass der EGMR öfters eine enge Margin of appreciation postuliert, um so eine harmonische Deutung der Grundrechte durchzusetzen.[1379] Bisweilen ist der EGMR spitzfindig und entdeckt im Kaffeesatz der Staatenpraxis einen bescheidenen Emerging consent, der

---

1376 Vertiefend Uffer, Margin of Appreciation, *passim*.

1377 Statt vieler EGMR, *Pretty c. VK* (2002), 2346/02, § 52 ff.

1378 EGMR, *Obst v. Germany* (2010), 425/03, § 42: „[T]he margin of appreciation afforded to the State is wider where there is no consensus […], either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it."; vgl. EGMR, *Glor c. Schweiz* (2009), 3444/04, § 75: „One of the relevant factors in determining the scope of the margin of appreciation left to the authorities may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States".

1379 Jan Kratochvíl, The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, Bd. 29/3 (2011), 324–357; siehe auch Uffer, Margin of Appreciation, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann die Durchsetzung einer einheitlichen Grundrechtspraxis in zuvor heterogen gelösten Problemen rechtfertigen soll.[1380]

Solche Eile ist unschön. Zwar mag auch erzwungene Harmonie Frieden stiften (Historiker mögen an die Pax Romana oder die Pax Mongolica denken oder sich der Spannungen vergegenwärtigen, die das mögliche Ende der Pax Americana weltweit auszeichnen). Aber solange Unklarheiten ob der optimalen Lösung bestehen und weder die Ressourcenintensivität der zu regulierenden Domäne noch andere gewichtige Gründe zur Harmonisierung nötigen, ist in Gerechtigkeits- und Grundrechtsfragen die bewusste Duldung verschiedener Ansätze zu empfehlen.

2. Maslows Bedürfnishierarchie als Konkretisierungsmassstab

a. Maslows Hierarchie der Grundbedürfnisse

Wenn Moral lebensdienlich ist, zielt sie auf die Befriedigung zumindest existenzieller Bedürfnisse. Im bedürfnislosen Raum wäre Gerechtigkeit gegenstandslos: Wo niemand auch nur einer Sache bedarf, kann nichts verletzt werden.[1381] Diese Einsicht lässt sich (wie vorne bereits angeregt) auf Basis der Bedürfnishierarchie Maslows konkretisieren, der 1943 in *A Theory of Human Motivation* aufzeigte, in welcher Reihenfolge Menschen ihre Bedürfnisse zu befriedigen trachten:

1380 So in EGMR, *Perinçek c. Schweiz* (2013), 27510/08, § 120: in diesem Kammerurteil erfand die Richtermehrheit kurzerhand den Konsens, den sie begehrte; die Grosse Kammer nahm still und leise vom Fehler Abstand: EGMR, *Perinçek c. Schweiz* (2015), 27510/08, § 256–257. Manchmal interessierte sich der EGMR indes überhaupt nicht für existierende Ansätze eines Staatenkonsens: siehe EGMR, *A. B. and C. v. Ireland* (2010), 25579/05, § 234–236.

1381 Russell, Writings, Kap. 43, 353: „The practical need of morals arises from the conflict of desires, whether of different people or of the same person at different times or even at one time."; siehe auch Holbach, La morale universelle, 263: „La Morale, pour avoir une base invariable, doit être établie sur un principe évidemment commun à tous les êtres de l'espèce humaine, inhérent à leur nature, mobile unique de toutes leurs actions. Ce principe, comme on l'a déjà fait voir ailleurs, est le désir de se conserver, de jouir d'une existence heureuse, d'être bien dans tous les moments de notre durée sur la terre: c'est ce desir toujours présent, toujours activ, toujours constant dans l'homme, que l'on désigne sous le nom d'*amour de soi*, d'*interêt*."; vgl. oben, Teil 3, D.II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- *Physiologische Bedürfnisse (1. Stufe)*: Zuerst will der Mensch elementare Überlebensbedürfnisse befriedigen, also Hunger und Durst stillen, frei atmen, nicht unmittelbar am Leben bedroht sein.[1382]
- *Sicherheitsbedürfnisse (2. Stufe)*: Wer nicht gerade ums Überleben (etwa um ein Stück Brot oder freie Atemwege) ringt, will elementare Sicherheit; er verlangt nach Lebensbedingungen, unter denen er nicht fürchten muss, jederzeit einer existenziellen Gefahr ausgesetzt sein zu können. Er begehrt Gesundheit, ein Dach über dem Kopf und jene Freiheit, derer es etwa bedarf, um ungefährdet von A nach B zu gehen oder sich frei mit anderen Menschen auszutauschen.[1383]
- *Anschlussbedürfnisse (3. Stufe)*: Wer sein Sicherheitsbedürfnis gestillt weiss, strebt nach Affektion, Zugehörigkeit, Liebe und anderen Vorzügen des sozialen Daseins; er will sich aufgenommen fühlen, den Schutz der Gemeinschaft geniessen, sich austauschen, ein kooperatives Leben leben.[1384]
- *Anerkennungsbedürfnisse (4. Stufe)*: Nach Befriedigung seiner Grundbedürfnisse will der Mensch seine Wachstumsbedürfnisse[1385] stillen, wozu in erster Linie der Wunsch zählt, angesehen zu sein, einen Namen zu haben, sich selbst besonders zu schätzen, im sozialen Gefüge eine

---

1382 Dazu Maslow, Human Motivation, 9 ff.

1383 Maslow, Human Motivation, 13 (ff.): „If the physiological needs are relatively well gratified, there emerges a new set of needs, which we may *categorize roughly as the safety needs*" (Hervorhebung ergänzt [Maslow geht es um Sicherheit im weiten, nicht nur sicherheitspolizeilichen Sinn]), ebd., 17: „The healthy, normal, fortunate adult in our culture is largely satisfied in his safety needs. The peaceful, smoothly running, ‚good' society ordinarily makes its members feel safe enough from wild animals, extremes of temperatures, criminals, assault and murder, tyranny, etc.",

1384 Maslow, Human Motivation, 19 f. (*love and affection and belongingness needs*): „If both the physiological and the safety needs are fairly well gratified, then there will emerge the love and affection and belongingness needs, and the whole cycle already described will repeat itself with this new center. Now the person will feel keenly, as never before, the absence of friends, or a sweetheart, or a wife, or children. He will hunger for affectionate relations with people in general, namely, for a place in his group, and he will strive with great intensity to achieve this goal." – Es dürften insb. Bedürfnisse dieser Stufe sein, die beim Freiheitsentzug unbefriedigt bleiben und daher den strafenden Charakter der Haft ausmachen.

1385 So bezeichnet etwa in: M. Krogerus/R. Tschäppeler, 50 Erfolgsmodelle, Kleines Handbuch für strategische Entscheidungen, Zürich 2008, 88.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als entscheidend empfundene Rolle innezuhaben, viel Anerkennung zu erfahren.[1386]

– *Selbstverwirklichung und Selbsttranszendenz (5. Stufe)*: Sodann strebt er nach Selbstverwirklichung oder Selbsttranszendenz, also etwa danach, das Beste aus sich selbst herauszuholen, Talente zu realisieren oder auch etwas zu leisten, das unabhängig vom Selbst von Bedeutung ist; etwa altruistische Hilfe oder als gross beurteilte Leistungen für die Nachwelt.[1387]

Diese Bedürfnishierarchie liefert einen sachlichen Ansatz zur Priorisierung unterschiedlicher Ansprüche.[1388] Sie lässt sich als Massstab zur Bewertung moralischer – inklusive rechtsethischer – Sachverhalte beiziehen. Abstrakt gesagt: Die Ermöglichung der Befriedigung des Bedürfnisses einer Person zum Nachteil prioritärer Bedürfnisse einer anderen Person ist ungerecht.

b. Applikation im Rahmen der Güterabwägung

Zur Illustration: Geht man von der Gleichwertigkeit der Menschen aus, darf niemand seinen Nächsten zur Befriedigung sozialer Bedürfnisse töten (etwa weil der Getötete die Aufnahme des Täters in einer Gruppe verhinderte). Ferner ist die Tötung zum Schutze von Eigentum, etwa durch Schüsse auf einen fliehenden Dieb, stets unverhältnismässig – ausser man ist auf das Eigentum existenziell angewiesen. Auch ist die Tötung einer Person, deren Gegenwart (weil sie gross, dunkel oder seltsam gekleidet ist) abstrakte Unsicherheitsgefühle auslöst, nicht gestattet. Die Selbstverständlichkeit dieser Feststellung zeigt, dass selbst Sicherheitsbedrohungen in der Regel höchstens Reaktionen auf gleicher Stufe legitimieren. Die

---

1386 Vgl. Maslow, Human Motivation, 20: „All people in our society (with a few pathological exceptions) have a need or desire for a stable, firmly based, (usually) high evaluation of themselves, for self-respect, or self-esteem, and for the esteem of others. By firmly based self-esteem, we mean that which is soundly based upon real capacity, achievement and respect from others." Mit einer Unterteilung: „These needs may be classified into two subsidiary sets. These are, first, the desire for strength, for achievement, for adequacy, for confidence in the face of the world, and for independence and freedom. Secondly, we have what we may call the desire for reputation or prestige (defining it as respect or esteem from other people), recognition, attention, importance or appreciation."

1387 Vgl. Maslow, Critique of self-actualization theory, 26–32.

1388 Siehe hierzu insb. auch Teil 2, B.II.1.c.; Teil 3, D.I.2.e.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bewahrung des Lebens geht Sicherheitsbedürfnissen vor. Anders mögen die Dinge liegen, wo die Sicherheit so schwer bedroht ist, dass eine Tötung wahrscheinlich dünkt.

Sicherheitsbedürfnisse hingegen gehen dem Bedürfnis nach sozialem Anschluss vor. Daher kann die blosse Gefährlichkeit einer Person deren weitgehende Isolation von der Aussenwelt legitimieren. Deswegen sind im Kampf gegen den Terrorismus Überwachungsmassnahmen in der Regel zulässig, soweit sie nur Bedürfnisse dritter, vierter und fünfter Stufe berühren. Unzulässig wäre eine Überwachungsmassnahme, wenn sie indirekt auch zu einer Bedrohung der elementaren Sicherheit der Betroffenen führte (dies wäre jedenfalls der Fall in einem Staat, der politische Verfolgung betreibt).

Ein Beispiel für den Vorrang der Anschlussbedürfnisse vor Bedürfnissen vierter Stufe: Wird jemandem der Austritt aus der eigenen Religion erheblich erschwert, ist diese Person in ihren Anschlussbedürfnissen betroffen (diese setzen die Freiheit der Wahl des eigenen sozialen Umfelds voraus). Die übrigen Religionsangehörigen mögen zwar ein genuines Bedürfnis an der Verhinderung von Austritten haben: Je grösser die Mitgliederzahl und je seltener die Abgänge, desto eher fühlt man sich wohl im Gefühl bestärkt, der „richtigen" Glaubensgruppe anzugehören. Daher mag es das Selbstwertgefühl religionstreuer Personen belasten, wenn sich die Abgänge mehren; ein Bedürfnis vierter Stufe ist somit belastet. Konfligiert dieses Bedürfnis mit jenem nach Austritt ist klar, was vorgeht: Niemals kann das Bedürfnis nach blossem Ansehen oder nach Anerkennung dem sozialen Bedürfnis des austrittswilligen Mitglieds vorgehen.

Diese Beispiele illustrieren die Möglichkeit der Grundrechtsgewichtung unter Bezug auf die Bedürfnisse der Menschen. Sie drücken abstrakte Wertrelationen aus. Nicht erst der Einzelfall zaubert, ohne dass es einer Vorlage bedürfte, die entscheidenden Werte herbei. Zu beachten ist, dass der Vergleich der betroffenen Bedürfnisse ein Indiz auf das liefert, was höchstens zulässig ist. Die Frage nach dem geringeren Mittel bewahrt ihre Geltung: Hat eine lebensrettende Handlung insgesamt Belastungen des Lebens und der Lebensqualität zur Folge, die in dem Ausmass nicht nötig sind, dann ist diese Handlung ungerecht. Auf die Bedürfnisse übertragen bedeutet dies, dass nicht jede Bedrohung auf einer bestimmten Bedürfnisstufe unweigerlich eine Schutzreaktion auf derselben Stufe legitimiert: Nicht jeder Mordversuch muss mit der Tötung des Täters enden, nicht jede Bedrohung der Sicherheit durch Vergrämung des Störers.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Konsequenz für die ausnahmsweise Zulässigkeit von Tötungen

Heute kann der Blick auf die Grundbedürfnisse der Menschen helfen, Grade des Guten zu ermitteln und einzuschätzen, welche Interessen im Konfliktfall priorisiert werden sollen. Für die vorliegende Arbeit – deren Fokus Grundrechtskollisionen sind, bei denen das Leben eines Menschen zumindest auf einer Seite der Kollision auf dem Spiel steht – lässt sich aus der Bedürfnishierarchie folgendes Prinzip gewinnen: Ein Verhalten, das zum Tod von Menschen führt – d.h. insbesondere eine aktive Tötung oder die Nichtverhinderung einer solchen –, kann demnach einzig dann verhältnismässig sein, wenn auf der anderen Seite ebenfalls Bedürfnisse erster oder zumindest in schwerer Weise solche zweiter Stufe (kurz: existenzielle Bedürfnisse) auf dem Spiel stehen.

d. Fälle scheinvorrangiger Bedürfnisse fünfter Stufe

Das Bedürfnis nach Selbstverwirklichung oder Selbsttranszendenz ist auf fünfter Stufe angesiedelt; dadurch ist es an sich gegenüber den Bedürfnissen der übrigen vier Stufen stets nachrangig. Doch darf man daraus, dass jemand um der Selbstverwirklichung oder Selbsttranszendenz willen handelt, nicht schliessen, die fraglichen Handlungen lägen nur im Interesse dieser Bedürfnistypen. Denn beide Bedürfnisse können fremddienliches Verhalten animieren. Ein Beispiel ist der Helfer, der nach einem Erdbeben mit seinem unermüdlichen Einsatz im Rahmen von Bergungsarbeiten andere Menschen rettet. Freunde des Helfers, die das gemeinsame Feierabendbier dem Einsatz des Helfers vorzögen, können dem Helfer mit Blick auf die Bedürfnishierarchie nun nicht vorwerfen, er setze falsche Prioritäten und handle demnach ungerecht, da er Bedürfnisse nach Selbstverwirklichung und Selbsttranszendenz den sozialen Bedürfnissen (dritter Stufe) voranstellt. Befriedigt werden ja gerade auch Bedürfnisse erster Stufe, da sich der Helfer den verschütteten Menschen in ihrer existenziellen Not widmet. Hier auf die Intention des Helfers abzustellen führte in die Irre. Die Folgen für die Befriedigung der Summe der betroffenen Bedürfnisse zählen. Mögen den Helfer auch nachrangige Bedürfnisse antreiben, mag er gar aus Neigung oder des eigenen Wohlbefindens wegen seinen Einsatz

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

leisten – wen kümmert es? Es schmälert nicht die Güte seiner Tat.[1389] Wollte man alle irgendwie eigeninteressierten Helfer vom Helfen ausschliessen, wäre kaum jemandem geholfen.

e. Bedürfnisse im Kontext privater Rettungsbemühungen

Die Logik der Bedürfnisse erklärt, warum der Staat private Rettungsbemühungen zum Schutz des Lebens zumindest noch dann dulden muss, wenn die nicht aussichtslosen Rettungsbemühungen nachrangige Bedürfnisse eines Störers (z.B. Sicherheitsbedürfnisse) auf empfindliche Weise tangieren und der Staat selbst nicht in der Lage wäre, die Rettung auf schonende Weise vorzunehmen. Die Mutter eines entführten Kindes muss, wenn die Polizei ihr nicht helfen kann, konkret dem Entführer Gewalt androhen dürfen, solange dies die Rettung des Kindes ermöglichen kann.[1390] Denn wer Gewalt anwendet, um das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt (Art. 17 StGB). Die Hierarchie der Grundbedürfnisse liefert ein sachliches Kriterium zur Beurteilung besagter Höherwertigkeit.

3. Intuition als Erkenntnismittel?

Wie steht die Intuition im Verhältnis zur Gerechtigkeitserkenntnis? Die Intuition ist m.E. kein Vehikel zur problemfreien und verlässlichen Erkenntnis moralischer Wahrheiten. Wer zu sehr auf (seine) Intuitionen baut, müsste sich fragen: Warum wird über Moral gestritten, obwohl die Intuitionen im Recht liegen? Der in seiner Perspektive gefangene Intuitionsmoralist droht hieraus zu folgern, die anderen stritten nicht gutgläubig. Das ist die grosse Gefahr. Wer die intuitive menschliche Vernunft (im Zweifelsfall die eigene) für unanfechtbar hält, der muss im Konflikt mit widerstreitenden Ansichten aus Gründen der Folgerichtigkeit auf die Boshaftigkeit des Andersdenkenden schliessen. Oder auf dessen Denkfaulheit, die man aber durchaus auch zur Boshaftigkeit zählen kann.

1389 *Contra* Kant, KpV, AA V, 72: „mithin nicht bloß ohne Mitwirkung sinnlicher Antriebe, sondern selbst mit Abweisung aller derselben, und mit Abbruch aller Neigungen".

1390 Vgl. unten, Teil 4, C.IV.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Gerechtigkeitsintuition ist wie alle Intuition irrtumsanfällig.[1391] Nicht überall funktioniert der menschliche „Empathometer"; er ist oft defekt, wo es darum geht, sich des Leides einer grossen Anzahl von Menschen, fern lebender oder noch nicht lebender Menschen sachlich zu vergegenwärtigen.[1392] Zudem basieren auch Vorurteile und Verschwörungstheorien auf Intuitionen; Propaganda und Hetze setzen oft genau dort an, indem sie die (Un-)Gerechtigkeitsgefühle manipulierend steuern oder zu steuern versuchen.[1393]

Ein weiteres Problem ist darin zu sehen, dass das Gerechtigkeitsgefühl in Krisenzeiten bisweilen mehr über soziale Anpassung oder Nicht-Anpassung aussagt als über Moral.[1394] Zu Recht meinte daher Arendt, niemand, der seine fünf Sinne beisammen habe, dürfe angesichts der Erkenntnisse aus dem Zweiten Weltkrieg noch behaupten, dass das Moralische sich von selbst verstehe.[1395]

Der Herannäherung an die Kenntnis der Gerechtigkeit kann die Intuition gleichwohl dienen. Das liegt daran, dass sie aus guten Quellen schöpft: aus Erfahrungen unterschiedlichster (individueller, kulturell tradierter oder genetisch vermittelter) Art.[1396] Unsere Sinne transformieren Erlebtes täglich in Erfahrung; und von diesen Sinnen her kommt, so

---

1391 Kahneman, Thinking, Kap. 10 ff., 109 ff.

1392 Nate Soares, On caring (<http://mindingourway.com/on-caring/>), zit. nach der Übersetzung bei: David Althaus, Über Mitgefühl und die Vernachlässigung großer Zahlen, 8. November 2015 auf <https://effektiveraltruismus.de/blog/ueber-mitgefuehl-und-die-vernachlaessigung-grosser-zahlen/> (zuletzt: 10. Juni 2017).

1393 Ein Beispiel (von meinem Lektor geschildert): „Weshalb ist es eigentlich leichter, einen deutschen Temposünder oder einen westeuropäischen Falschparker zu bestrafen, als einen osteuropäischen Vergewaltiger oder einen orientalischen Ehrenmörder?" – Dass hier ganz unterschiedliche Delikte verglichen werden und die auf die Herkunft verweisenden Adjektive obsolet sind, dürfte leichthin übersehen, wer sich durch solche Aussagen im latenten Unrechtsgefühl bestärkt fühlt.

1394 Arendt, Über das Böse, 95: „Schuldgefühle zum Beispiel können durch einen Konflikt zwischen alten Gewohnheiten und neuen Befehlen – der alten Gewohnheit, nicht zu töten, und dem neuen Tötungsbefehl – hervorgerufen werden; aber sie können genausogut durch einen gegenteiligen Konflikt entstehen: Derselbe Mann wird sich schuldig fühlen, wenn er nicht mitmacht, sobald erst einmal das Töten, oder was immer die 'neue Moral' fordert, zur Gewohnheit geworden ist und von jedermann anerkannt wird."

1395 Arendt, Über das Böse, 26.

1396 Kahneman, Thinking, Kap. 22, 234 ff. (insb. 240–243).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nietzsche, erst alle Glaubwürdigkeit, alles gute Gewissen, aller Augenschein der Wahrheit.[1397]

Kurz: Intuition ist ein idealerweise erfahrungsgestütztes Erkenntnismittel, das mit (Selbst-)Skepsis zur Anwendung gebracht werden sollte.

4. Erkenntnis durch Analogieschlüsse

Man könnte irrtümlicherweise annehmen, Erfahrungen seien für die Erkenntnis allgemein von geringem Wert, weil sich identische Fälle niemals exakt wiederholen. Nimmt man dies an, verkennt man die Aussagekraft von Erfahrungen und die Macht gewisser Mittel, aus Erfahrungen relevante Schlüsse zu ziehen. Ein wichtiges Mittel ist der Analogieschluss.

Auch in Gerechtigkeitsfragen kann per Analogieschluss eine übereinstimmende Erfahrung in bestimmten Fällen auf vergleichbare Problemfälle übertragen werden. Der Analogieschluss ist eine Form der approximativen Erkenntnis, die die Inanspruchnahme von Erfahrungen sowie Wahrscheinlichkeitserwägungen und logische Überlegungen (z.B. *a fortiori*-Schlüsse) voraussetzt.[1398] Zur Illustration: Ein Kind, das aus Erfahrung weiss, dass es einem anderen nicht einen Stein auf den Kopf werfen soll (weil dies weh tut), weiss aus Analogie, dass das Werfen eines ähnlich harten Holzscheits zu vermeiden ist – und vielleicht auch, dass dies für weiche Schneebälle nicht zwingend gilt. Der Staat, der um die Inakzeptabilität der Todesstrafe weiss, weiss auch, dass die Ausschaffung einer Person in einen Staat, wo der betroffenen Person die Todesstrafe droht, inakzeptabel ist.

Ethisch fundiert sind Analogieschlüsse, wenn gefestigtes Erfahrungswissen auf Fälle übertragen wird, die in Bezug auf die relevanten Wirkungsrelationen, Wahrscheinlichkeiten und betroffenen Werte ähnlich sind.

1397 Nietzsche, JGB, N. 134.

1398 Vertiefend dazu: C. Shelley, Multiple analogies in Science and Philosophy, Amsterdam u.a. 2003; J. Sowa/A. Majumdar, Analogical reasoning, Conceptual Structures for Knowledge Creation and Communication, Proceedings of ICCS, Berlin 2003, 16–36.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Von der Lebensdienlichkeit zur Leiderlösung im Grenzfall

1. Kein unbedingtes Gebot des Schutzes des Lebendigseins

Das Prinzip der Lebensdienlichkeit gilt unter der Annahme, dass der Mensch das Leben unter nahezu allen Bedingungen als wertvoll erfahren kann. Was aber gebietet sich in Fällen, in denen der Mensch sein Leben nicht mehr als Wert erlebt?

– *Lebenslast*: Eine Person hat einen schweren Unfall überlebt, leidet nun aber täglich an schwersten Schmerzen. Sie empfindet ihr Leben als unerträglich und möchte es beenden.

In Fällen, die sich diesem abstrakten Beispiel zuordnen lassen, wankt die Prämisse des Werts des Lebens: Wo Leben für die Betroffenen eine unerträgliche Last ist, sind Massnahmen zur Erhaltung des Lebens nicht zwingend Ausdruck der tiefsten Moral. Das Prinzip der Lebensdienlichkeit, dem es auch um den Erhalt des Lebens als etwas (für das betroffene Leben) Wertvolles geht, steht dem wünschenswerten Tod nicht zwingend im Weg. Gerade wo Lebensqualität und Lebenswille unwiderruflich belastet sind, stellt sich bei der Prüfung der optimalen Folgen die Frage, ob Handlungen gegen das fortgesetzte Lebendigsein des Einzelnen zulässig oder gar geboten sein könnten. Der Spielraum für Leiderlösungshandlungen sollte aber aus Vorsichtsgründen als eng angesehen werden: Von der Notwendigkeit der Befreiung von einem angeblich oder mutmasslich unerträglichen Dasein darf wegen der Missbrauchsgefahr nur ausnahmsweise die Rede sein.

2. Denkbarkeit des Todes als Leiderlösung in Grenzfällen

Die Frage, wann Befreiung von Leiden des Lebens nötig ist, darf nicht aus Sicht eines Weltpessimisten beurteilt werden. Wer grundsätzlich von der Beschwerlichkeit und vom Unwert des menschlichen Lebens ausginge, müsste den kollektiven Freitod gutheissen (oder wenigstens die Sterilisation der Menschheit, sei es auch nur aus Nächstenliebe: zum Wohle der Nachfahren, die das Glück haben werden, nie gewesen zu sein).[1399]

1399 Für eine solche weltpessimistische Sichtweise, mit satirischem Beiklang: Horstmann, Das Untier, passim; siehe auch: Benatar, Better never to have been, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Daseinspessimist verkennt, dass der Mensch oft hinreichende Gründe hat, das Leben dem Nichtleben vorzuziehen – und sich in aller Regel entsprechend verhält (indem er das Leben nicht freiwillig aufgibt). Die seltene Situation, in der Leiderlösung zum entscheidenden Kriterium avancieren dürfte, setzt voraus, dass man wissen oder mit erheblicher Sicherheit unterstellen kann, der betroffene Mensch sei nicht mehr in der Lage, sein fortgesetztes Amlebensein als wertvoll zu erleben.

Vermuten sollte man dies nie. Aber es kann sich ereignen, dass ein Mensch sein Leben nicht schätzt und sein Fortleben nicht begehrt; aus Gründen, die jeder an dessen Stelle nachvollziehen könnte. Wer, wie in *Lebenslast*, jede Lebensfreude und realistische Aussicht hierauf verloren hat, der kann ein rationales Bedürfnis haben, zu sterben. Wo dies der Fall ist, kann die Verhinderung oder Verweigerung des Todes kaum auf Gerechtigkeitserwägungen beruhen.

3. Grenzziehung mithilfe der Menschenwürde

Die Grenze, ab der man in moralischen Fragen annehmen kann, jemand könne sein Leben nicht mehr als wertvoll erleben (sodass der Erhalt dieses Lebens in der Abwägung nicht mehr als Wert ins Gewicht fiele), kann mit dem Begriff der Menschenwürde gezogen werden: Wer sich den Tod auch dann nicht wünschte, wenn er annehmen müsste, dass die Qualität seines Lebens sich nicht änderte, lebt ein menschenwürdiges Leben. Menschen*un*würdig ist hingegen ein Zustand, vor dem sich der rationale Mensch in den Tod hinüberretten würde, wenn dies schmerzlos möglich wäre und er sich auch nicht durch soziale Motive (z.B. Pflichtgefühle gegenüber Angehörigen) daran gehindert sähe.

Die Menschenwürde gilt im Recht als individualrechtliche Minimalgarantie (vgl. Art. 7 und Art. 12 BV). Deren Verletzung grenzt für den Betroffenen daher stets ans Unerträgliche. Mit dem Gebot der Menschenwürde verpflichtet die Gemeinschaft sich dazu, Situationen zu verhindern, in denen Menschen dazu neigen würden, ihr Leben als nicht lebenswert zu erleben. Daraus folgt m.E. umgekehrt, dass der Staat im Rahmen seiner Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung gefordert ist, Menschen, die ihr Leben nicht oder nicht mehr als lebenswert erleben, möglichst in die Lage zu versetzen, das eigene Leben (wieder) als Wert zu empfinden. Durch

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieses Fähigmachen[1400] sichert die Menschenwürde die Grundnorm der Lebensdienlichkeit, indem sie ihre ontologische Prämisse des wertvollen Lebens soweit möglich schützt. In dieser Hinsicht ist die Garantie der Menschenwürde selbst ein Teil des Grundprinzips der Lebensdienlichkeit. Erst dort, wo eine Person nicht dazu befähigt werden kann, ihr eigenes Leben als wertvoll zu erleben (und die Todesverhinderung daher nicht mehr dem Leben als Wert diente), kann die Menschenwürde Leiderlösungshandlungen legitimieren.

IV Einwände und deren Entkräftung

1. Einwand des Sein-Sollen-Fehlschlusses

Gegen die substanzielle, naturwissenschaftskonforme Gerechtigkeitsbegründung liesse sich einwenden, man dürfe nicht von deskriptiven Aussagen auf normative Aussagen schliessen (denn dies wäre nämlich ein sogenannter *Sein-Sollens-Fehlschluss*).[1401]

1400 Dazu vorne, Teil 2, A.II.2, zur Befähigungsfunktion der Grundrechte; siehe auch vorne, Teil 3, D.II.5, zum Fähigkeitenansatz Sens und Nussbaums.

1401 Dazu Mackie, 176 f.; Kunz/Mona, Kap. 4.1.2.1, 69 ff.; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 261 (mit Fn. 5); siehe auch Schweitzer, Kultur, 204. Von der Fehlschluss-These gibt es zwei Varianten: Der *naturalistische Fehlschluss* im Sinne Moores besagt, dass das Prädikat *gut* nicht anhand realer Lebenstatsachen definiert werden könne und moralische Sachfragen sich nicht empirisch beantworten liessen (Moore, Principia Ethica, 10 ff.); die These, von einer Seinsaussage könne nicht auf eine Sollensaussage geschlossen werden, wird aber vor allem (m.E. zu Unrecht; so auch Churchland, 4 ff.) Hume zugeschrieben, der gesagt hatte: „In every system of morality […] I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible […]. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. […] [I] am persuaded, that this small attention would […] let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason." (Hume, A Treatise of Human Nature, 354); Hume sah eine Verbindung zwischen der Leidenschaft und der Moral; er bestritt, dass die Vernunft moralische Schlüsse ermögliche: „[Morals] cannot

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn es zutrifft, dass man so nicht folgern darf, dann kann daraus, dass das Leben sich selbst wertvoll ist[1402], kein Gebot der Lebensdienlichkeit hergeleitet werden; und aus der Hierarchie der Grundbedürfnisse folgte keineswegs, man müsse im Konfliktfall existenzielle Bedürfnisse priorisieren. Das Tötungsverbot müsste aus anderen Sollenssätzen hergeleitet werden (etwa aus dem allgemeinen Schädigungsverbot oder dem Gebot der gegenseitigen Achtung), zu deren Begründung wiederum noch tiefere Sätze gefunden werden müssten. Doch auch dann hörte die Begründung nicht auf; sie wäre endlos eine weitere Antwort schuldig.

a. Gegeneinwand der beschränkten Relevanz der Fehlschlussthese

Angenommen, der Einwand des Fehlschlusses trifft zu: Was bedeutet es für die hier vertretene These? Nur wenig. Selbst wenn jeder Schluss vom Sein auf das Sollen unzulässig wäre, wären dadurch nicht zwingend die Höchstwertigkeit des Lebens oder das Grundprinzip der Lebensdienlichkeit widerlegt. Ein Fehlschluss ist ein Fehler in der Schlussziehung, nicht im Resultat.

b. Gegeneinwand der Gefährlichkeit der Fehlschlussthese

Die These, vom Sein zum Sollen lasse sich nie schliessen, ist m.E. aber auch in ganz grundsätzlicher Weise problematisch und falsch[1403]: Weil der Rückgriff auf eine stets grundlegendere Norm ein endloses Unterfangen wäre, muss die Begründung irgendwo abgebrochen werden. Ohne Argument oder mit einem Scheinargument.[1404] Die These, vom Sein dürfe nicht auf ein Sollen geschlossen werden, führte wohl dazu, dass die Moralbegründung (wenn überhaupt) mit einem blossen Postulat begänne. Ein solches aber ist „ein a priori gegebener, keiner Erklärung seiner Möglich-

---

be derived from reason […]. Morals excite passions, and produce or prevent actions. Reason of itself is utterly impotent in this particular. The rules of morality therefore, are not conclusions of our reason." (EBD., 343). HUME sagt nirgends, vom Sein lasse sich niemals gültig auf ein Sollen schliessen.

1402 Vgl. SPINOZA, Ethik, Teil 4, Lehrsatz 18, Anmerkung, 227.

1403 Gegen die strikte Trennung auch etwa NINO, Ethics, allg. 16 ff., insb. 17: „The fact that justificatory reasons differ from explanatory reasons or motives does not exclude the existence of logical connections between them".

1404 Vgl. ALBERT, Traktat, 15; siehe auch vorne, Teil 1, E.I.1; zudem Teil 2, C.V.5.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit (mithin auch keines Beweises) fähiger praktischer Imperativ".[1405] Das heisst, die Grundannahme, aus der alles fliesst, wäre willkürlich begründet.[1406] Das Problem hieran offenbart sich erst recht, wenn man die Frage stellt, wer denn wirksam postuliere. Nicht jeder, der will. Praktisch wird sich jenes Postulat durchsetzen, das von durchsetzungsfähigen Personen verfochten wird. Moral wäre dann ein Produkt der Macht – wäre Faustrecht mit etwas anderen Fäusten.[1407] Der Anspruch einer wissenschaftlichen Gerechtigkeitstheorie würde aufgegeben. Ist der Schluss vom Sein zum Sollen schlicht unzulässig und sind moralische Werte Ausfluss einer aus der realen Welt logisch und empirisch nicht ableitbaren Domäne, dann bleibt nur die Feststellung, es gebe keine objektiven Werte.[1408] Wenn aber nichts wahr ist, ist folglich alles erlaubt.

Kurz: Die Fehlschlussthese fordert implizit dazu auf, die Moral nur noch als Ausdruck anordnender Autoritäten zu begreifen.[1409] Schon aus diesem Grund allein ist die Fehlschlussthese aufzugeben.

c. Hinreichendes Erklärungspotenzial der Seinstatsachen

Der Einwand des Sein-Sollens-Fehlschlusses ist zudem logisch unplausibel. Denn keine Gerechtigkeitstheorie käme mit blosser Normativität aus: Das Sollen muss irgendwo in Seinstatsachen gründen.[1410] Dafür spricht, dass die scheinbaren Alternativen unmöglich (infiniter Regress) sind oder aber keine Begründung (blosses Postulat, Zirkelschluss etc.) enthalten. Zudem lassen sich alle überhaupt lebensrelevanten Elemente einer Sollensaussage deskriptiv formulieren.[1411] „Du sollst nicht lügen!" könnte in einer gewis-

---

1405 Kant, Verkündigung, AA VIII, 418.

1406 Zur Gefahr solch idealistischer Vorgehensweisen insb. Levy, Idiocy of Idealism, passim.

1407 Vgl. vorne, Teil 3, B.III.1.

1408 So tatsächlich Mackie, 1: „There are no objective values".

1409 Vgl. dazu vorne, Teil 3, B.III.1.

1410 Sen, Hume's Law, 75: „if value judgements are indeed universalisable, then there is at least one value judgment that follows from exclusively factual premises".

1411 Nino, Ethics, 18: „different things are meant by the expression 'practical reasoning': a psychological process which leads tot he formation of an intention or the performance of an action, or a logical inference which allows us to explain or to predict an action, or a logical inference which allows us to evaluate or to guide an action. It is clear that, in so far as our purpose is to elucidate the concept of justificatory reason, we are concerned with the last sense of

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen Situation etwa bedeuten: Es gibt aus Sicht der meisten Mitglieder der Gemeinschaft keinen überzeugenden Grund (oder keine Gewohnheit, keine entsprechende Erwartung), auf die fragliche Lüge hin mit Wohlwollen zu reagieren, dagegen aber Gründe, dass sich hierauf soziales Missfallen (und dessen Abschreckungswirkung) manifestiert. Dies führt zum Schnitt und Schluss mit Ockhams Rasiermesser: Es gibt keinen Grund, ein vom Sein losgelöstes Sollen zu vermuten, weil Sollensaussagen stets als die eine oder andere bestimmte Art Seinsaussage begriffen werden können.

d. Falsche und richtige Schlüsse vom Sein zum Sollen

Dass es allerhand unzulässige Schlüsse von einem Sein auf ein Sollen gibt, wird niemand bezweifeln. Etwa diesen:

> Es gibt Männer, die Frau und Kind verprügeln. Folglich ist es richtig, wenn Männer Frau und Kind verprügeln.[1412]

Vertretern der Fehlschlussthese dürften zahllose groteske Fälle dieser Art einfallen. Doch weist dies nicht die Unzulässigkeit aller Schlüsse vom Sein auf ein Sollen nach. Die zitierte Begründungsart ist nicht deshalb falsch, weil in ihr vom Sein auf das Sollen geschlossen wird, sondern vielmehr, weil vom unpassenden oder nicht aussagekräftigen Sein auf ein Sollen geschlossen wird. Denn warum sollten jene Männer, die „es gibt", anderen ein ethisch verbindliches Beispiel sein? Der Seinssatz bezieht sich auf selektive Verhaltensbeispiele. Es gibt auch Fälle des gewaltfreien Zusammenlebens im Kreis der Familie; und wohl einige Fälle mustergültiger Familienliebe. Schon deswegen ist nicht einmal zu befürchten, der sehr banale Schluss vom „so ist es" auf das „so sollte es sein" führe zu einer grotesken Moral.

Mehr noch: Selbst aus verbreiteten Vorkommnissen kann man nicht unweigerlich auf die Richtigkeit dieser Ereignisse schliessen; öffentliche Hinrichtungen kamen einst oft vor und waren dennoch falsch. Auch häusliche Gewalt ist falsch und bliebe es selbst dann, wenn sie in jedem

---

'practical reasoning'."; ebd., 19, Fn. 28: „[*Hume's Law*] is a good procedural rule for avoiding easy associations between facts and values, which hamper the critical power of our moral discourse"; vgl. ebd., (51-)52; vgl. Potacs, Rechtstheorie, 89: Es liege keine Missachtung der Sein/Sollen-Dichotomie vor, wenn normative Anordnungen als „Seinstatsachen" verstanden würden; vgl. Sen, Hume's Law.

1412 Zum Beispiel inspirierte eines bei Nino, Ethics, 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweiten Haushalt vorkäme. Dies liegt an den Folgen: Diese würden nicht besser, wenn sich eine regelrechte Prügelpraxis etablierte. Denn häusliche Gewalt ist dem Wohl der Opfer und jenem der Gemeinschaft abträglich. Denn sie ist lebensschädlich. Vom Gegebensein einer lebensschädlichen Verhaltenskultur kann man somit nicht auf die moralische Richtigkeit dieser Kultur schliessen.

Indes ist richtig, von der Lebensschädlichkeit eines Verhaltens auf die Richtigkeit der Unterbindung dieses Verhaltens zu schliessen; das Bedürfnis der Menschen, ihr Leben ohne schädigendes Leid und stetige Bedrohungen leben zu können, ist eine Seinstatsache, anhand welcher alle sinnvollen moralischen Werte sich erklären lassen.[1413] Der unter normalen Umständen am Leben hängende Mensch kann nicht kohärent der Meinung sein, sein Leben sei wertlos. Zwar könnte jemand, der seine Mitmenschen nicht achtet und der sein eigenes Interesse am respektvollen Zusammenleben übersieht, behaupten, das Leben der anderen Menschen sei für ihn kein Wert. Aber diese exotische Sichtweise ändert nichts daran, dass der Mensch zumindest sein eigenes Leben unweigerlich und das Leben der anderen indirekt als Wert erlebt. Zudem ist der Erlebnishorizont des egoistischen Einzelnen für die Bestimmung der Gerechtigkeit aus allgemeiner Perspektive (z.B. aus der Sicht aller Menschen oder einer Gesellschaft) nicht massgebend.[1414]

Kurz: Man kann den Schluss vom Sein zum Sollen billigen, ohne dass deswegen plötzlich Grausamkeiten oder andere sozialunverträgliche Handlungen aufgrund ihrer blossen Existenz als akzeptabel bewertet werden müssten.

2. Möglicher dualistischer Einwand

Gegen die These, Gerechtigkeit lasse sich naturgesetzlich erklären, liesse sich einwenden, der Mensch sei nicht bloss Natur; es müsse eine Seele geben, deren Existenz für die Persönlichkeit und für das Bewusstsein des Menschen bestimmend sei und die seinen physischen Tod überlebe. Daher dürfe man die Interessen der Menschen nicht auf die Erfüllung der Lebensbedürfnisse reduzieren. Fliesst aus Annahmen dieser Art (man findet

1413 Vgl. vorne, Teil 3, C.III.1.a.

1414 Vgl. vorne, Teil 3, A.II.3 und D.II.6; vgl. auch der *Bettler*-Fall vorne, in Teil 2, B.II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie bei Vertretern deontologischer Theorien[1415]) ein Argument gegen das ontologische Fundament der Moral? Spricht der Dualismus – die These der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit von Körper und Geist (oder Seele)[1416] – gegen die substanzielle Gerechtigkeitsbegründung?

Meines Erachtens kann auf dualistischen Annahmen keine nachvollziehbare Gerechtigkeitskonzeption errichtet werden. Die Aussagen der Ethik müssen nachvollziehbar sein[1417], weil sich andernfalls das Richtige nicht erkennen und folglich nicht bewusst befolgen und gezielt fördern liesse. Wer moralische Gebote aus einer nur punktuell mit der materialen Welt verbundenen Sphäre herleitet, deren Ausgestaltung überdies stark vom Partikularweltbild abhängt, ist nicht in der Lage, seine Moral für Andersgesinnte plausibel darzulegen. Ein Beispiel: Wer der postmortalen Organtransplantation mit Skepsis begegnet, weil er denkt, ein chirurgischer Eingriff am toten Körper sabotiere den Übergang der Seele in eine erhoffte Nachwelt, der zieht aus seinem Weltbild Folgerungen, die für Andersdenkende von Beginn an nicht gelten können. Solche Folgerungen sind nicht verboten; aber sie sind auch niemals allgemeinverbindlich.

Schon deswegen wird man den Dualismus nicht als Einwand gegen die subsanzielle Gerechtigkeitsbegründung gelten lassen können. Ergänzen mag man, dass der Monismus[1418], der Geist und Körper einer Sphäre zuordnet und demzufolge beide aus der gleichen Art Materie bestehen[1419],

---

1415 Siehe Korsgaard, A Kantian Response to Parfit, 123: „And, as things stand, it is *qua* the occupant of this particular body that I live a life, have ongoing relationships, realize ambitions, and carry out plans." – das menschliche Bewusstsein bzw. das „Selbst" fungiert hier nicht als Teil des Körpers, sondern als dessen Bewohner; vom Dualismus mit zwei Domänen ausgehend etwa auch Bayertz, Wissenschaftsethik, 95: „Mit der Verwissenschaftlichung der Biologie wird die neutralistische Ontologie des neuzeitlichen Weltbildes von der unorganischen Natur auf die organische ausgedehnt."

1416 Crane/Patterson, History of the Mind-Body Problem, 1–2: „the assumption that mind and body are distinct (essentially, dualism)"; für eine philosophische Verteidigung des Dualismus: W. D. Hart, An Argument for Dualism, 4–117.

1417 Dazu vorne, Teil 3, A.VI.

1418 Ein prominenter Vertreter war Spinoza; siehe etwa ders., Ethik, 2. Teil, Lehrsatz 13, Beweis: „Sonach ist das Objekt der Idee, welche den menschlichen Geist ausmacht, der Körper, und zwar […] der wirklich daseiende."

1419 Allgemein dazu: James William, Essays in Radical Empiricism, New York 1912; vgl. Holbach, Traité des trois imposteurs, u.a. 61: „[Dire que l'âme] n'est point un corps, mais seulement quelque chose d'inséparablement attaché au corps, c'est dire qu'elle est corporelle, pouisqu'on appelle corporel non seulement ce qui est corps, mais tout ce qui est forme ou accident, ou ce qui ne peut être séparé de la matière."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kein solches Problem kennt: Schlüsse aus monistischen Annahmen sind nachvollziehbar, weil nicht nur (fast[1420]) alle Monisten von der Existenz der Materie ausgehen, sondern auch Dualisten. Somit liegt es nahe, in der empirisch fassbaren Realität des Lebens, die (im Gegensatz zu einer spekulativen körperlos-geistigen Welt) für alle Menschen erfahrbar ist, die Grundlage der Ethik zu vermuten.

F. Abschliessende Überlegungen

I Vorzugswürdigkeit der Folgenethik

1. Umriss der drei analysierten Begründungstypen

Die drei untersuchten Typen der Gerechtigkeitstheorie unterscheiden sich mit Blick auf die Struktur und den Fokus der jeweiligen Gerechtigkeitsbegründung:

– Die Regelethik beurteilt und begründet Gerechtigkeit unter Berücksichtigung der an bestehenden Regeln, Postulaten und Werten gemessenen Zulässigkeit eines Verhaltens. Die regelethische Begründung kann sich damit im Verweis auf eine Autorität erschöpfen: etwa auf die eigene Intuition (oder andere innere Autoritäten) oder auf Experten, Prinzen, Propheten (oder andere externe Autoritäten). Das Problem solcher Ipse-dixit-Argumentation[1421], die die Begründung auf Autoritäten verlagert, ist evident: Die Autoritätsargumente, auf die die Regelethik sich stützen muss, können keine materielle Erklärung der Normen liefern; selbst verlässliche Autoritäten schöpfen bestenfalls aus andernorts liegenden Gründen, um zu erklären, warum etwas gerecht sein kann. Die Begründung der deontologischen Gerechtigkeitsaussagen bleibt damit in zentraler Weise im Dunkeln. Dies ist gerade deshalb

1420 Es gab Monisten, die nur die Existenz geistiger Dinge für real hielten; so George Berkeley (dazu Stanford Encyclopedia, Berkeley), oder Arthur Collier (insb. in Collier, Clavis Universalis, or A New Inquiry after Truth, 1713); im 20. Jhdt. etwa: James H. Jeans, The Mysterious Universe, 2. Aufl., Cambridge 1931, 137: „the Universe begins to look more like a great thought than like a great machine". Für eine Widerlegung siehe Russell, The Problems of Philosophy, Kap. 4, 25 ff.

1421 Mit Sarkasmus skizziert bei: Bentham, Deontology, 323: „[H]e has said it; the master has said that it is so; therefore, say the disciples of the illustrious sage, therefore so it is."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heikel, weil die Deontologie auf das Kategorische beharrt und damit wenig Raum für die kontextuelle Aufweichung starrer Annahmen belässt.
- Die Einigungsethik begründet Gerechtigkeit auf Basis der Idee des freien Willens, einer Übereinkunft oder einer gedanklichen Version hiervon; ihr Richtigkeitskriterium ist (je nach Schwerpunkt) einmal eine weitherum realistische oder gar tatsächliche Einigung, einmal eher eine fiktive Idealeinigung. Mit einem einigungsethischen Ansatz lassen sich prima facie plausible Gerechtigkeitsaussagen bewerkstelligen. Dass richtig sei, worauf man sich einigen könne, leuchtet oft zumindest intuitiv ein. Dennoch bleibt die einigungsethische Gerechtigkeitsbegründung an einem bestimmten Punkt einfach stehen oder muss – weil es auf Kriterien ankommt, die vor der Einigung liegen – auf regelethische Postulate oder auf eine folgenethische Begründung ausweichen.
- In der Folgenethik ist die Auswirkung des Verhaltens auf das Wohl all jener, auf die es ankommt, massgebend. Es mag schwierig sein, verlässlich die Folgen einer Handlung einzuschätzen, doch das Grundprinzip ist simpel: Richtig ist die Handlung, von der erwartet werden kann, dass sie mit Blick auf alle relevanten Wahrscheinlichkeiten zu optimalen Folgen führt (also zu insgesamt besseren Folgen als jede andere Handlungsoption).

Die obige Untersuchung zeigt, dass dabei einzig eine substanzielle, im Leben selbst fundierte Folgenethik in der Gerechtigkeitsbegründung kein Letztbegründungsproblem hat. Das ist der Grund, warum vorliegend nur die Folgenethik als Theorie zur Begründung der Gerechtigkeit für überzeugend befunden wird (regelethische und einigungsethische Kriterien zur Beurteilung der Gerechtigkeit sind daneben als Hilfsmittel im Rahmen der Gerechtigkeitsstrategie möglich; dazu hinten[1422]).

2. Quartum non datur?

Die Vorzugswürdigkeit der Folgenethik kann man aus folgenethischer Sicht (das heisst aus der Perspektive einer Ethik, die Werte aus Vergleichen bezieht) schwerlich postulieren, ehe man weiss, was andere Gerechtigkeitstheorien zu bieten haben. Würde jetzt einfach gefolgert, die Folgenethik sei richtig, da Regel- und Einigungsethik abzulehnen seien, wäre dies

1422 Teil 3, F.II.1 – 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu wenig. Kritiker könnten einwenden: Die Folgenethik könne einer in dieser Arbeit nicht diskutierten Gerechtigkeitstheorie unterlegen sein. Der Einwand würde m.E. verkennen, dass die drei diskutierten Typen von Theorien je einen Grundtyp Argumentation umfassen, deren man sich in jeder Gerechtigkeitsaussage (alternativ) bedienen muss.

Jeder Begründungsversuch setzt eine der folgenden Annahmen voraus:

(i) Die regelethische Annahme, das Richtige stehe bereits fest oder sei vorgegeben und könne daher bei Kenntnis der dieses Richtige vermittelnden Autorität erkannt und umgesetzt werden;
(ii) Die einigungsethische Annahme, das Richtige gebiete sich als tatsächliches, mutmassliches oder hypothetisches Produkt der Konkordanz des Willens der relevanten Personen;
(iii) Die folgenethische Annahme, das Richtige hänge von der Eignung der infrage stehenden Vorgehensweise ab, gute Folgen für das reale Leben der Personen zu zeitigen, auf die es ankommen muss.

Mischformen kann es geben, aber keine ganz andere Form der Gerechtigkeitsbegründung: quartum non datur. So ist die religiöse Ethik kein vierter Weg, sondern oft eine Form der Deontologie, da die Gesetze über irgendeine Autorität (Priester, Propheten und vermeintliche Offenbarung) zum Menschen gelangen. In einer anderen Weise autoritätsabhängig wäre eine Gerechtigkeitstheorie, die das Gefühl oder die Intuition des Menschen nicht nur als Indizienlieferanten begriffe, sondern als ursprüngliche Quelle der Gerechtigkeitserkenntnis: Die Begründung der Gerechtigkeit wäre von einer (zunächst inneren) Autorität abhängig, sodass auch hier Regelethik vorläge. Ein anderes Beispiel einer unselbständigen Gerechtigkeitsbegründung liefern kommunitaristische Gerechtigkeitstheorien, bei denen im Rahmen eines begrenzten Kreises der Gleichheit einigungs- oder folgenethische Kriterien zum Zug kommen könnten[1423] – wenn nicht ein regelethisches Kriterium, wie die zufällig gerade gegebene Tradition, massgebend sein soll.

Dies zeigt auf, dass es nicht leicht sein dürfte, eine Theorie zu erdenken, die sich nicht einer dieser drei Kategorien zuordnen lässt (was natürlich nicht ausschliesst, dass man die Theorietypen selbst anders – etwa enger – definiert und so eine grössere Zahl an Gerechtigkeitstheorietypen möglich macht).

1423 Vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien, 157 ff., wo die kommunitaristischen Theorien der Kategorie der (folgenethischen) aristotelischen Grundposition zugeordnet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Zentrale Vorzüge der Folgenethik

Die Vorzugswürdigkeit einer Folgenethik, die von materialen Annahmen und der Relevanz empirischer Erkenntnis ausgeht, wurde bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Kritik folgenethischer Theorien nachgewiesen.[1424]

Einige der wichtigsten Vorzüge seien hier betont:

Die substanzielle Folgenethik ist *falsifizierbar* und damit in sich kohärent. Sie billigt empirisch fundierte Argumente grundsätzlich, nicht etwa nur dann, wenn Empirie intuitive Vorannahmen des Folgenethikers erhärtet.

Aufgrund der Falsifizierbarkeit ist die Folgenethik *diskursfreundlich*; jedem steht es zu, falsche Annahmen zu widerlegen. Dadurch unterscheidet sie sich auch von jener Einigungsethik, bei der im Verfahren zur Gerechtigkeitsbegründung selbst bereits materiale Kriterien angelegt sind, die nicht hinterfragt werden sollen (weil man fürchtet, sie stellten sich nicht zwingend ohnehin im Ergebnis ein).[1425]

Die Folgenethik lässt insofern *pragmatische Aussagen* zu, als deren Genauigkeit vom verfügbaren Wissen und vom verhältnismässigen Prognostizierungsaufwand abhängen kann.

Zudem zeichnet sich die Folgenethik durch eine ebenso *pragmatische Umsetzung* aus. Sie liefert keine strengen Dogmen, sondern flexible Richtlinien. Das ermöglicht etwa die Berücksichtigung der Ressourcenabhängigkeit staatlicher Bemühungen um Gerechtigkeit. Abseits des Folgenkalküls können zudem einigungsethische und regelethische Strategien zur Anwendung kommen. Diese pragmatischen Anleihen tun dem folgenethischen Charakter der Gerechtigkeitsbegründung keinen Abbruch.[1426] Dem Gebot der optimalen Berücksichtigung der Folgen kann es in bestimmten Situationen (etwa knapper Zeit) gerade geschuldet sein, dass auf effiziente

---

1424 Oben, Teil 3, D.III.

1425 Vgl. vorne, Teil 3, C.III.1; vgl. Hösle, Verantwortung der Philosophie, 248 f.

1426 A.A. in Bezug auf nicht-klassische Formen des Utilitarismus womöglich Tschentscher, Prozedurale Theorien, 269: „[M]oderne Formen des nicht-klassischen Regelutilitarismus [überführen] letztlich das Nutzenkalkül in ein prozedural begründetes Regelsystem, das eine Nähe zu Entscheidungstheorien (*Harsanyi*) oder kantischen Theorien (*Trapp*) zeigt und dadurch an eigenständiger begründungsleistung stark verliert."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Heuristiken der approximativen Gerechtigkeitsbestimmung zurückgegriffen wird.[1427]

Die Metaphysik-skpetische[1428] Folgenethik stützt ihre Aussagen auf *lebensnahen Begründungen* ab: Die Richtigkeit einer Handlung misst sich am (prognosegemäss) durch sie bewirkten gesamthaften Guten für jene, auf die es ankommt. Auf Personen, deren Wohl durch die fragliche Handlung nicht zumindest indirekt betroffen ist, kommt es nicht an (eine pauschale Vermutung der Gattungsbetroffenheit kommt damit nicht infrage). Weil die Folgenethik graduelle Wertungen zulässt, sind ihre Urteile den Unsicherheiten der Lebensrealität angemessen.

Erfahrungen gehören zu den Erkenntnismitteln der Folgenethik. Über den Prozess von Versuch und Irrtum kann die Folgenethik schrittweise zur Erkenntnis gelangen, wo hinsichtlich des optimalen Weges Unklarheit herrscht.

Zudem ist die Folgenethik durchwegs *aussagefähig*. Aufgrund der vergleichsabhängigen Konzeption des Guten (in der das kleinste Übel stets zulässig ist), ist die Aussagefähigkeit der Folgenethik krisenresistent. Es gibt keine Fallkonstellation, in der die Folgenethik es nötig hätte, die Aussage zu verweigern. Die Folgenethik ist daher zur Lösung von Grundrechtskollisionen bestens geeignet.

Zuletzt, und selbst wenn dies nur indirekt für die Folgenethik spricht: Die Folgenethik hat ihre *Leistungsfähigkeit* im Aufspüren historisch verbreiteter Ungerechtigkeiten, die viele damaligen Zeitgenossen oft nicht als solche erkannten, wiederholt bewiesen: etwa im Kampf gegen die Todesstrafe oder in Bezug auf die Diskriminierung der Frauen.[1429]

1427 Zum Nutzen von Heuristiken vgl. Tversky/Kahneman, Judgement Under Uncertainty, 1124–1131; Silver, Signal, 266 ff.; Nussbaum, Grenzen, 464 Fn. 19 m.H.; Hare, Principles, 17: „One ought to abide by the general principles whose general inculcation is for the best; harm is more likely to come, in actual moral situations, from questioning these rules than from sticking to them, unless the situations are very extraordinary; the results of sophisticated felicific calculations are not likely, human nature and human ignorance being what they are, to lead to the greatest utility."

1428 Onfray, Les ultras, 139–268; Blom, Böse Philosophen, passim.

1429 Vgl. Trapp, Folter, 16 ff.; Haller, Die Ungläubigen, 94; Onfray, Les ultras, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II Pluralität der Gerechtigkeitsstrategien

Abgesehen vom eigentlichen Folgenkalkül lässt die Folgenethik unterschiedliche Gerechtigkeitsstrategien zu. Bedingung ist allein, dass das Abstellen auf die eine oder die andere Strategie rationalen Erwartungen zufolge geeignet erscheint, sich direkt oder indirekt folgenoptimal auszuwirken.

1. Regeln als Strategie

Die Folgenethik kann sich unter Umständen sogar einer deontologischen Gerechtigkeits*strategie* bedienen, indem sie aus pragmatischen Gründen bereichsweise ein Vorgehen billigt, das (etwa der Einfachheit halber oder aus didaktischen Gründen) auf der Annahme der unbedingten Geltung gewisser Regeln oder der Möglichkeit völlig intrinsischer Werte beruht. Die Erwartung des Folgenethikers wäre die, dass die (strikte) Regelorientierung zu besseren Folgen führe als ein Diskurs der stetigen Relativierung und Neubemessung aller Werte.

Gerade wer unter Zeitdruck einschreiten muss, ist auf klare Vorgaben angewiesen. Wenn Feuerwehr, Notarzt oder die Polizei in dringlichen Situationen intervenieren, sind klare Wenn-dann-Handlungsvorgaben hilfreich. In der Not kann das Für und Wider nicht akribisch abgewogen werden. Das muss vorher geschehen sein: idealerweise durch demokratisch legitimierte Verfahren unter Einbezug von Fachwissen. Fand eine Abwägung im Vorfeld nicht statt, wird man sich bei Zeitdruck meistens auf die Intuition der Einsatzkräfte und damit auf deren Erfahrung verlassen müssen. Auch dieses regelethische Vorgehen (richtig ist, was den intervenierenden Personen richtig dünkt) ist mangels Alternative folgenethisch zulässig.

Eine regelethische Strategie ist auch vernünftig, wo bei theoretisch ausnahmewürdigen Regeln eine Ausnahmekonstellation so selten einträte oder von so geringem Gewicht wäre, dass deren Berücksichtigung in der Regel vernachlässigt werden kann: Wer Freunde und respektvolle Mitmenschen nie belügt, der schafft Vertrauen, klare Verhältnisse und wendet beim Entscheiden weniger Energie auf als derjenige, der vor jeder Äusserung einer unangenehmen Wahrheit darüber rätselt, ob vielleicht eine Notlüge gestattet wäre.

Allgemein bedient sich eine folgenethische Grundrechtsdogmatik einer regelethischen Strategie, wenn sie durch Abwägung zum Schluss gelangt,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gewisse Gebote seien unantastbar, und diese pragmatisch begründete Unantastbarkeit dann strikt durchsetzen will.[1430]

2. Einigungen als Strategie

Eine folgenethisch begründbare Gerechtigkeitsstrategie kann auch Verfahren zur Erreichung tragfähiger Einigungen befürworten. Gleiches gilt für die Ermittlung eines idealen, hypothetischen Gemeinwillens im Gedankenspiel. Der Wert (und das Interesse an) der Ermittlung und Befolgung von Einigungen fliesst aus den guten Folgen eines solchen Vorgehens: Nicht nur die aus dem Einigungsverfahren resultierende Einigung ist aus folgenethischer Perspektive oft nützlich; auch die Partizipation selbst hat ihren Wert, soweit sie ein Bedürfnis nach sozialer Teilhabe befriedigt.[1431] Demokratische Partizipation kann auch dazu führen, dass der partizipierende Mensch sich vom Staat respektiert weiss; das fördert die Achtung der Menschen untereinander und dient dem Erhalt des öffentlichen Friedens.[1432]

Demokratische Verfahren der Entscheidfindung und Gesetzesentwicklung (etwa das *Vernehmlassungsverfahren*[1433]), durch die das Ringen um Lösungen in geordnete Bahnen gelenkt wird, sind folgenethisch vernünftige Strategien der Gerechtigkeit, weil sie der Sicherung der nachhaltigen Akzeptabilität der Lösungen dienen.[1434]

Die Demokratie erreicht (weil und soweit sie die Möglichkeit schafft, die Regierenden aus sachlichen Gründen zur Verantwortung zu ziehen) einige Ziele erfahrungsgemäss besser als ein autokratischer Staat. So hat Sen am Beispiel Indiens aufgezeigt, dass Hungersnöte in demokratischen Staaten trotz Armut praktisch nicht vorkommen können; gleiches gilt für

---

1430 Siehe vorne, Teil 2, C.V.4.

1431 Zu diesen Bedürfnissen dritter Stufe siehe: Maslow, Human Motivation, 19.

1432 Vgl.; Sen, Justice, 203; J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, 147; Kris W. Kobach, The Referendum, Direct Democracy in Switzerland, Dartmouth 1993, 48; siehe auch oben, Teil 1, B.IV.

1433 Es ist im Vernehmlassungsgesetz (VlG) geregelt; siehe dazu auch: BBl 2004 533 ff.

1434 Vgl. schon Helvétius, De l'homme, pos. 1140/9853 (Fn. 36 zu Sektion I): „Les loix [des petites sociétés] sont simples; parce que leurs intérêts le sont: elles sont conformes à l'intérêt du plus grand nombre, parce qu'elles se font du consontement de tous".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Angriffs- und Bürgerkriege sowie für schwere Epidemien in entlegenen Landesteilen.[1435]

3. Vertiefung: Recht als Einigung und als Gerechtigkeitsstrategie

Bereits im ersten Teil dieser Arbeit wurde das Recht als Produkt von Einigungen definiert.[1436] Dieses Verständnis des Rechts macht es möglich, Recht als etwas zu verstehen, das sich einerseits von der (offensichtlich nicht immer mit dem Recht deckungsgleichen) Moral, anderseits aber auch vom schlichten Diktat der Macht klar unterscheidet. Dabei ist der Gedanke des Rechts als Ausdruck der Einigung nicht bereits der letzte Grund überhaupt (so wie auch die Rechtsordnung nicht ihr eigener Zweck ist), sondern nur der letzte Grund des Rechts.

Der Gedanke des Rechts als Ausdruck von Einigungen ist selbst einer Grundlage bedürftig, will er überzeugen. Diese Grundlage fliesst aus der Annahme, dass eine Rechtsordnung, deren Normen auf tatsächliche und plausible hypothetische Einigungen zurückgeführt werden kann, dem Wohl der Betroffenen besser dient als jede andere (nicht einigungsbasierte) Vorstellung der Geltung des Rechts. Diese Annahme findet ihren Beleg bereits im verbreiteten, Kulturen und Jahrhunderte überspannenden Gebrauch zwischenmenschlicher Einigungen.[1437] Von der Möglichkeit der Vereinbarung und der partizipativen Regelfindung würden Menschen weder im Privaten noch im Gesellschaftlichen so oft Gebrauch machen, wenn dies nicht entscheidend zum Wohl einer grossen Zahl beitrüge und historisch beigetragen hätte. Die menschliche Natur vereinfacht überdies einigungstreues Verhalten. So strebt der Mensch nach Konsistenz (er meidet es, in Widerspruch zu früheren Meinungen, Deklarationen und Handlungen zu treten) und neigt zur Reziprozität, also dazu, sich im Guten und Schlechten revanchieren zu wollen.[1438] Beides dient der Einigungstreue und dem Prinzip von Geben und Nehmen im Interesse aller Beteiligten, das jedes vertragsbasierte System erst funktionsfähig macht.

Der Prozess zum einigungsbasierten Recht ist ein demokratischer. Weil die Geltung demokratisch begründeten Rechts und das demokratische

---

1435 Vgl. Sen, Collective Choice, 402 ff.
1436 Vorne, Teil 1, B.II.
1437 Für die Bedeutung demokratischer Partizipation jenseits der westlichen Geschichte siehe Sen, Justice, 327 ff.
1438 Vgl. Cialdini, Influence, Kap. 2, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

System (jedenfalls das weitgehend funktionsfähige) gemäss vorliegender Annahme bessere Folgen bewirkt als jede denkbare Alternative, gilt für die Rechtsordnung im demokratischen Staat daher eine folgenethisch fundierte Prämisse des Werts der geltenden, aus diesem Prozess resultierenden Regeln.[1439] Es wird dabei als richtig angenommen, dass der Staatsbürger nicht nur Adressat der Gesetze ist, denen er unterworfen ist, sondern auch (zumindest indirekt) Autor.[1440]

a. Wert und Erforderlichkeit echter Partizipation

Partizipation ist von solch hoher Bedeutung für das Wohl der Menschen, dass man (verkürzend) annehmen kann, es sei ein intrinsischer Wert. Das demokratisch-partizipative Verfahren, durch das Recht entsteht, hat einen legitimierenden Charakter, weil und soweit (also vermutungsweise praktisch immer) dies dem Wohl der Menschen und der Gerechtigkeit der Ordnung dient, in der dieses Recht gelten soll. Partizipative Verfahren der Gesetzgebung sollten nicht nur möglich sein, wo die Regierenden es gutheissen (oder gar begrüssen, weil sie keine Verantwortung übernehmen wollen), sondern in geordneten (gewaltsamen Widerstand entbehrlich machenden) Formen auch auf Initiative der Zivilgesellschaft und nicht-regierungsbeteiligter Kräfte.

Scheindemokratisches Recht ist indes von geringem Wert. Recht, das durch Einschüchterung entstand, wird allenfalls oberflächlich toleriert, ist aber nicht nachhaltig akzeptabel. Damit es nicht in gewaltsamen Widerstand mündet, bedarf es der Unterdrückung der Bevölkerung oder zumindest des Wissens zwecks Manipulation der Willensbildung. Daher dient die Scheindemokratie (inklusive ihre Unterart, die „gelenkte Demokratie") kaum dem grössten Wohl möglichst vieler Menschen. Volksbefragungen verlieren stark an Aussagekraft und Nutzen, wo die Umstände eine freie Willensbildung und eine angstfreie Stimmabgabe verunmöglichen. Der Staat, der auf die Täuschung oder Einschüchterung seiner Untertanen setzt, muss vorsichtshalber auch jede Menge wertvolles Wissen unzugänglich machen. Das kann schon wegen der Produktivität der freien Förderung und Nutzung des Wissens nicht folgenoptimal sein.

1439 Vgl. vorne, Teil 1, B.III, zum legalistischen und demokratischen Fehlerkalkül.
1440 Vgl. Lohmann, Menschenwürde und Staatsbürgerschaft, 156.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kurz: Partizipative-demokratische Verfahren sowie die Befolgung der in diesem Rahmen erlassenen Normen sind eine einigungsethische Strategie, die sich folgenethisch begründen lässt.

b. Kontraktualistisches Kontinuum

Unter Beachtung der graduellen Qualität von Einigungen bedeutet das Recht als Einigung, dass sich die innere (rechtliche) Legitimität geltenden Rechts stets auf einem Kontinuum befindet: Auf der einen Seite nähert sich die optimale Einigung dem hypothetischen Ergebnis des perfekt partizipativen Entscheidungsverfahrens an.[1441] Auf der anderen Seite gibt es Recht, das nur von Minimaleinigungen zeugt; die Betroffenen partizipieren nicht an der Bildung des Rechts, dulden es aber passiv, sind gebührend informiert und verzichten auf die Inanspruchnahme von Widerstandsmöglichkeiten.[1442]

Das Minimum ist mit dem Optimum über Stufen je steigender Einigungsqualität verbunden. Das erlaubt graduelle Wertungen: Eine Norm ist in rechtlicher Hinsicht umso legitimer, je näher sie als Produkt eines optimalen Verfahrens gedacht werden kann, an welchem alle auf freier und informierter Basis teilnahmen, die daran ein Interesse haben. Jedes Recht, das überhaupt Recht genannt werden darf, liegt irgendwo auf diesem kontraktualistischen Kontinuum.

c. Kompensationsthese: ergänzende moralische Legitimität

Ist ein Gesetz eher im Minimalbereich der einigungsethischen Legitimität anzusiedeln, ist es schwach legitimiert. Eine schwächere Einigungsbasis lässt sich durch eine stärkere inhaltliche Richtigkeit ausgleichen. Diese bestimmt sich nicht nur teleologisch, mit Blick auf Gesetzeszwecke und das Grundprinzip der Einigung, sondern auch ausserrechtlich – anhand folgenethischer Richtigkeitskriterien. Das bedeutet, dass eine auf schwacher Gesetzesgrundlage stehende oder in einer demokratisch nur indirekt legitimierten Verordnung fussende Massnahme eher zulässig ist, wenn sich aufzeigen lässt, dass sie vergleichsweise gute Folgen zeitigt (also eher

---

1441 Siehe dazu hinten, Teil 3, C.I.2.b (Formen der Einigung) und C.II.3 (zur Diskursethik).

1442 Vgl. vorne, Teil 1, B.II.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lebensdienlich ist) und klar im überwiegenden Interesse liegt. Ein Minus an einigungsethischer, demokratischer Legitimität wird durch ein Plus an folgenethischer Legitimität kompensiert. Dieser Ausgleich ist kohärent, wenn wir annehmen, dass das demokratische Recht eine Strategie zur Erreichung des moralisch Richtigen ist.[1443] Andere Ausgleichsmöglichkeiten, etwa eine Kompensation fehlender Partizipation durch blosse Postulate, sind abzulehnen.

Die Rechtsordnung selbst verleiht der Kompensationsthese implizit an mehreren Stellen Ausdruck. Man denke etwa an: Art. 4 ZGB, der explizit und grundsätzlich vorsieht, dass der Richter sein Ermessen „nach Recht und Billigkeit" („du droit et de l'équité") ausübt, was unweigerlich die Berücksichtigung von Gerechtigkeitsvorstellungen bedeutet; an den dringlichen Schutz polizeilicher Güter gestützt auf die polizeiliche Generalklausel, trotz knapper oder fehlender Gesetzesgrundlage (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV); an den Erlass von Notverordnungen zur Wahrung wichtigster materialer Interessen (etwa zur Bekämpfung einer Epidemie), wie ihn Art. 185 Abs. 3 BV erlauben kann.[1444] In solchen Fällen gleicht die materiale Richtigkeit das Fehlen der formalen Basis (teilweise) aus.

Die Rechtsordnung belässt es aber nicht bei der Kompensation, sondern sieht auch Wege vor, an einem Minimum an formeller Legitimität festzuhalten oder den partizipativen Entscheid nachzuholen (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. c BV, für das obligatorische Referendum über dringlich erklärte Bundesgesetze, deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt und die keine Verfassungsgrundlage haben).

Der Gedanke der Kompensation ist für die Kollisionsdogmatik relevant, weil die Lösung der Grundrechtskollision sich wegen des gleichen Rangs der involvierten Normen selten auf einen klaren Willen des Verfassungsgebers zurückführen lässt. Rein hypothetische Einigungen, nach denen man ersatzweise suchen kann, sind zudem kaum fassbar. Daher liegt es nahe, im Rahmen der Grundrechtsinterpretation nach ausserlegalen Auflösungsgründen zu suchen. Hieraus fliesst das Gebot, die Kollisionslösung jeweils so zu begründen, dass sie nicht nur auf rechtlichem Boden überzeugt, sondern auch vor wichtigen folgenethischen Gerechtigkeitskriterien standhält.

1443 Das Konzept des Rechts als Einigung ist eine Gerechtigkeitsstrategie (hierzu hinten, Teil 3, A.I.1); siehe dazu Teil 3, F.III.3.

1444 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 46 N. 26; Saxer, in: SG-Komm BV, Art. 185 N. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Zweierlei Gründe der Nichtigkeit von Rechtsnormen

Ausgehend vom soeben erläuterten Verständnis des Rechts als eine auf Einigungen basierende Strategie zur Erwirkung einer möglichst gerechten Ordnung lässt sich nun auch die klassische Frage stellen: Ab wann ist Recht inhaltlich dermassen unrichtig, dass man es nicht als Recht verstehen und gelten lassen sollte?[1445] Relevant ist dies in Bezug auf die Frage nach der Gehorsamspflicht der Rechtssubjekte – und auf jene nach der Legitimität der Erzwingung gesetzeskonformen Verhaltens.[1446] Diese Fragen könnten sich im Kontext der Grundrechtskollision stellen, wenn das Gesetz ein bestimmtes Mittel zur Kollisionslösung vorgäbe, jedoch überwiegende Gründe gegen diese Lösung sprächen (oder wo das Gesetz eine Lösung untersagt, diese sich aber trotzdem aufdrängt).

Gemäss der berühmten Antwort Radbruchs muss der Richter im Konflikt zwischen positivem Recht und materieller Gerechtigkeit immer dann und nur dann gegen das Gesetz und für die Gerechtigkeit entscheiden, wenn das Gesetz „unerträglich ungerecht" ist oder es die Gleichheit aller Menschen „bewusst verleugnet".[1447] Diese Formel lässt indes offen, was die „Unerträglichkeit" auszeichnet und wodurch die Gleichheit der Menschen geradezu „verleugnet" würde. Der Richter, der die Anwendbarkeit der Formel prüft, würde naheliegenderweise auf sein subjektives Gefühl abstellen, denn als Empfindung ist die „Unerträglichkeit" für jeden begreifbar. Dass innere Gefühle über die Rechtlichkeit der Normen richten sollen, ist allerdings heikel. Denn das Gefühl ist in Krisenzeiten, wo ein moralischer Kompass erst richtig nötig wäre, eine höchst fragile Instanz, die sich von den Umständen prägen lässt und sich an diese anpasst (wo Tötungen sich oft ereignen und daher als „normal" empfunden werden, tritt das Gefühl für die Unrichtigkeit des Tötens zurück).[1448]

1445 Zu dieser Frage ausführlich etwa: Dreier, Recht und Moral, 180 ff.; vgl. Mahlmann, Konkrete Gerechtigkeit, § 5, N. 17.

1446 Augustinus, der ans Unrecht der gesetzlichen Pflicht zur Tötung von Soldaten, die Tötungsbefehle missachteten, dachte, war der Ansicht, ungerechtes Recht könne nie Recht sein: ders., De libero arbitrio, 1.5.11.33: „Num istas leges iniustas vel potius nullas dicere audebimus? Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit." ; heute ist die Ansicht, dass das Recht nicht beliebige Inhalte haben kann, wohl klar herrschend: ausführlich dazu Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Kap. 5, 129 ff.

1447 Radbruch, Gesetzliches Unrecht, 107; vgl. Radbruch, Vorschule, 33 f.

1448 Vgl. Arendt, Über das Böse, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders konzipierte Nichtigkeitsformeln können das Problem der Definition der Geltungsunwürdigkeit über subjektive Kriterien wohl etwas entschärfen, indem sie die minimale inhaltliche Richtigkeit der Normen mit Kriterien ausdrücken, die der objektiven Überprüfung und teilweise gar der Messung eher zugänglich sind. Weil das Recht über den Gedanken der Einigung begriffen wird und Moral über jenen der Optimierung der Folgen, gibt es vorliegend zwei grundlegende Ansatzpunkte für die Bestimmung der materiell begründeten Unverbindlichkeit von (vermeintlichen) Rechtsnormen: Einer Norm kann entweder die minimale Einigungsbasis abgehen[1449] – oder ihr kann jegliche Eignung fehlen, einigermassen vernünftige (nicht evident nachteilhafte) Folgen nach sich zu ziehen.

Eine erste solche Formel, die *rechtliche Nichtigkeitsformel*, lautet daher:

> Einer Rechtsnorm fehlt mangels rechtlicher Akzeptabilität die Verbindlichkeit, wenn über ihre Geltung keine Minimaleinigung hinreichend informierter und widerstandsfähiger Rechtssubjekte ernsthaft denkbar ist.

Ist diese Formel erfüllt[1450], ist die fragliche Norm nicht Recht. Gilt und wirkt sie trotzdem, dann nur durch und als Ausdruck von Macht, nicht als Recht und noch weniger mit Recht.[1451]

Die zweite Formel, die *moralische Nichtigkeitsformel*, lautet:

> Eine Rechtsnorm ist aus unmittelbar moralischen Gründen rechtsunwürdig, wenn auf Basis einer vernünftigen Prognostizierung und wahrscheinlichkeitsgewichteten Bewertung der Folgen relevanter Szenarien

---

1449 Vgl. Dreier, Recht und Moral, 182, 191 und 194 ff., mit einer auf dem abstrakten Kriterium des Erlasses der Rechtsnorm „durch ein dafür zuständiges Organ in der dafür vorgeschriebenen Weise" (191) basierenden Definition des rechtlicher Gültigkeit (der Einigungsgedanke spielt dort somit nur indirekt und nicht zwingend eine Rolle).

1450 Vgl. vorne, Teil 1, B.II: Indiz hinreichender Informiertheit ist die Existenz und Zugänglichkeit von gegenüber politisch herrschenden Kreisen kritischen Meinungsäusserungen; das Fehlen von Kritik ist dagegen per se verdächtig.

1451 Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, § 10, 85: „Aber dem Richter, der im Gewissen gebunden ist, alles gesetzte Recht als geltend zu betrachten, kann ein Angeklagter gegenüberstehen, den sein Gewissen bindet, ungerechtes oder unzweckmässiges Recht als ungültig zu betrachten, obgleich es gesetzt ist. Das Recht kann ihm gegenüber seine Macht bewähren, aber seine Geltung niemals beweisen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anzunehmen ist, die Geltung der Rechtsnorm sei klar ungeeignet, optimal dem Gesamtwohl der betroffenen Menschen zu dienen.

Vernünftig ist die Prognostizierung unter anderem dann, wenn der Aufwand zur Ermittlung der Folgen selbst verhältnismässig ist.

Beide Formeln dürften oft zu ähnlichen Bewertungen konkreter Fälle führen.[1452] Wo es einer Norm an der Minimaleinigung und damit an der sozialen und politischen Akzeptabilität fehlt, ist deren Durchsetzung typischerweise nicht geeignet, optimale Folgen für das Wohl aller Betroffenen zu erwirken – dies bereits deshalb, weil Lösungen, die von aufgeklärten und freien Betroffenen abgelehnt würden, nur mithilfe von Täuschung und Zwang realisiert werden könnten.

Ob eine der Formeln Anwendung findet, lässt sich für beide zumindest grundsätzlich empirisch prüfen, denn die jeweils entscheidenden Prämissen liegen auf empirischem Terrain; das gilt auch für die erste Formel.

III Folgen- und einigungsethische Lösungsbegründung

Im Rahmen der Kollisionslösung bedürfen Grundrechte regelmässig der kontextuellen Konkretisierung. Dabei sollte die einigungsorientierte Frage im Zentrum stehen, was der Verfassungsgeber gewollt haben könnte oder hätte. Ganz so wie es im Art. 1 Abs. 2 ZGB, der übers Zivilrecht hinausstrahlt, lautet: Das Gericht entscheidet nach der Regel, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Weil diese Regel mutmasslich jenen ähnelt, die der zuständige Gesetzgeber (bei Kollisionsfragen ist dies vor allem der Verfassungsgeber) andernorts bereits aufstellte, ist der Richter gehalten, die „Einheit der Rechtsordnung und die beteiligten Interessen" zu beachten und nach praktischer Konkordanz zu streben.[1453]

Weil Grundrechte zentrale Gerechtigkeitsfragen betreffen, ist deren Auslegung und Anwendung auch auf Basis ethischer Kriterien zu realisieren.[1454] Da offen und allgemein formuliert, bedarf es zur Interpretation der Grundrechte ohnehin gewisser Kriterien, die nicht in den betroffenen Verfassungsnormen selbst angelegt sind. Gerade Grundrechtskollisionen setzen begriffsnotwendig das Fehlen einer in der Verfassung klar vorgegebenen Lösung voraus (sonst ergäbe bereits eine simple Auslegung der

1452 Vgl. vorne, Teil 3, D.IV, zur Konvergenzthese Parfits.
1453 BGE 125 III 123 E. 1d 128; zur praktischen Konkordanz vorne, Teil 2, C.IV.4.
1454 Vorne, Teil 1, D.I.1 und Teil 2, A.I.2 – 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

konfligierenden Grundrechte, dass diese nicht kollidieren).[1455] Oberstes Gebot muss die folgenoptimale Kollisionslösung sein. Die richtige Kollisionslösung zeichnet aus, dass sie geeignet ist, die bestmöglichen Folgen für das Leben aller betroffenen Menschen zu bewirken. Diese Anforderung lässt sich verfassungstextlich ans Verwirklichungsgebot des Art. 35 BV und ans Gebot zur verhältnismässigen Auflösung von Grundrechtskollisionen (Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 BV) aufhängen.

Weil minimal einigungsbasiert auch Normen sind, die auf den nur knapp reflektierten Entscheid einer wenig informationswilligen Mehrheit im demokratischen Verfahren zurückgehen, dürften trotz Konvergenz einigungs- und folgenethischer Ansätze[1456] die Schlüsse aus den beiden Beurteilungsperspektiven bisweilen auseinanderfallen. Einigungsbasiert bedeutet nicht unweigerlich auch moralisch richtig. Abstrakt gesehen richtiger wäre dann die ethisch fundierte Lösung. Doch ehe man eine moralisch optimale Lösung statt geltender Normen durchsetzt, ist zu bedenken, dass die optimale Lösung nicht auch noch folgenoptimal sein muss, wenn eine andere, demokratisch legitimierte Lösung bereits gilt und man sie daher gegen das positivierte Recht durchsetzen müsste.

Die Folgenethik darf nicht zum Vorwand verkommen, dürftige Normen freihändig, die Kompetenzordnung durchbrechend, zu korrigieren. Ungerechtigkeiten der geltenden Rechtsordnung sollten prioritär von ihrem Urheber (dem Gesetzgeber) korrigiert werden; ein von demokratischer Einsicht getragener Rechtswandel ist nachhaltiger als ein erzwungener.

IV Gerechtigkeitsheuristiken für die Kollisionslösung

1. Vorbemerkung

Der Folgenethiker muss bisweilen auf das Folgenkalkül verzichten.[1457] Etwa da, wo das minutiöse Kalkül vom Aufwand her unverhältnismässig wäre. Statt auf eine umfassende Interessenabwägung inklusive Errechnung relevanter Folgen stellt er daher auf Heuristiken ab, die der approximativen

---

1455 Dazu vgl. vorne, Teil 2, B.III.1.b, zur grundsätzlich verneinten Frage, ob Kollisionslösung Lückenfüllung sei.

1456 Teil 3, D.IV.

1457 Vgl. Singer, Praktische Ethik, 40; Hare, Principles, 17; siehe vorne, Teil 3, F.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ermittlung und Erwirkung des Gerechten dienen. Heuristiken begründen kein exaktes Wissen, sind aber effiziente Hilfsgriffe der praktischen Gerechtigkeit. Ist eine Kollisionslösung nach Massgabe einer Heuristik plausibel, dann ist sie (nur und immerhin) vermutungsweise richtig.[1458] Die Vermutung kann mit weiteren Heuristiken, bestätigt, gedreht, geschwächt oder gestärkt werden, sodass es sinnvoll ist, stets mehrere Heuristiken ins Feld zu führen.

2. Unmittelbar folgenethische Heuristiken

Wertbasierte und gleichheitsbasierte Heuristiken sind Hilfsgriffe der Gerechtigkeitserkenntnis, in denen Folgenerwägungen und die Annahmen einer substanziellen Ethik unmittelbar zum Tragen kommen, wobei vom alle Menschen umfassenden Kreis der Gleichheit ausgegangen wird (der für Grundrechtsfragen nicht strittig sein kann):

a. Vorrang der grösseren Zahl geretteter Güter

Es gilt im Zweifelsfall der Vorrang der grösseren Zahl. Daher ist in einer Kollision, bei der beidseitig Güter ähnlichen Werts betroffen sind, ceteris paribus jene Seite zu priorisieren, auf der mehr Personen betroffen sind. Daraus fliesst das Gebot, jeweils möglichst viele Menschenleben zu retten. Entscheidend ist die relative Zahl Betroffener; ob durch ein Vorgehen jemand starb, ist dabei weniger entscheidend als die Frage, ob durch ein anderes mögliches Vorgehen weniger Personen gestorben wären. Wie jede Heuristik gilt auch diese nicht absolut; anders liegen die Dinge etwa dort, wo die Massnahme, durch die weniger Menschen ihr Leben verlören, mit schwersten Verletzungen der Unversehrtheit einhergingen, in deren Folge zahlreiche weitere Personen nicht mehr in der Lage wären, ihr Leben als lebenswert zu empfinden.[1459]

1458 Zur Problematik heuristischen Entscheidens Tversky/Kahneman, Judgement Under Uncertainty, 1124–1131; Silver, Signal, 266 ff., insb. 267: „A heuristic approach to problem solving consists of employing rules of thumb when a deterministic solution to a problem is beyond our practical capacities."

1459 Vgl. vorne, Teil 3, E.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Vorrang der Einschränkungen geringerer Intensität

Geboten ist zudem ceteris paribus die Verhinderung intensiverer (z.B. länger währender, irreversibler, mehr Fähigkeiten einschränkender etc.) Beeinträchtigungen des Lebens und der Lebensqualität. Das heisst, es ist prioritär die Lösung zu wählen, mit der möglichst wenige lang anhaltende oder gar irreversible Schädigungen an der körperlichen oder psychischen Unversehrtheit und andere schwere Beeinträchtigungen der Lebensqualität einhergingen.[1460]

c. Vorrang des Lebens und der jeweils prioritären Bedürfnisse

Das Verhältnis der Grundbedürfnisse zueinander entscheidet über das relative Gewicht kollidierender Ansprüche. Im Kollisionsfall geht ceteris paribus jene Grundrechtsposition vor, die der Befriedigung der wichtigeren Grundbedürfnisse dient.[1461] Die Tötung einer Person kann unter Umständen durch Erwirkung oder Nichtverhinderung des Todes einer anderen Person verhindert werden (wenn geringere Mittel fehlen). Doch umgekehrt gilt in aller Regel, dass andere Güter als das Leben nicht auf Kosten des Lebens anderer Menschen geschützt werden dürfen.[1462] Bedrohungen der Sicherheit dürfen in der Regel höchstens durch Einschränkungen auf gleicher Stufe überwunden werden, also durch die Einschränkung der Sicherheit. Infrage kommt gegenüber bedrohlichen, aber nicht lebensbedrohlichen Störern nur die nicht-tödliche Gewalteinwirkung, nicht der finale Rettungsschuss (Ausnahmen sind allenfalls denkbar, wo die Einbusse an Sicherheit mit grosser Wahrscheinlichkeit den Tod einer Person oder die schwere Belastung ihrer Lebensqualität, z.B. durch Traumatisierung, nach sich zöge).

d. Nachrangigkeit des Schutzes des Störers

Aus Anreizgründen, mit Blick auf das Prinzip der Selbstverantwortung (Art. 6 BV), zum Schutze des Vertrauens in den Staat und zur Einhaltung der unmittelbar aus dem Gewaltmonopol fliessenden Pflichten sind ceteris

1460 Siehe vorne Teil 2, C.IV.3; vgl. bereits Teil 2, B.II.2.a.
1461 Vorne, Teil 3, E.II.2.
1462 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1246–1248.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

paribus bedeutend gewichtigere Eingriffe gegen Störer möglich als gegen Personen, die die Kollision nicht mitbewirkten (und deren Schädigung daher eher Entrüstung auslösen würde).

e. Vorrang der Erprobung neuer Ansätze (Versuchsheuristik)

Kommen mehrere Lösungen mit Blick auf die voraussehbaren Konsequenzen als folgenoptimal infrage, ist zugunsten der Erfahrung und der späteren Erkenntnis diejenige vorzunehmen, mit welcher der Staat noch weniger Erfahrung hat.[1463] Diese neue Erfahrung ist zu dokumentieren, sodass der Vergleich mit bisherigen Lösungswegen möglich ist.

f. Isolationsheuristik: Ermittlung der kohärenten Intuition

Die Intuition schöpft aus Erfahrungen und kann, um kognitive Verzerrungen bereinigt, zur Erkenntnis der Gerechtigkeit beitragen.[1464] Mit dem hier Isolationstest genannten Verfahren kann man die Aussagekraft der Intuition in Bezug auf spezifische Probleme gezielt schärfen. Die Intuition wird mit einer sparsamen Problemformulierung und Varianten hiervon auf Elemente gelenkt, die wesentlich sein können. Komplexes wird reduziert; auf Reizwörter und prosaische Ausführungen, die vielleicht Spannung aufbauen, aber nichts zur Sache tun, wird verzichtet. Die von Nebensächlichkeiten befreite Problemfrage wird für sich alleine beantwortet. So kann man die Tragweite der Schlüsse kritisch überprüfen, die man einem intuitiv beantworteten Fallbeispiel entnehmen möchte.

> *Organraub*: Darf man den gesunden Grün ins Spital locken, um ihn zu töten und mithilfe seiner Organe das Leben von Blau, Gold und Grau zu retten?

Intuitiv weiss man sofort, dass das nicht geht. Daraus darf man aber keine falschen Schlüsse ziehen. Etwa jenen, es sei stets unzulässig, Leben gegen Leben abzuwägen. Will man wissen, ob Leben gegen Leben abgewogen werden darf, muss man eine Frage stellen, in der das Problem des bösartigen Vertrauensbruchs (ins Spital locken) und jenes der aktiven Tötung nicht mitenthalten ist:

1463 Teil 3, E.II.1; vgl. Uffer, Margin of Appreciation, passim.
1464 Teil 3, E.II.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Organzuteilung: Drei Organe stehen zur Verfügung. Darf der Arzt, wenn er damit entweder nur Grün oder aber Blau, Gold und Grau retten kann, letztere drei retten?

Es ist klar, dass er dies ceteris paribus darf (wenn nicht gar muss). Das hat mit der relativen Zahl Geretteter zu tun. Daraus folgt, dass unsere Intuition bezüglich des *Organraub*-Beispiels nichts über die Legitimität der Abwägung von Leben gegen Leben besagt. Der Isolationstest legt Widersprüche offen und verhindert, dass in unpräzisen Intuitionen gründende Gerechtigkeitsannahmen sich zu Überzeugungen verfestigen.

3. Einigungsheuristiken

Einigungs- und willensbasierte Heuristiken gehen vom folgenethisch begründeten Wert der Selbstbestimmung des Menschen und der einigungsbasierten Regelung des öffentlichen und sozialen Lebens aus. Richtig ist entsprechend dieser Heuristiken jeweils das, was die betroffenen Personen nachweislich, mutmasslich oder hypothetisch wollen:

a. Vorrang expliziter und aktueller Willensäusserungen

Eine einigungsbasierte Heuristik lautet: Richtig ist das, dem die Betroffenen explizit zustimmen oder dem sie im Vorfeld gültig zugestimmt haben. Jede explizite und nicht zurückgezogene Willensäusserung einer zum Äusserungszeitpunkt urteilsfähigen Person belegt mit relativ grosser Sicherheit den gegenwärtig verbindlichen Willen der Betroffenen. Je verlässlicher die Willensäusserung den authentischen Willen kolportiert (ein notariell beurkundetes Dokument leistet dies eher als ein indirekt durch Zeugen vermitteltes Telefongespräch vor Monaten), desto eher ist es richtig, dem expliziten Willen Folge zu leisten. Gleiches gilt für Einigungen, sobald mehrere Personen betroffen sind.

b. Vorrang des eindeutig demokratisch Gewollten

In gesellschaftlichen Fragen ist ceteris paribus richtig und gerecht, was im demokratischen Gesetz klar vereinbart ist. Die Einigungsethik liefert Hinweise auf das, was die Verlässlichkeit der Ausdrucksform und die Güte der Einigung ausmachen dürfte (die breite und informierte Diskurspartizi-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pation, ein ergebnisoffener Diskurs mit Teilnehmern, die bereit sind, die Argumente Andersdenkender zu hören, Zwangsabwesenheit, keine grösseren Machtgefälle etc.).[1465]

c. Vorrang verfassungskonformer Lösungen

Aus Sicht der Gerechtigkeitstheorie ist die in der Grundrechtsdogmatik etablierte Suche nach möglichst verfassungskonformen Lösungen im Sinne der praktischen Konkordanz eine einigungsbasierte Heuristik.[1466] Gefordert ist eine Lösung, die dem in vielen Normen ausgedrückten und nicht immer widerspruchsfreien Willen des Verfassungsgebers bestmöglich entspricht. Die Kollisionslösung soll, soweit möglich, mit den übrigen Verfassungswerten harmonieren und die Grundentscheidungen des Verfassungsgebers respektieren.[1467]

Da die Verfassung sehr viele Werte, Prinzipien und Regeln enthält, ist dies nicht eine, sondern im Grunde eine Vielzahl an „Heuristiken":

- Im Zweifelsfall ist eine Kollision zugunsten der Person aufzulösen, die die Kollision nicht zu verantworten hat (vgl. Art. 6 und Art. 41 Abs. 1 BV).
- Im Zweifelsfall ist eine Kollision zulasten der betroffenen Person aufzulösen, die diese trotz zumutbarer Verhaltensalternativen bewusst in Kauf nahm (vgl. das oben genannte Störerprinzip[1468]; siehe etwa Art. 6 BV und das Prinzip von Treu und Glauben, Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV).
- Im Zweifelsfall geht der Schutz des Lebens und der Integrität der Kinder formal gleichwertigen Rechtsgütern Erwachsener vor (vgl. Art. 11 BV).
- Im Zweifelsfall sind im Konfliktfall vulnerable Personen vorrangig zu schützen (das ist die allgemeine Form der zuvor genannten Heuristik; ihren Grund findet sie darin, dass vulnerable Personen eine Einschränkung stärker erleben als andere; in der Verfassung findet sie etwa im Differenzierungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV, in den Diskriminierungs-

---

1465 Siehe insb. vorne, Teil 3, II.3 – 4.
1466 Vgl. dazu Teil 2, C.IV.4.c.
1467 Vgl. insb. Teil 2, B.III.5; Eva Maria Belser, in: BS-Komm. BV, Einleitung N. 48.
1468 Siehe vorne, Teil 3, F.IV.2.d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geboten des Art. 8 Abs. 2 BV, zumindest e contrario in Art. 6 BV und exemplarisch in Art. 11 und 12 BV Ausdruck).
- Im Zweifelsfall sind die gewichtigsten Rechtsgüter unter jenen zu retten, die man wirksam retten kann, und jene, die man mit grösserer Wahrscheinlichkeit retten kann (vgl. Art. 35 BV).[1469] Daraus folgt, dass das Vulnerabilitätsprinzip nicht bedeutet, man müsse auf Kosten von Personen, die man retten könnte, jenen zu Hilfe eilen, die man höchstwahrscheinlich nicht retten kann.

Das sind einige der m.E. wichtigsten „Verfassungsheuristiken"; die Liste ist aber zweifelsfrei nicht vollständig.

d. Risikoausgleich-Gedankenspiel zur Akzeptabilitätsprüfung

Die Risikoausgleich-Heuristik fragt (angelehnt an Rawls[1470]) nach der Zustimmung in einer Konstellation, die sich vom infrage stehenden Problemfall in entscheidender Weise unterscheidet: Die Zustimmung muss eine Person geben, die allen Betroffenen im tatsächlich vorliegenden Problemfall gleich nahe stünde.

Die Voraussetzung erfüllt etwa die fiktive Person, die das Los jedes einzelnen der von der Kollision betroffenen Menschen durchleben müsste.[1471] Die Kollisionslösung, der diese Person zustimmen würde, wäre im Kreis der Betroffenen – wenn diese objektiv und unvoreingenommen entscheiden müssten – hypothetisch einigungsfähig. Neutral wäre ferner eine fiktive Person, die sich mit Wahrscheinlichkeit 1/x in der Position jeder der x betroffenen Personen wiederzufinden drohte. Solche um das Risiko, eine bestimmte Person zu sein, bereinigte Beurteilungsperspektiven erlauben die neutrale Analyse der Problematik, was unweigerlich auch eher zu Lösungen führt, die mit der Gleichwertigkeit und der Gleichberechtigung der Menschen kompatibel sind.

Nützlich (weil handhabbar) ist die Risikoausgleich-Heuristik besonders dort, wo nur zwei Personen massgeblich betroffen sind:

1469 Siehe dazu auch oben, Teil 3, D.II.5.

1470 Wie bei Rawls' A Theory of Justice geht es darum, auf die Präferenzen von Menschen abzustellen, die nicht wissen, wo sie stehen werden: vgl. vorne, Teil 3, C.II.1.

1471 Eine passende Handlungsanweisung könnte lauten, so Nelson, Kritik, 133: „Handle nie so, dass du nicht auch in deine Handlungsweise einwilligen könntest, wenn die Interessen der von ihr Betroffenen auch deine eigenen wären."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lawine[1472]: Nach Niedergang einer Lawine schwebt Amber in Lebensgefahr und Mauve droht das verschüttete Bein zu verlieren. Rettungskräfte können entweder das Leben von Amber oder Mauves Bein retten. Was ist zu retten?

Hier ist zu fragen, welche Kollisionslösung jemand guthiesse, der mit identischer Wahrscheinlichkeit (je 50 %) damit rechnen müsste, sich entweder in der Situation von Mauve oder in jener von Amber wiederzufinden. Die Antwort ist evident. Aus risikoausgeglichener Perspektive würde jede Person, natürlich auch Mauve, Amber retten wollen. Dies sagt einiges aus über das Verhältnis der körperlichen Unversehrtheit zum Wert des Überlebens an sich.

Ist die Anzahl kollisionsbeteiligter Personen höher, wird das gedankliche Risiko, jeweils eine der Positionen einzunehmen, angepasst: Bei drei Betroffenen müsste man nach der Präferenz einer Person fragen, die sich mit ca. 33.33 % Wahrscheinlichkeit in der Position von Mauve, Amber oder Rot wiederfände.

Die Risikoausgleich-Heuristik ist gerade bei Kollisionen mit überschaubarer Zahl besonders betroffener Personen fruchtbar. Sie führt allerdings nicht zwingend zur optimalen Kollisionslösung. Zu bedenken ist, dass diese Heuristik, soll sie von praktischem Nutzen sein, gewisse prima facie nachrangige Auswirkungen der infrage stehenden Kollisionen ausblenden muss: Die Frage, was jemand wollen würde, der einer von acht Milliarden Menschen sein könnte, wäre kognitiv nicht zu bewältigen. Also ist der Einfachheit halber auf die Interessen der prima facie schwer betroffenen Personen zu fokussieren. Interessen, die durch den Fokus auf ein solches Epizentrum der Kollision ausgeblendet werden, müssen nach der heuristischen Prüfung bisweilen korrigierend bedacht werden, etwa im Rahmen der Prüfung indirekter und längerfristiger Folgen einer Kollisionslösung und ihrer gesellschaftlichen Akzeptabilität.

Es sind insbesondere stets folgenethische Argumente zu bedenken. Solche Argumente können etwa ins Gewicht fallen, wo eine für die direkt Betroffenen optimale Lösung aus Nachhaltigkeitsgründen inakzeptabel wäre (d.h. die Lösung ihre Zwecke nur vorübergehend erreichte). Zur Illustration: Wenn der Staat Lösegeld an Entführer bezahlt, um eine Geisel zu retten, resultiert hieraus die an sich erfreuliche Rettung der Geisel und ein grosszügiges Geschenk an die Geiselnehmer. Die Folgen des

1472 Inspiration zu diesem Fall ist ein ähnliches Dilemma bei: Parfit, On What Matters, Vol. I, § 25, 185 (*Earthquake*).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entführungsdilemmas durch Lösegeldzahlung sind mit Blick auf diese direkt kollisionsbeteiligten Personen optimal. Das Gesamtbild nötigt indes wohl zu vorsichtigeren Schlüssen als die isolierte Perspektive: Animiert die Lösegeldzahlung zu weiteren Entführungen oder anderen schweren Verbrechen, ist die für diese eine Geisel und ihre Entführer bestmögliche Lösung keinesfalls die folgenethisch optimale Lösung, sondern mutmasslich grob ungerecht (vorzugswürdiger wäre eher ein gewagter, nicht sicher gelingender Versuch der Rettung der Geisel mit Waffengewalt, der die Kosten der Entführung für Entführer erhöht).

Das Beispiel zeigt, wie die Suche nach der hypothetischen Einigung der unmittelbar Betroffenen mit der Vernachlässigung von Interessen einhergehen kann, die zwar gewichtig, aber abstrakt und schwer messbar sind. Deswegen ist die Risikoausgleich-Heuristik nicht mehr als eine (nützliche) Heuristik.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 4: Konkrete Grundrechtskollisionen

A. Bildung von Kollisionstypen

Kollisionstypen lassen sich einerseits bilden, indem die verschiedenen Ursachen der Grundrechtsgefährdung als Distinktionsmerkmal herbeigezogen werden.

Man kann vier Gefahrentypen unterscheiden:[1473] Bei einer Selbstgefährdung ist die Person, die die Gefahr verursacht, zugleich durch diese bedroht. In Drittgefährdungskonstellationen geht die massgebliche Gefahrenlage von Personen aus, die nicht selbst von ihr betroffen sind und die nicht als Vertreter des Staates handeln oder auftreten, auf dessen Hoheitsgebiet sich die Gefahr ereignet (wenn Organe eines fremden Staates die Gefahr verursachen, liegt aus Sicht des schutzpflichtigen Staates ebenfalls eine Drittgefährdung vor). Sodann kann die Gefahr auf den Staat selbst zurückzuführen sein (also auf jenen Staat, auf dessen Hoheitsgebiet die Gefahren sich manifestieren). Zuletzt kann die Gefahrenlage auf natürliche Gewalten zurückzuführen sein.

Je nach Gefährdungsursache stehen andere Problemschwerpunkte im Fokus der Kollisionslösung. Die folgende Kategorisierung setzt zur Unterscheidung an den Eigentümlichkeiten der im Kolllisionsfall zu prüfenden Intervention des Staates an. Dies führt zur folgenden Benennung von vier Grundtypen an Kollisionen:

- In der Kategorie der *paternalistischen Rettung* richtet sich die erwogene staatliche Intervention gegen die sich selbst gefährdende Person und damit prima facie gegen deren Selbstbestimmung.
- Bei der *aggressiven Rettung* zielt die Intervention des Staates darauf ab, grundrechtsgefährdendes Wirken eines Störers gewaltsam oder mit grösserem Zwang zu unterbinden.
- Bei der *forcierten Solidarität* hat die Intervention zum Zweck, mit grundrechtseinschränkenden Druckmitteln zu erreichen, dass von der Gefahr nicht betroffene Private an der Wahrung gefährdeter Grundrechte mitwirken.

1473 Angelehnt an Sutter, Naturgefahren, 179, dort m.H. auf Rebhahn, Staatshaftung, 129.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Die *selektive Rettung* bildet die Auffangkategorie: sie enthält (ohne die Besonderheiten der obigen Kollisionstypen) insofern das Grunddilemma aller Grundrechtskollisionen, als sie sich dadurch auszeichnet, dass der Staat nicht alle kollidierenden Grundrechte verwirklichen kann und einzelne privilegieren muss.

Die Verbindung positiv konnotierter Wörter mit eher negativ konnotierten Adjektiven ist Absicht. Schon die Bezeichnung der Kategorie soll anklingen lassen, dass es um Dilemmata geht. Dadurch wird auch verhindert, dass in der Fallkategorisierung bereits eine Bewertung für oder wider die fragliche Intervention des Staates mitanklingt. Die Kategorien werden nachfolgend näher dargelegt.

I Paternalistische Rettung

1. Problemumriss

a. Allgemein: Konflikte mit der individuellen Selbstbestimmung

Bei der paternalistischen Rettung stellt sich anlässlich einer *prima facie* willentlich in Kauf genommenen Selbstgefährdung die Frage, ob der Staat die drohende Einschränkung verhindern darf, indem er zugleich selbst Grundrechte (i.d.R. vor allem die freie Selbstbestimmung) der betroffenen Person einschränkt. Kann in solchen Fällen die Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte eine Pflicht beinhalten, Personen (quasi bevormundend) vor sich selbst zu schützen? Es geht um die Frage nach der Zulässigkeit von Massnahmen zum Schutze vor einer Grundrechtsgefährdung, denen die zu schützende Person mutmasslich nicht zustimmen würde oder die sie gar explizit missbilligt.

Damit eine solche Grundrechtskollision vorliegt, muss die erwogene Massnahme dem tatsächlichen oder wenigstens dem mutmasslichen Willen der zu rettenden Person zuwiderlaufen. Dieser Wille kann sich in zeitnahen und sachbezogenen Aussagen des Betroffenen äussern. Er kann sich auch in wortlosem Verhalten manifestieren, wenn es geeignet ist, die innere Einstellung des Betroffenen zu vermitteln (etwa in Selbstverteidigungs- oder Fluchtgesten). Ab wann ist der Wille klar genug? Während im Obligationenrecht des Vertrauensprinzips wegen zu fordern ist, konkludente

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Willensäusserungen müssten unzweideutig sein[1474], ist in der Kollisionsdogmatik ein leichtfügig weniger strenger Massstab für die Annahme des mutmasslichen Willens im Kontext der Selbstbestimmung nach Art. 10 Abs. 2 BV richtig: Es gibt ja keinen Vertragspartner, dessen guten Glauben man schützen müsste. Zu bedenken ist indes, dass Unklarheiten Fehlerrisiken bergen. Man stelle sich vor, der Staat unterlasse eine Lebensrettung, weil er den Willen des Betroffenen missversteht und denkt, er respektierte dessen Autonomie. So etwa, wenn ein Zeuge Jehovas keine Bluttransfusion erhält, weil der Staat zu Unrecht aus der Religionszugehörigkeit oder aus Aussagen Angehöriger folgert, er lehne die rettende Massnahme ab. In diesem Fall würde der Staat zwei Grundrechte zugleich verletzen: das Recht auf Leben und das Selbstbestimmungsrecht.

Sind solch gewichtige Interessen im Spiel, ist für die Annahme des mutmasslichen Willens nicht nur ein hinreichender Grad an Klarheit zu fordern, sondern die verbleibende Unsicherheit ist bei der Abwägung zu berücksichtigen: Der Wert des Respekts des mutmasslichen Willens ist probabilistisch zu gewichten, gemäss der Wahrscheinlichkeit, dass er zutreffe.[1475] Wenn der Wille eines sich im Koma befindlichen Patienten, auf einen lebensrettenden Eingriff zu verzichten, nur aus spärlichen, indirekten Indizien hervorgeht und damit nur ein mutmasslicher ist, dann wöge dieser (eben nur mutmassliche) Eingriff ins Selbstbestimmungsrecht durch Vornahme des lebensrettenden Eingriffs weit weniger schwer, als wenn er mit Sicherheit dem Willen des Patienten widerspräche.[1476] Eine Handlung, die nur mit eher geringer Wahrscheinlichkeit ein hohes Gut trifft, ist in ihrer erwartbaren Intensität vergleichbar mit einer geringerfügigen Leidzufügung oder anderen Formen nicht irreversibler Schäden.

b. Mutmasslicher Wille

Eine paternalistische Rettung ist ein prima facie lebensdienlicher Eingriff gegen den Willen des zu Rettenden. Damit von einer solchen Konstellation die Rede sein kann, bedarf es zumindest eines mutmasslichen gegenläu-

---

1474 Siehe BGE 123 III 53 E. 5a, 59: „Une manifestation de volonté tacite ne peut cependant être retenue qu'en présence d'un comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute"; BGE 113 II 522 E. 5c, 527; vgl. BGE 129 III 476 E. 1.4, 478.

1475 Dazu Teil 3, D.I.2.b.

1476 Siehe dazu vorne, Teil 3, A.V, zum Gradualitätsprinzip.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

figen Willens. Auf den tatsächlichen Willen kann nur abgestellt werden, wenn dieser klar nachweisbar ist. Auf den mutmasslichen Willen dagegen auch dann, wenn zwar keine klare Willensäusserung vorliegt, jedoch hinreichende Indizien den Schluss tragen, der mutmassliche Wille könne der wirkliche Wille des Betroffenen sein.

Solches Mutmassen ist etwa notwendig in Bezug auf den Willen einer Person, die seit Wochen im Koma liegt und sich zur Fortführung lebenserhaltender Massnahmen nie äusserte und nicht mehr äussern kann; oder in Bezug auf Neugeborene oder teilweise auf Scheidungskinder jungen Alters, die auf eines der Eltern aus unsachlichen Gründen gerade schlechter anzusprechen sind, sodass der ausgedrückte Wille für sich allein nicht verlässlich genug wäre; oder in Bezug auf Drogenabhängige und Sektenmitglieder (soweit diese Opfer von Gehirnwäsche sind); oder in Bezug auf eine im entscheidenden Augenblick nicht konsultierbare, an sich aber urteilsfähige Person (so ein Passagier im entführten Flugzeug).

Auf einen mutmasslichen Willen kann bisweilen aus der Zugehörigkeit zu einer Religion oder einer anderen Gesinnungsgruppe geschlossen werden, sofern damit in aller Regel bestimmte sachrelevante Überzeugungen einhergehen. Ein Beispiel ist die Ablehnung von Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas.

Die Relevanz einer früheren Willensäusserung für die Frage nach der Zulässigkeit eines in der Gegenwart erwogenen Eingriffs hängt auch von ihrer Aktualität und damit oft einfach von der Zeit ab, die seit ihrer Erstellung verstrichen ist. Je weiter eine eigentlich klare Willensäusserung zeitlich zurückliegt, desto eher ist sie bloss Ausdruck eines eher schwächeren mutmasslichen Willens.[1477] Von besonderer Bedeutung ist die Frage nach der Gültigkeit der Willensäusserung in der Medizin. Auch hier fällt das Alter der Patientenverfügung (i.S.v. Art. 370 ff. ZGB) ins Gewicht: Bei jungen, auf eine konkrete Situation bezogenen Patientenverfügungen ist anzunehmen, sie drückten den wirklichen gegenwärtigen Willen der Betroffenen aus. Je älter eine Patientenverfügung ist und je abstrakter ihr Inhalt, desto eher kann man ihr nur einen schwachen mutmasslichen Willen hinsichtlich der infrage stehenden konkreten Massnahme entnehmen.[1478]

Gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht hat der Arzt einer Patientenverfügung zu entsprechen, ausser sie verstiesse gegen geltende Gesetze oder es bestünden begründete Zweifel, ob sie „auf freiem Willen beruht oder noch

---

1477 Vgl. die Regel, dass im Erbrecht bei Vorliegen zweier Testamente das jüngere vorgeht; vgl. ferner schon das Wort: *letzt*willige Verfügung (Art. 467 ZGB).

1478 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht" (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Diese Unverbindlichkeitsgründe sind weniger restriktiv definiert als die Ungültigkeitsgründe des Testaments, wo ein mangelhafter Wille erst vorliegt, wenn es unter Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang zustande kam (Art. 469 Abs. 1 ZGB). Die Schwelle zur Unverbindlichkeit einer Weisung in der Patientenverfügung liegt wesentlich tiefer. Zweifel an der Autonomie und Aktualität des in der Patientenverfügung ausgedrückten Willens wird man m.E. bereits haben können, wenn die persönlichen Lebensumstände des Betroffenen (etwa eine Elternschaft, mit Auswirkungen auf die Risikobereitschaft) oder der medizinische Stand der Technik (z.B. Existenz weniger intrusiver Eingriffstechniken) sich auf eine für den konkreten Fall signifikante Weise änderten.[1479]

Der Klarheit wegen sollten urteilsfähige Verfasser älterer Patientenverfügungen diese gelegentlich bestätigen und nötigenfalls an gewandelte Präferenzen anpassen (vgl. Art. 370 Abs. 1 ZGB).[1480] Es empfiehlt sich, in einer Patientenverfügung nicht nur abstrakte Wertworte zu brauchen (etwa Lebensqualität, Würde, Freiheit), sondern konkret Wünsche, Bedenken, Ängste und Erwartungen festzuhalten, was bessere Rückschlüsse auf die wirklichen Präferenzen ermöglicht.[1481]

Gemäss Wortlaut des Art. 372 Abs. 2 ZGB, kann eine Patientenverfügung (nur) einen mutmasslichen Willen ausdrücken. Der in der Patientenverfügung geäusserte Wille kann daher einem abweichenden, sich etwa konkludent äussernden mutmasslichen Willen widersprechen, sodass zu prüfen ist, welcher mutmassliche Wille eher zutrifft. Es kann sein, dass der mimische Ausdruck schwerster Schmerzen bei der Durchführung einer per Patientenverfügung gebilligten Operation dazu führt, dass auf die Operation verzichtet wird.

1479 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 128: „[L]es directives anticipées […] cristallisent une situation, ce qui ne permet pas toujours de prendre en considération des changements, soit dans la réflexion du patient (si celui-ci n'a pas sans cesse adapté les directives anticipées qu'il aurait prises), soit dans le développement de la science."

1480 SAMW, Patientenverfügungen, 8, Ziff. 3.4.

1481 Vgl. SAMW, Patientenverfügungen, 9, Ziff. 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Substanzielle Selbstgefährdung

Eine Konstellation der paternalistischen Rettung setzt, abgesehen vom Element der Fremdbestimmung, voraus, dass eine schwere Selbstgefährdung den Anlass zur infrage stehenden Intervention liefert.[1482] Die Selbstgefährdung richtet sich gegen Leib und Leben oder trifft anderweitig auf zentrale Weise Grundbedürfnisse zumindest zweiter Stufe.[1483]

Vor selbst und frei bewirkten Gefahren, deren Verwirklichung die Lebensqualität der sich selbst gefährdenden Person in aller Regel nicht erheblich und nicht nachhaltig zu verringern droht, ist im liberalen Staat niemand zu schützen.[1484] Gleiches gilt für Selbstgefährdungen, deren Konsequenzen schwer (u.U. tödlich) sein können, sich aber nur mit einer geringen Wahrscheinlichkeit realisieren (so die Selbstgefährdung, die jeder Autofahrt inhärent ist; oder die Selbstgefährdung des Bergsteigers); dies gilt allgemein für abenteuerliche Unternehmungen, bei denen sehr hohe Risiken und mögliche grosse Erfahrungsgewinne sich etwa die Waage halten. Ohne folgenethisch unhaltbaren Aufwand liessen sich Schäden staatlicherseits nicht verhindern.

Eine gewisse Schwere der drohenden Einschränkung ist bei allen Grundrechtskollisionstypen erforderlich.[1485] Beim Kollisionstyp der paternalistischen Rettung ist dies besonders wichtig, weil die Schutzwürdigkeit der Selbstbestimmung und die Fähigkeit des Einzelnen zur Selbstverantwortung im liberalen Rechtsstaat vermutet werden (vgl. Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 BV).

d. Grundrechtsdogmatische Einordnung

Dass Kollisionen bisweilen durch Schutzhandlungen zugunsten der Grundrechte Dritter aufgelöst werden, ist in der Verfassung implizit vorge-

---

1482 Vgl. e contrario BGE 130 I 16 E. 5.3, 24: „Im Umstand, dass die Beschwerdeführerin unbefugterweise mehrmals das Antidepressivum Fluctine zu sich genommen hat und sich dieses Medikament mit der angeordneten Medikation nicht verträgt, kann keine unmittelbare und schwerwiegende Selbstgefährdung erblickt werden."

1483 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2, zur Relevanz der Grundbedürfnissen im Kollisionsfall.

1484 Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 100; vgl. ebd. 68.

1485 Die Grundrechtskollision deckt Konflikte von peripheren Schutzgehalten (dazu Teil 2, B.II.2.c) nicht ab; vgl. hinten, Teil 4, A.III.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sehen (Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 BV). Wird in Grundrechte eingegriffen, um Personen davor zu bewahren, eigene grundrechtliche Güter zu schädigen, hat dies semantisch wenig mit dem Schutz der Grundrechte Dritter zu tun. Daher zählt der Schutz vor sich selbst, wo überhaupt legitim, in der gegenwärtigen Verfassungsordnung zu den öffentlichen Interessen.[1486]

2. Beispiele

Der Staat ist beispielsweise dann mit dem Dilemma der *paternalistischen Rettung* konfrontiert, wenn er entscheiden muss: ob eine psychisch labile Person bei akuter Suizidgefahr in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen werden kann; ob die freie Ausübung einer Extremsportart vom Absolvieren eines Kurses abhängig gemacht werden darf; ob Alkoholwerbung im Interesse der Konsumenten verboten werden darf; ob eine vom Betroffenen mutmasslich abgelehnte, lebensrettende Bluttransfusion vorgenommen werden darf. Das nachfolgend ausführlich besprochene Fallbeispiel ist jenes des Haftinsassen, der einen Hungerstreik so lange fortzusetzen gewillt ist, bis er nur noch mittels Zwangsernährung – oder durch Gewährung dessen, was er fordert – vor bleibenden schwersten Gesundheitsschäden bewahrt werden kann.

Der paternalistische Rettungseingriff erfolgt in der Regel durch aktives, invasives staatliches Tätigwerden. Der Paternalismus kann aber auch darin bestehen, dass der Staat etwas nicht (mehr) tut: Die Reduktion der Geldzahlungen an einen spielsüchtigen Sozialhilfeempfänger und die Einführung von Sozialhilfeleistungen in Form von Gutscheinen für Naturalleistungen (für den Kauf von Nahrung, Kleidern etc.) kann als paternalistische Rettung eingestuft werden.

Im weiten Sinne können auch gewisse Gemeingutgefährdungen, wie etwa Gefährdungen der freien demokratischen Willensbildung (Art. 34 BV), zu Dilemmata vom Typus der paternalistischen Rettung führen. So könnte sich die Frage stellen, ob der Staat den Zeitpunkt einer Wahl oder Abstimmung verschieben oder gewisse Informationen vom Diskurs ausschliessen darf, wenn Indizien bestehen, dass eine fremde Macht etwa über Cyberangriffe und die massive Verbreitung von Falschinformationen durch Diskurssaboteure in sozialen Medien im Begriffe ist, die Wahl in ihrem Interesse zu manipulieren. Da die Gefährdung der demokratischen

1486 Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, Rz. 52; Biaggini, BV, Art. 36 N. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ordnung stets eine mittelbare Bedrohung wichtiger Individualgüter ist, ist die Wesentlichkeitsschwelle in jedem Fall erreicht.

Nicht der paternalistischen Rettung zugeordnet wird jene Gruppe von Fällen, bei denen die Ermittlung eines hinreichend deutlichen Willens misslingt und der Staat entscheiden muss, welche der prima facie konfligierenden Grundrechte der betroffenen Person er schützen soll. Ein solcher Fall kann etwa eintreten, wenn ein Komapatient nie Gelegenheit hatte, einem riskanten medizinischen Eingriff zuzustimmen oder diesen abzulehnen, und seine Präferenz sich zudem nicht indizienweise rekonstruieren lässt. Solche Fälle sind der Kategorie der *selektiven Rettung* zuzuordnen. In Fällen von kombinierter Selbst- und Fremdgefährdung überschneidet sich die *paternalistische Rettung* mit der Problematik der *aggressiven Rettung*. Dies ist der Fall beim Problem der Zwangsmedikation einer psychisch kranken Person, die ohne Medikation sich selbst, das Betreuungspersonal sowie andere Anstaltsbewohner gefährdete.[1487] Ein anderer hybrider Fall ergibt sich, wo der Staat erwägen muss, einem Prediger, der seine jungen Zuhörer subtil und wirksam zu Hass und Gewalt verleitet, ein Berufsausübungsverbot zu erteilen, um die Zuhörer vor sich selbst (z.B. vor der mit der Radikalisierung einhergehenden Marginalisierung und kürzeren Lebenserwartung) und um die Gesellschaft vor radikalisierten Einzelnen zu schützen.

II Aggressive Rettung

1. Problemumriss

Die aggressive Rettung bezeichnet Fälle, bei denen bestimmte Personen Grundrechte Dritter gefährden und sich daher die Frage stellt, ob der Staat den Schutz der Betroffenen durch Einschränkung der Freiheiten und Rechte der gefährdenden Personen (kurz: Störer) gewährleisten darf. Das Dilemma der aggressiven Rettung zeichnet aus, dass schutzwürdige

1487 Vgl. BGE 130 I 16; BGE 127 I 6, insb. E. 9a, 27, wo aus der staatlichen Fürsorgepflicht die „Notkompetenz [der Klinik] zur Aufrechterhaltung von Leben und Abwendung einer unmittelbaren Gefahr von schwerer Gesundheitsschädigung im Sinne der polizeilichen Generalklausel" hergeleitet wird; vgl. BGE 126 I 112, in welchem vor allem das Motiv der Verhinderung der Drittgefährdung im Zentrum stand. Vgl. dazu G. Niveau, Les mesures de contrainte, in: Bertrand e.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 377 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundrechtliche Interessen nur durch die Einschränkung der Abwehrrechte anderer Personen gewahrt werden können.

Der Kollisionstyp, der als aggressive Rettung bezeichnet wird, steht oft im Zentrum von Beiträgen zum Thema der Grundrechtskollision.[1488] Damit geht ein Fokus auf Kollisionen von Abwehrrechten mit Schutzrechten einher, bei denen die Interessen eines Störers mit jenen eines Opfers konfligieren. Das hat wohl auch dazu beigetragen, dass andere Kollisionsformen, bei denen die Gefahr nicht vom Störer ausgeht, weniger besprochen werden (so etwa Fälle der forcierten Solidarität[1489], wo Abwehrrechte unbeteiligter Dritter mit Leistungsrechten oder Schutzrechten kollidieren; oder Fälle der selektiven Rettung, wo beidseitig Schutzrechte oder Leistungsansprüche betroffen sind[1490]).

2. Beispiele

Die Problematik der aggressiven Rettung stellt sich zum Beispiel im Falle des finalen (gezielt tödlichen) Rettungsschusses auf eine Person, die Leib und Leben einer anderen Person bedroht. Eine weitere Fallgruppe betrifft den Einsatz aggressiver Verhörmethoden zur Lebensrettung. Ein solcher Fall wird nachfolgend unter der neutralen Bezeichnung als aggressives Rettungsverhör besprochen.[1491]

Die Intervention des Staates richtet sich nicht immer nur gegen den Störer. Die aggressive Rettung kann zusätzlich die Einschränkung von Grundrechten Dritter zur Folge haben, welche die Kollision nicht verursachten. Da überschneidet sich die aggressive Rettung mit der forcierten Solidarität[1492] oder der selektiven Rettung.[1493] Ein Beispiel hierfür ist der Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeuges, das als Tatwaffe eingesetzt zu werden droht, wenn tatunbeteiligte Passagiere oder Besatzungsmitglieder an Bord sind oder der Abschuss über dicht besiedeltem Gebiet stattfände.[1494] Zudem kommt es zu den erwähnten Überschneidungen mit Fällen der paternalistischen Rettung, wenn gleichzeitig eine Dritt-

1488 So etwa bei Martin, Grundrechtskollisionen, 1 ff.
1489 Hinten, Teil 4, A.III.
1490 Hinten, Teil 4, A.IV.
1491 Hinten, Teil 4, C.
1492 Zur forcierten Solidarität: Teil 4, A.III.
1493 Zur selektiven Rettung: Teil 4, A.IV.
1494 Siehe hinten, Teil 4, D; hierzu insb. BVerfGE 115, 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefährdung und eine Selbstgefährdung verhindert würden (etwa bei der Zwangsmedikation einer psychisch kranken Person).

III Forcierte Solidarität

1. Problemumriss

Bei der forcierten Solidarität dreht sich der Konfliktschwerpunkt um den Wert der freien Selbstbestimmung, die jeweils eingeschränkt zu werden droht, damit andere, im konkreten Fall womöglich wertvollere Rechtsgüter geschützt werden können. Das Dilemma zeichnet aus, dass der Staat bestimmte bedrohte Grundrechte nur schützen kann, indem er andere, die Gefahrenlage nicht provozierende Grundrechtsträger mit bestimmten Druckmitteln dazu bringt (forciert), einen Beitrag zur Rettung der bedrohten Grundrechte zu leisten. Dieser Beitrag ist dann die forcierte Solidarität. Die bei solchen Kollisionen eintretenden Einschränkungen sind auf das Unvermögen des Staates zurückzuführen, Grundrechte ohne Zugriff auf private Ressourcen zu verwirklichen.

Jede wesentliche Freiheitsbegrenzung zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder der Grundrechte Dritter, ist ein Ausdruck forcierter Solidarität, soweit der Eingriff nicht primär (so bei der aggressiven Rettung) auf die Begrenzung der Freiheit allfälliger Störer gerichtet ist und zudem nicht der Schutz vor sich selbst im Vordergrund steht (so bei der paternalistischen Rettung).

Die forcierte Solidarität umfasst allerdings nicht jedes verpflichtende Wirken des Staates. Von Forcieren kann nur die Rede sein, wo dieses sich durch eine unüblich nötigende Komponente auszeichnet. Es bedarf der Einschränkung der Freiheit, die über die Einschränkung von blossen Modalitäten der Freiheitsausübung hinausgeht. Der Druck, der von formalen Anforderungen an die rechtswirksame Ausübung einer Wahl (z.B. des Nachnamens durch ein Ehepaar) oder an die Inanspruchnahme von Leistungen (z.B. Stipendien oder Beiträgen der Sozialhilfe) ausgeht, liegt unter der Schwelle des „Forcierten". Auch in der Pflicht, Steuern zu bezahlen, ist keine Nötigung zur Solidarität zu sehen, da (und solange) es sich hierbei um eine übliche Leistung handelt, die für das Funktionieren des Gemeinwesens notwendig ist. Aus ähnlichem Grund ist in der Pflicht, keine Straftaten zu begehen, kein Forcieren zur Solidarität zu sehen; das Unterlassen von material tatsächlich verwerflichen Straftaten darf als selbstverständlich gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die begriffliche Einschränkung der forcierten Solidarität ist notwendig, weil ein zu weiter Kollisionsbegriff Missbrauchsrisiken birgt: Es drohten herbeidefinierte Kollisionen als Vorwand missbraucht zu werden, politisch unbequeme Grundrechte einzuschränken. Besonders bedroht wären vulnerable Angehörige von Minderheiten, die ohnehin Mühe haben, Schutz zu finden.

2. Beispiele

Forcierte Solidarität läge vor, wo ein Impfobligatorium zum Schutz vulnerabler Einzelpersonen, die ihres Alters oder der persönlichen Veranlagung wegen nicht geimpft werden können[1495], implementiert würde. Dadurch würden nichtimmune Einzelpersonen durch die sogenannte Herdenimmunität (d.h. durch die Immunität eines zur Epidemieverhinderung genügend grossen Anteils der potenziell betroffenen Gemeinschaft) geschützt. Die Solidarität diente hier dem Schutz der Gesundheit nicht impffähiger, besonders vulnerabler Einzelpersonen. Das Problem des Impfobligatoriums enthält auch Elemente der paternalistischen Rettung, wo es auch darum geht, die impfunwilligen Personen selbst vor der Krankheit zu schützen.[1496]

Das Krankenversicherungsobligatorium (vgl. Art. 3 Abs. 1 KVG) könnte für einen Teil der Betroffenen eine Form forcierter Solidarität darstellen, die aber (vorbehaltlich exzessiver Kosten) unstreitig zulässig sein dürfte. Die allgemeine Männerwehrpflicht (Art. 2 Abs. 1 MG) führt, sobald ein Solidaritätsnutzen gegeben ist (also im Verteidigungsfall), ebenfalls zu Fällen der forcierten Solidarität. Ein weiterer Fall wäre die künstliche Verlängerung des Lebens einer schwangeren, sterbewilligen Frau zum alleinigen Zweck, das Kind lebend zur Welt zu bringen.

Vorliegend wird als Fallbeispiel der Wechsel von der Zustimmungslösung hin zur Widerspruchslösung (mit der Obliegenheit, die Ablehnung der postmortalen Organspende zeitlebens eintragen zu lassen) im Organtransplantationswesen besprochen.[1497] Die Einführung eines Opt-out-Sys-

---

1495 Vgl. Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 104; dort mit Verweis auf BBl 1880 I 86.

1496 Gemäss Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 104, dient die Impfung gar in erster Linie dem Schutz vor Ansteckung für den Geimpften selbst.

1497 Hinten, Teil 4, E.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tems könnte als ein Forcieren mit solidarischem Zweck (Erhöhung der Organspendezahl) angesehen werden.

IV Selektive Rettung

1. Problemumriss

Die selektive Rettung zeichnet aus, dass wegen der mehrfachen Grundrechtsgefährdung nur ein Teil der bedrohten Grundrechte Schutz erfahren kann. Der Staat muss entscheiden, welche Grundrechte (u.U. wessen Leben) er mit den begrenzten Kapazitäten rettet. Das hat die selektive Rettung mit den übrigen Kollisionstypen gemeinsam. Zudem definiert sich die selektive Rettung über die Abwesenheit der Wesensmerkmale der anderen drei Typen an Grundrechtskollisionen: keine Selbstgefährdung, keine Störer, kein Verpflichten Dritter zur Solidarität. Die Kategorie der selektiven Rettung umfasst damit namentlich Fälle, bei denen die Gefahrenlage auf natürliche Gewalt zurückzuführen ist (soweit kein Fall forcierter Solidarität vorliegt).

Die selektive Rettung ist in mancher Hinsicht der Ceteris-paribus-Grundfall aller Kollisionen. Typischerweise sind die kollidierenden Grundrechte bei der selektiven Rettung von einer Bedrohung auf ähnliche Weise betroffen. Es kollidieren in der Regel gleichlaufende Anspruchsdimensionen: Schutzrechte gegen Schutzrechte, Leistungsrechte gegen Leistungsrechte; seltener aber Schutzrechte gegen Abwehrrechte, wie bei der aggressiven Rettung, oder Leistungsrechte gegen Abwehrrechte, was für die forcierte Solidarität typisch ist. Bei der selektiven Rettung steht die Frage im Vordergrund, welche Personen man priorisieren soll – weniger die Frage nach dem Vorrang eines Grundrechts vor einem anderen.

2. Beispiele

Ein Beispiel der selektiven Rettung liegt vor, wenn nach einem Erdrutsch 50 Personen auf Evakuationshilfe warten, aber wegen der Witterungsbedingungen nur 15 hiervon rechtzeitig evakuiert werden können. Ein anderes ist der vorne besprochene Fall: Ein Medikament kann entweder an fünf Personen gegeben werden, von denen jede einzelne Person durch je ein Fünftel der verfügbaren Menge gerettet würde, oder an eine, die die ganze Menge bräuchte (wie bereits dargelegt, sollte der Staat die fünf Per-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sonen retten).[1498] Auch die sogenannte Triage ist der selektiven Rettung zuzuordnen. Dabei geht es um die Frage, ob der Staat (im Falle von Krieg, einer anderen Katastrophe oder einfach begrenzter Kapazitäten) zuerst den Personen helfen soll, die sich nicht selbst retten könnten, die aber bei Hilfe realistische Überlebenschancen hätten.[1499] Im Alltag sind ärztliche Notfallstationen mit Triage-Problemen konfrontiert; das medizinische Personal muss innert kurzer Zeit entscheiden, in welcher Reihenfolge es die Patienten betreuen soll.[1500]

Da die Problematik der selektiven Rettung im Rahmen der Analyse der übrigen Fallbeispiele unweigerlich mitbesprochen wird und das Kernproblem dieser Kollisionsart überdies gründlich im zweiten und dritten Teil der Arbeit Thema war[1501], wäre der Erkenntniswert einer Fallanalyse zu diesem Thema gering. Auf eine solche wird daher verzichtet.

B. Zwangsernährung eines Hungerstreikenden

Vorliegend wird der Fall der Zwangsernährung einer sich im Hungerstreik befindlichen Person im Strafvollzug untersucht. Zunächst wird das Problem anhand von drei Fallbeispielen (Hungerstreik A, B und C) verdeutlicht:

> *Hungerstreik A*: Amber sitzt wegen wiederholter Drogendelikte (insb. Produktion und Verkauf von Cannabis) eine einjährige Haftstrafe ab. Er erachtet dies als zutiefst ungerecht. Also tritt er in den Hungerstreik und fordert die sofortige Freilassung. Auch als sein Gesundheitszustand kritisch wird, führt er den Hungerstreik fort. Er rechnet damit, dass die Behörden es sich nicht leisten könnten, seinen Tod in Kauf zu nehmen, und ihn aus der Haft entlassen werden. Amber hat noch im Zustand mutmasslicher Urteilsfähigkeit eine Patientenverfügung erstellt, in der er die zwangsweise Ernährung strikt ablehnt.

1498 Vorne, Teil 3, D.III.3.

1499 Dazu allg.: K.V. Iserson/J.C. Moskop, Triage in medicine, part I: Concept, history, and types, in: Annals of Emergency Medicine, 49 (3), 275–281, 2007.

1500 Dazu Rutschmann/Sieber/Hugli, Triage in Schweizer Notfallstationen, 1789–1790.

1501 Siehe vorne, Teil 3, D.III.3, ferner ebd. B.III.3, B.III.8; vgl. vorne, Teil 2, B.IV und C.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das skizzierte Dilemma orientiert sich am *Rappaz*-Fall, mit dem sich das Bundesgericht beschäftigen musste.[1502] Die folgende Variante lehnt sich am Fall *Ciorap v. Moldova* an, der vom EGMR am 19. Juni 2007 beurteilt wurde.[1503]

> *Hungerstreik B*: Seit Jahren befindet sich Blanc wegen eines Gewaltdelikts in Haft. Blanc befindet sich im Hungerstreik, dessen Fortsetzung nun zum Tod, zumindest aber zur schweren Gesundheitsschädigung zu führen droht. Jegliche Ernährung hat Blanc im urteilsfähigen Zustand bewusst und klar abgelehnt. Blanc hofft, die Behörden zu nötigen, die unerträglichen Haftbedingungen zu verbessern: Schimmel wegen schlechter Belüftung; Kellerasseln und Maden in der Zelle, Nagetiere im Innenhof, Bettenmangel, nachts laute Musik, Nahrungsmangel. Blanc will zwar nicht sterben, zöge aber den Tod der Haft unter den gegenwärtigen Umständen vor.

Zuletzt eine Variante mit einer frei erdachten Sachverhaltsmodifikation:

> *Hungerstreik C*: Cyan sitzt seit zwölf Jahren eine Haftstrafe ab, die alle Merkmale einer politisch motivierten Strafe aufweist. Cyan ist eine führende Figur einer Minderheit, deren Angehörige in den regierungsnahen Medien systematisch als Terroristen verleumdet werden und die, unter dem Vorwand der Terrorismusbekämpfung, unterdrückt werden. Sie befindet sich im fortgeschrittenen Hungerstreik. In Kenntnis der Risiken beschliesst Cyan, trotz ihres an sich intakten Lebenswillens den Hungerstreik bis zum drohenden Ende fortzuführen. Sie will die internationale Gemeinschaft auf die Not ihrer Gemeinschaft aufmerksam machen und so zur Verbesserung der Lebensumstände der ihr nahestehenden Personen beitragen.

Alle drei Fallvarianten illustrieren mit je eigenen Nuancen das Problem der paternalistischen Rettung. Bei all diesen Fällen fragt sich, ob der Staat die zwangsweise Ernährung des Betroffenen anordnen darf, um die Selbsttötung oder eine irreversible schwere Gesundheitsschädigung zu verhindern.

1502 BGE 136 IV 97. Besprechungen etwa bei Bommer, ZBJV 151/2015, 350 ff.; Brägger, Hungerstreik, 523 ff.; Guillod/Sprumont, Jeûne; Krähenmann/Schweizer/Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug; Tschentscher, ZBJV 147/2011, 771 f.; ders., BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19; ausführlich zur Thematik zudem Zoryan, Patientenverfügung, 129–148.

1503 EGMR, Ciorap v. Moldova (2007), 12066/02.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wo nichts anderes vermerkt ist, beziehen sich nachfolgende Ausführungen stets auf den Grundfall (*Hungerstreik A*).

I Problemstruktur

1. Kollision der Grundrechte des Hungerstreikenden

Die Zwangsernährung illustriert das Problem der paternalistischen Rettung. Darf der Staat verhindern, dass jemand sich selbst willentlich verletzt? Es kollidieren die Selbstbestimmungsrechte des Betroffenen und die staatliche Schutzaufgabe. Zur Rede steht ein invasiver Eingriff des Staates in die Grundrechte jener Person, deren Schutz er mit dem Eingriff bezweckt. Der primäre Zweck der paternalistischen Rettungshandlung ist die Verhinderung der Selbstschädigung des Betroffenen.[1504] Der Staat ist im Dilemma, dass er das Leben von jemandem schützen muss, der ihm dies (in der beabsichtigten Form) explizit verbietet.[1505]

Der Hungerstreik-Fall ist ein reiner Fall der paternalistischen Rettung. Die durch den Hungerstreik und die staatliche Reaktion unmittelbar und zentral getroffenen Grundrechte sind dem gleichen Grundrechtsträger zuzuordnen.[1506] Amber, Blanc und Cyan beeinträchtigen durch den Hungerstreik nicht ihrerseits Grundrechte Dritter; sie sind keine Störer.

Der Staat kann solche Fälle in einem ersten Schritt prüfen, als komme es nur auf das Wohl des Hungerstreikenden an; nur dessen Grundrechte sind unmittelbar betroffen. Der paternalistischen Rettung ist eigentümlich, das Gleichheitsfragen keine besondere Rolle spielen. Nicht wen der Staat rettet, sondern welche Interessen er priorisiert, ist massgeblich. Die Frage, auf wen es überhaupt ankomme (die Frage nach dem Kreis der Gleichheit[1507]), ist hier zunächst irrelevant.

1504 Vorne, Teil 4, A.I.1.a-c.

1505 Zur Definition der *paternalistischen Rettung* siehe vorne, Teil 4, A.I.

1506 In EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 152 war die lebensrettende Zwangsernährung trotz Einschränkung der Menschenwürde für zulässig erachtet worden. Diese ungewöhnliche Wertung kann man mit Long der besonderen Konstellation zuschreiben, in der Abwehr- und Schutzrechte bei derselben Person liegen: Long, Guide, 24: „However, this is an unusual case as the justification for the violation was in order to save the life of the person who would otherwise be considered a victim of a breach of Article 3. The ill-treatment was not administered in order to save other lives."

1507 Dazu vorne, Teil 3, A.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Weitere betroffene öffentliche und private Interessen

a. Entscheidende öffentliche Interessen

In Entscheiden zur Zwangsernährung wird deren Zulässigkeit an die Voraussetzung geknüpft, dass die Behörden im „besten Interesse" des Betroffenen handelten.[1508] Ob das jemals der Fall sein kann, ist fraglich. Das Dilemma der paternalistischen Rettung dreht sich zwar primär um die Frage, ob der Schutz des Selbstbestimmungsrechts oder der Schutz des Lebens bei der Interessenabwägung schwerer wiegt. Daneben sind aber die indirekt betroffenen öffentlichen und privaten Interessen relevant, derentwegen die für den Hungerstreikenden optimale Lösung (dass man seinen Forderungen entspreche) oft nicht infrage kommt.[1509] Es muss sich dabei jedenfalls auch um öffentliche Interessen an der ordnungsgemässen Fortsetzung der Haft handeln.

b. Interessen der intervenierenden Ärzte

Hungerstreik-Dilemmata zeichnen sich durch das Dreieck zwischen der Strafvollzugsbehörde, dem Arzt und dem betroffenen Patienten aus. Daraus ergeben sich schwierige Anforderungen an die Unabhängigkeit des Arztes.[1510] Die Frage, ob der Staat eine Zwangsernährung durchführen oder veranlassen darf, betrifft indirekt auch die Berufsethik der Ärzte.[1511] Bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Zwangsernährung sind daher die Interessen des medizinischen Personals zu berücksichtigen. Im Gesetz oder in der Verordnung sollte daher der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass einige Ärzte sich aus Gewissensgründen der Aufgabe entziehen möchten. Ärzte zu zwingen, diese Massnahme durchzuführen, wäre schon aus Effektivitätsgründen abwegig. Den betroffenen Institutionen sollte bekannt sein, welche Ärzte eine Intervention ablehnten und welche bereit wären, sie durchzuführen (auch dies kann Gewissensgründe haben).

1508 Vgl. EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02 § 81.
1509 Dazu vorne, Teil 4, B.I.3, und hiernach, B.III.2.b.
1510 Bertrand/Elger/Wolff, L'activité médicale en milieu pénitentiare, 246.
1511 Vgl. Bertrand/Elger/Wolff, L'activité médicale en milieu pénitentiare, 237.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Qualifizierter Schutz im Sonderstatusverhältnis

Zu berücksichtigen ist die Art der Beziehung zwischen dem Staat und dem Gefangenen; hier besteht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis (Sonderstatusverhältnis).[1512] Der Gefangene ist wegen der staatlichen Freiheitsbegrenzung in einer vulnerablen Lage und daher besonders auf Schutz angewiesen.[1513] Haftinsassen befinden sich in einer ähnlichen Situation wie Kinder: Sie geniessen zwar nicht im selben Umfang Selbstbestimmung wie freie (respektive erwachsene) Menschen, haben dafür aber Anspruch auf besonderen Schutz (vgl. Art. 11 BV).

3. Nachhaltigkeitsprobleme

Wegen des Gebots der optimalen Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV) kommen nur Kollisionslösungen infrage, die unter Beachtung aller Folgen, auch der relevanten längerfristigen Wirkungen, verhältnismässig sind. Insoweit fordert der Grundsatz der optimalen Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) die Nachhaltigkeit der Kollisionslösung. Dies bedeutet, dass der Staat sich nicht damit begnügen darf, grundrechtliche Ziele vorübergehend oder gar nur vordergründig zu erreichen.[1514] Ein repressives Gesetz, das zum Ziel hätte, Selbstmorde zu verhindern, aber dazu führte, dass Sterbewillige sich das Leben auf grausame Art nehmen, wäre nicht nachhaltig. So könnte die Einschränkung des Zugangs zu bestimmten Drogen oder Giften, die einen eher sauberen und schmerzfreien Freitod ermöglichen[1515], dazu führen, dass Sterbewillige den Tod auf grausamere Art suchen (z.B. durch Aufschneiden der Hauptschlagader). Der Staat müsste sich die Graumsamkeit der gewählten

1512 Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 10, Rz. 47.

1513 EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, 35254/07 (2011), § 71: „Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them. In particular, the national authorities have an obligation to protect the health and well-being of persons who have been deprived of their liberty"; vgl. CPT/Inf (2001) 16, § 31: „le fait de priver une personne de sa liberté implique toujours l'obligation de la prendre en charge".

1514 Zu dieser Thematik siehe allgemein Uffer, Mobilität, passim.

1515 Sterbehilfeorganisationen verwenden beispielsweise Diazepam, Thiopental oder Natrium-Pentobarbital; siehe Philip Nitschke/Fiona Stewart, The Peaceful Pill Handbook, Exit International US Ltd (Hrsg.), 2006, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freitodmittel vorwerfen lassen, soweit sie Konsequenz der repressiven Freitodpolitik wären.[1516]

Bei einer Zwangsernährung äusserte sich fehlende Nachhaltigkeit etwa dadurch, dass der Betroffene sich Wochen oder Monate nach der Intervention auf andere Weise (aber aus ungefähr jenen Gründen, die ihn zum Hungerstreik animierten), das Leben nähme. Besonders wichtig ist der Nachhaltigkeitsgedanke in Bezug auf den betroffenen Regelungsbereich; bei der Frage nach der Zwangsernährung stehen der Strafvollzug sowie das Gesundheitswesen im Zentrum:

- Nachhaltigkeitsprobleme im *Strafwesen* drohten dort zu entstehen, wo der Staat den Forderungen der Hungerstreikenden einfach entspräche. Es käme wohl zur Erosion des öffentlichen Vertrauens in den Strafvollzug. Der Staat müsste sich vorwerfen lassen, dass er ausgerechnet eine Person privilegiert, die sich nicht kooperativ verhält. Dies hätte Einschränkungen des Funktionierens der Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden zur Folge. Zeugen, Privatkläger und Opfer von Straftaten könnten in Zukunft weniger gewillt sein, mit den Strafverfolgungsbehörden eines als erpressbar wahrgenommenen Staates zu kooperieren. Ein zur Freilassung führender Hungerstreik stiftete zudem andere Haftinsassen zu Hungerstreiks an.
- Nachhaltigkeitsprobleme im *Gesundheitswesen* drohten, wenn die Zwangsernährung durchgeführt würde. Da im Gesundheitswesen die Patientenautonomie (die informierte Selbstbestimmung des Patienten) als Leitmotiv[1517] gehandelt und geschätzt wird[1518], ist zu erwarten, dass schwere Einschränkungen der Selbstbestimmung mit einem Verlust an Vertrauen ins Gesundheitswesen einhergingen. Eine Zwangsernährung gegen den in einer Patientenverfügung ausdrücklich festgehaltenen Willen des Patienten könnte das Vertrauen einiger Personen durchaus schmälern. Befürchten andere (potenzielle) Patienten, die Behörden und Ärzte könnten die Patientenverfügung nach Gutdünken missachten, droht diese (als Institut) an Wert und damit an praktischem Nutzen einzubüssen.

1516 Dass der Staat Selbsttötungen nicht grundsätzlich namens des Lebensrechts zu verhindern habe, ist heute weitherum anerkannt; für viele etwa Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19.

1517 T.-W. Harding, L'influence du droit sur la relation entre médecins, malades et la société, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical.

1518 Bertrand, Consentement, 112 ff.; Martin-Achard, Consentement, 124 ff.; SAMW, Selbstbestimmung, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zum zweiten Punkt ist aber gleich eine gewisse Relativierung angebracht: Man darf einer Durchschnittsperson zutrauen, Ausnahmefälle als solche wahrzunehmen. Sie dürfte erkennen, dass die allfällige Zwangsernährung in *Hungerstreik A* nichts mit selbstherrlicher Missachtung der Selbstbestimmung des Betroffenen durch den Staat zu tun hätte, sondern damit, dass man eine Folge abwenden will, die der Betroffene selbst nicht begehrt. Wird in *Hungerstreik A* Amber künstlich ernährt, durchkreuzt man zwar dessen spekulativen Plan, das eigene Leben in Geiselhaft[1519] zu nehmen, um den Staat zum Einlenken zu zwingen; man bräche aber gerade nicht den tieferen Willen Ambers, weiterzuleben. Dieser Wille manifestiert sich durch die Forderung nach Freilassung, im Lichte welcher es inkongruent wäre, zu unterstellen, Amber wolle sterben – zumal er nur eine einjährige Haftstrafe abzubüssen hat. Kurz: Obwohl die Missachtung der Patientenverfügung in anderen Fällen zu einem Vertrauensverlust gegenüber dem Gesundheitswesen führen könnte, ist dies in *Hungerstreik A* nicht der Fall.

II Konfligierende Rechtsgüter

Im Vordergrund der Zwangsernährungsproblematik steht der Konflikt zwischen dem Leben und der Selbstbestimmung des Hungerstreikenden. Zudem sind (auf beiden Seiten der Kollision) die physische Integrität und die Menschenwürde betroffen.[1520] Bleibt der Staat untätig, können schwere Selbstschädigungen bis hin zur Selbsttötung die Folge sein. Ordnet er die Zwangsernährung an, kommt es mutmasslich zur Einschränkung der Selbstbestimmung und zu einer mehr oder weniger schweren Einschränkung der physischen Integrität des Hungerstreikenden.[1521] Der BV und der EMRK fehlt es an einer kollisionsauflösenden Norm für solche Fälle der paternalistischen Rettung.[1522]

1519 Das Bild stammt von: Praz, L'alimentation forcée, 3.
1520 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147 [2011] 771 f., 773.
1521 Vgl. BGer 6B_824/2015 vom 22. September 2015, 2.2.
1522 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.1.1, 107: „Ce conflit n'est pas réglé par la convention. C'est à la législation nationale qu'il appartient de le résoudre."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Lebensschutz

Zentrales Schutzgut im Zwangsernährungsdilemma ist das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV).[1523] Da es auch vor erheblichen Lebensgefährdungen schützt[1524], steht es auch dort im Zentrum, wo die Fortsetzung des Hungerstreiks nur zu irreversiblen Gesundheitsschäden führte. Entscheidend für die Aktivierung der staatlichen Lebensschutzpflichten ist, dass die vom Hungerstreikenden bewirkte (Selbst-)Gefährdungslage mit bedeutenden Risiken einhergeht, die weit über das hinausgehen, was im Sinne sozial adäquater Restrisiken in einem liberalen Staat von den Betroffenen selbst zu tragen ist.[1525]

Das Leben ist die Grundlage aller anderen Grundrechte. Daher ist das Leben das höchste Individualgut und das Lebensrecht das höchste Grundrecht überhaupt.[1526] Aus diesen Gründen wiegt eine Einschränkung des Lebensrechts in der Regel schwerer als eine Einschränkung anderer Grundrechte.[1527] Diese abstrakte Höchstrangigkeit des Rechts auf Leben fliesst letztlich aus ihrem ontologischen Pendant: Der Mensch erlebt seine unmittelbaren Überlebensbedürfnisse typischerweise als so dringlich, dass sie andere Bedürfnisse im Konfliktfall verdrängen.[1528] Rational ist dies auch deshalb, weil der aus einer Einschränkung des Lebensrechts resultie-

---

1523 Mahon, Droit fondamentaux, Rz. 54.

1524 Vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, 236.

1525 Zur Ausnahme sozial adäquater Restrisiken von der Klasse Risiken, die zur Aktivierung staatlicher Lebensschutzpflichten führen, siehe auch Kneihs, Leben, N 11.

1526 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1246–1248; Mahon, Droit fondamentaux, Rz. 88; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 283; ähnlich teilweise das Bundesgericht, jüngst etwa in: BGE 136 II 415 E. 3.2, 426: „Das Recht auf Leben bildet als fundamentales Grundrecht Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte. Es gehört unbestritten zu den zwingenden Normen des Völkerrechts und den notstandsfesten Garantien der EMRK"; BGE 98 Ia 508 E. 4a-b, 514; siehe auch die Botschaften des Bundesrats: Botsch. VE 1996, 138; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 9: „Ein Eingriff in das Recht auf Leben dürfte in der geltenden Rechtsordnung kaum je durch ein höheres Rechtsgut als das Leben gerechtfertigt sein".

1527 Zur folgenethischen Begründung der Höchstrangigkeit des Lebens vorne, Teil 3, E.I. In Bezug auf die Thematik der „Rettungsfolter" siehe hinten, Teil 4, C.III.2.g.

1528 Maslow, Human Motivation, 9 ff.; vgl. Hersch, Der Sinn, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rende Schaden (blosse Lebensgefährdungen ausgeklammert) irreversibel ist.[1529]

Dem Menschen ist der Schutz vor einem ungewollten Verlust des Lebens höchster Wert.[1530] Die internationale Rechtsprechung zur Problematik der Zwangsernährung bestätigt die Höchstrangigkeit des Lebensrechts dadurch, dass sie die Zwangsernährung nur bei Lebensgefahr und bei Gefahr einer schweren irreversiblen Gesundheitsschädigung in Betracht zieht.[1531] Das Lebensrecht weicht im Konfliktfall auch vor anderen höchstrangigen Garantien nicht einfach zurück: In *X v. Germany* hielt die EKMR (Europäische Kommission für Menschenrechte) gar eine Einschränkung der Menschenwürde für hinnehmbar, da die Nahrungsverweigerung sonst zu irreversiblen Gesundheitsschäden oder zum Tod zu führen drohe.[1532]

2. Persönliche Freiheit (Selbstbestimmung, Unversehrtheit)

Aus dem Recht auf Leben lässt sich kein Recht auf frei gewählten Tod ableiten.[1533] Soweit es ein Recht auf den eigenen Tod gibt, fliesst es aus dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 10 Abs. 2 BV). Da die Zwangsernährung der Verhinderung des fortgesetzten Hungerstreiks unter Inkaufnahme des eigenen Todes dient, schränkt sie allenfalls das Selbstbestimmungsrecht des Hungerstreikenden ein, der (prima facie freiwillig) das Todesrisiko in Kauf nahm. Eingeschränkt ist zudem die ebenfalls durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte körperliche Integrität des Patienten.

1529 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 283; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 9 und 20.

1530 Vgl. vorne Teil 3, E.I.2 – 3.

1531 EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § (81-) 83: „In view of the lack of medical evidence that the applicant's life or health were in serious danger, it cannot be said that the authorities acted in the applicant's best interests in subjecting him to force-feeding"; vgl. EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 154.

1532 EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 154: „The Commission is satisfied that the authorities acted solely in the best interests of the applicant when choosing between either respect for the applicant's will not to accept nourishment of any kind and thereby incur the risk that he might be subject to lasting injuries or even die, or to take action with a view to securing his survival *although such action might infringe the applicant's human dignity*" (Hervorhebung ergänzt).

1533 EGMR, *Pretty v. UK* (2002), 2346/02; siehe auch Kneihs, Leben, N. 10 m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Selbstbestimmungrecht und Schutz der Unversehrtheit

In einer Haftsituation konfligiert das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen mit einer besonderen Schutzpflicht des Staates aus der Garantenstellung. Der Staat muss den Schutz von Leib und Leben sowie der Gesundheit der unter seiner Obhut lebenden Personen gewährleisten. Im Falle einer paternalistischen Rettung im Haftkontext dreht sich daher die Grundrechtskollision um die Frage, ob die Garantenstellung des Staates in der Autonomie des Inhaftierten eine (allenfalls gar absolute[1534]) Grenze findet. In jedem Fall ist die persönliche Freiheit des Patienten (die Patientenautonomie) eine wichtige Quelle fundierter Einwände gegen medizinische Zwangsbehandlungen aller Art.[1535] Solche Zwangsbehandlungen sind schwere Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen.[1536] Sie schränken niemals nur die Peripherie der Grundrechte ein, sondern auf jeden Fall den Normalgehalt[1537]der persönlichen Freiheit, bisweilen auch deren Kerngehalt.

b. Erfordernis der Einwilligung des aufgeklärten Patienten

Weil der Schutz vor Selbstverletzungen die Selbstbestimmung einschränkt, bedürfen ärztliche Eingriffe prinzipiell der Einwilligung des Patienten[1538], den es vorgängig aufzuklären gilt.[1539] In Hungerstreikfällen

---

1534 So Tschentscher, ZBJV 2011, 773, bezogen auf Zwangsmedikationen: „Wegen des Paternalismusverbots kann es selbst gegenüber Inhaftierten keine absolute Garantenstellung des Staates geben."

1535 Vgl. Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 2009, diverse Beiträge kreisen zentral ums Thema der Patientenautonomie im Konflikt mit anderen Gütern.

1536 Vgl. Tschentscher, ZBJV 2011, 773.

1537 Siehe vorne, Teil 2, B.II.2, zu Kerngehalt, Normalgehalt und Peripherie der Grundrechte.

1538 BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129; dieses Prinzip äussert sich in diversen Normen: natürlich in Art. 10 Abs. 2 BV; in Art. 123 StGB (Strafbarkeit leichter Körperverletzungen); in Art. 27 und Art. 28 Abs. 2 ZGB (zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz); in Art. 372 Abs. 2 ZGB (Pflicht zur Befolgung der Patientenverfügung, ausser bei begründeten Zweifeln, ob sie auf freiem Willen beruhe).

1539 Manaï, devoir d'information, 104 ff.; BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129: „pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose […] de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause". Siehe allgemein auch: Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36, Rz. 35:

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist der Betroffene vom Arzt gründlich, verständlich und wiederholt über die Risiken von längerem Fasten in Kenntnis zu setzen.[1540] Wird ein Eingriff ohne Einwilligung durchgeführt, verletzt dieser, unbesehen des technischen Gelingens oder Misslingens der Massnahme, grundsätzlich die körperliche Integrität und ist widerrechtlich, denn „[a]llein der Inhaber des Rechtsgutes ist grundsätzlich befugt, über den Zweck des Eingriffs zu entscheiden"[1541]. Ausnahmen bedürfen gewichtiger Gründe.[1542]

c. Mutmassliche oder hypothetische Einwilligung

Wo nicht rechtzeitig die explizite Zustimmung des Betroffenen eingeholt werden kann, muss sich der Arzt am mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person orientieren (Art. 379 ZGB). Auch in Bezug auf die Zwangsernährung ist eine implizite Zustimmung denkbar.[1543] Themenverwandte Äusserungen des Betroffenen sowie Wertüberzeugungen und Lebenseinstellungen, über die subsidiär Angehörige Auskunft geben können, liefern Indizien auf diesen mutmasslichen Willen und die Interessen des Patienten.[1544] Nahe Angehörige oder vom Betroffenen als

---

Der Schutz von Grundrechten Dritter bedeutet nicht, der Grundrechtsträger dürfe beliebig vor sich selbst geschützt werden.

1540 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9; vgl. Fellmann, Rechtsverhältnis zum Patienten, 172; Bürkli, Autonomie, passim.

1541 BGE 117 Ib 197 E. 2c, 201; siehe auch BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129; vgl. Fellmann, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103 ff. und 172.

1542 Vgl. CPT/Inf (93) 12, Nr. 47: „Tout patient capable de discernement est libre de refuser un traitement ou toute autre forme d'intervention médicale. Toute dérogation à ce principe fondamental doit avoir une base légale et se rapporter uniquement à des circonstances exceptionnelles, définies de manière claire et stricte, applicables à la population toute entière."; vgl. allgemein auch Art. 28 Abs. 2 ZGB: „Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist."

1543 So jedenfalls auch aus Sicht des Weltärztebundes: AMM, Malta-Deklaration, 2. Prinzip: „L'alimentation forcée venant à l'encontre d'un refus volontaire et éclairé n'est pas justifiable. L'alimentation artificielle avec le consentement explicite ou *implicite* du gréviste de la faim est éthiquement acceptable." (Hervorhebung ergänzt).

1544 Martin-Achard, Consentement, 128; Fenner, Sterbehilfe, 60; siehe auch Art. 378 Abs. 3 ZGB: „Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vertreter gar designierte Personen sind zudem immer zu befragen; so auch bei der Frage nach der Zwangsernährung.[1545]

Einer Patientenverfügung lassen sich Hinweise auf Werte, Präferenzen und auf den wirklichen gegenwärtigen Willen des Betroffenen entnehmen; das heisst, sie drückt typischerweise einen mutmasslichen Willen in Bezug auf den einige Zeit später infrage stehenden, konkreten medizinischen Eingriff aus.[1546] Nur klare Patientenverfügungen, die einen unverfälschten, zeitnah ausgedrückten Willen zum Ausdruck bringen, lassen sich vorbehaltlos dem tatsächlichen Willen ihrer Verfasser gleichstellen.[1547] Wo kein mutmasslicher Wille sichtbar ist, ist der hypothetische Wille des Patienten entscheidend. Dieser entspricht dem, was der urteilsfähige Patient gewollt haben und wollen würde, hätte er sich nach gebührender Information mit der Problemfrage ernsthaft beschäftigt.[1548]

Dabei ist in der Regel von einem Konnex zwischen dem, was der Mensch hypothetisch (wirklich) will und seinen Grundbedürfnissen auszugehen. Dies zumindest bei Menschen, die nicht an irreversiblen schweren Schmerzen oder an einer unheilbaren Krankheit so sehr leiden, dass deren Lebenswertgefühl schwer belastet sein könnte. Im Zweifelsfall ist daher von der Akzeptabilität jener Massnahmen auszugehen, die der Wahrung des Lebens optimal dienen. Das Überlebensbedürfnis geht folglich auch dem Bedürfnis vor[1549], keine Verletzung der körperlichen Integrität zu erleiden und nicht zu etwas gezwungen zu werden. So drängt es sich beim durchschnittlichen Patienten auf, bei Abwesenheit eines ausdrücklichen oder mutmasslichen Willens im Zweifelsfall von der hypothetischen Einwilligung in Eingriffe auszugehen, die nach den Erkenntnissen der etablierten Medizin optimal dazu beitragen, das lebenswerte Leben zu bewahren.

Das hat zur Folge, dass im Falle von Dringlichkeit lebensnotwendige Massnahmen ohne tatsächliche Einwilligung (d.h. auf Basis einer hypothetischen Einwilligung) durchgeführt werden müssen[1550], solange die Ret-

---

1545 Vgl. Thoonen, Death in State Custody, 147 f., m.H.

1546 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127.

1547 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127; zur Patientenverfügung insb. vorne, Teil 4, A.I.1.b.

1548 Vgl. BGE 133 III 121, 130: „En l'absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Le praticien doit alors établir que le patient aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé."

1549 Vgl. Maslow, Human Motivation, 9 ff.

1550 Martin-Achard, Consentement, 126.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung vom Patienten nicht auf verbindliche Weise abgelehnt worden ist. Ein bloss schwacher mutmasslicher Wille, nicht gerettet zu werden, sollte einer dringlichen Lebensrettung in der Regel nicht entgegenstehen (anders lägen die Dinge bei der selektiven Rettung[1551], wo es kaum sachgerecht wäre, eine Person, die mutmasslich nicht weiterleben will, vor jenen Personen zu retten, denen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit etwas am eigenen Leben liegt).

d. Grenzen der Selbstbestimmung

Eine Entscheidung zum Hungerstreik kann nur missachtet werden, wenn andere Interessen überwiegen. Möglich soll dies sein, wo dem Hungerstreik nicht ein autonomer Wille zugrunde liegt, sondern er die Konsequenz äusseren Zwangs ist.[1552]

Hierbei wird eine einigungsethische Überlegung zur Richtschnur gemacht. Der Folgenethiker zieht zudem folgende Möglichkeit in Betracht: Von der Beachtung des Willens des Patienten, sei er auch autonom, soll abgesehen werden können, wo dies zu irreversiblen schweren Schäden führte; also allem voran zum Tod, aber auch zu schweren Körperverletzungen oder zum dauernden Verlust der Urteilsfähigkeit.[1553] Folgenethiker halten es daher etwa für zulässig, die Autonomie einer Person vorübergehend einzuschränken, um deren dauerhafte Einschränkung zu verhindern. Das spricht zugunsten der Zwangsernährung ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Fortführung des Hungerstreiks schwere Schäden für die psychische Integrität des Betroffenen nach sich zöge.[1554]

1551 Dazu vorne, Teil 4, A.IV.

1552 Tschentscher, ZBJV 2011, 772; Bommer, ZBJV 151/2015, 362.

1553 Vgl. zur Schwierigkeit der sich dabei stellenden Dilemmata: CPT/Inf (93) 12 Nr. 47: „Une situation classiquement difficile apparaît lorsque la décision du patient contredit la mission générale de soins qui incombe au médecin. Tel est le cas lorsque le patient est inspiré par des convictions personnelles (refus de transfusion de sang, par exemple), ou lorsqu'il entend utiliser son corps ou même se mutiler pour appuyer des exigences, protester contre une autorité ou témoigner en faveur d'une cause."

1554 In manchen Staaten wird der Eingriffszeitpunkt offenbar anhand dieses Kriteriums festgelegt: CPT/Inf (93) 12 Nr. 47: „En cas de grève de la faim, les autorités publiques ou organisations professionnelles de certains pays demandent au médecin d'intervenir dès que le malade présente une altération grave de la conscience."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu einer gänzlichen Missachtung dessen, was der freie und aufgeklärte Mensch will (oder wollen würde), dürfte es nur sehr selten kommen. Die Richtlinien der SAMW zu Zwangsmassnahmen in der Medizin halten treffend fest:[1555] Selbst in Ausnahmesituationen, in denen das Recht auf Selbstbestimmung eingeschränkt werden müsse, seien bei der Wahl der Massnahme die *Präferenzen* des Patienten zu berücksichtigen.[1556] Die Patientenautonomie schütze in erster Linie das Recht des Individuums, aufgrund persönlicher Wertungen und Vorstellungen im eigenen *Interesse* Entscheidungen zu fällen.[1557] Weil der mutmassliche Wille des Betroffenen mit diesen Präferenzen und Interessen übereinstimmt, ist folglich das von der SAMW betonte Spannungsverhältnis der Patientenautonomie zum Fürsorge- und Nichtschadensprinzip[1558] in solchen Fällen nur ein vermeintliches. Die Pflicht, das Wohl des Patienten zu fördern und ihm nicht zu schaden, verlangt gemeinhin nichts, was der Pflicht widerspräche, seinen eindeutigen, freien und aufgeklärten Willen zu befolgen. Hier spiegelt sich das besprochene Näheverhältnis zwischen einer vernünftigen Einigungsethik und der Folgenethik.[1559]

e. Grade der Einwilligung

Es gibt Grade der freien Zustimmung und der Aufgeklärtheit des Patienten. Man kann etwas mehr oder weniger befürworten, bedingt befür-

---

1555 Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), eine Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB, hat vielbeachtete Richtlinien zu ethisch-medizinischen Fragen ausgearbeitet. Zum Nutzen und zur partiellen Verbindlichkeit der Richtlinien: Rüetschi, Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, 1222–1224, insb. 1222, wonach zu den Vorzügen dieser Richtlinien die hohe Akzeptanz bei der Ärzteschaft, die Mobilisierung von Fachwissen im Rahmen ihrer Entstehung und ihre Flexibilität und Effektivität im Vergleich zu staatlichen Normierungsprozessen zählen. Die Richtlinien sind nicht direkt rechtlich verbindlich, werden aber vom Bundesgericht auch hinsichtlich materieller Wertentscheidungen als bedeutend anerkannt, etwa in BGE 123 I 112 E. 7c/bb, 128: „Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives de l'ASSM"; vgl. BGE 142 I 195 E. 3.1, 199: „Il a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives [de la SAMW]".

1556 SAMW, Zwangsmassnahmen, 14.

1557 SAMW, Patientenverfügung, 7.

1558 SAMW, Zwangsmassnahmen, 13.

1559 Siehe dazu vorne, Teil 3, C.III.1 und D.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

worten, aufgrund falscher Annahmen befürworten. Amber etwa lehnt in *Hungerstreik A* die Zwangsernährung nur unter der Annahme ab, dass die Ablehnung dabei helfen würde, die erhoffte Freilassung zu erzielen. In der Abwägung müssen solche Gradualitäten berücksichtigt werden. Eine vage, bedingte oder zögerliche Zustimmung sollte nicht zu einer eindeutigen Zustimmung aufgerundet werden.

3. Menschenwürde

Die Menschenwürdegarantie (Art. 7 BV) sichert den Kern des für den Einzelnen wertvollen Daseins.[1560] Sie schützt dabei vor Handlungen, in denen man eine Leugnung der Menschqualität sehen kann: vor Angriffen auf die elementare Gleichheit, auf die unversehrte Körperlichkeit sowie auf die Achtung der Einzigartigkeit aller Menschen.[1561]

Die Garantie der Menschenwürde umfasst auch das als selbständiges Grundrecht verankerte Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II) sowie das Gebot der Hilfe in Notlagen (bzw. Art. 12 BV). Eine Verletzung der Menschenwürde und zugleich eine Verletzung des Verbots erniedrigender Behandlung liegen vor, wenn Widerstand innerer oder äusserer Art auf erniedrigende Art überwunden wird oder wenn der betroffenen Person anderweitig auf demütigende Art die Fähigkeit genommen wird, sich selbst zu achten und Achtung zu erfahren.[1562]

Im *Rappaz*-Urteil beschäftigte sich das Bundesgericht nicht direkt mit ihr, verwies aber darauf, dass laut EGMR die Zwangsernährung nur dann die Konventionsrechte (insb. Art. 3 EMRK) wahren könne, wenn sie würdekonform durchgeführt werde.[1563] Die EGMR-Rechtsprechung zur Pro-

---

1560 Siehe dazu vorne, Teil 3, E.III.3; vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 228.

1561 Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 231.

1562 Vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 231; EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 89, m.H.

1563 BGE 136 IV 97 E. 6.1.1, 107: „Si elle est admise par le droit interne et pratiquée *dignement*, l'alimentation forcée est compatible avec la convention" (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

blematik der Zwangsernährung bei Hungerstreik lässt jedenfalls keinen Zweifel daran, dass die Zwangsernährung die Menschenwürde berührt.[1564]

Eine würdewidrige Zwangsernährung ist insbesondere in Form einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung denkbar. Das Verbot solchen Verhaltens gilt als unantastbar.[1565] Dass grausames oder unmenschliches Verhalten stets unzulässig ist, versteht sich von selbst: Hier ist der stossende Unrechtsgehalt und zugleich die Undenkbarkeit rechtfertigender Motive im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch evident: Es wäre sprachfremd, ein Verhalten als grausam oder unmenschlich zu taxieren, wenn man zugleich die These verficht, es sei gerechtfertigt.

Die unmenschliche Behandlung setzt typischerweise eine nicht nur kurzzeitige Einschränkung der physischen Integrität oder intensives physisches oder mentales Leiden voraus; dagegen kann die erniedrigende Behandlung auch angsteinflössendes Verhalten umfassen, das weniger mit physischem Leiden einhergeht, aber das darauf ausgerichtet ist, mittels Erniedrigung Wille und Widerstand des Betroffenen zu brechen.[1566] Um die inflationäre Anwendung des Verbots erniedrigender Behandlung zu vermeiden, ist nicht jedes erniedrigende Erlebnis als erniedrigende Behandlung einzustufen. Der Rechtsbegriff ist enger. So ist der EGMR (der Art. 3 EMRK als uneinschränkbar einstuft[1567]) der Ansicht, die Zwangsernährung weise erniedrigende Züge auf, sei aber nicht zwingend unzulässig; insbesondere nicht in Kollisionsfällen mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK).[1568] Eine solche Position ist nur dann kohärent – und Kohärenz muss man dem EGMR unterstellen –, wenn der EGMR erniedrigendes Verhalten im weiten Sinn vernünftigerweise von erniedrigender Behandlung im rechtlichen Sinn unterscheidet.

1564 Etwa EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00; EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07; EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83.

1565 Statt vieler: EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „Article 3 enshrines one of the fundamental values of democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour".

1566 Vgl. EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 89.

1567 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297; vgl. EMGR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 82.

1568 EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 93; EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, DR 7, 152.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Zwangsernährung ist keine Massnahme, von der sich abstrakt im Vorfeld sagen liesse, sie falle immer unter eines der unbedingten Verbote menschenunwürdiger Behandlungen (nach Art. 3 EMRK oder Art. 10 Abs. 3 BV). Bundesgericht und EGMR sind zu Recht anderer Ansicht. Da nicht auszuschliessen ist, dass die Zwangsernährung unter gewissen Umständen das kleinste Übel ist, lässt sich ein unbedingtes Verbot nicht auf Basis der pragmatischen Unantastbarkeit begründen.[1569] Das bedeutet, dass abzuwägen ist.

Weil die strikte Verbotsnorm des Art. 10 Abs. 3 BV einer Abwägung entgegensteht, ist in jedem Fall, der möglicherweise in den Anwendungsbereich des Verbots grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung fällt, abzuwägen, um überhaupt erst die Anwendbarkeit dieser strikten Garantie abzuklären. Dazu kann zunächst eine Prüfung nach Art. 10 Abs. 2 BV vorgenommen werden. Bei schweren Einschränkungen führt diese Prüfung zugleich zur Ermittlung des kontextuellen Anwendungsbereichs des Art. 10 Abs. 3 BV. Im Lichte des Gebots der verhältnismässigen und rechtsgleichen Kollisionslösung (Art. 35 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV sowie Art. 36 Abs. 2–3 BV) ist dabei zu untersuchen, ob die konkrete Zwangsernährung im gegebenen Fall geeignet ist, die Gesamtheit aller relevanten Interessen optimal zu schonen. Das ist nicht der Fall, wenn sie zu früh, zu spät oder in unnötig freiheitsbegrenzender Weise durchgeführt wird. Jede unverhältnismässige Durchführung der Zwangsernährung ist grundrechtswidrig, wobei bei grober Unverhältnismässigkeit typischerweise zugleich eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und damit eine Verletzung des Art. 10 Abs. 3 BV vorläge (i.S.d. aus begriffslogischen Gründen unantastbaren Elemente dieser Norm).[1570]

Kurz: Ob eine konkrete Zwangsernährung die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern auch verletzt, ist – von klaren Fällen abgesehen – im Rahmen kontextueller Auslegung zu beurteilen. Diese Auslegung ist, von der Auseinandersetzung mit der Sprache abgesehen, vor allem eine auf Stufe der Grundrechtsinterpretation operierende Abwägung. Es wird abgewogen, weil die hochrangige Pflicht, eine in die körperliche Unversehrtheit eingreifende und möglicherweise grausame, unmenschliche oder erniedrigende Massnahme zu unterlassen, mit der hochrangigen Pflicht zum Schutz des Lebens kollidiert.[1571] Zu bedenken ist dabei auch, dass die

1569 Dazu vorne, Teil 2, C.V.4.

1570 Zur *begriffslogischen Unantastbarkeit* siehe vorne, Teil 2, C.V.5.

1571 Zur Legitimität der Abwägung bei Höchstgüterkollisionen siehe vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. ebd. C.IV.4 und bereits B.V.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lebensschutzpflicht in der Situation staatlicher Obhut verstärkt gilt.[1572] Die Auflösung einer solchen Kollision macht immanente Schranken unantastbarer Grundrechte sichtbar.[1573]

4. Meinungsäusserungsfreiheit

Hungerstreik-Fälle berühren auch die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV), da der Hungerstreik als Protestakt zu sehen ist.[1574] Die Zwangsernährung schränkt die Meinungsäusserungsfreiheit insofern ein, als sie den Betroffenen daran hindert, sich auf die gewünschte Weise zu äussern.

Diese Einschränkung ist jedenfalls in *Hungerstreik A* geringfügig im Vergleich zu den in Hungerstreikfällen drohenden Einschränkungen der körperlichen Integrität, des Selbstbestimmungsrechts, des Lebensrechts und der Menschenwürde. Das liegt daran, dass nur eine Modalität der Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt würde. Um eine schwere Einschränkung handelte es sich indes dort, wo einem isolierten Haftinsassen bereits alle übrigen Kommunikationsmittel entzogen wurden und die angedrohte Zwangsernährung faktisch zum Entzug des letzten wirksamen Kommunikationsmittels führte. In *Hungerstreik C* dürfte die Meinungsäusserungsfreiheit dagegen als gewichtig einzuschätzen sein; dies liegt daran, dass es dort klar um eine politische Kommunikation geht; diese geniesst besonderen Schutz.[1575] Zudem ist massgeblich, dass Cyan sich in einem Kontext zum Hungerstreik entschliesst, in dem sie und ihre Gemeinschaft diskriminiert sind und Mühe haben, sich anders Gehör zu verschaffen.

1572 EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 153.

1573 Zur Möglichkeit immanenter Schranken vorne, Teil 2, C.I.3, C.V.3.b; vgl. ebd., B.II.4.

1574 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, 19: „Der Hungerstreik muss als – oftmals letzter – Protestakt einer Person verstanden werden, die sich nicht in der Lage fühlt, sich auf andere Weise Gehör zu verschaffen."

1575 Vgl. EGMR, *Castells v. Spain* (1992), 11798/85; jüngst etwa: BGer 6B_805/2017 vom 6. Dezember 2018 (zur Publikation vorgesehen), insb. E. 5.4.2; zum verstärkten Schutz politischer Meinungsäusserungen siehe auch: Uffer, Margin of Appreciation, 274 ff., m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Lösungsansätze und Lösungskriterien

1. Sachgerechtigkeit der autonomiebasierten Kollisionslösung?

a. Ausnahmefähiges Gebot der Beachtung der Patientenverfügung

Gemäss SAMW-Richtlinien zur ärztlichen Tätigkeit in Haftsituationen geht die in einer gültigen Patientenverfügung enthaltene Weisung einer im Ergebnis deutlich differierenden Folgenerwägung vor: Der Entscheid zum Hungerstreik seitens eines urteilsfähigen Patienten sei selbst dann medizinisch zu respektieren, wenn durch den Hungerstreik dessen Gesundheit schwer gefährdet werde.[1576] Die künstliche Ernährung soll nur denkbar sein, wenn kumulativ Lebensgefahr vorliegt, der Patient urteils*un*fähig ist und der Patient die Ernährung nicht im (noch) urteilsfähigen Zustand in einer Patientenverfügung ablehnte.[1577] Lehnt der Patient die Ernährung ab, soll selbst der Tod als Folge des Hungerstreiks hinzunehmen sein.[1578]

Wer auf diese Weise die Selbstbestimmung des Patienten als Höchstwert behandelt, dürfte in *Hungerstreik A* eine Zerreissprobe des Rechtsstaates sehen. So viel Gewicht sollte m.E. der Patientenverfügung, die auf wichtigen einigungsethischen Prinzipien beruht, nicht zukommen: Sie ist ein wichtiges Hilfsmittel, das Angehörige und Ärzte entlastet und Letztere in schwierigsten Fällen wohl auch vor Haftungsfolgen schützt. Ob aber ein (vor Wochen, Monaten oder Jahren) festgehaltener Wille der damals urteilsfähigen Person treffend deren spätere Willenslage wiedergibt, ist insbesondere in Extremsituationen wie dem fortgeschrittenen Hungerstreik fraglich.[1579] Der urteilsfähige Mensch mag fähig sein, seine gegenwärtigen Präferenzen vernünftig auszudrücken; seine Fähigkeit, seine in einer künftigen (noch nie erlebten) Extremsituation gegebene Willenslage vorherzusehen, dürfte sich in Grenzen halten. Ein Patient kann zudem künftige Entwicklungen falsch einschätzen und nur deshalb gewisse Weisungen treffen: So lehnt in *Hungerstreik A* Amber die künstliche Ernährung aufgrund der Annahme ab, die Behörden liessen sich unter Druck setzen und lenkten doch noch ein.

1576 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9.
1577 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, 19, Hinweis F zur praktischen Umsetzung der Richtlinie betreffend das Vorgehen bei Hungerstreik.
1578 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9.
1579 Vgl. M. Müller, Hungertod, 293 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daher wäre es falsch, die in der Patientenverfügung ausgedrückte Präferenzlage als definitiv und unbedingt anzusehen. Ein striktes Gebot, jede äusserlich gültige Patientenverfügung zu befolgen, wäre nicht tragbar. Es ehrt den Gesetzgeber, dass er eine solche Befolgung in der jüngeren Regelung zur Patientenverfügung gerade nicht vorsah: Bei „begründeten Zweifeln", ob die Patientenverfügung auf freiem Willen beruhe oder ob sie dem mutmasslichen Willen des Patienten entspreche, ist der in der Patientenverfügung enthaltene Wille nicht verbindlich (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Dann müssen sich die Ärzte am hypothetischen Willen, an den Interessen des Patienten und an der therapeutischen Notwendigkeit orientieren.[1580]

In jedem Fall sollten an die Gültigkeit einer Patientenverfügung strikte Anforderungen gestellt werden, sobald diese vermeintlich den Willen zur Lebensbeendigung oder zu einer irreversiblen Beeinträchtigung der Freiheit oder Lebensqualität ausdrückt (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB).

b. Autonome und heteronome Beweggründe

In der Lehre wird bisweilen die Legitimität der Zwangsernährung in Ausnahmefällen damit begründet, dass sie nicht wirklich dem freien Willen des Betroffenen widerspreche (und damit nicht wirklich eine Zwangsernährung ist). Eine solche einigungsethische Begründung vertritt Tschentscher: Ist die „Selbstgefährdung durch Hungerstreik Ausdruck von Autonomie, nicht Heteronomie, […] steht sie unter dem Schutz der Grundrechte. Eine Zwangsernährung wäre dann eine Durchbrechung der individuellen Autonomie in einer existenziellen Entscheidungssituation. Dem Hungernden wäre dadurch die Bestimmung über sich selbst genommen, was eine unwürdige und damit unmenschliche Behandlung bedeutet (Art. 10 Abs. 3 BV)", dies ungeachtet der fürsorglichen Motivation des willensbrechenden Zwangs.[1581] Weil nicht jede Selbstgefährdung durch Hungerstreik Ausdruck von Autonomie sein muss, verletzt folglich auch nicht jede Zwangsernährung die Autonomie des Betroffenen (Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 BV).[1582] Die Lösung greift auf die kantische Unterscheidung zwischen einem autonomen und einem heteronomen Willen zurück: Der

---

1580 EGMR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 81; vertieft hinten, Teil 4, B.III.2.a.

1581 Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772; vgl. ders., BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19.

1582 Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19; siehe auch: Zoryan, Patientenverfügung, 129–148.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

autonome Wille ist Ausdruck von wirklicher Freiheit; nur dessen Missachtung kann daher menschenwürdewidrig sein. Wenn der Hungerstreik dagegen nicht vom autonomen Selbstgefährdungswunsch zeugt, sondern die Folge des für den Betroffenen unerträglichen Freiheitsverlusts und damit blosser Verzweiflung ist, ist der Wille zum Hungerstreik ein heteronomer Wille (der auf externe Einflüsse und Zwänge zurückgeht). Eine diesen heteronomen Willen überwindende künstliche Ernährung muss nicht menschenunwürdig sein.[1583]

Wie sieht es im vorliegenden Fall aus? Amber spekuliert in *Hungerstreik A* (ähnlich wie der Protagonist im *Rappaz*-Urteil), sein Leben stehe nicht wirklich auf dem Spiel, da die Behörden im Notfall nachgeben würden. Wenn Amber nun die gesundheitlichen Folgen des Hungerstreiks wegen eines Fehlkalküls nicht in Kauf zu nehmen glaubt, aber solche Risiken in Wahrheit doch eingeht, fragt sich, ob er auf Basis eines genügend freien Willens jegliche Ernährung ablehnt. Hier kann man mit obigem Lösungsansatz argumentieren, Amber, der nur aufgrund äusserer Umstände in den Hungerstreik trat, nehme die Gefährdung seines Lebens nicht in autonomer Weise in Kauf. Er tut dies in Reaktion auf die als ungerecht erlebte Haft, die ihm (aus seiner Sicht) dieses kritische Protestmittel aufnötigt. Da hier nicht von einem wirklich freien Entscheid zum Hungerstreik die Rede sein kann, darf und muss der Staat nötigenfalls mittels Zwangsernährung die Selbstgefährdung von Amber verhindern.[1584]

c. Probleme der Autonomieargumentation

Die Argumentation zugunsten der künstlichen Ernährung in *Hungerstreik A* auf Basis der Autonomie des Hungerstreikenden überzeugt in diesem Fall. Zu fragen, ob der Betroffene etwas aus freiem Antrieb oder nur aufgrund externer Zwänge (der Heteronomie des Willens) will, ist im Sinne einer Heuristik, einer Abkürzung zum wahrscheinlich richtigen Resultat, hilfreich. In der Regel kann man auch aus folgenethischen Erwägungen davon ausgehen, eine Lösung sei richtig, wenn sie den autonomen Willen des Betroffenen respektiert.[1585]

Allein, das ist nicht immer und nicht zwingend der Fall. Der autonomiebasierte Lösungsansatz hat Schwächen, die bereits bei den beiden Fall-

1583 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772.
1584 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772.
1585 Vgl. Teil 3, C.III.1.d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

varianten hervortreten: In *Hungerstreik B* ist die Heteronomie des Willens zum Hungerstreik evident: Die unmenschlichen Haftumstände sind der (nicht autonome) Grund, weswegen Blanc bereit ist, den Hungerstreik fortzusetzen und dabei sprichwörtlich alles zu riskieren. Diese Selbstgefährdung ist das letzte Mittel von Blanc, Druck zu schaffen und allenfalls Hafterleichterungen zu erreichen. Die Fortführung des Hungerstreiks und die Inkaufnahme selbst des eigenen Todes sind nicht etwa Ausdruck des autonomen Willens; in einer zwangsfreien Situation würde Blanc nicht in den Hungerstreik treten. Nur der heteronome Wille von Blanc nimmt den eigenen Tod in Kauf. Dem autonomiebasierten Lösungsansatz entsprechend müsste man nun aber folgern, die Zwangsernährung des Blanc sei (wenn es keine anderen Lösungen gäbe) der Duldung des Hungerstreiks vorzuziehen. Das ist höchst fraglich, zumal die Zwangsernährung nicht menschlicher ist als die (unmenschliche) Haft selbst. Von Blanc selbst wird der Tod ja gerade als kleineres Übel in Kauf genommen. Ein ethisch integrer Gefängnisaufseher, der nicht die Macht hätte, zugunsten von Blanc korrekte Haftbedingungen zu erwirken, aber vor dem Dilemma stünde, zur Zwangsernährung zu schreiten oder aber den Hungerstreik zu billigen, müsste wohl Letzteres tun und jeden gewaltsamen Ernährungsversuch unterlassen.

Auch an *Hungerstreik C* scheitert der Autonomieansatz: Der Tod ist nicht das Ziel von Cyan; ihr Leben ist nur das letzte Mittel, um etwas für ihre Gemeinschaft zu leisten. Indem Cyan ihr Leben aus altruistischen Motiven riskiert, hat ihr hartnäckiges Fasten etwas Supererogatorisches an sich.[1586] Die Tatsache, dass der Anlass dazu nicht autonom ist, sondern mit einer Kette von heteronomen Einflüssen zusammenhängt, ändert nichts daran, dass Cyans Zwangsernährung kaum legitim wäre.

Damit ist klar, dass das Autonomieprinzip Kollisionen vom Typus *Hungerstreik* ohne ergänzende Folgenerwägungen und kontextuelle Abwägung der betroffenen Güter nicht plausibel löst. Hier bestätigt sich am konkreten Beispiel, dass der freie Wille gerade nicht der letzte Grund der Gerechtigkeit sein kann.[1587]

1586 Zur Supererogation siehe vorne, Teil 1, C.II; für ein anderes, verwandtes Beispiel siehe: Gernot Facius, Der Fall Oskar Brüsewitz, in: Die Welt, 18. August 2006 (der Pfarrer Oskar Brüsewitz verbrannte sich am 18. August 1976 aus Protest gegen die Regierung der DDR vor der Marktkirche in Zeitz und trug dadurch zum Erstarken der Opposition und zur Einleitung der Wende bei).

1587 So schon vorne, Teil 3, C.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Autonomie und bestes Interesse

Die autonomiebasierte Lösung stösst überdies auch auf praktische Schwierigkeiten. In der Sache setzt das Autonomiekonzept voraus, dass der authentische Wille, den der Mensch unter gegebenen Lebensumständen empfindet oder ausdrückt und der Produkt aller Lebensumstände ist, sich vom autonomen Willen unterscheidet. Letzterer bedarf einer nahezu idealen, jedenfalls möglichst zwangsfreien Entstehungsgrundlage. Ärzten und zuständigen Behörden obliegt es, nach den Beweggründen der Hungerstreikenden zu forschen und auf dieser Basis möglichst die wirklichen Präferenzen der Betroffenen zu identifizieren.[1588]

Sind die Voraussetzungen an den autonomen Willen strikt, ist dies ein schwieriges Unterfangen. Der Weltärztebund weist in der Malta-Deklaration treffend darauf hin, dass es in der Praxis schwierig sein könne, die Autonomie der Betroffenen richtig einzuschätzen, da der wirkliche Wille eines Hungerstreikenden oft verborgen bleibe.[1589] Mit anderen Worten: Autonomie ist eine Art Wille mit Gütesiegel. Das Problem: Das Konzept setzt nicht nur die Erkennbarkeit verborgener Beweggründe voraus, sondern auch ein Kriterium zur Identifizierung des wirklichen, autonomen Willens. Soweit dies möglich ist, muss man wohl an eine objektive Definition des richtigen Willens anknüpfen. Damit ist man unweigerlich nahe bei der Suche nach dem, was dem Wohl des Betroffenen bestmöglich dient. Es geht dabei um die „besten Interessen" der Betroffenen, auf deren Beachtung der EGMR zu Recht besteht.[1590] Die SAMW-Richtlinien sehen es im Prinzip nicht anders: Selbst in Ausnahmefällen, in denen ein ausdrücklicher Wille (z.B. eine Weisung in einer Patientenverfügung) nicht beachtet werden kann, seien die (objektiven) Präferenzen des betroffenen

---

1588 AMM, Malta-Deklaration (1991 und 2006), Präambel: „Les grévistes de la faim ne souhaitent généralement pas mourir mais certains s'y préparent éventuellement pour atteindre leurs objectifs. Les médecins ont besoin de connaître *la véritable intention* d'une personne, notamment lors de grèves collectives ou des situations où la pression des pairs peut jouer." (Hervorhebung ergänzt).

1589 AMM, Malta-Deklaration, 2. Prinzip: „Les médecins doivent respecter l'autonomie de la personne. Elle peut être difficile à évaluer car le souhait véritable du gréviste de la faim peut ne pas être aussi clair que les apparences le laissent penser."

1590 Vgl. *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 83: „In view of the lack of medical evidence that the applicant's life or health were in serious danger, it cannot be said that the authorities acted in the applicant's *best interests* in subjecting him to force-feeding, which of itself raises an issue under Article 3 of the Convention" (Hervorhebung ergänzt); vgl. SAMW, Patientenverfügung, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Patienten bei der Wahl der Massnahme zu berücksichtigen.[1591] Bei Fehlen eines klaren abweichenden Willens wäre es nicht verantwortbar, dem Betroffenen einen anderen Willen zuzusinnen als jenen zur optimalen Wahrung seiner Interessen.

Kurz: Der autonome Wille des Betroffenen, der nicht vom tatsächlich geäusserten Willen abhängen kann, lässt sich nur verlässlich ermitteln, wenn er den objektiven Präferenzen des Betroffenen entspricht. Soweit dieser autonome Wille somit zum entscheidenden Kriterium avanciert, hat es seinen einigungsethischen Charakter aus praktischen Gründen bereits wesentlich zugunsten klassischer folgenethischer Massstäbe aufgegeben: Die objektiven Präferenzen umfassen das, was im Sinne des Grundprinzips der Lebensdienlichkeit und mit Blick auf die natürlichen Bedürfnisse des Betroffenen aus dessen Sicht rational ist.

e. Abstellen auf die implizite Zustimmung?

Statt auf die (stets etwas hypothetische) Autonomie des Betroffenen abzustellen, könnte man in Fällen wie *Hungerstreik A* auch mit einem Konzept der impliziten Zustimmung – also einer Form des konkludenten Willens[1592] – operieren. So liesse sich sagen: Weil Amber die Freilassung erstrebt, will er am Leben bleiben; diese deutliche Lebenspriorisierung widerspricht der Ablehnung aller Ernährung gemäss Patientenverfügung. Also müsse man folgern, dass Amber implizit einer Zwangsernährung in Fällen zustimme, in denen nur noch diese geeignet wäre, sein Leben zu retten. Diese Lösung greift aber ebenfalls zu kurz und überzeugt nicht in allen Fallvarianten: Entscheidend ist in ethischer Hinsicht die Frage, ob die Zwangsernährung, obwohl sie dem Willen des Betroffenen widerspricht, ausnahmsweise optimale Folgen zeitigen kann. Dass Cyan in *Hungerstreik C* den Tod nicht wirklich will, sondern ihn nur in der extremen Lage in Kauf nimmt, schafft keinen genügenden Grund, sie gewaltsam zu ernähren (dies auch dann nicht, wenn die einzige Alternative der Tod Cyans wäre).

1591 SAMW, Zwangsmassnahmen, 14.
1592 Dazu vorne, Teil 4, A.I.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Zwangsernährung als letztes Mittel

Die Zwangsernährung zur Rettung eines Hungerstreikenden kommt nur als letztes Mittel infrage.[1593] Intrusive medizinische Zwangsmassnahmen dürfen grundsätzlich nicht schematisch zugelassen werden, sondern setzen die konkrete Güterabwägung voraus.[1594] Dabei sind unerwünschte Spätfolgen zu bedenken.[1595]

Wann aber ist eine medizinische Zwangsmassnahme das letzte Mittel?

a. Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Selbstgefährdung

In seiner Rechtsprechung zur Zwangsmedikation (d.h. zur zwangsweisen medikamentösen Behandlung) lässt das Bundesgericht sowohl den Selbstschutz als auch den Schutz Dritter als Eingriffsgründe gelten, fordert jedoch, die den Eingriff rechtfertigende Gefährdung müsse im spezifischen Einzelfall konkret in Betracht fallen und als wahrscheinlich erscheinen.[1596] Wenn ein Eingriff zum Schutze vor (und gegen) sich selbst gerechtfertigt sein soll, muss eine *unmittelbare* und schwerwiegende Selbstgefährdung vorliegen.[1597]

Das Kriterium der Unmittelbarkeit könnte, zu eng gefasst, einer ethisch optimalen Kollisionslösung entgegenstehen. Die mit physischer Gewalt durchgeführte Zwangsmedikation lässt sich durch frühzeitig angewendete Druckmittel womöglich verhindern (d.h. durch Erwirken der Medikamenteinnahme ohne physische Gewalt, aber mit anderen Druckmitteln und in Überwindung einer anfänglichen Ablehnung des Betroffenen). Das Bemühen, Eingriffe zum Schutz gegen sich selbst nur als letztes Mittel zu billigen, sollte nicht dazu führen, dass schadensbegrenzendes frühzeitiges Handeln mangels akuter Gefahr unterlassen wird und es deswegen überhaupt zur Notwendigkeit einer Ultima Ratio kommt.

Je später die Zwangsernährung durchgeführt würde, desto eher ginge sie naturgemäss mit erheblichen Risiken (irreversibler Gesundheitsschäden

---

1593 Vgl. EGMR *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02.
1594 Vgl. BGer 6B_824/2015 vom 22. September 2015, E. 2.2; BGE 130 I 16 E. 5.1.
1595 Vgl. dazu BGer 5A_38/2011 vom 2. Februar 2011, E. 3.1.
1596 BGE 130 I 16 E. 5.3, 24.
1597 BGE 130 I 16 E. 5.3, 24: „Im Umstand, dass die Beschwerdeführerin unbefugterweise mehrmals das Antidepressivum Fluctine zu sich genommen hat und sich dieses Medikament mit der angeordneten Medikation nicht verträgt, kann keine unmittelbare und schwerwiegende Selbstgefährdung erblickt werden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder gar des Todes) einher; denn der Gesundheitszustand ist bei längerem Hungerstreik bereits wegen des Nahrungsmangels prekär.[1598] Daraus folgt, dass die Zwangsernährung, soweit sie überhaupt infrage kommt, nicht erst dann vorzunehmen ist, wenn damit nur noch allerletzte Rettungschancen einhergehen. Das Gebot, die Zwangsernährung nur als letztes Mittel vorzunehmen, kann nicht bedeuten, dass man dulden müsste, dass sich das Dilemma zuspitzt (das wäre nicht folgenoptimal). Dass ein Warten auf eine solche Unmittelbarkeit nicht geboten ist, lässt sich implizit auch dem *Rappaz*-Urteil des Bundesgerichts entnehmen.[1599]

Das Kriterium der Unmittelbarkeit der Selbstgefährdung bedeutet dies: Der intrusive Eingriff kommt nicht infrage, solange damit gerechnet werden kann, dass der Betroffene seinen Protest freiwillig oder immerhin infolge geringerfügiger legaler Druckausübung beendet. Die Zwangsernährung ist nur zulässig, wenn sie das zum Zweck der optimalen Wahrung aller relevanten grundrechtlichen und öffentlichen Interessen geeignetste Mittel ist. Die Folgen der Zwangsernährung müssten damit allen möglichen Folgen des vorübergehenden oder definitiven Unterlassens der Zwangsernährung vorzuziehen sein.

Richtigerweise hält der EGMR fest, eine Zwangsernährung sei dann nicht als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung einzustufen, wenn sie therapeutisch notwendig ist.[1600] Das Kriterium der optimalen Eignung und jenes der therapeutischen Notwendigkeit überschneiden sich (wenngleich Letzteres nicht alles abdeckt, worauf es ankommt, da es auf das Wohl des Patienten, um den es gerade geht, gerichtet ist). Über die therapeutische Notwendigkeit lässt sich nur urteilen, wenn man die zu verhindernde Gefahr durch den fortgesetzten Hungerstreik der mit der

---

1598 Zu den erheblichen Risiken (inkl. Todesrisiken), die mit der Zwangsernährung einhergehen: Wolff, L'alimentation a souvent tué, passim; vgl. Praz, L'Alimentation forcée des détenus, 5.

1599 BGE 136 IV 97 E. 6, 106 f.: „Si la prise en charge médicale n'aboutit pas à la cessation du jeûne, l'état de santé du détenu arrive immanquablement à un point critique où peuvent apparaître des lésions irréversibles, aux effets graves […]. *Se pose alors* la question de l'alimentation forcée du patient." (Hervorhebung ergänzt).

1600 EGMR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 81: „The established principles of medicine are admittedly in principle decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist."; vgl. EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 94.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zwangsernährung einhergehenden Gefahr gegenüberstellt und fragt, was die Gesundheit des Betroffenen schwerer belaste.

Welcher der therapeutisch gebotene Zeitpunkt ist, ist eine Frage, die sich juristisch nur abstrakt umkreisen lässt: Die Zwangsernährung sollte nicht durchgeführt werden, wo sie mit einer so grossen Gefahr von Selbstschädigungen einherginge, dass ein urteilsfähiger Hungerstreikender sie als schlimmer einstufte als die Fortsetzung des Hungerstreiks bis zum Tode.

b. Fehlende Unmittelbarkeit bei milderen Mitteln

Abstrakt definiert kommt die Zwangsernährung frühestens ab dem Zeitpunkt infrage, ab dem die Fortsetzung des Hungerstreiks eine erhebliche Gefahr für den Betroffenen bedeutete[1601] und dessen Beendigung nicht mit milderen Mitteln möglich wäre (also Mittel, die die Gesamtheit der betroffenen Interessen besser schonen[1602]). Damit im Ernstfall nicht alles vom Einfallsreichtum der zuständigen Beamten abhängt, sollten alle Behörden, die mit dem Dilemma der Zwangsernährung konfrontiert zu sein drohen, frühzeitig ihr Know-how betreffend potenziell mildere Mittel aufbauen, durch die je nach Kontext eine Hungerstreikbeendigung erwirkt werden könnte.

Das aus Sicht des Hungerstreikenden mildeste Mittel ist es, dessen Forderungen zu entsprechen. Dies ist verhältnismässig, wenn es mit Blick auf *alle* relevanten Interessen das geeignetste Mittel ist. Der erste Prüfschritt ist daher die Frage, ob ein Anspruch auf das besteht, was der Hungerstreikende durchzusetzen sucht:[1603] Im Falle unrechtmässiger Haft (*Hungerstreik C*) ist dies die Freilassung; im Falle unerträglicher Haftbedingungen (*Hungerstreik B*) deren Änderung.[1604] Der EGMR prüft in Zwangsernährungsfällen zu Recht zuerst, ob die Haftumstände mit den Konventionsgarantien vereinbar sind.[1605]

1601 BGE 136 IV 97 E. 6, 106 f.

1602 Dies i.S. des auf Lerche zurückgehenden Gebots des *schonenden Ausgleichs* zwischen kollidierenden Grundrechten; dazu vorne, Teil 2, C.IV.4.d.

1603 Vgl. EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia* (2011), 35254/07, § 83 f.; vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 327.

1604 Vgl. EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 100 ff.

1605 EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia (2011), 35254/07, § 83; EGMR, Nevmerzhitsky v. Ukraine (2005), 54825/00, § 82.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fehlt indessen ein Anspruch auf das, was der Hungerstreikende durchsetzen will, wäre es unverhältnismässig, wenn der Staat sich erpressbar zeigte, indem er nachgäbe. Sind Haft und Haftbedingungen nicht grundrechtswidrig, dann fallen die Freilassung wie auch andere Besserbehandlungen in der Regel ausser Betracht. In Hungerstreik A ist dies schon aus Nachhaltigkeitsgründen der Fall.[1606] Gegen die Freilassung des Amber sprächen: das Interesse an der rechtsgleichen Durchsetzung des Rechts (zumal dieses nicht ungerecht ist; wobei die Legitimität des Legalen und der Eigenwert der Durchsetzung geltenden Rechts in einem demokratischen Rechtsstaat zu vermuten ist[1607]); das Interesse an wirksame Abschreckung durch den Strafvollzug; das Interesse am Schutz des Vertrauens ins Strafwesen und ins Gesundheitswesen. Diese Interessen, die das Bundesgericht im *Rappaz*-Urteil erkannte, schützen mittelbar diverse Individualgüter.[1608]

Obwohl sich darüber streiten lässt, welche Verbote in der Drogenpolitik sinnvoll sind[1609], liegt die Kriminalisierung des Anbaus von Cannabis nicht offensichtlich jenseits des ethisch Haltbaren. Auch vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht m.E. im *Rappaz*-Fall richtig befunden, eine Unterbrechung des Strafvollzugs nach Art. 92 StGB sei nicht geschuldet gewesen.[1610]

Zu den möglichen milderen Mitteln, die geeignet sein könnten, zählen eine Reihe hier nur exemplarisch geschilderter Vorgehen, die positive und negative Anreize zur Beendigung des Hungerstreiks schaffen sollen:

1606 Siehe vorne, Teil 4, B.I.3.

1607 Siehe vorne, Teil 1, B.IV.

1608 BGE 136 IV 97 E. 6.3.3, 116; siehe auch EGMR, *Rappaz c. Suisse* (2013), 73175/10; vgl. Bommer, ZBJV 151/2015, 362, zur Möglichkeit des Unterbruchs der Haft aus wichtigen, gesundheitlichen Gründen: „Im Fall von Rappaz lag ein solcher wichtiger Grund vor (erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes). Selbst dann aber ist die Unterbrechung nicht zwingend ('darf', nicht 'muss'), sondern subsidiär, und zudem hat sie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit zu entsprechen. […] [Im konkreten Fall liess sich der] Gesundheitsgefahr […] in einer geschlossenen Spitalabteilung begegnen, und zwar […] mittels Zwangsernährung."

1609 Dazu Uffer, Mobilität, 25 ff., m.H.

1610 BGE 136 IV 97 E. 4–5.2.2.2, 100–105; das Bundesgericht erinnerte zugleich daran, dass es eine Ablehnung des Gesuchs um Unterbrechung des Strafvollzugs wie auch die Strafzumessung nur aufhebe, wenn die zuständigen Behörden den gesetzlichen Strafrahmen missachtet oder ihr Ermessen missbraucht hätten: vgl. BGE 134 IV 17 E. 2.1, 19 f.; BGE 119 IV 25 E. 2a, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- das intensive Aufklären über die Folgen des Hungerstreiks für die Gesundheit im Rahmen der regelmässigen medizinischen Betreuung und Begleitung[1611];
- die Zulassung einer höheren Zahl Besuche von Angehörigen (insb. soweit diese auf ein Ende des Hungerstreiks hoffen und gegebenenfalls hinwirken);
- gegebenenfalls die Organisation des Besuchs von Personen, die selbst einen Hungerstreik durchmachten und deren Gesundheit hierdurch irreversibel litt;
- das Servieren besonders frischer und für den Betroffenen ansprechender Speisen;
- die betonte Einhaltung der Verfahrensrechte des Betroffenen, wodurch der Staat zu wissen gibt, er fürchte sich nicht vor dem Druck der Öffentlichkeit;
- das Gewähren der Möglichkeit, in öffentlichen Medien zu schildern, warum und wogegen man sich im Hungerstreik befinde, mit der Absicht, sehr kritische Reaktionen der Öffentlichkeit hierauf dem Hungerstreikenden mitzuteilen; dies um zu verhindern, dass der Hungerstreikende sein Leben einer blossen Illusion wegen (etwa jener, er werde als Held wahrgenommen) aufs Spiel setzt;
- allenfalls in gewissen Fällen, wo verhältnismässig, die Einschränkung der medialen Aufmerksamkeit, in deren Genuss der Betroffene kommt;
- in Analogie zum Warnschuss: das deutliche Inaussichtstellen der Zwangsernährung und das Darlegen der Gründe, derentwegen diese vorgenommen würde, falls diese erforderlich zu werden droht (der Staat muss entschlossen wirken, da ein spekulativer Hungerstreik, bei dem der Betroffene auf die Schwäche des Staates hofft, ansonsten fortgesetzt zu werden droht).

Ein versäumtes milderes Mittel kann dazu führen, dass der Staat sich die Unverhältnismässigkeit der Zwangsernährung auch vorwerfen lassen muss, wenn diese im Zeitpunkt ihrer Durchführung das letzte geeignete Mittel ist.[1612]

Kurz: Das Kriterium der Unmittelbarkeit setzt voraus, dass in Fällen, in denen die Zwangsernährung infrage kommt, sie nicht zu früh (solange mildere und hinreichend geeignete Mittel denkbar sind) vorgenommen

---

1611 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6, 106; zur Aufklärungspflicht siehe vorne, Teil 4, II.2.a.

1612 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 11, 22, m.H.; siehe auch vorne, Teil 2, B.V.2, zur provozierten Unmöglichkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird. Denn dies wäre unverhältnismässig, je nach Umstand unmenschlich.[1613] Zudem darf die Massnahme auch nicht zu spät erfolgen (im Zeitpunkt, in dem die Risiken eines scheiternden Eingriffs unnötig hoch sind).

3. Legalitätsprinzip und Ausnahmen hiervon

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer Legalgrundlage, schwerwiegende Einschränkungen der Grundlage im Gesetz im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 BV). Bei Grundrechtskollisionen ist aufgrund der symmetrischen Betroffenheit der Grundrechte ein etwas weniger strenges Mass anzusetzen.[1614] Die legalen Eingriffstitel wichtiger Rettungsmassnahmen können die zulässigen Massnahmen grundsätzlich auch knapp und eher allgemein definieren. Entsprechend der Kompensationsthese kann ein Weniger an rechtlicher Legitimität hier durch ein Mehr an materieller (folgenethischer) Legitimität ausgeglichen werden.[1615] Formell steht dazu bei Dringlichkeit die polizeiliche Generalklausel zur Verfügung. Sie ist, so das Bundesgericht, die verfassungsmässige Ausnahme zum Gebot der Grundlage im Gesetz.[1616] Auch im *Rappaz*-Urteil trat sie an die Stelle der fehlenden gesetzlichen Regelung der Zwangsernährung im kantonalen Gesetz.[1617] Dass das Bundesgericht fast ohne Zögern zur polizeilichen Generalklausel griff, illustriert, wie sehr das legalitätsersetzende Konstrukt dazu dient, bei Dringlichkeit den Vorrang der material richtigen Lösung vor der formal richtigen (gesetzeskonformen, demokratisch legitimierten) Lösung zu gewährleisten.[1618] Man kann darin eine implizit folgenethische Attitüde erblicken.

Würde sich heute ein Fall wie *Hungerstreik A* ereignen, müsste m.E. bei fehlender Eingriffsgrundlage wegen der (seit dem *Rappaz*-Urteil konkreten) Vorhersehbarkeit der Gefahrenlage die gesetzlich nicht vorgesehene Anordnung der Zwangsernährung unterlassen werden. Hier griffe die vom Bundesgericht aufgeweichte, aber noch geltende Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr. Das wenig erfreuliche verbleibende

---

1613 EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 78 ff. (insb. § 81–83).
1614 Siehe vorne, Teil 2, B.IV.1.c, zum Symmetriegebot; vgl. Teil 2, C.II.1.d und C.II.2.
1615 Vorne, Teil 3, F.II.3.c.
1616 BGE 136 IV 97 E. 6.3.1, 114: „exception constitutionnelle à l'exigence d'une base légale".
1617 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.3.1/6.3.2, 113 ff.
1618 Vgl. vorne, Teil 2, C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dilemma – die Wahl zwischen der schweren Selbstschädigung des Hungerstreikenden und dem Sicherpressenlassen des Staates – wäre geeignet, heftige Reaktionen auszulösen. Dadurch könnten die Öffentlichkeit und urteilende Gerichte den säumigen Gesetzgeber unter Druck setzen und an seine Verantwortung erinnern; kurzfristig auf Kosten, mittelfristig aber zum Wohle der Grundrechte aller.

4. Lebensdienliche Zweckausrichtung

Nur eine Zwangsernährung, welche die Rettung des Betroffenen bezweckt, kann rechtmässig sein. Die Rettung muss somit im Sinne des ethischen Grundprinzips lebensdienlich sein. Dieses Anliegen ist aber wiederum nur im Sinne eines Gebots des Lebenserhalts zu verstehen, wo man es nicht mit einer Ausnahmesituation zu tun hat, in der eher nur noch das Prinzip der Leiderlösung angezeigt wäre.[1619]

Zwangsernährungen im Gefängnis sind zwar nicht per se unmenschlich oder erniedrigend. Weil jede Zwangsernährung aber ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ist (die deren Sicherheitsbedürfnis erschüttert), ist sie nur zum Schutze höchster Güter legitimierbar. Infrage kommt daher nur eine Zwangsernährung, die zur Lebensrettung oder zur Verhinderung irreversibler Gesundheitsschäden notwendig ist. Das Gebot der Lebensdienlichkeit schliesst aus, dass mittels Zwangsernährung pönale Zwecke verfolgt werden; etwa der Zweck, dem Betroffenen eine „Lektion" zu erteilen; dies wäre unmenschlich.[1620]

IV Kollisionslösung

1. Vorbemerkungen

Kann die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Haftinsassen zulässig sein?

Stellt sich diese Frage, ist zuerst zu prüfen, ob die Zwangsernährung auch wirklich die einzige denkbare Handlungsoption des Rechtsstaates ist:

1619 Teil 3, E.III.

1620 Vgl. EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Wo der Hungerstreikende seinen Protestakt gegen die Missachtung rechtmässiger Ansprüche richtet, hat der Staat gerade nicht nur die Option der Zwangsernährung zur Beendigung des Hungerstreiks zur Verfügung; er muss dem Betroffenen dann wohl entgegenkommen.
- Erheben die Betroffenen Forderungen, auf die sie keinen rechtlichen oder grundlegenden ethischen Anspruch haben, ist der Staat nicht gehalten, hierauf einzugehen.[1621] Der Staat hat dann ein Interesse, keinen problematischen Präzedenzfall zu schaffen.[1622] Scheidet folglich das Nachgeben des Staates aus und verbleiben nur noch die beiden Extreme der Zwangsernährung oder der fortgeführten schweren Selbstgefährdung, entscheidet sich alles an der umfassenden Güterabwägung (die eine umfassende Folgenerwägung ist).

Soweit die Dringlichkeit der Sache es gestattet und weil eine vorweggenommene abstrakte Abwägung hier nicht ausreicht, sind alle relevanten Interessen gründlich abzuwägen. Zentral sind dabei das Leben, die Gesundheit und die Selbstbestimmung, wobei diese Güter auch Aspekte der Menschenwürde beschlagen können. In Bezug auf die Prüfung, ob die künstliche Ernährung die Selbstbestimmung verletze (und damit eine Zwangsernährung wäre), ist bei im Eingriffszeitpunkt nicht gegebener voller Urteilsfähigkeit regelmässig auf den mutmasslichen Willen und auf allgemein plausible Hypothesen hinsichtlich der Präferenzen des Betroffenen abzustellen. Wo der Betroffene nicht klar und nachweislich etwas anderes vorzöge, ist in Hungerstreikfällen stets anzunehmen, dieser wolle *nicht* sterben und zöge daher sogar die künstliche Ernährung dem Hungertod vor.

Der Kontext (etwa die auf die Bedingungen des eigenen Lebens gerichteten Forderungen des Hungerstreikenden) kann verraten, dass Hungerstreikende trotz eindeutiger Ablehnung der künstlichen Ernährung (etwa durch Weisungen in der Patientenverfügung) durchaus am Leben hängen;

1621 EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia* (2011), 35254/07, § 83: „It is also crucial […] to ascertain the true intention of and real reasons for the detainee's protest, and if those reasons are *not purely whimsical* but, on the contrary, denounce serious medical mismanagement, the competent authorities must show due diligence by immediately starting negotiations with the striker with the aim of finding a suitable arrangement" (Hervorhebung ergänzt); vgl. *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 327: „the prisoners' claims were not without basis as regards both the conditions of their detention and the unbalanced and arbitrary resort of the prison administration to various penalties and sanctions".

1622 BGE 136 IV 97 E. 5.2.1, 104 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in dieser Konstellation kann selbst eine Zwangsernährung als kleineres Übel in Erwägung gezogen werden.

Auch bei scheinbar wissentlicher und willentlicher Inkaufnahme schwerster irreversibler Schäden der Gesundheit oder (und) der Urteilsfähigkeit, ist Weisungen der hungerstreikenden Patienten mit Skepsis zu begegnen. Es ist jedenfalls nicht davon auszugehen, ein Protestfaster (der etwas mitteilen will) wolle sich wirklich in die dauerhafte Urteilsunfähigkeit (und damit reduzierte Kommunikationsfähigkeit) hineinhungern. Da umgekehrt aber auch nicht davon auszugehen ist, jemand nehme jemals gänzlich freiwillig die mit Hungerstreik und Zwangsernährung verbundenen Risiken in Kauf, kann letztlich nur eine sorgfältige Sachverhaltsprüfung und Interessenabwägung Aufschluss darüber geben, ob die Zwangsernährung im konkreten Fall einem Interventionsverzicht vorzuziehen ist.

Die nachfolgenden Falllösungen sind in einer gewissen Hinsicht zu einfach und entsprechen nicht dem, was in einem echten Fall von den Behörden und Gerichten zu prüfen wäre. Namentlich ist vorliegend die unter Umständen schwierige Frage, ob konkret eher ein Dilemma vom Typ *Hungerstreik A* oder ein Problem vom Typ *Hungerstreik B* und *C* vorliegt, bereits mit der Fragestellung beantwortet worden. Die Praxis wird hier mit der zusätzlichen Schwierigkeit zu ringen haben, dass gerade unklar sein kann, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet (so in Bezug auf Blanc oder Cyan) – oder aber bloss (so in Bezug auf Amber) eine subjektive Entrüstung oder Verzweiflung ob einer als unfair empfundenen Inhaftierung, die objektiv nicht offensichtlich ungerecht ist, oder gar nur ein Versuch, den Staat zu erpressen.

2. Lösung der Fallvarianten

a. Hungerstreik A

In *Hungerstreik A* müsste der Staat, wäre die Patientenverfügung zu befolgen, die künstliche Ernährung von Amber unterlassen und dafür die schweren Folgen des fortgesetzten Hungerstreiks in Kauf nehmen; die Freilassung Ambers käme aus dargelegten Überlegungen nicht infrage.[1623]

Da Amber eine einjährige Haftstrafe absitzt und seine Freilassung verlangt, ist anzunehmen, dass er seine Freiheit, die er in einem Jahr um-

1623 Dazu vorne, Teil 4, B.I.3 und B.III.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fassend wiedererlangt, nicht mutwillig per Selbsttötung verspielen will. Daher sagt der in der Patientenverfügung festgehaltene Wille, in keinem Fall künstlich ernährt zu werden, wenig über die grundlegende Präferenz von Amber aus. Denn seine Weisung gegen jede künstliche Ernährung ist Teil seiner Taktik, den Staat unter Druck zu setzen und zum Einlenken zu bringen. Stürbe Amber wegen des Hungerstreiks oder käme es zu schweren und irreversiblen Gesundheitsschäden, liesse sich nicht sagen, dies sei die Konsequenz seiner Autonomie. Der Wille zum Hungerstreik gründete in der irrtümlichen Annahme, der Staat würde rechtzeitig nachgeben. Die Folgen des Hungerstreiks wären Ausdruck eines Irrtums. Daher spricht schon das Autonomieprinzip (als Heuristik) für die Möglichkeit der staatlichen Intervention, nötigenfalls per Zwangsernährung.

Die Lösung wird durch folgenethische Erwägungen bestätigt: Die Androhung und nötigenfalls Durchführung der Zwangsernährung sind die einzigen rechtsstaatlich möglichen Mittel, das Leben Ambers zu wahren und dessen Sehnsucht nach einem Leben ausserhalb der Haft wenigstens mittelfristig zu entsprechen; das Unterlassen der Ankündigung der Zwangsernährung und nötigenfalls ihrer Durchführung wäre hier, da der Betroffene die Gefahren zwar theoretisch kennt, aber konkret unterschätzt (weil er auf das Nachgeben des Staates setzt), unverhältnismässig. Die Folgen staatlicher Passivität sind keineswegs vorzugswürdig: Sämtliche durch die Zwangsernährung eingeschränkten Grundrechte (körperliche Integrität; Selbstbestimmungsrecht; zudem Meinungsfreiheit) wären voraussichtlich durch die Fortsetzung des Hungerstreiks noch schwerer getroffen als durch die Zwangsernährung selbst; es drohte der Tod, mithin die konsequenteste Einschränkung der physischen Integrität und der persönlichen Autonomie. Nicht erst der Tod durch Hungerstreik überträfe an Schwere das, was von der Zwangsernährung zu erwarten ist: Ein Schaden, der die Grundrechte stärker einschränkte, wäre wohl schon gegeben, wenn der Hungerstreikende seine Urteilsfähigkeit irreversibel verlöre; man könnte gar die Frage aufwerfen, ob der Schutz gegen die fahrlässige Zerstörung der eigenen Urteilsfähigkeit nicht zum Kerngehalt der psychischen Integrität zählen muss. Würde man den Respekt des sich in der Patientenverfügung ausdrückenden Willens über alles stellen, fiele Amber ab dem Verlust der eigenen Urteilsfähigkeit zudem in die selbst gegrabene Falle; es gäbe kein Zurück. Das wäre freilich mit Blick auf die Grundidee der Selbstbestimmung paradox, zumal hier im vermeintlichen Respekt der Selbstbestimmung deren Annihilation geschützt würde (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB: niemand kann sich seiner Freiheit entäussern).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daraus folgt, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, ab dem der Verlust der Urteilsfähigkeit des Amber unmittelbar droht, die Zwangsernährung des Amber als milderes und geeignetes Mittel grundrechtlich vertretbar ist. Sie muss dem Amber aber einige Tage zuvor klar in Aussicht gestellt worden sein, damit dieser den Hungerstreik nicht aus falscher Hoffnung auf ein Nachgeben des Staates fortführt. Ob in Fällen wie *Hungerstreik A* (wo der Protest jedenfalls nicht durch grobe Ungerechtigkeiten animiert ist) jemals jemand bereit wäre, den Hungerstreik bis zum Ende fortzuführen, wenn er wüsste, dass es zur Zwangsernährung käme, ist fraglich. Auch das spricht für die Zulässigkeit der Zwangsernährung: Die Tatsache, dass sie als Ultima Ratio in Betracht kommt, verleiht ihrer Ankündigung Gewicht und kann gerade dazu beitragen, dass es gar nicht zur tatsächlichen Zwangsernährung kommen muss; denn Amber dürfte den Hungerstreik zu einem noch vernünftigen Zeitpunkt freiwillig beenden.[1624]

Kurz: Die Zwangsernährung ist der ungehinderten Fortführung des Hungerstreiks und den damit einhergehenden Schäden nicht nur vorzuziehen; sie machte sich in Fällen dieser Art zudem oft selbst entbehrlich. Auch aus diesem Grund ist festzuhalten, dass Amber nötigenfalls zwangsweise ernährt werden dürfte.

b. Hungerstreik B

Hungerstreik B beschreibt eine Grundrechtskollision[1625], deren Ursache mutmasslich schwere Versäumnisse des Staates sind. Die scheinbare Grundrechtskollision ist Folge der vom Staat verantworteten unmenschlichen Haftbedingungen, welche Blanc erst in den hartnäckigen Hungerstreik treiben. Aus Sicht Blancs ist der Hungerstreik eine rationale Handlungsstrategie; aus seiner Perspektive ist selbst der Tod, den er zu erreichen droht, der Fortführung der Haft vorzuziehen.

Der Staat kann aus dieser Präferenz nichts für sich ableiten. Er kann insbesondere nicht feststellen: Blanc wolle sterben, also dürfe man ihn sterben lassen. Auch zu einer Zwangsernährung darf es nicht kommen; käme es dazu, wäre sie – da mit geeigneten Mitteln vermeidbar – als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie wohl auch des Verbots menschenunwürdiger

1624 So geschah es im Fall *Rappaz*: BGE 136 IV 97, A, D und E.

1625 Vgl. vorne, Teil 2, B.V.2, zu Präventionsversagen des Staates und provozierter Unmöglichkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Behandlungen (Art. 10 Abs. 3 BV) zu qualifizieren. Der Staat ist gehalten, akzeptable Haftbedingungen vorzusehen.

Da der Staat diese Möglichkeit hat, liegt hier bei näherer Betrachtung gerade keine echte Grundrechtskollision vor. Gewährt der Staat menschliche Haftbedingungen, kann er sowohl die Selbstbestimmung als auch das Leben des Blanc bestens schonen, ohne irgendwelche überwiegenden öffentliche Interessen unverhältnismässig einzuschränken. Daher ist in *Hungerstreik B* die Zwangsernährung offensichtlich unzulässig; unzulässig wäre auch das Sterbenlassen des Blanc, selbst wenn damit immerhin dessen subsidiärer Wille beachtet und eine perpetuiert menschenunwürdige Haftsituation beendet würde.

c. Hungerstreik C

Zu *Hungerstreik C* gilt im Wesentlichen, was zu *Hungerstreik B* gesagt wurde. Auch hier handelt es sich um eine unechte Grundrechtskollision. Die Gefahrenlage wurde vom Staat provoziert. Auch hier ist ein dritter Weg geboten: die Freilassung von Cyan (und das Unterlassen aller politischen Verfolgung der Gemeinschaft, der sie angehört). Weil es politisch und juristisch schwieriger sein dürfte, Ungerechtigkeiten gegen eine ganze Gemeinschaft objektiv festzumachen und in juristischen Verfahren anzuwenden, wird man die Rechtmässigkeit der Forderungen in diesen Fallkonstellationen vor allem an den Umständen der Inhaftierung des Hungerstreikenden ausmachen müssen.

Was wäre geboten, wenn die Freilassung nicht möglich wäre? Trotz der Vermutung, die Zwangsernährung sei lebensdienlicher als die ungehinderte Fortsetzung des Hungerstreiks, wäre auch hier die Intervention zu unterlassen. Dass Cyan sich zugunsten der Gemeinschaft aufzuopfern wünscht, muss nicht irrational sein und kann im Effekt (für die grössere Zahl) sogar lebensdienlich sein. Es ist nicht undenkbar, dass Cyans Hungerstreik dem Wohl ihrer Gemeinschaft und der grösseren Zahl dient, weil ihr Schicksal international für Schlagzeilen sorgt und dadurch das verantwortliche Regime unter Druck gerät. Supererogatorisches Verhalten dieser Art ist zwar nicht die Norm, aber es ist nicht ethisch irrational.[1626] Dagegen wären (selbst bei Ausblendung der Option der Freilassung) Bemühungen, solche Selbstaufopferung per Zwangsernährung zu unterbinden, aus

1626 Zum gebotenen weiten Rationalitätsbegriffs siehe vorne, Teil 3, A.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allgemeiner Sicht offensichtlich nicht folgenoptimal, damit ethisch irrational und ungerecht.

Deswegen darf der Staat selbst im fiktiven Fall, in dem die Freilassung von Cyan nicht möglich wäre, nicht annehmen, überwiegende Gründe sprächen für die Zwangsernährung. Diese ist hier in jedem Falle ausgeschlossen.

3. Nachbemerkung zu unklaren Fällen

Leser, die das Gefühl beschlich, die besprochenen Falllösungen seien zu einfach, haben Recht. Sie sind es insofern, als die simplifizierten Fallbeispiele nicht dem entsprechen, was in konkreten Fällen von den Behörden und Gerichten zu prüfen wäre. Die mitunter anspruchsvolle Frage, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet, ist vorliegend weitgehend schon durch die Problemformulierung beantwortet worden. In der Praxis kann nun gerade unklar oder zumindest heftig bestritten sein, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet; selbst wo dies wie in *Hungerstreik B* und *Hungerstreik C* klar der Fall wäre, könnte der Staat dies vehement leugnen.

Dieses Beurteilungsproblem kann mit Beweislastregeln und Transparenzgeboten überwunden werden. Wenn der Hungerstreik sich nicht gegen eine klare Ungerechtigkeit des Staates richtet, ist es sowohl im Interesse des Hungerstreikenden als auch des Staates, dass die entsprechende Sachlage kritisch und aus unabhängiger Warte beurteilt werden kann. Dem Hungerstreikenden muss daher Gelegenheit gegeben werden, öffentlich die Haftbedingungen anzuprangern und darzulegen, warum die Haft klares Unrecht oder klare Ungerechtigkeit sein soll. Zudem ist dem Betroffenen das Recht zu gewähren (gegebenenfalls unter der Voraussetzung einer gewissen Kostenpartizipation), die Lage von unabhängigen Personen überprüfen zu lassen. Will der Staat nachweisen, dass die Inhaftierung nicht politisch motiviert ist, dürfen die Überprüfungen gerade nicht (nur) von Personen vorgenommen werden, die dem Staatsapparat angehören, der in der Macht der Kreise liegt, gegen die sich der Hungerstreik gerade richtet. Die ungehinderte Überprüfung der Legitimität der Inhaftierung setzt die Möglichkeit voraus, die Akten des Strafverfahrens zu konsultieren, den Nachweis der Unabhängigkeit entscheidender Belastungszeugen zu erhalten und mit dem Betroffenen und diesem nahestehenden Personen ausführlich kommunizieren zu können.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausser in raren Konstellationen des Schutzes sensibler Interessen (so bei Verfahren betreffend Spionage oder den Verrat von Staatsgeheimnissen), kann man dem Staat, der umfassende und unabhängige Überprüfungen nicht ermöglicht, vorwerfen, er könne die Rechtmässigkeit der Haft nicht nachweisen, woraus die Vermutung folgt, diese sei tatsächlich unrechtmässig. Ganz im Sinne der Publizitätsformel Kants: „Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht".[1627]

C. *Aggressives Rettungsverhör*

Am 27. September 2002 entführte Magnus Gäfgen den 11-jährigen Bankierssohn Jakob von Metzler und ermordete ihn. Dann erpresste er von Jakobs Eltern, die er glauben liess, Jakob lebe noch, eine Million Euro Lösegeld. Bei Abholung des Lösegelds wurde Gäfgen von der Polizei identifiziert und anschliessend beschattet. Er kaufte sich einen Neuwagen, buchte eine Auslandsreise, führte die Fahnder aber nicht zum Kind, das die Polizei als lebend vermutete. Im Parkhaus des Frankfurter Flughafens wurde Gäfgen sodann festgenommen. Im Verhör machte Gäfgen irreführende Aussagen über den Verbleib Jakobs, bezichtigte Unbeteiligte der Mittäterschaft, verriet aber das Versteck nicht. Der (damalige) Frankfurter Polizeivizepräsident Wolfgang Daschner drohte Gäfgen daraufhin an, er werde ihm Schmerzen zufügen lassen, damit er sage, wo Jakob sich befinde. Daraufhin gestand Gäfgen die Tötung und gab den Ort der Leiche an.[1628]

Nun darf der Staat nicht zu aggressiven „Rettungsmitteln" greifen, wenn er weiss, dass es nichts mehr zu retten gibt. Daher kann im hier diskutierten Fall nur interessieren, wie es um die Zulässigkeit von Verhörmitteln steht, für die es ex ante gewisse Gründe zur Annahme gibt, dass sie tatsächlich zur Rettung des Kindes führen können. Das Fallbeispiel lautet folglich:

> *Aggressives Rettungsverhör*: Grau entführt ein elfjähriges Kind. Von dessen Familie fordert er eine Million Euro Lösegeld. Nach Abholung des Lösegelds wird Grau festgenommen und ordentlich einvernommen,

1627 Kant, ZeF, AA VIII, 381.

1628 Zum Fall und zur Prozessgeschichte: EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 1–58; vgl. Fonk, Christentum 48.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> was aber zu keinen Informationen über den Aufenthaltsort des Kindes führt. Stunden vergehen, es steigt die Befürchtung, dem Kind drohe der Tod (mangels Nahrung, durch Kälte oder Erstickung). Also erwägt der Polizeikommandant die Androhung aggressiver Verhörmittel.
> Darf die Polizei dem Entführer erhebliche Schmerzen androhen und nötigenfalls zufügen lassen, wenn sich damit das Kind allenfalls noch retten lässt?

Die Umschreibung der Kollision soll nicht suggestiv eine Lösung vorwegnehmen. Daher wurde eine Problemschilderung der folgenden Art vermieden:[1629] Darf der Staat etwas Gewalt einsetzen, um ein entführtes, unter unmenschlichen Umständen ums Leben bangendes Kind vor dem grausamen Tod zu retten? Darf der Staat den vermuteten Entführer grausam foltern und grässlich entstellen, um allenfalls das entführte Kind zu retten?

Den Leser verleitete eine solche Formulierung dazu, sich voreingenommen mit dem Problem der „Rettungsfolter" zu beschäftigen. Dass Folter als Begriff nicht in die Kollisionsbezeichnung gelegt wird, rechtfertigt sich dadurch, dass jener Sachverhalt, der in den letzten knapp zwei Jahrzehnten in Mitteleuropa emotional unter dem Titel der „Rettungsfolter" debattiert wurde, gerade nicht eindeutige Foltertechniken (wie etwa das Ausreissen eines Fingernagels oder simuliertes Ertrinkenlassen) betraf, sondern die Zufügung von vorübergehenden Schmerzen oder gar deren blosse Androhung. Auch im vorliegenden Fallbeispiel (wie im Entführungsfall Metzler) qualifiziert das dem Entführer angedrohte Handeln nicht eindeutig als Folter.[1630]

1629 Kritisch zur suggestiven Formulierung solcher Fälle auch Trapp, Folter, S39 ff.

1630 Vgl. G. Friedrichsen, Der Mörder, der sich zum Opfer stilisiert, Die Welt 9.8.2017, abrufbar auf <www.welt.de/vermischtes/article167539083/Der-Moerder-der-sich-zum-Opfer-stilisiert.html> (zuletzt abgerufen am 15. Juni 2018): Gäfgen habe die Schmerzandrohung nicht als Folter empfunden, bis ihn sein Verteidiger darüber aufklärte, dass diese den Tatbestand des Folterverbots womöglich erfüllen könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I Problemstruktur

1. Aggressive Verhinderung einer schweren Drittschädigung

Die beschriebene „Rettungsfolter“[1631] ist vielleicht das Paradebeispiel der aggressiven Rettung. Im Raum steht ein aggressiver Eingriff des Staates in die Rechte des Störers zum Schutz der Grundrechte Dritter vor Gefahren, die auf das Verhalten des Störers zurückgehen. Da sich diese Gefahren bei staatlicher Untätigkeit realisieren, stehen sich Schutz- und Abwehransprüche gegenüber.

Ein Rettungsmittel, das im vorliegenden Sinn als aggressiv eingestuft wird, geht über niedrigschwellige Formen staatlichen Zwangs und staatlicher Herrschaftsgewalt hinaus. Es kommt erst in Betracht, wo es zur Verhinderung erheblicher Schäden geeignet ist. Etwa zur Verhinderung einer Tötung oder gefährlichster, herabwürdigender privater Gewalt (z.B. bei häuslicher Gewalt) oder einer qualifizierten Freiheitsbegrenzung (z.B. einer Verschleppung). Erforderlich ist eine akute, also nicht mit anderen Mitteln vernünftig abwendbare Bedrohungslage.

2. Opfer und Störer im selben Kreis der Gleichheit

Der relevante Kreis der Gleichheit ist ordinär. Die Konsequenz hieraus ist zu betonen, weil sie nicht zwingend der Intuition entspricht: Weder der Entführer noch sein Opfer dürfen dem Staat a priori näher stehen (anders als im Falle eines Krieges, wo die Interessen der vom feindlichen Staat entführten Personen im Rahmen einer Rettungshandlung grundsätzlich vorrangig behandelt werden müssten).

3. Möglichkeit pragmatischer Lösungen

Zum aggressiven Rettungsverhör gibt es zwei höchst unterschiedliche Problemverständnisse und Vorstellungen von den zulässigen Lösungswegen:

1631 Für eine Definition der Rettungsfolter: Waadt, Polizeilicher Todesschuss und Rettungsfolter, 11: Rettungsfolter bezeichnet Folter durch staatliche Behörden, die zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorgenommen wird und dazu dienen soll, eine Person zu einer Aussage zu nötigen, durch welche ein bedrohtes Rechtsgut geschützt werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gemäss der ersten Vorstellung geht es „ums Prinzip", nicht um einen Ausgleich zwischen Für und Wider, Regel und Ausnahme. Es geht um die Applikation einer höchstrangigen Regel, die keine Einschränkung duldet. Diese Regel besagt etwa, jedes aggressive Rettungsverhör sei unzulässig (wobei dies u.U. von der Prämisse hergeleitet wird, das aggressive Rettungsverhör verletze die Menschenwürde).[1632] Hieraus folgert man, es sei nicht angebracht, nach konkret betroffenen Interessen zu fragen. Die Abwägung ist obsolet. Der erste Ansatz versteht sich deduktiv und, da die reine Deduktion Grundrechtskollisionen nicht lösen könnte, interpretativ. Der Schlüssel zur Lösung ist eine irgendwie gesetzte, positivierte oder anderweitig anerkannte Regel (oft eine, die der Menschenwürde zugeordnet wird). Die Durchsetzung der Regelgeltung setzt voraus, dass man ihr im Sachverhalt, auf den sie angewendet werden soll, Platz macht. Das leistet die Interpretation. Die Begründungsarbeit konzentriert sich bei der Kollisionslösung darauf, den Sachverhalt per Analogie oder Abstraktion in den Anwendungskontext der Norm zu rücken oder von diesem abzugrenzen.

Weil in dieser Arbeit mit Kritik an blossen Postulaten in ethischen Diskursen nicht gespart wurde, wird nicht überraschen[1633], dass der Verfasser der zweiten Vorstellung zuneigt. Diese Vorstellung kann man pragmatisch nennen. Ihr liegt auch die Überzeugung zugrunde, dass auch in Fällen wie der „Rettungsfolter" das Richtige und Gerechte nicht plötzlich eine ganz andere Struktur aufweist als sonst: Richtig ist immer das Handeln im optimalen Interesse aller, auf die es ankommt; richtig kann daher auch ein kleinstes Übel sein. Der zweite Ansatz, der ein folgenethischer-empirischer ist, enthält auch deduktive Elemente und vernachlässigt die Interpretationsarbeit (insbesondere als Prozess zur Generierung von Hypothesen) nicht. Die Erkenntnis rührt jedoch entscheidend aus Folgenerwägungen her: aus dem Bemühen, Konsequenzen im Vorfeld richtig einzuschätzen. Da solche Erwägungen potenzielle Kausalabläufe ergründen, tragen sie zum Entstehen von Erfahrungswissen bei.

1632 Zu den Schwächen dieser Argumentationsform vorne, Teil 3, B.III.8.
1633 Teil 3, B.III.1.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II Konfligierende Rechtsgüter

1. Lebensschutz

So wie das Überleben und der Schutz des Lebens das erstrangige Bedürfnis in Maslows Bedürfnishierarchie ist, ist das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) das höchste Individualrecht der Grundrechtsordnung. Die Bewahrung des Lebens ist notwendige Grundlage des Genusses aller übrigen Rechte, selbst der Würde: „Wenn die personalen Träger der Würde des Menschen ausgelöscht werden, hilft die Würde nicht weiter."[1634]

Der Höchstwert bildet als Vermutung den Anfang der Bewertung und der Abwägung. Das heisst, an der Verhinderung der Zerstörung eines Lebens besteht ein Interesse, das jenes an der Verhinderung einer Schädigung eines anderen Schutzgutes übertrifft. Diese andere Einschränkung, die nicht das Leben an sich, sondern etwas im Leben trifft, ist somit ceteris paribus als geringerfügig zu werten. Daraus lässt sich kein rigoristisches Gebot gewinnen, jede einzelne Tötung zu verhindern, die sich verhindern lässt (koste es, was es wolle), oder todesnahe Menschen stets so lange wie möglich am Leben zu erhalten – sei es auch nur vegetativ. In gewissen Situationen kann Folgenoptimierung die Bereitschaft bedingen, dass einer schwer leidenden Person, deren Leid sich nicht lindern lässt, ein Ausweg ermöglicht werden muss. In diesem Sinne ist als Auffangnetz für Ausnahmesituationen, in denen nicht das Erhalten des Zustands des Lebendigseins richtig ist, das Prinzip der Leiderlösung zu befürworten.[1635] Es entspricht der Lebensdienlichkeit insoweit, als es vom Recht der Menschen auf den Tod ausgeht, die ihr Leben nicht (mehr) wertschätzen können und Gründe haben, den Tod dem Lebendigsein vorzuziehen. Da der Höchstwert des Lebensschutzes davon abhängt, dass der Mensch sein Leben überhaupt als wertvoll erleben kann, sind Ausnahmen von der Vorrangigkeit des Lebenserhalts möglich.

Folter und andere Arten menschenunwürdiger Behandlungen können von den Betroffenen als schlimmer als eine Tötung erlebt werden (etwa das Ausstechen der Augen). Nicht grundlos wurde die Folter als Strafe jedenfalls noch bis ins späte Mittelalter hinein oft angewandt, wo man der Todesstrafe (die man angesichts des unendlichen Lebens nach dem Tod für zu gnädig hielt) etwas hinzufügen wollte, das eine stärkere Vergeltung oder Abschreckung leistete; einer der frühesten Folterkritiker, Montaigne,

---

1634 Nitschke, Debatte über Folter, 11.
1635 Teil 3, E.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

war in dieser Zeit konsequenterweise auch der Ansicht, Folter sei schlimmer als die einfache Hinrichtung.[1636]

Schwerste Eingriffe in die körperliche oder psychische Integrität des Betroffenen i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV stehen auch deshalb der Intensität einer blossen Tötung unter Umständen in nichts nach, weil schwerste Verletzungen in aller Regel direkt oder indirekt zugleich Lebensbedrohungen sind. Eine Folter oder unmenschliche Behandlung kann beispielsweise zur Folge haben, dass: *(i)* die dadurch traumatisierte Person sich später selbst das Leben nehmen will; *(ii)* sie so sehr von Angst und Misstrauen gehemmt wird, dass sie nicht mehr ins soziale Leben zurückfindet und daher isolierter und vulnerabler weiterlebt; *(iii)* sie des kulturellen Umfelds wegen gerade infolge des erlittenen Unrechts noch eine Form des „zivilen Todes" erleidet – man denke an Vergewaltigungsopfer, die wegen grausamer kultureller Vorstellungen von der Familienehre ausgeschlossen werden.

2. Menschenwürde (Art. 7 BV)

Aggressive Verhörmittel haben zentral mit dem Respekt der persönlichen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie mit der Achtung und mit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV) zu tun. Jedes aggressive Verhör, das Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung sein könnte, ist mit Blick auf die Bedeutung der Menschenwürde zu untersuchen. In der deutschen Lehre findet man gar die Aussage, die Menschenwürde sei für die Begründung des Folterverbots schlechthin konstitutiv; die Absolutheit des Folterverbots gründe (ausschliesslich) in der Achtung der Menschenwürde.[1637]

Explizit findet sich in Art. 10 Abs. 3 BV ein Verbot der Folter und anderer menschenunwürdiger Behandlungen. Diese Einordnung ist historisch passend, zumal eines der formellen Vorläufer des Folterverbots der BV das

---

1636 Montaigne, cruauté, 75: „Les morts, je ne les plains guère […]; mais je plains bien fort les mourants. Les sauvages ne me choquent pas autant parce qu'ils rôtissent et mangent les corps des morts que ceux qui les torturent et les persécutent vivants."; vgl. 76: „Quant à moi, tout ce qui, dans la justice même, *est au-delà de la mort simple*, me semble une pure cruauté, et notamment chez nous, qui devrions nous soucier d'envoyer les âmes en bon état, ce qui ne peut pas être fait quand nous les avons ébranlées et désespérées par des tortures insupportables." (Hervorhebung ergänzt).

1637 Bielefeldt, Folterverbot, 107.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verbot körperlicher Strafen im Art. 65 Abs. 2 aBV (der alten Bundesverfassung) ist.[1638] Art. 10 Abs. 3 BV drückt damit einen der Kerngehalte des Art. 10 Abs. 2 BV aus. Abgesehen davon, dass der Kerngehalt des Schutzes der körperlichen und psychischen Integrität vor diversen menschenwürdewidrigen Einschränkungen schützt, ist die Menschenwürde auch insoweit berührt, als ein aggressives Rettungsverhör eine Instrumentalisierung des Betroffenen – also dessen Behandlung als blosses Objekt – bedeuten könnte.[1639] Die Einwirkung auf den Störer dient nämlich nur dem Opfer und hat nichts mit den Zwecken des Störers (oder dem Störer als Zweck) zu tun. Da in der Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Rechtsraums das Instrumentalisierungsverbot als Teilgehalt der Menschenwürde gilt, ist auch in dieser Hinsicht zu erwägen, ob und inwieweit ein aggressives Rettungsverhör die Menschenwürde verletzen könnte.

Die Menschenwürde von Grau ist daher durch die erwogene aggressive Verhörmassnahme jedenfalls berührt. Zudem wäre wohl die Würde des entführten Kindes im Falle des Unterlassens des Rettungsverhörs berührt. Kinder verdienen aufgrund ihrer Vulnerabilität einen besonderen Schutz ihrer Integrität (Art. 11 BV); zudem lässt sich aus dem Gebot zur Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) analogieweise schliessen, ein Imstichlassen des Kindes trotz Existenzbedrohung treffe die Menschenwürde.

Das führt zur in dieser Arbeit vorne bereits abstrakt bejahten Frage, ob die Würde gegen die Würde abgewogen werden dürfe.[1640] Die Verweigerung der Gegenüberstellung wäre nichts als die Leugnung der Würde jener Person, deren Würde mangels Gegenüberstellung nicht ins Gewicht fallen dürfte. Die Abwägung hat aufgrund der Struktur der (uneinschränkbaren) Menschenwürdegarantie im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Garantie im konkreten Kontext stattzufinden.[1641]

1638 Dazu Rohrer, Beziehungen der Grundrechte, 121, m.H.

1639 Kritisch zur Objektformel siehe vorne, Teil 3, B.III.7.

1640 Vorne, Teil 2, B.IV.4, zur Ablehnung eines unreflektierten Abwehrprivilegs bei Kollisionen mit der Menschenwürde; Teil 2, C.V.3, zur Ablehnung einer rigoristischen Unantastbarkeit; vgl. Teifke, Menschenwürde, 70. Kritisch statt vieler zur Abwägung Würde gegen Würde: Cano Paños, En los límites, 130 ff., m.H.

1641 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1246, für eine Interessenabwägung in Analogie zu Art. 36 Abs. 3 BV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Folterverbot und Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV)

a. Verfassung- und völkerrechtliche Definition des Folterverbots

Das Folterverbot untersagt eine Art schwerer (grausamer) Menschenwürdeverletzungen. Es gilt einschränkungslos und findet selbst im Krieg oder anderen Krisenzeiten keine Rechtfertigungsbasis (Art. 2 Abs. 2 FoK).[1642]

Diese strikte Normgeltung geht zum Teil mit einer Unschärfe des Normgehalts einher. Wovor das Folterverbot konkret schützt und welche Praktiken es konkret verbietet, ist bisweilen unklar. In den positivierten Verboten finden sich immerhin Anhaltspunkte: Art. 10 Abs. 3 BV verbietet Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (der Einfachheit halber und ohne Verlust an Wortbedeutung kann man nur von Behandlung sprechen). Die Formulierung definiert Folter implizit als eine Art der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung. Sie ist jener in Art. 7 Satz 1 UNO-Pakt II und Art. 3 EMRK vorzuziehen, die beide von Folter *oder* grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (bzw. Strafe) sprechen, was zum Fehlschluss verleiten könnte, Folter sei nicht zwingend grausam, unmenschlich oder erniedrigend.

Obwohl Folter stets eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung umfasst, sind die Verbote nicht identisch, sondern unterscheiden sich graduell.[1643] Folter ist eine gezielte unmenschliche Behandlung, die besonders ernstes, grausames Leiden schafft.[1644] Während eine willentlich grausame Behandlung seitens des Staates zu gewissen Zwecken stets

---

1642 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour", m.V.; für die Lehre statt vieler etwa Grabenwarter/Pabel, EMRK, 199 f. m.H.

1643 Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 43 ff., insb. 47, m.H. auf die EGMR-Praxis; vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, 191 ff.; aus der Praxis siehe EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90 „As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should […] attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing *very serious and cruel suffering* [m.H.]" (Hervorhebung ergänzt).

1644 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90: „the distinction […] between this notion [*of torture*] and that of inhuman or degrading treatment"; vgl ebd. § 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als Folter angesehen werden kann, ist dies für unmenschliche oder erniedrige Behandlungen nicht zwingend der Fall.[1645]

Laut Art. 1 Abs. 1 FoK ist Folter: „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, [...] wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden". Es folgt die Eingrenzung, wonach „Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind", vom Folterbegriff nicht umfasst seien. Die Schmerzen oder Leiden würden der betroffenen Person „zum Beispiel" zugefügt, „um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund". Ähnlich, aber in Bezug auf die Verantwortung des Staates etwas enger, ist die Folterdefinition des Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut: Folter setze voraus, dass einer im Gewahrsam oder anderweitig unter der Kontrolle des Staates befindlichen Person vorsätzlich grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden.

Hieraus lassen sich vier Elemente entnehmen, die Folter ausmachen:

b. Vier Definitionsmerkmale der Folter

Erstens, Folter setzt die vorsätzliche Zufügung *grosser Schmerzen oder Leiden* (wort-, aber nicht sinnsparend kann man auch nur von grossen Leiden

1645 Schon in den Anfängen der philosophischen Folterkritik spielte der Gedanke der *Grausamkeit* eine hervorragende Rolle: Montaigne, wies etwa auf die besondere Grausamkeit und schwere Sinnwidrigkeit der Folter hin. Siehe etwa Montaigne, cruauté, 72: „Je hais […] cruellement la cruauté et par nature et par jugement en la considérant comme le plus grand de tous les vices." ; ders., Die Folter und ihre Unbequemlichkeiten, deutschsprachige Übersetzung auf <textlog.de/30938.html> (zuletzt abgerufen am 16.6.2017):

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reden) physischer oder psychischer Art voraus.[1646] Dass es zu irreversiblen Gesundheitsschäden komme, ist indes nicht erforderlich.[1647]

Zweitens, Folter setzt voraus, dass *der Staat das Leiden zu verantworten* hat. Das Folterverbot erfasst auch das indirekte Bewirken des fraglichen Leidens durch den Staat, etwa wo dieser die Folterhandlung mit stillschweigendem Einverständnis (Art. 1 Abs. 1 FoK) duldet oder sie anderweitig ohne direktes Handanlegen möglich macht (etwa durch Abschiebung an einen Ort, wo Folter droht; vgl. Art. 3 Abs. 1 FoK).[1648] Unterlässt es der Staat, das Zufügen grossen Leids durch Dritte zu verhindern, verletzt er (wo nicht das Folterverbot) womöglich das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Dies gilt verstärkt beim Schutz besonders vulnerabler Personen, da hier eine qualifizierte Schutzpflicht besteht.[1649] Laut EGMR verletzt ein Staat etwa dann (selbst) Art. 3 EMRK, wenn er bei drohender häuslicher Gewalt geeignete Schutzmassnahmen versäumt.[1650]

1646 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58: Folter setze die Zufügung „schwersten körperlichen oder psychischen Leids" voraus; ähnlich Biaggini, BV, Art. 10 N. 26: „sehr ernstes und grausames Leiden".

1647 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 332: „[It] must have caused them severe pain and suffering […], even though it did not apparently result in any long-term damage to their health. In these circumstances, the Court finds that the applicants were subjected to treatment which can only be described as torture."

1648 Vgl. Art. 3 Abs. 1 FoK, wonach keine Person in einen anderen Staat abgeschoben oder an diesen ausgeliefert werden darf, wenn anzunehmen ist, dass ihr dort Folter droht.

1649 EGMR, *Eremia and Others v. Moldova* (2013), 3564/11, § 49; EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 159–160; EGMR, *A. v. UK* (1998), 1998-VI, § 22.

1650 Statt vieler EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 154 ff.; EGMR, *N. v. Sweden* (2010), 23505/09, § 54 ff. (betr. eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch eine Abschiebung nach Afghanistan, wo der Betroffenen wegen der Trennung von ihrem Ehemann Gewalt und Diskriminierung seitens der eigenen Familie und jener des Ex-Ehemanns gedroht hätten); vgl. EGMR, *Kalucza v. Hungary* (2012), 57693/10, § 58 ff. (betr. Art. 8 EMRK); EGMR, *Eremia and Others v. Moldova* (2013), 3564/11, § 53–55. Zur entsprechenden Rechtsprechung des EGMR: McQuigg, Domestic Violence, 1025; die bemerkt, der EGMR habe noch nicht entschieden, ob häusliche Gewalt (und deren Nichtverhinderung) gar Folter sein könnten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Private ist nicht ans grundrechtliche Folterverbot gebunden.[1651] Verpflichtet ist der Staat (Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 BV).[1652] Dem privaten Täter verbietet das Strafrecht das „Foltern", indem es diverse schädliche Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die individuelle Freiheit und gegen die sexuelle Integrität unter Strafe stellt. So erfüllt eine Folterhandlung durch Private wohl immer mindestens einen der folgenden Tatbestände: die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), die (nicht leichte) einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB), die Lebensgefährdung (Art. 129 StGB), die Drohung oder Nötigung (Art. 180 oder 181 StGB), die Freiheitsberaubung (Art. 183 StGB), die sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und die Vergewaltigung (Art. 190 StGB).

Drittens: Folter ist auf *bestimmte Zwecke* ausgerichtet.[1653] Die Auflistung der Foltermotive durch Art. 1 Abs. 1 FoK ist nicht abschliessend („zum Beispiel um"); Folter setzt daher nicht eine der klassischen Absichten (Erpressung einer Aussage oder der Bestrafung) voraus.[1654] Folter ganz ohne Zweck, etwa bei Urteilsunfähigkeit des Urhebers, gibt es aber nicht: Einschlägig wäre dann allenfalls das Verbot grausamer oder unmenschlicher Behandlung; Gleiches gilt, wenn das Zufügen schweren Leids nur der Befriedigung des Folternden dient.[1655]

Viertens setzt Folter voraus, dass das Opfer in einer Lage der *Ohnmacht* ist, weil es sich in Gewahrsam oder anderweitig unter der Kontrolle des

---

1651 Man darf Aussagen in Entscheiden oder der Lehre betr. Folterhandlungen Privater nicht missverstehen: EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 159, betr. die Gewährleistung des Art. 3 EMRK: „the obligation […] to secure to everyone […] the rights and freedoms defined in the Convention, […] requires States [!] to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals"; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 10, N. 45: „Ebenfalls unter das Verbot der Folter […] fallen Handlungen, die von Privaten ausgehen" – solange diese Handlungen vom Staat zu verantworten sind.

1652 Vorne, Teil 2, B.IV.2, zur Horizontalwirkung der Grundrechte i.S.v. Art. 35 Abs. 3 BV.

1653 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90: „there is a purposive element to torture"; EGMR, *Akkoç v. Turkey* (2000), 22947/93 und 22948/93, § 115.

1654 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 366: Folter erfolge „meistens mit dem Zweck, den Widerstand des Opfers zu brechen oder es zu quälen".

1655 Vgl. Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 326 ff.; a.A. Müller/Schefer, Grundrechte, 58–59 mit Fn. 13, 16, die eine Folter ohne Zweck für möglich halten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staates befindet (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut).[1656] Wie steht es, wenn eine Person sich zwar in der Gewalt des Staates befindet, aber noch Menschen töten kann? Man denke an den soeben verhafteten Anführer der Terroristengruppe, der die Anordnung zur Tötung von Zivilpersonen widerrufen könnte. Er bestimmt über Leben und Tod anderer und kann sich der aggressiven Verhörmassnahme durch Kooperation entziehen. Ohnmächtig ist er nur in einem deutlich reduzierten Umfang, sodass Situationen denkbar sind, in denen solche Personen „nur" Opfer grausamer oder unmenschlicher Behandlung sein können, nicht aber von Folter.

In einem Satz lässt sich das so formulieren: Folter ist jedes dem Staat vorwerfbare Handeln, durch das einer Person, die sich in einer Situation der Ohnmacht befindet, grosse körperliche oder psychische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um irgendetwas zu erreichen, das nicht im Interesse des Betroffenen liegt.

c. Bezug des Folterverbots zum Verhältnismässigkeitsprinzip

Aus obigen Kriterien fliesst, dass Folter sich stets durch besondere Unverhältnismässigkeit auszeichnet. Bei Ohnmacht des Betroffenen ist die Zufügung schweren Leids in aller Regel nie als in Bezug auf alle relevanten Güter optimal geeignet denkbar: Wer ausser Gefecht gesetzt wurde, kann niemanden verletzen; also fehlt es bei Konstellationen der sogenannten „Rettungsfolter" – anders als in Fällen des finalen Rettungsschusses – an der Dringlichkeit der aggressiven Rettungsmassnahme.[1657] Wer nun fragte, ob auch verhältnismässige Formen der Folter verboten seien, ginge von grundlegend falschen Annahmen aus. Verhältnismässigkeit ist stets richtig; ebenso das Verbot der (stets unverhältnismässigen) Folter.[1658] Daher wäre

---

1656 UN-CHR-Sonderberichterstatter M. Nowak, E/CN.4/2006/6, § 39: „Torture […] presupposes a situation where the victim is powerless i.e. is under the total control of another person. This is usually the case with deprivation of personal liberty. […] the decisive criteria for distinguishing torture from CIDT [prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment] may best be understood to be the purpose of the conduct and the powerlessness of the victim, rather than the intensity of the pain or suffering inflicted, as argued by the European Court of Human Rights and many scholars."; vgl. UNHRC-Sonderberichterstatter M. Nowak, A/HRC/7/3, II.A., 7 § 28 f.; siehe auch Bieri, Eine Art zu leben, 33 ff.

1657 Zu den Unterschieden zwischen finalem Rettungsschuss und „Rettungsfolter" vgl. Trapp, Folter, 82 ff.; siehe auch: Yglesias, Work for What?

1658 Vgl. Kneihs, Leben, N 45.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Vorschlag problematisch, Folter könne verhältnismässig sein (bzw. verbiete nicht nur Unverhältnismässiges). Damit würde suggeriert, dass es so etwas wie zumutbare Folter geben könne, womit dem Ansinnen, die Ächtung der Folter aufrechtzuerhalten, nicht geholfen und das Verhältnismässigkeitsprinzip befleckt wäre. Auch aus diesem Grund ist die Verhältnismässigkeit zwingend ein Element des Folterverbots: Folter kann nicht auch nur annähernd verhältnismässig sein.[1659]

d. Struktur der Unantastbarkeit des Folterverbots

Wo Handlungen infrage stehen, die im historisch oder gegenwärtig eindeutigen Sprachgebrauch der Folter zugeordnet werden, ist deren striktes Verbot als richtig und damit als abwägungsgefestigt vorauszusetzen. In dieser Hinsicht ist das Folterverbot aus pragmatischen Gründen unantastbar.[1660] Die materiellen Gründe dazu (u.a. die Kontraproduktivität, die Missbrauchsanfälligkeit und die Grausamkeit der Folter) wurden über die Jahrhunderte identifiziert; drei Juristen spielten eine herausragende Rolle: Im 16. Jahrhundert Montaigne, der skeptische Erfahrungsethiker, der in seinen (das gleichnamige Genre begründenden) *Essays* diverse Grausamkeiten der Zeit der Religionskriege anprangerte; zur Zeit der Frühaufklärung in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts Montesquieu, und inmitten der Blütezeit der Aufklärung Beccaria, der mit *Dei delitti e delle pene* (1764) vieles zur Überwindung der Todesstrafe und der Folter beitrug.[1661]

1659 Implizit richtig im Entführungsfall Metzler das Landgericht Frankfurt a.M. im Urteil vom 20. Dezember 2004, NJW 2005, 692 ff., 694: „Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist bereits das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen" (der hieraus gezogene Schluss des absoluten Verbots der *Androhung* von Gewalt ist m.E. freilich allzu radikal).

1660 Teil 2, C.V.4, zur pragmatischen Unantastbarkeit.

1661 Montaigne, Sur la cruauté, 61 ff., 72 ff.; ders., Des Cannibales, 247–249: „Je pense qu'il y a plus de barbarie à manger un homme vivant qu'à le manger mort, à déchirer par des tortures et des supplices un corps qui a encore toute sa sensibilité, à le faire rôtir à petit feu, le faire mordre et blesser par les chiens et les pourceaux […], que de le rôtir et manger une fois qu'il est mort."; siehe die Anmerkung des Herausgebers der zitierten Neuauflage, in: ebd., 48 Fn. 1, die Stellungnahme gegen die Folter durch Montaigne sei damals etwas Neues gewesen; siehe auch den Artikel: „Montaigne, Die Folter und ihre Unbequemlichkeiten", abrufbar auf <textlog.de/30938.html> (zuletzt abgerufen am 15.3.2018); Montesquieu, De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 17, 225 (ff.),

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unter anderem aus dieser jahrhundertealten Vorarbeit schöpft die pragmatische Unantastbarkeit des Folterverbots ihre Begründung. Dieses Folterverbot umfasst all das, was der historisch gewachsene Sprachgebrauch oder eine etablierte Praxis höherer Gerichte ohne Weiteres als Folter ansieht. Insoweit ist das strikte Folterverbot Ergebnis längst erfolgter Abwägungen. Weil selbst im Krisenfall undenkbar ist, dass Formen der klassischen Folter, wie etwa das Ausreissen von Fingernägeln oder Scheinexekutionen, sich als optimale Mittel zur Verwirklichung aller relevanten Interessen erwiesen, sind solche Massnahmen strikt unzulässig.[1662]

---

zur Folter als Befragungsmittel im Strafverfahren: „Nous voyons aujourd'hui une nation très bien policée la rejeter sans inconvenient. Elle [la *question*, d.h. die Folter] n'est donc pas nécessaire par sa nature"; ebd., 226: die Stimme der Natur erhebe sich gegen die Idee, Folter sei ausnahmsweise zweckmässig: „j'allais dire qu'elle pourrait convenir dans les gouvernements despotiques, […] mais j'entends la voix de la nature qui crie contre moi"; DERS., De l'Esprit des lois II, Kap. XXIX.11: Die Folter sei im Strafverfahren von geringem Nutzen und grösserem Nachteil; vgl. DERS., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 11, 212 f. und Kap. 12, 213 f.: „L'experience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes. […] Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; BECCARIA, Dei delitti e delle pene, Kap. XVI: „o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e' non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati.", wobei BECCARIA überzeugend argumentiert, dass Folter ohnehin als Mittel zur Wahrheit höchst ungeeignet sei: „il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti. Ecco i fatali inconvenienti di questo preteso criterio di verità, ma criterio degno di un cannibale".

1662 Zur Ineffektivität der Folter schon MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois I, Kap. VI.17, 225 (ff.): „Nous voyons aujourd'hui une nation très bien policée la rejeter sans inconvenient. Elle [la *question*, d.h. die Folter] n'est donc pas nécessaire par sa nature"; die Stimme der Natur erhebe sich gegen die Folter, die nicht einmal in einem despotischen Staat rational sei (ebd., 226); zum geringen Nutzen (und grossen Nachteil) der Folter im Strafverfahren siehe DERS., De l'Esprit des lois II, Kap. XXIX.11; siehe ferner DERS., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 213 f.: „L'experience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes. […] Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; vgl. The Economist 23.8.2007, The efficacy of torture; The Economist 9.1.2003, Is torture ever justified?

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Unzulässigkeit der „klassischen" Folter braucht nicht in jedem Einzelfall neu geprüft zu werden. Erneutes Prüfen kostete nicht nur unnötig Zeit, sondern bärge vor allem grosse Risiken: Man drohte aus Verzweiflung ob der scheinbar begrenzten konventionellen Rettungsmöglichkeiten oder in Überschätzung der Rettungschancen durch Folter den Nutzen der Folter zu überschätzen und ihre Schädlichkeit zu unterschätzen.[1663] Das unbedingte Verbot muss selbst dann gelten, wenn für bestimmte klassische Foltermittel theoretisch in sehr seltenen Ausnahmesituationen die Anwendung des verbotenen Mittels, isoliert gesehen, optimale Folgen nach sich zöge. Dieser isolierte Vorteil rechtfertigt für sich alleine nichts, weil er den wahrscheinlicheren und gewichtigeren Nachteil von Missbräuchen und Irrtümern bei der Applikation der Ausnahmeregel kaum überwöge. Zu bedenken ist, dass der Versuch, die missbräuchliche Anwendung verfügbarer Mittel und Know-hows zu verhindern, erhebliche Kontrollkosten verursachte, die bei Verzicht auf die riskante Ausnahme entfielen. Der probabilistisch gewichtete Nutzen punktueller Folter in seltensten Situationen voller Ungewissheiten dürfte kaum die Vorteile überwiegen, welche sich durch den gänzlichen Verzicht auf das verpönte Mittel realisieren liessen.[1664]

Dies zeigt: Eine *pragmatische* Begründung vermag durchaus die Unantastbarkeit des Folterverbots für all jene Fälle zu begründen, bei denen eben nicht die Frage, ob etwas Folter sei, selbst im Zentrum des Problems steht. Anders gesagt, in kasuistisch und semantisch klaren Fällen erübrigt sich die Prüfung der Schwere der Schmerzen und das Vorliegen der Ohnmachtslage, weil bereits klar ist, dass Folter vorliegt. Da diese Begründung in einer abstrakten (vorweggenommenen) Abwägung konkreter Tatbestände gründet, kann sie jene Gehalte des Folterverbots nicht erfassen, an die man im Vorfeld gar nicht denkt; etwa weil sie im historischen Diskurs keine Rolle spielten, nicht Gegenstand differenzierter juristischer Entscheidungen sind und nicht im allgemeinen Sprachverständnis als Foltertatbestände erfasst werden.

1663 Vgl. zur Gefahr eines auf die Vorzüge der Strafe verengten Blickes Montesquieu, De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 215: „Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont couverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'Etat, que cette dureté a produit: les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme".

1664 Vgl. vorne, Teil 2, C.V.4.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für solche offenen Gehalte ist die Zuordnung kritischer Sachverhalte zum Folterverbot im Einzelfall somit nicht offensichtlich, sodass hier die Anwendbarkeit des Verbots ohne Abklärung und kontextuelle Abwägung weder bejaht noch verneint werden kann. Die Abwägung ist fallweise von den Gerichten und anderen Behörden erst noch vorzunehmen. An der Unantastbarkeit des Folterverbots ändert dies nichts; nur die Struktur der (nun *begriffslogischen*) Begründung der Unantastbarkeit ändert sich. Weil Folter auf eindeutige Weise nicht optimal geeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar sein muss (grob unverhältnismässig), ist ein erheblicher Mangel an Verhältnismässigkeit ein Wesensmerkmal der Folter.

Vor allem zur Abklärung, ob in solch unklaren Fällen Folter vorliegt, ist bei den vier Definitionsmerkmalen der Folter[1665] anzusetzen; dabei wird unweigerlich (im Rahmen der Erörterung der Schwere des zugefügten Leids sowie der Ohnmacht des Betroffenen) auch geprüft, ob die fragliche Massnahme verhältnismässig ist.

Im Rahmen der Diskussion der Lösungskriterien werden die pragmatische und die begriffslogische Dimension des Folterverbots näher dargelegt.[1666]

III Kritische Diskussion verbreiteter Lösungsansätze

1. Skizze einer (typischen) regelethischen Lösungsbegründung

In Diskursen zur sogenannten „Rettungsfolter" und anderen Fällen der aggressiven Rettung sind deontologische Begründungen von Kollisionslösungen verbreitet.[1667] Die typische deontologische Begründung zugunsten eines rigoristischen Verbots des aggressiven Rettungsverhörs enthält folgende Elemente:[1668]

(i) Die Frage, ob das Folterverbot durchs fragliche Verhörmittel überhaupt eingeschränkt würde, wird durch eine extensive Auslegung überwunden: Im Zweifelsfall fällt jedes Verhörmittel in den Schutzbereich des Folterverbots (oder zumindest der unantastbaren Menschen-

1665 Vorne, Teil 4, C.II.3.b.
1666 Hinten Teil 4, C.IV.1 – 2.
1667 Siehe etwa Cano Paños, En los límites, 142 ff. m.H.
1668 Zur rigoristischen Kollisionsdogmatik vorne, Teil 2, C.V.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würde).[1669] Die Einschlägigkeit des Folterverbots wird dabei fast diskussionslos vorausgesetzt.[1670] Das führt dazu, dass jede Massnahme, bei der auch nur ein Aspekt (z.B. jener der Ohnmacht, nicht aber die Zufügung grossen Leids[1671]) an Folter denken lässt, der Gruppe der absolut verpönten Handlungen zugeschlagen wird.

(ii) Es wird die Unantastbarkeit der durch das aggressive Rettungsverhör (vermeintlich) bedrohten Norm hervorgehoben (vom Folterverbot über das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung bis hin zum Verbot der Behandlung einer Person als blosses Objekt).[1672] Angenommen wird dazu, dass die gegen das aggressive Rettungsverhör mobilisierte Höchstnorm nicht gegen eine andere Höchstnorm kollidieren könne, dass an eine solche Kollision nicht gedacht werden dürfe[1673] oder dass die Unterlassenspflicht des Staates

---

1669 Siehe etwa Amnesty International, Themenbericht, passim; vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 67: „[Es] muss und darf nicht erwogen werden", ob „die Anwendung *bestimmter* Verhörmethoden zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter nicht allenfalls doch vertretbar ist" (Hervorhebung ergänzt; ein so definiertes Verbot kann potenziell auf jedes Verhörmittel angewendet werden).

1670 Zur Illustration: Martin, Grundrechtskollisionen, 239, wo die Rede ist vom „Fall Daschner, bei welchem die Polizei das Folterverbot zum Schutz des Lebens eines Entführten aufzuweichen erwog."; die Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK auf zuvor nicht erfasste Handlungen wird auch mit der Dynamik der Begriffe erklärt: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 43: Begriffe wie „unmenschlich" oder „erniedrigend" dürften nicht statisch ausgelegt werden.

1671 Vgl. Amnesty International, Themenbericht, passim; Fonk, Christentum, 7: „Kein noch so hochstehender Nutzen, den ein Dritter davon hätte, kann es jemals rechtfertigen, einem Menschen die demütigende Erfahrung des Ausgeliefertseins, die Ausnutzung seiner Angst und die Erniedrigung seiner Würde zuzumuten."

1672 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 107: „Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk"; vgl. Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 20.12.2004, in: NJW 2005, 693 f.

1673 Amnesty International, Themenbericht, 4: „Wer die Würde eines mutmaßlichen Täters gegen die Würde und das Leben der Opfer aufwiegen will, macht somit eine unzulässige Rechnung auf. […] Die Menschenwürde ist unverfügbar. Es ist daher nicht möglich, sie mit anderen Größen aufzuwiegen, nicht mit dem Recht auf Leben und auch nicht mit der Würde einer bedrohten Person."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei Höchstgüterkollisionen (etwa bei Würde-Würde-Kollisionen) vorgehe.[1674]

(iii) Es wird angenommen, das strikte Verbot erfasse auch die blosse Androhung von Schmerzen: Jede Drohung mit Schmerzen zu Verhörzwecken wird als Folterandrohung betrachtet; diese soll selbst Folter oder wenigstens eine menschenunwürdige Behandlung sein.[1675] Die Gleichsetzung von Folter und Schmerzandrohung in Verhörsituationen basiert auf der Theorie, beides behandle den Betroffenen als blosses Objekt und sei folglich gleichermassen verpönt. Indem die Androhung von Schmerzen die verhörte Person dazu nötigen soll, im Interesse des Opfers zu kooperieren, werde sie zum „bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung" degradiert.[1676]

(iv) Auf das Kriterium der Zufügung grossen Leidens wird kaum abgestellt. Ob das aggressive Rettungsverhör selbst im Falle der blossen Drohung (deren Umsetzung in die Tat der Betroffene durch Kooperation wohl verhindern kann) „große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden" (Art. 1 Abs. 1 FoK) bewirkt, gilt aus Sicht der deontologischen Lösung als fast irrelevant (vielleicht deshalb, weil sich die Deontologie nicht primär für konkrete physische Folgen interessiert).

1674 Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, 121: Nur die Achtungspflicht, nicht aber die Schutzpflicht, setze dem Handeln des Staates „unüberschreitbare Grenzen"; vgl. auch Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, N. 66.

1675 Vgl. Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 42 f.; Fonk, Christentum, 49; Cano Paños, En los límites, 109 ff., der Folterdrohungen als unmenschliche Behandlung einstuft, m.H.; vgl. auch Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, 366: die Androhung massiver Schmerzen sei keine Folter, wohl aber unmenschliche Behandlung. Ähnlich der EGMR, der darauf hinweist, dass durch Drohungen hervorgerufenes psychisches Leiden das Kriterium des schweren Leides erfüllen und gar Folter sein könne: *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 107: „[A] threat of torture can amount to torture, as the nature of torture covers both physical pain and mental suffering. In particular, the fear of physical torture may itself constitute mental torture."; vorsichtiger: EKMR, *Campbell and Cosans v. UK* (1982), 7511/76 und 7743/76, 4 EHRR 293, 26: Eine ernstgemeinte, unmittelbare Androhung einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Verhaltensweise *könne* mit Art. 3 EMRK konfligieren, sodass die Folterandrohung unter Umständen eine unmenschliche Behandlung darstellen könne.

1676 BVerfG, 2 BvR 1249/04 vom 14. Dezember 2004, N. 7: „Schon das Landgericht hat die polizeiliche Androhung, dem Beschwerdeführer Schmerzen zuzufügen, als Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO und das in Art. 3 EMRK enthaltene Folterverbot gewertet.", dem erwähnten Urteil der Vorinstanz, des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 20. Dezember 2004 (in: NJW 2005, 693 f.) folgend.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(v) Zur Absicherung des auf diese Weise erweiterten Schutzbereichs gehen einige Autoren dazu über, sogar jeden begründeten Zweifel am extensiven Folterbegriff oder am weiten Begriff unmenschlicher und erniedrigender Behandlung als Relativierung der Menschenwürde zu taxieren: Den Schutzgehalt gewisser fundamentaler, aber vage definierter Garantien näher determinieren zu wollen, gilt schon als Relativierung des Schutzes und damit als Würdeverletzung.[1677] Damit gilt jedes Bemühen, die Konturen des Folterbegriffs sichtbar zu machen und rational zu begründen, als verpönt.[1678]

Die Konsequenz solcher Argumentationsschritte wäre, dass jede ungewöhnliche Verhörmassnahme, bei der etwas Zwang oder atypische Anreize eingesetzt oder auch nur in Aussicht gestellt wären, als Folter oder als andere menschenwürdewidrige Handlung eingestuft würde und folglich absolut untersagt wäre.

2. Einwände gegen die regelethische Lösungsbegründung

a. Rigorismus versus begriffliche Vagheit

Eine Schwachstelle der deontologischen Kollisionslösung ist die oft kurze Auseinandersetzung mit dem Folterbegriff. Der Grund liegt wohl teilweise darin, dass man den Folterbegriff nicht statisch verstanden wissen will.[1679]

Der Differenzierungsbedarf ist indes augenfällig. Wer versucht, die Verbote der Folter sowie grausamer, unmenschlicher und erniedrigender

---

1677 Siehe Fischer, Menschenwürde und Staatsnotstand, 244: „[Weil] die Menschenwürde Güterabwägungen entzogen ist, […] beginnt die Mißachtung der Menschenwürde bereits mit dem Räsonnieren darüber, ob nicht in bestimmten Ausnahmesituationen aufgrund höherer Interessen die Anwendung der Folter ethisch gerechtfertigt werden kann."; Krasmann/Wehrheim, Folter und die Grenzen des Rechtsstaats, 257: „Auch die Konstruktion eines Auswegs mittels Notwehr in Form von Nothilfe muss als Versuch gewertet werden, das Folterverbot rechtsstaatlich legal zu relativieren"; vgl. Hamm, Schluss mit der Debatte, 946 f.; kritisch dagegen Nettesheim, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, 82, m.H.

1678 Vgl. La Torre, Tortura y Derecho, 31 ff., wo 'subtile' Adhominems zur Begründungsstrategie gehören: Allhoff sei ein „obstinado 'filósofo' de la tortura"; Trapp ebenso nur „otro 'filósofo' defensor de la tortura"; etc.

1679 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Behandlung an spezifischen und immer gültigen Fällen zu illustrieren, erkennt bald, dass die Übergänge von der Folter zu anderen Formen menschenunwürdiger Behandlung fliessend sind. Nichts anderes gilt für die Übergänge von Verletzungen dieser Normen hinüber zu Verhaltensweisen, die (gerade noch) menschlich und legitim sind.[1680]

Man denke an folgende Massnahmen gegenüber inhaftierten Personen:

- die dreistündige, zu leichten Krämpfen führende Fesselung an den Stuhl während eines Verhörs;
- die Anwesenheit eines Polizeihundes während des Verhörs einer Person, von der man weiss, sie fürchte Hunde;
- das Nichtabnehmen von Handschellen in der Nacht aus Sicherheitsgründen;
- das tägliche Wecken der Haftinsassen um fünf Uhr morgens;
- das wiederholte Wachrütteln eines Haftinsassen mitten in der Nacht zur Fortführung eines Verhörs;
- das Nichtauswechseln einer Matratze, auf die der Haftinsasse urinierte;
- das ausschliessliche Anbieten, nebst vegetarischer Kost, eines Fleischmenus mit Schweinefleisch;
- das Brennen grellen Lichts während der ganzen Nacht;
- der Entzug von Suchtmitteln (Zigaretten, Alkohol, Videospiele) und deren Inaussichtstellung im Falle der Kooperation;
- die Inhaftierung in fensterlosen Räumen.

Ob diese Massnahmen eine Form menschenunwürdiger Behandlung oder gar Folter sind, kann nicht klar und für alle Fälle im Voraus gesagt werden. Erst kontextuell kann geklärt werden, welche der genannten Massnahmen Folter oder anderweitig eine menschenunwürdige Behandlung sind.[1681] Es kommt auf die Verhältnisse an. Die deontologische Lösung verkennt dies. Soweit sie angesichts solcher Fragen direkt zur Vermutung schreitet, das Verbot der Folter (oder jenes grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) sei eingeschränkt, vernachlässigt sie eine zwingende Ingredienz des vollständigen ethischen Diskurses: die Abklärung, worum es denn überhaupt geht. (Gleiches gilt, wenn einfach ausgeschlossen würde, dass solche Massnahmen jemals Folter sein könnten).

1680 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 366; Nettesheim, 81.

1681 Vgl. Herdegen, Menschenwürde im Fluß, 773; Herdegen, Art. 1 Abs. 1, N. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vielleicht hängt die Vagheit der Begriffe mit der Sehnsucht nach der strikten Anwendbarkeit der Regel zusammen; diese lässt sich eher erfüllen, wenn auf mühevolle Differenzierungen zugunsten von Postulaten verzichtet wird. Einfachheit muss nicht schlecht sein, denn sie schont Ressourcen. Problematisch wird sie aber dort, wo die bequemere Lösung automatisch in allen Höchstgüterkollisionen vorgezogen wird. Hier ginge die Präferenz für das Einfache mit ihrer charakteristischen Schwäche einher: mangelnde Ausgewogenheit.[1682]

b. Missachtung des Kriteriums grosser Schmerzen oder Leiden

Wenn ein Verhalten, das bislang nicht als Folter galt, neu unter den Begriff der Folter subsumiert werden soll, ist eine akribische Begründung erforderlich. Wer die Schmerzandrohung als Folter betrachtet, muss daher darlegen, inwieweit die Androhung von Schmerzen grosse körperliche oder psychische Leiden bewirke.

Der Nachweis dürfte dort kaum möglich sein, wo die Realisierung der Drohung vom Bedrohten durch Beendigung des strafwidrigen Angriffs auf das Leben Dritter frei verhindert werden kann. Wenn ein Täter infolge der Drohung grosse Schmerzen empfindet, obwohl er deren Umsetzung verhindern kann, liegt dies eher an aussergewöhnlicher Sensibilität als an der erwartbaren affektiven oder sensorischen Intensität des tatsächlich durch blosse Worte zugefügten Leids.

Ob etwas Schmerz erzeugt, ist nicht eine bloss subjektive Frage, auf die es keine objektive Antwort gäbe. Die Schmerzintensität lässt sich empirisch durch Prüfung der Aktivität der relevanten Hirnareale bemessen.[1683] Das Erleiden von Schmerzen (durch das Tun von Mitmenschen oder aus anderen Gründen) ist überdies eine wohl verbreitete Erfahrung des menschlichen Daseins, sodass auch einfache statistische Erhebungen (Befragungen) zu wertvollen Erkenntnissen führen könnten. Folglich liessen sich quantitativ und qualitativ fundierte Erfahrungswerte etablieren.

Auch aus dem Strafrecht sind verwertbare Differenzierungen bekannt. Handlungen, die mangels Intensität der Verletzungswirkung nicht einmal

---

1682 Vgl. Montaigne, Sur la cruauté, 54: „que la vertu refuse la facilité pour compagne et que cette voie douce, aisée et déclive par où se conduisent les pas [bien] réglés d'une bonne inclination de nature n'est pas celle de la vraie vertu".

1683 Vgl. Iannetti/Mouraux, From the neuromatrix to the pain matrix (and back), in: Experimental brain research, Bd. 205/1 (August 2010), 1–12.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den objektiven Tatbestand der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) erfüllten, sind mangels Bewirkung schwerer Schmerzen oder Leiden keine Folterhandlungen. Eine einfache Ohrfeige, die strafrechtlich nur als Tätlichkeit einzustufen wäre (Art. 126 StGB)[1684], wäre etwa von Beginn an nicht geeignet, grosses Leiden zuzufügen und damit den Foltertatbestand zu erfüllen. Gleiches gilt in der Regel für leichte Fälle der einfachen Körperverletzung (z.B. einem die Gesundheit des Betroffenen nicht gefährdenden, aber im Augenblick schmerzhaften Faustschlag), bei welchen der Richter die Strafe mildern könnte (Art. 123 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 48a StGB). Die grosse Schwere der zugefügten Schmerzen oder Leiden ist hingegen vermutungsweise bei Handlungen erreicht, für die eine Strafmilderung nicht vorgesehen ist; also solchen, die dem objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) oder der einfachen Körperverletzung unter Ausschluss der leichten Fälle (Art. 123 Abs. 1 [ohne Satz 2] und Abs. 2 StGB) entsprechen. Also etwa bei Zufügung von Schmerzen, die nicht schnell abebben, beim Gebrauch gefährlicher Objekte oder bei Wehrlosigkeit des Betroffenen; und in jedem Fall dort, wo die verletzende Handlung zugleich lebensgefährdend war oder es zur bleibenden Entstellung des Gesichts oder irreversiblen Schädigung der Gesundheit oder des physischen Wohlbefindens kommt.[1685] Forderte man mit dem EGMR und einem Teil der Lehre gar die Zufügung schwerster oder sehr schwerer Schmerzen oder Leiden[1686] (was nicht notwendig ist), könnten wohl nur Handlungen die Schwelle zur Folter erreichen, deren Verletzungswirkung dem objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) entspräche.

Die Prüfung der Intensität der zugefügten Schmerzen oder Leiden ist zur Klärung der Frage, ob Folter vorliege, unverzichtbar. Würde man diesbezüglich auf Differenzierungen und damit auf das Erfordernis der Zufügung grosser Leiden verzichten, wäre das Folterverbot so etwas wie ein zweites Willkürverbot, das diverse Formen klar unverhältnismässiger

---

1684 Vgl. BGE 134 IV 189 E. 1.2; Dupuis u.a., Petit commentaire du Code pénal, Basel 2012, Art. 126 StGB, N. 4–6.

1685 Zur schweren Körperverletzung siehe: A. Roth, BS-Komm. StGB, Art. 122 StGB, N.4 f.

1686 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58; Biaggini, BV, Art. 10 N. 26; EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90 „As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should […] attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing *very serious and cruel suffering* [m.H.]" (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gewaltanwendung verbietet (besonders gegenüber Personen, die wehrlos sind). Es verlöre dadurch seinen eigenständigen Sinn.

c. Missachtung der Rechtsgleichheit

Vor allem dort, wo Höchstgüter der Rechtsordnung kollidieren, muss schon aus Gründen der Rechtsgleichheit stets mit höchster Vorsicht und unter Berücksichtigung der Partikularitäten des Einzelfalls geprüft werden, ob die kollisionslösende Intervention wirklich eine Form von Folter oder anderweitig menschenunwürdigen Verhaltens wäre. Es für jede ungewöhnliche, jede harsche Verhörstrategie zu vermuten, überzeugt nicht. Die These, man dürfe bei Würde-Würde-Kollisionen nicht abwägen (sondern müsse die Abwehrseite priorisieren)[1687], ist sicher gut gemeint, ebnet im Resultat aber systematischer Rechtsungleichheit den Weg.[1688] Es ist nicht so, dass die Priorisierung jeden treffen könnte (solch rotierende Ungleichheit wäre erträglich): Wie der vorliegende Fall illustriert, zählt nur eine gewisse und sehr seltene Kategorie Störer zu den potenziellen Nutzniessern des Vorrangs des Verbots würdeberührender aggressiver Rettungsmittel vor sämtlichen noch so gewichtigen Pflichten zur Verhinderung von Menschenwürdeverletzungen.

d. Implizite Verharmlosung der Folter

Gleichzeitig führt die Ausdehnung der Verbote der Folter und grausamer und unmenschlicher Behandlung auf Handlungen, die kein grosses Leiden erzeugen, zur Verharmlosung wirklich grausamer, unmenschlicher Handlungen und potenziell zu einem Verlust an Glaubwürdigkeit des Grundrechtsgaranten. Die Überdehnung des Schutzbereichs des Verbots der Folter und der anderen menschenunwürdigen Behandlungen zöge Folgen nach sich, die dem besten Wohl aller Betroffenen abträglich sind. Auch aus diesem Grund ist die skizzierte deontologische Argumentation als ungeeignet zurückzuweisen.

Das gilt ganz besonders für die Theorie, jede Androhung von (schweren) Schmerzen sei selbst Folter oder eine unmenschliche Behandlung.

1687 So auch Amnesty International, Themenbericht, 4.

1688 Gegen ein Abwägungsverbot auch Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1167 und 1246.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorbehaltlich besonderer Umstände ist die blosse Androhung von Schmerzen in ihrer Wirkungsintensität weit von Folter entfernt. Wer das Folterverbot vor Relativierungen schützen will, sollte die Androhung von Schmerzen strikt von Folter unterscheiden, soweit sie nicht ausnahmsweise und auf rational nachvollziehbare Weise grosses psychisches Leid schafft (so womöglich bei gezielter und wiederholter Ausnützung von Phobien).[1689] Alles andere beschädigt, da verharmlosend, die Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates. Selbstredend ist damit nicht gesagt, die Androhung von Schmerzen sei unproblematisch. Grundrechtsstrategisch ist es richtig, sie als Einschränkung der körperlichen oder psychischen Integrität anzusehen, die in aller Regel unzulässig ist. Denn durch die Drohung mit (verbotener) Schmerzzufügung manövriert sich der Staat womöglich in eine Lage, in der er entweder diese Schmerzen tatsächlich zufügen oder sich selbst widersprechen muss – und in beiden Fällen seine Glaubwürdigkeit beschädigte.

Es spricht somit eine „Klugheitsregel" gegen die Androhung von Folter und ähnlicher Übel. Soweit die Androhung grosser Leiden in Ausnahmefällen ein geeignetes Mittel sein könnte, schweres Übel wie die Ermordung eines wehrlosen Kindes zu verhindern, ist jedoch unersichtlich, warum es der Diskussion ganz entzogen werden sollte.

e. Verkannte Gründe der Unantastbarkeit

Die deontologische Lösung schöpft im Versuch, rigoristische Verbote aggressiver Rettungsverhöre zu begründen, aus nicht überzeugenden Quellen: Die Regelethik ist nicht schlüssig. Folglich ist es auch nicht die nur mit ihr begründbare rigoristische Unantastbarkeit der Menschenwürde.[1690]

Obwohl jeder Rigorismus Stärke vortäuscht, fehlt es rigoristischen Thesen gerade daran: Zu sehr hängen rigoristische Ansätze vom Glauben in unhinterfragte und vermeintlich unhinterfragbare Postulate ab. Damit sind auch die Normen, die sie gerade stützen sollen, von diesem Glauben abhängig.[1691] Wenn plötzlich ein regelstiftendes Postulat aufgrund eines

---

1689 Etwa so, wie man das Werfen eines *Molotows* vom *Holocaust* unterscheiden soll, was aber die Echo-preisgekrönten Rapper Kollegah und Farid Bang nicht taten; siehe zur sich daran entzündenden Kontroverse: Die Welt 25.4.2018, Aus für den Echo: Kollegah und Farid Bang sind doch zu etwas gut, abgerufen auf <www.welt.de/kultur/pop/article175825009> (zuletzt am 12.6.2018).

1690 Siehe Teil 2, C.V.3; zur Kritik der Regelethik zudem Teil 3, B.III.

1691 Vgl. Erb, Nicht Folter, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wandels der Sitten einem anderen den Platz räumt, kann das deontologische System ganz anders gelagerte, aber ebenso kategorische Regeln hervorbringen; etwa das Gebot, jeden erdenklichen gewaltsamen Rettungsversuch zur Befreiung von Geiseln zu unternehmen.[1692] Denkbar wäre ein Rückfall in ein System von „Auge um Auge" oder Blut und Ehre; oder in die kriegerische Logik der Postulate *Krishnas* in der Bhagavad Gita.[1693] Das ist der archaische Schatten über einer derzeit eher humanistischen Regelethik.

Das Problem liegt letztlich auch darin, dass die Gründe für die begehrte Unantastbarkeit am falschen Ort gesucht werden. Solange die Begriffe der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht restlos geklärt sind[1694], können hieraus jedenfalls nicht ausschliesslich apriorische Gebote und Verbote fliessen. Daher ist eine Begründung der unbedingten Geltung der Verbote allein auf Basis der pragmatischen Unantastbarkeit nicht möglich; dies würde eine Prognose erfordern, wonach das normrelevante Verhalten in nahezu allen künftigen Fällen unhaltbar wäre.[1695] Wegen der Normstruktur der Verbote menschenunwürdigen Verhaltens muss die Auseinandersetzung mit der Verhältnismässigkeit teilweise im Rahmen der Frage stattfinden, ob überhaupt Folter oder eine anderweitige menschenunwürdige Behandlung vorliege.

f. Widersinniger Relativierungsvorwurf

Wer eine Höchstnorm anwenden will, muss eine verständliche Höchstnorm finden oder eine solche begreifbar machen. Hochrangiges Recht darf sich nicht (wie man es bisweilen vorzuschlagen scheint) damit begnügen, als Illusion möglich zu sein[1696], die mit der ontologischen Realität in fast stolzer Weise kontrastiert. Daher leidet der Versuch, jede Hinterfragung der deontologischen Prämissen als „Relativierung" (i.S.v.

1692 Vgl. Arendt, Über das Böse, 95.
1693 Dazu vorne, Teil 3, B.II.1; zu Krishnas Deontologie auch: Sen, Justice, 215 f.
1694 Vgl. Teifke, 67 f., betr. des teilweisen Festsetzungsgehalts der Menschenwürde.
1695 Dazu Teil 2, C.V.4.
1696 Siehe: Krasmann, Folter im Recht, 233: Der Rechtsstaat könne eine Illusion sein, wenn man die „Illusion weniger als Gegensatz zur Wahrheit, nämlich als Täuschung, begreift, als vielmehr im Gegensatz zur Realität im ontologischen Sinne. Der Rechtsstaat existiert nicht an sich, aber er existiert in unserer Vorstellung."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einschränkung) der Menschenwürde zu definieren, an einer logischen Schwäche.[1697] Die Definition der Schutznormen ist nur dann eine „Relativierung" des Schutzgehalts, wenn zuvor eine anerkannte und konkrete Definition bestand, von der im Rahmen der erneuten Differenzierung zugunsten einer engeren Definition abgewichen würde. Nur was allgemein in der Kommunikationspraxis oder in Urteilen nationaler und internationaler Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte als Folter anerkannt ist, ist (im Vergleich zum anerkannten Stand) einschränkbar und insoweit „relativierbar". So wäre ein engagiertes Plädoyer für den gelegentlichen Einsatz der Daumenschraube durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden eine Relativierung des Folterverbots, weil dieses Mittel klar als Folter gilt. Wer aber in harschen Haftbedingungen oder unangenehmen Verhörmitteln, die bislang in der Regel nicht als Folter eingestuft wurden, keine (oder nur bei grober Unverhältnismässigkeit) Folter sehen will, relativiert nicht das Folterverbot.

g. Unbegründbarer absoluter Vorrang der Würde vor dem Leben

Der Fall des aggressiven Rettungsverhörs lässt sich verkürzt darstellen als Kollision der Würde von Grau mit dem Leben des Kindes. Spielte die Würde des Kindes keine Rolle, liesse sich sagen, der Konflikt sei aufgrund eines Vergleichs der beiden Rechtsgüter lösbar. Wer meint, die Menschenwürde gehe dem Leben stets vor *und* umfasse das Verbot blosser Schmerzandrohungen, kann folgern, der Versuch der Rettung des von Grau entführten Kindes sei zu unterlassen.

Allein, solch ein Argument widerspricht typischen persönlichen Wertpräferenzen: Nur wenige nicht des Lebens überdrüssige Menschen würden ihr Leben aufgeben, um einer vorübergehenden Einschränkung der Würde zu entgehen. Warum sollte es, wenn die drohenden Einschränkungen zwei unterschiedliche Personen treffen, nun plötzlich fair sein, jene Einschränkung zuzulassen, die von nahezu allen Menschen als schwerwiegender empfunden würde? Die Frage ist rhetorisch gemeint. Nachfolgender Fall möge es illlustrieren:

> *Scharfschützenmoral*: Nach einer Geiselnahme wird Gold, der Anführer von zwei Geiselnehmern, durch die Polizei gestellt. Daraufhin droht Silver mit der Ermordung der Geiseln. Die Polizei hat zwei Möglichkei-

1697 Vgl. Trapp, Folter, 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten, die Geiseln zu retten: Ein Scharfschütze erschiesst Silver. Oder die Polizei bringt Gold durch Androhung schwerer Schmerzen dazu, Silver zum Abbruch der Tat zu bewegen. Vorausgesetzt, beide Mittel sind gleich wirksam: Was ist zu tun?

Unproblematisch wäre die Tötung offensichtlich nicht, obwohl sie (unter der Prämisse der Höchstrangigkeit der Würde) das „letzte Mittel" ist und der finale Rettungsschuss daher erlaubt sein sollte. Muss die Polizei Silver töten, nur weil die Androhung von Schmerzen als Instrumentalisierung des Betroffenen überhaupt nie infrage kommen soll? Wenn man irgendwo mit dem Offensichtlichen argumentieren darf, dann hier. Die Tötung ist evident unvertretbar. Bleibt nur (ist die Billigung der Ermordung der Geiseln ausgeschlossen) die Androhung schwerer Schmerzen gegen Gold.

Der Fall legt die Schwäche des absoluten Verbots der Androhung von Schmerzen bloss. Es zeigt, dass ein absoluter Würdevorrang zu stossenden Ergebnissen führt, wenn man vom weiten Schutzbereich der Menschenwürde ausgeht und diese gar dem Leben strikt vorziehen will.[1698] Dies gilt namentlich mit Blick auf Arten der Behandlung des Menschen als blosses Objekt[1699], mit denen keine besonderen Schmerzen oder Leiden einhergehen.

Auch die Positivierung der Menschenwürdegarantie lässt nicht auf ihren strikten Vorrang schliessen. In der BV war eine solche Superwürde gerade nicht vorgesehen.[1700] In der bundesgerichtlichen Praxis zählten traditionell das Lebensrecht und die persönliche Freiheit zu den höchsten Individualgütern.[1701] Trotz des Einflusses der deutschen Dogmatik, die sich auf eine in Art. 1 Abs. 1 GG angelegte Höchstrangigkeit der Menschenwürde abstützen kann, sind in der Schweizer Lehre kaum Stellungnahmen zugun-

1698 Vgl. mit umfassender Begründung auch Trapp, Folter, 157 ff.

1699 Was z.T. auch in der Schweizer Lehre als immer menschenwürdewidrig angesehen wird, vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 335c; ferner Tschentscher/Lienhard, Grundriss, N. 232.

1700 BBl 1997 I 1, 141: Art. 7 BV nennt die Würde nicht „unantastbar", da dies den „Eindruck erwecken [könnte], der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspräche. Darüber hinaus ist kein anderes Grundrecht derart absolut gefasst, nicht einmal das Recht auf Leben."

1701 Für die Bedeutung des Lebens: BGE 98 Ia 508 E. 4a, 514; für die persönliche Freiheit etwa: BGE 97 I 45 E. 3, 50: „Die persönliche Freiheit gehört zum Kreis der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte", m.H.; die Menschenwürde war zu dieser Zeit nur von objektivrechtlicher Bedeutung: BGE 90 I 29 E. 3c, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten des strikten Vorrangs der Würde vor dem Leben anzutreffen.[1702] Ein pauschaler Vorrang der Menschenwürde wäre auch normlogisch wenig plausibel, da die Schutzbereiche des Rechts auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Menschenwürde (Art. 7 BV) sich in vieler Hinsicht überschneiden.[1703] Die persönliche Freiheit bezeichnete das Bundesgericht früher als unverjährbares und unverzichtbares Recht, das zur Aufgabe habe, die Würde zu gewährleisten.[1704] Das Recht auf Leben, schrieb es einmal, schütze den Menschen „in der ganzen Vielfalt seiner Erscheinungen, unbekümmert darum, wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mögen", denn es gibt „kein lebensunwertes menschliches Leben."[1705] Die Wortwahl des Bundesgerichts verrät, dass es allen drei Grundrechten um elementare Aspekte der Lebensqualität und um Grundbedingungen des als lebenswert erlebten Daseins geht.

Aus all dem folgt nicht, ein unbedingtes Folterverbot (das selbst dem Lebensrecht vorgehe) sei undenkbar: Es ist möglich und begründbar, solange das Folterverbot nicht künstlich aufgebläht wird.[1706] Dass hier von der Höchstrangigkeit des Rechts auf Leben sowie von jener der Menschenwürde gesprochen wird, bedeutet eben auch, dass der Lebensschutz nicht immer der Menschenwürde vorgeht. Das hat mehrere Gründe:

Wie es mehr oder weniger schwere Würdeverletzungen geben kann, gibt es auch unterschiedliche Grade der Einschränkung des Lebensrechts: Nicht jede Schaffung oder Nichtbeseitigung einer gewissen Lebensgefahr ist inakzeptabel; und nicht jedes Mittel (z.B. Menschenversuche) oder

---

1702 So allenfalls Mahlmann, Grundrechtstheorie, 182 ff.; vgl. Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 11, wonach das Gebot zum Respekt des Lebens (anders als die Menschenwürdegarantie) nur den Charakter einer Prima-facie-Norm habe. Aus der deutschen Dogmatik etwa: Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, 387: „Grundfeste und meta-positive Verankerung der grundgesetzlichen Ordnung"; vgl. Bielefeldt, Ethos, 31.

1703 Vgl. Fonk, Christentum, 48: „Zu den ältesten uns bekannten Menschenrechten gehören die Freiheitsrechte, das heißt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Persönlichkeit. […] Sie bezeichnen unbedingte Unterlassungspflichten, […]. Jeder Versuch, sie zu relativieren, greift den unaufgebbaren Schutzraum an, der um der Möglichkeit der freien Selbstbestimmung eines jeden Menschen willen unbedingt zu achten ist."

1704 BGE 90 I 29 E. 3c, S. 37: Die persönliche Freiheit sei ein „droit constitutionnel inaliénable et imprescriptible" und als solches sei sie „destiné[] à garantir la dignité humaine, ce qui est le propre de la liberté individuelle."

1705 BGE 98 Ia 508 E. 4b, 515.

1706 Dazu hinten, Teil 4, C.IV.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jeder Aufwand (teuerste Medikamente[1707]) ist zur Rettung von Menschenleben gerechtfertigt. Das hat wiederum mit dem Prinzip der Lebensdienlichkeit zu tun: Die Duldung von Gefahren, mit denen der Mensch umzugehen lernt und die ihn dabei in der Regel stärken, ist insgesamt lebensdienlicher als die Gewöhnung des Menschen an ein surreales Leben im risikofreien Vakuum. Eine Erkenntnis, die Nietzsche hervorzuheben nie müde wurde.[1708] Ferner kann zugunsten des Vorrangs der Würde vor dem Leben in bestimmten Konstellationen sprechen, dass die Berechtigung zu aggressiven Zwangsmitteln mit grösseren Missbrauchsrisiken einhergeht als die Berechtigung zu Tötungen, etwa im Rahmen eines finalen Rettungsschusses. Wer die Macht über einen lebenden Menschen hat, ist in der Lage, diesen zu unterschiedlichen Handlungen zu nötigen: Er kann dazu gebracht werden, sich selbst zu verleugnen, seine Angehörigen zu verraten, sein Vermögen abzutreten oder sich einer Sache schuldig zu bekennen, an der er keine Schuld trägt. Die Verletzlichkeit des Gequälten dauert im Unterschied zur Verletzlichkeit des Getöteten an. Auch in dieser überaus düsteren Hinsicht mag es pragmatische Gründe geben, derentwegen Verletzungen der Menschenwürde schwerer wögen als Tötungen.

Kurz: Das Leben ist nicht prinzipiell weniger wertvoll als die Menschenwürde; und die Würde weicht nicht automatisch vor dem Leben zurück. Massgeblich sind jeweils konkrete Folgenerwägungen.

h. Unbegründbarer Vorrang der abwehrrechtlichen Würde

Im besprochenen Fall der aggressiven Rettung stellt sich nicht nur die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Menschenwürde und dem Recht auf Leben, sondern auch die nach dem Konflikt der Würde gegen die Würde (weil das entführte und zu rettende Kind sich in einer Lage befindet, die mutmasslich menschenunwürdig ist). Um den Fall trotz rigoristi-

---

1707 Siehe insb. BGE 136 V 395, der *Myozyme*-Entscheid, und dazu Teil 2, B.V.4.

1708 Nietzsche, FW, N. 12: „Das letzte Ziel […] sei, dem Menschen möglichst viel Lust und möglichst wenig Unlust zu schaffen? Wie, wenn nun Lust und Unlust so mit einem Stricke zusammengeknüpft wären, dass, wer möglichst viel von der einen haben will, auch möglichst viel von der andern haben muss [?]"; ders., Morgenröthe, N. 343: „Aber Eins ist gewiss: ihr werdet niemals die Reise um die Welt (die ihr selber seid!) machen und in euch selber ein Zufall und eine Scholle auf der Scholle bleiben!"; ders., FW, 5B, N. 349, wonach der Selbsterhaltungstrieb Ausdruck einer Notlage sei und daher nicht Mass-stab des Lebenswillens ist.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scher Annahmen lösen zu können, wird plädiert, die Unantastbarkeit der Menschenwürde beschränke sich auf die abwehrrechtliche Menschenwürde und damit auf die Unterlassenspflicht des Staates. Hierzu sei lediglich auf die vorne begründete Erkenntnis verwiesen, wonach eine solch einseitige Priorisierung der abwehrrechtlichen Menschenwürde in der positivierten Grundrechtsordnung keine Grundlage hat (siehe Art. 7, Art. 8 Abs. 1, Art. 12, Art. 25 und Art. 35 BV) und zurückzuweisen ist.[1709]

3. Betroffenheit der Würde aller Menschen?

Eine Möglichkeit, den Verzicht auf aggressive Rettungsmittel zu begründen, besteht darin, die durch die Intervention betroffenen Interessen als Ausdruck eines grösseren Ganzen zu präsentieren und zu suggerieren, das Ganze stünde auf dem Spiel. Im hier diskutierten Fallbeispiel hiesse dies, die Einschränkung der Würde des Grau sei unweigerlich auch eine Einschränkung der Würde aller Menschen.[1710] Dieser (bereits vorne eingehend kritisierte[1711]) Begründungsansatz, der eine weltweite betroffene Menschenwürde aus einer konkreten Würdeeinschränkung konstruiert, ist populär.[1712] Wäre die metaphysische Prämisse des Arguments richtig, wäre dieses Argument fast omnipotent: Sogar sehr geringfügige Einschränkungen der Unversehrtheit, die strafrechtlich höchstens der Tätlichkeit (Art. 126 StGB) zugeordnet würden, wögen als Instrumentalisierung des Betroffenen schwerer als nichtverhinderte Morde. Denn was ist das Leben

---

1709 Siehe auch vorne, Teil 2, B.IV.4.c.

1710 La Torre, Tortura y Derecho, 36: Ein Angriff auf die Würde eines Menschen sei ein Angriff auf die Würde aller Menschen; wer Juan die Würde entziehe, greife zugleich die Würde des José an, und wer Juan versklave, nehme auch José den unberührbaren Kern der Freiheit, obwohl José sich noch frei bewegen könne. Vgl. Minkmar, Folter bei der CIA (FAZ): „Folter verrät die Solidarität aller Menschen vor dem Tod".

1711 Vorne, Teil 3, B.III.3.b. Das Argument geht zurück auf: Kant, MdS, AA VI, 423; vgl. Kant, GMS, AA IV, 429; vielleicht auch auf: Bibel, Matth. 25/40: „Was ihr getan habt einem von diesen meinen geringsten Brüdern, das habt ihr mir getan."

1712 Selbst auf informellen deutschsprachigen Internetforen ist das Argument anzutreffen, so auf Allmystery, <.allmystery.de/themen/ph109397–14> (zuletzt abgerufen am 12.3.2016), wo jemand vom „Eingriff in die Rechte aller" spricht, „dass sie nicht hinnehmen müssen, dass der Staat sie rechtmäßig foltern darf"; und: „Folter ist nicht nur ein Eingriff in die Menschenrechte der Gefolterten. Es ist ein Eingriff in die Menschenrechte aller Bürger."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Wenigen verglichen mit der Würde überhaupt? Sarkasmus beiseite, solange keine Kausalketten für einen solchen Effekt der Weltbetroffenheit nachgewiesen sind, ist von problematischer[1713], die Fallbeurteilung verfälschender Metaphysik auszugehen. Ein Mitbetroffensein der ganzen Menschheit bei punktuellen Würdeverletzungen ist kausal unmöglich. (Zum Vergleich: Die vertraulich geäusserte Religionskritik verletzt nicht die religiösen Gefühle jener Gläubigen, die von dieser Kritik nichts wissen.)

Kurz: Das Abstellen auf rein fiktive Folgen zur Begründung der Kollisionslösung hat nichts mit Folgenethik zu tun; man kann das Argument vielmehr als pseudokonsequentialistisch einstufen und entsprechend zurückweisen. Anders verhält es sich, wo konkrete Nachwirkungen einer Würdeeinschränkung eine Bedrohung für andere Menschen bedeutete.[1714] Das wäre ein konsequentialistisches Argument. In dem Sinne kann eine Ungerechtigkeit gegen eine Person zugleich eine Bedrohung gegen alle (jedenfalls gegen zahlreiche) Personen sein.

4. Kritische Betrachtung der Dammbruchargumente

a. Wesen von Dammbruchargumenten

Dammbruchargumente setzen auf die Vorstellung, aus für sich allein betrachtet kleineren Übeln würden (je nach Fall schrittweise oder schlagartig, aber in jedem Fall zwingend) geradezu katastrophale Folgen resultieren. Also müsse man zwingend das nur scheinbar kleine Übel unterbinden.

Mit solchen Argumenten (im angloamerikanischen Diskurs spricht man bildhaft von: *slippery slope*) lässt sich etwa postulieren, jegliche noch so begrenzte Zulassung der Abtreibung und jede denkbare Form der Hilfe zum Freitod seien völlig inakzeptabel, da damit der Wert des Lebens und die Würde zur Disposition gestellt würden, woraus eine stetige Ausweitung des Zulässigen resultiere – etwa in Form von Abtreibungen kurz vor der Geburt oder einem institutionalisierten Drängen zur Selbsttötung

---

1713 Das Argument bedient ein Einheitsgefühl, das auch ein Merkmal völkischer Denkart war: Schwarz, Nationalsozialismus, 6 „Ein überindividuelles Einheitsleben wird da in jedem von uns existent, das ebenso in allen anderen, die völkisch erleben, existent wird."

1714 Vgl. dazu die Ausführung zum Dammbruchargument, hinten, Teil 4, C.III.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

randständiger Menschen.[1715] Auf die „Rettungsfolter" bezogen, liesse sich argumentieren: Wer anfänglich eng begrenzte aggressive Verhörmittel ausnahmsweise zulasse, billige, dass sich diese verfügbaren aggressiven Verhörmittel fortan neue Anwendungsbereiche erobern und immer aggressivere Mittel salonfähig würden. Damit resultierte aus der Legitimierung einer für sich alleine vielleicht noch erträglichen Massnahme eine Katastrophe.[1716]

Obwohl Dammbruchargumente in der Debatte zur „Rettungsfolter" oft plausibler sind als das Argument der Betroffenheit der Würde aller Menschen, sind sie nicht bedingungslos überzeugend:

b. Bedingung überzeugender Dammbruchargumente

Dammbruchargumente leben von der Tatsache, dass Menschen Fehler machen: Sie handeln nachlässig, täuschen sich, missbrauchen ihre Macht. Je geringer man die ethische Integrität und Verlässlichkeit des Menschen schätzt, je eher man es den Behörden zutraut, die durch Billigung gewisser Mittel verliehene Macht zu missbrauchen, desto eher besticht die Begründung umfassender Verbote mithilfe des Dammbruchargumentes.[1717] Etwas

---

1715 Vgl. Fenner, Sterbehilfe, 62 ff., zu Recht kritisch zu solchen Argumenten, das Argumentieren mit der Euthanasie der Nazis als „Totschlagargument" bezeichnend.

1716 Vgl. Krasmann, Folter im Recht, 233; Lamprecht, Darf der Staat foltern, 229; Fonk, Christentum, 46; La Torre, Tortura y Derecho, 31: Lasse man zu, dass es auf die Anzahl gefährdeter Leben oder auf Wahrscheinlichkeiten ankomme, dann fielen alle Grenzen hinweg und es sei fortan möglich, auch Unschuldige und Kinder zu foltern sowie zu töten, zu vergewaltigen (etc.). Siehe auch: The Economist, 9.1.2003, Is torture ever justified?; vgl. Gruen, Verlust des Mitgefühls, 134 f.: „Und selbstverständlich werden durch Folter jene Geständnisse erpresst, die zur Aufrechterhaltung dieses Gefüges notwendig sind. Folter wird dadurch zu einer Selbsterhaltungsmassnahme eines Gesellschaftssystems, das sich in Wahrheit immer nur selbst belügt und seine Lüge mittels entsprechender Massnahmen perpetuiert."; vgl. Constant, effets de la terreur, (15-)17: Wenn Hinrichtungen und Folter (die Werkzeuge der *Terreur*) zu vermeintlich legitimen Zwecken legalisiert würden, könnten dereinst „Terroristen" unter dankbarer Nutzung der legitimierenden Argumente darauf zurückgreifen.

1717 Siehe dazu auch Zalten, Pflichtbegriff, 133: „Ein ideengeschichtlicher Hintergrund für den Rigorismus […] kann in der stoischen Grundhaltung Kants […] sowie in der Erbsündenlehre Luthers gesehen werden, wonach der Mensch in seiner 'Natur' total verdorben sei."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pessimismus, zumindest was das Verhalten von Menschen in Krisenzeiten und unter autoritärem Einfluss anbelangt, ist wohl durchaus angezeigt.[1718]

Wer einen Dammbruch anmahnt, beklagt, dass eine Massnahme ungeachtet eines allfälligen kurzfristigen Nutzens zu hohe Kosten mit sich führte. Die Glaubwürdigkeit solcher Argumente hängt von der Wahrscheinlichkeit des Dammbruchszenarios ab: Wiegt der probabilistisch gewichtete Eintritt des Dammbruchs schwerer als die Schäden im Falle des Verzichts auf die dammbrechende Massnahme, sollte die Massnahme aus konsequentialistischer Sicht unterlassen werden. Ob ein Dammbruchargument besticht, kann damit nur durch Folgenerwägungen abgeklärt werden. Der drohende Dammbruch muss auf Basis möglichst empirischer Daten und lückenloser Kausalerwägungen plausibilisiert werden.[1719] Dazu ist auf ähnliche Folgen in vergleichbaren Fällen zu weisen. Solange diese Rationalisierung des Dammbruchargumentes nicht erfolgt, sollte im Zweifelsfall von der Irrelevanz von Szenarien ausgegangen werden, die längere Kausalketten voraussetzen und deren Eintritt mit zahlreichen Unwägbarkeiten behaftet sind.

Diese Skepsis rechtfertigt sich angesichts der Erkenntnis aus vergangenen Dammbruchargumenten: Viele noch vor einigen Jahrzehnten vor einer Politikänderung befürchteten „Dammbrüche" sind völlig ausgeblieben. Die Fristenlösung im Abtreibungsrecht hat keinen Forderungen nach einer Freiheit zu späteren Abtreibungen Auftrieb verliehen. Die 1994 als Pilotprojekt eingeführte heroingestützte Behandlung Schwerstsüchtiger hat nicht zur Partizipation des Staates an der Drogenkriminalität und

1718 Daniel Defoe, The History of the Kentish Petition, Addenda, Zeile 11, in: The Shortest Way with Dissenters, and Other Pamphlets, Oxford 1974, 100: „Nature has left this Tincture in the Blood, That all Men wou'd be Tyrants if they cou'd"; vgl. Montaigne, der fürchtete, die Natur selbst habe dem Menschen einen Hang zur Unmenschlichkeit versehen: Montaigne, cruauté, 83. Aus empirischer Sicht ist Milgrams Experiment denkwürdig, das den blinden Gehorsam ordinärer Probanden gegenüber einer vermeintlichen „Autorität" belegt: Milgram, Perils of Obedience, 62: „This is, perhaps, the most fundamental lesson of our study: ordinary people, simply doing their jobs, and without any particular hostility on their part, can become agents in a terrible destructive process. Moreover, even when the destructive effects of their work become patently clear, and they are asked to carry out actions incompatible with fundamental standards of morality, relatively few people have the resources needed to resist authority."

1719 Vgl. Fenner, Sterbehilfe, 64

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu noch mehr Drogenkonsum geführt, sondern die Drogennot (insb. die Heroin-„Epidemie") sichtbar verringert.[1720]

c. Zum empirischen Beleg des Dammbruchs der „Rettungsfolter"

Daher sind auch die seltenen empirischen Indizien auf die Gefahren eines aus der eingeschränkten Legalisierung aggressiver Rettungsmassnahmen resultierenden Dammbruchs vorsichtig zu untersuchen. Bisweilen verbietet die Unterschiedlichkeit der jeweiligen Rechtsordnungen und Gesellschaftsstrukturen direkte Analogieschlüsse.

So mag es sein, dass es in Israel nahezu zum Dammbruch kam, nachdem man den Einsatz „moderaten physischen Drucks" zu Verhörzwecken legalisiert hatte (im Ansinnen, den inoffiziellen Einsatz dieser Mittel gerade einzudämmen).[1721] Allein, die Situation in Israel ist mit jener der meisten europäischen Staaten und der Schweiz nicht vergleichbar, da es hier an einem seit einem halben Jahrhundert bestehenden Konflikt jener Art fehlt, wie er Israelis und Palästinenser belastet. Die hiesigen Behörden bewältigen ihre Schutzaufgaben mit einem ganz anderen historischen Selbstverständnis – sie agieren nicht im Wissen, die (Selbst-)Verantwortung für ein Volk zu schultern, das im Laufe der Jahrhunderte immer wieder verfolgt und zuletzt fast ausgerottet wurde. Verständlich daher, dass man in Israel nicht geneigt ist, einfach auf die Nächstenliebe anderer Völker und auf den ewigen Frieden zu zählen, sondern im Zweifelsfall alles daran setzt, fortan immer wehrhaft zu sein und auf der Seite der Stärkeren zu stehen. Diese Einstellung führt wohl ihrerseits zu gewissen Ungerechtigkeiten, weil man im Bemühen, den erforderlichen Schutz niemals zu versäumen, zu weit zu gehen droht[1722]; sie ist insofern die (soweit man das von aussen überhaupt bewerten kann) nicht in jeder Hinsicht optimale, aber natürliche Einstellung eines Volkes, das um keinen Preis mehr Opfer sein möchte. (In Deutschland, man gestatte, liegen die Dinge vielleicht gerade

---

1720 Zu den Ergebnissen dieser Politik siehe etwa Schaub/Bolliger/Hiltebrand/Dickson-Spillmann, Heroingestützte Behandlung, Veränderung der Klientel in der Schweiz und Review der Kostenanalysen, Zürich 2013, 39 f.; Andreas Frei, Sozioökonomische Bewertung der Versuche zur heroingestützten Behandlung, LeGes 1/2007, 77 ff.; vgl. Uffer, Mobilität, 26, m.H.

1721 Siehe dazu Lamprecht, Darf der Staat foltern, 228 f. m.H.

1722 Unter Traktandum 7 der ständigen Agenda des UN-Menschenrechtsrats werden echte und vermeintliche Ungerechtigkeiten seitens Israels denn auch *ad nauseam* debattiert.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

umgekehrt[1723]: Angesichts dessen, was die Nazis anrichteten, herrscht der Wille vor, nie wieder Täter zu sein; damit geht die Gefahr grosser Zurückhaltung selbst angesichts von Ungerechtigkeiten durch andere einher; vielleicht erklärt das die Beliebtheit eines Instrumentalisierungsverbots, das dem Staat definitionsgemäss nur aktive Formen von Unrecht untersagt, nicht aber das Unterlassen dringlicher Hilfe).

d. Beschäftigung mit Gegendammbrüchen als Ausdruck der Begründungspflicht und des Symmetriegebots

Wenig plausibel sind Dammbruchargumente dort, wo sie nur der rhetorischen Stärkung einer bereits gefassten Meinung dienen. Solche Dammbruchargumente verraten sich daran, dass eine Beschäftigung mit denkbaren Gegendammbrüchen unterbleibt. Gegendammbrüche sind schwerste Gefahren, die sich bei Unterlassen der vermeintlich zum Dammbruch führenden Handlung realisieren könnten.

Am Bild gesprochen: Während die Ursache des Dammbruchs das Herausbrechen einzelner Bausteine aus dem Damm ist, ist Ursache des Gegendammbruchs das Stauen von Wassermengen, welche die Kapazität des Dammes übersteigen.

Welche Gegendammbrüche könnten bei Unterlassung aggressiver Rettungsverhöre drohen? Nicht undenkbar wäre, dass das unregulierte private Sicherheitsangebot aufblühte, wenn die Polizei ihre Rettungsaufgaben nicht erfüllt und der Staat als Grundrechtsgarant die Erwartungen der Gesellschaft enttäuscht; im Extremfall entstünden bewaffnete Bürgerwehren, sodass der Schutz des Bürgers von Personen abhinge, die womöglich nicht fähig oder willens sind, Grundrechte Dritter zu schonen[1724]; auch

---

1723 Diese Beobachtung errät man m.E. bereits bei Arendt, etwa in einem überspitzt formulierten Brief an Blücher vom 14. Dezember 1949, in: Denken ohne Geländer, 226: „Die Sentimentalität bleibt einem im Halse stecken, nachdem sie einem erst in die Kehle gestiegen ist. […] Wahr ist, dass *jeder* gegen den Krieg ist. Das drücken die Zeitungen [von rechts nach links] etwa so aus: Seht Ihr, nun wollt Ihr auf einmal, daß wir Soldaten werden; aber hä, hä, jetzt sind wir gerade Pazifisten. Nicht wahr ist, daß es hier viele Nazis gibt. Sie sehnen sich halt nach Hitlern ohne Krieg zurück".

1724 So Oliver Malchow, der deutsche Bundesvorsitzende der Polizeigewerkschaft, der nach den Ausschreitungen im August 2018 in Chemnitz warnte: „Der Staat ist dafür da, mit Polizei und Justiz seine Bürger zu schützen. Wenn er das in den Augen vieler Bürger aber nicht mehr leisten kann, besteht die Gefahr, dass die Bürger das Recht selbst in die Hand nehmen und auf Bürger-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf weniger extreme Weise könnte das Gewaltmonopol des Staates Brüche erleiden – so etwa, wenn wohlhabende Angehörige entführter Personen von Beginn an nicht auf die Dienste des staatlichen Sicherheitsapparats setzten, sondern auf private Anbieter.

Es sind somit Schlimmstszenarien auf beiden Seiten der Kollision vom Typus des aggressiven Rettungsverhörs erdenkbar. Solange solche Dammbruchargumente nicht empirisch plausibilisiert wurden, ist vorsichtshalber davon auszugehen, dass sie sich ungefähr die Waage halten.

5. Problem der Kollisionsleugnung

Bisweilen wird von der Kollisionsunfähigkeit der Menschenwürde und der von ihr geprägten spezifischen Normen ausgegangen. Die Menschenwürde oder das Folterverbot könnten demnach *ex hypothesi* gar nicht erst in ernste Konflikte mit anderen Grundrechten geraten. Folglich käme es nie zur Kollision der Menschenwürde des Entführers mit jener des Kindes.[1725]

In diese Richtung zielen auch Versuche, die Achtung der Menschenwürde „kategorial auf einer anderen Ebene" (als jene anderer Grundrechte) festzumachen.[1726] Ist die Menschenwürde kein gewöhnliches Rechtsgut, sondern eine über jeden Vergleich mit anderen Normen erhabene Entität, dann kann sie so wenig kollidieren wie zwei Fahrzeuge auf unterschiedlichen Etagen eines Parkhauses.

---

wehren und Selbstjustiz bauen.", so auf: <https://amp.welt.de/politik/deutschland/article181332804/Ausschreitungen-in-Chemnitz-Polizeigewerkschaft-GdP-warnt-vor-Selbstjustiz.html> (zuletzt abgerufen am 29.8.2018).

1725 Siehe Wolbert, Folter, 17; Amnesty International, Themenbericht, passim; vgl. Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, 67, betreffend Kerngehaltskonflikte: Das Lebensrecht habe keinen Wesensgehalt, weil es nicht „antastbar" sei; es könne nur ganz oder gar nicht eingeschränkt werden. Für die Möglichkeit von Würdekollisionen etwa: Brugger, Vom unbedingten Verbot, 165–173; differenzierend Lamprecht, Darf der Staat foltern, 184 (m.H.) und 226.

1726 Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, 109 f.; vgl. Habermas, Zukunft, 62.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gegen die Strategie, das Problem vermeintlich zu lösen, indem man die Kollision leugnet, sprechen diverse Gründe:[1727]

- Erstens, das Jonglieren mit Definitionen ändert nicht die materiale Interessenlage. Kann in einer Situation nur eines der grundrechtlich geschützten Güter A oder B uneingeschränkt fortbestehen, dann ist die Kollision ein Faktum. Die normative Fiktion, wonach A und B auf zwei Ebenen lägen und überhaupt nicht kollidierten, ändert nichts an der Existenz dieser Kollision der materialen Güter.
- Zweitens verweigert das blosse Postulat, die Menschenwürde kollidiere nicht, die Begründung des strikten Vorrangs der Menschenwürde (des Entführers) vor allen anderen Interessen (inklusive der Menschenwürde des Kindes). Die Erklärung, die Menschenwürde gehe immer vor, weil sie nicht kollidieren könne, ist nämlich ein Zirkelschluss: Die Vorrangigkeit würde mit der Vorrangigkeit begründet, die in der These der Kollisionsunfähigkeit implizit enthalten ist (sonst wäre unklar, wessen Menschenwürde mangels Kollision vorzuziehen sei: jene des Entführers oder jene des Kindes?).[1728]
- Drittens folgte aus der Kollisionsunfähigkeit der Würde nicht, dass ausgerechnet die abwehrrechtliche Würde vorzugehen hätte.[1729] Auf ihrer Basis liesse sich genauso fordern, der Staat dürfe gar nicht erst an die Menschenwürde des Entführers denken, sobald die Menschenwürde eines entführten Kindes betroffen sei. Mit der Folge, dass selbst grausame Verhörmittel mit dem Hinweis „legitimiert" werden könnten, der Schutz der Menschenwürde des entführten Kindes ertrage keine Relativierung.

Die Leugnung der Kollision ist die Weigerung, im Diskurs für die eigene Position Verantwortung zu übernehmen. Man flüchtet sich „vor der Wirklichkeit, die sich dem Recht nicht fügen will, in das rechtliche Ideal, gleich dem Arzt, der sich vor dem Widrigen der Krankheit, die er behandeln soll, ekelt, und sich statt dessen an der Schönheit griechischer Skulpturen

---

1727 Zur Kritik solch rein definitionsbasierter Lösungsversuche: Uffer, Mobilität, 20: „Man spricht einer Gruppe Grundrechtsträger indirekt bestimmte Rechte ab, indem man auf der anderen Seite der Grundrechtskollision ein besonders wertvolles und geradezu unantastbares Recht vorzufinden behauptet."

1728 Vgl. Teifke, Menschenwürde, 153, zum Bemühen, die Menschenwürde aus Grundrechtskollisionen herauszuhalten, indem man ihren Grundrechtscharakter bestreitet: „Daß die Menschenwürde aber auch als bloß objektive Grundrechtsnorm abwägungsfähig sein kann, wird dabei scheinbar verkannt."

1729 Siehe dazu insb. Teil 2, B.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weidet" (Isensee).[1730] Kurz: Die Kollisionsleugnung wird zu Recht oft abgelehnt.[1731]

Um das Ausblenden von Grundrechtskollisionen zu vermeiden, ist es sachgerecht, im Zweifelsfall vorerst von einer Grundrechtskollision auszugehen.

Genauso wie die Leugnung von Kollisionen sollte die These (oder Rhetorik) der Unfähigkeit des Staates zur aktiven Rettung vermieden werden. Dabei wird eine als faktische Möglichkeit existierende Option, die als strikt unzulässig betrachtet wird, nicht etwa als unzulässig, sondern primär als unmöglich beschrieben. So etwa wenn argumentiert wird, der Staat sei bei Szenarien der tickenden Zeitbombe (deren Explosion nur durch Quälen des Bombenlegers verhindert werden könnte) „ausserstande", seine Schutzpflichten wahrzunehmen, und gezwungen zu dulden, dass andere Grundrechte verletzten.[1732] Wo es richtig ist, dass der Staat das „Unmögliche" strikt unterlässt, braucht man die Fiktion der Unmöglichkeit nicht; sie schwächt unnötig das normative Argument, weil der Eindruck entsteht, die fragliche Unzulässigkeit hielte der kritischen Untersuchung im Diskurs nicht stand.

6. Relevanz des Selbstverantwortungsprinzips?

a. Selbstverantwortungs- und Störerprinzip (insb. Art. 6 BV)

Dem Selbstverantwortungsprinzip (oder Störerprinzip) nach müsste man im Falle einer provozierten Grundrechtskollision berücksichtigen, inwieweit Kollisionsbeteiligte für das Entstehen oder Bestehen der Kollision verantwortlich sind.[1733] Dieses Prinzip, für das in Art. 6 BV eine Verfassungsgrundlage gesehen werden kann, führt dazu, dass Menschen die Folgen ihres eigenverantwortlichen Handelns zu tragen haben; bei mutwillig

---

1730 Isensee, Menschenwürde, 193, im Kontext der Besprechung des Entscheids des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz (BVerfGE 115, 118).

1731 So sogar aus eher regelethischer Warte: Lamprecht, Darf der Staat foltern, 230.

1732 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, Rz. 69.

1733 Schmidt, verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 122, zum *Veranlasserprinzip*: „Danach kommt einem risikobehafteten oder rechtlich nicht zu billigenden Verhalten eine geringere *Schutzwürdigkeit* zu. So ist etwa ein Verhalten, dass die Rechtsverletzung herausgefordert hat, weniger schutzwürdig."; Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

provozierter Kollision wohl auch aufgrund von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die Menschenwürde selbst bedingt ebenfalls ein (Selbst-)Verantwortungsprinzip.[1734] Das deutsche Bundesverfassungsgericht betonte dies (obiter dictum) im Entscheid zum Luftsicherheitsgesetz: Der Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs wäre, sind keine tatunbeteiligten Personen an Bord, als Ultima Ratio denkbar. Denn die Flugzeugentführer hätten die Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens herbeigeführt und könnten dieses Eingreifen jederzeit dadurch wieder abwenden, dass sie von der Verwirklichung ihres verbrecherischen Plans Abstand nehmen.[1735]

b. Argumente für die „Rettungsfolter"

Es ist richtig, aus dem Selbstverantwortungsprinzip (und Störerprinzip) herzuleiten, dass eine Kollisionslösung im Zweifelsfall eher zulasten jener Person zumutbar ist, welche die Kollision provozierte. Dies muss besonders dort gelten, wo die Provokation mit rechtswidrigem Verhalten zusammenhängt.[1736]

Gleichwohl ist Vorsicht geboten: Eine Grenze des Verantwortungsprinzips liegt darin, dass pönal motiviertes staatliches Handeln nur zulässig ist, wo die strengen Regeln des Strafrechts (etwa betreffend die Gesetzmässigkeit, ne bis in idem, die Unschuldsvermutung) analog respektiert werden.[1737] Selbst für Täter, die ihrerseits mit Grausamkeiten auffielen, ist eine menschenwürdewidrige Behandlung nicht vorgesehen.[1738] Dies

---

1734 Bieri, Eine Art zu leben, 259: Die Selbstachtung kann man auch verlieren, weil man nicht bereit ist, die Verantwortung für sich und sein Leben zu übernehmen.

1735 BVerfGE 115, 118; 150.

1736 Coninx, Solidaritätsprinzip, N. 1261, unter Verweis auf die Begründung der Strafrechtslehre: „Eine Tötung ist in diesen Fällen [der Notwehr] deshalb legitim, weil der Angreifer seine Tötung dulden muss, das heisst die Konsequenzen seines rechtswidrigen Verhaltens tragen muss, wenn er selbst andere Menschen in rechtswidriger Weise unmittelbar am Leben bedroht. Diese Wertung der Strafrechtslehre erscheint […] gerecht, weil sie im Lichte der Grundsätze des Selbstbestimmungsrechtes getroffen wird."

1737 Vgl. BGE 140 I 2 E. 6.1 – 6.3, 16 ff.; BGE 139 I 72 E. 2.2, 78 ff.; ferner BGE 139 IV 270 E. 3, 275 f.; BGE 102 Ia 28 E. 1b-d, 29 ff.

1738 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gilt erst recht, wenn man nicht an den freien (kausalitätsüberwindenden) Willen des Menschen glaubt, sondern vom (weitgehend) determinierten Wollen und Handeln des Menschen ausgeht. Vorliegend bedeutet dies, dass die Folgen des kollisionsbewirkenden Handelns von Grau nicht seines freien Willens oder gar der strafrechtlichen Verwerflichkeit wegen ins Gewicht fallen. Was aber gerade aus folgenethischen Gründen infrage kommen kann, ist eine entsprechende Lastenzuteilung aus Anreizgründen: Kollisionen dürfen im Zweifelsfall nicht so aufgelöst werden, dass es sich lohnte, die Grundrechtsinteressen anderer Menschen zu schädigen.

Das (Selbst-)Verantwortungsprinzip spielt indes nicht nur zulasten der Störer: Im Falle erwachsener Entführungsopfer wäre die Verantwortung jedes Einzelnen für das eigene Wohl zu bedenken (vgl. Art. 6 BV). Diese hängt auch mit den begrenzten Ressourcen des Staates sowie der Notwendigkeit zusammen, dass der urteilsfähige Mensch lerne, mit Risiken umzugehen und mit Restrisiken zu leben.[1739]

c. Berücksichtigung der (möglichen) Unfreiheit des Täters

Gelegentlich bringen Befürworter aggressiver Rettungsverhöre vor, dem Entführer stünde es frei, durch Kooperation die drohende Befragungsart entbehrlich zu machen. Der Verhörte werde nur zur Kooperation gezwun-

---

1739 Vgl. BVerfGE 49, 89 (142f.), zu den Risiken eines Atomkraftwerks: „Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muß er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewißheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet. Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen, dem Rest könne er entweichen.[1740] Dem Staat könnte dann höchstens eine Verletzung des Rechts des Betroffenen angelastet werden, sich nicht selbst zu belasten (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK).

Dies überzeugt nur bedingt. Wenn die Polizei dazu schreitet, eine Person wie Grau aggressiv zu verhören, lässt sich kaum sagen, dies sei Folge des freien Entscheids von Grau, der die Kooperationsmöglichkeit nicht wahrnahm.[1741] Ein Entführer in der Lage des Grau wird zwar, ist er rational und droht ihm bei Kooperation nichts Schlimmeres, der aggressiven Massnahme durch Kooperation entkommen. Tut er dies aber nicht, dann hat dies seine Gründe (i.S.v. Ursache): etwa die Furcht vor Repressalien seitens verratener Mittäter; die Angst vor lebenslanger Haft und Verwahrung, mit der Hoffnung, ihr mittels kompletter Verweigerung der Kooperation und Vereitelung des Nachweises der begangenen Tat zu entkommen; eine fanatische religiöse Überzeugung; oder irgendeine andere psychische Eigenartigkeit. Kurz: Es ist offen, ob jemand wie Grau, dem aggressive Verhörmittel in Aussicht gestellt werden, wirklich kooperieren und das Unrecht beheben kann. Gerade wo es nach unwirksamer Androhung solcher Mittel zum aggressiven Verhör käme, wären wegen der in Kauf genommenen Leiden erhebliche Zweifel an der inneren Freiwilligkeit der Kooperationsverweigerung angebracht.

Deshalb bedeutet die theoretische Möglichkeit, dem aggressiven Rettungsverhör durch Kooperation zu entkommen, nicht, dass diese Massnahme ein unbedenkliches Druckmittel wäre.

7. Notwehrhilfe- und andere Kohärenzargumente

Ein verbreitetes Argument zugunsten sogenannter „Rettungsfolter" besteht darin, in der Grundrechtskollision eine notwehrhilfefähige Situation zu sehen. Wäre der Polizist privat betroffen, etwa weil seine Kinder entführt wären, dürfte er dem Entführer zur Rettung nötigenfalls schwere

---

1740 Vgl. Trapp, Folter, 39 ff.; Erb, Folterverbot, 149 ff.; ferner die Stellungnahme der hessischen Staatskanzlei, zit. gemäss Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2008, 1 BvR 1807/07, N. 16: „Auch wenn der Beschwerdeführer strafprozessual das Recht gehabt habe, sich nicht selbst zu belasten, so habe er es doch in der Hand gehabt, durch den einfachen Hinweis auf den Aufenthalt des entführten Kindes alles das abzuwenden, was anschließend mit ihm geschehen sei."

1741 Kritisch auch La Torre, Tortura y Derecho, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schmerzen zufügen. Warum sollte er es nicht für andere Kinder tun?[1742] Hinterfragt wird mit solchen Argumenten die Kohärenz strikter Verbote aggressiver Rettungsmittel. Dagegen lässt sich argumentieren, dass der Staat mehr Macht habe, weshalb Missbräuche durch den Staat schwerer wögen; und überdies ist der Staat stärker auf das Vertrauen seiner Subjekte angewiesen.[1743] Die negativen Folgen der aggressiven Rettungshandlung gingen daher über die Quantität konkret zugefügter Schmerzen hinaus.[1744] Folgende hier entwickelte Variante des Arguments stellt für die rigoristische Ablehnung des aggressiven Rettungsverhörs eine grössere Herausforderung dar:

a. Argument der Rückzugslösung

Haben private Angehörige der Opfer ein Anrecht auf direkte Konfrontation mit dem Entführer, wenn und weil der Staat nur noch mit Mitteln retten könnte, die ihm nicht zur Verfügung stehen (dürfen)?

Wer sich in staatlichem Gewahrsam befindet, ist entsprechend vor dem Zugriff Privater zu schützen. Eine der Legitimationen des staatlichen Strafwesens findet ihre Rechtfertigung im Anliegen, private Selbstjustiz zu verhindern, indem er sie durchs staaliche Sicherheits- und Strafwesen ersetzt.[1745] Doch gilt das Gebot, auf gewaltsame Selbsthilfe zu verzichten, nicht bedingungslos. Es hängt jeweils von der konkreten Fähigkeit des Staates ab, das Gewaltmonopol wahrzunehmen.[1746] Wer an Leib und Leben oder in seiner Freiheit bedroht ist und staatlichen Schutz nicht erlangt, darf dagegen auf private Hilfe setzen; niemand ist gezwungen, so bereits Hobbes, sich zur wehrlosen Beute zu machen.[1747]

Es drängt sich daher die Frage auf, ob private Angehörige die Arbeit übernehmen dürften, die der Staat nicht übernehmen kann (darf):[1748] Müsste der Staat den Entführer Grau nicht den Angehörigen des von

1742 Vgl. Erb, Nicht Folter; ders., Nothilfe, 24–30; Trapp, Folter, 223 f.
1743 Vgl. La Torre, Tortura y Derecho, 32 ff.
1744 Vgl. Trapp, Folter, 224.
1745 Vgl. vorne, Teil 3, E.I.4.
1746 Teil 2, B.IV.3.e.
1747 Hobbes, Teil 1, XIV: „But if other men will not lay down their right, as well as he, then there is no reason for anyone to divest himself of his: for that were to expose himself to prey, which no man is bound to, rather than to dispose himself to peace."
1748 Vgl. Trapp, Folter, 223 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grau entführten Kindes anvertrauen, wenn er dabei sicherstellt, dass diese den Rahmen der gerechtfertigten Notwehrhilfe nicht verlassen? Auf den ersten Blick ist dies zu bejahen, entspricht es doch dem Optimierungsgebot: Wenn der Staat das Kind retten kann, ohne Folter anzuwenden und ohne anderweitig Grundrechte zu verletzen oder unverhältnismässig zu handeln, ist er zur Rettung verpflichtet. Die Behörde, die mit den ihr gestatteten Mitteln nichts zur Rettung des entführten Kindes leisten kann und dies eingesteht, agiert redlich; es wäre nur konsequent, wenn sie Raum für private Rettungsversuche mit Mitteln machen dürfte, die unter Privaten der Rechtfertigung fähig sind. Mangels grober Unverhältnismässigkeit hätte dies im Normalfall nichts mit Folter oder anderweitig unmenschlicher Behandlung zu tun.

Kurz: Unter der (oft wohl fiktiven) Hypothese, dass der Staat kein legitimes Mittel mehr hätte, das Kind selbst zu retten, ist an der Kollisionslösung durch Rückzug des Staates zugunsten der privaten Rettungsbemühungen wenig auszusetzen; jedenfalls materiell scheint sie legitim.

b. Gegenargument der verbotenen „Aushändigung" an Folternde

Ein Einwand gegen obige Rückzugslösung lautet, der Staat handle unmenschlich, wenn er den Entführer einer Person aushändige, die vorhabe, diesen zu „foltern". Dies sei so unzulässig wie die Abschiebung einer Person in einen Staat, wenn ihr dort Folter drohe (Art. 25 Abs. 3 BV).

Der Einwand übersähe, dass Privatpersonen eben nicht direkt, sondern nur mittelbar grundrechtsverpflichtet sind. Was seitens des Staates Folter wäre, erfüllt seitens Privater potenziell unterschiedliche objektive Tatbestände des Strafgesetzbuches (etwa die schwere und nicht-leichte einfache Körperverletzung gemäss Art. 122–123 StGB, die Bedrohung gemäss Art. 180 StGB oder die Nötigung gemäss Art. 181 StGB). Ob Angehörige des entführten Kindes zur Rettung desselben dem Grau Schmerzen zufügen dürfen, entscheidet sich auf Ebene der Rechtfertigungsgründe des Art. 15 StGB (Notwehr und Notwehrhilfe). Zur Rettung überwiegender Interessen, zu denen das Leben des entführten Kindes zweifellos zu zählen ist (auch aus Verfassungsgründen; vgl. Art. 11 BV), darf der Private einem

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entführer nötigenfalls schwere Schmerzen zufügen; selbst die Tötung kann unter Umständen erlaubt sein.[1749]

c. Einwand der fehlenden Grundlage im Gesetz

Der stärkste Einwand gegen die Rückzugslösung lautet indes, dass das positivierte Recht die Übergabe des verhörten Straftäters an private „Retter" nicht vorsieht, obwohl hier höchste Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und daher eine formale Basis für eine solche Lösung gegeben sein müsste.[1750] Die Rückzugslösung birgt nämlich erhebliche Missbrauchsgefahren: Die Behörden könnten, um schwierige Fälle loszuwerden oder gar aus Angst vor Repressalien aus dem Umfeld des Täters, ihre Rettungsunfähigkeit vortäuschen und so in Wirklichkeit die Opfer von Straftaten im Stich lassen; Angehörige der Opfer wiederum könnten Notwehrlagen vortäuschen, die nicht mehr vorlägen (etwa bei bereits getötetem Entführungsopfer), um Rache zu üben. Die Vornahme der Rückzugslösung gestützt auf die polizeiliche Generalklausel wäre daher nicht legitim, weil die Vorzüge einer solch indirekten Lösung die möglichen Nachteile (Risiken) bestenfalls knapp überwögen.

Zugleich dürfte eine gesetzliche Regelung der Rückzugslösung wohl wenig bringen, weil der Eintritt von Fällen, die die Rückzugslösung interessant machen, sehr unwahrscheinlich ist. Es ist kaum denkbar, dass ein Staat, der den Rahmen des Erlaubten ausschöpft und den entscheidenden Störer in seiner Gewalt hat, jemals mit allen ihm verfügbaren (und Privaten oft nicht verfügbaren) Mitteln rettungs*un*fähig wäre, während Private gleichzeitig zur Rettung fähig und befugt wären.

Anders sieht es aus, wo der Entführer sich bereits in der Gewalt Privater befände, welche die entführten Personen retten möchten: Wenn die Privaten mit Gewalt auf die Rettung hinarbeiteten, dürfte der Staat diese Rettungsbemühung nur dann zugunsten der Wahrnehmung des Gewaltmonopols verhindern, wenn er wirklich in der Lage ist, die Rettung mit erlaubten Mitteln effektiv vorzunehmen. Für das verhältnismässige

---

1749 Vgl. etwa die Fälle zur Tötung von „Haustyrannen": BGE 125 IV 49 und BGE 122 IV 1, wo aber ein Erlaubnistatbestandsirrtum (keine echte Rechtfertigung) vorlag.

1750 Vgl. zu diesem Problem: Kälin/Lienhard/Wyttenbach, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, passim; siehe auch Bethge, Grundrechtseingriff, 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nichtintervenieren seitens des Staates wäre selbstredend keine gesetzliche Grundlage erforderlich.

d. Zwischenfazit aus dem Gedankenspiel der Rückzugslösung

Die Rückzugslösung illustriert das Interesse daran, die Disparität zwischen dem, was der Staat darf, und dem, was Private dürften, eng zu halten. Der Unterschied muss folgenethisch begründet sein. Dabei sollte der Bedeutung des Vertrauens in die Schutzfähigkeit des Staates Rechnung getragen werden.

Ein falscher Eifer, dem Staat immer mehr griffige Rettungsmittel (etwa durch die realitätsfremde Ausweitung des Schutzbereichs der Menschenwürde) aus der Hand zu nehmen, führte nur dazu, dass Auswege wie die Rückzugslösung eher notwendig und eher legitim würden. Die Rückzugslösung (die ungeachtet ihrer logischen Vorzüge kaum jemandem ganz geheuer sein dürfte) zeigt auf, wie der Staat seine ureigentliche Raison d'être bedroht, wenn er sich zu sehr in Gewaltabstinenz übt.

Wem hülfe ein expansiv begriffenes Verbot menschenunwürdiger Behandlungen, wenn die Sicherheitskräfte nicht fähig sind, schwere Verbrechen (die unter anderem gerade die Menschenwürde bedrohen) zu bekämpfen, und in der Folge immer mehr Betroffene auf die Hilfe privater Sicherheitsdienste setzten? Ein überspanntes Verbot aggressiver Rettungsmittel ist im Effekt kontraproduktiv. Es gefährdete insoweit auch die Rechtsgleichheit, als der wirksame Grundrechtsschutz zum Privileg wohlhabender Personen würde, die sich die Unterstützung privater Sicherheitskräfte leisten können (sowie gewalterprobter Clans, die sich geistig nie von einer Logik der Blutrache entfernt hatten und auf archaische Mittel der Abschreckung zählen können). Dies ist bei der kontextuellen Konkretisierung des Folterverbots und anderer Verbote menschenwürdewidriger Behandlungen zu bedenken.

Die Rückzugslösung ist ferner als blosses Gedankenspiel dogmatisch interessant, weil der Rückzug des Staates die Struktur der Kollision verändert, ohne etwas an den bedrohten Rechtsgütern zu ändern: Wenn der Entführer den Angehörigen anvertraut ist, die selbst ein Rettungsverhör vornehmen, steht der Staat vor einem Dilemma mit (im Vergleich zur klassischen „Rettungsfolter"-Problematik) umgekehrten Vorzeichen. Entweder er schreitet *aktiv* gegen die Personen ein, die den Entführer aggressiv behandeln, und erreicht damit das Resultat, das er im klassischen Fall der „Rettungsfolter" passiv erreicht (i.e., niemand behandelt den Entführer als

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

blosses Objekt zur Rettung eines Dritten). Oder aber er schreitet nicht ein und wahrt das Leben des Kindes durch blosse Passivität.

In dieser Situation spräche nicht einmal mehr der vermeintliche Vorrang der abwehrrechtlichen Garantie der Menschenwürde (vor dem Schutz der Würde oder des Lebens) für eine Kollisionslösung zugunsten des Entführers.[1751] Wer sich gegen das aggressive Rettungsverhör einzig mit dem Argument ausspricht, sie verletze die Menschenwürde, auf die es im Kollisionsfall nur in abwehrrechtlicher Hinsicht ankomme, der müsste kohärenterweise die Rückzugslösung gutheissen (wo der Staat bloss noch Schutzansprüche des Entführers einschränkte). Damit würde aber eine Lösung befürwortet, die jedes rigoristische Verbot des aggressiven Rettungsverhörs ad absurdum führt. Auch das spricht gegen ein exzessiv weites, den staatlichen Sicherheitsapparat lähmendes striktes Verbot von Verhörmitteln, das selbst Mittel umfasste, die man nur mit viel Vorstellungskraft als folterähnlich ansehen kann.

IV Vertiefte Folterdefinition und folgenethisches Folterverbot

Auch aus Sicht einer folgenethisch begründeten Grundrechtsdogmatik gilt ein unbedingtes Folterverbot. Seine Begründung kann sowohl eine unmittelbar pragmatische als auch eine begriffslogische sein. Darüber hinaus kann es Fälle der zulässigen Leidzufügung selbst im Verhör geben:

1. Pragmatische Definition des unantastbaren Folterverbots

a. Unantastbarkeit als Ausdruck eines Folgenkalküls

In der Beurteilung von Fällen der „Rettungsfolter" (als Synonym für Massnahmen des aggressiven Rettungsverhörs, die nicht a priori immer eine wirksame Rettung bewirken und nicht in jedem Fall echte Folter sind) ist jeweils zu klären, was Folter ist und ob die erwogene Massnahme Folter wäre. Das unbedingte Verbot der Folter ist teilweise pragmatisch begründet: Es folgt insoweit aus Folgenerwägungen, als angenommen werden kann, ein ausnahmefähiges Folterverbot zöge mehr Übel nach sich, als die isoliert gesehen „richtige" Folter im Ausnahmefall zwecks Rettung höherer

1751 Zur Kritik dieses Abwehrvorrangs siehe vorne, Teil 2, B.IV.4, und in Bezug auf den hier diskutierten Fall: Teil 4, C.III.2.g.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Güter, so dies denn überhaupt denkbar ist, jemals kompensieren könnte. Eingerechnet sind in dieser Folgenerwägung namentlich die Gefahren von Irrtümern und Missbräuchen, die der Erlaubnistatbestand mit sich zöge; berücksichtigt ist ferner, dass eindeutige Verbote in der Regel mehr Erwartungsstabilität leisten.[1752] Das folgenethische Argument gegen die Folter erschöpft sich nicht darin, zu behaupten, Folter sei wirkungslos, weil die damit erlangten Informationen zum Beispiel oft unzuverlässig seien.[1753]

Es ist davon auszugehen, dass zumindest alle Arten von Handlungen der öffentlichen Gewalt, die dem historisch gewachsenen Folterbegriff entsprechen oder einem verbreiteten allgemeinen und juristischen Sprachverständnis nach Folter sind, in diese Kategorie der Folter fallen. Zur Klärung, ob ein Mittel des aggressiven Rettungsverhörs überhaupt erwogen werden darf, ist zuerst zu prüfen, ob das erwogene Mittel in diesem Sinn herkömmliche, als solche weitherum eingestufte und erkennbare Folter fällt.

Die pragmatische Dimension des strikten Verbots der (herkömmlichen) Folter gilt verstärkt dadurch, dass die positivierten Folterverbote, soweit sie Folter überhaupt definieren (insb. Art. 1 Abs. 1 FoK und Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut), keine den herkömmlichen Wortsinn erweiternde oder umgekehrt einschränkende Definition von Folter enthalten. Der Staat und die geschützten Individuen haben Anlass, ein dem üblichen Wortsinn der Folter entsprechendes Verbot zu erwarten. Der Wert des Vertrauens ins positivierte Recht und der Beständigkeit dieses Rechts[1754] fällt somit

---

1752 Zu diesem Wert: Krasmann, Folter im Recht, 233.

1753 Vgl. Yglesias, Work for What?; siehe aber: McArdle, Does torture work?: „One of the most facile dismissals of torture is that it doesn't work, so why bother? That's tempting, but it's too easy. Torture seems to me very likely to work provided that you can verify the information, which I assume interrogators can in at least some circumstances."; ebenfalls der Ansicht, pragmatische Argumente genügten nicht: Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, Fn. 13: „Zwar werden auch verschiedene pragmatische Argumente für das Folterverbot vorgebracht, etwa die Erfahrung, dass Folter zur Gewinnung lebenswichtiger Informationen wenig tauglich sei; sie können eine 'absolute' Verbotsnorm letztlich aber nicht begründen. Die Absolutheit des Folterverbots gründet deshalb ausschließlich in der gebotenen Achtung der Menschenwürde."

1754 Vgl. dazu vorne, Teil 1, B.IV, zur Legitimität und zum Eigenwert der Legalität. Siehe zur Illustration der Bedeutung des Vertrauens im Kontext der Folterproblematik McArdle, Effective? Who Cares?: „My position is that even if it is 100% effective – in the sense of producing only true information – we should ban it. I don't trust anyone, not myself and certainly not the state, with the

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zugunsten eines unbedingten Folterverbots in die Waage, soweit der rechtliche Folterbegriff dem Wortsinn treu ist.

Nachfolgende Liste zeigt, wovor der Schutzbereich des Folterverbots im erläuterten Verständnis absolut schützt, ohne dass er im Einzelfall irgendeiner Konkretisierung bedürfte.

b. Beispiele herkömmlicher Foltermittel

Soweit auch die situativen und finalen Kriterien der Folterdefinition gegeben sind (eine dem Staat zurechenbare Handlung, die auf einen Zweck gerichtet ist, wobei der Betroffene dem Handelnden weitgehend wehrlos ausgeliefert ist[1755]), können etwa folgende Gewaltmittel Folter konstituieren[1756]:

- das Zufügen von Verbrennungen (z.B. Ausdrücken von Zigaretten auf der Haut);
- das Verstümmeln (z.B. Ausreissen von Zehennägeln);
- das Erzwingen schmerzhafter Körperhaltungen (z.B. durch Aufhängen an den Beinen oder Armen, oder längeres Stehenlassen an der Wand mit hochgehaltenen Armen und gespreizten Beinen), zu denen keine Sicherheitsgründe Anlass geben;
- das Erteilen von Hieben und Schlägen (z.B. die Bastonade: Stockhiebe auf die nackten Fusssohlen), die konkret geeignet sind, schwere Verletzungen der körperlichen Integrität oder anderweitig grosse Leiden zu bewirken.

Nicht jede Anwendung physischer Gewalt durch den Staat ist Folter: Das ordinäre Anlegen von Handschellen zur Verhaftung, selbst wenn es dadurch zur Zufügung erheblicher Schmerzen kommen kann, ist nicht Folter; die ungerechtfertigte Beohrfeigung eines Demonstranten durch einen Polizisten, der die Nerven verliert, ebensowenig. Kurz: Legale Sanktionen

---

power implied by sanctioned torture. I don't want to live in a state that tortures people."

1755 Im Detail vorne, Teil 4, C.II.3.a.

1756 Zu Foltermitteln siehe etwa: J. Scheffler, Folterinstrumente; Herrmann, Enzyklopädie des Grauens; Härter, Folter als Instrument policeylicher Ermittlung, 83 ff.; Yamey, European Instruments of Torture, 323–346; für das juristische Verständnis der Folter siehe ferner: UN-CHR Sonderberichterstatter P. Kooijmans, E/CN4/1986/15.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Strafverfolgungsmittel sowie Gewaltanwendung unter der Schwelle dessen, was sich zur Zufügung grossen Leids eignet, sind nicht Folter.[1757]

Zugleich bedarf die Folter nicht unbedingt einer Einschränkung der körperlichen Unversehrtheit. Gewisse Mittel der Folter sind primär (zunächst) ein Angriff auf das psychische Wohlergehen des Opfers. So etwa:

- das Zwingen zur Einnahme von Drogen oder Medikamenten jenseits aller therapeutischen Notwendigkeit (sog. pharmakologische Folter);
- das Auslösen starker Ekelgefühle bei einer sich in Gewahrsam befindlichen Person (z.B. durch wiederholtes Servieren wurmbefallener Speisen);
- die Instrumentalisierung starker Ängste oder Phobien (z.B. Scheinhinrichtungen oder das Ziehen einer Haube über den Kopf [hooding])[1758];
- der sensorische Entzug (z.B. Einsperren in eine licht- und lärmisolierte Zelle) von einer Dauer, die geeignet ist, den Widerstandswillen des Opfers zu brechen;
- der systematische Schlafentzug (anders als die blosse Schlafzeitbegrenzung oder nächtliche Eingriffe aus Sicherheitsgründen, die kein grosses Leid schaffen).

Für Handlungen der enumerierten Art gilt das strikte und pragmatisch begründete Verbot auf Basis der bereits durchgeführten Folgenabwägung. Die Überwindung dieser Folter zählt zu den Errungenschaften des Humanismus und des juristisch-philosophischen Diskurses der Aufklärung. Aus diesem Grund ist hier eine erneute Folgenabwägung obsolet. Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass die Legitimierung dieser Foltermittel jemals der Optimierung der (grundrechtlichen) Interessen dienen könnte, auf die es ankommen muss.

Da es in einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik keine Denkverbote gibt, ist es im wissenschaftlichen Diskurs natürlich jedem unbenommen, das Ergebnis dieser als erfolgt vorausgesetzten Folgenerwägung durch eine eigene Abwägung zu überprüfen. Für den Staat ist das strikte Verbot indes aufgrund der erfolgten Folgenerwägung und der historischen Erfahrung (aus folgenethischem Grund) sowie der formalen Positivierung (aus einigungsethischem Grund und wegen des Werts der Legalität) verbindlich. Ihm steht es nicht zu, im konkreten Fall Foltermittel in Erwä-

1757 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298.
1758 Vgl. hierfür und zum nächsten Punkt: EGMR, *Ireland v. UK* (1978), 5310/71, § 96.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gung zu ziehen und zur Prüfung ihrer ausnahmsweisen Legitimität Ressourcen aufzuwenden, die anderen Gerechtigkeitszwecken gebühren.

c. Zwischenfazit: Pragmatische Begründbarkeit des Folterverbots

Einfach ist die Problematik des aggressiven Rettungsverhörs vor allem dort, wo die erwogenen Verhörmittel klar Folter sind. Dann gilt das unantastbare Verbot aus pragmatischen Gründen. Die Interessenabwägung im Einzelfall erübrigt sich. Analoges gilt für andere klare Fälle der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.

Selbst wenn der Polizeibeamte die begründete Hoffnung hegt, das Kind lasse sich damit retten, darf er Grau nicht mit irgendwelchen Foltermitteln quälen. Um nur wenige Beispiele des klar Verbotenen zu nennen: Er darf Grau nicht am Hals packen und diesen durch vorgetäuschte Erdrosselung um sein Leben fürchten lassen, darf keine Zigarette auf Graus Haut ausdrücken, darf nicht mit Stöcken auf die gespreizten Finger von Grau schlagen, darf ihm kein Insektengift ins Gesicht sprühen, darf ihm nicht zur Entmutigung madenbefallene Speisen servieren, darf ihn nicht aufhängen lassen, ihn nicht zwingen, stundenlang in schmerzhafter und zu Krämpfen führender Haltung zu verweilen (erst recht nicht mit einer über den Kopf gezogenen Haube), ihm nicht durch tagelange Einsperrung in der Dunkelheit das Gefühl für Tag und Nacht rauben.

Solcherlei zeichnet Folter aus. Die Antwort auf die Frage, ob der Staat Grau foltern darf, wenn sich damit (nur damit) noch eine gewisse Möglichkeit der Rettung des Kindes realisieren lässt, ist daher einfach: Nein.

Denn jede Handlung, die unter den herkömmlichen Folterbegriff fällt und damit klar dem Anwendungsbereich der positivierten Folterverbote (etwa Art. 10 Abs. 3 BV; Art. 1 Abs. 1 FoK) zuzuordnen ist, ist immer unzulässig. Dies folgt nicht nur aus der Tatsache, dass die unbedingte Verbotsgeltung selbst positiviert wurde (vgl. Art. 2 Abs. 2 FoK), sondern auch aus der über die Jahrhunderte gewachsenen ethischen Erkenntnis der strikten Unzulässigkeit dieser Folter. Für Handlungen, die klar Folter sind, ist dies evident, sodass sich im Einzelfall nicht nur die erneute Abwägung, sondern auch die kontextuelle Normkonkretisierung erübrigen. Man muss heute nicht mehr nachweisen, warum es ethisch völlig irrational wäre, dem Verhörten mit der Daumenschraube die Daumen zu zerquetschen. Das Folterverbot gehört in seinen klaren Aspekten einfach zum Acquis zivilisierter (i.S.v. nicht irrationaler und nicht zynischer) Gesellschaften.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Begründung hierzu ist nicht etwa in einem (selbst gefahrenträchtigen) blossen Postulat zu finden – denn postulieren könnte man auch die unbedingte Pflicht zur Rettung entführter Personen mit allen nur erdenklichen Mitteln –, sondern gerade in Folgenerwägungen. Aus Sicht der Folgenethik ist die Annahme entscheidend, dass die Nachteile, die mit der Einführung einer Ausnahme zum Folterverbot einhergingen, jeden allenfalls in seltensten Fällen, falls überhaupt, durch die Folter realisierbaren „Vorteil" (z.B. etwas höhere Chancen der Geiselrettung) klar überwögen, was nichts anderes bedeutet, als dass der Vorteil in einer aggregierten Beurteilung der Folgen keiner ist. Dass dies vermutet werden kann, illustrieren unterschiedlichste Gefahren, mit denen im Falle der Zulassung solcher Folter zu rechnen wäre: die Gefahr von missbräuchlichen Anwendungen der einmal verfügbaren Mittel; die Gefahr folgenschwerer Irrtümer (etwa weil der Verhörleiter die Existenz schonenderer Mittel verkennt); die Gefahr schwerer Einbussen an Vertrauen in die Sicherheitskräfte, deren Menschlichkeit und Redlichkeit (z.B. mit der Folge einer zurückgehenden Bereitschaft von Zeugen, auszusagen); die Gefahr einer zunehmenden Erschwerung der Verwertung von Verhörergebnissen durch (berechtigte oder taktische) Foltervorwürfe gegen den Staat, der nur „ausnahmsweise" rechtmässig foltern wollte; ein kompromissloseres Auftreten des organisierten Verbrechens und anderer Personen im Konflikt mit Sicherheitskräften. Das sind nur einige der allgemeinen Gefahren. Hinzu kommt das konkrete Leid, das dem Betroffenen wiederführe; dessen Kooperation würde womöglich kurzfristig erzwungen, doch kaum nachhaltig sichergestellt – Kooperation wäre nur die kurzfristige Frucht der Angst.

Kurz: Für alle Verhaltensweisen, die klar dem Begriff der Folter zuzurechnen sind, ist das unbedingte Verbot (unmittelbar) pragmatisch begründbar.

Darüber hinaus kann es aber noch weitere Fälle von Folter geben, die erst im Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Situation als solche klar identifizierbar sind:

2. Begriffslogisch definiertes Folterverbot

a. Struktur der begriffslogischen Unantastbarkeit des Folterverbots

Ergibt die Prüfung einer im Rahmen eines aggressiven Rettungsverhörs erwogenen Massnahme, dass diese nicht zur herkömmlichen Folter zu

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zählen ist, ist zu prüfen, ob sie trotzdem in den Schutzbereich des Folterverbots fallen und damit absolut unzulässig sein könnte.

Unter diesen weiteren Folterbegriff fallen potenziell auch Handlungen, die nur in einem bestimmten Kontext ihren vollen Unrechtsgehalt entfalten. Ein Beispiel ist etwa das fünfstündige ununterbrochene Verhör einer an einen Stuhl gefesselten Person. Bei anhaltender akuter Gefahr und dem Fehlen eines geeigneten Ortes für ein weniger belastendes Verhör könnte solch ein Zwang zulässig sein. Zugleich ist ein solcher Umgang mit verhörten Personen ein Kandidat für den erweiterten (begriffslogisch erschlossenen) Folterbegriff. So läge Folter oder jedenfalls eine unmenschliche Behandlung wohl vor, wenn nach einer halben Stunde kein dringliches Verhörbedürfnis mehr bestünde und der Betroffene gefahrlos von dieser Position befreit werden könnte.

Das Beispiel zeigt, worauf es im Grenzfall ankommt: auf die Umstände, die Verhältnisse. In der Grenzzone zwischen klarer Nichtfolter und klarer Folter ist die kontextuelle Konkretisierung des Folterverbots unvermeidbar.[1759] Diese ist eine Interessenabwägung im Rahmen der konkreten Auslegung des Folterverbots.[1760] Geprüft wird dabei die Betroffenheit des Schutzbereichs des Folterverbots. Die kontextuelle Konkretisierung macht das Folterverbot in seinen Feinzügen sichtbar und damit auch konkret verwirklichbar. Werden gewisse Handlungen erst nach einer entsprechenden Prüfung des Einzelfalls als Folter identifiziert und dem Folterverbot zugeordnet, kann nicht von der pragmatischen Unantastbarkeit des Folterverbots die Rede sein, denn ein im Vorfeld getätigtes Folgenkalkül kann solche Handlungen nicht erfassen.

Die technische Herausforderung lautet dementsprechend auch: Wie ist ein rigoristisches Verbot möglich, dessen Objekt noch gar nicht klar feststeht?[1761] Die Antwort hierzu findet sich vorne.[1762] Eine „reine" (nicht pragmatische) Geltung der Norm, in realistischen wie auch fiktiven Fällen, lässt sich nur auf eine Weise *ex ante* begründen, die in dieser Arbeit als begriffslogisch bezeichnet wurde. Absolute Richtigkeitsaussagen sind möglich, weil sie nur in ihrem relativen Aussagegehalt fixiert sind. Eine solche begriffslogische Richtigkeitsaussage könnte daher lauten: „Es ist im-

1759 Vgl. Herdegen, Menschenwürde im Fluß, 773, der einen „abgestuften Schutz" der Garantie der Menschenwürde erwägt, dessen konkreter Gehalt situationsbestimmt und in Abwägung mit kollidierenden Werten festzulegen sei.

1760 Vgl. zur kontextuellen Konkretisierung der Menschenwürde vorne, Teil 4, B.II.3.

1761 Zu diesem Problem siehe vorne, Teil 3, B.III.8.b.

1762 Vorne, Teil 2, C.V.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mer unzulässig, mit einer staatlichen Massnahme deutlich mehr Schaden anzurichten, als man sich von dieser Massnahme an positiven Folgen versprechen kann"; in solchen Aussagen fehlt der spezifische Gehalt, den man in Sätzen findet wie: „Es ist immer falsch, einer verhörten Person einen Fingernagel abzureissen". Das apriorische Unrechtsurteil bezüglich der aus begriffslogischen Gründen strikt unzulässigen Handlungen ist daher möglich, weil es auf Verhältnisse des Unrechts bezogen ist.[1763]

Dies ist das Wesen der begriffslogischen Unantastbarkeit des Folterverbots. Die Unantastbarkeit des Folterverbots trägt indirekt (wegen der Annahme, die Verletzung des Unantastbaren sei stets falsch) zur Definition der Folter bei. Diese zeichnet sich namentlich dadurch aus, dass bei Folter immer ein klar verzerrtes Verhältnis zwischen dem bewirkten Guten und dem bewirkten Übel vorliegt.

b. Schutzbereich der Folter im begriffslogischen Sinn

Auch bei der Prüfung, ob Folter im begriffslogischen Sinn vorliegt, kommt es auf die vier der Normdefinition (insb. Art. 1 Abs. 1 FoK) entnehmbaren Kriterien an. Folter ist eine dem Staat vorwerfbare Handlung, durch die einer wehrlosen Person grosse Leiden zugefügt werden, um etwas Bestimmtes zu erreichen.[1764]

Indizien auf mögliche Folter im nicht-herkömmlichen Sinn liefern dabei vor allem zwei Merkmale: *(i)* Das erste ist eine Handlungsstruktur, die sachlich der herkömmlichen Folter ähnlich ist. Die fragliche Handlung muss prima facie eine gewisse *thematische Folternähe* aufweisen, etwa weil sich die Handlung in einem Kontext ereignet, der für die herkömmliche Folter typisch ist (so z.B. stets bei Einsatz aussergewöhnlicher Druckmittel während einer Befragung von Personen, die sich in der Gewalt des Staates befinden). *(ii)* Das zweite ist die grobe, *qualifizierte Unverhältnismässigkeit*. Qualifiziert ist die Unverhältnismässigkeit etwa dann, wo schlicht kein legitimer Zweck verfolgt wird oder die eingesetzten Mittel zutiefst ungeeignet sind, den verfolgten Zweck auf optimale, schonende Weise zu erreichen.

Entscheidend ist letztlich die relative Intensität der Leidzufügung. Auch eine gezielte Zufügung schwerster Schmerzen verletzt nicht zwingend Grundrechte: der Polizist, der den Attentäter durch einen Schuss auf das

---

1763 Vgl. vorne, Teil 3, C.V.5.b.
1764 Vorne, Teil 4, C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bein niederstreckt, weil ein tödlicher Schuss in die Brust nicht nötig ist, handelt nicht grausam, obwohl er schwerste Schmerzen verursacht.

Vor allem durch das Merkmal der groben Unverhältnismässigkeit lässt sich die Folter von Handlungen abgrenzen, die die Menschenwürde des Betroffenen weniger zentral berühren. Nur wenn der Unwert der durch die fragliche Handlung bewirkten Einschränkungen den Wert der erwünschten Folgen deutlich übertrifft, kann eine Verletzung des Folterverbots im begriffslogischen Sinn vorliegen. Handlungen, die nur geringen Schaden anrichten, erreichen diese Unverhältnismässigkeit selbst dann nicht, wenn die Handlung zugleich nichts Gutes bewirkt (sie mag dann noch Willkür sein, nicht aber Folter).

Also kann die Prüfung der Anwendung des Folterverbots auf eine aggressive Verhörmassnahme mit folgenden, auf die absolute Schwere des Schadens zielenden Fragen angegangen werden: Führt das Verhörmittel zu einer schweren und irreversiblen Schädigung der Unversehrtheit des Betroffenen? Alles, was nachhaltig traumatisiert oder zu anhaltenden Schäden am Körper oder am Funktionieren von Organen führt, zählt zu den vordringlichen Kandidaten für die Anwendung des Folterverbots aus begriffslogischen Gründen. Bedroht die Verhörmassnahme existenzielle Grundbedürfnisse (d.h. Überlebens- und elementare Sicherheitsbedürfnisse) des Betroffenen? Eingriffe, welche die Befriedigung der Bedürfnisse erster (Überleben) oder zweiter Stufe (Sicherheit) erheblich behindern, gefährden die existenziellen Grundlagen des Daseins und erreichen die Schwere von Handlungen, die vom Folterverbot erfasst sein könnten.[1765]

Falls eine der zwei Fragen bejaht wurde, ist nach der relativen Schwere der fraglichen Massnahme zu fragen. Bestünde ein im Hinblick auf alle relevanten Interessen schonenderes Mittel? Dabei ist zu bedenken, dass es dem Staat nicht gestattet sein kann, die scheinbare Verhältnismässigkeit des gerade bequemsten Mittels durch Versäumen milderer Mittel herbeizuführen. So muss etwa geprüft werden, ob sich eine Notlage präventiv hätte abwenden lassen und ob der Staat nicht gerade durch Verzicht auf ein isoliert bewertet verhältnismässiges, aggressives Mittel den Gesetzgeber unter Druck setzen sollte, damit dieser entsprechende Massnahmen künftig vorsehe.[1766]

1765 Zur Relevanz der Grundbedürfnisse in der Grundrechtsdogmatik siehe Teil 2, B.II.1.c/5; vgl. Teil 3, E.II.2.

1766 Zur polizeilichen Generalklausel siehe vorne, Teil 2, C.II.1.d und C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Indizien: Behandlung als blosses Objekt; Willensbruch

Die Behandlung eines Menschen als blosses Objekt ist ein Indiz der Folternähe. Sie ist aber kein Beweis der Unrechtmässigkeit der fraglichen Behandlung.[1767] Nur eine instrumentalisierende Handlung, die schweres Leid bewirkt, kann Folter sein. Diverse Behandlungen als blosses Objekt sind klar zulässig; etwa Massnahmen zur nötigenfalls gewaltsamen Wegweisung von Gaffern, die eine Rettungsaktion behindern.

Verbreitet ist zudem die Ansicht, Folter zeichne oft aus, dass jemandem der Wille gebrochen werde.[1768] Es heisst gar, Folter könne im Falle eines subtileren Willensbruchs auch ohne Zufügung schwerer Schmerzen oder Leiden gegeben sein.[1769] Auch im vorliegenden Verständnis ist das Brechen des Willens (als Vorgang, bei dem der Staat nicht nur zur Willensänderung anstiftet, sondern eine solche Änderung erzwingt) jedenfalls thematisch folterähnlich. Der Willensbruch dürfte nämlich in der Regel immer zumindest als Erniedrigung erlebt werden. Wo er gelingt, war auch die Lage der Ohnmacht gegeben. Zudem dürfte willensbrechendes Verhalten oft die Schwelle der Zufügung schweren Leids erreichen; denn ohne Gewalt wird sich selten eine Willensänderung erzwingen lassen.

Dadurch muss man sich unweigerlich fragen, ob der Willensbruch, statt das unrechtsverbürgende Element der Folter schlechthin, allenfalls „nur" deren typische Begleiterscheinung sein könnte. Ob also Folter geeignet ist, zum Willensbruch zu führen, aber nicht jedes willensbrechende Handeln per Definition zur Folter. Es könnte jedenfalls sein, dass die Folter, die zum Willensbruch führt, nicht deshalb strikt untersagt sein sollte, weil der Wille niemals zwangsweise geändert werden darf, sondern deshalb, weil das Brechen des Willens mit grossen Schmerzen oder Leiden einhergeht.

Zumindest an fiktiven Fällen dürfte sich zeigen lassen, dass das Brechen des Willens nicht per se falsch ist. Ein Beispiel im „Isolationstest":

> *Jenseits von Gut und Böse*: Rot will Hellbraun quälen und töten. Türkis kann Gedanken kontrollieren und auch bewirken, dass der Kontrollierte sich nach der Gedankenkontrolle an nichts Intrusives erinnern kann und die fremden Gedanken schlicht als die eigenen wahrnimmt.

1767 Dazu vorne, Teil 2, B.IV.4.c und C.V.3 a, c; Teil 3, B.I.2.b, B.II.3 und B.III.7; vgl. Nino, Ethics, 148, bezogen auf die Amputation eines Beins zur Lebensrettung: „the principle [of personal autonomy] leaves some scope for legitimate paternalism".

1768 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58–59.

1769 Vgl. Bruha/Steiger, Folterverbot, 28–30, m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Türkis wirkt nun auf Rot ein, sodass Rot endgültig von seinem Plan absieht. Damit hat Türkis den Willen von Rot gebrochen. Rot aber glaubt, seinen Plan autonom geändert zu haben und selbständig zur Überzeugung gelangt zu sein, es sei falsch, Hellbraun zu quälen und zu töten.
>
> Gesetzt, Türkis handle für den Staat: War seine Intervention zulässig?

Angesichts der alles überwindenden Manipulation und Änderung des Willens von Rot wird in diesem Beispiel offensichtlich der Wille „gebrochen". Doch ist dieser Bruch hier nicht etwas, das man einhellig als völlig unzulässig ansehen würde. Dass Rot von Türkis instrumentalisiert wird, um Hellbraun zu retten, erscheint intuitiv nicht nur akzeptabel – es wäre befremdlich, täte er es nicht.

Der Fall zeigt, worauf die Inakzeptabilität des Willensbruchs in der Regel beruht: darauf, dass sich der Wille von Personen wie Rot, die düstere Intentionen hegen, jenseits fiktiver Fälle kaum auf schonende Art zwangsweise brechen liesse. Dass in *Jenseits von Gut und Böse* der Willensbruch nicht ungerecht erscheint, liegt am Ausbleiben der – in realistischen Fällen – üblicherweise eintretenden, Folter auszeichnenden Wirkungen (schwere Leiden) und an der folgenoptimalen Intervention im fiktiven Fall (Rot ist am Ende freier als zuvor und von einem nicht einmal für ihn selbst vorteilhaften Willen befreit, der das Risiko schuf, ein Leben in Haft zu fristen).

Mit anderen Worten: Wie auch das Behandeln einer Person als „blosses Objekt" ist das Brechen des Willens nicht mehr und nicht weniger als ein starkes Indiz auf eine menschenwürdewidrige Handlung – gegebenenfalls auf echte Folter.

d. Berücksichtigung der Vulnerabilität (u.a. Art. 11 BV)

Der Gedanke der Einheitlichkeit der Verfassung[1770] und die praktische Konkordanz[1771] gebieten Lösungen, die alle relevanten Werte der Verfassungsordnung in möglichst widerspruchsfreier und schonender Weise zur Geltung bringen.

Abgesehen von Art. 7 und Art. 10 Abs. 1–3 BV berührt das aggressive Rettungsverhör auch Art. 11 BV, wonach Kinder und Jugendliche An-

1770 Dazu Teil 2, B.III.2.c.
1771 Teil 2, C.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spruch auf „besonderen" Schutz ihrer Unversehrtheit haben. Gemäss dem darin ausgedrückten Vulnerabilitätsprinzip misst sich der Schutzanspruch auch an der (allgemeinen) Verletzlichkeit der schutzbedürftigen Personen.[1772] Sinn ergibt Art. 11 BV nur, wenn der Schutz der Unversehrtheit der Kinder über den ordinären Schutz der Unversehrtheit hinausgeht, den Art. 10 Abs. 2 BV gewährt.[1773] Daraus muss folgen, dass ceteris paribus (bei Fehlen klar überwiegender Gründe für deren Nachrangigkeit) der Schutz der Grundrechte der Kinder im Kollisionsfall vorzugehen habe.

Vorliegend bedeutet dies im absoluten Minimum, dass die Schutzbedürfnisse des von Grau entführten Kindes ins Gewicht fallen und beachtet werden müssen.[1774] Eine Kollisionslösung zulasten des Kindes erfordert einen besonders schlüssigen Nachweis der Verhältnismässigkeit. Ausgeschlossen ist, den Vorrang unantastbarer Rechte von Grau zu postulieren und begründungslos sämtliche aggressive Verhörmittel zurückzuweisen, ohne auch nur darzulegen, warum die fraglichen Mittel Folter oder aus anderen Gründen strikt untersagt sein sollen – und warum nicht allenfalls eine seltene Kollision „unantastbarer" Rechte vorliegt.

Zu bedenken ist allerdings auch, dass sich Grau seinerseits auf eine gewisse Verletzlichkeit berufen kann, da er sich in staatlichem Gewahrsam befindet.[1775] Die Vulnerabilität des Grau fällt m.E. weniger ins Gewicht, da er weniger wehrlos ist als das von ihm entführte Kind, dessen Unversehrtheit und Leben gänzlich in der Hand anderer (von Grau sowie der diesen befragenden Sicherheitskräfte) liegen.

1772 Vgl. Reusser/Lüscher, SG-Komm. BV, Art. 11, N. 14; Schweizer, BV 10, S. 303, Rz. 45; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, N. 57; auch der EGMR sichert Kindern einen besonderen Schutz vor privater Gewalt zu: EGMR Opuz c. Turquie, 33401/02 [2009], Ziff. 159 ff.; siehe dazu auch vorne, Teil 2, B.III.5.

1773 Vgl. Kley, Grundrechtskatalog, 316: „Diese Bestimmung […] enthält eine umfassende Handlungsfreiheit, soweit diese vor allem im Interesse der persönlichen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen steht. Dieses neue Recht vermag ebenfalls potenzielle Lücken im Grundrechtsschutz abzudecken." – im vorliegenden Verständnis ist es mehr der Schutz und weniger die Handlungsfreiheit, die gegenüber den Garantien aus Art. 10 Abs. 2 BV als ausgedehnt anzusehen ist.

1774 Vgl. Teil 3, F.IV.3.c.

1775 CPT/Inf (2001) 16, § 31: „le fait de priver une personne de sa liberté implique toujours l'obligation de la prendre en charge".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Möglichkeit zulässiger Schmerzzufügung im Verhör?

a. Unzulässige Leidzufügung unterhalb der Schwelle zur Folter

Bei der Prüfung der beiden zentralen Kriterien der Folter (der Zufügung grossen Leids und der Wehrlosigkeit des Betroffenen) ist, wegen der begrifflichen Offenheit und der Gradualität der hinter den Kriterien liegenden Werte[1776], eine Gesamtbetrachtung angebracht.

Wenn nur eine begrenzte Wehrlosigkeit des Betroffenen vorliegt (etwa wo dieser sich durch freies Vereiteln des Erfolgs der von ihm begangenen Straftat schützen kann), ist nur bei sehr schwerwiegender Schmerzzufügung von Folter auszugehen. Umgekehrt ist bei besonders umfassender Ohnmacht (im Extremfall etwa bei Inhaftierung an einem unbekannten Ort, ohne Kontakt zu Anwälten und zur Aussenwelt) die für den Foltertatbestand nötige Schwere des zugefügten Leids auch schon anzunehmen, wenn das zugefügte physische Leid in anderen Konstellationen als wenig schwer eingestuft würde (semantisch korrekt bleibt dies insofern, als aufgrund der besonderen Hoffnungslosigkeit von starken psychischen Leiden auszugehen ist).

Ganz allgemein kann bei Zufügung nicht grossen Leids oder bei Fehlen der Ohnmachtslage allerdings nicht auf Folter geschlossen werden. Das heisst nicht, die Behörden dürften im Verhör mittelschwere Schläge einsetzen oder den Verhörten ordentlich beohrfeigen, sobald sie sich hiervon eine gewisse Wirksamkeit erhoffen. Solche Gewaltanwendung ist mangels Schwere zwar keine Folter, mangels Eignung in aller Regel aber gleichwohl unzulässig (und oft in qualifizierter Weise unverhältnismässig). Es ist nicht ersichtlich, warum das Schlagen eines Verhörten jemals nicht nur wirksam, sondern insgesamt geeigneter als alle anderen Mittel sein sollte[1777] – geeigneter als alle subtileren Mittel, die stärker auf die psychischen Wirkungen positiver wie negativer Anreize setzen und ohne Gewaltanwendung oder Einschüchterung mittels Androhung einer solchen auskommen. Hier gilt mit Montesquieu, dass der Staat zur Wahrung sei-

---

1776 Vgl. zum Gebot der Berücksichtigung der Gradualität, vorne: Teil 3, A.V.

1777 Vgl. Minkmar, Folter bei der CIA (FAZ), der treffend hervorhebt, dass eines der Probleme der Mangel an Phantasie ist: „Es herrscht ein erschreckender Mangel an politischer Phantasie. Was wird schon helfen gegen Mörder wie Khalid Scheich Mohammed? Es fällt uns nur wieder Gewalt ein. Dabei gibt es längst andere Erkenntnisse, wie man den Krieg gegen den Terror erfolgreich führen kann."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner Glaubwürdigkeit und der Wirksamkeit seiner Mittel nur mit grösster Zurückhaltung einschüchtern oder Gewalt anwenden soll.[1778]

Wo es an der Schwere des zugefügten Leids oder an der Situation der Ohnmacht fehlt, jedoch prima facie gleichwohl eine qualifiziert unverhältnismässige Handlung vorliegt, ist zu prüfen, ob eine andere Form menschenunwürdiger Behandlung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV vorliegen könnte:

- Fehlt es an der Zufügung grossen Leids, liegt aber eine Situation der Ohnmacht vor, ist u.U. zu prüfen, ob eine erniedrigende Behandlung gegeben ist (z.B. wenn dem Betroffenen zwangsweise die Haare abrasiert würden oder er gezwungen würde, seine Mahlzeit ohne Besteck und am Boden sitzend einzunehmen).
- Fehlt es an der Ohnmacht, werden aber willkürlich grosse Leiden zugefügt, ist zu prüfen, ob grausame oder unmenschliche Behandlung vorliegt (z.B. wo aussichtslose Fluchtversuche oder folgenlose Drohgebärden gegen Ordnungskräfte als Vorwand dienen, ohne Not Waffen einzusetzen, die schwere Schäden zeitigen, um ein Exempel zu statuieren).

Ob eine solche menschenunwürdige Behandlung vorliegt, ist vorbehaltlich evidenter Fälle (z.B. das Urinieren auf eine inhaftierte Person) erst über eine Güterabwägung feststellbar.

b. Keine unbegrenzte Ausdehnung des Folterbegriffs

Eine stabile und dem klassischen Verständnis nicht geradezu entrückte Definition der Folter schützt das Folterverbot. Menschlich motivierte Handlungen, die nicht oder nur geringfügig den Rahmen der Verhältnismässig-

---

1778 Montesquieu, Pensées, N. 1007 (Ziff. 5), 216: „La crainte est un ressort qu'il faut ménager: il ne faut jamais faire de loi sévère lorsqu'une loi plus douce suffit"; vgl. ebd., Ziff. 6: „Les lois inutiles affaiblissent les nécessaires."; ebd., N. 815, 208: „Il résulte des peines modérées qu'elles ont le même effet que les peines atroces ont sur les esprits accoutumés aux peines atroces."; ders., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 213 f.: „Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; ebd., 215: „Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont couverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'Etat, que cette dureté a produit: les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit überschreiten, sind von Folter sehr weit entfernt.[1779] Die etwas zu lange dauernde, penible, aber nicht quälende Einvernahme, das Packen des Verhörten am Kragen und solcherlei mehr kann man jenseits des Folterverbots befriedigend beurteilen und verurteilen. Hier den Folterdiskurs zu bemühen, bedeutete, die Aura der Höchstrelevanz des Folterverbots aufs Spiel zu setzen und damit die Akzeptanz der Höchstnorm selbst.[1780]

Würde der Folterbegriff über die pragmatisch und begriffslogisch begründbaren Anwendungsfelder des Folterverbots hinaus ausgedehnt, drohten infolge von nun häufiger eintretenden Kollisionen mit anderen Höchstgütern die ethische Plausibilität und die politische Akzeptabilität des Verbots der „Folter" und damit dessen Umsetzbarkeit Schaden zu nehmen.[1781] Das gilt analog ebenso für die übrigen in Art. 10 Abs. 3 BV erwähnten Verbote menschenunwürdigen Verhaltens. Allgemein in Bezug auf die Menschenwürde: Soll die Würde als Höchstwert fortbestehen,

---

1779 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298: „[T]he suffering […] involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment."

1780 Cano Paños, En los límites, 101: „[U]no debe admitir que la rigidez jurídica y linguística que aparece cuando se trata la problemática de la 'torturá' obliga en todo caso a proceder con absoluta minuciosidad a la hora de determinar el contenido de la mencionada prohibición. Y es que una utilización inflacionista del concepto de tortura daña lógicamente la posibilidad de que realmente se pueda imponer su prohibición absoluta. De este modo, el concepto de tortura comparte con el relativo a la dignidad humana el hecho de sus dificultades a la hora de delimitarlos", bei zu expansiver Definitionen drohe der Verlust der Durchsetzbarkeit des Folterverbots (ebd.): „Tanto la prohibición de la tortura, contra la cual es evidente que se atenta en la realidad, como la afirmación de la absoluta intangibilidad de la dignidad humana, la cual también es objeto de graves violaciones, se exponen al peligro de perder su poder sugestivo-simbólico y su naturaleza de tabú, elementos que quizá suponen su propia razón de ser".

1781 Vgl. Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 171: „Die Notwendigkeit einer einengenden, aber klaren Bestimmung des Gewährleistungsgehalts der Menschenwürdegarantie ist auch im Hinblick auf das Problem der Grundrechtskollisionen augenscheinlich."; Paños, 101. Schon bei Montesquieu (Pensées, N. 84, 183) findet sich die Erkenntnis, man solle nur Gesetze vorsehen, die nützlich und durchsetzbar seien, weil sonst eine Schwächung der wichtigen Gesetze drohe: „Quand on a rompu les barrières, on s'enhardit et on se répand sur tout le reste. Par cette raison on ne doit faire des lois que sur des choses importantes, car celui qui aura violé une loi inutile diminuera de respect pour celles qui sont nécessaires à la société; et dès qu'il a cessé d'être fidèle en violant un point, il suit sa commodité et viole toutes les autres qui le gênent."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss darauf verzichtet werden, einfache öffentliche Interessen oder gar politische Präferenzen über das Vehikel der Menschenwürde voranzubringen.[1782]

c. Zulässige Gewaltanwendung und Schmerzzufügung

Gewisse in Verhörsituationen oder in (anderen) Situationen polizeilicher Zwangsanwendung zur Gefahrenabwehr unter Umständen zulässige Mittel können mit Schmerzen einhergehen. Schon das Anziehen von Handschellen ist solch ein (bei Widerstand potenziell schmerzhaftes) Mittel.

Andere gesetzlich für die Gefahrenabwehr vorgesehene polizeiliche Zwangsmittel sind einschneidender und können schweres Leid bewirken; so der Einsatz der Waffen des Art. 15 lit. a-d ZAG: Schlagstöcke, Reizstoffe, Feuerwaffen, nicht tödlich wirkende Destabilisierungsgeräte. Bei Letzteren, den sogenannten „Tasern", wird der Betroffene per Stromstoss ausser Gefecht gesetzt; der „Taser"-Einsatz ist nur zur Verhinderung schwerer Straftaten zulässig (Art. 11 Abs. 2 ZAV). Wo die polizeilichen Zwangsmittel dem Schutz überwiegender Grundrechte Dritter dienen und gesetzlich vorgesehen sind, kommen sie zur Gefahrenabwehr infrage (vgl. Art. 9 Abs. 3 ZAG).[1783]

Ob diese Mittel, die zu erheblichen Schmerzen führen können, auch *zu* Verhörzwecken eingesetzt werden können, ist eine andere Frage. Wegen der Ohnmacht des Betroffenen in Verhörsituationen und der erheblichen Missbrauchsrisiken ist klar, dass der Rahmen hierzu sehr eng ist. In Einvernahmen zur Untersuchung begangener Straftaten fehlt es an der Dringlichkeit. Jede gezielte Schmerzzufügung wäre dann offensichtlich unverhältnismässig. Umgekehrt aber sollte der Staat nicht einfach deshalb aller der Gefahrenabwehr dienenden Zwangsmittel beraubt sein, weil der mutmassliche Straftäter gestellt ist. Die Gefahr, die von diesem ausging, kann weiterhin andauern, wie der hier besprochene Fall des aggressiven Rettungsverhörs belegt. Ausgeschlossen ist zwar jedes Mittel, das grosse Schmerzen oder Leiden bewirkt, weil es bei gleichzeitiger Ohnmachtslage des Betroffenen unter das Verbot der Folter fiele (Art. 10 Abs. 3 BV).

1782 Zur Illustration aber: Keller/Keller, Abschuss, wonach „beim spielerischen Töten von Menschen in Laserdromen" auf Basis der alleinigen Menschenwürde geprüft werden soll, ob eine Verletzung der Grundrechte vorliege.

1783 Vgl. auch die analogen Kriterien für die Zulässigkeit einer Zwangsmedikation: BGE 130 I 16 E. 5.2, 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus bieten weder das Recht noch die Ethik eine Grundlage für den Ausschluss polizeilicher Zwangsmittel in Verhören zur Gefahrenabwehr. Das Gesetz hält allgemein fest, dass Handschellen, Diensthunde, körperliche Gewalt und Waffen zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden können (Art. 5, Art. 13–15 ZAG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a ZAG), solange die Mittel verhältnismässig sind (vgl. vor allem Art. 9 Abs. 2, 3 *und* 4 ZAG) und in keinem Fall die Gesundheit der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigen (Art. 13 ZAG), was Ausdruck einer sinnvollen vorweggenommenen Abwägung durch den Gesetzgeber ist.

Dass in Verhörsituationen polizeiliche Zwangsmittel der genannten Art selten zulässig sind, liegt daran, dass ihr Einsatz wegen der Ohnmacht der Betroffenen oft (bzw. immer, was Taser und Feuerwaffen angeht) mit der Verletzung des Art. 10 Abs. 3 BV einhergehen dürfte. Ferner ist es auch nicht so, dass dem Staat dabei ein Mittel entgeht, das eigentlich folgenoptimal wäre: Gegenüber Personen, die sich bereits unter seiner Kontrolle befinden, sind Mittel, die vornehmlich dazu vorgesehen sind, die Kontrolle über eine sich gefährlich verhaltende Person zu erringen, schon prima facie ungeeignet (so führte das Erteilen von Stromstössen im Verhör zur temporären Unansprechbarkeit der Person, nicht zur zügigen Erwirkung von Kooperation).

Kurz: Das Verhör bedarf subtilerer Mittel (und bietet sie), auf die betroffene Person einzuwirken. Welche Mittel jeweils optimal sind, werden Fachpersonen besser beurteilen können. Hiernach nur einige Überlegungen:

Unproblematisch muss namentlich der Wechsel von einem freundlichen zu einem eher unfreundlichen Verhörstil sein; die Hände der zum Schutz der Grundrechte verpflichteten Beamten wären zu eng gebunden, wenn es ihnen verwehrt wäre, den Verhörten (wo geeignet) auch einmal anzuherrschen, am Kragen zu packen und ihm die härtesten der rechtsstaatlich möglichen Strafen vor Augen zu führen; der alternierende Einsatz sowohl eines harten als auch eines angenehmen Verhörstils ist das Wesen einer nicht nur bekannten, sondern effektiven Befragungs- und Verhandlungsstrategie („*good cop, bad cop*“).[1784] Dabei sollten, solange der Verhörte die Rettungskooperation verweigert, härtere Verhörumstände disziplinarischen Zwecks in Erwägung gezogen werden dürfen.[1785] Wegen

1784 Zur entsprechenden Verhandlungstaktik etwa: <www.soft-skills.com/good-cop-bad-cop-taktik/> (zuletzt abgerufen am 15. Juni 2018).

1785 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298. „The […] suffering […] involved must in any event go beyond that inevitable

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Dringlichkeit ist ein Straftäter, der im Interesse des Opfers kooperieren könnte (es aber bislang noch nicht tat), intensiv zu verhören, auf eine Art, die durchaus sehr unangenehm sein kann: etwa indem die Pause für Verpflegung und Rauchen um einige Stunden hinausgezögert und die Schlafzeit auf ein Minimum reduziert wird. Die Reduktion des Schlafes auf fünf bis sechs Stunden pro Nacht, die auch Soldaten im Militärdienst zugemutet wird, ist mangels schweren Leids nicht Folter durch Schlafentzug und in der Regel nicht (wo nicht auf die schrittweise Zermürbung des Betroffenen ausgerichtet) grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.

Wirksam sind solche Druckmittel wohl vor allem dann, wenn es zugleich möglich ist, mit positiven Anreizen zur Kooperation zu verführen; etwa mit Privilegien im Rahmen der sonst harten Untersuchungshaft (Videospiele, Bücher, Zugang zu gewissen Filmen, vermehrt genehmigte Besuche und Telefonate, abwechslungsreichere Speisen etc.).

d. Akzessorische Pflichten zum Schutze des Folterverbots

Um die Akzeptabilität des Folterverbots zu schützen, ist es erforderlich, dass der Staat alles tut, damit es möglichst nie zu einer Grundrechtskollision kommt, in der er die Rettung entführter Kinder (oder ähnlich wichtiger Güter) im Namen des Folterverbots und damit der Menschenwürde unterlassen müsste.

Auf präventiver Ebene ist darauf hinzuwirken, dass Entführungen und ähnliche Straftaten, die den Staat in ein rechtliches und ethisches Dilemma treiben, so selten wie möglich stattfinden. Das kann bedeuten, dass die Überwachung bestimmter Personen verstärkt, mehr präventiv zur Identifikation und Behandlung gewisser psychischer Störungen geleistet, Strategien gegen die religiöse oder die ideologische Indoktrinierung von Jugendlichen entwickelt und durch Sicherung der Qualität der Medien gegen die Verdumpfung des Mitgefühls gekämpft wird.

Zudem sollte der Staat fortzu nach der Optimierung der legalen Verhörstrategien und -mittel streben. Die Wirksamkeit verschiedenster Verhörstile ist dabei zu erproben. Es sind jene Beamten zu ermitteln und für seltene Extremfälle zu schulen, die sich als besonders geschickt darin

---

element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. Measures depriving a person of his liberty may often involve such an element."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erweisen, auf subtile Art im Verhör die gewollten Ergebnisse zu erzielen – etwa durch Nuancen im Tonfall, Körpersprache und Mimik, durch die kluge Kombination ordinärer und schwieriger Fragen oder angenehmer und unangenehmer Fragestile (bis gegebenenfalls zum Anherrschen des Betroffenen), durch den Einsatz unbequemer Stille, durch die geschickte Unterbrechung des Verhörs. Gleichzeitig ist mithilfe von Psychiatern zu ermitteln, welche Motive beim Straftäter eine Rolle gespielt haben könnten und wie deren Kenntnis im Verhör genutzt werden kann. Zur Illustration: Wenn die über den Straftäter verfügbaren Daten (Mobiltelefon und Bankkarten sind hieran oft reich) verraten, dass er vor allem anderen nach Anerkennung dürstet und sein Männlichkeitsgefühl bedroht sieht, wird ein „bad cop" ihn allenfalls eher mit Mitleid oder einer Prise Geringschätzung im Gesichtsausdruck während des Verhörs bemustern, während der „good cop" dann vermitteln würde, dass er den Mut des Betroffenen bewunderte, wenn dieser über seinen Schatten springt und kooperiert. Verraten die bekannten Daten eher, dass die Straftat kulturell motiviert ist, dann wird man allenfalls mithilfe von Personen aus derselben Kultur den Verhörten zur tätigen Reue bewegen können (bei religiösen Extremisten etwa mithilfe eines gewandten Imams oder eines Familienangehörigen).

Im Verhör selbst sollte sodann der Rahmen des Strafrechts und Strafverfahrensrechts ausgeschöpft werden, um auch Straftäter der Art des Grau wirksam zur Kooperation zu bringen, die wenig genuines Interesse an der Rettung einer Person vor den Folgen der Straftat zeigen. So wäre es womöglich nützlich, dem Betroffenen für den Fall der Kooperation eine Strafmilderung oder zumindest privilegierte Haftbedingungen in Aussicht zu stellen, dagegen härtere Strafen und Strafvollzugsmodalitäten im Falle verweigerter Kooperation. Das geltende Strafrecht ermöglicht dies nur indirekt und in abgeschwächter Weise über Art. 48 lit. d StGB (Strafmilderung bei tätiger Reue, bis hin zu einer Strafe unterhalb des in der Strafnorm vorgesehenen Rahmens [vgl. Art. 48a StGB]). Diese Normen sind an den Richter gerichtet, den die Strategie der Sicherheitskräfte, den Täter durch Anreize zur Besinnung (und zur Hilfe beim Vereiteln weiterer Taten oder noch nicht eingetretener Taterfolge) zu bringen, formal nicht bindet. Wegen der Unschuldsvermutung stünde im geltenden System jede Vereinbarung mit dem Entführer zudem unter der Bedingung der rechtskräftigen Verurteilung. Art. 48 lit. d StGB verpflichtet den Richter aber immerhin dazu, gewisse Formen konstruktiven Verhaltens nach der Tat durch Strafmilderung im Rahmen des richterlichen Ermessens zu belohnen. Die Androhung härterer Strafen könnte somit, wo geeignet, daher bereits jetzt als Verhörmittel infrage kommen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn bei andauernder Gefährdung, etwa der Menschenwürde und des Lebens des Entführten durch die Folgen der begangenen Tat, der gefasste Täter mit geschickten Anreizen zur Rettungskooperation gebracht würde, wäre dies gewiss kein verbotener Selbstbelastungszwang (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 31 Abs. 2 BV), da es bereits an einer Selbstbelastung (es winkte ja Strafmilderung) und überdies an der Erzwingung fehlte.

Dies sind Beispiele dessen, was der Staat an Bemühungen schuldet, damit es nicht zu extremen Konstellationen des aggressiven Rettungsverhörs kommt, bei denen der grausame Tod etwa eines Kindes in Kauf genommen werden muss (oder ein Beamter aus Gewissensgründen das Folterverbot verletzt), bloss weil der Staat unfähig war, das Kind mit legalen Mitteln zu retten.

V Kollisionslösung

1. Zulässigkeit der Zufügung „erheblicher Schmerzen"?

a. Einstufung der Massnahme: a priori ausgeschlossene Folter?

Ob die Anwendung von Gewalt und gegebenenfalls Zufügung von Schmerzen im Verhör zulässig sein kann, steht nicht a priori fest. Handlungen, die nicht kontextunabhängig als Folter (oder anderweitig als menschenunwürdig i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV) einzustufen sind, können zulässig sein, sofern sich darlegen lässt, dass die Interessen hieran überwiegen. Kontextunabhängig strikt verboten sind damit jene Handlungen, die ohne Schwierigkeit dem semantisch-kasuistischen Folterbegriff zugeordnet werden können. Selbst wenn wegen einschlägiger Heuristiken – etwa dem Prinzip des besonderen Schutzes der (vulnerablen) Kinder – sonst vieles auf ein erhebliches Interesse an der Durchführung der Rettungsmassnahme deutet, ist im Hinblick auf den Einsatz echter Foltermittel jede allfällige Vermutung zugunsten der Legitimität einer auch aggressiven Rettung widerlegt und wirkungslos.

Die Zufügung „erheblicher Schmerzen" ist insoweit nicht kontextunabhängig ein Foltermittel, als sowohl zulässige als auch unzulässige Fälle der Zufügung solcher Schmerzen denkbar sind. Massgeblich wird im vorliegenden Fall daher vor allem sein, ob damit im spezifischen Fall „grosse" Leiden im Sinne der Folterdefinition einhergehen (Leiden ähnlicher Intensität wie die durch herkömmliche Foltermittel bewirkten Leiden) und ob die betroffene Person sich in einer Lage der Ohnmacht befindet. Beides

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist im Fallbeispiel nicht vorgegeben – und wohl auch im „echten" Leben oft nicht evident. Die erste Frage ist daher nicht jene, ob Folter ausnahmsweise erlaubt sei, sondern die schwierigere und in der Praxis wohl öfters relevante Frage, ob die erwogene Massnahme überhaupt Folter wäre. Wie oben erwähnt, ist dabei eine Gesamtbetrachtung erforderlich.[1786]

b. Einstufung als Folter im begriffslogischen Sinn?

Läge Folter vor, wenn im vorliegenden Fall die zuvor angedrohten erheblichen Schmerzen dem Grau tatsächlich zugefügt werden?

Gesetzt, „erhebliche Schmerzen" seien grosse Schmerzen oder Leiden im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FoK, wäre damit das erste Kriterium der Folter gegeben. Unklar ist, ob Ohnmacht vorliegt. Grau ist dem Staat gegenüber zwar nicht ganz wehrlos, doch er befindet sich in staatlichem Gewahrsam. Sobald effektiv die erheblichen Schmerzen zugefügt würden und Grau alle anderen Mittel über sich ergehen liesse (inklusive die glaubwürdige Androhung der Schmerzzufügung), wäre das Kriterium der Ohnmacht wohl gegeben – weil der Betroffene sonst offensichtlich Gründe gehabt hätte, es nicht so weit kommen zu lassen. Die beiden übrigen Kriterien sind klar erfüllt, da der Staat handelte, um einen bestimmten Zweck zu erreichen (eine Aussage in Bezug auf die Entführung).

Bei solchen Annahmen wäre auch die Zufügung erheblicher Schmerzen strikt untersagt, im Sinne der aus begriffslogischen Gründen strikt verbotenen Folter. Das Fallbeispiel und der allgemeine Wortgebrauch lassen aber die Deutung zu, erhebliche Schmerzen seien möglicherweise noch keine „grossen" Schmerzen im Sinne des Folterverbots; dies vor allem angesichts der Tatsache, dass von einer absoluten Ohnmacht des Grau nicht ausgegangen werden kann und sich daher eine Gesamtbetrachtung aufdrängt. Daher ist weiter mit Folgenerwägungen zu prüfen, ob die Zufügung erheblicher Schmerzen im spezifischen Kontext *qualifiziert unverhältnismässig* ist, was von der absoluten Schwere des zugefügten Leids (durch Grau erfahrene Schmerzen) und auch der relativen Schwere (im Vergleich zu den übrigen Folgen) abhängt. Soweit dies in Bezug auf den abstrakt definierten Fall möglich ist, dürfte dies zu bejahen sein:

Die Zufügung solcher Schmerzen zöge eine heikle Signalwirkung und die Gefahr der Schädigung des Vertrauens in den Staat nach sich: Denn dadurch, dass der Staat es für nötig befände, einer ihm ausgelieferten

---

1786 Siehe vorne, Teil 4, C.IV.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Person erhebliche physische Schmerzen zuzufügen, signalisierte er seine eigene Überforderung. Dieses Signal der Überforderung verunsichert Personen, die im Staat den Grundrechtsgaranten sowie legitimen Inhaber des Gewaltmonopols sehen; zugleich ermutigt es seine Gegner, die jeden möglichen Gewaltexzess des Staates propagandistisch auszuschlachten wüssten. Es entstünden zudem Unsicherheiten ob der Grenze des Zulässigen. Ungeeignet wäre die Zufügung erheblicher Schmerzen wohl auch deshalb, weil im hier behandelten Fall nichts auf die Wirksamkeit des durchgeführten aggressiven Rettungsverhörs hoffen lässt: Wenn Grau nicht auf die Androhung von Schmerzen (oder auf subtilere Mittel) hin kooperiert, ist nicht zu erwarten, diese Kooperation stelle sich nach Zufügung schwerer Schmerzen ein. Denn Grau könnte aus subjektiver Sicht Gründe haben, durchzuhalten und nicht zu kooperieren: So das Gefühl, nichts mehr zu verlieren zu haben, weil einerseits wegen der Entführung eine längere Haftstrafe ohnehin droht; oder das Gefühl, wegen noch unaufgedeckter (strafmassrelevanter) Aspekte der Tat, nur das Unterlassen jeglicher Kooperation zahle sich aus. Weil der Staat nicht das Recht hat (und aus den besprochenen folgenethischen Gründen niemals haben sollte[1787]), schrittweise die Schmerzdosis bis nötigenfalls ins Unerträgliche zu erhöhen, ist das Zufügen „erheblicher" Schmerzen gegen jemanden, der entschlossen ist, dies über sich ergehen zu lassen, kaum wirksam.

Kurz: Wegen der sehr geringen erwartbaren Wirkung gegenüber Personen, die es überhaupt so weit kommen lassen, und wegen der erheblichen erwartbaren Nachteile, die mit der folterähnlichen Zufügung erheblicher Schmerzen einhergingen, ist das gegen Grau erwogene Verhörmittel strikt unzulässig.

2. Zulässigkeit der Androhung „erheblicher Schmerzen"?

a. Androhung erheblicher Schmerzen als Folterandrohung?

Im Zeitpunkt, in dem die Zufügung erheblicher Schmerzen angedroht wird, lässt sich noch nicht mit Sicherheit sagen, ob dadurch mit Folter gedroht wird. Denn Folter setzt die Ohnmacht des Betroffenen voraus. Fehlende Ohnmacht kann sich gerade daran zeigen, dass die betroffene Person sogleich infolge der Drohung kooperiert, um nicht der in Aussicht gestellten Behandlung ausgesetzt zu sein.

1787 Vorne, Teil 4, C.V.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weil aber wohl angenommen werden kann, dass zumindest eine Androhung einer erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung vorläge, wird nachfolgend vereinfacht geprüft, ob Folterandrohungen zulässig sein können – oder ob hier quasi per Reflexwirkung auch die Androhung dessen, was absolut unzulässig ist, strikt verboten ist.

Die allenfalls (in hier nicht behandelten Fallvarianten) relevante Frage, ob im Rettungsverhör Formen zulässiger Gewaltanwendung angedroht werden dürfen, ist von geringerem Interesse, weil sie sich grundsätzlich affirmativ beantworten lässt: Soweit verhältnismässig, darf der Staat (selbst im Verhör) grundsätzlich alles androhen, was er in der angedrohten Weise auch tun dürfte (wobei als unverhältnismässig vor allem jene Drohungen gelten dürften, die aufgrund von Form und Kontext den Charakter einer Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB aufweisen).

b. Folterandrohung bei nahezu sicherem Rettungserfolg

Darf der Staat Grau Folter androhen, wenn sich (nur) damit das Leben des Kindes retten liesse?

Eine Folterandrohung ist nicht per Definition selbst Folter.[1788] In der Regel ist vielmehr davon auszugehen, dass sie es nicht ist, weil blosse Drohungen die Schwelle der Zufügung grosser Schmerzen oder grossen Leids nicht erreichen dürften. Genauso ist die Folterandrohung auch nicht per Definition eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, weil es auch an der hierfür erforderlichen[1789] schwerwiegenden Auswirkung auf die physische oder psychische Integrität fehlen kann. Selbst wenn jede Folterandrohung die Menschenwürde einschränkte (was plausibel sein könnte, wenn man sie i.S.d. Objektformel deutet), könnte sie im Falle der sicheren Lebensrettung kaum absolut ausgeschlossen werden. Denn auf beiden Seiten der Kollision liessen sich unantastbare Güter sehen: aufseiten von Grau der Kerngehalt der persönlichen Freiheit und die Menschenwürde; aufseiten des Kindes der Kerngehalt des Lebensrechts (die Pflicht zur Rettung vulnerabler Personen durch verhältnismässige Massnahmen gegen einen Störer[1790]), die Menschenwürde und der Kerngehalt der per-

1788 Teil 4, C.III.2.c.

1789 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 61.

1790 Vgl. zur Möglichkeit des Kerngehalts des Lebensschutzes: Dubey, Droits fondamentaux, § 15, N. 1167: „[L]'importance de la vie n'est pas moindre lorsqu'il

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sönlichen Freiheit. Wo solche Höchstgüter kollidieren, ist Abwägung geboten; jedenfalls im Rahmen der kontextuellen Normanwendung.

Unter der Hypothese des nahezu sicheren Rettungserfolgs wäre das Ergebnis vielmehr die Zulässigkeit der Androhung der Folter als letztes Mittel. Das Leben und die Menschenwürde des Kindes gehen, da ihnen ein irreversibler Schaden droht, einer nicht traumatisierenden, nicht sehr schmerzhaften Einschränkung von (abstrakt gesehen gleich bedeutsamen) Rechten des Grau konkret vor. Hierfür sprächen, nebst der Ablehnung des Abwehrprivilegs: das Vulnerabilitätsprinzip (Art. 11 BV); das Selbstverantwortungsprinzip, also die Tatsache, dass man Grau die Bewirkung der Kollision vorwerfen kann (vgl. Art. 6 BV); der Verlust an Glaubwürdigkeit, den der Staat erlitte, wenn er sichere Rettungsmassnahmen unterliesse, die nicht einmal die körperliche Unversehrtheit des Grau einschränkten (Art. 9 i.V.m. Art. 35 BV); der Vorrang des Rechts auf Leben gegenüber der Unterlassung von Einschränkungen, deren Folgen für das Wohl des Betroffenen nicht irreversibel sind; das Interesse des Staates, der nicht erpressbar wirken will, am Verhindern von Fehlanreizen durch aussergewöhnliche Schonung des Störers (Störerprinzip).

Kurz: Die Androhung der Folter wäre in Fällen dieser wohl vor allem fiktiven Art (bei nahezu sicherem Rettungserfolg) zulässig, soweit und weil sie verhältnismässig wäre und der Verhörte dabei klar nichts Schlimmeres erlitte als sein Opfer im Falle der Unterlassung der Drohung.

c. Folterandrohung mit unsicherem Rettungserfolg

Darf der Staat Grau Folter androhen, wenn unklar (aber nicht auszuschliessen) ist, ob sich damit das Leben des entführten Kindes retten liesse?

Absolute Gewissheiten gibt es selten; die Folterandrohung sollte m.E. theoretisch selbst dann zulässig sein, wenn ex ante angenommen werden kann, dass sie (gegenüber dem Scheitern der Massnahme) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Rettung des Kindes führen könnte und mildestes Mittel ist.

Das praktische Problem des Rettungsversuchs durch Androhung strikt verbotener Verhörmittel liegt in der beschränkten Wiederholbarkeit der Strategie. Weil auch Straftäter um das strikte Folterverbot wissen, wird man im glaubwürdigen Rechtsstaat kaum die Androhung der Folter als

---

agit pour la protéger (obligation positive), que lorsqu'il s'agit pour lui de ne point l'ôter (obligation négative)."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geeignetes Mittel ansehen können; sie ist deswegen wenig wirksam, weil niemand die Umsetzung der Drohung befürchten muss. Für die Behörde kommt das Problem einer Sackgasse der gewählten Mittel hinzu: Indem eine Behörde einer Person Folter androht, setzt sie sich dem Druck aus (wegen drohender Schädigung ihrer Glaubwürdigkeit bei leeren Drohungen), diese nötigenfalls doch umzusetzen. Die Folterandrohung erhöht damit das Risiko der Folter.

Obwohl die Folterandrohung nicht immer Art. 10 Abs. 3 BV verletzt und daher auch nicht per Definition unzulässig ist, ist es daher doch zutreffend, dass sie unter realen Bedingungen ein höchst ungeeignetes Mittel ist, dessen Unzulässigkeit für alle Fälle zu vermuten ist. Die Folterandrohung als Mittel des Lebensschutzes gefährdet auch den Ruf der die Drohung aussprechenden Ordnungskräfte. Dies gilt verstärkt dort, wo auch bei geringen Rettungschancen (also öfters vergeblich) gedroht würde. Der Staat kann nicht riskieren, dass es heisst, die Polizei drohe auch mal „auf gut Glück" mit Folter – dadurch erlitte der Rechtsstaat einen schweren Imageverlust, der fortan die Arbeit der Behörden belastete und sich überdies von Gegnern des Rechtsstaates propagandistisch ausschlachten liesse.[1791]

Zu all den obigen Erwägungen kommt hinzu, dass die Folterandrohung ohnehin nur in kuriosen Fällen das mildeste Mittel sein dürfte. Gesetzt, Drohungen seien in einem bestimmten Fall überhaupt wirksam, so liessen sich wohl auch mit vergleichbarer Wirksamkeit einfach die legalen Konsequenzen der Kooperationsverweigerung aufzeigen und diese damit androhen, etwa (soweit gesetzlich vorgesehen) härtere Untersuchungshaftbedingungen und eine gewisse kalkulierbare Auswirkung fehlender Kooperation auf die Schwere der Strafe, die im noch anstehenden Strafverfahren ausgesprochen würde. Weil und soweit der Betroffene mit diesen Konsequenzen im Rechtsstaat tatsächlich rechnen muss, dürften diese Drohungen wirksamer sein.

Kurz: Die Androhung der Folter ist, seltene und wohl fiktive Fälle mit sehr hohen Rettungschancen ausgenommen, stets unzulässig, weil sie in aller Regel niemals das mildeste wirksame Mittel zum Schutz der bedrohten Rechtsgüter ist.

1791 Vgl. The Economist 9.1.2003, Is torture ever justified?, betr. die Folter der CIA: „If the pragmatic gains in terms of information yielded are dubious, the loss to America in terms of public opinion are clear and horrifically large."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs

Dem nächsten Fall liegt eine Situation zugrunde, die derjenigen vom 11. September 2001 kurz vor dem Terroranschlag auf die WTC-Zwillingstürme in New York (kurz: 09/11-Attentat) ähnelt: Passagierflugzeuge werden von Terroristen in der Absicht entführt, diese in einem Kamikaze-Angriff gegen grössere bewohnte Bauten und Anlagen am Boden einzusetzen.

Im Unterschied zum 09/11-Attentat sind die Sicherheitsdienste im vorliegenden Fall vorbereitet und kennen die Absichten der Flugzeugentführer; sie können die Folgen des Abschusses hinreichend klar einschätzen.

> *Flugzeugabschuss*: Terroristen ergreifen die Kontrolle über ein Passagierflugzeug und leiten es von der geplanten Flugroute ab. Sie nähern sich einer Stadt, wo sie planen, in einen Turm zu fliegen, in dem sich mehr als 1500 Menschen befinden. Letzte Versuche, das Passagierflugzeug durch Manöver mit Militärflugzeugen zur Landung zu zwingen, scheitern. Nur der Abschuss des Flugzeugs, der innerhalb der nächsten Minute anzuordnen wäre, kann verhindern, dass die Terroristen das Flugzeug in den Turm fliegen und diesen zum Einsturz bringen. Die Evakuation der Menschen aus dem Turm ist nicht möglich.
> Darf der Abschuss des Passagierflugzeugs angeordnet werden, wenn davon auszugehen ist, dass der nicht verhinderte Terrorangriff den Tod von ca. 1500 Menschen bewirkte, der Flugzeugabschuss aber 75 Menschen töten würde?

Damit ist auch die Frage verbunden, ob ein Gesetz den Flugzeugabschuss vorsehen kann. Das deutsche Bundesverfassungsgericht verneinte dies in einem Entscheid aus dem Jahr 2006: Die den Ultima-Ratio-Abschuss des entführten Passagierflugzeugs zur Terrorismusabwehr ermöglichende Norm des Luftsicherheitsgesetzes[1792] verletze das Recht auf Leben in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 GG).[1793]

1792 Der aufgehobene § 14 Abs. 3 des LuftSiG lautete: „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist."

1793 BVerfGE 115, 118.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I Problemstruktur

Auch der vorliegende Fall ist dem Kollisionstypus der *aggressiven Rettung* zuzuordnen, weil die staatliche Intervention sich (u.a.) gegen die Störer richtet und Gewaltanwendung voraussetzt.

Es bestehen aber relevante Unterschiede zwischen dem *Flugzeugabschuss* und dem *aggressiven Rettungsverhör*: Letzteres trifft unmittelbar nur den Störer, während beim *Flugzeugabschuss* tatunbeteiligtes Leben getroffen wäre (Passagiere und Besatzungsmitglieder). Unterschiedlich ist zudem die relative Zahl betroffener Personen, da beim Flugzeugabschuss-Fall ein krass asymmetrisches Verhältnis besteht: Durch den Abschuss stürben 20-mal weniger Menschen als im Falle eines Unterlassens der Rettungshandlung. Bei der sogenannten „Rettungsfolter" kollidieren die Interessen des Störers mit den Interessen des Opfers; existenziell betroffen ist sonst niemand. Zur Besonderheit des hier diskutierten *Flugzeugabschusses* zählt ferner, dass dieser nur Menschen träfe, die ebenfalls im Falle passiven Verhaltens des Staates (durch den ungehinderten Terroranschlag) ihr Leben verlören; ausgenommen sind hier Opfer des Trümmerabsturzes (die es aber beim Abschuss wie auch durch den Terroranschlag geben kann).

Eine weitere Besonderheit ist die, dass der vorliegende Fall bereits Elemente der *forcierten Solidarität* enthält:[1794] Der Abschuss des Passagierflugzeugs trifft auch tatunbeteiligte Personen, die hiermit womöglich selbst dann nicht einverstanden wären, wenn sie vom bevorstehenden „Kamikaze"-Angriff Kenntnis hätten; sie müssten dabei als Nichtstörer die Folgen eines Eingriffs erleiden, der einzig der Rettung anderer Menschen dient.

II Konfligierende Rechtsgüter

1. Lebensrecht

Die aggressive Verhinderung eines Terroranschlags durch Abschuss des entführten Passagierflugzeugs kreist vorwiegend um das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), das unstreitig eines der Höchstwerte der Verfassungs-

1794 Ein Fallbeispiel dieser Kategorie wird unten besprochen: Teil 4, E; siehe die überzeugende Auseinandersetzung mit einem Solidaritätsprinzip aus einer strafrechtlichen Perspektive bei: Coninx, Solidaritätsprinzip, *passim*.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ordnung ist.[1795] Dass das Leben gar als das höchste Grundrecht anzusehen ist, wurde vorne dargelegt.[1796] Der Staat steht hier vor der Herausforderung, nach der optimalen Verwirklichung des Lebensrechts aller Betroffenen zu streben – das heisst, der Passagiere, der Besatzungsmitglieder, der Menschen am Boden und auch der Attentäter. Jedes Leben ist wertgleich; Menschenleben, die mittelbar betroffen sind, nicht weniger als unmittelbar betroffenes Leben.[1797]

Zu beachten ist aber, dass die 75 Menschen im Flugzeug auch bei Unterlassung des Abschusses nach einigen Sekunden ihr Leben gleichwohl verlören, was in einem graduellen und gleichheitsbasierten Gerechtigkeitsverständnis von Belang sein kann.[1798]

2. Menschenwürde?

In der deutschsprachigen Diskussion des Dilemmas des Flugzeugabschusses wird gemeinhin einfach vorausgesetzt, die Menschenwürde (Art. 7 BV) sei betroffen.

Es wird angenommen, dass der Abschuss des Passagierflugzeugs die unschuldige Besatzung und die unschuldigen Passagiere als blosse Objekte behandle, was die Menschenwürde verletze.[1799]

Anders als beim aggressiven Rettungsverhör, wo eine gewisse Instrumentalisierung (i.S.d. Behandlung als blosses Objekt) durch den Staat eindeutig vorliegt, ist der Fall beim Flugzeugabschuss alles andere als klar. Die tatunbeteiligten Personen werden zunächst durch die Täter in-

---

1795 BVerfGE 115, 118 (162): „[Der] Höchstwert, den das menschliche Leben in der Verfassungsordnung […] einnimmt […], [kann] den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter an Bord des Luftfahrzeugs rechtfertigen".

1796 Teil 4, B.II.1 und C.III.2.g; grundlegend zudem Teil 3, E.I-II.

1797 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 15, N. 1167; ebd., § 16, N. 1246.

1798 Zur gerechtigkeitstheoretischen Begründung der Gradualität: Teil 3, A.V; vgl., in Bezug auf konkrete Fragen der Grundrechtsdogmatik, Teil 2, B.I.2 und B.IV.4.b.

1799 Statt vieler Roxin, Der Abschuss, 558: „Die Passagiere werden nicht als Rechtssubjekte, als Personen, respektiert, sondern wie Objekte behandelt, die um der Rettung anderer willen aus dem Weg geräumt werden müssen."; für die Objektformel siehe Dürig, GG-Komm., Art. 1 N. 28: Die Menschenwürde sei verletzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird" ; zur Kritik der Objektformel siehe vorne, Teil 2, B.IV.4.c und C.V.3.a; zudem Teil 3, B.I.2.b und B.III.7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

strumentalisiert und als Schutzschild missbraucht.[1800] Einzig diese wollen deren Tod; mehr noch, sie wollen die letzten Lebensminuten ihrer Opfer zur Tötung einer noch grösseren Zahl Menschen instrumentalisieren. Der Staat, der den Abschuss unterlässt, tut, worauf die Terroristen hoffen. Er lässt sie durch die Instrumentalisierung von Menschenleben eine möglichst grosse Zahl an Menschen auf spektakuläre Weise töten. Schränkte der Staat durch den Abschuss dagegen die Würde der tatunbeteiligten Flugzeuginsassen ein? Der Vorwurf der Behandlung als blosses Objekt lässt sich hier nicht auf den Staat übertragen. Dieser braucht die Betroffenen (wenn überhaupt) nicht nur als blosses Objekt, sondern behandelt sie, durch die Durchkreuzung der Pläne der Täter, auch als Zweck. Denn einige Passagiere empfänden wohl in dieser aussichtslosen Lage eine Art Genugtuung an der Vorstellung, dass wenigstens den Mördern die Erreichung der terroristischen Ziele verwehrt bleibt.

Anzumerken ist, dass die Diskussion solcher Fälle in der Schweizer Lehre typischerweise, verglichen mit der Diskussion in Deutschland, weniger würdelastig ausfällt; statt explizit mit der Menschenwürde wird hier (falls überhaupt mit Unantastbarem) eher mit dem Kerngehalt des Lebensrechts argumentiert.[1801] Im Resultat dürfte dies aber nicht entscheidend sein.

Damit die vorliegende Lösung nicht den Vorwurf einbringt, sie operiere auf der Basis falscher Prämissen, wird vorsichtshalber von der (m.E. falschen) These ausgegangen, die Menschenwürde der Passagiere und Besatzungsmitglieder sei auch durch die Anordnung oder Durchführung eines Abschusses betroffen.

III Kritik des Abschussverbotes

1. Skizze der regelethischen Lösung des Bundesverfassungsgerichts

Im Entscheid des BVerfG gegen eine gesetzlich geregelte Abschusslegitimation waren folgende Eckpunkte entscheidend:

(i) Der anerkannte Konfliktschwerpunkt ist das Recht auf Leben. Dieses bildet laut BVerfG *einen* Höchstwert, der zugleich „vitale Basis der Menschenwürde“ ist, die ihrerseits das tragende Konstitutionsprinzip

1800 Isensee, Menschenwürde, 192.
1801 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 101.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und den obersten Verfassungswert stellt.[1802] Legitime Einschränkungen des Lebensrechts sind bei genügender Gesetzesgrundlage, der Wahrung des Wesensgehalts und der Respektierung der Grundentscheidungen der Verfassung möglich.[1803]

(ii) Die Bedeutung der Menschenwürde wird mit einer wortreichen Variante der Objektformel beschrieben: Es sei ausgeschlossen, „den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen", heisst es. Dies geschehe bei jeder „Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stell[e]". Dies sei der Fall, wo sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen zukommt.[1804]

(iii) Gemäss BVerfG fällt das Recht der tatunbeteiligten Flugzeuginsassen, dass es nicht zum Abschuss komme, unter den Schutzbereich des Rechts auf Leben und auch der Menschenwürde.[1805] Obschon gemäss BVerfG das zu schützende Leben die vitale Basis der Menschenwürde ist, hat die Verbindung von Würde und Lebensrecht einseitig die Verstärkung des abwehrrechtlichen Tötungsverbots zur Folge. Das der Menschenwürdegarantie im Sinne der Objektformel inhärente Abwehrprivileg[1806] (der gescheiterte Staat, der untätig ist, behandelt niemanden als Objekt) führt dazu, dass nun auch das Lebensrecht nur asymmetrisch Schutz gewährt: Im Kollisionsfall geht die Pflicht, die aktive Tötung Tatunbeteiligter nicht in Kauf zu nehmen, jener vor, Tötungen (inkl. Massentötungen) zu verhindern.[1807] Der Staat ist damit nicht nur gegenüber folgenäquivalenten Schutzpflichten zur Unterlassung der Tötung verpflichtet, sondern selbst dort, wo Schutzmassnahmen ein Vielfaches an Leben retten können.

(iv) Die Menschenwürde wirkt dabei als Abwägungsverbot, ganz im Sinne der (vom BVerfG nicht explizit bestätigten) These, es sei stets verpönt, Leben gegen Leben abzuwägen, und es dürfe auf die Anzahl gefährdeter Leben nicht ankommen.[1808] Jeder Ultima-Ratio-Flugzeugabschuss ist damit per Definition unzulässig, unabhängig davon, wie viele Leben gerettet würden.[1809] Vorausgesetzt ist einzig, dass mindestens eine

---

1802 BVerfGE 115, 118 (152), m.V.
1803 BVerfGE 115, 118 (139); vgl. BVerfGE 39, 1 (59).
1804 BVerfGE 115, 118 (153).
1805 BVerfGE 115, 118 (152 f.).
1806 Siehe Teil 2, B.IV.4.c.
1807 BVerfGE 115, 118 (152 ff.); vgl. Roxin, Der Abschuss, 558.
1808 Siehe das Argument der Beschwerdeführer: BVerfGE 115, 118 (127).
1809 BVerfGE 115, 118 (151 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tatunbeteiligte Person an Bord ist, welche die Kollisionslage nicht selbst herbeiführte.[1810]

(v) Das BVerfG verweist zur Begründung der (alles entscheidenden) Nachrangigkeit der Schutzpflicht auch auf den bei Schutzpflichten oft bestehenden Spielraum bei der Wahl der Mittel: Es gebe viele Wege, sie zu erfüllen. Wie die staatlichen Organe den Schutzpflichten nachkämen, sei von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Wo sich im Kollisionsfall die Wahl der Mittel auf ein einziges verenge, sei zwar möglich, dass auch hier nur ein Weg bestehe. Doch könne die Wahl der Schutzmittel „immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steh[e]".[1811]

Das ist die Hauptachse der vorwiegend auf einem deontologischen Grundrechtsverständnis gestützten Begründung des Bundesverfassungsgerichts.[1812] Dem folgt in Deutschland die herrschende Lehre.[1813] Die Schweizer Lehre äussert sich hierzu seltener, die Meinungen sind gespalten.[1814] In Art. 92a des Militärgesetzes, der den Waffeneinsatz gegen Zivil-

---

1810 BVerfGE 115, 118 (166).

1811 BVerfGE 115, 118 (160).

1812 Auf die kantische Begründung hinweisend auch: Müller/Schefer, Grundrechte, 52: „etwas zu kantisch".

1813 Statt vieler: Roxin, Der Abschuss, 552 ff. m.H.; a.A. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311; ders., FS-Jakobs, 230, mit der Ansicht, „dass eine solidarische Einstandspflicht ein Lebensopfer rechtfertigen könn[e]" und „das Recht die Möglichkeit der Aufopferung vor[sehe], auch […] des Lebens. […] Die Aufopferung, die den rechtlichen Voraussetzungen entspricht, ist die rechtmässige, aber entschädigungspflichtige Inanspruchnahme 'besonderer Rechte und Vorteile', zum 'Wohle des gemeinen Wesens'. Eben ein solches Sonderopfer wird den unschuldigen Fluginsassen auferlegt, um im Leben der anderen die Allgemeinheit zu schützen."; vgl. Merkel, Unschuldige, 33: „Terroristische Anschläge wie die des 11. Septembers zielen nicht primär auf die getöteten Opfer. Sie zielen auf das Herz des Staates: auf seine Rolle als Inhaber des Gewaltmonopols, das ihn zur Garantie der rechtlichen Friedensordnung befähigt […]. Anschläge, die diese Fähigkeit des Staates prinzipiell in Zweifel zu ziehen geeignet sind, bedrohen daher die normativen Fundamente seiner Existenz."; ders., Luftsicherheitsgesetz, 373 ff.; zur Debatte auch von Bernstorff, Kerngehaltsschutz, 156, m.H. in Fn. 1–4.

1814 Gegen ein striktes Abschussverbot: Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 96 ff.; Coninx, Solidaritätsprinzip, (202-)242, aus strafrechtlicher Sicht, aber mit gründlichen Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Fragen; wohl auch (en passant) Gertsch, Kerngehalte, 16, 17 (dort Fn. 112); aus pragmatischen Gründen dagegen, wegen der Unwägbarkeiten der unsicheren Rettungsmassnahme: Mahlmann, Grundrechtstheorie, 228 f., zugleich kritisch zur Nichtberücksichtigung der Würde der Personen am Boden; für ein rigoristisches

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

flugzeuge als Ultima Ratio gestattet, hat sich nun die Sichtweise durchgesetzt, der Waffeneinsatz gegen Zivilflugzeuge könne selbst bei tatunbeteiligten Passagieren an Bord nicht ganz ausgeschlossen werden.[1815]

2. Kritik der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts

a. Lösung auf Basis blosser Postulate

Die erste Kritik an der skizzierten Lösung spiegelt, was in abstrakter Weise der deontologischen Ethik vorzuwerfen ist: Die für die Lösung der Grundrechtskollision wichtigsten Aspekte werden nicht objektiv nachvollziehbar aus bestehenden Normen hergeleitet. Weil gleichzeitig die Begründung mit Folgenerwägungen abgelehnt wird, materialisieren sich die fallentscheidenden Argumente quasi aus dem Nichts. Beim *Flugzeugabschuss*-Fall betrifft dies die These des Vorrangs der abwehrrechtlichen Gehalte der Menschenwürde und des Lebensrechts.

Die einzige Stelle, die den Ansatz eines Arguments für das Abwehrprivileg enthält, endet in einer Schlaufe: Das Argument lautet, die Schutzpflicht könne wegen ihrer Unbestimmtheit auf unterschiedliche Arten erfüllt werden. Das kann für den Vorrang der Abwehrrechte sprechen: Wenn die Unterlassenspflicht R mit einer bestimmten Modalität (M_1) zur Erfüllung der Schutzpflicht S kollidiert (also R vs. S_{M1}), dann ist na-

---

Abschussverbot: Keller/Keller, Abschuss; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 14; ders., in: SRF 17.10.2016, Terror-Fall: „Der Staat darf nicht rechnen, dass man eine gewisse Zahl Menschen opfert, um eine grössere Zahl Menschen zu retten. Er muss aus Prinzip die Menschenwürde schützen."; ferner Müller/Schefer, Grundrechte, 52; siehe zudem, ohne eigene Positionierung zur Frage, Biaggini, BV, Art. 10 N. 11; allgemein gegen ein Abwehrprivileg (nicht direkt fallbezogen): Dubey, Droits fondamentaux, § 15 N. 1167/1180, sowie § 16, N. 1246.

1815 Art. 92a MG erlaubt den Flugzeugabschuss unter der Bedingung, dass andere verfügbare Mittel nicht ausreichen (Abs. 1), vorher der Luftverkehr eingeschränkt wurde (Abs. 3) und der Vorsteher des VBS oder bei Kompetenzdelegation der Kommandant der Luftwaffe den Abschuss anordnet (Abs. 5) oder Notstand oder Notwehr vorliegt (Abs. 6). Der Bundesrat, der diese Regelung vorschlug, hielt in seiner Botschaft gleichwohl fest, jede Abwägung von Leben gegen Leben, bei der der Staat Menschen „opfere", um eine grössere Zahl unschuldiger Menschen zu retten, verletze die Menschenwürde (Botsch. Militärgesetz 2014, BBl 2014 6955, 7014 f.); wäre er hiervon überzeugt gewesen, hätte er die Regel nicht vorschlagen dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

türlich eine möglichst nicht abwehrrechtseinschränkende Schutzmodalität vorzuziehen (S_{M2}, S_{M3} etc.). Das BVerfG scheint zu erkennen, dass das Argument der bestehenden Schutzalternativen nur für solche Fälle etwas taugt. Es fügt an, manchmal könnten sich die Wege, einen effektiven Lebensschutz zu leisten, auf die Wahl eines einzigen Mittels verengen. Was dann? Damit entfällt das Argument für das Abwehrprivileg. Im Falle einer (echten) Kollision der Unterlassens- mit einer Schutzpflicht existiert per Definition nur ein (abwehrrechtseinschränkendes) Schutzmittel; wird es nicht ergriffen, wird zwingend der Schutzanspruch eingeschränkt. Hier trifft es nicht zu, dass die Schutzansprüche anders gewahrt werden könnten und der Respekt der Abwehrrechte daher dringlicher wäre (was für ihn spräche). Doch diesem Schluss verweigert sich das BVerfG, indem es die Begründung des Abwehrvorrangs abbricht. Und dies auf relativ subtile Weise: mit der Feststellung, das gewählte Schutzmittel müsse in jedem Fall mit der Verfassung in Einklang stehen. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Natürlich sucht der Rechtsstaat nach einer verfassungskonformen Lösung; natürlich muss die Kollisionslösung (erfolge sie nun durch ein bestimmtes Schutzmittel oder durch Unterlassen) verfassungskonform sein. Allein, mit der These des Abwehrvorrangs hat diese Selbstverständlichkeit nichts zu tun. Sie verrät nicht, warum der Abwehrvorrang auch dort gelten sollte, wo sich die Wahl der Mittel aufgrund der Umstände auf ein einziges verengt.[1816]

Und das ist der Punkt: Der Verweis auf die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Lösung, den man als Leser zustimmend zur Kenntnis nimmt, verleitet zum unbekümmerten Weiterlesen. Man droht dabei zu übersehen, dass die Begründung des Abwehrvorrangs soeben schlicht und einfach abgebrochen wurde. Dabei ist dies entscheidend: Weil das BVerfG in der Pflicht zum Schutz des Lebens vor rechtswidrigen Angriffen Dritter einen Ausdruck der Menschenwürde sieht[1817], hätte es eigentlich von der Kollision gleichermassen höchstrangiger Rechtsgüter ausgehen müssen, die nur durch Abwägung gelöst werden kann.[1818]

Verborgen bleibt durch den subtilen Begründungsabbruch der Ausgangspunkt des Entscheids im blossen Postulat, wonach das Tötungsverbot (bezüglich „Unschuldiger") stets dem Lebensschutz vorgehe. Das wird zuerst implizit mit Falltypen begründet, in denen gerade keine echte Kollision vorliegt (weil noch andere Wege zur Erfüllung der Schutzpflicht

1816 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 219 f.
1817 BVerfGE 115, 118 (152).
1818 Vgl. Gertsch, Kerngehalte, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

offenstehen). Dann wird, als erklärte dies den Vorrang im Kollisionsfall, auf das Erfordernis der Verfassungskonformität aller Schutzmittel verwiesen. Suggeriert wird damit, dass der Vorrang des Tötungsverbots vor dem Lebensschutz der Verfassung zu entnehmen sei. Doch das ist nur der Fall, wenn man annimmt, der Abwehrvorrang bedürfe keiner Begründung, sondern verstehe sich (etwa auf Basis der Menschenwürdegarantie) von selbst. Das ist offensichtlich nicht der Fall.[1819]

Solche Begründungen befriedigen nicht (soweit sie überhaupt begründen).

b. Rechtsungleichheit durch Ausgrenzung bestimmter Grundrechte

In der Auseinandersetzung mit der Problematik der „Rettungsfolter" wurde das Phänomen der Kollisionsleugnung kritisiert, das darin besteht, dass die mit dem ersten als unantastbar identifizierten Rechtsgut kollidierenden Güter (ungeachtet ihrer Schwere oder gar Identität mit dem unantastbaren Rechtsgut) einfach von Beginn an nicht berücksichtigt würden.[1820]

Zumindest im Ergebnis argumentiert das BVerfG so, als hätte es die mit den von ihm hervorgehobenen Rechten der Personen im Flugzeug kollidierenden Rechte (das Leben der Personen am Boden) gar nicht gesehen. Die Schutzpflicht gegenüber dem Leben der durch den unverhinderten Terrorakt getöteten Personen wird zwar wahrgenommen und gar in Bezug zur Menschenwürde gestellt.[1821] Aber zur symmetrischen Fallbeurteilung, die sich angesichts der Kollision der Höchstgüter (Leben und Würde) aufdrängt, kommt es nicht. Es wird nicht gefragt, von welchem Gewicht die Grundrechtsinteressen auf der einen Seite der Kollision im Verhältnis zu jenen auf der anderen Seite sind. Damit leugnet (oder „dissimuliert"[1822]) das BVerfG die Kollision. Der einfach vorausgesetzte Vorrang der (abwehrrechtlichen) Menschenwürde der tatunbeteiligten Personen im Flugzeug hat zur Folge, dass die sorgfältige Prüfung und Gegenüberstellung der

---

1819 Ausführlich vorne, Teil 2, B.IV.4.

1820 Teil 4, C.III.5.

1821 BVerfGE 115, 118 (152): „[Der Staat] ist auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren [m.V.]. Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG."

1822 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(bei Unterlassen des Abschusses sowie bei dessen Vornahme) drohenden Schäden unterbleibt.

Dadurch wird signalisiert, die Personen am Boden hätten keinen Anspruch, dass man die mögliche Vorrangigkeit ihrer Rechte prüft. Mit der Rechtsgleichheit lässt sich das m.E. nicht vereinbaren; noch weniger aus der Menschenwürde herleiten. Denn im Entscheid des BVerfG bleibt für die Personen, die durch den Terrorangriff (am Boden) getötet würden, nur wenig übrig vom eloquent formulierten Anspruch jedes Einzelnen, „in der Gemeinschaft als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden“[1823].

c. Wertungswiderspruch

Vergleicht man den BVerfG-Entscheid mit anderen Fällen der akuten Lebensrettung, kann man sich des Eindrucks eines Wertungswiderspruches kaum erwehren: Lehre und Praxis (in Deutschland wie auch in der Schweiz) erachten praktisch ausnahmslos die Tötung zur Lebensrettung in bestimmten anderen Konstellationen, wie etwa dem finalen Rettungsschuss, für zulässig.[1824] Warum nicht beim Flugzeugabschuss? Ausschlaggebend soll sein, dass im Abschussfall unschuldiges Leben und nicht nur „schuldiges“ Leben geopfert würde, während vom finalen Rettungsschuss nur der Täter betroffen wäre.[1825]

Es ist fraglich, ob sich die Fälle wirklich daran unterscheiden lassen. Ein finaler Rettungsschuss, der keine tatunbeteiligten Personen gefährdete, dürfte selten sein. In aller Regel dürften mindestens Querschläger-Risiken bestehen. Das führt aber nicht dazu, dass der Selbstmordattentäter nicht erschossen werden dürfte, um ihn daran zu hindern, mit der Ladung

---

1823 BVerfGE 115, 118 (153).

1824 Statt vieler Schefer, Kerngehalte, 309 ff.; Gertsch, Kerngehalte, 16; vgl. Kantonsgericht Graubünden, Urteil vom 28.2.2002, SF 01 30, in: PKG 2002, 82 ff., betr. den Freispruch eines Polizeikommandanten, der den Befehl zu einem „finalen Rettungsschuss“ erteilte.

1825 Siehe betr. die Legitimität des Abschusses, wenn nur Tatbeteiligte an Bord sind: BVerfGE 115, 118 (166); für ein weiteres, in der Folgenethik-Kritik gründendes Argument: Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14: Unschuldige sollen nicht einem „utilitaristischen Kalkül“ geopfert werden, bei dem Menschenleben gegeneinander aufgerechnet würden, da damit der Staat ihnen den Eigenwert abspräche, „der ihnen kraft deontologisch verstandener individueller Würde zusteht“; vgl. Roxin, Der Abschuss, 558–559.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sprengstoff sein Ziel zu erreichen. Auch bei Schuldunfähigkeit des Attentäters wäre die Tötung nötigenfalls erlaubt.[1826] Nichts anderes gilt, wenn der Attentäter schuldfähig ist, im Kleinlastwagen aber, mit welchem er auf einen gedrängten Markt zurast, eine tatunbeteiligte, gefesselte Geisel sitzt: Es darf, ungeachtet der möglichen Tötung auch der Geisel, alles getan werden, um das Fahrzeug aufzuhalten (Schüsse mit Feuerwaffen oder gar mit einer hypothetisch verfügbaren Panzerfaust, mit einem Bagger seitwärts in den Wagen des Angreifers fahren etc.), ehe es in die Menge rast.

Die Tötung der tatunbeteiligten oder unschuldigen Personen ist in all diesen Fallbeispielen nicht die Absicht des intervenierenden Staates, aber man nimmt sie in Kauf, weil der Schaden, verglichen mit dem Wert des Geretteten, erträglich ist.[1827] Es besteht auch beim finalen Rettungsschuss eine Bedrohung Unschuldiger, die hingenommen wird. Gewiss, die Drittbedrohung verwirklicht sich beim Flugzeugabschuss mit grösserer Wahrscheinlichkeit. Doch ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet dieser probabilistische Aspekt eine kategorische Konsequenz zu begründen vermögen soll; dies in einer regelethischen Theorie, für die Wahrscheinlichkeitserwägungen bei Höchstgüterkollisionen eigentlich belanglos sind. Für Gerechtigkeitstheorien wie die Folgenethik, die Wahrscheinlichkeiten für bedeutend halten, gilt zudem: Selbst eine vielleicht nur 2%-Gefahr, dass ein „Unschuldiger" 50 Jahre seines Lebens wegen eines Querschlägers verliert (das entspricht der 100%-Gefahr des Verlusts eines Lebensjahrs), ist nicht offensichtlich ein geringerfügiges Übel als eine vielleicht 99%-Gefahr, dass 75 Menschen knapp eine Minute Lebenszeit verlören.

d. Unbegründbares Verbot zahlenmässiger Abwägung

Strittig ist, ob aus dem Lebensrecht im Kollisionsfall die Pflicht fliessen kann, die grösstmögliche Anzahl an Leben zu retten.[1828] Oft wird die Opti-

---

1826 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 558, am Beispiel eines Autofahrers, der infolge einer plötzlichen Ohnmacht oder eines Herinfarktes die Kontrolle über sein Fahrzeug verlöre, auf einen dicht gedrängten Weihnachtsmarkt zuraste und zahlreiche Menschen zu töten drohte; hier wäre der Defensivnotstand gegeben und es dürfte im Rahmen einer Schutzmassnahme der Tod des Fahrers in Kauf genommen werden, „weil niemand verpflichtet ist, schwere oder gar tödliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, die ihm durch andere drohen".

1827 Siehe dazu hinten, Teil 4, D.IV.1.

1828 Strikt gegen die Abwägung von „Leben gegen Leben": Roxin, Der Abschuss, 553–554, der sich kohärenterweise nicht einmal an der Idee zu stören scheint,

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mierung des Lebensschutzes aufgrund der These des Verrechnungsverbots abgelehnt, dessen Grundlage die deontologisch verstandene Menschenwürde sei.[1829] Das BVerfG hat zumindest implizit das Abwägungsverbot angewandt, denn es erspart sich die (bei gebotener Abwägung) eigentlich erforderliche Erklärung, warum der Respekt von Würde und Leben auch eine erhöhte Opferzahl gebieten soll.[1830] Ein rigoristisches Abwehrprivileg kann hier jedenfalls nicht als Erklärung dienen.[1831]

Wie anlässlich der Verteidigung der Folgenethik dargelegt[1832] und hinten konkret präzisiert wird[1833], ist an der Beachtung der relativen Zahl bedrohter Menschenleben nichts auszusetzen. Die Prüfung der Relation zwischen der Zahl an Leben, die bei aktiver Intervention verloren wären, und jener, die bei Nichtverhinderung des Angriffs Dritter verloren gingen, ist ethisch und rechtlich gar erforderlich, weil es sonst ganz an einer sachlichen und gleichheitskonformen Lösungsbasis fehlte.

e. Einseitigkeit der Folgenerwägungen

Folgenerwägungen kommen im Entscheid des BVerfG zwar vor.[1834]

So mahnt es, über den Abschuss wäre im konkreten Fall unter Umständen zu entscheiden, unter denen die Lage nicht voll überblickt und nicht immer richtig eingeschätzt werden könnte.[1835] Die Situation an Bord könne sich innerhalb von Minuten oder gar Sekunden ändern.[1836] Auch könn-

---

das Abwägungsverbot auch noch aufrechtzuerhalten, wenn die Aufopferung einer Person zur Rettung einer Mio. Menschen infrage stünde: ebd., 554, oben, m.V. auf BGHSt 35, 347 (349), dem Katzenkönigs-Fall des Bundsgerichtshofs, der einen Erlaubnistatbestandsirrtum der Art betraf; vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218, m.H.

1829 Gerhart Baum, in: FAZ 1.8.2016, Die Drohung (Interview): „Die Richter folgten unserer Argumentation, dass Menschenleben nicht gegen Menschenleben aufgewogen werden dürfe. Sie statuierten ein Verrechnungsverbot.“, abrufbar auf <www.faz.net/aktuell/feuilleton/ferdinand-von-schirach-terror-baum-hirsch-14364755.html> (zuletzt am 8.2.2017); Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14.

1830 Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218.

1831 Vgl. vorne, Teil 2, B.IV.4; zum Scheitern der Begründung des Abwehrprivilegs im hier besprochenen Urteil des BVerfG, vorne: Teil 4, D.III.2.a.

1832 Teil 3, D.III.3.

1833 Teil 4, D.IV.1.

1834 Insb. BVerfGE 115, 118 (154 ff.).

1835 BVerfGE 115, 118 (154 f.).

1836 BVerfGE 115, 118 (156).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten unerwartet Verhaltensabläufe eintreten, in deren Folge der Abschuss nicht mehr erforderlich wäre.[1837] Fehlinterpretationen der Situation an Bord seien nicht auszuschliessen. Das Zeitfenster für die Entscheidung sei sehr knapp.[1838] Für diejenigen, die am Boden unter extremem Zeitdruck entscheiden müssten, sei es praktisch unmöglich, verlässlich zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des Abschusses vorlägen.[1839] Das führe zur Gefahr, dass der Abschussbefehl zu früh erteilt werde, wenn er überhaupt „rechtzeitig mit Aussicht auf Erfolg und ohne unverhältnismäßige Gefährdung unbeteiligter Dritter vorgenommen werden [soll]".[1840]

Sogar möglicher Trümmersturzopfer infolge eines Flugzeugabschusses gedenkt das BVerfG.[1841] Dass es den Trümmersturz erwähnt, verblüfft, weil die unmittelbar betroffenen Grundrechte Dritter (der Personen am Boden, denen der terroristische Angriff gilt) im Entscheid überhaupt nicht ins Gewicht fallen und kaum zur Rede kommen.[1842]

Das ist das Problem: Die an sich teilweise denkwürdigen Folgenerwägungen des BVerfG sind einseitig. Nicht eine einzige Folgenerwägung beschäftigt sich mit den Konsequenzen des Unterlassens des Abschusses. Auf das Leben der am Boden durch den terroristischen Angriff betroffenen Personen wird beiläufig hingewiesen.[1843] Das der erfolgreiche Angriff ebenfalls zum Sturz von Trümmern führt, interessierte offenbar nicht.

Eine folgenethisch fundierte Lösung sähe jedenfalls in der Begründungsstruktur anders aus. Es wären beidseitig die Gefahren zu ermitteln und am Ende darzulegen, warum die Schutzpflichten gegenüber der schliesslich grösseren Zahl an Menschen nicht überwiegen.[1844] Indem das Bundesver-

---

1837 BVerfGE 115, 118 (155).
1838 BVerfGE 115, 118 (155 f.).
1839 BVerfGE 115, 118 (156).
1840 BVerfGE 115, 118 (155 f.).
1841 BVerfGE 115, 118 (164): Zu beachten sei, dass durch den Flugzeugabschuss „nicht nur hoch gefährliche Anlagen betroffen [*sic!, also durch den Abschuss*], sondern auch Menschen getötet werden können, die sich in Gebieten aufhalten, in denen aller Voraussicht nach Trümmer des […] abgeschossenen Luftfahrzeugs niedergehen werden. Auch zum Schutz des Lebens […] dieser Menschen ist der Staat von Verfassungs wegen verpflichtet. Das kann […] nicht unberücksichtigt bleiben."
1842 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 557.
1843 BVerfGE 115, 118 (160): „Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten."; vgl. ebd. (152).
1844 Vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 217; siehe auch Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fassungsgericht die Gefahren eines Abschusses umfassend beurteilt, diese Gefahren jedoch nicht den Folgen tatenlosen Zusehens gegenüberstellt, bedient es sich gerade in dem Ausmass (intuitionsapologetisch[1845]) einer Art Güterabwägung, in welchem es zur Bekräftigung des Abschussverbots nützlich erscheint.

f. Nachhaltigkeitsprobleme

Die Lösung des BVerfG lässt Nachhaltigkeitserwägungen vermissen. Einige Jahrzehnte zuvor hatte das BVerfG im *Schleyer*-Urteil noch gesagt, dass die Reaktion des Staates auf erpresserische Forderungen nicht kalkulierbar gemacht werden dürfe, weil dies sonst den effektiven Schutz der Bürger verunmöglichen würde.[1846] Aber genau dies tut das hier kritisierte Urteil im Ergebnis: Es ermöglicht es allen informierten Terroristen, sich darauf zu verlassen, dass in Deutschland entführte Passagierflugzeuge nicht abgeschossen werden.[1847] Damit wissen die Flugzeugterroristen, dass die vorletzten Mittel die letzten sind: Wenn Jagdflugzeuge zum entführten Flugzeug aufschliessen und mit ihm in Verbindung treten, im Versuch, es von seiner Route abzubringen und es zur Landung zu bringen, wird dies den wohlinformierten Flugzeugentführer mit terroristischen Absichten nicht beunruhigen, da bei untersagtem Ultima-Ratio-Abschuss das wichtigste Druckmittel für solche Fälle fehlt. Kurz: Die Wahrscheinlichkeit einer Flugzeugentführung dürfte mit dem Entscheid nicht geringer geworden sein, denn die Handlungsoptionen potenzieller Attentäter wurden deutlich verbessert.[1848]

Die eigentliche Katastrophe (welche an der Nachhaltigkeit des Abschussverbots erst recht zu zweifeln zwänge) träte ein, wenn tatsächlich ein Flugzeug entführt und als Terrorwaffe im 09/11-Stil erfolgreich eingesetzt würde, weil der Staat sich den Abschuss verbietet. Dem Staat würde man

---

1845 Vgl. Kahneman, Thinking, 104: „System 2 [*gründliches, zeitintensives und eher abwägendes Denken*] is more of an apologist for the emotions of System 1 [*schnelles, intuitives Denken*] than a critic of those emotions […]. Its search for information and arguments is mostly constrained to information that is consistent with existing beliefs, not with an intention to examine them."

1846 BVerfGE 46, 160 (164 f.).

1847 Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 96.

1848 Baldus, Luftsicherheitsgesetz, 534; Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 96, trocken bemerkend, der Terrorangriff könne in Deutschland, was einmalig sei, „unter dem Dach der Verfassung" verwirklicht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vorwerfen, Erfüllungsgehilfe der Terroristen gewesen zu sein. Im öffentlichen Diskurs wären die Stimmen, die jetzt noch mit der Menschenwürde gegen jeden Abschuss argumentieren, kaum mehr hörbar. Der öffentliche Diskurs bleibt zudem vom Terrorismus, der stets auch ein Angriff auf das freie Denken ist[1849], nicht unberührt. Nach einem unverhinderten (aber verhinderbaren) Terroranschlag grösseren Rangs könnte die Demokratie Kreise an die Macht spülen, die den Ruf nach Kontrolle und Sicherheit (zu) gerne erhören. Dies kann mehr Fremdenangst, eine über das Ziel hinausschiessende Sicherheitspolitik, repressive Terrorgesetze und die Zustimmung der Bevölkerung für intrusive nachrichtendienstliche Tätigkeiten zur Folge haben.[1850] Mit anderen Worten: Das absolute Abschussverbot könnte eine Kollisionslösung jener Art sein, die sich nur ein einziges Mal im Ernstfall durchsetzen lässt – und sich dabei gleichzeitig selbst abschafft.

Auch deshalb ist das rigoristische Abschussverbot abzulehnen.

3. Kritik der Geltung und Anwendung der Objektformel

a. Grosszügiger Begriff der Instrumentalisierung

Kaum ein Fall verdeutlicht die Schwäche der Objektformel so sehr wie jener des *Flugzeugabschusses*: Wer vom Staat als „blosses Objekt" behandelt wird, ist unklar und in hohem Masse eine Frage der Interpretation und des Geschmacks.[1851] Das Konzept der menschenwürdewidrigen Instrumentalisierung ist so vage, dass man durch die Anpassung der Rhetorik jede der betroffenen Personen als blosses Objekt darstellen kann: Passagiere, Besatzungsmitglieder, Personen am Boden, Opfer von Trümmern, den Piloten des Abfangjägers, die Täter selbst. Denn für all diese Personen lässt sich sagen, sie seien in einer ausweglosen Lage und drohten aufgrund der Kollision dazu genötigt zu werden, etwas zu erdulden (oder zu tun), was nicht ihrem Willen oder ihrer Überzeugung entspricht.

Das BVerfG sah nur die (unschuldigen) Passagiere und Besatzungsmitglieder von einer Instrumentalisierung bedroht: Sie seien in auswegloser Lage und könnten ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen. Dies mache sie zum Objekt nicht nur

---

1849 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 97; vgl. Merkel, Unschuldige, 33.

1850 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 104.

1851 Vgl. Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 36–37, allg. zur Schwierigkeit einer handhabbaren Definition der Menschenwürde.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Täter, sondern auch des Staates, wenn dieser zur Abwehrmassnahme des Flugzeugabschusses greife und sie damit „als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer" behandle.[1852]

Voraussetzung der Plausibilität dieser Annahme des BVerfG ist, vom weiten Begriff des Instrumentalisierens abgesehen, dass man unterstellen darf, die hypothetisch vom gesetzlichen Abschussbefehl betroffenen Passagiere und Besatzungsmitglieder würden in einem autonomen, freien Entscheid den Abschuss ablehnen. Das jedoch ist eher fragwürdig, unabhängig davon, ob man „autonom" im Sinne eines authentischen, freien Willens begreift oder nach dem Willen sucht, den diese Personen haben müssten, würden sie den kategorischen Imperativ[1853] oder eine ähnliche, gerechtigkeitsverbürgende Grundnorm befolgen: Ich mag als Passagier die Rettung Tausender Menschen ablehnen, obwohl ich selbst nur wenige Sekunden Leben zu verlieren habe; aber dies ist gewiss nicht eine Maxime, von der ich wollen kann, sie werde ein allgemeines Gesetz.[1854]

Statt zu unterstellen, die tatunbeteiligten Personen im Flugzeug würden autonom den Abschuss, der ihr Leben um Augenblicke (der Hoffnungslosigkeit) verkürzt, trotz der Möglichkeit der Rettung einer Vielzahl an Menschen ablehnen, lässt sich mit nicht minderer Plausibilität sagen: Der Staat, der das Flugzeug abschiesst, wahrt die Würde der unschuldigen Personen an Bord des Flugzeugs, weil er an deren Stelle den Widerstand gegen die Terroristen leistet, den diese Passagiere leisten würden, wenn sie es könnten.[1855] Dies wäre jedenfalls die Konsequenz aus zwei psychologisch tief verwurzelten und auf die Willensbildung einwirkenden menschlichen Neigungen: erstens der Hang zur Sympathie für Personen in einer ähnlichen Lage (hier für die von Terroristen ebenfalls bedrohten Menschen im Turm) und zweitens ein Hang zur Reziprozität[1856] (hier in Form des Willens, die Terroristen, soweit möglich, daran zu hindern, ihren Plan zu verwirklichen).

Zu beachten ist zudem, dass der Abschuss die Dauer des Ausgeliefertseins sogar verkürzen würde. Der Staat ist nicht Urheber des bestehenden Zustands des Ausgeliefertseins; nicht ihm sind die Menschen im Flugzeug ausgeliefert, hat er doch nicht die Macht über deren Leben und Tod (den

---

1852 BVerfGE 115, 118 (154).

1853 Kant, GMS, AA IV, 421: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."

1854 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 232–242.

1855 Vgl. Teil 4, D.II.2.

1856 Dazu Cialdini, Influence, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tod jener Menschen kann er gerade nicht mehr verhindern). Auch in der Intention des Staates sind die tatunbeteiligten Personen im Flugzeug nicht Mittel staatlichen Handelns. Wie sollten sie Mittel der Terrorabwehr sein, wenn deren Anwesenheit im Flugzeug und deren drohender Tod keineswegs hilft, den Terrorangriff zu verhindern? Durch die Geiselnahme setzen die Täter dem Staat vielmehr ein Hindernis, da die Anwesenheit Unschuldiger an Bord die Gefahr erhöht, dass der Abschuss nicht stattfindet (weil ein Pilot den Mut verliert oder ein deontologisch gesinnter Kommandant ihn nicht anordnet, obwohl er gesetzlich vorgesehen wäre) und dafür 1500 Menschen sterben.

Kurz: Der *Flugzeugabschuss* illustriert, wie schwierig eine schlüssige und objektiv überzeugende Argumentation mit der Objektformel ist.

b. Keine Behandlung der Flugzeugentführer als „blosse Objekte"?

Erstaunlich ist, dass das BVerfG die extensive Würdedefinition, aus der sich das Abschussverbot ergeben soll, am Ende doch nicht konsequent durchhält.[1857]

Befänden sich an Bord des Flugzeugs nur dessen Entführer, wäre ein Abschuss gemäss BVerfG denkbar.[1858] Die Gegenwart „unschuldiger"[1859] Personen an Bord ist es, die zum Abschussverbot führt. Entscheidend ist eine Art aus der Menschenwürde selbst gewonnenes Störerprinzip: Für Täter gölten andere Regeln, weil, wer Rechtsgüter anderer angreife, nicht als blosses Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich infrage gestellt werde, wenn der Staat sich gegen den Angriff zur Wehr setze und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht abzuwehren versuche. Die erstaunliche Begründung: „Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird

---

1857 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 52.

1858 BVerfGE 115, 118 (166).

1859 Siehe BVerfGE 115, 118 (u.a. 138 f., 157 f.), wo das BVerfG fünfmal von „unschuldigen" Personen (an Bord des Flugzeugs) spricht, obwohl damit die Unschuldsvermutung in Bezug auf die implizit nicht-unschuldigen Flugzeugentführer aufgegeben wird; allein in der Regeste ist von „tatunbeteiligten" Personen die Rede.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt."[1860]

Das verrät ein zweischneidiges Verständnis der durch die Menschenwürde garantierten Autonomie, das sich verkürzt mit den Worten Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zusammenfassen lässt. Aus der Annahme, der Mensch sei autonom, ergeben sich Pflichten: Die Menschenwürde ist nicht nur einfach zu achten und zu schützen (so Art. 7 BV wie auch Art. 1 Abs. 1 GG), sondern sie setzt die Selbstverantwortlichkeit des Menschen voraus. Diese bedeutet, dass man mit den Risiken und Konsequenzen der freien Selbstbestimmung leben muss: Wer als Träger von Menschenwürde autonom handelt, der kann sich nicht über die für ihn voraussehbaren Folgen seiner Freiheit beklagen.

Unübersehbar ist, dass hiermit die Menschenwürde zum sanktionierenden Prinzip wird.[1861] Das Argument, der tödliche Eingriff gegen den Störer sei die Konsequenz seiner Autonomie, ist hingegen heikel, weil ihm kaum Grenzen gesetzt sind: Auch der Kindesentführer hat sich autonom für die Entführung entschieden und damit den vieldiskutierten Kollisionsfall herbeiprovoziert, wonach man das Kind nur noch retten könnte, wenn man dem Entführer Schmerzen zufügte, vielleicht gar folterte. Auch er hätte theoretisch das Geschehen in der Hand und könnte durch Kooperation alles abwenden. Und doch ist es problematisch, anzunehmen, die Folter sei die Bekräftigung der Autonomie des Entführers.[1862] Für jeden vorsätzlich handelnden Straftäter wären mit dieser Logik harte Folgen billig: Ein Todesschuss für den fliehenden Dieb; dem Brandstifter das Verbrennen im selbst gelegten Feuer; dem Triebtäter chirurgische und medikamentöse Eingriffe zur Ausrottung des falschen Triebes; dem Haftinsassen, der auszubrechen versuchte, das Unterlassen jeglicher Nothilfe, wenn er dabei einige Stockwerke in die Tiefe stürzte. Und dem Raser dürfte man Baumstämme an unerwarteter Stelle in den Weg legen, damit auch er seine Bestimmung fände.

Das Problem: Als Folge der autonomen Selbstbestimmung wird etwas unterstellt, was mit dem Willen der Betroffenen nichts zu tun hat: Die Terroristen im Flugzeug streben nicht nach dem eigenen Tod; sie nehmen ihn nur als Mittel in Kauf, möglichst viele Menschen zu töten. Wenn überhaupt, denn subjektiv könnte ein Selbstmordattentäter gar der Ansicht

---

1860 BVerfGE 115, 118 (160 f.), Hervorhebung ergänzt; vgl. Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14.

1861 Vgl. Rouiller/Uffer, Concepts, intérêts et valeurs, 47 ff. m.H.

1862 Teil 4, C.III.6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein, er nehme keineswegs den (endgültigen) Tod in Kauf, wenn er an sein Jenseits glaubt. Dies zeigt: Die These, der Abschuss sei das Resultat dessen, was sich die Flugzeugentführer freiverantwortlich vorgenommen hätten, ist bemüht. Konsequenterweise müsste die Menschenwürde im Sinne der Objektformel selbst dann gegen den Abschuss sprechen, wenn nur Terroristen an Bord wären.[1863]

Was bedeutet dies? Die Tötung der Flugzeugentführer ist als Ultima Ratio zulässig (was wohl fast unumstritten sein dürfte). Zugleich ist die Tötung eine Handlung der Art, die man als verbotene Instrumentalisierung im Sinne der Objektformel qualifizieren müsste, würde diese kohärent angewandt. Daraus folgt, dass die in diesem Kollisionsfall gebotene Lösung die Objektformel verletzen würde, woraus folgt, dass die Objektformel keine absolute Geltung verdient.[1864] Das heisst auch, dass die Menschenwürde, will sie unantastbar bleiben, nicht so abwehrrechtslastig definiert werden kann, wie es auf Basis der nicht immer haltbaren (und zu einfachen[1865]) Objektformel getan wird.

Problematisch an der Objektformel ist überdies die mit ihr gelegentlich einhergehende Rhetorik:

c. Kritische Betrachtung der (Objektformel-)Rhetorik des BVerfG

Die Umschreibung der Menschenwürdeverletzung durch das BVerfG greift die Objektformel auf; die dabei verwendete Rhetorik verdient Aufmerksamkeit. Es heisst, in Bezug auf den vermeintlich absolut unzulässigen Flugzeugabschuss:

> „Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flug-

1863 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 52.

1864 Im Resultat auch: Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 38; ferner Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311–312.

1865 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311; betr. zu einfachen Lösungen siehe allgemein Montaigne: „que la vertu refuse la facilité pour compagne et que cette voie douce, aisée et déclive par où se conduisent les pas [bien] réglés d'une bonne inclination de nature n'est pas celle de la vraie vertu" (in ders., Sur la cruauté, 54).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> zeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt."[1866]

Diese Sätze sagen weniger aus, als man auf den ersten Blick erhofft. Die im ersten Satz enthaltene These, der Abschuss *(i)* missachte die Subjekteigenschaft der Betroffenen, wird zwar nicht begründet, aber dafür rege umformuliert. So heisst es auch, *(ii)* durch den Abschuss verdingliche der Staat die Betroffenen (ein Begriff, der eher zur Leibeigenschaft oder zur Vogelfreierklärung von Menschen passte). Zugleich zur Verdinglichung fände eine *(iii)* Entrechtlichung statt (was in der Verdinglichung indes bereits enthalten ist, solange Dinge keine Rechte haben). Ferner heisst es, *(iv)* es würde im Falle des Abschusses einseitig über das Leben der Betroffenen verfügt (auch das geht bereits mit dem Fehlen einer Subjekteigenschaft oder der Verdinglichung einher, da man über Objekte ohne deren Einwilligung verfügt). Zu guter Letzt wird noch die Wendung aufgeboten, *(v)* den Flugzeuginsassen werde der (intrinsische) Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukomme. Wenn damit auf die Selbstwerthaftigkeit kraft Menschenwürde angespielt wird, ist auch dies eine Wiederholung.

Leider gewinnt die Verdinglichungsthese durch diese Wiederholung und Überladung nicht an Glaubwürdigkeit. Je nach philosophischer Warte vermutet man bei solch Pathos-reicher Rhetorik vielmehr einen Mangel an substanziellen Argumenten. Das Urteil glänzt dabei auch noch mit anderen obsoleten Wiederholungen. So heisst es, der Flugzeugabschuss habe „den Tod, also die Vernichtung des Lebens" zur Folge.[1867] Was hat Vernichtung, was dem Tod fehlt? Die Assoziation zu historischen Grausamkeiten (Vernichtungslager)? Wenn das ein Versuch ist, die Gravität des vom BVerfG als völlig undenkbar qualifizierten Abschusses zu betonen, weckt auch er eher zusätzliche Skepsis: Warum, wenn das Unrecht des Flugzeugabschusses so eindeutig sein soll, bedarf es da der Betonung?

Eine weitere Wiederholung ist jene der „Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit" der Lage der Flugzeuginsassen.[1868] Eines dieser Synonyme hätte sich das BVerfG zur Beschreibung der Situation der am Boden (z.B.

1866 BVerfGE, 115, 118 (153); ein Widerhall davon aus der Lehre: Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, 1083: „Indem die unschuldigen Passagiere geopfert werden, werden sie zum Teil des zur Waffe pervertierten Flugzeugs verdinglicht und sind als solcher, nicht als Menschen, Zielobjekt der staatlichen Maßnahme."

1867 BVerfGE 115, 118 (140).

1868 BVerfGE, 115, 118 (154).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Turm) durch den Terrorangriff bedrohten Personen aufsparen können. Zumal der Sprung aus dem Fenster des Turmes nicht Ausweg, nicht Entrinnen ist.

Die kritisierte Art Rhetorik verrät m.E. tendenziell die Schwäche des Arguments. Sie ist abzulehnen, selbst als Instrument zur Stärkung der „richtigen" Position (als deren Vertreter jeder sich zu sehen neigt), weil sie die Wirkung haben kann, irrezuführen und von den wirklichen Problemen abzulenken.

d. Zwischenfazit zur Objektformel-Kritik und Konklusionen hieraus

Jeder Mensch wird durch den Staat hier und dort ein wenig instrumentalisiert.[1869] Solange die Menschenwürde unantastbar ist und der Grundrechtsschutz vernünftig sein soll, kann nicht in jeder Instrumentalisierung von Menschen eine Verletzung der Würde erblickt werden. Selbst bestimmte, zweifellos harte Formen der Behandlung von Menschen als blosse Objekte wertet man gerade nicht als Verletzung unantastbarer Rechtsgüter: Einen unheilbar gefährlichen Straftäter – der das Unglück hatte, mit einem nicht sozialverträglichen, starken Trieb auf die Welt zu kommen – wird man alleine und ausschliesslich zum Schutze anderer Personen lebenslang verwahren; und dies über die Höhe der Haftdauer weit hinaus, zu der er seiner Taten wegen verurteilt würde. Daraus folgt die Bestätigung des bereits dargelegten Schlusses[1870], dass die Menschenwürde nicht vor jeder Instrumentalisierung schützen kann (wenn sie denn unantastbar ist).

Mit dieser Erkenntnis ist eine weitere verbunden: Die Menschenwürde liefert kein Argument für die Begünstigung der Abwehrposition im Falle einer Kollision von Würdepositionen.[1871] Solch ein Vorrang hätte aus der Objektformel fliessen können: Weil die Objektformel sich gegen instrumentalisierendes und damit aktives Handeln des Staates richtet, bedeutete ihre zwingende Geltung den steten Vorrang der abwehrrechtlichen Würdeansprüche. Doch für die strikte Geltung der Objektformel gibt es, wie nun hinlänglich dargelegt, keinen guten Grund.

1869 BVerfGE 30, 1 (26): „Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß."

1870 Vgl. vorne Teil 2, B.IV.4.c; zudem: Teil 3, B.I.2.b, B.II.3 und B.III.7.

1871 Vgl. vorne Teil 2, B.IV.4, insb. a, c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hieraus folgt im *Flugzeugabschuss*-Fall, dass die vom BVerfG angedeutete Begründung für den strikten Vorrang des (mit dem Abwehrrecht aus der Menschenwürde verknüpften) Tötungsverbots vor dem (genauso mit der Würde verbundenen) Lebensschutz scheitern muss.

IV Lösungselemente

1. Wertende Gegenüberstellung der Grundrechtsinteressen

a. Legitimität quantitativer und qualitativer Bewertung

Abwägung ist stets zulässig, wenn auch gegebenenfalls nur in Form einer vorweggenommenen Abwägung, die abwägungsgefestigte Schutzpositionen begründet.[1872] Dabei gilt es, die betroffenen Werte einem Vergleich zuzuführen. Ohne Möglichkeit der sachlichen Gewichtung der zu vergleichenden Werte ist kaum eine nachvollziehbare und überprüfbare (falsifizierbare) Kollisionslösung denkbar.[1873]

Vorliegend bedeutet dies, dass folgende zwei Arten der Bewertung der Schwere von Einschränkungen des Rechts auf Leben möglich sein müssen: die Gewichtung nach der relativen Zahl betroffenen Lebens (*quantitative Abwägung*) und die Gewichtung mit Blick auf die individuelle Lebenssituation und auf graduelle Beurteilungskriterien (*qualitative Abwägung*). An diesen Modi der Bewertung wird bisweilen die folgenethische Grundlogik kritisiert; man befürchtet ein utilitaristisches Nutzenkalkül.[1874] Dieses ist im Grunde aber (wenn man den Nutzen so weit versteht, wie ihn bereits Spinoza, Helvétius, Bentham et al. verstanden[1875]) in ethischer Hinsicht kein Problem. Diese für viele wenig attraktiven Begriffe (Utilitarismus,

---

1872 Vorne Teil 2, C.V.3 und 4.a.

1873 Folgenethische Analysen setzen den Vergleich voraus: Teil 3, D.I.2.a.

1874 Vgl. Baumann, Quantifizierungsvorbehalt, 858; Roxin, Der Abschuss, 557 f.; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14 „Anders als beim finalen Rettungsschuss tötet der Staat hier […] unschuldige Opfer […]. Diese würden durch den Abschuss in völliger Ausweglosigkeit einem utilitaristischen Kalkül geopfert".

1875 Siehe vorne, Teil 3, D.II.1.b, für Spinoza m.H.; vgl. Helvétius, De l'homme, Kap. I.10, pos. 587/9853 (zit. in Teil 3, D.I.1); zudem Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20, mit nachgetragener Anm. 1 zu Kap. 15 (zit. in Teil 3, D.I.2.f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kalkül)[1876] täuschen darüber hinweg, dass es sich bei der Folgenethik um eine attraktive und kohärente Gerechtigkeitstheorie handelt. Die Weigerung, für irgendwelche Fälle die Abwägung als per se gerechtigkeitswidrig einzustufen (zugunsten der Applikation von Regeln, die auf blossen Postulaten beruhen), ist durchaus Ausdruck der Folgenethik. Zweck ist es, jene Handlung zu identifizieren, die möglichst lebensdienlich ist (und nicht lebensschädlicher als nötig). Weil alle Betroffenen gleiche Berücksichtigung nach Massgabe der Gleichheit ihrer Interessen verdienen, ist das „Kalkül" (der Vergleich, die Gegenüberstellung) erforderlich. Die apriorische Begünstigung bestimmter Personen wird abgelehnt.[1877]

b. Vorrang der grösseren Zahl (quantitative Abwägung)

Jede nachvollziehbare Kollisionslösung muss die Tatsache berücksichtigen, dass beim *Flugzeugabschuss*-Dilemma auf einer Seite der Kollision ein Vielfaches an Menschenleben betroffen ist.[1878] Wenn der Staat 1500 Menschen retten könnte, aber nur 75 Menschen rettet, muss er dies rechtfertigen. Zumindest ohne Rechtfertigung liesse die Rettung der geringeren Zahl eine krasse Geringerschätzung der nicht geretteten Personen vermuten: Der Staat handelte, als wären die 75 Menschen mehr als zwanzigmal wertvoller als die 1500 Menschen.

Aufgrund seiner Stellung als Gewaltmonopolist trifft den Staat die Begründungspflicht unabhängig davon, ob er nun aktiv oder passiv den Tod dieser Menschen mitverursacht.[1879] Keine valable Begründung ist aus oben erläuterten Gründen das blosse Abstellen auf einen irgendwie gearteten, relevanten Unterschied zwischen aktivem Begehen und passivem Zulassen: Es besteht kein prinzipielles Privileg der Abwehrdimension der zu schützenden Rechte.[1880] Ferner kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen (zur Begründung des kategorischen Vorzugs der in casu geringeren Zahl), ob der Staat die Tötungshandlung gezielt vornimmt oder diese „nur" eventualvorsätzlich in Kauf nimmt; ansonsten könnte sich auch

1876 Vgl. vorne, Teil 3, D.I.3.
1877 Vgl. vorne, Teil 3, D.III.3.a.
1878 Vorne, Teil 3, D.III.3.b-c.
1879 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16 N. 1246.
1880 Vorne, Teil 2, B.IV.4; Teil 4, D.III.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Verbot der Auslieferung in ein Drittland, in welchem die Todesstrafe droht, nicht direkt aus Art. 10 Abs. 1 BV ergeben.[1881]

Auch lässt sich an der Abwägung nichts an sich Verwerfliches erkennen, etwa im Sinne einer Behandlung von Menschen als „Dinge". Gerade dadurch, dass abgewogen wird, werden die Betroffenen als Menschen (Achtung verdienende Wesen) betrachtet. Wären auf der einen oder anderen Seite der Kollision überhaupt keine Menschen betroffen, könnte auf die Abwägung verzichtet werden (so etwa beim Abschuss einer Drohne oder beim Nichtverhindern eines Kamikaze-Flugs auf ein evakuiertes Gebäude).

Letztlich ist die Abwägung und Gegenüberstellung (u.a.) der Anzahl an Leben auch einfach notwendig, weil es sonst an einer intelligiblen Begründungsbasis fehlte. Wer bei Grundrechtskollisionen nicht auf die Anzahl der bedrohten Güter, die Schwere des drohenden Schadens, die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts und dergleichen abstellt, hat nur noch die Intuition als Leitlinie übrig. Aufgrund ihrer Variabilität ist diese kaum verlässlich; wer den Flugzeugabschuss auf Basis der Intuition löst, der stellt vielleicht doch insgeheim auf die Zahl betroffener Leben ab. Oder auf andere Werte, die unbegründet bleiben, weil sie eben unbegründbar sind (etwa wenn der Grund ein elitärer wäre, weil man denkt, wer sich einen Flug leisten könne, gehöre nicht zu den tieferen sozialen Schichten).

Folglich ist es nicht „schlechterdings unvorstellbar" (so aber das BVerfG)[1882], eine Vielzahl unschuldiger Menschen auf Kosten der geringeren Anzahl gleichermassen unschuldiger Menschen zu retten.[1883] Ein rigoristisches Tötungsverbot, das den Wert des Lebens der grösseren Zahl gar nicht erst mit dem Wert des Lebens der kleineren Zahl vergleichen will, litte an einem unheilbaren Legitimationsdefizit, das in Extremfällen besonders deutlich hervorträte: Ein Rechtsgrundsatz, der zum Schutz eines Rechtsguts ein theoretisch grenzenloses Schadensausmass in Kauf nimmt, lässt sich rational kaum begründen.[1884]

Ob die Rettung der grösseren Zahl *direkt* Betroffener jeweils zweckmässig ist, ist eine demgegenüber ganz andere Frage. Das Gebot zum Schutz

---

1881 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102; vgl. vorne, Teil 2, B.IV.4.

1882 BVerfGE 115, 118 (157): „Auch wenn sich im Bereich der Gefahrenabwehr Prognoseunsicherheiten vielfach nicht gänzlich vermeiden lassen, ist es unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG *schlechterdings unvorstellbar*, […] unschuldige Menschen […] gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten." (Hervorhebung ergänzt).

1883 Vgl. Mannino/Vollmer/Pulver, Stellungnahme.

1884 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der grösseren Zahl bedeutet nicht, dass der Staat Menschen töten darf, sobald er dadurch eine leicht grössere Zahl direkt betroffener Menschen rettet. Eine Tötung ungefährlicher Personen zur Rettung weniger Leben ist in folgenethischer Hinsicht typischerweise abzulehnen: Aufgrund der sozialen Ächtung der Tötung führte jede nicht eindeutig legitime Tötung durch den Staat potenziell zu erheblichen Vertrauensschäden im Staat-Bürger-Verhältnis und drohte die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens zu beeinträchtigen.[1885] Zudem sind Irrtums- und Missbrauchsrisiken einzurechnen, die mit der Legitimierung von Tötungen zur Rettung von Menschen einhergehen (man stelle sich vor, es werde ein Passagierflugzeug abgeschossen, das der Regierung zufolge von Terroristen entführt worden war; nur hätte sich in diesem Flugzeug ein begabter Oppositionspolitiker befunden). Ein ausschliesslicher Fokus auf die relative Zahl griffe daher zu kurz.

Gleichwohl avanciert ab einem bestimmten Verhältnis der Zahlen das Argument der grösseren Zahl tendenziell zum entscheidenden Grund. Eine fixe Schwelle lässt sich aufgrund der sehr unterschiedlichen Umstände nicht bestimmen. Man sollte aber faustregelartig davon ausgehen, dass die aktive Tötung eines Nichtstörers zur Rettung von bis zu zwölf Leben strikt untersagt ist, solange nicht ausserordentlich gewichtige Gründe dafür sprechen, die aktive Rettung in Erwägung zu ziehen (etwa ein krasser Unterschied in den Aussichten, die Gefahrenlage bei Rettung bzw. Nichttötung durch den Staat definitiv zu überleben, oder ein Anlass zur Annahme, die betroffene Person würde den Eingriff nicht ablehnen). Im Falle des finalen Rettungsschusses auf einen Angreifer zählen zu den (öfters vorliegenden) gewichtigen Gründen namentlich das Anliegen, die Glaubwürdigkeit des Staates zu beweisen, dessen Schutzfähigkeit nachzuweisen und heiklen Anreizen vorzubeugen, die entstünden, wenn zu selten die Urheber der Gefahren auch die Lasten dieser Gefahren tragen. Menschen, die andere nicht gefährden, sollten umgekehrt (damit sie keinen Anlass empfinden, ihr sozialverträgliches Verhalten aufzugeben) stets damit rechnen können, dass man ihnen nicht gezielt das eigene Leben zur Rettung anderer wegnehme. Aus diesen Gründen dürfte jedenfalls die gezielte (nicht nur in Kauf genommene) Tötung eines Nichtstörers auch bei deutlich mehr als zwölf durch diese Tötung zu rettenden Leben noch klar folgenethisch unhaltbar und unzulässig sein.

Abgesehen von den genannten Gründen spielt auch der Signalwert einer Rechtsordnung eine Rolle, in der jeder Mensch sich massgeblich

---

1885 Siehe oben: Teil 2, B.IV.4.d, Punktueller, pragmatischer Abwehrvorrang.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbst für das eigene Wohl verantwortlich weiss (vgl. Art. 6 BV) und es sein darf (Art. 10 Abs. 2 BV).

Wie steht es im vorliegenden Fall? Dass im Falle des Abschusses Nichtstörer stürben, fällt zweifellos ins Gewicht, ist aber nicht zwingend entscheidend. Das Zahlenverhältnis (1:20) und die Möglichkeit der Rettung von 1500 konkret bedrohten Menschenleben zwingen zur sorgfältigen Abwägung, ob nicht der Abschuss geboten (insgesamt lebensdienlicher) sei. In einer solchen Konstellation lässt sich nicht a priori ausschliessen, dass die (ungewollte) Tötung der Nichtstörer aus Gerechtigkeitsgründen in Kauf zu nehmen sei.[1886]

c. Berücksichtigung der Lebensdauer (qualitative Abwägung)

Die hohe relative Zahl (ein Zwanzigfaches) geretteter Leben legitimiert m.E. für sich alleine aber noch nicht den Abschuss.

Im vorliegenden Fallbeispiel fällt indessen auch ins Gewicht, dass der Abschuss die Chancen der tatunbeteiligten Personen an Bord kaum (wenn überhaupt) reduzierte, nicht innerhalb kürzester Zeit getötet zu werden. Gerettet würden bei Verzicht auf den Abschuss einige Sekunden oder höchstens Minuten an Lebenszeit (Minuten, wenn auch zu verhindern wäre, dass das Flugzeug über dicht besiedelte Orte und damit alternative Anschlagsziele flöge).

Nun fragt sich, ob man nicht annehmen muss, die Rettung vieler Lebensjahre sei der Rettung dieser Sekunden oder Minuten vorzuziehen. Laut BVerfG nicht: Der Achtungsanspruch jeder Person gelte „unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens".[1887] Das heisst, die Beachtung der Tatsache, dass die auf der einen Seite betroffenen Personen Lebensjahrzehnte, die auf der anderen Seite (im Flugzeug) betroffenen Personen aber nur Sekunden oder Minuten verlören, soll den „Achtungsanspruch" derjenigen verletzen, die bei Berücksichtigung der Lebensdauer kaum noch privilegiert werden könnten.

Der Unterschied an bedrohter Lebenszeit ist alles andere als banal: Es stehen ein Dutzend Lebenssekunden geschätzten 35 Lebensjahren (in Sekunden ca. 11 Milliarden) gegenüber; auch wenn die exakte Zahl vom

1886 Für eine umfassende gerechtigkeitstheoretische Widerlegung der vermeintlich absoluten Unzulässigkeit der Tötung unschuldiger Personen zur Rettung anderer, siehe insb. Kagan, The Limits of Morality, *passim* (insb. Kap. 3).

1887 BVerfGE 115, 118 (152).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschusszeitpunkt und vom Angriffsziel abhängt, hat man es in jedem Fall mit höchst ungleichen Konsequenzen zu tun: Die am Boden betroffene Person verliert knapp das Hundertmillionenfachste an Lebensdauer im Vergleich zu derjenigen im Flugzeug. Rechnet man zu diesem Verhältnis auch noch jenes der Anzahl an Leben hinzu, würde durch das terroristische Attentat im Vergleich zum Flugzeugabschuss das 1'836'026'666-fache (fast das Zweimilliardenfache) an Lebensdauer vernichtet. Dass Unterschiede in der bedrohten und rettungsfähigen Lebenszeit ins Gewicht fallen können, ist daher aus folgenethischer Warte evident.[1888] Dass es bei solchen Zahlen schwierig ist, ohne Ausserkraftsetzung der Logik und Physik das Gegenteil zu behaupten, ebenso. Der Menschenwürde lässt sich jedenfalls nicht sachlich ein Recht der krass geringerfügig Getroffenen auf Ausserachtlassung von Unterschieden in der rettungsfähigen Lebenszeit entnehmen.

Mit anderen Worten, das Gewicht des im Kollisionsfall bedrohten Lebens darf im Rahmen der Abwägung auch graduell berücksichtigt werden.[1889] Das ist gar ein Gebot der Gerechtigkeit und der Rechtsgleichheit. Die Furcht, eine solche Abwägung führe zur Hierarchisierung der Menschen, ist unbegründet.[1890] Es geht nicht darum, bestimmte Menschen als wertvoller als andere einzustufen, sondern gerade darum, die Verletzung des Differenzierungsgebots des Art. 8 Abs. 1 BV bei völlig unvergleichbaren Situationen (krasse Ungleichheit des Umfangs an bedrohtem Leben) zu vermeiden. Die Differenzierung hebelt auch nicht das Verbot aus, Menschen nicht ihres Alters wegen zu diskriminieren (Art. 8 Abs. 2 BV), da der Anknüpfungspunkt nicht das schon gelebte Leben (Alter), sondern das erwartbare weitere Leben ist (auch ein Kind im Flugzeug hätte in dieser tragischen Lage eine äusserst kurze weitere Lebensdauer).

2. Prognostische Folgenbewertung

In einem realen Flugzeugabschuss-Dilemma zählte zu den grössten Schwierigkeiten die Einschätzung und Erkennung der Kollisionslage: Da die Kommunikationsmittel und die Zeit zur Kommunikation mit den Tätern an Bord des entführten Flugzeugs sowie mit den Geiseln begrenzt ist, dürfte sehr oft eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der wirklichen

1888 Siehe vorne, Teil 3, D.I.2.f; E.I.3; F.IV.1.
1889 Grundlegend in Teil 3, A.V; vgl. Teil 2, B.I.2.
1890 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 103.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziele der Flugzeugentführer sowie der Lage der betroffenen Passagiere bestehen. Jagdflugzeuge können zwar Funkkontakt aufnehmen, doch ob dieser beantwortet (oder auch nur verstanden) wird, ist unklar. Ob ein Terrorangriff im 09/11-Stil unmittelbar bevorsteht, wird man daher selten mit letzter Gewissheit bestimmen können.

Diese Rechtsunsicherheit, die nichts Aussergewöhnliches ist (sie spielt wohl fast in jedem echten Konfliktfall eine gewisse Rolle), führt nicht zurück zur Legitimität rigoristischer Regeln. Sie führt aber dazu, dass für die Beurteilung der Grundrechtskollision mit Wahrscheinlichkeitserwägungen zu operieren ist. Wo Prognoseschwierigkeiten bestehen, sind die Grundrechtsinteressen probabilistisch zu gewichten. Auch wenn dies oft nur approximativ machbar ist, ist dies der gänzlichen Missachtung einer möglichen Folge oder ihrer Beachtung unter impliziter fiktiver Gewissheitsannahme klar vorzuziehen.[1891] Die Verfassung selbst enthält m.E. ein Gebot zur probabilistischen Gewichtung der Konsequenzen im Gebot der Grundrechtsverwirklichung in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV).[1892]

Im *Flugzeugabschuss*-Fall heisst dies: Sobald nahezu Gewissheit bestünde, dass sich das Passagierflugzeug in der Gewalt von kriminell motivierten Personen befindet und zudem mit erheblicher Sicherheit angenommen werden kann, dass die fraglichen Flugzeugentführer auf dicht besiedelte Orte oder kritische Anlagen zufliegen, um einen Terroranschlag auszuüben, ist eine gewisse Unsicherheit betreffend die Erfolgsaussichten und Begleitrisiken des Abschusses nicht entscheidend; solange der um die Unsicherheit korrigierte Erwartungswert der Rettung weiterhin höher ist als der Erwartungswert bei Untätigkeit, ist der Abschuss ethisch begründbar.

3. Einigungsbasierte Argumente

a. Hypothetische Einigung zur Solidarität auf Normstufe

Zur Kollisionslösung wurden in der Lehre auch einigungsethische Begründungsstrategien fruchtbar gemacht; auch solche Ansätze führen zur kritischen Beurteilung des Urteils des BVerfG. So argumentiert Coninx, die betroffenen Menschen würden als Vertragspartner im Zustand des Nichtwissens die Lösung solcher Kollisionen regeln, indem sie eine Solidaritäts-

1891 Teil 3, D.I.2.b; vgl. c.
1892 Vgl. Gertsch, Kontrolle, 172.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pflicht dahingehend vereinbarten, dass sie im Interesse der Maximierung der eigenen Überlebenschancen auf der Ebene der Norm darin übereinkämen, den Abschuss als letztes Mittel hinzunehmen.[1893] Sie hätten keinen Grund, den Vorrang des Abwehrrechts vor dem Schutzrecht zu vereinbaren, auf Kosten der Optimierung des Lebensschutzes.[1894] Dies lässt sich mit einer risikoausgeglichenen Variante des vorliegend besprochenen Falles aufzeigen:

> Würde eine Person X dem Abschuss zustimmen, wenn sie entweder eine der 75 Passagiere oder Besatzungsmitglieder im entführten Flugzeug wäre oder, bei für jede Person gleicher Wahrscheinlichkeit, eine der 1500 Personen am Boden, die der Terrorangriff träfe?

In dieser unabhängigen Position würde X kaum den Abschuss ablehnen, zumal sie dann mit *zwanzigmal* grösserer Wahrscheinlichkeit von der Folge der Kollision getroffen wäre. Im Falle des Abschusses verbliebe ihr dagegen eine Überlebenschance von knapp 95 %, was dem fast sicheren Tod im Falle der Unterlassung des Abschusses vorzuziehen ist.

Diese Präferenz bei risikoausgeglichener Ausgangslage ist relevant, weil sie eine neutrale Beurteilung der Lage ermöglicht: Wenn der Staat so urteilt wie X in der risikoausgeglichenen Fallvariante, urteilt er zumindest ohne ungebührliche Präferenz für einzelne Personen und zudem im Sinne der hypothetischen Einigung, die eigeninteressierte Personen träfen, die nicht wüssten, welche Rolle ihnen im Kontext der fraglichen Gefahrenlage zukäme.[1895] Soweit es aber Gründe gibt, die punktuell gegen den Abschuss

---

1893 Coninx, Solidaritätsprinzip, 202–242, 225: „Die *ratio* einer individualistisch bestimmten Solidarität stützt sich nicht auf den Gedanken der Aufopferung Einzelner zugunsten aller. Vielmehr ist der Verpflichtungsgrund Ausdruck einer rational motivierten Kooperation, die […] die Nutzenfunktion einzig zugunsten des Einzelnen […] erfüllt", ebd., 240–242, wo aus einer kontraktualistischen Begründung des Solidaritätsprinzips schlüssig die Zulässigkeit einer Norm hergeleitet wird, welche den Abschuss als Ultima Ratio ermöglicht; vgl. ebd., 207 f.: „Eine Notstandslösung anhand der Prioritätenordnung von Abwehr- und Schutzansprüchen überzeugt nicht, weil sie sich zu stark am Staat als Akteur orientiert. […] Das Kriterium, das für die Entscheidung [aus Sicht des Privaten] ausschlaggebend ist – nämlich die Maximierung der Überlebenschancen –, ergibt sich ohne Blick auf den Akteur."; vgl. Depenheuer, Bürgeropfer, 57, der eine solche Pflicht für den Extremfall aus der Würde herleitet: „[D]er rechtschaffene Bürger [kann] seine Würde einzig darin finden, dass er sein Interesse bis hin zur Aufopferung seines Lebens den Interessen anderer oder des Gemeinwohls solidarisch unterordnet".

1894 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 207 f.

1895 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 240–242.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechen, müssen diese auf Variablen zurückzuführen sein, die von der Risikoausgleich-Frage ausgeblendet werden. Dies ist jeweils gesondert zu prüfen. Zwei Gesichtspunkte sind dabei stets zentral: Es sind erstens Unsicherheiten zu bedenken, etwa betreffend die Existenz der Kollisionslage und die Effektivität der Rettungsmittel. Zudem gebietet das Anliegen der Schonung des Vertrauens der Bürger in die Organe des Staates gerade bei schockierenden Rettungsmassnahmen tendenziell Zurückhaltung; dies auch in Fällen, wo die Rettung der grösseren Zahl möglich ist und ihr die Direktbetroffenen in der risikoausgeglichenen Ausgangslage zustimmten.

Kurz: Auch aus einigungsethischen Überlegungen folgt im *Flugzeugabschuss* und ähnlichen Fällen heuristisch die Vermutung des Vorrangs der grösseren Zahl und der grösseren zu rettenden Lebensdauer – nicht aber ein strikter Vorrang der Rettung der grösseren Zahl. Kriterien folgenethischer Art justieren das einigungsethische Prüfschema.

b. Erwartungs- und Selbstverantwortungsprinzip

Ein im etwas weiteren Sinne einigungsethisches Argument lautet: Die tatunbeteiligten Personen an Bord des Flugzeugs müssten sich *eher* der terroristischen Gefahr einer Flugzeugentführung zu Anschlagszwecken bewusst gewesen sein, als dass Menschen in irgendeinem Gebäude am Boden damit rechnen müssten, einem Attentat mit entführten Zivilflugzeugen zum Opfer zu fallen. Jenen, die solche Risiken als zu gross empfinden, steht es offen, auf das Fliegen vorsichtshalber zu verzichten. Weil das eher Erwartbare zugleich auch eher vermeidbar ist, ist es fair, wenn die Last der Kollisionslösung ceteris paribus auf jene Personen fällt, die mit der Situation eher hätten rechnen müssen. Ähnlich lässt sich gar argumentieren, die Passagiere und Besatzungsmitglieder seien (im Vergleich zu den Menschen im getroffenen Turm) eher fähig, Widerstand gegen die Terroristen zu leisten und so ihr eigenes Schicksal wieder in die Hand zu nehmen.

Auch dieses Argument, dessen Grundlage Art. 6 BV wäre, spricht (in akzessorischer Weise) für die Möglichkeit eines Flugzeugabschusses in Extremfällen.

V Kollisionslösung

Der Staat muss im Kollisionsfall zum Ziel haben, die Lösung vorzunehmen, die zum grösstmöglichen Wohl der grösstmöglichen Zahl führt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das bedeutet hier zwingend, dass er die Zahl der beidseitig bedrohten Menschen und die Dauer des beidseitig gefährdeten Lebens prüft und vergleicht. Wenn (annähernde) Gewissheit ob des Erfolgens des Terrorangriffs mit 1500 Toten herrscht, ist die Untätigkeit des Staates schlicht unvertretbar, der Flugzeugabschuss dagegen rechtlich absolut geboten. Ins Gewicht fallen dabei auch Anreizerwägungen (die Flugzeugentführer sollen nicht auf die Untätigkeit des Staates zählen können). Aus Sicht der Schweiz besteht überdies ein grosses Interesse an der Wahrung der Fähigkeit, Bedrohungen im Luftraum nötigenfalls mit Waffengewalt zu begegnen; dies liegt etwa an der Bedeutung der Stadt Genf für die internationale Gemeinschaft sowie an Grossanlässen wie dem WEF in Davos.[1896]

Gewisse Unsicherheiten in Bezug auf die Wirksamkeit der Rettungsmassnahme ändern nichts an ihrer Zulässigkeit, solange der probabilistisch gewichtete Erwartungswert einer Rettung klar über dem Wert liegt, der durch Untätigkeit des Staates realisiert würde. Das wäre etwa der Fall, wenn nur von einer 25%-Möglichkeit auszugehen wäre, dass der Rettungsabschuss noch gelingen kann (wenn das Flugzeug sein Angriffsziel beispielsweise fast erreicht hat und unklar ist, ob der Schuss vom Jagdflugzeug aus verhindern kann, dass grössere Teile des Flugzeugs in den Turm einschlagen). In diesem Fall müsste so abgewogen werden, als wäre eine sichere Rettung von 375 Menschen (25 % der 1500 Personen) mit dem Flugzeugabschuss gewiss erreichbar. Unterlassen sollte man die aggressive Abschussmassnahme dagegen dann, wenn unklar ist, ob das Flugzeug überhaupt durch entsprechend motivierte Terroristen entführt worden ist (so etwa den Abschuss eines Passagierflugzeugs, zu dessen Besatzung kein Kontakt hergestellt werden kann und bei dem man nach Konsultation der Passagierdaten nicht ausschliessen kann, Terroristen hätten es in ihre Gewalt gebracht). Der Vertrauensschaden, den der Staat durch den irrtümlichen Abschuss eines nicht von Terroristen kontrollierten Flugzeugs erlitte, wöge zu schwer – er überwöge mittel- und längerfristig den Erwartungswert eines Abschusses (dies m.E. selbst dann, wenn man hier wieder von der 25%-Chance ausgeht, dass 1500 Menschen gerettet würden).

Es versteht sich, dass der Abschuss als Grundrechtseingriff einer Basis im Gesetz bedarf, das die Modalitäten darlegt und die Entscheidungsabläufe klärt. Dabei genügt auch eine eher allgemein formulierte Eingriffsgrundlage wie jene des neuen Art. 92a Abs. 1 MG. Demnach ist der Waffeneinsatz gegen ein Passagierflugzeug als letztes Mittel zulässig. Die Normdichte mag bescheiden sein (so erfährt man nichts über die vorher einzuset-

1896 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 96 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zenden Mittel), doch das rechtfertigt sich wegen der Komplexität und mangelnden Vorhersehbarkeit der im Einzelfall zweckmässigen Handlungen.[1897] Die Normdichte rechtfertigt sich auch angesichts des Normzwecks (der Verhinderung umfassender Lebensgefährdungen); ein Mehr an Legitimität kompensiert hier das allfällige Weniger an legaler Grundlage.[1898]

E. Vermutete Zustimmung zur postmortalen Organspende

Zur Illustration von Fällen der forcierten Solidarität wird die Widerspruchslösung im Organtransplantationswesen besprochen. Bei diesem System zur Regelung der Zulässigkeit einer postmortalen Organentnahme und -spende wird vermutet, jede Person stimme der Eventualität einer postmortalen Spende ihrer Organe zu, soweit sie nicht zeitlebens explizit ihren Widerspruch zu einer solchen Spende äussert. Damit würde jeder urteilsfähigen und volljährigen (allenfalls auch schon 16-jährigen) Person die Zustimmung zur postmortalen Organspende zugesinnt, die ihre allfällige Ablehnung nicht explizit festhalten lässt.[1899] Diese erfolgt durch Eintragung in ein nationales („Widerspruchs"-)Register, welches das Auffinden der Willenserklärung im Ernstfall erleichtert. Der Widerspruch müsste dabei in unbürokratischer Weise erfolgen können: durch Ausfüllen und Retournieren eines vorfrankierten Formulars oder wahlweise digital, mit Identitätsnachweis. Es soll nicht ein sachfremdes Kriterium, wie der Aufwand zur Widerspruchserklärung, Personen davon abhalten, sich gegen eine postmortale Spende zu entscheiden. Die hier diskutierte Widerspruchslösung ist eine erweiterte: Ist kein Widerspruch im Register eingetragen, können die Angehörigen eine ihnen möglicherweise bekannte Ablehnung der postmortalen Organspende durch die verstorbene Person mitteilen oder sich gar anstelle dieser Person äussern, wenn sie zur Überzeugung finden, diese hätte der Organentnahme nicht zugestimmt.

Der Einfachheit halber wird die Widerspruchslösung hier nicht allen erdenklichen Alternativen gegenübergestellt, sondern nur der erweiterten Zustimmungslösung. Dieser zufolge dürfen Organe einer verstorbenen Person nur entnommen werden, wenn sie vor ihrem Tod der Entnahme erkennbar zugestimmt hat (diese Lösung gilt zurzeit in der Schweiz: Art. 8

1897 Vgl. BGE 132 I 49 E. 6.2.
1898 Vgl. vorne, Teil 2, C.II.1.b-d/3.b; zudem Teil 3, F.II.3.c (Kompensationsthese).
1899 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 4.1.1; Motion Favre (12.3767) „Organspende. Wechsel zur Widerspruchslösung" vom 20. September 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 lit. a Transplantationsgesetz [TPG]). Die Zustimmung wird etwa durch Eintragung auf einen Spendeausweis sichtbar und (falls die Ärzte ihn im Ernstfall rechtzeitig finden) wirksam gemacht. Falls keine Zustimmung bekannt ist, werden die nächsten Angehörigen befragt. Diese können eine ihnen bekannte Zustimmung mitteilen oder die Zustimmung, die der Verstorbene ihrer Ansicht nach gegeben hätte, subsidiär selbst erteilen.[1900] Die Angehörigen sind damit nicht nur Übermittler eines ihnen bekannten Willens des Verstorbenen (Art. 8 Abs. 2 TPG); ist ihnen keine Präferenz des Verstorbenen bekannt, obliegt es ihnen, an dessen Stelle und in dessen Sinn zu entscheiden – also so, wie dieser am ehesten entschieden hätte (vgl. Art. 8 Abs. 3 TPG).[1901]

Im vorliegenden Fall geht es somit um Konflikte jener Grundrechte, die im Falle eines Wechsels von der Zustimmungs- zur Widerspruchslösung betroffen sein könnten; also um die Frage, ob eines der beiden Systeme die Grundrechte insgesamt besser schützt und verwirklicht:

> *Widerspruchslösung*: Zur Erhöhung der Zahl postmortaler Organspenden wird in der Schweiz der Wechsel von der geltenden Zustimmungslösung zur Widerspruchslösung erwogen. Es soll gesetzlich im Todesfall vermutet werden, dass die verstorbene Person der Spende ihrer Organe zur Rettung anderer Menschen zustimmte. Diese Vermutung wird widerlegt, wenn die verstorbene Person die postmortale Organspende effektiv und nachweislich ablehnte oder ihre nächsten Angehörigen dies an ihrer Stelle tun.
>
> Ist solch eine Lösung mit Blick auf die involvierten Grundrechte zulässig?

Der Schweizer Gesetzgeber hat die Widerspruchslösung zuletzt im Jahr 2015 abgelehnt.[1902] Er folgte dabei dem Bundesrat, der sich auf die Empfehlung der Nationalen Ethikkomission für Humanmedizin (NEK) stützte, die ihre Position stark regelethisch begründete.[1903]

Vom Tisch ist die Widerspruchslösung, die vor Erlass der harmonisierten Transplantationsgesetzgebung auf Bundesstufe in allen französisch-

---

1900 Vgl. zur Definition der Zustimmungslösung BAG-Bericht vom 8. März 2013, 4.1.1.

1901 Vgl. Art. 8 Abs. 5 TPG, der den Vorrang des Willens des Verstorbenen vor jenem der Angehörigen statuiert; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

1902 Botsch. TPG (2001), 80; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356 ff.; vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

1903 Siehe: NEK, Widerspruchslösung, 9 (u.a.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprachigen Kantonen ausser Jura galt[1904], gleichwohl nicht. Die Spenderate hat sich in der Schweiz im europäischen Vergleich seit Einführung der Zustimmungslösung als sehr tief erwiesen.[1905] Es kam in den letzten Jahren zu circa 70 Todesfällen pro Jahr von Personen auf der Warteliste, deren Rettung zwar medizinisch möglich gewesen wäre, doch mangels Verfügbarkeit transplantationsfähiger Organe nicht erfolgen konnte (im Jahr 2005 waren es noch „lediglich" 36 Todesfälle).[1906] Die blosse Optimierung der Verfahrensabläufe, die der Bundesrat im Jahr 2013 bei gleichzeitiger Ablehnung der Widerspruchslösung beschloss[1907], konnte nicht verhindern, dass sich die Lage zuspitzte und die durchschnittliche Wartezeit für eine Transplantation weiter anstieg.[1908]

Folglich erstaunt nicht, dass in Fachkreisen die Widerspruchslösung weiter an Interesse und Zustimmung gewinnt. In einem jüngeren Positionspapier plädiert nun auch der Stiftungsrat von Swisstransplant dafür, die Widerspruchslösung erneut in Betracht zu ziehen.[1909] Auf politischer Ebene wurde zudem im Oktober 2017 von einem Komitee aus der Romandie eine Volksinitiative lanciert, welche die Einführung der Widerspruchslösung durch Verankerung des „Grundsatzes der vermuteten Zustimmung" in der Verfassung erstrebt.[1910]

Auch deshalb besteht gegenwärtig Anlass dazu, von Grund auf zu prüfen, ob in verfassungsrechtlicher Hinsicht etwas gegen die Widerspruchslösung spricht.

1904 Dumoulin, Prélèvement, 280; ders., Organtransplantation in der Schweiz, *passim*.

1905 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2.

1906 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; Dumoulin, Prélèvement, 278.

1907 Aktionsplan des Bundes, Mehr Organe für Transplantationen, 2013; vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013.

1908 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2, m.H. auf die Jahresberichte von Swisstransplant (abrufbar auf <www.swisstransplant.org>).

1909 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018.

1910 Vgl. Bundeskanzlei, Eidgenössischen Volksinitiative „Organspende fördern – Leben retten", Verfügung zur Vorprüfung vom 3. Oktober 2017 (BBl 2017 6443); Nachtrag des Verfassers: die Initiative wurde am 22. März 2019 mit 113'000 beglaubigten Unterschriften eingereicht, womit sie zustandekommt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I Problemstruktur

1. Unüblicher Druck zur Solidarität?

In Fällen vom Typus der forcierten Solidarität stellt sich die Frage, ob der Staat Personen auf eine deren Selbstbestimmung einschränkende Weise zur Solidarität anlässlich des Schutzes und der Rettung Dritter bewegen darf.

Diese Problematik besteht in einer gewissen Weise auch beim hier besprochenen Fallbeispiel, sodass prima facie von einer Grundrechtskollision vom Typus der forcierten Solidarität ausgegangen wird. Der *Zweck der Solidarität* ist gegeben, weil es darum ginge, die Zahl postmortal gespendeter Organe zu erhöhen, indem vor allem die Zahl versäumter Spenden verringert würde (also jener Spenden, die vom Verstorbenen nicht abgelehnt worden wären, aber mangels nachweisbarer Zustimmung bei geltender Regelung nicht stattfinden können). Den Fachkräften im Spital erleichterte die Widerspruchslösung das praktische Verfahren, weil die allfällige Ablehnung der postmortalen Organspende zentral aus einem Register hervorginge; es liegt auf der Hand, dass dadurch die Rettung mehrerer Dutzend zusätzlicher Menschenleben pro Jahr gelingen könnte.[1911]

Worin bestünde das *Forcieren* beim Wechsel zur Widerspruchslösung mit einem Grundsatz der vermuteten Zustimmung? Käme es zur Einschränkung gewisser Grundrechte, die tiefer reichte als eine blosse Beschränkung der Modalitäten der Freiheitsausübung? Diese für die Kategorisierung der Kollision entscheidenden Fragen führen zugleich bereits zu einem wichtigen Aspekt der Kollisionslösung, dem hier nicht vorgegriffen wird. An dieser Stelle muss es mit der provisorischen Annahme sein Bewenden haben, ein gewisses Zwangsmoment (Forcieren) läge darin, dass spendeunwillige Personen einen gewissen Aufwand tätigen müssten, um die Inanspruchnahme der Organe ihres Leichnams effektiv auszuschliessen. Deswegen lässt sich das vorliegende Fallbeispiel prima facie dem Kollisionstyp der forcierten Solidarität zuordnen.

1911 Vgl. Favre, Swisstransplant-news 24, 11 f.; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5–6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Weiter Kreis der Gleichheit

Im vorliegenden Fall ist der Kreis der Gleichheit entscheidend: Wenn man von der Erga-omnes-Konzeption der Grundrechte ausgeht, sind nämlich nicht nur die Grundrechtsinteressen der Organspender und der potenziellen Organempfänger auf der von Swisstransplant geführten Warteliste relevant, sondern die Interessen aller Personen, die mittelbar von der Zustimmungs- und Widerspruchslösung in ihren Grundrechten betroffen sein könnten.

Zu den mittelbar betroffenen Personen zählen:

- *Lebendspender*, da davon auszugehen ist, dass diese bei aller Freiwilligkeit ihr Organ auch aus einem Gefühl der Alternativlosigkeit heraus spenden[1912], weil es sonst wegen der geringen Spenderate bei postmortalen Spenden für die ihnen nahestehende Person keine Hoffnung auf Rettung gäbe;
- *Organspender auf unregulierten Märkten*: Mittelbar sind von der derzeit tiefen Spenderate bei postmortalen Spenden in der Schweiz auch Menschen betroffen, die beispielsweise aufgrund wirtschaftlicher Not ihre Organe auf einem Grau- oder Schwarzmarkt verkaufen, der ihnen keinerlei Schutz bietet;[1913] das in der Schweiz geltende System betrifft diese Menschen insofern, als die seit Jahren hier sehr tiefe Spenderate bei gleichzeitig langen Wartelisten geeignet ist, zur erhöhten Nachfrage auf solchen Märkten und zu vermehrtem Organtourismus beizutragen; ermöglicht ein Systemwechsel eine höhere Spenderate, verringert dies dagegen wohl den Umfang, in welchem Organbedürftige aus der Schweiz den Organhandel auf unregulierten oder gar illegalen Märkten und die sich dort ereignenden Verletzungen der Grundrechte mitzuverursachen drohen;[1914]
- *Angehörige* soeben verstorbener Personen, deren Organe transplantiert werden könnten, da sie im Zeitpunkt, in dem sie mit dem Verlust der nahestehenden Person konfrontiert sind, bei fehlendem expliziten Entscheid der verstorbenen Person in Bezug auf die Organspende konsultiert werden; auch deren Interessen sind bei der Bewertung der

1912 Zur prekären Lage dieser Spendergruppe siehe Marescotti, Le don, 284–288.
1913 Vgl. Kaltenbrunner, Organtransplantation, 43 ff.
1914 Uffer, Mobilität, 31–32, m.H.; vgl. Favre, Swisstransplant-news Nr. 24, 11. Siehe dazu vertieft hinten, Teil 4, E.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auswirkung der Widerspruchslösung im Rahmen der konfliktlösenden Auslegung und Abwägung zu berücksichtigen.[1915]

Weil bereits Art. 119a Abs. 3 BV, der den Organhandel und die entgeltliche Organspende untersagt, Missbräuche wie die Ausnützung der ökonomischen Not von Spendern in ärmeren Regionen zu verhindern bezweckt[1916], ist klar, dass auch gegenüber Organspendern aus unregulierten Märkten die Schutzpflichten aus Art. 10 Abs. 1–2 BV (i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) gelten müssen. Die Verfassung hebt dadurch für das Transplantationsrecht besonders hervor, dass – wie bei allen Grundrechten, unter Vorbehalt weniger Bürgerrechte – von einem alle Menschen umfassenden Kreis der Gleichheit auszugehen ist. Verbindliche Schutzpflichten soll es selbst zugunsten von Personen geben können, die die Schweiz noch nie betreten haben; diese sind im Rahmen der Suche nach der (folgen-)optimalen und damit verhältnismässigen Lösung zu beachten. Dass solche Schutzpflichten nur begrenzt als Individualrechte justiziabel wären, ändert hieran nichts.[1917]

II Konfligierende Schutzgüter

In Art. 119a Abs. 1 BV heisst es, der Bund müsse im Rahmen der Gesetzgebung zur Organtransplantation für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit sorgen. Damit werden einige der betroffenen Grundrechte hervorgehoben. Es rechtfertigt sich, diesen Grundrechten (aus Respekt vor der darin ausgedrückten Einigung des Verfassungsgebers) besonders Beachtung zu schenken.

1. Leben, Unversehrtheit und Würde der Organempfänger

a. Leben, Lebensqualität und Freiheitsfähigkeit

Von der Regelung der postmortalen Organspende ist das Recht auf Leben und auf Gesundheit (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV) der Organempfänger betroffen.[1918] Die erstrebte Erhöhung der Spenderate dient dazu, diese Rechte

1915 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 7.
1916 Botschaft TPG, 133.
1917 Zur schwierigen Frage der Justiziabilität siehe vorne, Teil 2, B.IV.3.c.
1918 Vgl. BGE 123 I 112, E. 8; Art. 119a Abs. 1 BV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

besser zu schützen. Das Versäumnis, eine mögliche Erhöhung zu bewirken, wäre dagegen eine dem Staat zurechenbare Einschränkung dieser Grundrechte; sie müsste, um zulässig zu sein, überwiegenden Interessen dienen.

Dass eine relevante Erhöhung der Spenderate durch den Systemwechsel möglich wäre, lässt sich bereits alleine aufgrund der Statistiken vermuten. Die Schweiz weist eine im Vergleich zum europäischen Ausland sehr tiefe Spenderate auf.[1919] So erreicht zum Beispiel Frankreich, ein Staat, der bezüglich Variablen wie die Mortalitätsrate bei Schlaganfällen und Strassenverkehrsunfällen ein ähnliches Profil wie die Schweiz aufweist, wo aber die Widerspruchslösung gilt, deutlich höhere Spenderaten.[1920] Es ist daher anzunehmen, dass durch die Einführung der Widerspruchslösung mehr Leben gerettet werden könnten.

Eine Massnahme, welche zur erhöhten Spenderate führte, wäre dabei in zweierlei Hinsicht besonders lebensdienlich:[1921] Erstens kann ein Organspender mit seinen Organen bis zu sieben Menschen das Leben retten; wenn Lunge oder Leber zur Transplantation aufgeteilt werden, können gar bis zu neun Menschen von einem Spender Organe erhalten. Zweitens geht es nicht nur ums „nackte Überleben" der Organempfänger: Die Spende verbessert zudem die Lebensqualität und stärkt die Fähigkeit zur freien Lebensgestaltung, sodass selbst dort ein erhebliches Mehr an Grundrechtsverwirklichung resultierte, wo das Leben nicht akut gefährdet wäre. Oftmals werden zahlreiche Freizeit- und berufliche Aktivitäten durch die Spende überhaupt erst wieder möglich.

b. Menschenwürde der Patienten auf der Warteliste?

Ein Wechsel zum Widerspruchssystem führte zu besseren Überlebenschancen aller Patienten, die auf Organe warten. Damit geht oft auch eine bessere Chance auf ein würdiges Dasein und die aktive Partizipation am gesellschaftlichen Leben einher. Daher könnte die Menschenwürde der auf der Warteliste eingetragenen Patienten durch die geltende Zustimmungslösung betroffen und womöglich gar eingeschränkt sein.

1919 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; Heimann, Zustimmungsmodell, 318; vgl. bereits Botschaft TPG, 69.

1920 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 6 m.H.

1921 Vgl. Swisstransplant, FAQ, auf <www.swisstransplant.org/de/faq/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2017), auch zum Nachfolgenden.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Würderelevant dürfte vor allem die Verkürzung der Wartezeit sein, die mit einer Erhöhung der Spenderate einherginge. Die Wartezeit für Personen, die am Ende immerhin ein Organ erhalten (vergeblich Wartende also ausgeblendet), betrug für Herztransplantationen im Jahr 2015 knapp ein Jahr im Durchschnitt; wer im Jahr 2015 eine Niere erhielt, musste hierauf im Schnitt gar 1109 Tage bangend warten – wobei auch der Anstieg im Vergleich zum Jahr 2011 („erst" 692 Tage) Anlass zu Sorgen gibt. Weil im Schnitt jährlich etwa 70 auf der Warteliste eingetragene Personen mangels verfügbarer Organe sterben[1922], ist das Warten auf ein Organ für die Betroffenen oft mit beklemmender Unsicherheit verbunden. Diese dürften es nicht selten als unerträglich empfinden.[1923] Damit stellt sich die Frage, ob die Weigerung des Gesetzgebers, den Grundsatz der vermuteten Zustimmung zur postmortalen Organspende einzuführen, nicht gar eine unmenschliche Haltung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV (vgl. Art. 12 BV) sein könnte.

2. Selbstbestimmung und Menschenwürde der Organspender

a. Selbstbestimmung der postmortalen Organspender

Die Widerspruchs- und die Zustimmungslösung eint, dass beide vom Recht des Menschen ausgehen, lebzeitig selbst zu entscheiden, ob seinem Körper nach dem Tod Organe entnommen werden dürfen.

Die Frage nach der Selbstbestimmung betrifft somit naturgemäss weniger das *ob* dieser Selbstbestimmung als vielmehr das *wie*.[1924] Da die beiden Ansätze sich in Bezug auf die Modalität der Zustimmungsäusserung unterscheiden, ist zu fragen, ob Art. 10 Abs. 2 BV Schutz vor der Selbstbestimmungsmodalität gewährleisten soll, den die Widerspruchslösung vorsieht. In Worten ihrer Kritiker: Gewährt die persönliche Freiheit der spendeun-

1922 Swisstransplant, JB 2017, 38; vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; siehe auch Swisstransplant Magazin Nr. 25, 7.

1923 Votum Hess, AB 2015 N 140: „Sicher immer noch unbestritten ist, dass die Situation für Personen, die auf ein Organ warten, als unerträglich bezeichnet werden muss und dass die Anzahl der Spenden heraufgesetzt werden sollte."

1924 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 6: „Niemand, der seine Organe nicht spenden möchte, würde mit der vermuteten Zustimmung dazu gezwungen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

willigen Person ein Recht, die Organentnahme nicht „abwehren“[1925] (d.h. explizit ablehnen) zu müssen?

In der Botschaft zur Einführung des Transplantationsgesetzes ging der Bundesrat von einem fast absoluten Gewicht der freien Selbstbestimmung über den eigenen Leichnam aus, die im Ergebnis ein „Recht“, die Spende nicht aktiv ablehnen zu müssen, wohl enthielt.[1926] Es ist jedoch zu bezweifeln, ob ein Recht bestehen kann, sein Nein zur postmortalen Organspende schweigend zu äussern. Selbst wenn es das Recht geben sollte. Die mit der Widerspruchslösung einhergehende Obliegenheit, die Ablehnung der Spende explizit festhalten zu lassen, trifft nur die Modalität der Freiheitsausübung und damit nicht mehr als die Peripherie der persönlichen Freiheit. Zum Vergleich ist zu beachten, dass derzeit spendewillige Personen diesen Aufwand der expliziten Willensäusserung leisten müssen, wenn sie sichergehen wollen, dass im Todesfall mit den Organen ihres Leichnams so verfahren wird, wie sie es wollen; auch diese Obliegenheit wurde (zu Recht) nie als schwere Einschränkung der persönlichen Freiheit eingestuft.[1927]

b. Menschenwürde der postmortalen Organspender

Neben der höchstens peripheren Betroffenheit des Selbstbestimmungsrechts der potenziellen Organspender fragt sich, ob der erwogene Systemwechsel allenfalls die Menschenwürde der Organspender einzuschränken droht.

Schutz- und Abwehransprüche der verstorbenen Person, die als Organspender infrage steht, setzen voraus, dass Grundrechte über den Tod ihres Trägers hinaus nachwirken können. Weil ein Toter nicht rechtsfähig ist (Art. 31 Abs. 1 ZGB), hat er zwar kein subjektives Recht auf Persönlichkeitsschutz, das Dritte dann an seiner Stelle und in seinem Namen wahr-

---

1925 Votum Diener, AB 2013 S 994: „Es ist ein riesiger Unterschied, ob ich der Organentnahme freiwillig [zustimme] […] oder ob ich die Entnahme *abwehren* muss, weil rundherum alle schon auf mein Organ warten“ (Hervorhebung ergänzt); vgl. Botsch. TPG (2001), 77, mit der gleichen Unterstellung, wonach der Einzelne sich bei der Widerspruchslösung „mit einer besonderen Erklärung *dagegen wehren* [müsste]“, dass ihm nach dem Tod Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden (Hervorhebung ergänzt).

1926 Vgl. Botsch TPG, 35.

1927 Uffer, Mobilität, 33–34.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmen könnten.[1928] Zu Recht bejaht das Bundesgericht dagegen „in bestimmten Bereichen Wirkungen des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus“[1929]; diese Nachwirkungen betreffen den Respekt des lebzeitig ausgeübten Selbstbestimmungsrechts (Art. 10 Abs. 2 BV), etwa in Bezug auf eine vom Verstorbenen gewählte Bestattungsmodalität; die Nachwirkung dieses Selbstbestimmungsrechts kann mit anderen Grundrechten kollidieren.[1930] Auch die Menschenwürde ist, gerade im Kontext des Umgangs mit dem Leichnam, einer solchen Nachwirkung fähig.[1931] Obwohl Verstorbene nicht mehr (subjektivrechtlich) grundrechtsfähig sind[1932], spricht nichts gegen die Nachwirkung bestimmter Aspekte des Selbstbestimmungsrechts und der Menschenwürde über den Tod hinaus. Das ist auch folgenethisch begründbar: Der Wert der Achtung des letzten Willens sowie des Respekts diverser Sitten in Bezug auf den gebotenen Umgang mit dem Leichnam sind im gesellschaftlichen Bewusstsein tief verankert, was sich etwa an den Assoziationen zeigt, die Worte wie „Pietät“ oder (als krasse Form des Mangels hieran) „Schändung“ erwecken. Hätten Menschen das Gefühl, der Staat erlaube es sich, sich ohne Rücksicht auf den Willen der Verstorbenen und der Angehörigen pietätslos am toten Körper zu bedienen, beschädigte dies das Staats-Bürger-Verhältnis und hätte wohl negative Auswirkungen nicht nur auf die (Nachwirkung der) Grundrechte der Verstorbenen, sondern vor allem auch auf den Genuss der Grundrechte durch die Grundrechtsträger selbst, die sich in ihrer Freiheit bedroht sähen, diese für sie wesentlichen Dispositionen betreffend ihren Leichnam zu treffen.

Kurz: Eine gewisse Würderelevanz liegt bei Fragen betreffend den respektvollen Umgang mit dem Leichnam auf der Hand. Aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde (und der Zurückhaltung, die diese gebietet) bedeutet dies aber nur, die Würde könne berührt sein. Es ist nicht anzunehmen, sie sei bereits eingeschränkt, wenn die Ausübung der Selbstbestimmung an eine gewisse Form (z.B. der Eintragung des Widerspruchs zur Organspende in ein Register) gebunden ist. Die Hypothese einer Verletzung der Menschenwürde durch die Widerspruchslösung wäre wohl nicht viel mehr als einen flüchtigen Gedanken wert, wenn nicht die im Kontext des Gesetzgebungsverfahrens konsultierte NEK suggerierte, die

---

1928 BGE 129 I 302 E. 1.2, 306 ff.

1929 BGE 129 I 302 E. 1.2.3, 309.

1930 BGE 129 I 173 E. 4: „Das Selbstbestimmungsrecht, zu Lebzeiten über seinen toten Körper zu verfügen und die Modalitäten seiner Bestattung festzulegen, zeitigt Wirkungen über den Tod hinaus.“; vgl. BGE 127 I 115 E. 4a.

1931 Tschentscher/Lienhard, Grundriss, N. 232.

1932 Dazu vorne, Teil 2, B.I.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Widerspruchslösung verletze womöglich die Menschenwürde. Laut NEK entscheide sich am Begriff der Menschenwürde, der strittig sei, ob es zwischen der Widerspruchslösung und der Menschenwürde einen Konflikt gebe; ohne Klärung des als entscheidend postulierten, eingeräumtermassen strittigen Begriffs der Menschenwürde folgerte die NEK, die Zustimmungslösung scheine ihr stärker als die Widerspruchslösung im Einklang mit der Menschenwürde zu stehen.[1933]

Diese Konklusion blieb aber ein völlig unbegründetes, daher etwas verwirrendes Postulat. Überraschen muss das Fehlen einer Begründung insofern nicht, als es schlicht keine Gründe gibt, auf die man das Verdikt der Würdewidrigkeit der Widerspruchslösung abstützen könnte: Keine irgendwie anerkannte Facette der Menschenwürde der Organspender ist durch die Widerspruchslösung auch nur am Rande bedroht, zumal die Selbstbestimmung in Bezug auf den Leichnam erhalten bleibt. Mangels einer Handlung gegen den Willen oder Widerstand der Betroffenen und damit einer Instrumentalisierung ist auch die Objektformel nicht einschlägig, die sonst der Begründung umfassender Interventionsverbote aus der Menschenwürde oft dienlich ist: Niemand wird in seiner Selbstachtungsfähigkeit verletzt oder als Objekt behandelt; es werden nur Modalitäten der Ausübung einer freien Wahl festgelegt, wie dies im Recht an vielen Orten der Fall ist. Ob eine Art Recht auf bestimmte Modalitäten der Freiheitsausübung überhaupt die Schwelle erreicht, ab der von elementarer Persönlichkeitsentfaltung die Rede sein müsste – und damit von einem Interesse, das im Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV liegen kann[1934] –, ist zumindest fraglich. Die Menschenwürde des Art. 7 BV will noch Wesentlicheres (und damit weniger) schützen als die persönliche Freiheit; obwohl sie bei Fragen nach dem Umgang mit dem Leichnam thematisch berührt ist, ist auszuschliessen, dass die Widerspruchslösung durch die blosse Einführung des Prinzips der vermuteten Zustimmung (mit der Obliegenheit zum aktiven Widerspruch) die Menschenwürde einschränken soll.[1935] Die kasuistisch definierten Aspekte der Menschenwürde (so etwa

1933 NEK, Widerspruchslösung, 7–8; vgl. Votum Lohr, AB 2015 N 136.

1934 Vgl. zu diesem Schutzbereich: BGE 111 Ia 231 E. 3a, 233: „[La liberté personnelle] recouvre […] les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine."; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 15.

1935 Für die Geringfügigkeit von Eingriffen in reine Modalitäten des Grundrechtsgenusses illustrativ etwa das Bundesgericht im Wegweisungsentscheid, BGE 132 I 49 E. 7.2, 64: „Solches [mit erheblichem Alkoholkonsum gekoppelte] Zusammenfinden in einer Gruppe im Bahnhofareal stellt indes, auch unter

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Verbot herabsetzenden Verhaltens[1936]) sind vom Wechsel zur Widerspruchslösung ebenfalls evident in keiner Weise betroffen: Es ist sicher nicht herabsetzend, jemandem zuzutrauen, seinen Willen auf einfache Art aktiv kundzutun.

3. Weitere Interessen

Bereits obige Ausführungen legen den Schluss nahe: Die Widerspruchslösung ist dadurch, dass sie aus allgemeiner Sicht niemandem zum Nachteil gereicht, dem sie nicht (anders als die Zustimmungslösung) zugleich nützlich sein könnte, eine prima facie ethisch einwandfreie Lösung.[1937] Eine Reihe weiterer Interessen fallen jedoch zusätzlich ins Gewicht:

a. Schutz der Spender ausländischer (Schwarz-)Organmärkte

Organspender, deren Organe auf Märkten im Ausland angeboten werden, sind in ihrer körperlichen Integrität und Selbstbestimmung gefährdet. Die Schweiz ist ihnen gegenüber schutzverpflichtet, soweit sie schutzfähig ist und durch eigenes Wirken oder die eigene Gesetzeslage zur Gefahr beiträgt.

Berücksichtigung der Menschenwürde, kein für die Versammlungsfreiheit und die persönliche Freiheit grundlegendes Element dar. Der Grundrechtseingriff ist […] von geringer Tragweite."

1936 Vgl. Botsch. VE 1996, BBl 1997 I 1, 139; BGE 140 I 125 E. 3.6, betr. beschwerliche Haftbedingungen; BGE 139 I 292 E. 8.2, 303, für Formen der Diskriminierung, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen sind; BGE 140 IV 67 E. 2.1, 68, betr. die zu schützende Würde des Einzelnen „in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion" durch Art. 261bis Abs. 4 StGB; vgl. ebd., E. 2.5.1, 73: „Eine Herabsetzung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise […] ist zu bejahen, wenn der Angegriffene als Mensch zweiter Klasse behandelt wird". Siehe für Beispiele aus der in dieser Sache wegbereitenden deutschen Praxis zur Menschenwürde: BVerfGE 5, 85 (205 f.), betr. Situationen der Ausnutzung unter Privaten; BVerfGE 6, 32 (40); BVerfGE 7, 198 (206 f.); vgl. BVerfGE 45, 187 (245) mit einem menschenwürdebasierten Recht auf Hoffnung im Fall der lebenslänglichen Freiheitsstrafe; für eine Übersicht: Sandkühler, Menschenwürde, 64–68; vgl. Teifke, Menschenwürde, 15.

1937 Dies i.S. einer Gerechtigkeitsdefinition bei: Montesquieu, Pensées, N. 174, 187: „injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein solcher Zusammenhang dürfte bestehen: Ein Mangel an postmortaler Organspenden im Inland schafft eine Organnachfrage, die auf legalem Weg nicht befriedigt werden kann. Da allerhöchste individuelle Güter auf dem Spiel stehen, ist der Patient auf der Warteliste bei geringen Rettungsaussichten eher bereit, auf den Schwarzmarkt auszuweichen. Damit ist der Organmangel in wohlhabenden Staaten wie der Schweiz indirekt womöglich mitursächlich für den Erfolg ausser- und illegaler Organmärkte weltweit.[1938] Trägt die Transplantationsgesetzgebung zum Erstarken internationaler Organ-Schwarzmärkte und des „Tourismus" in die Absatzorte solcher Märkte bei, dann sind diverse Grundrechte gefährdet, allen voran die körperliche Unversehrtheit und die Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) jener Menschen, deren Organe die Angebotsseite dieser Märkte sichern.

Dass die altruistische Lebendspende zugunsten einer unbekannten Person zwar zulässig ist, aber (abgesehen von der zuletzt dem Wohl der eigenen Angehörigen indirekt dienenden Lebendspende „übers Kreuz") schlicht nie vorkommt, lässt erahnen, dass zur Lebendspende auf Schwarzmärkten nur jemand schreiten wird, den die (i.d.R. wirtschaftliche) Not dazu drängt. Die Freiwilligkeit der Spende ist in diesem Rahmen nur bedingt möglich. Selbst bei freiwilligen Spenden droht es an der Qualität der Nachbetreuung zu fehlen, wie sie etwa bei der geregelten Lebendspende in der Schweiz zwingend gewährleistet werden muss.[1939]

Dieser Gesichtspunkt spricht tendenziell zugunsten jener Regelungsstrategie, die es ermöglicht, die Spenderate zu erhöhen. Denn je kürzer die Wartezeit bis zum Erhalt eines Organs und je geringer die Gefahr, vergeblich zu warten, desto eher wird der einzelne Organbedürftige die Wartezeit auf sich nehmen und sein Leben dem Gesundheitswesen anvertrauen. Je länger die Wartezeit und je grösser das Risiko, nicht rechtzeitig ein Organ zu erhalten, desto eher droht ein Ausweichen organbedürftiger Personen auf den internationalen Organ(schwarz)markt, wo Organe von wirtschaftlich stark benachteiligten Menschen erworben werden[1940]; ganz

---

1938 Vgl. Goodwin, Black Markets, 190: „The black market organ industry will continue to thrive until it is replaced with a viable alternative. To fill in the tremendous gap between organ demand and organ supply, alternative procurement models such as black markets will emerge. Not all the actors in those markets will necessarily be nefarious. Doctors will emerge as organ brokers to save their patients' lives".

1939 Cf. Marescotti, Le don, 287.

1940 Goodwin, Black Markets, 187 ff., Kaltenbrunner, Organtransplantation, 46 ff. m.H.; vgl. Uffer, Mobilität, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu schweigen von der Möglichkeit, dass dort auch Organe von Opfern von Gewaltverbrechen zu finden sind.[1941]

b. Selbstbestimmung bei der altruistischen Lebendspende

Auch die Interessen aller Personen, die sich in der Schweiz bei gegenwärtiger Ausgangslage eines Tages für oder gegen die „altruistische Lebendspende" entscheiden müssten, sind von der Regelung der Modalität der Zustimmung zur postmortalen Organspende berührt. Das liegt daran, dass eine der wichtigsten Ursachen der grossen Zahl an Lebendspenden die sehr geringe Zahl postmortaler Organspenden ist.[1942] Daher trüge die Einführung der Widerspruchslösung durch Erhöhung der Spenderate dazu bei, die Grundrechte von Personen zu schützen, die bei geltender Regelung (und hieraus resultierender tieferer Spenderate) in die schwierige Lage geraten würden, zur Rettung einer nahestehenden Person in die Lebendspende einwilligen zu müssen.

Dass Lebendspenden mit gewichtigen Grundrechtseinschränkungen einhergehen, zeigt ein kurzer Überblick zu dieser Problematik:

In der Schweiz ist die (zwingend unentgeltliche) Lebendspende erlaubt. Spender sind meistens nahe Angehörige der organbedürftigen Person. Die Lebendspende ist in der Schweiz stark verbreitet. Seit 2006 kommt es in fast jedem Jahr (ausser 2015) zu mehr Transplantationen lebendgespendeter Nieren als zu solchen einer postmortal entnommenen Niere.[1943] Im Vergleich zu anderen europäischen Staaten ist dies ein höchst ungewöhnliches Verhältnis. In Deutschland, wo die postmortale Organspende auch nicht ausgesprochen verbreitet ist, macht die Lebendspende im Schnitt nur etwa ein Fünftel aller Organspenden aus. Das ist ein „Erfolg"[1944] – und zugleich keiner. Die Risiken der Lebendspende sind beachtlich, während ihre Freiwilligkeit schwierig zu gewährleisten ist:

1941 Kaltenbrunner, Organtransplantation, 50 ff. m.H.

1942 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5: „Die wichtigsten Gründe für Erfolg und Zunahme [der Lebendspende] sind der Mangel an Leichennieren […] sowie das höhere Transplantat- und Patienten-Überleben von lebend-gespendeten Nieren"; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, passim.

1943 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, passim; vgl. Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 24: Im Jahr 2015 fanden sich 143 postmortale Spender 103 Lebendspendern gegenüber.

1944 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Eine Lebendspende geht mit der Gefahr schwerer Gesundheitseinbussen einher. Selbst der Tod ist möglich, obschon sehr selten (die Mortalitätsrate infolge der Entnahme einer Niere wird bei 0,02 % angegeben; jene infolge der Entnahme eines Teils der Leber bei 0,4 %, in komplizierten Fällen gar bei bis zu 1 %).[1945]
- Obwohl es in der Schweiz bis heute noch nie zu *Todesfällen* und auch nicht zur eigenen *Dialysebedürftigkeit* des Lebendspenders einer Niere kam (dies wäre wohl das zweitschlimmste Szenario)[1946], wiegen die Folgen der Lebendspende schwer: Lebendspender müssen die wahrscheinlicheren Risiken anderweitiger Gesundheitsschäden und Einbussen an Lebensqualität in Kauf nehmen.[1947] Die Organentnahme geht mit den üblichen Risiken schwerer chirurgischer Eingriffe inklusive jener der notwendigen Anästhesie einher.[1948]
- Zu den Langzeit-Komplikationen, mit denen der Lebendspender rechnen muss, zählen die *Mikro-Albuminurie* (also der ungenügenden Albumin-Ausscheidung durch den Urin, mithin ein Risikofaktor für Herzinfarkte, Nierenerkrankungen und Schlaganfälle[1949]) und *Narbenhernien* in der Bauchwand, wozu es durch das Auseinanderdriften der Schnittränder von der Bauchoperation kommt.[1950]
- Auch persistierende *Narbenschmerzen*, anhaltende *Depression und Müdigkeit* sowie ein *chronisch erhöhter Blutdruck* als Folgen der Spende sind möglich.[1951]

Es versteht sich, dass die Inkaufnahme solch schwerer Einschränkungen der körperlichen Unversehrtheit nur dann ethisch unbedenklich ist, wenn die Lebendspender frei von direkten und indirekten Zwängen sowie wohlaufgeklärt über ihre Spende entscheiden können. Ob dies sichergestellt

---

1945 Manaï, biomédicine, 466–467, m.H.
1946 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5.
1947 Vgl. Marescotti, Le don, 285.
1948 Marescotti, Le don, 285.
1949 Vgl. der Eintrag im Gesundheitslexikon des Gesundheitsportals des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz Österreichs, auf: <www.ges undheit.gv.at/lexikon/m/mikroalbuminurie-hk> (zuletzt abgerufen am 2.8.2018).
1950 Siehe die Erläuterung des Universitätsspitals Basel auf: <www.unispital-basel.ch/das-universitaetsspital/bereiche/chirurgie/kliniken-und-abteilungen/allgemeine-chirurgie/abt eilungen/viszeralchirurgie/hernienzentrum-basel/narbenhernien/> (zuletzt abgerufen am 1.1.2018).
1951 Swisstransplant, News, Die Entwicklung der Organ-Lebendspende in der Schweiz, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden kann, ist fraglich.[1952] Die Lebendspende erfolgt nämlich meist durch Verwandte oder Lebenspartner[1953], also innerhalb von engen Kreisen der Gleichheit, unter nahen Angehörigen, wo starke Solidaritätserwartungen herrschen. Wer kann überhaupt „Nein" sagen, wenn die eigene Nierenspende der einzige Weg ist, den Tod eines geliebten Menschen zu verhindern? Würde man nicht von demjenigen, der als einziger möglicher Retter die Spende verweigert, sagen, er sei herzlos? Wohl hat der Lebendspender theoretisch das Recht, die Spende jederzeit abzulehnen. Aber ist dieses Recht effektiv? Dass die betroffene Person die Spende ihres Organs in dieser Situation wollen kann, steht hier nicht in Zweifel. Infrage steht aber die Freiheit dieses Wollens. Jenem, der die Spende ablehnt, drohen zumindest starke Schuldgefühle.[1954] Nebst dem Gewissensdruck besteht auch ein äusserer, sozialer Druck, der das Gefühl schüren kann, nicht wirklich frei zu sein, sondern spenden zu müssen, weil man sich sonst des eigenen Anrechts auf Liebe und nötigenfalls Hilfe verlustig sähe. Im Vergleich: Abseits von Organtransplantationen gilt als feige und der Liebe nicht würdig, wer nicht bereit ist, eine nicht-tödliche eigene Körperverletzung in Kauf zu nehmen, um ein nahestehendes Leben zu retten (man stelle sich einen Mann vor, der nicht einschritte, wenn seine Frau von einem anderen zusammengeschlagen würde). Wer urteilsfähig ist und die Spende ablehnen will, wird mit anderen Worten wissen, dass er durch seine Ablehnung vieles von seinem eigenen (sozialen) Leben aufs Spiel setzen würde; und er wird vielleicht schon das Sicheingestehen seines Widerwillens als Verstoss gegen die ihm obliegenden sozialen Loyalitätspflichten empfinden.

Dass solche Sorgen nicht unberechtigt wären, sei an zwei Fragen illustriert: Wer würde, nach Ablehnung der rettenden Lebendspende, den Mut aufbringen, sich an der Beerdigung der deswegen verstorbenen Person zu zeigen? Mit welchem Gefühl würde man vielleicht gar die Erbschaft antreten und in den Genuss von Rechten oder Gütern kommen, welche die verstorbene Person selbst gerne noch länger genossen hätte? Wer die Lebendspende ablehnt, der unterzeichnet sein soziales Todesurteil. Zumindest ist dies das Bild, das ein sensibler und geselliger Mensch diesbezüglich haben

---

1952 Vgl. Kaltenbrunner, Organtransplantation, 47.

1953 Marescotti, Le don, 285; Manaï, biomédicine, 465–466; vgl. Swisstransplant, News, Lebendspende, 6, wonach seit Einführung der Lebendspende praktisch keine ungerichteten Lebendspenden von Organen (an Unbekannt) stattgefunden hätten.

1954 Vgl. Manaï, biomédicine, 466; Marescotti, Le don, 287 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dürfte – ganz besonders, wenn er als potenzieller Lebendspender nicht an ein Leben nach dem Tod glaubt und damit der Meinung ist, eine nahestehende Person verliere alles, was sie jemals hat und haben wird, nur weil man nicht bereit ist, selbst etwas aufzugeben. Ob jemand mit normalen sozialen Bedürfnissen vor diesem Hintergrund faktisch überhaupt fähig wäre, die Spende abzulehnen, ist fraglich. Folglich kann nur von einer sehr begrenzten Freiheit ausgegangen werden.

Trotzdem ist der Lebendspender, der seine Situation als unerträglich erlebt, aber gleichzeitig für sich keinen anderen Entscheid als jenen zur Spende als zulässig erachtet, nicht etwa innerlich gegen die Lebendspende. Er ist vielmehr gegen die Situation, die dazu führt, dass er wirklich spenden will und dazu auch rationale Gründe hat (wobei auch die Angst vor dem eigenen Gewissen oder dem Verlust an Respekt im sozialen Umfeld rationale Gründe sein mögen). Die vorliegende kritische Betrachtung der Lebendspende ist daher nicht als Argument gegen ihre Zulässigkeit überhaupt zu verstehen. Aus folgenethischer Sicht ist sie zumindest in einer Hinsicht das kleinere Übel: Sie ist ein Mittel, per Einschränkung der körperlichen Integrität Leben zu retten; wenn Lebendspender gut betreut werden, bestens aufgeklärt sind und sich authentisch und zumindest insoweit frei für die Spende entscheiden, kann die Zulassung der Lebendspende dazu beitragen, die Grundrechte optimal zu schonen.

Entscheidend ist nun aber der Vergleich mit der oft bemühten Einschränkung der Selbstbestimmung, die mit der Widerspruchslösung einhergehe: Man wird kaum bestreiten können, dass die Selbstbestimmung des Lebendspenders im Rahmen der relativ unerwartet an ihn getragenen Frage, ob er eine Niere spenden (oder den Tod seines Nächsten in Kauf nehmen) wolle, stärker eingeschränkt ist, als es die Selbstbestimmung der die postmortale Spende ablehnenden Person dadurch wäre, die Ablehnung explizit äussern zu müssen. Weil die Widerspruchslösung die Spenderate merklich erhöhte, hätte der Verzicht auf ihre Einführung insoweit eine erhebliche Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit zur Folge, als es Lebendspenden öfters nötig machte.

c. Körperliche Integrität und Persönlichkeitsrechte?

Art. 10 Abs. 2 BV schützt nicht nur die Selbstbestimmung des Menschen, sondern auch deren körperliche Unversehrtheit. Ein Eingriff in die körperliche Integrität der Betroffenen steht bei der postmortalen Organspende allerdings nicht zur Rede. Er ist in Fragen betreffend den Umgang mit dem

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leichnam neben dem Selbstbestimmungsrecht nicht von eigenständiger Bedeutung. Soweit der Eingriff in den Körper mit dem (hypothetischen) Entscheid übereinstimmt, den die verstorbene Person zu Lebzeiten formte, ist er selbstbestimmungskonform. Wie der Wille geäussert wurde, ist letztlich wenig relevant.

Selbst eine den lebzeitigen Willen des Toten missachtende Organentnahme ist nicht etwa (wie es bei Eingriffen ohne Einwilligung zu Lebzeiten i.d.R. der Fall wäre) unweigerlich auch ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Die Vorstellung, die Entnahme von Organen am Leichnam greife in die körperliche Unversehrtheit des Menschen ein, ist deswegen falsch, weil mit dem Tod auch die gesamte materielle Bedingung entfällt, vor deren Hintergrund der Begriff der Unversehrtheit erst Sinn ergibt: Einen grösseren Verlust an Unversehrtheit als (durch) den Tod kann man kaum erleiden. Von einem fortbestehenden, von der Selbstbestimmung zu Lebzeiten unabhängigen Interesse der leblosen Person an der körperlichen Integrität des Leichnams kann nicht die Rede sein. Selbst die Einäscherung des Verstorbenen, die ebenfalls bisweilen erfolgen kann, obwohl der Verstorbene sie nicht ausdrücklich wünschte, ist trotz der sehr umfassenden Reduktion des Körpers nicht etwa eine grössere Einschränkung der physischen Unversehrtheit als das schlichte Begraben des Leichnams.

Was einem Schutz der körperlichen Integrität des Leichnams im Effekt ähneln mag, sind gewisse Rechte der Angehörigen auf einen respektvollen Umgang mit dem Leichnam und auf die Möglichkeit, die Erinnerung an den Verstorbenen im Rahmen der Totenfürsorge nach eigener Vorstellung und Tradition angemessen pflegen zu können. Auch diese Rechte können in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV fallen, der „die emotionalen Bindungen der Angehörigen zu einem Verstorbenen" schützt und ihnen dabei auch die Möglichkeit gibt, sich gegen „ungerechtfertigte Eingriffe" in den toten Körper des Verstorbenen zur Wehr zu setzen.[1955] Man könnte diese Rechte ebenso am Recht auf Privatsphäre und auf das Privat- und Familienleben festmachen (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK). Diese Rechte dürften aber in der Regel hinter dem Recht des Lebenden auf Respekt seiner Entscheidung in Bezug auf den Umgang mit seinem Leichnam zurücktreten.[1956]

Zu beachten ist, dass die (freiwillige) postmortale Organentnahme nichts mit einem „Ausweiden" des Menschen zu tun hat. Sie ist eine

---

1955 BGE 129 I 173 E. 2.1, 177.
1956 Vgl. BGE 129 I 173 E. 4–5, 180 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

normale chirurgische Operation, die gemäss Swisstransplant das Aussehen des Verstorbenen nicht verändert, von der Operationsnarbe abgesehen. Nach der Entnahme wird der Leichnam der Familie in würdigem Zustand übergeben.[1957] Daraus folgt, dass nicht jede postmortale Organentnahme, gegenüber der regelmässig wenigstens ein Teil der Angehörigen aus persönlichen (z.B. religiösen) Gründen Unbehagen empfinden dürfte, per se die persönliche Freiheit dieser Angehörigen träfe; sie tut es nur, wenn konkret das Selbstbestimmungsrecht oder die Privatsphäre der Angehörigen durch die Operation eingeschränkt würde. Das dürfte in der Regel nicht der Fall sein.

d. Religions- und Gewissensfreiheit potenzieller Organspender?

Die Religions- und Gewissensfreiheit ist von einem Wechsel zur Widerspruchslösung tangiert, aber nicht zentral betroffen. Entscheidend ist hier, dass weder die Zustimmungslösung noch die Widerspruchslösung die Freiheit einschränken, sich für oder gegen die Spende zu entscheiden. Niemand muss spenden. Aber jeder darf spenden, dessen Organe zur Spende geeignet sind und der urteilsfähig genug ist, sich ein Bild von der Sache zu machen. Wer sich ein solches Bild machen kann, kann seinen entsprechenden Willen auch festhalten lassen – sei es aktiv oder passiv.

Es wäre falsch, von der Religionszugehörigkeit einer Person auf die Ablehnung der Spende zu schliessen. Vertreter der meisten grossen, in der Schweiz aktiven Religionen befürworten heute regelmässig Organtransplantationen.[1958] Soweit aber Mitglieder bestimmter anderer Religionen nahezu immer die Organspende ablehnen, kann die Religionszugehörigkeit ein für die Ärzte wesentliches Indiz auf den Willen verstorbener Personen liefern.

Das Problem des religiös motivierten Verzichts auf ein rettendes Organ (z.B. bei den Zeugen Jehovas) wird hier nicht näher besprochen. Zu solch einem Fall der paternalistischen Rettung[1959] nur so viel: Solange Organmangel herrscht und eine Person die sie rettende Organspende ablehnt, lässt sich kaum überzeugend sagen, man müsse sie trotzdem retten – unter Missachtung ihrer Selbstbestimmung und vor allem auf Kosten anderer Personen auf der Warteliste.

1957 Swisstransplant, FAQ.
1958 Swisstransplant, FAQ.
1959 Dazu vorne, Teil 4, A.I. und B.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Kritik der Zustimmungslösung

1. Effektivität der Widerspruchslösung

a. Kritik der Ineffektivitätsthese des Bundesrates

Als der Bundesrat die Widerspruchslösung (wiederholt) ablehnte, war er sich der höheren Spenderate in Staaten, die sie kennen, zwar bewusst, doch wollte er darin nicht den Erfolg der Widerspruchslösung sehen.[1960] Die Annahme, dass ihre Einführung zu einer höheren Spenderate führen würde, tat der Bundesrat als blosse Spekulation ab.[1961] Er wies dabei auch auf die Spenderate in Kantonen vor Einführung der harmonisierten Regelung auf Bundesstufe; Kantone mit Widerspruchslösung hätten nicht nachweislich mehr postmortale Spenden erreicht. Dabei übersah der Bundesrat evidente Faktoren, die die damals geringe Wirksamkeit der Widerspruchslösung erklären; etwa der, dass „vor Inkrafttreten des nationalen Transplantationsgesetzes in vielen Kantonen personelle und finanzielle Ressourcen sowie Strukturen zur Förderung der Organspende gefehlt haben".[1962] Der Bundesrat wähnte sich zudem durch die vermeintliche Tatsache gestützt, wonach in einigen Staaten faktisch eine erweiterte Zustimmungslösung zur Anwendung käme, obwohl gesetzlich die Widerspruchslösung gelte.[1963]

Mit Blick auf Spanien hiess es etwa:

> „Die Widerspruchsregelung wird in der Praxis nicht angewendet [...]. Seit Einführung der *Organización Nacional de Trasplantes* […] treten speziell geschulte Koordinatorinnen und Koordinatoren mit der 'Bitte um eine Organspende' [...] an die Angehörigen heran, was faktisch

---

1960 Dazu und zum Nachfolgenden: Botsch. TPG (2001), 77 und 80; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356 ff.; vgl. Aktionsplan des Bundes, Mehr Organe für Transplantationen, 2013.

1961 Vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68: „Die *Widerspruchslösung* ist für eine Steigerung der Spenderate nicht ausschlaggebend."

1962 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 4.

1963 Botsch. TPG (2001), 77: Die Zustimmungsvermutung führe „theoretisch" dazu, dass „mehr Spendeorgane zur Verfügung stehen, was als Vorteil dieses Modells gewertet werden müsste. Da allerdings in den meisten Ländern, die diese Lösung im Gesetz verankert haben, in der Praxis die erweiterte Zustimmungslösung zur Anwendung kommt, gibt es für diese Annahme bisher keine Beweise."; BAG-Bericht vom 8. März 2013, (25-)35; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> der erweiterten *Zustimmungslösung* entspricht. Wenn diese der Organspende widersprechen, wird auf die Entnahme verzichtet [...]. Die Ablehnungsrate der Angehörigen beträgt in Spanien 18 %, […] in der Schweiz bei 42 % (2008)."[1964]

Die Behauptung, in Wirklichkeit werde in Spanien (das betreffend Spenderate europaweit jährlich an der Spitze steht[1965]) die Zustimmungslösung praktiziert, ist schlicht falsch. Die zitierte „Bitte um eine Organspende" ändert nichts an der gesetzlichen Vermutung, sondern ist einfach eine taktvolle Form der Gewährung der Widerspruchsgelegenheit an die Angehörigen. Wer erwartetermassen der Bitte entspricht, ordnet nicht etwa eine Spende an, die sonst nicht vorgesehen ist, sondern er unterlässt es, sich der ohnehin gesetzlich vorgesehenen und vermutungsweise vom Verstorbenen gebilligten Spende in den Weg zu stellen. Dies unterscheidet die spanische Lösung vom Schweizer Zustimmungsmodell (bei dem es gar als unzulässig gilt, staatlicherseits aktiv für die Zustimmung zur Organspende zu werben: aus Neutralitätsgründen[1966]). Erhellend ist vor allem, wie der Bundesrat das spanische Modell beschreibt: Nur wenn die Angehörigen der Organspende widersprechen, wird auf die Entnahme verzichtet. Das zeichnet gerade die erweiterte Widerspruchslösung aus.[1967] Demgegenüber stellt sich bei der geltenden Zustimmungslösung die Frage nach einem möglichen Widerspruch der Angehörigen kaum: Solch ein Widerspruch ist obsolet, weil die Ablehnung der Spende ohnehin bei fehlender gültiger Zustimmung zur postmortalen Spende vermutet wird, oder wirkungslos, weil die vom Verstorbenen gültig eingetragene Zustimmung dem Willen der Angehörigen vorgeht (vgl. Art. 8 Abs. 5 TPG).

Die am Beispiel Spaniens wenig überzeugend dargelegte Ineffektivitätsthese des Bundesrats leidet auch daran, dass nur der Systemunterschied (zusammen mit Begleitfaktoren) die in Spanien tiefe Ablehnungsrate der Angehörigen erklärt. Die These, der spanische Erfolg sei nicht durch die Widerspruchslösung bedingt, sondern nur auf Begleitfaktoren wie der besseren Schulung des spezialisierten Personals oder einer geeigneten Informationspolitik zurückzuführen, überzeugt nicht. Als das Bundesamt für Gesundheit (BAG) im März 2013 schrieb, nur organisatorische Massnah-

---

1964 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 31 und 68.
1965 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 59.
1966 Botsch. TPG (2001), 133; vgl. NEK, Widerspruchslösung, 11.
1967 Zu deren Definition siehe etwa: Botsch. TPG (2001), 75 ff.; vgl. BGE 123 I 112 E. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men zeigten Wirkung[1968], fiel es wohl einem logischen Fehlschluss zum Opfer. Denn aus der empirisch fundierten Annahme, dass die gesetzliche Einführung der Widerspruchslösung (so in Spanien 1979) für sich alleine nicht zur Erhöhung der Spenderate führe, folgerte man, die viel höhere Spenderate in Staaten, die die Widerspruchslösung kennen[1969], sei im Grunde *nur* auf Begleit- und Ergänzungsmassnahmen zurückzuführen, die in diesen Staaten parallel oder nach der Widerspruchslösung ebenfalls umgesetzt worden waren (in Spanien Ende der 1980er-Jahre), etwa im Bereich der Ausbildung des medizinischen Personals, der Informationspolitik und der Koordination der Arbeit der Spitäler im Transplantationswesen.

Dass isolierte Massnahmen ohne geeignete Begleitmassnahmen nicht wirken, ist sicherlich in vielen Regelungsbereichen typisch. Wenn nun, wie im Fall Spaniens, erst später solche Begleitmassnahmen hinzukommen und dann eine Wirkung eintritt, lässt sich daraus nicht einfach folgern, die isolierte erste Massnahme (die Einführung der Widerspruchslösung) habe nichts zur erst später eingetretenen Gesamtwirkung beigetragen. Die Möglichkeit der komplementären Kausalität der späteren Massnahmen mit der Widerspruchslösung bleibt bestehen.

Was von Beginn an logisch fragwürdig war, ist nun auch durch den Test der Erfahrung durchgefallen: An der ungenügenden Schulung und Spezialisierung des medizinischen Personals oder an zu geringer Informationsarbeit allein kann die tiefe Spenderate in der Schweiz nicht gelegen haben, denn Massnahmen in diesem Bereich wurden am 8. März 2013 lanciert und sind nun seit gut fünf Jahren implementiert.[1970] Wenn es nur auf diese Begleitmassnahmen ankäme, hätten sich zweifellos in dieser Zeit erste Erfolge eingestellt; doch die Spenderate der Schweiz ist weiterhin eine der tiefsten europaweit.[1971] Aus diesem Grund hat Swisstransplant nun selbst den Gedanken geäussert, es könne sein, dass die Verbesserung der Begleitmassnahmen nur bei gleichzeitiger Einführung der Widerspruchslösung zum erwünschten Effekt führe, und die Einstellung, die Einführung der Widerspruchslösung führe nicht zur erhöhten Spenderate, als pessimistisch bezeichnet.[1972]

1968 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68 f.

1969 Für einen Überblick über die Spenderate nach Zustimmungsmodell siehe die Abbildung in: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 59.

1970 Aktionsplan des Bundes (2013) „Mehr Organe für Transplantationen"; vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 51 ff. und insb. 59 ff.

1971 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5.

1972 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5–6; vgl. schon Votum Imoberdorf, AB 2013 S 996.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es kann nicht nur sein, sondern ist mit grösster Wahrscheinlichkeit der Fall, dass die Widerspruchslösung ceteris paribus effektiver ist. Wäre die Widerspruchslösung nach ihrer Einführung nicht wirksamer als die Zustimmungslösung zuvor, bedeutete dies, dass die verlorenen Spenden der Zustimmungslösung auch nach dem Systemwechsel noch verloren wären. Dazu aber müssten all jene der Spende zustimmenden Personen, deren Organe bei der geltenden Zustimmungslösung im Todesfall nicht entnommen würden (mangels Spendeausweis und mangels Zustimmung der nahen Angehörigen), sich nach Einführung der Widerspruchslösung aktiv als Nichtspender eintragen lassen. Warum sollten sie sich umbesinnen und dies tun? Sie haben der Änderung ja zu verdanken, dass ihr Wille beachtet wird. Und dies selbst wenn sie es versäumten oder scheuten, ihn explizit auf einen Spendeausweis zu notieren (die Scheu mag daran liegen, dass man das Schicksal nicht versuchen will, indem man sich den eigenen Tod durch Ausfüllen eines solchen Ausweises denkt). Trotzdem hielt es das BAG für möglich, dass die Einführung der Widerspruchslösung zu einer tieferen Spenderate führen würde; Beleg hierfür sollte die versuchte Einführung der Widerspruchslösung im Jahr 1998 in Brasilien sein, die so viel Ablehnung auslöste, dass das Land zur Zustimmungslösung zurückgekehrt sei.[1973] Das Beispiel wirkt bemüht. Brasilien ist ein Staat, der sich kulturell sowie von den sozioökonomischen Rahmenbedingungen her stark von der Schweiz (und vom wohlhabenden Europa des EU- und EFTA-Raums) unterscheidet. Armut und Korruption sind verbreitet, während das Vertrauen in den Staat gering ist – und damit auch jenes ins staatliche Gesundheitswesen. Es ist schleierhaft, warum der dort abgebrochene Versuch einer Widerspruchslösung überhaupt für die hiesige Lage aussagekräftig sein sollte.

Nebst Bundesrat und BAG vertrat auch die NEK die Ineffektivitätsthese. So in ihrer Stellungnahme vom März 2012. Während die Mehrheit der NEK die Widerspruchslösung aus „grundsätzlichen ethischen Überlegungen ab[lehnte], weil sie die Persönlichkeitsrechte tangiere", meinte eine Minderheit, weil nicht nachgewiesen sei, dass die Widerspruchslösung zur Erhöhung der Spenderate führe, entfalle der Anlass zu einer Gesetzesänderung.[1974] Davon abgesehen, dass solche Aussagen befürchten lassen, in dieser Ethikkommission wirkten keine Konsequentialisten, ist das Argu-

1973 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 28, m.V.a. Silva u.a., The Impact of presumed consent on organ donation: an empirical analysis from quantile regression for longitudinal data, 2007.

1974 NEK, Widerspruchslösung, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ment in zweierlei Hinsicht problematisch: Denn erstens ist die Annahme, die Einführung der Widerspruchslösung ermögliche eine höhere Spenderate, auch mit Blick auf empirische Daten plausibel[1975], gerade weil es in vergleichbaren Staaten abgesehen vom Prinzip der vermuteten Zustimmung gegenüber jenem der vermuteten Ablehnung kaum Unterschiede zwischen den praktizierten Systemen gibt. Zweitens, selbst wenn es bis anhin am Nachweis der Effektivität der Widerspruchslösung wirklich fehlte, spräche dies für sich allein nicht bereits gegen eine Gesetzesänderung. Für eine solche kann nämlich auch die Tatsache sprechen, dass man es anders als mit der bisherigen, unbefriedigenden Lösung probieren muss: Während der Verbleib bei einer missglückten Lösung nahezu mit Sicherheit nicht zum gewollten Ergebnis führt, kann über Versuch und Irrtum versucht werden, die Regulierungsziele zu erreichen und dabei die Grundrechte optimal zu schonen.[1976]

b. Gründe für die niedrigere Rate der Ablehnung durch Angehörige im Falle der Widerspruchslösung

Ungefähr 56 % der Angehörigengespräche enden mit der Ablehnung der Spende. Das ist ein entscheidender Faktor der gegenwärtig tiefen Spenderate, zumal in den meisten Fällen, in denen die Zustimmung zur postmortalen Organspende erfolgt, diese von den Angehörigen übermittelt wird. Nur in etwa fünf Prozent aller Zustimmungsfälle kann die Organentnahme aufgrund der Willenserklärung auf dem Spendeausweis durchgeführt werden.[1977] Das kontrastiert stark mit der Gutheissung der Organspende durch die Mehrheit der Bevölkerung: 91 % der Bevölkerung haben eine mindestens eher positive Einstellung zur portmortalen Organspende, wovon 58 % gar eine klar positive Einstellung haben.[1978] Daraus folgt nun

---

1975 Für eine solche Studie: Aleberto Abadie/Sebastien Gay, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross country study, Journal of Health Economics 2006, 599 ff.; vgl. die überzeugende Würdigung empirischer Daten bei: Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3 ff.; siehe ferner Heimann, Zustimmungsmodell, 315; vgl. Uffer, Mobilität, 32–34, m.H.

1976 Für den Wert von Versuch und Irrtum im Kontext der Grundrechtsverwirklichung: Uffer, Margin of Appreciation.

1977 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 3.5.5, 19.

1978 Siehe zur Umfrage: <www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Swisstransplant/ Magazin/Swisstrans plant_Magazin_28.pdf> (zuletzt abgerufen

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweierlei: Erstens ist angesichts der tiefen effektiven Spenderate von einer erheblichen Zahl spendegewillter Personen auszugehen, die im Todesfall nicht rechtzeitig als solche identifiziert werden können.[1979] Zweitens lehnen die bei Fehlen einer auffindbaren Zustimmung konsultierten Angehörigen eine Spende offensichtlich zu oft ab, sei es aus nicht sachgerechten Gründen oder aufgrund unzutreffender Annahmen betreffend die Haltung des Verstorbenen.

Die entscheidende Frage ist somit die, ob es plausible Gründe gibt, derentwegen die erweiterte Widerspruchslösung zu einer tieferen Ablehnungsrate führe. Dies ist der Fall: Die Widerspruchslösung drückt mit der Zustimmungsvermutung nicht nur rechtlich eine bindende Vermutung aus, sondern suggeriert damit auch in einem weiteren Sinne eine gewisse „Norm". Eine befürwortende Haltung zur postmortalen Organspende würde dadurch im Gesetz zu etwas Normalem erklärt. Dies könnte die konkurrierende und falsche Vorstellung etwas zurückdrängen, dergemäss der Wille zur postmortalen Spende nicht normal, üblich und absolut verbreitet sei. Die Ablehnungen durch Angehörige würden wohl zurückgehen, gingen diese zunehmend von einer solchen (tatsächlich auch gegebenen) Realität aus. Sie hätten keinen Anlass mehr, im Zweifelsfall die Spende abzulehnen, weil die Statistik gerade nahelegt, die Regel sei die (innere) Zustimmung.

Auch lässt sich der Wille der Verstorbenen, die für eine Organtransplantation infrage kämen, wohl oft aus Gründen nicht ermitteln, die von der Befürwortung oder Ablehnung der Organspende völlig unabhängig sind.

---

am 2.8.2018); Ähnliches geht aus einer nicht-repräsentativen Umfrage von 20 Minuten hervor, über die Viktoria Weber berichtet in: 20 Minuten (online), 16.1.2013, „Jeder sollte automatisch Organspender sein", auf <www.20min.ch/community/stories/story/Jeder-sollte-automatisch-Organspender-sein-31420669?httpredirect> (zuletzt abgerufen am 25.8.2018). Treffend daher anlässlich der ständerätlichen Transplantationsdebatte im Jahr 2013 Jenny, in Votum ders., AB 2013 S 996: „Es wurde verschiedentlich gesagt, es sei dann noch lange nicht sicher, dass mehr gespendet würde. Doch, das ist ganz sicher. Die meisten, die Sie fragen, werden sagen, dass sie selbstverständlich spenden würden, sich aber noch nie damit befasst hätten und sich auch nicht veranlasst fühlten, einen Organspendeausweis auf sich zu tragen. Das ist doch die Realität."

1979 Balthasar/Müller, Auswertungen ausgewählter Daten der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2007 zum Bereich Transplantation – Bericht im Auftrag des BAG, Luzern 2009, auf: <www.bag.admin.ch/evaluation/01759/03053/10919/> (zuletzt abgerufen am 1.8.2018); Weiss/Shaw/Schober/Abati/Immer (Comité National du Don d'Organes), Attitudes towards organ donation and relation to wish to donate posthumously, in: Swiss Med Weekly, 2017, 147; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So ist der klassische Spendeausweis im entscheidenden Zeitpunkt oft nicht aufzufinden: Opfer eines Strassenverkehrs-, Sportunfalls oder Hirnschlags denken als Opfer unerwarteter Ereignisse kaum jeden Tag im Hinblick auf den möglichen Unfall daran, ihren Spendeausweis pflichtbewusst vor dem Verlassen des Hauses in die Brieftasche oder in die enge Sporthose zu stecken.[1980] Noch weniger wird jemand, der die postmortale Spende gutheisst, aber mangels empfundener Dringlichkeit sich den Spendeausweis nie anschaffte oder ihn nie ausfüllte, am unangekündigten Tag des Todes die nötigen Vorkehrungen treffen. Von der geringen Anzahl an Personen, die im Todeszeitpunkt den ausgefüllten Spendeausweis bei sich tragen oder ihre Zustimmung zur Organentnahme anderweitig klar erkennbar geäussert haben, lässt sich nun aber nicht folgern, bei unbekannter Haltung des Verstorbenen zur postmortalen Organspende lehne dieser die Spende eher ab.

Deswegen sollte nicht über eine unpassende gesetzliche Vermutung signalisiert werden, die normale Haltung sei die Ablehnung der postmortalen Organspende. Diese erschwert es pflichtbewussten Angehörigen, die subsidiäre Zustimmung zu erteilen. Denn, so mögen sie sich fragen, wenn bereits der Gesetzgeber eine Vermutung der Zustimmung für problematisch hält, warum soll es sich dann schicken, wenn man es sich als Angehöriger einfach aufgrund gewisser Indizien anmasst, von der Spendebereitschaft des Verstorbenen auszugehen? Wenn das Gesetz umgekehrt die Zustimmung vermutete, würden sie sich indes eher fragen, ob es denn ethisch haltbar sei, auf Basis einer herbeispekulierten Ablehnung des Verstorbenen zu verhindern, dass Menschenleben gerettet werden. Man muss dabei auch bedenken, dass die geltende Vermutung der Spendeablehnung vor allem bei Uneinigkeit zwischen den Angehörigen die Position jener Angehörigen stärkt, die die Spende dezidiert ablehnen und sich gegen die Ansicht der anderen Angehörigen, seien diese auch in der Mehrheit, durchsetzen wollen. Ebendies soll Fachpersonen zufolge oft gelingen.[1981] Ein solches Durchsetzungsvermögen des Einzelnen, das von der inneren Haltung des Verstorbenen völlig unabhängig ist, ist sachwidrig.

1980 Vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 3.5.5: „In der Praxis kann die Zustimmung zur Organspende selten anhand einer Spendekarte ermittelt werden, weil sie in der Notfallsituation nicht vorliegt."

1981 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3, m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Effektivität und folgenethische Legitimität

Die Zustimmungsvermutung ist auch in abstrakter Hinsicht „normal" und daher als Grundannahme der Regelung der Organtransplantation normwürdig: Eine verbreitete Zustimmung zur postmortalen Organspende ist im potenziellen Interesse aller Menschen; auch jener, welche nicht zustimmen möchten. Nur die wenigen Menschen, die im Notfall eher stürben, als durch Transplantation eines fremden Organes gerettet zu werden, profitieren nicht vom System; aber sie sind auch nicht Opfer der höheren Spenderate, da nichts sie verpflichtet, zu spenden, und blosse Empörung ob der Existenz von Organtransplantationen, die sie selbst ablehnen, kein Schaden ist. Zudem kostet den Organspender die postmortale Gabe (anders als den Lebendspender sein ungleich grösseres Geschenk) nichts an Lebensqualität und Unversehrtheit.

Aus folgenethischer Hinsicht ist am Verhalten des Gesetzgebers, der generell die Zustimmung des Verstorbenen vorbehaltlich besonderer Umstände vermutet, nichts auszusetzen. Weil eine höhere Zahl an Zustimmungen und damit Spenden im potenziellen Interesse aller Menschen sind (sie ist nicht „défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile", mithin also nicht ungerecht im Sinne Montesquieus[1982]), bedeutet diese Vermutung der Zustimmung nur, man unterstelle dem Verstorbenen Rationalität.

d. Erleichterte Gespräche mit den Angehörigen

Die Vermutung der Zustimmung im Rahmen der Widerspruchslösung würde es überdies den Ärzten erleichtern, die Angehörigen zu kontaktieren und das Thema der postmortalen Organspende in einer nicht unnötig belastenden Weise zu besprechen. Die Angehörigen werden nicht unter Zeitdruck gebeten, etwas „herzugeben", das ihnen nicht gehört, oder in einem Kontext der Trauer und Sorge zu entscheiden, in dem sie sich nur begrenzt dazu fähig und befugt fühlen. Wenn der Verstorbene zeitlebens nie seinen Widerspruch äusserte, werden die Angehörigen im Zweifelsfall

1982 Siehe schon die Gerechtigkeitsdefinition bei Montesquieu, Pensées, N. 174, 187, in Bezug auf die Rechte freier Menschen an Sklaven: „[C]es droits si barbares et si odieux ne sont point nécessaires pour la conservation du genre humain; ils sont donc injustes" und ebd., in genereller Weise: „injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile".

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit bestem Gewissen annehmen dürfen, dass mit der Organentnahme das geschieht, was der Verstorbene gewollt hätte und was angesichts des Rettungszwecks auch als ehrwürdig anzusehen ist.

e. Ungenügende Auswertung empirischer Studien

Die bessere Wirksamkeit der Widerspruchslösung hätten der Bundesrat und das Parlament spätestens vor fünf Jahren erkennen sollen, als das BAG im Auftrag des Bundesrats der Bundesversammlung einen Bericht mit empirischen Studien zu den Zustimmungsmodellen vorlegte.[1983] Ganze 16 der 21 untersuchten Studien führten zum Schluss, die Einführung der Widerspruchslösung führe an sich oder aber wohl kumuliert mit anderen Massnahmen zur höheren Spenderate. Zehn der Studien schrieben die Steigerung der Spenderate gar in erster Linie der Widerspruchslösung zu.[1984] Das BAG stellte dies fest, zog daraus aber kein (probabilistisches) Argument zugunsten der Widerspruchslösung. Stattdessen relativierte es die Aussagekraft der Studien, deren sorgfältige Auswahl es zuvor eben erst betont hatte.[1985] Den Ergebnissen der Studien entnahm das BAG nicht etwa nur die plausible Beobachtung, die Implementation der Widerspruchslösung erhöhe für sich alleine nicht ohne Weiteres die Anzahl verfügbarer Organe, wenn sie nicht mit weiteren zweckmässigen Massnahmen und einer Kombination verschiedener Faktoren einhergehe.[1986] Damit wurde immerhin eingeräumt, dass die Erhöhung der Spenderate *auch* auf die Widerspruchslösung zurückzuführen sei.[1987] Am Ende blieb das BAG aber bei der überholten Haltung des Bundesrates aus der Zeit der Botschaft zum neuen Transplantationsgesetz (2001) und schrieb: „Die oft gehörte Annah-

1983 BAG-Bericht vom 8. März 2013.
1984 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 25.
1985 Zur sorgfältigen Auswahl der Studien: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 10.
1986 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 27: „Zwar dürfte gemäss den vorliegenden Analysen die Widerspruchslösung einen Beitrag für höhere Spenderaten liefern. Es ist allerdings wissenschaftlich nicht belegt, dass die Widerspruchslösung alleine die Spenderate erhöht. Vielmehr weisen die Untersuchungen darauf hin, dass andere Faktoren, wie beispielsweise die Spendekoordination, die Ausbildung des medizinischen Personals oder die Information der Öffentlichkeit, diesbezüglich einen grösseren Einfluss haben."
1987 Ähnlich, in der parlamentarischen Debatte: Votum Bruderer Wyss, AB 2013 S 995.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

me, dass die *Widerspruchslösung* mehr Organe verfügbar macht, konnte nicht eindeutig durch Studien bestätigt werden"[1988].

Das BAG wählte somit einen methodisch im Grundsatz löblichen Ansatz aus. Es wertete zahlreiche quantitative und einige qualitative Studien zur Frage nach der geeigneten Zustimmungsmodalität zu postmortalen Organspenden aus. Der Schluss, die Widerspruchslösung sei alleine nicht zwingend wirksam, lässt sich plausibel der Mehrheit der Studien entnehmen. Das BAG unterlässt dann aber die wichtigste Folgefrage: Ob die Widerspruchslösung ceteris paribus zu einer höheren Spenderate als die Zustimmungslösung führt, also in einer Situation, in der beide Lösungen mit optimalen Begleitmassnahmen einhergehen. Beobachten lässt sich hierzu, dass nur fünf der 21 Studien im Ergebnis nicht zur Annahme eines effektiven Beitrags der Widerspruchslösung zur Erhöhung der Spenderate finden.[1989] Eine dieser fünf skeptischen Studien, Boyarsky et al. (2012), sieht die Effektivität der Widerspruchslösung dadurch widerlegt, dass in der Praxis die Zustimmung der Angehörigen nahezu immer eingeholt werde und es folglich auch in Staaten, die hohe Spenderaten erreichten, die echte Widerspruchslösung gar nicht gebe.[1990] Dem liegt ein gar enges Verständnis der Widerspruchslösung zugrunde, das überdies den Vorteil der gesetzlichen Vermutung der Zustimmung gänzlich ausblendet.[1991] Falls es zutreffend wäre, dass in erfolgreichen Staaten zum Teil nicht wirklich eine Widerspruchslösung, sondern faktisch eine Art Zustimmungslösung gilt, würde es überdies nicht die Effektivität der (wirklichen) Widerspruchslösung widerlegen, sondern nur zeigen, dass die sonst oft mit tiefen Spenderaten einhergehende Zustimmungslösung gelegentlich höhere Spenderaten nicht ausschliesst. Die zweite der fünf eher skeptischen Studien, Simillis (2010), schliesst die Effektivität der Widerspruchslösung nicht aus. Ihr zufolge könne die Widerspruchslösung eine positive Wirkung auf die Spenderate haben, doch sei ihre Einführung keine Garantie für eine Steigerung; auch drohten andere Faktoren, wie die polarisierende Debatte und die sinkende Akzeptanz der Organspende bei Einführung der Widerspruchslösung, den Gewinn zunichte zu machen.[1992] Vorne wurde aufgezeigt, warum dieses Argument nicht schlüssig ist: Viele Menschen

1988 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 22.
1989 Zu Einteilung der ausgewerteten Studien: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 102 ff.
1990 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 104.
1991 Vgl. vorne, Teil 4, E.III.1.b.
1992 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 27 und 105.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würden im Todesfall ihre Organe gespendet wissen wollen, haben aber nicht die nötigen Schritte unternommen, dies sicherzustellen.[1993] Dass diese Personen, die im Notfall wohl nicht als Spendebefürworter erkannt würden, den Systemwechsel guthiessen, liegt auf der Hand.[1994] Denn die Widerspruchslösung befreit sie nun gerade von der Obliegenheit, schon im frühen Alter eine Art „Testament" (den Spendeausweis) auszufüllen und diesen täglich mit sich herumzutragen; auch erübrigen sich schwierige Gespräche mit Angehörigen, die man als Befürworter der Spende sonst führen sollte, um sicherzustellen, dass im Notfall niemand aus abweichenden Gewissensgründen die Unterlassung der Spende erwirkt.

Es bleiben somit nur noch drei skeptische Studien, die auf Basis quantitativer Forschung an der Effektivität der Widerspruchslösung zweifeln. Zunächst fällt auf, dass die drei Studien vom gleichen Kreis Autoren stammen.[1995] Der Zusammenhang zwischen der Widerspruchslösung und der höheren Spenderate wird aber selbst in diesen Studien nicht widerlegt, sondern primär als nicht hinreichend belegt angesehen. In der jüngsten dieser Studien, Coppen/Friele (2009), lautete das entscheidende Argument, Staaten mit Widerspruchslösung fänden sich an beiden Enden der Spenderskala (höchste und tiefste Spenderate); daraus folgern die Autoren, dass die Zustimmungsmodalität nicht entscheidend ist und die Widerspruchslösung keine höheren Spenderaten sichert. Das ist auf den ersten Blick überzeugend, auf den zweiten Blick, den man auf die fraglichen Staaten und auf die Details der „Rangliste" der Staaten zu richten hat, nicht:

Die ersten drei Plätze der erfassbaren Staaten belegen gemäss BAG-Bericht, der auf dem Datenstand aus dem Jahr 2010 beruht, Spanien, Kroatien und Portugal. Sie weisen je eine Spenderate von über 30 Organspendern pro Million Einwohner (pmp) auf. In den „Top Ten" figurieren ferner Belgien, Frankreich, Österreich, Italien, Slowenien und Norwegen, jeweils mit der Widerspruchslösung und einer Spenderate von über 20 pmp. Zum Vergleich, die Schweiz hatte im Jahr 2010 eine Spenderate von etwa 12.5 pmp. Nur drei Staaten ohne Widerspruchslösung erzielten 2010 eine Spenderate von über 15: die USA (über 25), Grossbritannien (ca.

1993 Vorne, Teil 4, E.III.1.a.

1994 20 Minuten (online) vom 16.1.2013, Viktoria Weber, „Jeder sollte automatisch Organspender sein", auf <www.20min.ch/community/stories/story/Jeder-sollte-automatisch-Organspender-sein-31420669?httpredirect> (zuletzt abgerufen am 25.8.2018).

1995 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 104 f. (Studien von R. Coppe, R. D. Friele und S. K. Gevers).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

17), Deutschland (ca. 16). Kurz: Neun der zehn Staaten mit der höchsten Spenderate kennen die Widerspruchslösung; schon alleine mit Blick auf dieses Verhältnis müsste gute Gründe haben, wer darin einen Zufall sehen will.

Und wie sieht es am unteren Ende der Rangliste aus? Bei den Staaten mit tiefster Spenderate befinden sich nicht nur einige mit Zustimmungslösung (etwa Japan, Paraguay, Mexiko), sondern auch Staaten, in denen die Widerspruchslösung im Gesetz vorgesehen ist; etwa Russland, die Türkei und Malaysia (mit einer Spenderate von jeweils unter 5 pmp).[1996] Coppen/Friele folgern hieraus, die Effektivität der Widerspruchslösung sei nicht erwiesen. Dabei tragen die Forscher m.E. anderen plausiblen Erklärungen für diese drei schwachen Beispiele kaum Beachtung. So ist m.E. anzunehmen, dass die sehr tiefe Spenderate in Russland, der Türkei und in Malaysia nicht Konsequenz der gesetzlichen Widerspruchslösung ist, sondern von Korruption, wirtschaftlicher Ungleichheit, mangelndem Rechtsstaat und weiteren Missständen, die sich auf die effektiven Bräuche im Gesundheitswesen auswirken. Weil in Russland, der Türkei und Malaysia die Ärztelöhne tief sind, sind die Ärzte mutmasslich auch eher geneigt und darauf angewiesen, sich nach weiteren Verdienstmöglichkeiten umzusehen. Zugleich können diese drei Staaten aufgrund ihrer geografischen Lage nicht nur reiche Patienten aus dem Inland anziehen, sondern auch Organtouristen aus dem wohlhabenden nahen Ausland (im Falle Malaysias etwa aus Singapur, im Falle Russlands und der Türkei aus diversen EU-Staaten). Bei Organbedürftigkeit dürften Patienten wohl bei Weitem nicht immer stoisch ihren eigenen Tod in Kauf nehmen, sondern bei gegebenen finanziellen Ressourcen Interesse an einem privilegierten Organzugang zeigen; der allgemeinen Lebenserfahrung nach finden sie einen ausserrechtlichen Zugang zur Genesung dann auch am ehesten dort, wo der Rechtsstaat schwach, die Löhne tief und Korruption verbreitet ist. Für alle involvierten Ärzte, Händler und Koordinationspersonen kann sich ein lukrativer Parallelmarkt entwickeln, dem in der Folge wohl auch ein Teil der aufgrund der Widerspruchslösung verfügbaren Leichenorgane beigesteuert werden (so wohl im Falle des Handels mit Organen aus dem Lefortovo Leichenschauhaus in Russland).[1997] Weil diese abgezweigten Organe nicht

---

1996 Siehe BAG-Bericht vom 8. März 2013, 28.

1997 Goodwin, Black Markets, 26; Kaltenbrunner, Organtransplantation, 51 f.; vgl. zum Lefortovo-Organhandel: <www.documentingreality.com/forum/f149/organ-trafficking-lefortovo-russia-10601/> (abgerufen am 1.2.2018; mit verstörendem Bildmaterial); ferner: <www.dailymail.co.uk/news/article-381

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als transplantationsfähig deklariert werden, finden sie wohl kaum Eingang in die offizielle Statistik. Berichte von Organtourismus nach Russland, Singapur oder in die Türkei[1998] erhärten diese Erklärung der tiefen, jedoch vom Zustimmungsmodell völlig unabhängigen Spenderate.

Zusammengefasst: Die Existenz eines solchen parallelen Graumarktes in und aus Staaten, für die als Beispiel namentlich Russland steht, dürfte erklären, warum es dort nicht zu einer höheren offiziellen Spenderate kommt. Es ist nicht die einzige Erklärung, aber sie fällt ins Gewicht; auch weitere plausible Erklärungen für die tiefe Spenderate haben nichts mit der Zustimmungsmodalität zu tun (so etwa jene des fehlenden Vertrauens der Patienten in den Staat und damit in die Ärzte in staatlichen Spitälern[1999]). Im Kontrast mit dem ins Auge stechenden Erfolg der Widerspruchslösung in anderen Staaten (Stichwort: „Top Ten"), lässt sich kaum kohärent aus diesen anders erklärbaren Ausnahmefällen darauf schliessen, die bessere Wirksamkeit der Widerspruchslösung sei nicht erwiesen.

Es ist unverständlich, dass das BAG trotz der breit aufgestellten Auswertung der Studien sich am Ende der eher überraschenden Sichtweise einer Forschergruppe anschliesst und diese an Skepsis gar noch übertreffen will, mit der apodiktischen Aussage, die Widerspruchslösung stelle keine taugliche Massnahme dar, um die Anzahl verfügbarer Organe zu erhöhen.[2000] Das wirkt intuitionsapologetisch und wirft in Ermangelung anderer Erklärungen für dieses Resultat einer an sich seriös angelegten Studienauswertung den Schluss nahe, die Verantwortlichen des BAG hätten sich insgeheim das Auffinden von Gründen gegen die Widerspruchslösung schon zu Beginn der Studienauswertung erhofft. Da eine überwiegende Mehrheit der 21 Studien zum Schluss gelangt, die Widerspruchslösung könne zumindest zur höheren Spenderate beitragen, hätte das BAG bei resultatoffenem Vorgehen am Ende zumindest folgern sollen, die Wirksamkeit der Widerspruchslösung sei nach Auswertung der Studien zumindest als plausibel anzusehen.

5371/Glamorous-life-Russian-business man-accused-trafficking-HUMAN-ORGANS.html> (zuletzt abgerufen am 1.2.2018); siehe überdies: <www.africaresource.com/rasta/articles/its-a-hard-life-in-russia-human-organs-trafficking-prospers-amid-crisis-news-report/> (zuletzt abgerufen am 2.8.2018).

1998 Vgl. Hebborn, Grenzen eines Marktes, 75–76; Kaltenbrunner, Organtransplantation, 51–52.

1999 Vgl. allgemein zur hohen Bedeutung des Vertrauens der Bevölkerung in den Staat und in die Transplantationszentren: SAMW, Organtransplantationen, 2.

2000 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verletzte Persönlichkeitsrechte wegen „Äusserungspflicht“?

In der Botschaft des Bundesrates zum Transplantationsgesetz vom 12. September 2001 wurde argumentiert, es sei problematisch, wenn der Einzelne aufgrund der Widerspruchslösung zur Beschäftigung mit dem Tod gezwungen und ihm eine Äusserungspflicht auferlegt werde.[2001] Auch hielt der Bundesrat es für unhaltbar, dass der Mensch sich mit einer Erklärung gegen die Entnahme von Organen aus seinem Körper „wehren“ müsse.[2002] Die NEK erwog gar, im Falle der Einführung der Widerspruchslösung müsste man die Ausübung des Widerspruchsrechts an eine Äusserungspflicht knüpfen: damit Organe angesichts der „Zweideutigkeit des Schweigens“ nicht ohne Einwilligung entnommen würden.[2003] Doch diese Äusserungspflicht verletzte das Neutralitätsprinzip.[2004]

Diese Argumente sind zwar einfallsreich, aber schwach: *(i)* Ausgeblendet wird dabei nämlich, dass Freiheit immer auch Selbstverantwortung voraussetzt (siehe auch Art. 6 BV). Das Monieren einer Äusserungspflicht, also einer Pflicht, für seinen Willen einzustehen, kontrastiert sonderbar mit dem Argument der NEK, es liege „in der Verantwortung einer spendewilligen Person [...] dafür zu sorgen, dass ihr Wille bekannt ist und damit wirksam wird“. Diese Verantwortung zähle zum Kernbereich ihrer Persönlichkeit.[2005] Daher sei es unproblematisch, dass bei der Zustimmungslösung das Risiko der Missachtung des eigentlichen Willens einer spendewilligen Person bestehe. *(ii)* Zudem ist es ungenau, zu behaupten, die Widerspruchslösung zwinge zum aktiven Entscheid, weil man es auch den nahen Angehörigen überlassen kann.[2006] *(iii)* Es ist ausserdem inkohärent, wenn man, um die Betroffenen davor zu bewahren, sich mit dem eigenen Tod zu beschäftigen, einfach die ganze Last auf die Angehörigen abschiebt – wie dies bei der erweiterten Zustimmungslösung der Fall ist –, die dann im Zeitpunkt des Verlusts einer geliebten Person mit der Frage konfrontiert werden, ob sie der postmortalen Organspende zustimmen.[2007]

Selbst wenn man annähme, eine Pflicht zur Beschäftigung mit dem Tod und zur Äusserung der Einstellung zur Organspende verletze die Persönlichkeitsrechte, fliesst hieraus kein Argument gegen die Widerspruchslö-

2001 Botschaft TPG, 77; vgl. SAMW, Organtransplantationen, 2.
2002 Botschaft TPG, 77; vgl. NEK, Widerspruchslösung, 5 und 9.
2003 NEK, Widerspruchslösung, 5 und 9.
2004 NEK, Widerspruchslösung, 9.
2005 NEK, Widerspruchslösung, 8
2006 Votum Gutzwiler, AB 2013 S 991.
2007 Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sung. Denn auch bei der geltenden Zustimmungslösung muss jemand die beklagte Beschäftigungs- und Erklärungslast tragen.[2008] Die entsprechende Last trifft heute alle spendewilligen Personen, die in der Mehrheit sind. Was nun dem Spendebefürworter zuzumuten ist, ist es auch dem Spendeskeptiker.

3. Fehlen einer ausgeglichenen Folgenerwägung

a. Missachtete Sachverhalte

Konsequentialistische Ausführungen sind in den Botschaften zum Transplantationsgesetz und in den Ausführungen der NEK zur Widerspruchslösung äusserst selten. Weder in den Botschaften des Bundesrates zum Transplantationsgesetz noch in der Begründung der Empfehlungen der NEK finden sich Überlegungen zu den Wechselwirkungen zwischen der Organknappheit in wohlhabenden Staaten mit tiefer Spenderate (z.B. der Schweiz) und Zuständen auf jenen internationalen Organmärkten.[2009] Eine andere Argumentationslücke besteht in Bezug auf die Frage nach der Gefährdung der Grundrechte der Lebendspender im Kontext einer tiefen postmortalen Spenderate. Alleine schon aus diesen Gründen sind die Argumentation des Bundesrates und die Empfehlung der NEK in verfassungsrechtlicher Hinsicht zurückzuweisen.

b. Abschreckende Metaphern: „Ersatzteillager" und Kannibalen

Gegner der Widerspruchslösung verzichten nicht ganz auf Folgenerwägungen. In der parlamentarischen Debatte im Jahr 2015 suggerierte ein Vertreter der dann obsiegenden Verteidiger der Zustimmungslösung, ein Systemwechsel hin zur Widerspruchslösung öffne das Tor zur Nutzung des menschlichen Körpers als „Ersatzteillager für andere Menschen".[2010]

2008 Dies verkennen gar Befürworter der Widerspruchslösung: Favre, Swisstransplant-news Nr. 24, 11 f.; Heimann, Zustimmungsmodell, 314.

2009 Siehe aber BGE 123 I 112 E. 8b, wo das Bundesgericht im Entscheid zur Genfer Widerspruchslösung immerhin von der Inakzeptabilität des Organtourismus spricht.

2010 Votum Lohr, AB 2015 N 136: „Kann es sein, dass in einem falschgemeinten Verständnis [*Mitgefühl*] wir Menschen dann bereit sein müssen, als sogenannte Ersatzteillager für andere Menschen zur Verfügung zu stehen?"

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Metapher beschreibt die postmortale Organspende in einer Hinsicht faktisch treffend: Ein Organ wird zum Ersatz des nicht mehr funktionsfähigen Organs und damit wird die Funktionsfähigkeit (Leben) der „Maschine" (Mensch) gewahrt. Zugleich aber ruft die Metapher eher grauenhafte Assoziationen hervor, weil sie durch die Mensch-Industrieware-Parallele nahelegt, Menschen würden, statt dass man ihnen Todesruhe und Würde gewährte, wie industriell gebrauchte Ersatzteile regungslos herumliegen (je nach Lager Staub, Fäulnis und Insekten ausgeliefert). Wie in einem Leichenhaus, in welchem Tote (oder zu Tötende) lagern, einer auf dem anderen, und wo herausgeschnitten wird, was der Markt begehrt. Allein, diese Bilder haben nichts mit der Realität der Organtransplantationen zu tun.

Das Ersatzteillager-Argument illustriert, mit welchen Bandagen bisweilen gegen die Widerspruchslösung gekämpft wird. Es ist ein Dammbruchargument der sehr unglücklichen, irreführenden Sorte, weil mit einem Szenario argumentiert wird, das in zivilisierten Staaten absolut unwahrscheinlich ist, aber sehr schwer wöge, träte es ein, und schon in Gedanken verstört.

Ein weiteres pseudokonsequentialistisches Argument aus der parlamentarischen Debatte gegen die Widerspruchslösung: „Warum hat man auf den Körper und die Organe des Verstorbenen einen Anspruch? Was berechtigt die Gesellschaft, den Körper für sich zu vereinnahmen? Damit könnte man auch Kannibalismus verteidigen, wenn jemand am Verhungern ist. Wo ist dann da die Grenze?"[2011]

Auch das ist ein unangemessenes Dammbruchargument. Herbeigeredet wird hier die Unfähigkeit des Menschen, sich vernünftige, den vielen Nuancen der Werte im Leben angepasste (graduelle, verhältnismässige) Grenzen zu setzen und diese einzuhalten. Nur weil der Mensch angeblich – und dies nur im Notfall, wenn er etwa „am Verhungern ist" – unfähig sein soll, dem Abgleiten in alle denkbaren Extreme (z.B. Tötung und Verzehr eines anderen) zu widerstehen, muss man die Grenzen noch lange nicht so vorverlagern, dass fortan auch Dinge untersagt sind, die an sich mit den Zerrbildern und Drohszenarien nichts zu tun haben. Unklar ist auch, warum sich dieser angeblich unzuverlässige Mensch ausgerechnet an diese weniger wichtigen, weniger markanten Grenzen halten können soll.

2011 Votum Diener, AB 2013 S 994.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Fiktive Folgen: Seelengefährdungsargumente

Dass versucht wird, die postmortale Organspende als grauenhaft darzustellen, hat m.E. Gründe, die rational nicht erklärbar sind. Anlässlich der ständerätlichen Debatte zur Widerspruchslösung im Jahr 2013 wurde die Befürchtung geäussert, die Organentnahme im Todeszeitpunkt interferiere mit dem Schicksal der Seele: „Gemäss der christlichen Kultur haben wir nebst dem Körper auch eine Seele. [...] Könnte es sein, dass es bei einer Organentnahme oder bei den vorbereitenden Massnahmen diesbezüglich zu Störungen kommt?“[2012]

Die Offenlegung der religiösen Prämisse verdient Lob. Doch die Antwort lautet, das moderne Recht sei als Vernunftrecht von religiösen Überzeugungen, wie etwa von der Beseeltheit des Lebens, getrennt zu beurteilen.[2013] Zudem ist es reichlich spekulativ, von der Schädigung der Seele durch die Organentnahme auszugehen. Die These der Gefährdung der Seele durch die Organentnahme stimmt nicht mit den üblichen Seelenlehren überein: Wer dualistisch argumentiert (auf Basis der These, die Seele könne nach dem Tod des Körpers fortbestehen)[2014], der müsste annehmen, ein Eingriff in den Körper treffe nur den Körper und wirke sich nicht auf die Seele aus. Wer Seele und Körper nicht als getrennte Entitäten begreift, der müsste jede Einschränkung des Körpers als Gefährdung der Seele deuten. Er müsste vom Kratzer bis zur schweren Körperverletzung alle Einschränkungen des lebenden Körpers stärker fürchten als Eingriffe in den Leichnam. Denn wenn die Seele den Körper im Todeszeitpunkt verlässt, dann ist sie nicht mehr dort, wo sie verletzt würde, wären sie und der Körper noch eins.

2012 Votum Diener, AB 2013 S 994.

2013 Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 12.

2014 Zum *Dualismus* als Basis skeptischer Einwände gegen eine Ethik des Lebensdienlichen siehe vorne, Teil 3, E.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV Argumente zugunsten der Widerspruchslösung

1. Ernstnehmen des Lebensrechts

Wie bereits bei den zuvor besprochenen Grundrechtskollisionen ist die hohe Bedeutung des Lebensrechts zu betonen.[2015]

a. Dringlichkeit des Lebensschutzes

Die Dringlichkeit des Schutzes des Lebens der Patienten auf der Warteliste wird in der Debatte zum Organtransplantationswesen kaum bestritten. Befürworter der Zustimmungslösung argumentieren nicht, das Leben habe vor den „Persönlichkeitsrechten" des Verstorbenen zurückzuweichen. Man ist sich wohl bewusst, dass das Überlebensbedürfnis des Menschen in der Regel dessen erstes Bedürfnis ist. Er erlebt es als wichtiger als die Mehrheit der Bedürfnisse, die man mit der Wahrung von Persönlichkeitsrechten assoziiert.[2016]

Unbestritten ist auch das grundlegende Ziel: Dass die Spenderate erhöht und die Zahl der pro Jahr auf der Warteliste sterbenden Menschen gesenkt werden soll, wird kaum angefochten. Die Einführung der Widerspruchslösung wurde vom Bundesrat und vom Parlament abgelehnt, weil sie angeblich nicht effektiver sei als die Zustimmungslösung. Man hat die Einführung der Widerspruchslösung auf Basis logisch nicht haltbarer Schlüsse aus empirischen Daten[2017] einfach vertagt – was beweist, dass ein Mangel an Logik in rechtsethischen Fragen keineswegs unschuldig ist, sondern tötet.

Verkannt wurde dagegen, dass ein Verfassungsimperativ besteht. Gelingt es nicht, die Anzahl der Organe zu erhöhen, obwohl zulässige Wege hierzu bestehen, verletzt der Gesetzgeber und damit der Staat seine Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV), besonders des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV), des Rechts auf körperliche Integrität und

2015 Vorne, Teil 4, B.II.1, C.II.1 und D.II.1; siehe für die Begründung des Höchstgewichts des Lebens und des Grundprinzips der Lebensdienlichkeit: Teil 3, E.I.

2016 Zur Bedürfnishierarchie Maslows und ihrer Bedeutung in rechtsethischen Fragen siehe Teil 3, E.II.2 sowie bereits Teil 2, B.II.1.c und 5.

2017 Teil 4, E.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesundheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der Menschenwürde (Art. 7 BV) und anderer Dimensionen der Persönlichkeitsrechte (vgl. Art. 119a Abs. 1 BV).[2018]

b. Deutliche, empirisch fundierte Zahlenverhältnisse

Zum Lebensschutz gehört auch das Gebot, diesen so umzusetzen, wie er optimal umgesetzt werden kann. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass das Festhalten an der Zustimmungslösung bei Weitem nicht optimal ist: Der Bundesrat setzte sich im März 2013 das Ziel, die Spenderate bis 2018 von ca. 13 Spendern pro Million Einwohner (pmp) auf 20 pmp zu erhöhen[2019] – was an sich im europäischen Vergleich keineswegs zu ehrgeizig ist. Doch wollte er dies ohne Widerspruchslösung, mit einem Bündel organisatorischer Massnahmen und der verbesserten Information der Öffentlichkeit bewirken; also mittels Massnahmen jener Art, die in anderen Staaten im Kontext der Widerspruchslösung erfolgreich gewesen waren.[2020] Das Ziel wurde trotz eines beachtlichen (Kosten-)Aufwands verfehlt. Ein gewisser Anstieg der Spenderate auf 17.4 pmp[2021] fand zwar bereits im Jahr 2015 statt, doch im Jahr 2016 sackte diese wieder auf 13.3 pmp herab, was unter dem Schnitt des Fünfjahresschnitts der 14.2 pmp für die Jahre 2012 bis 2016 lag.[2022] Im Jahr 2017 folgte wieder ein Anstieg auf 17.2 pmp.[2023] Doch das vom Bundesrat vorgegebene Ziel der 20 pmp wurde trotz eines weiteren Anstiegs im Jahr 2018 mit einer Spenderate von 18.6 pmp verfehlt[2024], wobei selbst dieser Wert angesichts der Volatilität der Spenderate in den Vorjahren nicht als definitiv erreicht gelten kann.

Dies hat nun Folgen für den Schutz der Grundrechte, insbesondere des Lebens. Die Zahl der Patienten auf der Warteliste nahm in den letzten Jahren stark zu; 2016 allein im ersten Halbjahr um 112 Personen.[2025] Eine bedenkliche Zahl, zumal von 2011 bis 2014 ein Anstieg von ungefähr

2018 Vgl. Romagnoli, in: Hill 2010 III n° 5, N. 64.
2019 Aktionsplan des Bundes (2013) „Mehr Organe für Transplantationen".
2020 Dazu vorne, Teil 4, III.1.a und e.
2021 Swisstransplant, JB 2015, 3: „Noch nie konnte in der Schweiz so vielen Menschen ein lebensrettendes Organ zugeteilt werden wie 2015"; doch selbst in diesem eher erfreulichen Jahr stieg die Zahl Patienten auf der Warteliste weiter an (um 14 Personen): Swisstransplant, JB 2015, 30.
2022 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2.
2023 Swisstransplant, Q2 2018, 3.
2024 Vgl. Swisstransplant, Q4 2018.
2025 Swisstransplant, Q3 2016, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

100 Patienten für jeweils das ganze Jahr zu verzeichnen war.[2026] Ende 2016 waren 1480 Patienten auf der Warteliste, 200 mehr als Ende 2013. Die Zahl blieb 2017 und 2018 relativ konstant[2027], was aber besonders 2017 auch dem Organimport und einer Rekordzahl an Lebendspenden zu verdanken war (2017 kam es zu 137 Lebendspenden; das sind 20 mehr als im Schnitt 2013 bis 2016).[2028] Besonders prekär ist die Lage der auf ein Herz wartenden Patienten: Die Zahl der Personen auf der Warteliste hat sich in dieser Kategorie seit 2009 (damals 60) mehr als verdoppelt (auf ca. 150). Über ein Viertel der jährlich etwa 40 Herztransplantationen findet in der Not (im Urgent-Status) statt. Den 40 Transplantationen stehen im Schnitt der Jahre 2015 bis 2017 etwa 15 Todesfälle gegenüber.[2029] Bei den Nierentransplantationen ist angesichts der Alternative des Schwarzmarktes besonders bedenklich, dass die Wartezeit von 2015 bis 2017 im Schnitt mehr als drei Jahre (1095 Tage) betrug.[2030]

Fazit: Mit dem Regime der erweiterten Zustimmungslösung konnte das Ziel der 20 pmp nicht erreicht werden. Dies musste erwartet werden. Die Personen auf der Warteliste, die in den letzten Jahren jährlich starben, sind damit nicht einfach als Opfer eines tragischen Schicksals anzusehen, sondern als Opfer des Festhaltens an einer Lösung, deren Scheitern schon 2013 evident war. Nun ist darauf zu achten, dass hierfür nicht falsche Erklärungen gesucht und man sich in Zukunft nicht damit begnügt, noch mehr Gelder für Begleitmassnahmen zu sprechen, die ohne die Hauptmassnahme, die es längst braucht, wenig bringen. Kurz: Der Wechsel zur Widerspruchslösung drängt sich einmal mehr auf. Diese könnte zu einer knappen Verdoppelung der Spenderate führen, nicht nur zum bescheidenen (und doch unerreichten) Ziel von 20 pmp; damit könnten auch die meisten der 70 jährlichen Todesfälle verhindert werden.

2026 Im Januar 2015 standen 1414 Personen auf der Warteliste. Im Januar 2006 waren es nicht einmal halb so viele (vgl. Swisstransplant, JB 2014, 30); im ersten Quartal 2015 sank gemäss Swisstransplant die Zahl der Personen auf der Warteliste von 1370 auf 1344. Der Vergleich mit den ersten Quartalen der vorhergehenden Jahre zeigt jedoch, dass dies kein Anlass zum Optimismus ist. Typischerweise bringt das erste Quartal des Jahres aus saisonalen Gründen (Zunahme an Wintersport- und Verkehrsunfällen) überdurchschnittlich viele Spenden mit sich, was zu einer kurzfristigen Verkürzung der Warteliste führt. An der Jahrestendenz ändert dies nichts. Die Quartalsberichte sind abrufbar unter www.swisstransplant.org/de/.

2027 Swisstransplant, JB 2017, 29; vgl. Swisstransplant, Q4 2018.

2028 Swisstransplant, Q2 2018, 1–4; Swisstransplant, JB 2017, 23, 29 und 37.

2029 Swisstransplant, JB 2017, 38.

2030 Swisstransplant, JB 2017, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Relatives Gewicht der Persönlichkeitsrechte

a. Interesse am Schutz der Freiwilligkeit der Organspende und an der Verhinderung illegaler Organmärkte

Die Zustimmungslösung hemmt den Schutz der Gesundheit (Art. 119a Abs. 1 BV) und das dringliche Anliegen des Lebensschutzes (Art. 10 Abs. 1 BV), ohne dass dies durch nicht-metaphysische Anliegen des Persönlichkeitsschutzes oder der Menschenwürde gerechtfertigt wäre.

Im Gegenteil: Der Organmangel führt zu einer grösseren Anzahl Lebendspenden und damit zu heiklen Situationen mit Blick auf den bei Lebendspenden (aufgrund kaum sichtbarer innerer oder sozialer Zwangslagen) sehr schwierigen Schutz der Selbstbestimmungsfreiheit.[2031] Dass der Mangel an postmortalen Organspenden zunehmend durch Lebendspenden kompensiert wird[2032], sollte alarmieren. Je tiefer die Spenderate bei Verstorbenen ist, desto eher sehen sich Angehörige von Patienten, die auf eine Organspende angewiesen sind, dazu bewogen, sich im Rahmen einer im Kontext womöglich gewollten, aber eben auch alternativlosen „freiwilligen" Lebendspende ins Fleisch schneiden zu lassen.[2033] Weil dabei nicht gerade von einem wirklich freien Willen die Rede sein kann[2034], sollte alles in die Wege geleitet werden, damit der Organbedarf möglichst weitgehend mit postmortalen Organspenden gedeckt werden kann.

Fraglich ist zudem, ob das Verbot des Organhandels (Art. 119a Abs. 3 BV[2035]) ernst genommen wird, solange einer der stärksten Vektoren zum Organhandel, die tiefe Spenderate bei den postmortalen Spenden und die daraus resultierende hohe Nachfrage an Spenden, nicht überwunden wird.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die von Bundesrat, BAG, Parlament und NEK als einzige grundrechtskonforme Lösung verklärte Zustimmungslösung nicht nur als ungeeignet, sondern als schlicht ungerecht und verfassungswidrig zu erkennen. Weil ein Systemwechsel im Rahmen einer Gesetzesänderung geboten ist, nicht bloss eine Feinkorrektur durch Gesetzesinterpretation, kann hier nur der Gesetzgeber selbst abhel-

2031 Siehe Teil 4, II.3.b.
2032 Swisstransplant, JB 2017, 23.
2033 Vgl. Swisstransplant, JB 2015, 24.
2034 Vgl. vorne, Teil 4, E.II.3.e; vgl. SAMW, Richtlinie Lebendspende, 10 f.
2035 Gemäss Art. 1 Abs. 3 TPG soll das Gesetz „den missbräuchlichen Umgang mit Organen, Geweben oder Zellen bei der Anwendung der Transplantationsmedizin beim Menschen, insbesondere den Handel mit Organen, verhindern und die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit schützen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fen. Das Bundesgericht kann indirekt Druck aufbauen, indem es bei Gelegenheit, beispielsweise anlässlich eines Streits über Krankenversicherungsleistungen für eine Organtransplantation im Ausland oder in Beurteilung einer Strafe nach Art. 69 Abs. 1 lit. a oder b TPG (obiter dictum), erwägt, ob nicht eine zumindest politische Mitverantwortlichkeit des Staates für Organtourismus und Organhandel besteht, solange die Zustimmungslösung gilt.

b. Welche Lösung belastet die Persönlichkeitsrechte stärker?

Der vermeintliche Anspruch, sich nicht gegen eine postmortale Organspende „wehren" zu müssen, indem man seinen Widerspruch festhalten lässt, wird als nahezu unantastbarer Teilgehalt der persönlichen Freiheit behandelt.[2036] Dabei wird übersehen, dass solch ein „Anspruch" nur im Sinne der Fortwirkung der zu Lebzeiten gewährten persönlichen Freiheit begründbar ist.[2037]

Jede Person wird bei der Widerspruchslösung lediglich gebeten, Verantwortung für sich selbst zu übernehmen und ihren allfälligen Widerspruch aktiv kundzutun. Das Selbstbestimmungsrecht bleibt intakt. Meines Erachtens würde durch die neue Regelung nicht einmal der Normalbereich des Selbstbestimmungsrechts eingeschränkt, weil die Selbstbestimmung über das postmortale Schicksal der eigenen Organe zeitlebens jederzeit möglich wäre.[2038] Eine Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit in deren Normalbereich läge wohl vor, wenn der Staat etwa zusätzlich verlangte, der Widerspruch zur Organspende sei schriftlich zu begründen. Bei unbürokratischer Möglichkeit zur Widerspruchsäusserung wäre aber nur die Modalität der Ausübung der Selbstbestimmungsrechte betroffen. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte wäre somit nur ein Eingriff in die peripheren Schutzgehalte des Art. 10 Abs. 2 BV. Die getroffene Freiheit ist

2036 Botsch. TPG (2001), 77, die bemängelt, bei der Widerspruchslösung müsse „die oder der Einzelne sich mit einer besonderen Erklärung dagegen wehren […], dass aus ihrem oder seinem Körper nach dem Tod Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden"; die Tempi (*wehren* statt *gewehrt haben*) suggerieren, der Betroffene würde im Zeitpunkt der Organentnahme leben. Vgl. NEK, Widerspruchslösung, 5 (Ablehnung der Widerspruchslösung, weil „sie die Persönlichkeitsrechte tangiere") und 8.

2037 Vgl. zu dieser Fortwirkung der persönlichen Freiheit: BGE 129 I 173 E. 4.

2038 Ebenso Votum Recordon, AB 2013 S 996: „Et ces droits s'exercent […] par l'inscription dans un registre; ils ne sont donc en eux-mêmes pas entravés."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Vergleich zum Lebensrecht, Höchstwert der Verfassung und Ausdruck des ersten aller Grundbedürfnisse, von relativ geringem Wert.

In der Weise, in der die Widerspruchslösung Spendeskeptiker in ihrer Freiheit berührt, tangiert die Zustimmungslösung die Freiheit der Spendebefürworter. Was sich durch den Systemwechsel ändert, ist nicht der Grad an Freiwilligkeit im persönlichen Entscheid für oder wider die Organspende, sondern lediglich die Zuteilung der Bürde, seine Präferenz aktiv kundzutun. Nun kommt aber hinzu, dass die Personen, die spenden wollen, klar in der Mehrzahl sind. Hieraus und aus der Legitimität der zahlenmässigen Abwägung folgt nun, dass – wenn schon von Einschränkungen der Selbstbestimmung die Rede sein soll – die geltende Zustimmungslösung die Selbstbestimmungsfreiheit von mehr Personen und damit insgesamt (aus der Perspektive des Gesetzgebers) stärker einschränkt.

3. Haben Patienten Anspruch auf ein rettendes Organ?

Laut Art. 17 Abs. 4 TPG können sich Patienten grundsätzlich nicht auf einen „Anspruch auf Zuteilung von Organen" berufen. Der Schutz des Lebensrechts ist dementsprechend vor Gericht nicht durchsetzbar, nicht „justiziabel". Der Staat ist zwar zu Verwirklichungsmassnahmen verpflichtet, das Individuum aber nicht zur Durchsetzung der Rechte befähigt. Das ergibt Sinn. Beim gegenwärtigen Organmangel liesse sich selbst ein bedingtes, ressourcenabhängiges subjektives Recht kaum zweckmässig institutionalisieren. Erst bei einer deutlich höheren Spenderate liesse sich sinnvoll über ein bedingtes Recht auf ein Organ nachdenken.

Doch ändert dies an der materiellen Beurteilung nichts. Die Schutzansprüche der auf Organe wartenden Patienten fallen durchaus unter den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 BV. Die Justiziabilität ist eine Durchsetzungsvoraussetzung, nicht eine Voraussetzung staatlicher Pflichten. Das heisst, ungeachtet des Art. 17 Abs. 4 TPG haben potenzielle Organempfänger zwar kein individuell durchsetzbares Recht darauf, aber ein den Staat verpflichtendes Interesse daran, dass dieser das Organtransplantationsrecht möglichst in der Weise regle und auslege, die mit den Grundrechten und den Zielen der Transplantationsordnung (Art. 119a Abs. 1 BV) möglichst harmoniert. Der Staat muss Regulierungshürden, die der optimierten Lebensrettung im Weg stehen, abschaffen und durch Lösungen ersetzen, die (wie die Widerspruchslösung) wenig kosten und nur „ein Minimum

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an Solidarität“[2039] voraussetzen. Sich dem fatalistisch verweigern, weil man nie „genügend“ Organe haben könne, überzeugt nicht.[2040] Denn das kleinere Übel (weniger Tode auf der Warteliste) ist dem grösseren vorzuziehen. Es zielt zudem von vornherein an der Sache vorbei, wenn Parlamentarier als Mitglieder des Gesetzgebers suggerieren, es bestünde kein Anspruch auf rettende Organe[2041]; im Resultat lehnen sie damit eine Pflicht des Staates ab, auf die Optimierung der Lebensrettung hinzuwirken. Diese Pflicht aber ist in der Verfassung enthalten (Art. 10 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 35 BV) und bindet den Gesetzgeber.

4. Akkurate gesetzliche Vermutungen

Gesetzliche Vermutungen betreffend innere Einstellungen der Menschen drücken sinnvollerweise aus – wo sie nicht einen gewissen Steuerungszweck verfolgen –, was in der Gesellschaft die Regel ist. In der Bevölkerung der Schweiz hat in Bezug auf die Zustimmung zur postmortalen Organtransplantation in den letzten Jahren ein Gesinnungswandel stattgefunden. Etwa 91 % der Bevölkerung sind der postmortalen Organspende heute eher oder klar wohlgesonnen, rund 81 % der Bevölkerung wären grundsätzlich bereit, die Organe im Todesfall zu spenden.[2042] Doch nur die Hälfte hiervon hat sich mit dem Thema konkret auseinandergesetzt und wiederum nur die Hälfte dieser Hälfte hat den Entscheid den Angehö-

---

2039 So Votum Gutzwiler, AB 2013 S 991.

2040 Votum Diener, AB 2013 S 994: „Wir werden aber nie genügend Organe zur Verfügung haben, weil die Warteliste stärker wächst als die Bereitschaft der Bevölkerung, Organe zur Verfügung zu stellen. […] Es geht […] eben um eine ethisch-moralische Frage.“

2041 Votum Lohr, AB 2015 N 136: „Hat die Gesellschaft wirklich das Recht oder den Anspruch auf unsere Organe? Kann es sein, dass in einem falschgemeinten Verständnis wir Menschen dann bereit sein müssen, als sogenannte Ersatzteillager für andere Menschen zur Verfügung zu stehen? Diese kritische Frage wurde erörtert. Im Prinzip ging es auch darum, dass die Würde jedes Einzelnen immer im Vordergrund bleibt.“; vgl. Votum Schwaller, AB 2013 S 995; siehe auch die Suggestivfragen in Votum Diener, AB 2013 S 994: „Ich habe die Frage gestellt, wem denn eigentlich der Körper eines Sterbenden gehört. Gehört er dem sterbenden Menschen? Gehört er den Angehörigen? Oder gehört er den Menschen, die auf ein Organ warten? […] Die verstorbenen Menschen haben auf dem Friedhof Anspruch auf den Totenfrieden. Im Rahmen des Sterbens scheint hier aber irgendwo ein Perspektivenwechsel stattzufinden, weil die Organe des Menschen beansprucht werden.“

2042 Swisstransplant, JB 2015, 5 und 18

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rigen mitgeteilt.[2043] Hieraus ergibt sich eine starke Diskrepanz zwischen der Zahl an Personen, die der Organspende zustimmen würden, und jener, deren Zustimmung im Todesfall für die Ärzte tatsächlich erkennbar ist und bei denen es tatsächlich zur Organentnahme kommt.

Der Wechsel zur Widerspruchslösung hülfe dabei, diese Lücke zu schliessen und das Spendepotenzial besser auszuschöpfen.[2044] Diese Lücke ist Ausdruck davon, dass die Vermutung der Spendeablehnung den meisten Menschen eine Attitüde unterstellt, die nichts mit der realen Mentalität zu tun hat.[2045] Zumindest heute ist es sonderbar, zu unterstellen, der Mensch lehne in der Regel die postmortale Organspende ab, sei also gegen die Rettung anderer mit Mitteln, die er selbst nicht mehr braucht. Normal wäre eine solche Einstellung allenfalls bei Personen, die denken, dass sie ihre Organe nach dem Tod selbst noch brauchen. Aber eine solche Einstellung dürfte selten sein; selbst die meisten Weltreligionen sprechen sich heute für die Organspende aus (etwa im Sinn der Nächstenliebe).[2046]

Schliesslich ist die Vermutung der Spendebereitschaft deswegen normal, weil es selbstverständlich ist, dass der Mensch gibt, wenn er (im hypothetischen Notfall) selbst zu nehmen wünscht.[2047] Das ist natürlich und hängt, soweit es nicht mit Gemeinsinn zu tun hat, mit grundlegender Reziprozität zusammen.[2048]

Man mag sich auch fragen, welcher Typ Person seinen Willen in Bezug auf die Organspende tatsächlich aktiv einzutragen geneigt wäre. Besteht die Gefahr, dass jemand widersprechen will, es aber versäumt? Die Gefahr scheint gering. Denn wer sich ernsthaft an der Vorstellung stört, dass seine

---

2043 Swisstransplant, JB 2015, 5.

2044 Vgl. Favre, Swisstransplant-news Nr. 24 vom September 2014, 11; Heimann, Zustimmungsmodell, 315; Abadie/Gay, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation, 599 ff.

2045 Siehe aber Votum Ingold, AB 2015 N 139: „Der Weg soll also nicht über das Widerspruchsmodell gehen; das wäre ein sehr grosser Systemwechsel in der schweizerischen Denkkultur, die doch von der Freiheit zu wählen und von einem starken Selbstbestimmungsrecht geprägt ist. Die Widerspruchsregelung greift in verschiedener Hinsicht in dieses Selbstbestimmungsrecht der Bürger ein. Das zeigt sich daran, dass sie jenen, die nicht Organspender sein wollen, die Last auferlegt, ihren Widerspruch zu erklären. Ein Eintrag in ein Widerspruchsregister wäre sicher nicht die differenzierte Artikulation der eigenen Wünsche, so, wie Schweizerinnen und Schweizer sie schätzen."

2046 Siehe Swisstransplant, FAQ.

2047 Votum Stolz, AB 2015 N 137: „[D]ass ich auch bereit bin, Spender zu sein, wenn ich selber für die Zukunft den Anspruch erhebe, ein Organ zu erhalten."

2048 Zum tief verankerten Hang nach Reziprozität: Cialdini, Influence, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Organe im Todesfall bei fehlendem Widerspruch transplantiert würden, der versäumt es wohl kaum, den Widerspruch einzutragen. Das wurde in der parlamentarischen Debatte treffend und mit Humor hervorgehoben:

> „On peut penser que la personne qui ne prend pas soin de régler cette question de son vivant n'y accorde pas une importance considérable. Bien sûr, il y a des personnes qui n'y pensent même pas et qui rétrospectivement seraient très malheureuses d'avoir manqué cela. Seulement, au moment où elles devraient être malheureuses, elles sont mortes, donc elles ne peuvent plus être malheureuses et la question ne se pose plus. On ne va pas tenir compte de droits rétrospectifs de la personnalité."[2049]

Das Gefühl, selbst betroffen zu sein, ist ein starker Beweggrund. Hingegen kann man sich umgekehrt nicht darauf verlassen, dass jede Person, die nichts gegen die postmortale Organspende einzuwenden hat, rechtzeitig den Aufwand einer expliziten Registrierung ihrer Zustimmung tätigt; denn von diesem Aufwand hat die betroffene Person selbst wenig.[2050]

Auch aus diesen Gründen ist die Vermutung der Zustimmung angemessen, weil sie zu eher zutreffenden Ergebnissen führt.

5. Ergänzende einigungsethische Überlegung

Die vorliegenden Überlegungen, die vor allem Folgenerwägungen sind, lassen sich auch mit einer einigungsethischen Heuristik stützen.[2051]

> In einer kleinen Gesellschaft leben zehn Personen. Eine der zehn, Grün, wird im mittleren Alter unerwartet an einem Hirnschlag sterben. Zwei Personen, Blau und Gelb, werden schwer erkranken; die Gesundheit des Blau wird jahrelang stark geschwächt sein, wenn er

---

2049 Votum Recordon – eine der feinsinnigen Wortmeldungen der parlamentarischen Debatte zur Widerspruchslösung, in AB 2013 S 996.

2050 Vgl. Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 16: Spendebefürworter teilen oft mit, sie hätten sich noch nicht zur Spende geäussert, weil sie „noch nicht dazu gekommen sind".

2051 Vgl. Votum Jenny, dem der Perspektivenwechsel natürlich erscheint, in: AB 2013 S 996: „Wenn ich […] mich frage, ob ich bereit wäre, Organe zu empfangen, komme ich zum Entscheid 'ja'. Wenn ich diesen Entscheid gefällt habe, dann frage ich mich: Wäre ich auch bereit zu spenden? Da komme ich selbstredend ebenfalls zum Entscheid 'ja'. Wenn ich bereit bin zu empfangen, bin ich selbstverständlich auch bereit zu geben."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keine Nierenspende erhält; Gelb wird sterben, wenn keine Herztransplantation stattfindet. Das Wohl der anderen sieben Personen hängt nicht von der Möglichkeit einer Transplantation ab. Die zehn Personen setzen sich hinter einem rawlsschen Schleier des Nichtwissens an den Verhandlungstisch und gestalten ihre Gesellschaftsordnung. Keiner weiss, wer er sein wird, aber jeder weiss, dass einer Grün, einer Blau und ein Dritter Gelb sein wird und was es damit auf sich hat.
Würden die Betroffenen der postmortalen Organspende zustimmen, wenn sie mit 10 % Grün und mit 20 % Wahrscheinlichkeit Blau oder Gelb wären?

In dieser neutralen Ausgangslage würden die Betroffenen es zweifellos für zulässig erachten, die Zustimmung zur postmortalen Organspende zumindest zu vermuten, wenn nicht gar am Verhandlungstisch für alle zu vereinbaren. Auch Grün wäre einverstanden, da er selbst der postmortalen Organspende zustimmen will und nichts dagegen hat, dass man diesen Willen gesetzlich vermutet.

V Konfliktlösung

1. Unechte Grundrechtskollision

Weil die Persönlichkeitsrechte der die postmortale Spende ablehnenden Personen durch die Widerspruchslösung nur peripher berührt wären und sonst keine anderen Grundrechte gegen die Widerspruchslösung sprechen, darf man die hier besprochene Problematik des Wechsels zur Widerspruchslösung als unechte Grundrechtskollision einstufen. Nur auf den ersten Blick kollidieren beidseitig wichtige Grundrechte. Man darf und sollte in einem ersten Schritt vorsichtshalber die Frage stellen, ob der Systemwechsel das Selbstbestimmungsrecht verletze. Auf den zweiten Blick zeigt sich aber, dass nur marginale Interessen berührt sind und die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Betroffenen zu keiner Zeit infrage gestellt wird. In solchen Fällen erübrigt sich eine umfassende Abwägung; es ist klar, dass die schonendste Konfliktlösung darin besteht, dass die Modalität der Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Leichnams so festgelegt wird, wie es die Widerspruchslösung vorsieht. Die minimale Pflicht zur Solidarität, die man in der Notwendigkeit erblicken könnte, sich mit der Frage nach der postmortalen Organspende auseinanderzusetzen – oder in Kauf zu nehmen, dass man mangels Äusserung im Todesfall als Organspender gilt –, ist allen Betroffenen zumutbar.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Gebot zur Einführung der Widerspruchslösung

In folgenethischer Hinsicht ist die Vorzugswürdigkeit der Widerspruchslösung eindeutig. Sie rettet mehr Leben und ist geeignet, der Befriedigung existenzieller Bedürfnisse weit besser zu dienen, als es gegenwärtig die Zustimmungslösung tut. Sie belastet die Persönlichkeitsrechte kaum, die sie nicht stärker einschränkt als die Zustimmungslösung selbst. Es muss daher nicht einmal zur Abwägung „Leben gegen Persönlichkeitsrechte" kommen, die hier ohnehin zugunsten des Lebensschutzes ausginge.

Man darf angesichts der Mängel der Zustimmungslösung sogar sagen, dass es unzumutbar (für alle Personen auf der Warteliste) ist, wenn der Staat bei ihr verbleibt. Deren Überwindung ist eine Frage der Zeit. Denn die Realität führt seit Jahren mit der tiefen Spenderate, der langen Warteliste und ca. 70 Todesfällen pro Jahr eine harte Kampagne gegen das Zustimmungssystem. Die Ineffektivität des Systems, selbst bei deutlicher Verbesserung der Begleitmassnahmen, zeitigt auch über diese Todesfälle hinaus höchst bedenkliche Folgen: Sie führt zu einem erhöhten Druck auf Angehörige, nötigenfalls in eine altruistische Lebendspende einzuwilligen. Zudem steigt mutmasslich die Nachfrage nach Nieren und anderen Organen auf illegalen Märkten.

Früher oder später wird man die Verfassungswidrigkeit und Ungerechtigkeit der Zustimmungslösung unweigerlich einsehen müssen; die Frage ist nur, wie viele unnötige Todesfälle sich bis dahin noch ereignen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 5: Konsolidierte Kollisionsdogmatik

A. Begriff und Lösbarkeit der Grundrechtskollision

I Identifikation der Grundrechtskollision

1. Echte und unechte Kollisionen der Grundrechte

Grundrechte *konfligieren*, sobald unterschiedliche individuelle Grundrechtsinteressen direkt oder indirekt konfligieren und dabei nicht alle dieser Interessen in jeder relevanten Hinsicht verwirklicht werden können. Ein zu weiter Begriff der Grundrechts*kollision* hätte zur Folge, dass nahezu jede Situation einer einfachen Grundrechtseinschränkung nach Art. 36 BV als Grundrechtskollision einzustufen wäre. Er wäre gegenüber der Kollision von Grundrechten mit bloss öffentlichen Interessen (dem anderen und ersten der in Art. 36 Abs. 2 BV vorgesehenen Kollisionstypen) die absolute Regel, da wohl nahezu alle wichtigen öffentlichen Interessen indirekt individuellen Grundrechten und Grundfreiheiten dienen.

Von solcher Allgegenwärtigkeit der Grundrechtskollisionen auszugehen, wäre unzweckmässig; der Begriff der Grundrechtskollision selbst verlöre sein Differenzierungspotenzial und würde weitgehend nutzlos. Zugleich lenkte die Zahl „echter" Kollisionen von der Beschäftigung mit wirklich dringlichen Konflikten ab, bei denen es namentlich um existenzielle Güter geht. Weil überdies auch für die Lösung einfacher Konflikte, die keine Grundrechtskollisionen im vorliegenden Sinn sind, die rechtsstaatlichen Prinzipien ungebrochen gelten (Art. 5 BV), empfiehlt es sich, vom Vorliegen einer Grundrechtskollision erst dort auszugehen, wo beidseitig wichtige Individualgüter so konfligieren, dass unausweichlich auf der einen oder anderen Seite der Kollision eine schwerwiegende Einschränkung eines Rechtsguts eintritt, welche die betroffene Person erheblich belastet.

Davon sind Konflikte auszunehmen, die eher als Kollisionen von Grundrechten mit einfachen öffentlichen Interessen anzusehen sind:

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Abgrenzung zu Kollisionen mit öffentlichen Interessen

Jene Probleme, die bisher auf befriedigende Weise als Kollision von Grundrechten mit öffentlichen Interessen besprochen wurden, lassen sich auch in Zukunft auf diese Weise angehen. Auf befriedigende Weise bedeutet, dass keine existenziellen Grundrechtsinteressen, weil hinter öffentlichen Interessen kaschiert, vernachlässigt werden. Denn es muss wegen der Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung die Möglichkeit bestehen, zumindest alles Verhalten des Staates grundrechtlich zu überprüfen, das Güter wie das Leben, die Menschenwürde und zentrale Gehalte der Freiheit und Sicherheit einzuschränken droht; Güter also, die Bedingungen des Grundrechts- und Freiheitsgenusses sind. Es genügt in solchen Konstellationen nicht, einfach nur zu fragen, ob öffentliche Interessen zur Einschränkung des gegenüberliegenden Grundrechts gegeben sind (was man aber tut, wenn man die Grundrechtskollision nicht als solche wahrnimmt).[2052]

Auch in ethischer Hinsicht wäre es höchst fragwürdig, wenn trotz Betroffenheit der Höchstgüter eine asymmetrische Prüfung (Grundrechte vs. öffentliche Interessen) genügte. Von der zeitlichen und kausalen Unmittelbarkeit der Betroffenheit gewisser Grundrechte (in der Regel im Konfliktfall jener, die der Staat aktiv einschränkt – oder gerade einzuschränken versäumt) lässt sich keineswegs direkt auf einen höheren Wert der entsprechenden Rechtsgüter gegenüber den indirekt oder verzögert betroffenen Grundrechten schliessen.

Damit ist gesagt, in welcher Hinsicht der vorliegende Kollisionsbegriff weit ist. Er ist es insofern, als für die Identifikation einer kollisionsrelevanten Einschränkung nicht massgeblich ist, wie weit entfernt die Einschränkung der Grundrechte von der dem Staat zurechenbaren Handlung (oder Unterlassung) ist. Der Effekt mag erst nach Wochen, Monaten oder gar

---

2052 Zur Illustration aber: BGer 8C_80/2018 vom 9.10.2018, wo das Bundesgericht trotz der Betroffenheit existenzieller Güter nicht prüfte, ob das Streikrecht bei Gesundheitsberufen indirekt mit Art. 10 Abs. 1 und 2 BV kollidiert; geprüft wurde das Einschränkungsmotiv der öffentlichen Gesundheit (E. 4.4.3.3), wobei das Symmetriegebot nicht respektiert wurde (E. 4.4.3.4: „Au demeurant, de tels arguments s'écartent des motifs légitimes permettant à l'Etat de restreindre les droits fondamentaux selon l'art. 36 Cst. On ne saurait les prendre en compte au titre de l'intérêt public."; vgl. E. 4.4.4: „L'absence de limitation au personnel dont la présence serait *absolument* indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients, est […] disproportionnée […]. Même à l'aune […] d'un possible contrôle concret ultérieur, la portée de l'atteinte au droit en cause se révèle inconstitutionnelle." [Hervorhebung ergänzt]).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahren eintreten (etwa eine Epidemie wegen einer gescheiterten Impfpolitik); und er mag nicht zu den direkten oder naheliegenden Folgen staatlichen Wirkens zu zählen sein. Das ist unbeachtlich, solange mittelbar (nicht nur spekulativ oder gar völlig fiktiv) der Staat verantwortlich ist. So kann eine Regulierung, die einige Grundrechte schützt, zugleich aber erhebliche Fehlanreize schafft, derentwegen es zur schweren Schädigung der öffentlichen Gesundheit kommt, die Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung (i.V.m. den betroffenen Grundrechten) verletzen; sie ist dann eine verfassungswidrige, nicht folgenoptimale Lösung einer (vom Gesetzgeber vielleicht nicht einmal erkannten) Grundrechtskollision. Das Interesse beispielsweise daran, dass durch eine restriktive Drogen- oder irrationale Gesundheitspolitik nicht Menschen sterben oder schwere Gesundheitsschäden erleiden, ist nicht nur ein öffentliches Interesse, sondern auch eines aus Art. 10 Abs. 1–2 BV. Die Tatsache, dass die Änderung einer solchen Politik vor allem dem Gesetzgeber obläge und dieser sich in einer funktionierenden Demokratie nicht per gerichtlicher oder exekutiver Anweisung zur „gerechten" Regulierung zwingen lässt, bedeutet nicht, der Staat könne nicht durch eine gescheiterte Regulierung in diesem Bereich Grundrechte verletzen.

Selbstredend ist nicht jede regulierungs- oder anderweitig bewirkte, fernliegende Grundrechtseinschränkung so schwer, dass von einer Grundrechtskollision auszugehen wäre. Vor allem eine geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gewissen Einschränkung kann dazu führen, dass man diese nach einer approximativen probabilistischen Gewichtung als nicht so „schwer" (nicht wahrscheinlich genug) betroffen einstuft und folglich die entsprechenden Eventualitäten aus praktischen Gründen nur als öffentliche Interessen behandelt. Dies kann folglich selbst dort sachgerecht sein, wo die bedrohten Güter an sich schwer wögen, aber die Gefahr (Wahrscheinlichkeit einer Einschränkung) sehr gering ist.

Inwieweit der (absolute und relative) Wert der geschützten Güter und damit die absolute und relative Schwere der drohenden Einschränkungen grundrechtlicher Interessen bei der Identifikation von Grundrechtskollisionen ins Gewicht fallen, wird hiernach zusammengefasst:

3. Erforderliche absolute und relative Schwere

Die Grundrechtskollision setzt einerseits die hinreichende *absolute* Schwere der gefährdeten Güter voraus. Was dies bedeutet, lässt sich zunächst mit der Metapher der Kollision physischer Güter wie etwa von Fahrzeugen

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gut illustrieren: Kollision bedeutet der unausweichliche Eintritt eines erheblichen Schadens. Und dies an wenigstens einem der beiden kollidierenden Güter. Die Unausweichlichkeit blosser Reibungen macht noch keine Kollision aus; periphere Freiheitseinschränkungen, die nur mit flüchtig empfindbaren Einbussen an Lebensqualität einhergehen, sind nicht Folge echter Kollisionen. Die Definition der Grundrechtskollision klammert damit jene Konflikte aus, die beidseitig geringerfügige Güter treffen, deren Einschränkung nicht einen nachweisbar schädigenden Einfluss auf das Leben, auf die Würde oder die Befriedigung elementarer Grundbedürfnisse nach Sicherheit, Freiheit und sozialem Anschluss zeitigt.

Anderseits spielt zusätzlich auch die *relative* Schwere (der zu schützenden Güter und drohenden Einschränkungen) eine Rolle.[2053] Das hat zur Konsequenz, dass ein Konflikt evident höchst unterschiedlich wertvoller Güter, der nur auf eine Weise richtig lösbar ist, keine Grundrechtskollision ist (es fehlt dann das Dilemma, das jede echte Grundrechtskollision schafft). Im Zweifelsfall ist hier aber vorsichtshalber – um nicht das Risiko einer Kollisionsleugnung einzugehen[2054] – in einem ersten Schritt vom Vorliegen einer Grundrechtskollision auszugehen.[2055]

Keine Grundrechtskollision liegt bei Konflikten mit *peripheren Schutzgehalten* vor.[2056] Konflikte mit solchen Gehalten sind keine Kollisionen. Das ist besonders dann der Fall, wo Anliegen auf eine konkrete Modalität der Ausübung von Freiheiten im Konflikt mit anderen Grundrechten nicht berücksichtigt werden können: etwa das Anliegen, sich an einem präzisen (nicht unersetzlichen) Ort zu versammeln oder die Meinung in einem bestimmten Medium zu äussern; oder sich stets mit dem Zug auf den Weg zur Arbeit machen zu können. Das Anliegen, die persönliche Ablehnung der postmortalen Organspende nicht explizit äussern zu müssen, ist ebenfalls ein peripherer Grundrechtsgehalt.[2057] Evident nachrangig bei Konflikten mit existenziellen Gütern sind zudem kurzzeitige und für den Betroffenen sehr geringfügige Einschränkungen, solange sie nicht mittelbar schwere Nachwirkungen auf das Wohl Dritter zeitigen (so etwa bei

---

2053 Vorne, Teil 2, B.III.3 und C.II.1.c; am praktischen Beispiel überdies Teil 4, E.IV.2.

2054 Teil 2, B.II.3, betr. die Ablehnung der subjektiven Schutzbereichsbestimmung; vgl. Teil 2, B.II.4.c; zur Illustration vgl. Teil 4, C.III.5, bei der „Rettungsfolter"; Teil 4, D.II.2.b, beim Flugzeugabschuss-Fall.

2055 Siehe vorne, Teil 4, E, betr. die Einführung der Widerspruchslösung im Organtransplantationswesen.

2056 Zu peripheren Einschränkungen siehe die Definition oben, Teil 2, B.II.2.c.

2057 Vgl. vorne, Teil 4, E.II.2.a, E.II.3.c., E.IV.2.b und E.V.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der vom Betroffenen nicht als belastend empfundenen Androhung der Zufügung eher leichter Schmerzen im aggressiven Rettungsverhör[2058]).

Die Frage nach der grundrechtlichen Schutzwürdigkeit spezifischer Interessen in konkreten Fallkonstellationen (und die hermit verbundene Frage nach dem Vorliegen einer echten Grundrechtskollision) lässt sich auch mithilfe der Hierarchie der Grundbedürfnisse (Maslows) klären.[2059] Wo keine Grundbedürfnisse betroffen sind, die für das Leben oder dessen Qualität von grösster Bedeutung sind, liegt keine Grundrechtskollision vor. Um von einer Grundrechtskollision (nicht nur von einer marginalen Betroffenheit konfligierender Grundrechte) ausgehen zu können, sollten die betroffenen Güter Ausdruck von Überlebens-, Sicherheits- oder zumindest grundlegenden Anschlussbedürfnissen sein.[2060] Eine Einschränkung auf der Ebene der Bedürfnisse nach Ansehen oder nach Selbstverwirklichung ist in aller Regel nicht kollisionsrelevant: Wenn zwei Personen die Bäckerei betreten und beide das letzte Vollkornbrot begehren, kollidieren keine Grundrechte, sondern Alltagspräferenzen, für deren Verwirklichung es der staatlichen Gewährleistungen nicht bedarf (aber: herrschte Lebensmittelknappheit, wäre beim Ringen ums Brot von einer Grundrechtskollision auszugehen).

4. Erwartbarkeit und Rechtsgleichheit

Die echte Grundrechtskollision zeichnet sich zudem dadurch aus, dass davon auszugehen ist, die Schutzgehalte der konfligierenden Grundrechte begründeten im konkreten Fall sich gegenseitig weitgehend ausschliessende, für sich alleine aber selbst in diesem Fall nicht abwegige Ansprüche.

Nicht abwegig sind individuelle Interessen, wenn deren konkrete Vorrangigkeit trotz Konfliktlage aus unabhängiger Warte nicht evident ausgeschlossen erscheint.[2061] Ob dies anzunehmen ist, lässt sich aufgrund der Einigungsbasis des Rechts und des Prinzips von Treu und Glauben mit der Frage erörtern, was die betroffenen Grundrechtsträger denn vernünftigerweise erwarten konnten.[2062] Keine Grundrechtskollision liegt dort vor, wo

2058 Vgl. vorne, Teil 4, C.V.2.
2059 Zur Relevanz der Bedürfnishierarchie nach Maslow vorne Teil 3, E.II.2; vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.c und 5.
2060 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2.b.
2061 Vorne, Teil 2, B.II.1.a, m.H. u.a. auf Art. 35 Abs. 3 lit. a EMRK.
2062 Vgl. vorne, Teil 2, B.III.3; vgl. am konkreten Fallbeispiel auch Teil 4, D.IV.3.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die korrekte Lösung des Konflikts solchermassen evident ist, dass ein sich auf die nachrangige Position berufender Grundrechtsträger nicht ernsthaft hätte erwarten können, ihm gebühre in Situationen dieser Art der Vorrang vor anderen (gleichberechtigten) Betroffenen.

5. Anwendung allgemeiner Bewertungs- und Abwägungskriterien

Die zur Kollisionslösung entscheidenden Kriterien, auf die es aus ethischen und rechtlichen Gründen ankommt, sind durchgreifend relevant. Die Bewertung des „abstrakten" Werts der relevanten Grundrechte und grundrechtlichen Teilgehalte (der nicht zuletzt aus der Relevanz der geschützten Gehalte in konkreten Fällen seinen Wert schöpft), die Bewertung der konkreten Einschränkungsintensität[2063] sowie (jenseits der semantischen Aspekte) die Prüfung, ob überwiegende Gründe für die Erfassung eines Sachverhalts durch ein Grundrecht sprechen, sind alles Vorgänge, die ähnlichen rechtlichen und ethischen Prinzipien folgen. Es geht immer wieder um die vergleichende Bewertung relevanter Interessen.[2064] Um die Frage nach der vergleichsweise besten Lösung, nach dem kleineren Übel.

Das heisst, schon zur Kollisionsidentifikation sind die Kriterien und Heuristiken zur ethisch fundierten Lösung von Grundrechtskollisionen analog anwendbar.[2065] Die relative Schwere der Güter spielt somit bereits insofern eine Rolle, als bei der Prüfung, ob konfliktbetroffene Interessen jeweils im konkreten Fall vom Schutzbereich eines Grundrechts umfasst sein sollen; ob sie damit also in einer ethisch rationalen Rechtsordnung[2066] prima facie Schutz verdienen.

Die Grundrechtsauslegung hat hier (bei der Prüfung des Vorliegens einer Kollision) eine besonders pragmatische Prägung, die wegen des Fehlens einer positivierten Kollisionslösung nicht nur zulässig, sondern erforderlich ist.[2067] Vorbehaltlich eindeutiger Vorgaben einer langjährigen

---

2063 Vorne, Teil 2, B.III-V, C.IV-V; ferner die Heuristiken in Teil 3, F.IV.

2064 Vgl. vorne, Teil 3, D.I und E.I-II.

2065 Vgl. vorne, Teil 2, C.IV.2 – 3; zudem zur Relevanz der Bedürfnisse bei dieser Bewertung: Teil 2, B.II.1.c und 5 und (aus ethischer Sicht) Teil 3, E.II.2.

2066 Zur (überindividuellen) Rationalität der Gerechtigkeit vorne, Teil 3, A.IV; vgl. ferner zu anderen allgemeinen Aspekten einer rationalen, nachvollziehbaren und lebensrelevanten Gerechtigkeit: Teil 3, A.II, V und VI.

2067 Vorne, Teil 2, B.III.2.a, zur pragmatischen Auslegung; vgl. insb. Teil 2, B.III.1.b, zur Interessenoptimierung im Rahmen der Auslegung.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Praxis muss somit in gewisser Weise abgewogen werden, um zu prüfen, ob eine Grundrechtskollision vorliegt. Beim Abwägen geht es dabei immer auch darum, zu ermitteln, welche Wirkungen ein gewisses Verständnis der Grundrechte nach sich zöge: Abwägung ist Folgenabwägung, mit dem Ziel, die Handlung (hier die Anerkennung und Umsetzung eines Grundrechtsverständnisses) zu ermitteln, die möglichst zum grössten Wohl der grössten Zahl führt und lebensdienlich ist.[2068]

6. Sonderfall: Kollisionen mit unantastbaren Rechtsgütern

Ein Spezialfall ist die Kollision unantastbarer (uneinschränkbarer) Grundrechte und grundrechtlicher Teilgehalte. Die Unantastbarkeit drückt nicht etwa eine faktische Unverletzlichkeit, sondern die gerade der besonderen Verletzlichkeit des unantastbaren Guts geschuldete Pflicht aus, dieses nie einzuschränken. Solch ein unantastbares Gut ist nur plausibel, wenn gute Gründe dafür sprechen, dass es in jedem denkbaren (Kollisions-)Fall vorgehen soll. Ein Glaube an etwas Unfalsifizierbares oder explizit metaphysisch Begründetes ist nicht nötig: Unantastbar ist bereits jenes Rechtsgut, von dem man aus pragmatischen Gründen mit Blick auf alle realistischerweise denkbaren Situationen keine Ausnahmen billigt.[2069]

Für die Kollisionsidentifikation fragt sich, ob und inwieweit jeder Konflikt, an welchem ein unantastbares Rechtsgut prima facie beteiligt ist, gar nicht erst als Grundrechtskollision aufgefasst werden sollte, sondern als evidenter Fall, in welchem sich die Abwägung erübrigt (oder gar verbietet). Die Antwort unterscheidet klare Fälle von weniger klaren, hypothetischen Fällen:

a. Unklare Fälle der (begriffslogischen) Unantastbarkeit

Es hat sich gezeigt, dass es nicht zielführend ist, von einem vage definierten und damit konkretisierungsbedürftigen unantastbaren Rechtsgut kurzerhand zu behaupten, es sei betroffen, um dann ohne gründliche Untersuchung der konkreten Verhältnisse und übrigen Interessen dessen Vorrangigkeit einzufordern. Solch ein Vorgehen führt zu heiklen Fehlern[2070]

2068 Zur Lebensdienlichkeit vorne, Teil 3, E.I.3 (konkretisiert insb. in E.II.2).
2069 Vorne, Teil 2, C.V.4; illustriert an den in Teil 4, C und D besprochenen Fällen.
2070 Siehe vorne, Teil 4, C.III.2 und (besonders deutlich) D.III.1 – 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und verletzt das Begründungsgebot, wo nicht ausnahmsweise ein semantisch-kasuistisch eindeutiger Fall vorliegt; etwa jener der Anwendung eines Verhörmittels, dessen Einstufung als Folter nicht erst aus einer Prüfung der konkreten Situation hervorgeht.[2071]

Vorsicht ist besonders hinsichtlich der Annahme geboten, die Menschenwürde sei (in nicht auch unter das Verbot des Art. 10 Abs. 3 BV gedeckter Weise) betroffen und gehe folglich allen konfligierenden Gütern vor. Denn erstens ist eine Interessenabwägung (im Rahmen der kontextuellen Auslegung) in aller Regel erforderlich, ehe man urteilen kann, ob die Menschenwürde nicht einfach nur sachlich berührt ist, sondern auch im Konfliktfall eingeschränkt zu werden droht. Eine absolute und rigoristische Konzeption der Unantastbarkeit, die sogar diesen Konkretisierungsprozess untersagte, ist logisch undenkbar und ethisch unhaltbar.[2072] Zweitens sagt die Betroffenheit der Menschenwürde noch nichts Definitives über die richtige Kollisionslösung aus, solange unklar ist, ob auf der anderen Seite allenfalls ebenfalls Höchstgüter betroffen sind.

Schon deshalb kann auch bei korrekter Identifikation der Gefährdung eines unantastbaren Rechtsguts auf einer Seite des Konflikts nicht sogleich dazu übergegangen werden, dem unantastbaren Gut dadurch (vermeintlich) zum Durchbruch zu helfen, dass alle kollidierenden Interessen schlicht nicht in Betracht gezogen werden.[2073] Dieses Nichtbeachten der anderen Grundrechte ist, wo nicht geradezu verfassungswidrig (Art. 35 BV i.V.m. Art. 7 bzw. 36 Abs. 4 BV), eine zu einfache und kontraproduktive Lösung des Problems, welche die Glaubwürdigkeit des Rechtsguts belastet, das man absolut schützen will.[2074]

Erst die Feststellung der wirklichen Einschränkung, die für die betroffene Person stets eine Belastung höchster Art sein muss, begründet die Vorrangigkeit des unantastbaren Guts vor nicht-unantastbaren Interessen. Eine extensive Auslegung der Menschenwürdegarantie, wie sie aus der strikten Anwendung der Objektformel folgte, ist ethisch nicht vertretbar und im positivierten Recht nirgends vorgesehen; die Behandlung eines Menschen als „blosses Objekt" ist sicher ein relativ verlässliches Indiz auf eine Verletzung, aber nicht bereits die Verletzung der Menschenwürde an sich.[2075] In Bezug auf die Identifikation der Grundrechtskollision folgt

2071 Siehe vorne, Teil 4, C.IV.1.
2072 Vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. Teil 3, B.III (dort insb. 8).
2073 Vgl. dazu Teil 2, B.IV.4.c und Teil 2, C.V.3.a.
2074 Vgl. vorne, Teil 4, D.III.3.c.
2075 Vorne, Teil 3, B.III.7, und am Fallbeispiel erhärtet: Teil 4, D.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus dem Gesagten, dass bei Konflikten unantastbarer Güter wie der Menschenwürde mit anderen grundrechtlichen Gütern jeweils zuerst davon auszugehen ist, eine Grundrechtskollision liege vor. Anders als sonst bei der Grundrechtskollision kommt es zwar nicht zwingend zur erheblichen Schadensfolge auf mindestens einer Seite; aber bei falscher Lösung der Kollision (für die Würde, der keine Einschränkung droht, oder wider sie, obwohl ihr eine solche droht) ist ein erheblicher Schaden unausweichlich. Auch andere Konflikte mit uneinschränkbaren Grundrechten sind wie echte Kollisionen zu behandeln, sobald prima facie denkbar ist, dass die nähere Prüfung des Sachverhalts zur Folgerung führt, einem solchen Gut drohe eine Einschränkung.

Kurz: Jenseits klarer Fälle ist in Konflikt- und Kollisionsfällen, die Unantastbares tangieren und es vielleicht einer Einschränkungsgefahr aussetzen, schon zur Abklärung, ob eine Kollision vorliegt, eine umfassende Ermittlung aller relevanten Interessen vorzunehmen. Die Grenze vom unklaren Fall zum klaren Fall der Einschränkung einer unantastbaren Norm wird einerseits durch die (erfahrungsbasierte) anerkannte Praxis und den damit verbundenen semantischen und pragmatischen Erwägungen markiert; je weniger klar ist, ob ein Gut absolut zu schützen ist, desto eher spielt die (sonst als vorweggenommen vorausgesetzte) Interessenabwägung eine Rolle bei der Bestimmung der Schutzwürdigkeit dieses Guts. Für jene Art Unantastbarkeit gewisser grundrechtlicher Güter, die erst im Rahmen der Beurteilung des Einzelfalls und der kontextuellen Konkretisierung der involvierten Güter zutage tritt, wurde hier die Bezeichnung der *begriffslogisch* begründeten Unantastbarkeit gewählt. Die so geschützten Güter können prima facie mit anderen Grundrechten kollidieren und bedürfen der Kollisionslösung durch Interessenabwägung anlässlich der Auslegung.

b. Klare Fälle: pragmatische Unantastbarkeit

In klaren Fällen (von Folter) ist die Interessenabwägung nicht erforderlich, weil immer davon ausgegangen werden kann, solche strikt verbotenen konkreten Handlungen seien nie geeignet, die Gesamtheit der betroffenen Grundrechte und anderen Lebensinteressen optimal zu verwirklichen (wobei zur Begründung des strikten Verbots bereits ausreichte, dass sie, soweit vorhersehbar, so oft unrichtig wären, dass die Folgen einer noch so partiellen Billigung klar schlimmer wären als aller Nachteil, der aus dem hypothetisch zu strikten Verbot resultierte).

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In diesen Fällen kann man sagen, der Konflikt eines unantastbaren Grundrechts mit einem nicht unantastbaren Grundrecht sei keine Grundrechtskollision, weil eine verfassungs- und konventionsimmanente Schranke allen entgegenstehenden Grundrechten eine vor jeglicher Auslegung jener Grundrechte bereits klar sichtbare Grenze setzt. Das begrenzt unweigerlich auch bereits den Schutzbereich der übrigen konfligierenden Grundrechte. So greift der Staat nicht in die Berufsfreiheit eines Menschenhändlers ein, wenn er „Arbeitssitzungen" abhören lässt und am „Arbeitsplatz" eine Razzia durchführt, um menschenunwürdiger Freiheitsberaubung ein Ende zu setzen. Auch schuldet der Staat Angehörigen der Opfer schwerer Gewaltverbrechen keine Rechtfertigung dafür, warum er zur Verwirklichung des Rechts auf Aufklärung solcher Straftaten nicht einfach einen mutmasslichen Täter verprügeln lässt, bis dieser sich verzweifelt schuldig bekennt – oder gar tatsächliche oder fiktive (Mit-)Schuldige nennt.

Kurz: Diese unantastbaren grundrechtlichen Gehalte verbieten – auf Basis einer allen realistischen Szenarien Rechnung tragenden Ex-ante-Abwägung – spezifische Verhaltensweisen strikt. Sie können daher nicht Gegenstand noch zu lösender Grundrechtskollisionen sein. Sie sind Ausdruck der Erkenntnis bezüglich des Unwerts von Handlungen, deren Folgen sich erfahrungsgemäss in keiner Weise mit dem Ziel versöhnen liessen, Grundrechte optimal zu verwirklichen und damit das grösste Wohl möglichst aller Betroffenen zu erwirken. Die Begründung dieser Unantastbarkeit ist eine *pragmatische*, weil sie auf dem vorweggenommenen Folgenkalkül und auf Erfahrungen beruht, nicht auf einer strikt formalen, resultatbezogenen Unrechtsumschreibung wie die begriffslogische Unantastbarkeit – und noch weniger auf dem blossen Postulat.

c. Zur Möglichkeit von Höchstgüterkollisionen

Ein Sonderfall ist die Kollision beidseitig unantastbarer Güter, die nicht auslegungshalber gelöst werden kann. Das ist wohl der einzige im Bereich der Grundrechte denkbare wirkliche Fall einer Verfassungslücke (Regelungslücke der Verfassungnormen).[2076] Hier wäre selbst im Falle der Kollision von beidseitig klar unantastbaren Rechtsgütern eine Lösung auf Basis

2076 Vorne, Teil 2, B.III.1.c; siehe zur (per Auslegung zu vermeidenden) Kerngehaltskollision ferner: Teil 2, B.II.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allgemeiner ethischer Prinzipien notwendig – und damit in erster Linie eine auf Basis von höchst vorsichtigen Folgenabwägungen.

Offen ist, ob solche Fälle überhaupt eintreten können. Dazu müssten wohl gewisse, aus pragmatischen Gründen als unantastbar eingestufte Grundrechtsgehalte kollidieren. Konstruierte Beispiele sind denkbar: Eigenmächtig handelnde Mitglieder der Sicherheitskräfte foltern eine tatverdächtigte Person an einem geheimen Ort; der einzige Weg, sie aufzuhalten, besteht darin, unschuldige Familienmitglieder der Folternden zu entführen, um die Befreiung des Folteropfers zu erpressen. Oder: Zur Therapierung des lebenslang verwahrten Straftäters wird ein Weg gefunden, der den Einsatz absolut verpönter Mittel vorsieht (Gehirnwäsche, Psychopharmaka etc.). Praktisch relevant sind diese Fälle nicht.

II Allgemeine Verortung der Kollisionslösung

Die Auflösung der Grundrechtskollision muss stets der verhältnismässigen und damit auch folgenoptimalen Aufhebung des Konflikts der betroffenen Rechtsgüter dienen (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Der zur Kollisionslösung verpflichtete Staat (Art. 35 Abs. 1 BV) und jede für ihn handelnde Person muss somit die durch die kollidierenden Grundrechte verbürgten Werte (nach Massgabe ihrer relativen Bedeutung) möglichst weitgehend verwirklichen.

Das zentrale Mittel zur Kollisionslösung ist die Interessenabwägung. Diese kann besonders bei Dringlichkeit knapp ausfallen und auf Heuristiken basieren; oder sie kann der umfassenden, gründlichen Einschätzung und Bemessung aller relevanten Folgen entsprechen.

1. Kollisionslösung durch Abwägung (Art. 36 Abs. 3 BV)

Der Normalfall einer Grundrechtskollision wird durch eine Interessenabwägung im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV) aufgelöst.[2077] Die Kollisionslösung schränkt das im Kollisionsfall nachrangige Grundrecht ein. Dass Kollisionen in Einschränkungen münden, beeinträchtigt nicht die Schutzbereiche der kollidieren-

2077 Teil 2, C.IV.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Grundrechte, sondern erst den sich aus diesen Schutzbereichen im Einzelfall ergebenden Schutz.[2078]

Das Verhältnismässigkeitsprinzip bietet Raum für die Prüfung, ob eine bestimmte Massnahme dem Ziel gerecht werden könne, die bestmöglichen Folgen für das Wohl möglichst aller Menschen zu bewirken; dieses Ziel findet Ausdruck in diversen materiellen Grundrechten und Verfassungsnormen sowie im Gebot der Grundrechtsverwirklichung des Art. 35 BV.[2079] Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist daher der grundrechtsdogmatische Anker für folgenethische Erwägungen im Rahmen der Kollisionslösung.[2080] Hier ist zu beachten, dass die Lösung nicht nur dogmatisch und formal korrekt ist, sondern auch gerecht. Die richtige Kollisionslösung ist jene, durch die alle kollidierenden grundrechtlichen Interessen so umfassend wie möglich verwirklicht werden und welche die gesamthaft erträglichsten Einschränkungen zur Folge hat.

2. Kollisionslösung durch Auslegung

a. Vorbemerkung

Zahlreiche Grundrechtskonflikte und auch einige (prima facie) Grundrechtskollisionen lassen sich per Auslegung lösen. Wird eine Grundrechtskollision durch Auslegung gelöst, suggeriert man damit, dass das sich im Rahmen der Lösung als nachrangig erweisende Interesse nur *prima facie* Grundrechtsschutz genoss. Das Auslegungsergebnis schränkt nicht das Grundrecht ein, sondern präzisiert den effektiven Gewährleistungsgehalt des betroffenen Grundrechts.

Dass die Auslegung der Grundrechte immer wieder erforderlich ist, hängt damit zusammen, dass immer wieder neue Fälle hervortreten, bei denen unklar ist, ob mit dem kasuistisch erfassten Verständnis der fraglichen Grundrechte eine plausible Lösung identifiziert werden kann; ob also eine Lösung semantisch, teleologisch und nach Möglichkeit vom historischen Grundkonsens her in der geltenden Grundrechtsordnung

2078 Vgl. Teil 2, C.I.4, zur Schrankenkonzeption der Bundesverfassung; ferner Teil 2, B.II.4.
2079 Teil 2, B.IV.1.
2080 Siehe Teil 3, D.I-III, für die Darlegung (I, II) und Verteidigung (III) der folgenethischen Gerechtigkeitstheorie.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

enthalten ist.[2081] Zudem unterliegen die Grundrechtsnormen selbst dem Wandel. Dabei konkretisieren auch einzelne Kollisionslösungen, soweit sie überzeugen, indirekt die betroffenen Verfassungsnormen. Wird eine Grundrechtseinschränkung regelmässig gebilligt, da sie sich in allen Fällen als verhältnismässig erweist (oder Gerichte so befinden), bestimmt dies die Erwartungshaltung der Grundrechtsträger. Damit aber wird die Tragweite der Grundrechte selbst geprägt und entwickelt. Die permanent einschränkende Auslegung kann – genauso wie ihr extensives Gegenteil – dazu führen, dass sich der Schutzbereich der Grundrechtsnorm verschiebt. Denn die Grundrechte sind als Verfassungsnormen auch das Produkt der sie stützenden gesellschaftlichen Einigung und von sich wandelnden Konventionen.[2082] Das Ergebnis ihrer Auslegung, ihr Garantiegehalt, hängt folglich auch von dem ab, was man als Grundrechtsträger in Treu und Glauben in einem funktionierenden Rechtsstaat, der anderen Menschen dieselben Rechte gewährt, erwarten darf.[2083]

Aus diesen Gründen können jedenfalls scheinbare Kollisionen durch eine kollisionsvermeidende Auslegung gelöst werden.

b. Unantastbarkeit als Folge von Auslegung und Abwägung

Die Kollisionslösung durch Auslegung ist bei Kollisionen mit unantastbaren und damit uneinschränkbaren Grundrechtsgehalten massgeblich, die begriffslogisch definiert sind.[2084] Hier ist Abwägung erforderlich, aber nur im Rahmen der Auslegung möglich (Art. 36 Abs. 4 BV), die nicht bloss wortlautverhaftet ist, sondern vor allem auch die Normzwecke berück-

---

2081 Vgl. das in Teil 4, B besprochene *Rappaz*-Urteil, wo erstmals geprüft werden musste, ob die Einschränkung der per Patientenverfügung ausgeübten Selbstbestimmung des laut Arzt urteilsfähigen Hungerstreikenden zur paternalistischen Rettung sowie zur Wahrung der Haftordnung zulässig sein könne: BGE 136 IV 97; vgl. ferner das *Myozyme*-Urteil, betreffend die Möglichkeit einer Pflicht zur Sicherstellung höchst teurer Medikamente durch die Krankenkassen, wobei es für das Bundesgericht erstmals in dieser Deutlichkeit um die Frage nach der Zulässigkeit einer ressourcenbedingten Unterlassung der Rettung des Lebens ging: BGE 136 V 395. In anderen Fällen stand die klärungsbedürftige Frage nach der Möglichkeit eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes oder pränataler subjektiver Grundrechte im Vordergrund, vgl. BGE 129 I 302 E. 1.2, 306 ff.; BGE 115 Ia 234 E. 9c, 264; BGE 119 Ia 460 E. 12, 503.

2082 Vorne, Teil 1, B.II und vor allem, vertiefend, Teil 3, F.II.3 und 4.

2083 Vorne, Teil 2, B.III.3.

2084 Dazu Teil 2, C.V.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sichtigt.[2085] Die kollisionslösende Auslegung erfolgt dann im spezifischen Einzelfall und vor dem Hintergrund der im Kontext feststellbaren Umstände.[2086] Die unantastbaren Güter werden dabei nicht selbst gegen konfligierende Güter abgewogen; abgewogen wird das Interesse daran, zu sagen, ein bestimmter Sachverhalt stehe unter dem Schutz des uneinschränkbaren Grundrechts – oder nicht.

Diese Art der kollisionslösenden Auslegung im Einzelfall ist materiell in vieler Hinsicht eine gewöhnliche Interessenabwägung, mit dem Unterschied, dass eine Einschränkung als Folge der Abwägung nicht zulässig ist, stattdessen aber die Feststellung, es rechtfertige sich nicht, den Schutzbereich des unbedingt schützenden Rechts auf den fraglichen Konfliktsachverhalt zu erstrecken. Dabei wird nicht das unantastbare Gut selbst abgewogen, sondern es werden alle Interessen (semantische, teleologische, historische, aber auch einigungsbasierte und pragmatische Gesichtspunkte) für oder wider die Zuordnung des strittigen Sachverhalts zum unantastbaren Schutzbereich des fraglichen Grundrechts geprüft.

Das Ergebnis der Auslegung gibt Aufschluss über den Schutzbereich des unantastbaren Grundrechts. Die unantastbaren Schutzgüter dieser (begriffslogischen) Art sind insofern uneinschränkbar, als dass man die Einschränkung erst feststellen kann, wenn die Unrechtmässigkeit der Einschränkung erkennbar ist.

c. Zwischenfazit: Nähe der Auslegung zur Interessenabwägung

Die Kollisionslösung durch Abwägung und jene durch Auslegung unterscheiden sich nur begrenzt, beziehungsweise setzen sich gegenseitig voraus.[2087] Beide Verfahren verlangen nach der Interpretation und Anwendung einer Norm auf einen Einzelfall. Im Falle von Unklarheiten (seien sie bloss semantischer oder materieller Art) kommt es zudem stets zur Interessenprüfung (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Konfligierenden Grundrechten stehen jeweils jene Schutzgehalte zu, für die von allen semantisch nicht haltbaren Hypothesen die besten Gründe sprechen.[2088] Dass dabei in aller Regel am Wortlaut und an der durch die Gerichte etablierten Deutung positivierter Normen festzuhalten ist, liegt dabei an indirekt pragmatischen Gründen:

2085 Vgl. Teil 2, III.2.a, zur pragmatischen Dimension der Grundrechtsauslegung.
2086 Vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.
2087 Vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.a; ferner Teil 2, C.IV.
2088 Vgl. vorne, Teil 2, B.III.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an der Vermutung der Vorteilhaftigkeit der Respektierung des gesetzlich Vorgegebenen (im demokratischen Rechtsstaat). Ferner ist sowohl bei der Auslegung wie auch bei der Abwägung nach der möglichst gerechten Lösung zu suchen; nach der Kollisionslösung, welche optimale Folgen für das Leben der Betroffenen bewirkt.[2089] Gerechtigkeitserwägungen kommen bereits bei der Identifikation der relevanten Interessen, die von der Kollision betroffen sind, zum Tragen (also anlässlich der Ermittlung der betroffenen und womöglich geschützten Rechtsgüter). Zudem sind sie für die Bewertung der kollidierenden Güter und die Prüfung der Schwere der Einschränkungen bedeutsam; und damit auch für die zur klassischen Verhältnismässigkeitsprüfung gehörende Frage, ob eine andere Lösung ein milderes Mittel wäre.

3. Kollisionslösung ohne Interessenabwägung?

a. Allgemein

Während das Verhältnismässigkeitsgebot immer gilt, variiert das beste Mittel zur Gewährleistung von Verhältnismässigkeit. Die Durchführung einer Interessenabwägung ist nicht immer verhältnismässig. Es ist fallweise zu prüfen, ob und in welchem Umfang es verhältnismässig ist, abzuwägen. Herrscht Zeitdruck, kann das Unterlassen der Abwägung oder eine sehr kurze, summarische Form hiervon verhältnismässig sein. Steht wenig auf dem Spiel, sollte die Abwägung ebenfalls nicht zu viel Raum (Ressourcen) einnehmen. In anderen Fällen mögen zwar sehr wichtige Interessen betroffen, die Abwägung aber weitgehend obsolet sein, weil man sich auf eine tiefreichende Erfahrung in ähnlich gelagerten Fällen oder auf eine vorgelagerte, abstrakte Abwägung abstützen kann, aus welcher der absolute Vorrang einer bestimmten Rechtsposition resultiert.

In all diesen Fällen lässt sich die verhältnismässige und gebotene Lösung ohne eigentliche Abwägung im Einzelfall hinreichend verlässlich identifizieren. Hiernach interessiert der bereits besprochene Fall des abwägungsgefestigten, erfahrungsbasierten strikten Vorrangs bestimmter grundrechtlicher Teilgehalte.

2089 Vgl. vorne, Teil 2, A.I.2 i.V.m. Teil 3, D und E.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Strikter Vorrang (pragmatisch-)unantastbarer Rechtsgüter

Im Falle des Vorrangs eines im pragmatischen Sinn unantastbaren Rechtsgutes folgt die gebotene Kollisionslösung nicht auf eine konkrete, umfassende Interessenabwägung, sondern basiert auf einer starken Vermutung der Vorrangwürdigkeit. Stark insoweit, als sie nicht nur für den konkreten Fall gilt, sondern für alle gleich gelagerten Fälle, und als sie auf besonders fundierten und erfahrungsbasierten abstrakten Abwägungen beruht. So dürfen die Sicherheitskräfte nicht in jedem einzelnen Fall mittels Abwägung prüfen, ob sie den Entführer nicht doch mit der Daumenschraube malträtieren dürfen, um sich damit an der Rettung der Geiseln zu versuchen. Das gilt auch für die Anwendung der Daumenschraube in allen anderen Konstellationen; und überhaupt für alle dem üblichen Verständnis der Folter entsprechenden Mittel, für welche die Daumenschraube nur platzhalterisch an dieser Stelle steht. Das gilt, weil Art. 10 Abs. 3 BV die Folter eindeutig absolut verbietet und dieses eindeutige Verbot somit *mindestens* alle Massnahmen beschlägt, die eindeutig Folter sind.

Kollidiert ein einschränkbarer grundrechtlicher Normalgehalt gegen klar uneinschränkbare Gehalte, gehen Letztere vor. Plausibel ist dies für jene grundrechtlichen Schutzgehalte, deren Vorzugswürdigkeit für praktisch alle Fälle im Vorfeld prognostiziert werden kann. Die Prognostizierung der ausnahmslosen Vorzugswürdigkeit einer strikten Wahrung des unantastbaren Schutzgutes ist in pragmatischer Hinsicht zur Begründung des strikten Vorrangs dieses Schutzgutes nicht erforderlich. Es genügt, dass eine allfällige punktuelle Inopportunität der Befolgung des absoluten Gebots weniger schadete als ein ausnahmefähiges Gebot, das etwa Irrtümern und Missbräuchen Vorschub leistete. Hieran zeigt sich der Vorzug der nicht-rigoristischen[2090] Logik der in dieser Arbeit begründeten Unantastbarkeit gewisser Normgehalte. Diese Unantastbarkeit beruht nicht auf einem blossen Postulat. Sie ist dem Machtspiel und der Gefahr der stets auf Augenhöhe rivalisierenden metaphysischen Argumente und Gegenargumente entzogen. Als Ausdruck von Folgenerwägungen ist sie aufgrund ihres pragmatischen, logisch falsifizierbaren Charakters besonders gefestigt.[2091]

2090 Zur Ablehnung rigoristischer Ansätze siehe oben, Teil 2, C.V.2.a und C.V.3.
2091 Teil 2, C.V.2 – 4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Abwägung in Grenz- und unklaren Fällen

In Zweifelsfällen ist von der Betroffenheit einer abwägungsfähigen, nicht einer unantastbaren Norm auszugehen. Ein nur möglicherweise unantastbares Rechtsgut, dessen Zuordnung zur strikten Norm nicht etabliert ist und semantisch oder pragmatisch nicht restlos überzeugt, sollte nicht a priori allen kollidierenden Gütern vorgehen; wenn es vorzugehen verdient, wird sich dies im Rahmen der Abwägung zeigen müssen – und auch zeigen.

Ein Beispiel ist das Androhen eher schwerer Schmerzen im Rahmen eines Verhörs zum Zwecke der Beendigung eines Verbrechens und der Rettung der Opfer; es dürfte typischerweise unzulässig sein, ist es aber nicht zwingend.[2092] Es mag sogar sein, dass die Androhung von Schmerzen stets unverhältnismässig ist, weil es (wegen des Widerstands, den Drohungen auslösen, und der Effektlosigkeit leerer Drohungen) offensichtlich regelmässig weit wirksamere Mittel geben dürfte, die die Grundrechte des Betroffenen nicht schwerer einschränken. Der Schaden, den die Androhung bewirkt, ist aber kaum so schwer, dass man für die Summe aller denkbaren Konstellationen verlässlich vorhersagen könnte, selbst die streng begrenzte Billigung solcher Verhörmittel sei zweifellos niemals rechtfertigbar. Anders als beim Verbot von Massnahmen, die unstreitig unters Folterverbot fallen, kann hier zudem auch nicht von einer Einigung gesprochen werden, derzufolge die Drohung stets unzulässig wäre. Die Unzulässigkeit der Androhung von Schmerzen fliesst nicht aus unbedingten Verboten, sondern aus der (kurzen, weil einfachen) Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall.

Die Erforderlichkeit der Interessenabwägung in Fällen, die nur möglicherweise unantastbare Rechtsgüter betreffen, ist auch im Zusammenhang mit dem Gebot der symmetrischen Kollisionslösung zu sehen.[2093] Wegen der Rechtsgleichheit ist in Fällen, bei denen unantastbare Rechtsgüter beidseitig betroffen sein könnten (es aber nicht sicher sind), eine symmetrische Prüfungsausgangslage zu ermöglichen. Dazu sind zwei unterschiedliche Prima-facie-Einschätzungen möglich:

– Steht fest, dass auf einer Seite der Kollision ein uneinschränkbares Rechtsgut betroffen ist, und dürften auf der anderen Seite ebenfalls eher unantastbare Güter gefährdet sein, ist sicherheitshalber davon aus-

2092 Vgl. vorne, Teil 4, C.IV.
2093 Vgl. vorne, Teil 2, B.IV.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zugehen, dass auf beiden Seiten der Kollision an sich uneinschränkbare Rechtsgüter bedroht sind. Dass auf einer Seite die unantastbaren Rechte womöglich mit grösserer Gewissheit betroffen sind, ist (erst) im Rahmen der vertieften Normauslegung und Interessenabwägung zu berücksichtigen. So ist im Falle der Androhung von Schmerzen gegen einen Entführer stets dann von einem Eingriff in unantastbare Schutzgehalte auszugehen, wo die Massnahme die Rettung der Geisel aus einer menschenunwürdigen Situation bezweckt – denn die Unantastbarkeit der Würde des Opfers darf nicht dazu führen, dass jedes nicht offensichtlich unzulässige Rettungsmittel unweigerlich zum Einsatz gelangen dürfte und der Staat nicht einmal zur Abwägung verpflichtet wäre.

– Wenn die mit einem eher einschränkbaren Schutzgut kollidierenden Ansprüche ihrerseits eher einschränkbar sind, ist im Zweifelsfall von der Einschränkbarkeit der betroffenen Schutzgüter auszugehen. Das Schutzgut, das der Unantastbarkeit näher schien, wird sich hier im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung als überlegen empfehlen müssen (was ihm i.d.R. auch gelingen dürfte).

Der symmetrische Ansatz verhindert sachwidrige Automatismen und dient dabei der optimalen und rechtsgleichen Verwirklichung der Grundrechte.

4. Zwischenfazit

Grundrechtskollisionen sind immer auf verhältnismässige Weise zu lösen. Eine Interessenabwägung ist in aller Regel vorzunehmen – im Rahmen einer eigentlichen grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung, gestützt auf Art. 36 Abs. 3 BV, oder aber im Rahmen der Auslegung der Grundrechte und der übrigen relevanten Normen im Kollisionsfall, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV. Wäre das Gebot der Verhältnismässigkeit nicht explizit in der Verfassung festgehalten, verstünde es sich gleichwohl von selbst – gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit) i.V.m. Art. 35 BV (Verwirklichung der Grundrechte). Der Umfang der gebotenen Interessenabwägung variiert. Erforderlich ist zumindest eine kurze Prüfung der Abwägungsnotwendigkeit – und damit bereits eine Art Abwägung.

Der Umfang der Abwägung untersteht selbst dem Verhältnismässigkeitsgebot; das heisst, es hängt vom Verhältnis zwischen dem (im Regelfall als erheblich zu vermutenden) Nutzen der Abwägung und dem Aufwand hierfür ab.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf eine konkrete Interessenabwägung kann verzichtet werden, wo eine abstrakte, umfassende Interessenabwägung stattfand, aus welcher der absolute Vorrang von spezifischen Grundrechtsgehalten oder gänzlich unantastbaren spezifischen Grundrechten hervorgeht. Im Falle der (sehr unwahrscheinlichen) echten Kollision unantastbarer Schutzgüter wäre aber gleichwohl abzuwägen.

B. Priorisierungsgründe ethisch fundierter Kollisionslösungen

I Vorbemerkungen

1. Nutzen von Priorisierungskriterien

Die Grundrechtskollision ist ein Konflikt, bei welchem eine harmonische Auflösung im Sinne der von den Grundrechten der Konfliktparteien abstrakt beabsichtigten vollen Schutzwirkung nicht möglich ist. Zumindest eines der Grundrechte muss weichen. Daher gilt es, Kriterien für die Priorisierung des Vorrangs festzulegen. Entsprechende Argumente für den Vorrang eines Grundrechts im Kollisionsfall werden hiernach als Priorisierungskriterien bezeichnet. Diese Kriterien, die kollisionslösende Prinzipien ausdrücken, tragen zur Klärung der Schutzgehalte bestimmter Grundrechte sowie zur Identifikation der im Sinne einer umfassenden Folgenbeurteilung überwiegenden Interessen bei.

Die nachfolgende Liste an Prinzipien und Kriterien liefern einen Überblick über zentrale Gesichtspunkte, die von allen mit Kollisionssituationen konfrontierten Behörden bedacht werden sollten. Die Pluralität der Priorisierungsgründe ist keine Vollmacht zur Beliebigkeit. Im konkreten Fall sind die unterschiedlichen Gesichtspunkte umfassend zu prüfen.

Will das Gericht eine Kollisionslösung durchsetzen, für die nur ein kleiner Teil der insgesamt aussagekräftigen Priorisierungsgründe zu sprechen scheint, hat es im Rahmen der Begründungspflicht darzulegen, warum die übrigen Gründe, die gemeinhin verlässliche Indizien sind, nicht überwiegen.

2. Gerechtigkeitserwägungen als Teil der Grundrechtsdogmatik

Die Priorisierungskriterien zur Lösung von Grundrechtskollisionen sind besonders Kriterien der Gerechtigkeit. Erst Gerechtigkeitserwägungen zei-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen, warum bestimmte Interessen gegenüber widerstreitenden Interessen zu priorisieren sind. Zwar mag eine Höchstgerichtspraxis regelmässig eine plausible Lösung aufzeigen. Doch diese Praxis ist nur ein Autoritätsargument der (aufgrund der Qualifikation der Gerichtsmitglieder) besseren Sorte. Der Rückgriff auf Gerechtigkeitserwägungen mag dadurch teilweise an Dringlichkeit verlieren; erlässlich wird er aber selbst im Falle einer eindeutigen Gerichtspraxis nicht.

Gerechtigkeitsfragen durchdringen das Verfassungsrecht. Sogar die Legitimität des Verfassungsrechts lässt sich kaum ohne Gerechtigkeitserwägungen begründen. Obgleich man die Legitimität des Rechts und der Verfassung mit dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers in Verbindung setzen kann, griffe es zu kurz, zu sagen, die Verfassung gelte, weil der Verfassungsgeber sie gewollt habe (es wäre ein Zirkelschluss). Die Geltung der Verfassung in möglichst der vom Verfassungsgeber gewollten Form hat vielmehr pragmatische Gründe. Das Definieren des Rechts durch demokratische Verfahren ist Teil einer erfahrungsgemäss vernünftigen Gerechtigkeitsstrategie. Eine Verfassungsordnung, die auf kollektiv etablierten Werten errichtet ist, zeitigt bessere Folgen als die Ordnung, die nur gegen den Widerstand (oder unter Irreführung) der Rechtsunterworfenen durchzusetzen wäre.

Die Arbeit hat auch gezeigt, dass es nicht anginge, wenn sich jede verantwortliche Person zur Lösung der Grundrechtskollision einfach nur auf ihr persönliches Gerechtigkeitsgefühl beriefe. Da diese Arbeit ein Abstellen auf Gerechtigkeitserwägungen grundsätzlich befürwortet, ist die Identifikation typischer Fehler und Schwächen von Gerechtigkeitserwägungen besonders bedeutend. Es darf nicht zum unkritischen Pluralismus der Gerechtigkeitskriterien kommen, der im Effekt nichts als das Gutheissen all dessen bedeutet, was das jeweils subjektive eigene Gerechtigkeitsgefühl will. Damit wäre nichts gewonnen; man wäre dort, wo man immer ist, wenn die Möglichkeit objektiver Erkenntnis bestritten wird: Nichts ist wahr, alles ist erlaubt.[2094]

3. Vergleichsfähigkeit der Werte

Eine der berühmtesten Floskeln der Gerechtigkeit lautet, die Freiheit des einen endet, wo die Freiheit des anderen beginnt. Wer die Tragweite seiner Freiheit in Erfahrung bringen wollte, um nach diesem Satz zu leben,

---

2094 Nietzsche, Also sprach Zarathustra, Kap. 81, *Der Schatten*.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müsste vorher bereits wissen, wie weit die Freiheit des Nächsten reicht. Seine Fremdkenntnis müsste somit seine Selbstkenntnis übertreffen. Aussagekräftig wird dieser Freiheitssatz, wenn Klarheit bezüglich der notwendigen Komponenten von Gerechtigkeitsaussagen herrscht. Das bedeutet: *(i)* man hat Kenntnis vom Kreis der Personen, die Anspruch auf Freiheit haben, und vom massgeblichen Verteilverhältnis[2095]; *(ii)* man verfügt über Mittel, die Freiheitsentfaltungen und anderen Grundrechtsge-halte, deren Grenze es im Kollisionsfall zu regulieren gilt, auf vergleichsfähige Weise bewerten zu können.

In Grundrechtsdiskurs ist für die im ersten Punkt genannten Elemente vom Gebot der gleichen Berücksichtigung (Verteilverhältnis) aller Menschen (relevanter Kreis der Gleichheit) auszugehen.[2096] Man kann sich insofern die philosophisch anspruchsvollen Diskussionen über eine Zulässigkeit engerer oder die Notwendigkeit weiterer Kreise der Gleichheit ersparen.[2097]

Für die Lösung von Grundrechtskollisionen von praktischer Bedeutung ist dagegen vor allem der zweite Punkt. Er setzt etwas Gemeinsames für die Bewertung voraus, einen Bezugspunkt. Die personenübergreifend plausible Bewertung des Gewichts grundrechtlicher Freiheiten und Interessen setzt ein für alle Betroffenen aussagekräftiges Beurteilungskriterium voraus. Damit erst lässt sich der Anspruch auf gleiche Berücksichtigung nachvollziehbar mit Inhalt und konkreten Forderungen füllen – und eruieren, wo die Freiheit des einen zugunsten der Freiheit des anderen vernünftigerweise aufhören sollte. Das bedeutet nun auch: Die Ermittlung der vorrangwürdigen Position bei Grundrechtskollisionen muss sich vom Subjektiven lösen, weil die entscheidenden Werte im Vergleich, im Gegenüberliegen und im Inbezugsetzen (zum Bezugspunkt) dessen hervortreten, was auf dem Spiel steht.

Wo also liegt die Erkenntnisquelle der bewertenden Vergleiche?

Aussagen, die für alle gleichermassen gelten können, lassen sich nur gewinnen, wenn kollidierende Interessen mithilfe von Gesichtspunkten gewichtet werden, die unmittelbar mit der empirisch begreifbaren menschlichen *Lebensrealität* zusammenhängen. Mit dem, was den Wert des Lebens für die Lebenden ausmacht, was objektiv aufgrund der naturwissenschaft-

---

2095 Siehe dazu insb. oben, Teil 3, A.I.3.-III.

2096 Teil 3, A.II.

2097 Ein Teil dieser sehr weiten Debatte wurde oben geführt, in der Gegenüberstellung einer perspektivischen und einer universalistischen Folgenethik: Teil 3, D.II.6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich fassbaren menschlichen Natur zum Kern eines Lebens gehört, das für ihn wertvoll ist. Die für den Menschen gültigen Werte sind empirisch als Elemente der menschlichen Natur und der Qualität eines menschlichen Lebens begreifbar. Vor allem die menschlichen Grundbedürfnisse geben dabei näher Aufschluss über ihren Gehalt.

4. Drei Typen von Priorisierungsgründen

Der Überbegriff der *Wertgründe* für die nachfolgenden Priorisierungsgründe im Kollisionsfall rührt daher, dass es sich dabei um Gründe handelt, die substanziell und folgenethisch begründet sind.[2098] Dies im Unterschied zu den *Gleichheitsgründen*, die aus dem gleichen Anspruch auf Berücksichtigung aller Menschen, also aus dem gebotenen Kreis der Gleichheit und egalitären Verteilschlüssel, herrühren. Zudem werden von den Wertgründen die *Einigungsgründe* unterschieden, wenngleich diese jeweils – soweit überhaupt – selbst folgenethisch begründbar sind. Deren getrennte Darstellung drängt sich auf, weil dazu alle durch die Natur des demokratischen Rechts, das Legalitätsprinzip, die Gesellschaftsvertragsidee, den Gedanken der Selbstbestimmung und der Privatautonomie begründeten und prima facie legitimierten Gerechtigkeitsüberlegungen Platz finden.[2099]

II Wertgründe (unmittelbar folgenethische Gründe)

1. Allgemeines

Eingangs dieser Arbeit wurde dargelegt, warum das Recht – soweit es überhaupt wissenschaftlich greifbar ist (also im Ausmass, in dem es nicht nur Produkt von Macht, historischen Zufällen und anderen richtigkeitsunabhängigen Faktoren ist) – Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft sein kann.[2100] Auch zur Erkenntnis der Gerechtigkeit gelangt der Mensch genauso wie zu jeder naturwissenschaftlichen Erkenntnis: durch Beobachtung und Schlüsse aus Erfahrungen.[2101]

2098 Das heisst, unmittelbar i.S. der folgenethischen (Teil 3, D) und substanziellen (Teil 3, E) Gerechtigkeitskonzeption.
2099 Siehe dazu vorne, Teil 3, F.IV.
2100 Vgl. vorne, Teil 1, E.I.3.
2101 Vorne, Teil 3, E.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nur rechtsethische Argumente, die in falsifizierbaren Seinsannahmen gründen, sind unabhängig von der eigenen Gesinnung und damit auch für Personen jenseits der eigenen Gesinnungsgruppe nachvollziehbar.

Priorisierungskriterien, die unmittelbar in ontologischen Tatsachen gründen, werden hier Wertgründe genannt. Dies im Unterschied einerseits zu den Gleichheitsgründen, deren folgenethische Begründung höchst schwierig sein kann (je nachdem, auf wen es überhaupt ankommen soll) und typischerweise nur indirekt möglich ist[2102]; anderseits zu den Einigungsgründen, deren Berücksichtigung zwar im Ergebnis folgenethisch sinnvoll ist, die aber nicht beim Erörtern der Folgen unterschiedlicher Lösungen ansetzen.

In allgemeiner Hinsicht ist überdies hervorzuheben, dass folgenethisch fundierte Gründe hierarchiefähig sind. Es stehen nicht alle Werte (sei es auch nur prima facie) gleichwertig nebeneinander. Insbesondere folgt aus grundrechtsdogmatischen[2103] und gerechtigkeitstheoretischen[2104] Überlegungen, dass eine abstrakte Rangordnung und damit ein unterschiedlicher (durchschnittlicher) Erwartungswert der unterschiedlichen Grundrechte plausibel ist. Ginge man von der Unzulässigkeit der Annahme unterschiedlich wertvoller Grundrechte aus, wäre die Nachvollziehbarkeit der kollisionslösenden Abwägung geschwächt. Es müssten fortan stets die (ohne abstrakte Bezugswerte kaum objektiv erfassbare) Intensität des Eingriffs und die Umstände des Einzelfalls den Vorrang der einen Position vor der anderen erklären. Das Beharren auf der alleinigen Bewertung des Gewichts einzelner Grundrechte im Einzelfall litte auch daran, dass es eine feste Dichotomie zwischen konkreten und abstrakten Werten gar nicht gibt. Die rein abstrakte Bewertung gibt es ebensowenig wie den rein konkreten Einzelfallentscheid. Überzeugende abstrakte Werte sind richtige Schlüsse aus konkreter Erfahrung. Dies ist kein Zufall, sondern Zeugnis der die Einzelfälle verbindenden abstrakten Beurteilungskriterien und Werte.[2105] Eine konfliktlösende Abwägung, die ohne abstrakte Werte auskäme, wäre der Beliebigkeit preisgegeben. Sie wäre so verlässlich wie ein Richterentscheid mit Würfeln. Kurz: Der vernünftige Richter entscheidet im Einzelfall stets auch abstrakt; gleichzeitig orientiert er sich im Abstrakten am Konkreten.

2102 Vgl. vorne, Teil 3, A.III.2.c und e.

2103 Vorne, Teil 2, C.IV.2.

2104 Vorne, Teil 3, D.I.2.b/e; vgl. zudem die Konkretisierung der Grundrechtsgehalte auf Basis der Erkenntnisse aus der (Maslowschen) Bedürfnishierarchie: Teil 3, E.I.5.

2105 Vgl. Zucca, Constitutional Dilemmas, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das hat mit Erfahrung und mit Folgenerwägungen zu tun, denn abstrakte Werte sind Werte, deren Schutz und Förderung sich immer wieder in unterschiedlichen Fällen als vorteilhaft für das Wohl all jener erwiesen – oder erweisen würden –, auf die es ankommt.

Hieraus folgt nicht, man könne alle in der Verfassung positivierten Grundrechte gewinnbringend in eine Rangliste zwängen. Das liegt daran, dass diese Grundrechte breit gefasst sind, deren Schutzbereiche sich überschneiden und sie überdies in der jeweiligen Form quasi „organisch" in einem konkreten historisch-politischen Kontext heranwuchsen.[2106] Eine praktisch relevante Hierarchisierung (im Sinne einer Vorrangvermutung) müsste eher an einzelnen Grundrechtsgehalten anknüpfen. An dessen Spitze wäre etwa das Recht, nicht getötet zu werden – nicht aber zwingend auch das ebenfalls aus dem Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) fliessende Recht, keiner Lebensgefährdung ausgesetzt zu werden – obwohl sich auch dieses Recht eher im oberen Teil der Hierarchie befinden dürfte. Eine wichtige Frage bei der abstrakten Differenzierung der Werte der Grundrechte ist die Frage nach der Lebensdienlichkeit der Wahrung bestimmter grundrechtlicher Schutzgüter und dem Rang der dabei befriedigten Grundbedürfnisse.

2. Höchstrangigkeit des Lebens

a. Lebenswert als ontologische Begründungsbasis

Alles Leben manifestiert sich als Wille zum Leben. Das ist evolutionär notwendig; das Leben ist, weil es über Jahrhunderte hinweg war. Darüber, dass man das eigene Leben als wertvoll empfindet, kann man daher gar nicht frei befinden.[2107] Die wichtigste Tatsache und Grundannahme ist daher jene des Lebens als Wert – für den Lebenden (im hier interessierenden Kontext der Mensch). Der Drang nach Überleben und nach einem als wertvoll erlebten Leben ist Teil der menschlichen Natur. Alle weiteren, allgemein nachvollziehbaren Werte haben im Leben ihren Ursprung, lassen sich als etwas erklären, das dem Leben (als Wert) dient. Dass diese Wertderivate in sehr vielfältigen Grundrechten, aber auch in ebenso vielfältigen Sitten, Moralvorstellungen und religiösen Normen Ausdruck finden, ist

2106 Zu Letzterem: J. P. Müller, Bemerkungen, § 39 N. 6; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N. 9.

2107 Teil 3, E.I.2.b/3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausdruck ebenso vielfältiger Umstände des menschlichen Daseins auf Erden. Weil vom Leben alle anderen Werte ausgehen und abhängen, ist das Leben das wertvollste Schutzgut der Grundrechtsordnung.

Ob das Leben anderer Menschen für den Menschen wertvoll ist, ist eine ethisch etwas schwierigere Frage, die aber aufgrund von Folgenerwägungen zumindest grundsätzlich bejaht werden muss: Das Wohlbefinden des Menschen setzt nicht die Einsamkeit des Bären, sondern für die meisten Naturen eine kooperative und bei aller Konkurrenz nicht auf Destruktion ausgerichtete Lebensweise voraus. Die Grundbedürfnisse des menschlichen Lebens sind in einer kooperativen Gemeinschaft eher gesichert als einsam in der rauen Wildnis. Also ist für den Menschen das Leben anderer Menschen zumindest indirekt wertvoll. Selbst wenn es so etwas wie Mitgefühl und genuine Nächstenliebe nicht gäbe, hätte der Mensch somit alleine aus Reziprozitätserwägungen oft genug allen Grund, die Interessen anderer Menschen zu achten.

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht bereitet diese Frage keine Probleme: Die Grundrechtsordnung hat grundsätzlich die Rechte aller Menschen zum Gegenstand. Auch steht der Staat als unabhängige Entität ohnehin über der subjektiven und individuellen Perspektive, aus der sich argumentieren liesse, nur das eigene Leben sei ein Höchstwert.

b. Grundgebot der Lebensdienlichkeit

Das Leben als Wert umfasst das Lebendigsein, soweit es von den Betroffenen als Wert erlebt oder angesehen werden kann, und alles am Leben, was als wertvoll erfahrbar ist. Die diesem Wert entsprechende Grundnorm ist das Gebot der Lebensdienlichkeit. Jedes Grundrecht kann als direkte oder indirekte Konkretisierung dieses Grundgebots begriffen werden: Das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) und das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) sind direkt lebensdienlich; eher indirekt lebensdienlich sind die übrigen Grundrechte, darunter die Verfahrensrechte (Art. 29 ff. BV), die politischen Rechte (Art. 34 BV), die Freiheiten der Arbeit (Art. 27 BV) und der Niederlassung (Art. 24 BV). Sie tragen alle auf ihre Weise zum Erhalt des Friedens und produktiver Kooperation in der Gesellschaft bei, die ihrerseits dem Leben dienen.

Die optimale Kollisionslösung ist jene, die ein möglichst gutes und erfülltes, so wenig wie nötig in seiner Qualität eingeschränktes Leben möglichst vieler Menschen zur Folge hat. Folglich kann man kollidierende

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interessen abwägen, indem man nach der Bedeutung fragt, die den Grundrechten im konkreten Kollisionsfall für die Fähigkeit der Betroffenen zu einem als wertvoll erfahrenen Leben zukommt.[2108]

Darin mag man einen Schluss vom Sein zum Sollen erblicken. Das ist aber kein Fehlschluss, weil schon die Idee, es gebe eine von der ontologischen Welt unabhängige Wissensdimension „normativer" Art, auf Spekulationen beruht. Wenn, wie hier vermutet, das Ontologische und das Normative zwei Modi der Darlegung und Zusammenfassung an sich gleicher Sachverhalte sind, greift der Fehlschluss-Einwand nicht.[2109]

c. Grenzen: Möglichkeit eines fundierten Todeswillens

Der Höchstwert des Lebens kennt unechte Ausnahmen. In bestimmten Situationen kann es sich ergeben, dass ein Mensch – obwohl dessen nacktes Überleben zwar noch eine gewisse Zeit (vielleicht jahrelang) fortdauern könnte – aus vernünftigen Gründen zur Überzeugung gelangt, er wolle sterben.

Aus dem Höchstwert des Lebens folgt nicht, es könne nie im Interesse einer Person sein, den eigenen Tod in Kauf zu nehmen oder gar gezielt zu erwirken. Die Qualität des Lebens kann so gering sein, dass die betroffene Person ein überwiegendes Interesse hat, den Tod dem Lebendigsein vorzuziehen. Ist dies der Fall, gehen etwa die Rechte auf Selbstbestimmung und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) oder die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) – die alle drei einer Nötigung zum Erleiden unerträglicher Qualen entgegenstehen – dem Erhalt des nackten Lebens im konkreten Fall vor.

Solche Fälle widerlegen nicht den Höchstwert des Lebens, zeigen aber, dass das Leben nicht unter beliebigen Umständen als wertvoll empfunden wird. Der freitodwillige Mensch hat nicht am Leben an sich etwas auszusetzen, sondern am Leben, wie er es zuletzt leben musste oder hätte leben müssen.[2110]

2108 Siehe dazu auch der Befähigungsansatz Sens, der das Anliegen der Befähigung nicht als Selbstzweck versteht, sondern in Bezug zur Vorstellung eines Lebens setzt, das man mit vernünftigen Gründen wertschätzen kann: dazu vorne, Teil 3, D.II.5 und F.IV.3.c.

2109 Zur Kritik der Fehlschluss-These siehe oben, Teil 3, E.II.2.

2110 Vorne, Teil 3, E.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man muss aus der Möglichkeit solcher Situationen die sich aufdrängenden Folgerungen ziehen. Jemand, der einen Menschen auf wohlüberlegtes Verlangen hin tötet oder dem Betroffenen dabei hilft, sich aus nachvollziehbaren Gründen zu töten, spricht weder dem Leben noch dem Betroffenen den Wert ab; vielmehr kann man sagen, er reagiere implizit lebensbejahend, da sein Handeln sich gegen lebensfeindliche Umstände richtet. Es fragt sich daher, was man in ethischer Hinsicht einem solchen Täter vorwerfen soll (und ob sein Mut zur aktiven Tat nicht in bestimmten Fällen gar Lob verdiente). Für den Staat steht der Imperativ fest: Die grösste Gefährdung aller Gerechtigkeit ist eine Situation, in der eine grössere Anzahl an Menschen, die an sich durchaus gesund und lebenswillig sein könnten (die nicht schwerverletzt oder schwerkrank sind), an Lebenswertschätzung verlieren. Hier ist der Zweck der anderen Höchstnorm, der Menschenwürde, anzusiedeln: Sie sichert die Flanke der ganzen Gerechtigkeits- und Grundrechtsordnung, die nur vor dem Hintergrund des Werts des Lebens schlüssig ist, indem sie den Staat anhält, allen Menschen ein zumindest nicht menschenwürdewidriges Leben zu ermöglichen.[2111]

d. Differenzierungen der Werte innerhalb des Höchstwerts

Im Kollisionsfall kann es Leben gegen Leben stehen; oder es können existenzielle Interessen kollidieren, ohne dass auf der einen oder anderen Seite das unmittelbare Überleben auf dem Spiel stehen müsste. Die Abwägung der kollidierenden Güter setzt in diesen Fällen voraus, dass verglichen werden kann, wie viel (graduell) an Leben oder Lebensqualität für die jeweils Betroffenen auf dem Spiel steht. Ein Mittel zur Nuancierung wurde mit dem Kriterium der Befähigung zum Leben eines als wertvoll erfahrenen Lebens bereits identifiziert.[2112] Ein anderes ist der Gedanke der Lebensdienlichkeit an sich[2113], konkretisiert auf der Basis von Erfahrungsdaten.[2114] Für sachliche Vergleichskriterien sind zudem die Grundbedürfnisse der Menschen und deren Hierarchie zu konsultieren.[2115] Allgemein

2111 Vorne, Teil 3, E.III.3.
2112 Vorne, Teil 5, B.II.2.c.
2113 Vorne, Teil 5, B.II.2.b.
2114 Dazu unten, Teil 5, B.II.4.b.
2115 Vorne, Teil 5, B.II.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gilt überdies das Prinzip der Gradualität, als Antithese zu jedem Versuch, rigoristische Schutzpositionen um jeden Preis aufzubauen.[2116]

Das Grundrecht, das dem ethischen Grundprinzip der Lebensdienlichkeit unmittelbar rechtlich Ausdruck verleiht – das Recht auf Leben –, lässt ebenfalls graduelle Bewertungen zu. So können blosse Lebensgefährdungen als eher reparable, folglich nicht besonders schwere Einschränkungen des Lebensrechts eingestuft werden. Zur Bewertung einer Lebenseinschränkung durch Schaffen oder Dulden von Gefahren ist primär auf die Wahrscheinlichkeit der Todesfolge abzustellen (probabilistische Gewichtung); zudem sind die Folgen auf die körperliche Integrität und diverse Nachteile zu berücksichtigen, die nicht davon abhängen, ob es zum Lebensverlust kommt (z.B. die Einschränkung von Freiheiten, die man sich aus Angst oder Vorsicht selbst auferlegt, oder emotionales Unbill).

Die probabilistische Gewichtung der Einschränkung des Rechts auf Leben nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit einer Todesfolge dürfte eher unbestritten sein. Andere Aspekte der graduellen Lebensbewertung sind eher strittig; so die hier befürwortete Möglichkeit, auch Unterschieden in der geretteten Lebensdauer Rechnung zu tragen (was etwa im Rahmen der QALY-Kriterien getan wird[2117]). Dabei ist darauf zu achten, dass dies

---

2116 Vorne, Teil 5, B.II.4.

2117 Gemäss den umstrittenen QALY-Kriterien kann im Gesundheitswesen bei Ressourcenknappheit, wo nicht alle Menschen gerettet werden können, auf die sogenannten *„quality adjusted life years*" abgestellt werden. Der Ansatz kalkuliert den Wert medizinischer Eingriffe auf Basis zweier Variablen: (i) die *verbleibende erwartbare Zahl Lebensjahre* und (ii) die erwartete *Lebensqualität in dieser Zeit*. Für eine konzise Erläuterung: Ceri Phillips, What is a QALY?, in: Health economics, April 2009, auffindbar auf <www.vhpharmsci.com/decisio nmaking/Therapeutic_Decision_Making> (abgerufen am 11.6.2017): „QALYs provide a common currency to assess the extent of the benefits gained from a variety of interventions in terms of health-related quality of life and survival for the patient. When combined with the costs of providing the interventions, cost–utility ratios result; these indicate the additional costs required to generate a year of perfect health (one QALY). Comparisons can be made between interventions, and priorities can be established based on those interventions that are relatively inexpensive (low cost per QALY) and those that are relatively expensive (high cost per QALY)."; Luis Prieto/José A. Sacristán, Problems and solutions in calculating quality-adjusted life years (QALYs), in: Health Qual Life Outcomes 2003, 1:80, 19. Dezember 2003, auffindbar auf: <www.ncb i.nlm.nih.gov/ pmc/articles/PMC317370/> (abgerufen am 28.10.2016); Zweifel/Breyer/Kifmann, Gesundheitsökonomie, 6. Aufl., Berlin e.a. 2013, 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht zu Diskriminierungen führt.[2118] Auch erscheint es allgemein richtig, formalisierten Bewertungskriterien (wie den QALY) kritisch zu begegnen und jeweils im Rahmen eines Evaluationsverfahrens zu überprüfen, ob nicht subtile Vektoren der Lebensqualität vernachlässigt wurden; etwa die Fähigkeit einer Person, die lange an einer Krankheit litt, nach der Genesung an kleinen Dingen ungleich grosse Freude zu empfinden – etwa am Riechen des Frühlings, am Beobachten eines tosenden Gewitters, am Spaziergang im Wald, am Besuch des aus der Kindheit bekannten Jahrmarkts, am Glas Wein. Die Berücksichtigung der verbleibenden Lebenszeit ist allerdings nicht per se verwerflich. Betagte sind junge Menschen, die älter werden konnten; sie geniessen eine Lebensphase, die nicht allen vergönnt ist. Dies kann es sachlich rechtfertigen, die verbleibende Lebensdauer zu berücksichtigen.

Abgesehen von der noch verbleibenden Lebenszeit im Falle der Rettung können auch die bereits gelebten Jahre berücksichtigt werden. Wenn man einer Person ein zusätzliches Jahr sichern kann, die aufgrund einer angeborenen Krankheit nur 25 Jahre Lebenserwartung hat, ist das (vor dem Hintergrund der Wertgleichheit aller Menschen) nicht weniger, als wenn man einer Person, die bereits 75 Jahre lang lebte, drei zusätzliche Jahre sichert.

3. Gebot der bedürfnisorientierten Grundrechtsgewichtung

a. Erkenntnisse auf Basis der Bedürfnishierarchie Maslows

Die Grundbedürfnisse der Menschen sind für die Grundrechtsdogmatik von wohl unterschätzter Relevanz; noch harren sie auch in der Lehre ihrer Anerkennung.[2119]

2118 Vgl. in Bezug auf QALY-Kriterien: Verein Ethik und Medizin Schweiz (VEMS), Fact-sheet, Was ist das QALY-Konzept und was sind seine ethischen Probleme?, Stand Juni 2014: „Die Schwierigkeit liegt dabei in der Erfassung der Lebensqualität (LQ). Werden QALYs aufgrund standardisierter, objektiver Kriterien errechnet, dann meint Lebensqualität nicht das Wohlergehen, das der Patient selber empfindet, sondern den gesundheitlichen Durchschnittsnutzen, […]. Darin liegt eine Gefahr der Benachteiligung von Behinderten, Alten und Polymorbiden“,auf <http://physicianprofiling.ch> (abgerufen am 11. Juni 2017).

2119 Bisweilen scheint der Massstab explizit zurückgewiesen zu werden: vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 Rz. 4: „Nicht alle Regungen des menschlichen Le-

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gemäss Maslows Motivationspsychologie befriedigt der Mensch seine Grundbedürfnisse nach einer bestimmten Prioritätenordnung.[2120] Die Maslowsche Bedürfnishierarchie liefert damit einen für die Beurteilung der grundrechtlich relevanten Interessen und Werte aller Menschen gültigen Referenzrahmen. Dieser Referenzrahmen ist an neue empirische Erkenntnisse anpassbar (d.h. falsifizierbar). Er kann dazu beitragen, Grundrechtskollisionen nachvollziehbar aufzulösen. Das ihm zugrunde liegende Vorrangprinzip lautet, dass vermutungsweise stets jene Grundrechtsposition vorgeht, die mit der Befriedigung der in der fraglichen Situation gewichtigsten Grundbedürfnisse verbunden ist. Dessen Beachtung dient auch der Nachvollziehbarkeit und damit Akzeptabilität der jeweiligen Lösung, da es auf ontologischen Tatsachen basiert und einen Massstab zur Wahrung der Rechtsgleichheit bildet. Dadurch, dass das Bedürfnisprinzip den Vergleich der Interessen verschiedener Personen auf einheitlicher Wertbasis ermöglicht, sichert es die Kommensurabilität der abzuwägenden Interessen. Damit gewinnt die Grundrechtsdogmatik an Aussagefähigkeit und Transparenz.

b. Vorrang gemäss der Bedürfnisrelevanz grundrechtlicher Ansprüche

Maslow zufolge befriedigt der (nicht an erheblichen psychischen Defizienzen leidende) Mensch seine Grundbedürfnisse tendenziell in folgender Reihenfolge: *(i)* Überlebensbedürfnisse (auch: physiologische Bedürfnisse); *(ii)* Sicherheitsbedürfnisse (i.w.S., auch zentrale, für die Selbstversorgung und den Selbstschutz elementare Freiheiten umfassend); *(iii)* soziale Bedürfnisse nach Anschluss und Teilhabe am Leben in der Gruppe; *(iv)* Bedürfnisse nach Wertschätzung durch andere (Ansehen) und dem damit verbundenen erhöhten Selbstwertgefühl; *(v)* Bedürfnisse nach Selbstverwirklichung (oder Selbsttranszendenz).[2121]

Diese absteigende Rangliste der Grundbedürfnisse ist aufschlussreich. Sie ist bei der Gewichtung der Grundrechte im Kollisionsfall zu beachten, da sich ihr Informationen bezüglich der tatsächlichen (empirisch erfassba-

---

bens sind Ausdruck elementarer Bedürfnisse; […]. Es wäre darum verfehlt, die Grundrechte in ein System zu zwängen oder sie auf einen obersten Leitwert zurückführen zu wollen."

2120 Maslow, Human Motivation, 370–396.

2121 Ausführlich dazu, m.H., insb. Teil 3, E.I.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren) Prioritäten der Menschen entnehmen lassen. Sie liefert damit objektive Bewertungsmassstäbe.

So liegt es in der Natur des Menschen, prioritär danach zu streben, die eigenen existenziellen Bedürfnisse zu stillen – jenes nach unmittelbarem Überleben (Bedürfnis erster Stufe) und jenes nach Sicherheit im weiten Sinn (Bedürfnis zweiter Stufe), vor allem wo damit ebenfalls eine indirekte Überlebensrelevanz einhergeht. Hieraus folgt, dass der Schutz des Lebens in aller Regel kollidierenden nicht-existenziellen Anliegen vorzugehen hat.

Eine Gewichtung kollidierender Grundrechtsgehalte nach Massgabe der Bedürfnisrelevanz der kollidierenden Interessen liefert in jedem Fall ein empirisch plausibles – und zugleich diskussionsoffenes, weil falsifizierbares – Argument für eine Ersteinschätzung diverser Kollisionsfälle. Die Rangordnung der Grundbedürfnisse ermöglicht eine substanziell fundierte (nicht nur postulierte) Einstufung des relativen Werts kollidierender Grundrechtsinteressen. Der Massstab ist dabei in abstrakter Hinsicht eher einfach:

- Schutzbedürftig sind in erster Linie jene Lebensbereiche, deren Einschränkung auch eine unmittelbare Bedrohung des *Überlebens* an sich bedeutet. Infrage stehen dabei vor allem Bedrohungen des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV) sowie zentrale – für ein als lebenswert erlebtes Leben unverzichtbare – Elemente anderer Grundrechte; etwa das Folterverbot (Art. 10 Abs. 3 BV) und das Gebot der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV).
- An zweiter Stelle steht die Gewährleistung *elementarer Sicherheit* im Leben des Einzelnen; dazu gehören diverse Teilgehalte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), wie der Schutz der Gesundheit, der körperlichen und psychischen Unversehrtheit, der für ein würdiges Leben notwendigen Freiheit. Ebenfalls sicherheitsrelevant sind m.E. zentrale Gehalte des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV), da staatliche Eingriffe hierin ab einer gewissen Intensität und Frequenz von Misstrauen zeugt und eine konfrontative Einstellung des Staats gegenüber dem Bürger verrät; auch entfaltet die Kontrolle der Privatsphäre eine abschreckende Wirkung, was Einzelne daran hindern könnte, auf vernünftige Art für das eigene Wohl zu sorgen (z.B., bei Bedarf ein Spital aufzusuchen). Die meisten übrigen Freiheitsrechte (z.B. die Meinungsäusserungsfreiheit des Art. 16 BV) weisen ebenfalls sicherheitsrelevante Gehalte auf. Zudem ist der Schutz von Treu und Glauben auf der Vertikalebene (Art. 9 BV), anders als Treu und Glauben im (horizontalen) Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB), wegen der inhärenten

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gefährlichkeit eines unredlich oder anderweitig treuwidrig agierenden Staates ebenfalls sicherheitsrelevant.
- An dritter Stelle steht der *Schutz der sozialen Lebensräume* des Menschen, der nach Teilhabe am sozialen Dasein strebt und ein Gefühl der Zugehörigkeit erleben will. Zahlreiche Grundrechte schützen und befriedigen Elemente dieses Bedürfnisses (die Sprachenfreiheit [Art. 18 BV], die Vereinigungsfreiheit [Art. 23 BV], die Niederlassungsfreiheit [Art. 24 BV], die Wirtschaftsfreiheit [Art. 27 BV] und die meisten Teilgehalte des Rechts auf Privatsphäre [Art. 13 BV]).
- An vierter Stelle folgt das Bedürfnis nach *Ansehen*, also erhöhter Anerkennung (nicht nur als ein Mensch überhaupt, sondern als einer mit besonderen Werten), da dies einen Einfluss auf das Selbstwertgefühl und auf die Selbstachtung hat; dieses Bedürfnis dürfte vor allem peripher und indirekt durch gewisse Grundrechte geschützt sein und, soweit grundrechtlich überhaupt relevant, zugleich zusammen mit anderen Grundbedürfnissen betroffen sein (so etwa im Falle des Schutzes der Freiheit von Medienschaffenden, die im zunehmend autokratischen Umfeld nicht nur um des eigenen Ansehens willen gegen Korruption und Machtmissbrauch anschreiben, sondern dabei auch eine systemrelevante Funktion erfüllen und indirekt Sicherheitsbedürfnisse befriedigen).
- Schliesslich strebt der Mensch nach *Selbstverwirklichung* und (gemäss einer späteren Ergänzung Maslows) *Selbsttranszendenz*; Letzteres bedeutet das prioritäre Verfolgen von Daseinszwecken, welche über die Bedürfnisse der eigenen Existenz hinausgehen (z.B. durch Spiritualität oder genuinen Altruismus).[2122]

Die Sicherstellung der Bedürfnisse der vierten und fünften Stufe (nach Ansehen und nach Selbstverwirklichung bzw. Selbsttranszendenz) ist m.E. nicht direkt ein Anliegen der Gerechtigkeit und bedarf nur in seltenen Konstellationen des unmittelbaren Schutzes auf Stufe der Grundrechte, wenngleich es diverse periphere Schutzgehalte betreffen könnte.[2123] Die der Befriedigung solcher Bedürfnisse dienlichen Ansprüche sind zwar an sich gegenüber den vorgenannten Bedürfnissen nachrangig, im Resultat können sie gleichwohl Vorrang geniessen, wo diese Bedürfnisse parallel zu grundlegenderen Bedürfnissen verlaufen: so etwa dort, wo Selbstverwirkli-

2122 Vgl. Maslow, Farther Reaches, 1–9; Koltko-Rivera M. E., Rediscovering the Later Version of Maslow's Hierarchy of Needs, Review of General Psychology 10/4 (2006), 302–317.

2123 Zu peripheren Grundrechtsgehalten siehe vorne, Teil 2, B.II.2.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chung oder Selbsttranszendenz sich in Form von Bemühungen Einzelner äussern, das Leben oder die Gesundheit anderer zu schützen; oder wo ein ehrgeiziges, vom Wunsch nach Ansehen motiviertes Projekt (z.B. ein Projekt zur Reinigung der Plastikmüll-Inseln im Ozean), den Schutz des Lebens oder der Sicherheit oder ein erleichtertes soziales Zusammensein anderer Menschen mitzubewirken geeignet ist.

Mit anderen Worten, das Bedürfnisprinzip liefert einen Referenzrahmen für die sachliche Bewertung der relevanten Interessen in Grundrechtskollisionen. Es ist ein begründungsstärkendes, nicht ein begründungsersetzendes Prinzip, mit welchem pauschal bestimmte steife Vorrangrelationen einhergingen.

c. Präzisierung und Vorbehalte

Konkret ist jeweils zu fragen, auf welcher Bedürfnisstufe das Interesse an der Bewahrung der kollidierenden Teilgehalte anzusiedeln ist. Aus den dargelegten Beurteilungskriterien lassen sich aber keine absoluten Massstäbe für die Priorisierung in jedem Fall gewinnen. Eine Einschränkung, die an sich nachrangige Bedürfnisse trifft, kann schwerer wiegen als eine leichte Einschränkung eines an sich vorrangigen Bedürfnisses: Die völlige Unterbindung der Freiheit, Zeit mit Mitmenschen seiner Wahl zu verbringen, belastet die Lebensqualität auf schwere Weise. Aus diesem Grund wiegt das Los von Haftinsassen (und erst recht von Isolationshaftinsassen) schwer: Selbst wenn man in Strafanstalten eines Rechtsstaates nicht um sein Überleben fürchtet und es an Sicherheit nicht mangelt, ist das Weggesperrtsein ein Los, an dem die Betroffenen so schwer leiden, dass es nachvollziehbar ist, wenn ab und zu einer im Rahmen eines Ausbruchversuchs seine Sicherheit (oder eines Selbstmordversuchs sein Leben) aufs Spiel setzt.

Der abstrakte Rang der Bedürfnisse lässt sich somit nicht immer vorbehaltslos auf kollidierende Grundrechte übertragen. Rigoristische Kollisionsregeln sind hier wie andernorts abzulehnen.[2124] Auch hier ist von der Gradualität der Werte auszugehen. Was im Kollisionsfall interessiert, ist die Frage, inwieweit infolge einer Kollisionslösung Grundbedürfnisse unbefriedigt blieben *und* inwiefern die Betroffenen dadurch in ihrem Leben und in der Lebensqualität getroffen wären.

2124 Dazu insb. Teil 3, B.III (insb. 3); vgl. vorne, Teil 2, C.V.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Letztlich bleibt der Grundwert des Lebens massgebend. Grundbedürfnisse sind Produkte des natürlichen Lebens. Die Bedürfnisse nach Sicherheit oder sozialem Anschluss haben ihren Ursprung darin, dass sie dem Überleben dienen (wären sie schädlich oder auch nur für das Leben irrelevant, dann hätte die Evolution sie nicht bis in die Gegenwart getragen). Schwerwiegende Einschränkungen der Sicherheit implizieren eine höhere Wahrscheinlichkeit, ungewollt zu sterben. Drastische Einschränkungen der sozialen Bedürfnisse können sich ebenfalls auf die Überlebenschancen auswirken. Wer keine Freunde hat und sich auch sonst kaum hilfesuchend an die Gesellschaft wenden kann, ist höchst vulnerabel; eine Notlage oder ein eigentlich kleineres Unglück kann den Tod zur Folge haben. Man denke an die greise Frau, die in ihrem Treppenhaus stürzt; oder an den verletzten HIV-Kranken, dem Mitmenschen aus irrationaler Angst (und Unkenntnis empirischer Fakten) die Hilfe versagen.

Kurz: Die Überlebenschancen der Menschen können von der Erfüllung der Bedürfnisse zweiter oder dritter Stufe abhängen. Es ist somit dem Grundwert des Lebens und der Grundnorm der Lebensdienlichkeit selbst geschuldet, dass die Bedürfnishierarchie nicht den absoluten Vorrang des Schutzes vor Gefährdungen des unmittelbaren Überlebens vor der Befriedigung aller anderen Bedürfnisse begründet, sondern ein solcher Vorrang lediglich zu vermuten ist.

Die Bedürfnisrelevanz ist letztlich eine wichtige Ausdrucksform des nächsten Prinzips, der Gradualität der Werte:

4. Gradualität statt Rigorismus

a. Gradualität als allgemeines Prinzip

Insgesamt ist von einer graduellen Konzeption der grundrechtlichen Werte auszugehen; nicht von einem binären Verständnis des Richtigen.[2125]

Der Vorzug der graduellen Konzeption lässt sich an der Frage nach den Rechten ungeborenen Lebens darlegen: Ab wann geniesst ein Nasciturus ein Recht auf Leben? Hat der Embryo Menschenwürde? Das graduelle Verständnis der Werte hält solche Fragen nach der Grenzlinie und Bemühun-

2125 Vorne, Teil 3, A.V, grundlegend zur Gradualität; vgl. vorne, Teil 2, B.I.2, betreffend Gradualität bezüglich Grenzfragen am Lebensanfang; Teil 3, C.I.2.b, für die Gradualität der freien Einigung; das Prinzip wurde vom Bundesgericht zumindest einmal explizit befürwortet: BGE 136 V 395 E. 7.4, 408.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen um Entweder-oder-Unterteilungen für wenig zielführend. Die meisten rechtsethischen Problemfragen spielen sich nicht in der Nähe klarer Grenzen ab, sondern dort, wo Vagheit herrscht. Selbst wo eine einmal gesetzte normative Grenze klar und sichtbar ist, fliesst ihr Nutzen nicht aus der apriorischen Richtigkeit ihrer ethischen Geographie, sondern vielmehr daraus, dass eine „klare" Grenze Rechtssicherheit schafft und Orientierung bietet. Solche Grenzen schliessen Nuancierungen in der Regel nicht aus (es sei denn, die Nuancierung sei selbst zu gefährlich, wie im Falle der pragmatischen Unantastbarkeit gewisser Rechtsgüter).

Wenn wir bei der Frage zögern, ob ein Fötus ein Mensch sei, dann deshalb, weil er es mit Blick auf das, was den uns bekannten Menschen ausmacht (dem wir im Alltag oder Fernsehen begegnen), nicht ganz ist. Auch strikte Abtreibungsgegner bezweifeln kaum, dass es schlimmer ist, einen Säugling zu töten, als im zweiten Monat abzutreiben. Und umgekehrt dürften auch extreme Abtreibungsbefürworter, für die (zu Recht) eine Zwangsabtreibung in erster Linie gegenüber der Frau ein schwerer, inakzeptabler Eingriff ist, einräumen, dass auch das ungeborene Kind Opfer einer solch grauenhaften Tat wäre.

So gesehen kann angenommen werden, dass auch Vertreter von Extrempositionen oft im Grunde genommen mit dem Postulat einig sind, dass werdendes Leben einen Wert hat, der nicht ganz dem Wert des geborenen Kindes entspricht. Es kann daher von einem graduellen Erlangen der vollen Grundrechtsfähigkeit gesprochen werden. Die partielle Grundrechtssubjektivität werdender Menschen kann erklären, warum dem Fötus ein Recht auf Leben zukommen kann, das aber im Vergleich zum identischen Lebensrecht des geborenen Kindes in der Abwägung im Notfall weniger wöge und in aller Regel auch nicht justiziabel wäre.

Die Beurteilung einer Kollision dieses Rechts mit den Grundrechten der Mutter (insb. Selbstbestimmung) wird dadurch sachlicher. In gewissen Fällen wäre die Lage klar: Das Vergewaltigungsopfer, das fürchtet, im Gesicht des eigenen Kindes jenes des Peinigers wiederzusehen, kann in jedem Fall (eine plötzliche Meinungsänderung kurz vor der Geburt vielleicht ausgenommen) ein überwiegendes Interesse an der Abtreibung geltend machen. Auch im weniger extremen Fall der ungeplanten Schwangerschaft eines 14-jährigen Mädchens infolge freiwilligen Geschlechtsverkehrs bliebe die Vertretbarkeit eines Rechts auf Abtreibung auch etwas über die Fristenlösung hinaus m.E. denkbar. Ansonsten ist an einer Fristenlösung wenig auszusetzen, weil sie zu einem Nichtvertagen des Entscheids in der Sache animiert und damit unnötig schwere Eingriffe ins Leben eines zunehmend empfindungsfähigen und komplexen ungeborenen Kindes

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verhindert; und weil die Fristenlösung verhindert, dass es zu einem Abtreibungsschwarzmarkt oder zu Abtreibungstourismus kommt.

b. Gebot probabilistischer Gewichtung von Einschränkungen

Um Einschränkungen von Freiheiten und anderer grundrechtlicher Schutzgüter im Kollisionsfall zu vergleichen, ist zu ermitteln, wie relevant die Wahrung der jeweiligen Schutzgüter für das Überleben und für die Lebensqualität der Betroffenen in objektiver Hinsicht ist. Hierbei sind nach Möglichkeit die Wahrscheinlichkeiten der relevanten Szenarien zu berücksichtigen.[2126] Dabei ist möglichst auf Erfahrungswissen in vergleichbaren Situationen abzustellen. Wo es an vergangenen Erfahrungen fehlt, ist Kreativität gefragt: Man muss sich den Lauf der Kausalitäten in Gedanken vorstellen und danach trachten, die noch nicht erlebte Erfahrung im Kopf durchzuleben; moderne computergestützte Simulationsmittel dürften heute dabei helfen.

Zur Illustration: Vor der Anordnung einer in Erwägung gezogenen Isolationshaft ist einzuschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass die Massnahme die Gesundheit des Betroffenen und damit dessen Sicherheit im weiten Sinn beeinträchtigt. Das lässt sich empirisch einigermassen verlässlich einschätzen, wenn die Gefängnisse ihre Erfahrungen mit der Isolationshaft dokumentieren und ein regelmässiger Austausch stattfindet. Weniger gut dokumentiert dürfte die Erfahrung bezüglich der Frage sein, ob sich die Isolationshaft negativ auf die Reintegrationsfähigkeit der Betroffenen auswirkt. Hier wird man datenfreier schätzen müssen oder vielleicht Experten (psychiatrische Ärzte, Psychologen, Therapeuten etc.) konsultieren können, deren Intuition aus einer relevanten Erfahrungsbasis schöpft und die daher die mittelfristigen Folgen der Isolationshaft eher ohne unverhältnismässigen Aufwand realistisch einschätzen können. Abgesehen von der Einschätzung der Folgen der Isolationshaft wäre auch der Verzicht hierauf in Erwägung zu ziehen. Hier käme es auf die Wahrscheinlichkeit an, mit der infolge der unterlassenen Isolationshaft Probleme einträten: schwere Selbst- oder Fremdverletzungen, gewichtige Sachbeschädigungen oder Disziplinlosigkeit, die zu Sicherheitseinbussen in der Anstalt führte. Die Ergebnisse der Schätzungen sind im Rahmen der Interessenabwägung zu vergleichen.

2126 Dazu ausführlich oben, Teil 3, D.1.2.b-d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Detailhaftigkeit der Wahrscheinlichkeitserwägungen hängt von der verfügbaren Informationslage und der Zeit ab, die man in verhältnismässiger Weise für solche Erwägungen aufbringen kann.[2127]

5. Vorrang des Schutzes von Grundrechtsvoraussetzungen

Wenn ein Grundrecht für den Erhalt anderer oder gar aller anderen Grundrechte wichtig ist, ist dieses Grundrecht konsequenterweise von besonderem Wert. Das heisst, es ist abstrakt von höherem Gewicht und folglich vermutungsweise (aber nicht zwingend und in jedem Fall) vorrangig.[2128]

Ein solches Grundrecht ist das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV); denn die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist nur jenen Personen möglich, die leben.[2129] Gleiches gilt für die Menschenwürde, unter Ausschluss strittiger extensiver Gehalte wie des Rechts, nie auch nur vorübergehend „blosses Objekt" der Zwecke anderer Menschen zu sein. Auch der Schutz vor irreversiblen Schäden und schweren Körperverletzungen, ein Teilgehalt der Art. 10 Abs. 2 und 3 BV, ist Voraussetzung des Genusses zahlreicher Grundrechte und damit gegenüber diesen abhängigen Grundrechten im konkreten Kollisionsfall vermutungsweise vorrangwürdig. Die Verfahrensrechte sichern die Justiziabilität der materiellen Grundrechte.

Solche Kausalitäten sind bei der abstrakten wie auch konkreten Gewichtung von Einschränkungen zu beachten.

6. Vorrang der erkenntnisstiftenden Kollisionslösung

Obschon die Lebensdienlichkeit eines Verhaltens oder der menschliche Begriff der Lebensqualität grundsätzlich empirisch erfassbar sind, lassen sich die optimalen Massnahmen oft noch nicht exakt bestimmen. Zu

---

2127 Siehe dazu oben, Teil 3, D.I.2.b-d.

2128 Schmidt, Strafbefreiungsgründe, 117: „Allerdings kann bei der abstrakten Gewichtung Berücksichtigung finden, dass bestimmte Grundrechte ihre Voraussetzung in anderen Grundrechten haben."; vgl. allg. zum Thema von Grundrechtsvoraussetzungen: Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen.

2129 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 132 mit Fn. 132; Bossuyt, Distinction, 1975, 800; vgl. auch BGE 97 I 45 E.3, 50, betr. die persönliche Freiheit als notwendige Voraussetzung der Grundlage anderer Freiheitsrechte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

komplex ist das Leben, zu unvollständig die verfügbaren Daten. Hier ist im Zweifelsfall vom Wert eines Verfahrens von Versuch und Irrtum auszugehen, das den Motor der Erkenntnis bilden kann. Wenn man nicht weiss, welches die zur Grundrechtsverwirklichung optimale Lösung ist, kann man mit gutem Grund gezielt eine Lösung versuchen, die nicht der bisherig praktizierten und auch nicht der im umliegenden Ausland verbreiteten Lösung entspricht. So kann der Staat seine Erfahrungsbasis fortlaufend erweitern. Die Konsequenzen seiner Massnahmen zur Grundrechtsverwirklichung sind dabei sorgfältig zu dokumentieren, damit im Rahmen einer späteren Evaluation ein möglichst fruchtbarer Erkenntnisprozess von Versuch und Irrtum resultiert.[2130] Als Priorisierungskriterium formuliert bedeutet dies: Im Zweifelsfall (bei scheinbarer Gleichwertigkeit zweier Kollisionslösungen) ist jene Lösung vorzuziehen, die den grösseren empirischen Erkenntnisgewinn ermöglicht. Das dürfte oft die noch unerprobte Lösung sein. Im Organtransplantationswesen in der Schweiz ist dies etwa die Widerspruchslösung (mit dem entscheidenden Unterschied, dass sie der geltenden Zustimmungslösung nicht scheinbar gleichwertig, sondern allem Anschein nach klar überlegen ist, sodass es nur aus höchst skeptischer Warte auf das Argument des Erkenntnispotenzials ankommen müsste).[2131]

7. Ablehnung metaphysischer Vorrangkriterien

Nicht vergleichsfähig und damit nicht aussagekräftig sind, nebst blossen subjektiven Wertungen, alle aus rein metaphysischen Postulaten „hergeleiteten" Werte. So sind völlig fiktive Kausalitäten als nicht stichhaltig zurückzuweisen, wie sie durch das regelethische Argument der Mitbetroffenheit der Würde aller Menschen (bzw. „des Menschen an sich" oder „der Menschheit überhaupt") bei Einschränkung der Würde eines Menschen versinnbildlicht werden.[2132] Wie dargelegt, führen solche Argumente zur Verfälschung der Abwägung. Ebenfalls unzulässig ist es, da rein spekulativ und das Symmetriegebot verletzend, die Kollisionslösung auf eine einseitige Berücksichtigung unwahrscheinlicher „Dammbrüche" abzustützen – ohne Prüfung möglicher Gegendammbrüche.[2133]

2130 Teil 3, E.I.4; vgl. Uffer, Margin of Appreciation.
2131 Teil 4, E.
2132 Teil 3, B.III.3.b, m.H.
2133 Teil 4, C.III.4.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III Gleichheitsgründe

1. Vorrang der grösseren Zahl

Leben darf gegen Leben (und Würde gegen Würde) insofern abgewogen werden, als die Berücksichtigung der Zahl der bedrohten Güter bisweilen aus Gründen der Rechtsgleichheit gerade erforderlich ist.

Die zahlenmässige Abwägung ist nicht immer entscheidend, aber immer erlaubt und oft geboten. Sie kann dort das ausschlaggebende Kriterium sein, wo nicht nur Störer von einem belastenden Eingriff betroffen sind, so etwa beim Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs, das als Tatwaffe missbraucht würde. Für die Berücksichtigung der relativen Zahl Betroffener und die Abwägung von Leben gegen Leben sprechen einerseits die erwähnte Rechtsgleichheit der Menschen (und grundlegender: ihre Gleichwertigkeit). Es wäre rechtfertigungsbedürftig, fünf Personen so zu behandeln, als wäre deren Rettung nicht dringlicher als die Rettung einer einzigen Person. Anderseits spricht die Erforderlichkeit der vergleichenden Gegenüberstellung der betroffenen Güter zur Bewertung der Kollision und zur Ermittlung einer sachlich nachvollziehbaren Kollisionslösung für die Zulässigkeit auch dieser Form der Abwägung. Stützte sich die Kollisionslösung auf ein Verrechnungsverbot, stützte sie sich auf nichts.[2134]

Die starke Intuition, man dürfe Leben nicht gegen Leben abwägen, lässt sich gut an bestimmten Problemfragen der Art demonstrieren: „Darf man den jungen und gesunden Grün töten, wenn sich mit seinen Organen fünf Menschenleben retten lassen?“ Unsere Intuition weist uns in Fällen dieser Art schnell darauf hin, dies sei falsch; mit Recht. Doch nicht immer liefert die Intuition die richtige Erklärung. Es droht der Fehlschluss, die aktive Tötung zur Rettung anderer Menschen sei per se absolut unzulässig und auch die relative Zahl an Personen sei irrelevant, was vorne aber wiederlegt wurde.[2135] Die relative Zahl fällt ins Gewicht, durchaus zugunsten der fünf Personen, die auf ein Organ hoffen; aber trotzdem überwiegen die Interessen an der Tötung von Grün nicht. Man darf Grün keinesfalls töten, weil hier noch viel mehr auf dem Spiel steht als „nur“ ein Leben und die Verletzung des Verbots aktiver Tötungen: die Basis des zwischenmenschlichen Vertrauens, des Vertrauens in den Staat und ins Gesundheitswesen (wer ginge noch ins Spital, wenn ihm dort Organraub droht?). Gefährdet wäre ferner auch die Kultur der Selbstverantwortung – der Gesunde wäre

2134 Vgl. vorne, Teil 3, B.III.8.
2135 Vgl. Teil 3, D.III.3 (insb. b); zudem Teil 4, D.II.1 und insb. Teil 4, D.IV.1.a-b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gut beraten, Kettenraucher oder Alkoholiker zu werden, zum „Schutz" von Lunge und Leber.

Auch ist zu bedenken, dass der Staat, der nicht verrechnet, nicht automatisch jedes verpönte Rechnen verhindert; das Unterlassen eigener entscheidungsleitender Rechnungen entspricht der Segnung jener „Rechnung" und Kollisionslösung, die andere Mächte und Faktoren (das Schicksal, ominöse private Akteure, vielleicht früheres Handeln des Staates) an den interventionsscheuen Staat herantragen. Selbst wenn wir daher entgegen dem vorher Gesagten davon ausgehen müssten, das Verrechnen von Menschenleben sei mit gutem Grund verwerflich, folgt hieraus noch nicht der Schluss auf die Nobilität staatlicher Untätigkeit.

2. Vorrang nach Massgabe der Vulnerabilität

Eine Facette der Rechtsgleichheit ist die Forderung, Ungleiches nach Massgabe der Unterschiede ungleich zu behandeln (Art. 8 Abs. 1 BV). Hieraus ergibt sich ein Gebot der besonderen Berücksichtigung vulnerabler Personen.[2136] Dazu zählen Kinder und Jugendliche, altersgeschwächte, sozial marginalisierte und behinderte Menschen und andere Menschen, deren Fähigkeit, für sich selbst zu sorgen, der Umstände halber begrenzt ist (z.B. Haftinsassen). Vulnerabilität wirkt faktisch benachteiligend, was auf Basis der Rechtsgleichheit die Verstärkung bestimmter Schutzansprüche begründet.

Diverse Verfassungsnormen sehen besondere Rechte verletzlicher Personen vor: Art. 8 Abs. 2 BV schützt Angehörige historisch angreifbarer Gruppen vor verpönten Ungleichbehandlungen; Art. 11 BV sagt Kindern und Jugendlichen einen besonderen Schutz ihrer Rechte zu; Art. 12 BV gewährt Hilfe in Notlagen jenen, die (fast) nichts haben. Diese Elemente zeugen von einem allgemeinen Vulnerabilitätsprinzip, das es rechtfertigt, natürliche Ungleichheiten durch qualifizierten Schutz auszugleichen und erhöhten Verletzlichkeiten Rechnung zu tragen.[2137] Es wirkt dabei gradu-

2136 Vgl. vorne, Teil 4, C.IV.2.d.

2137 Vgl. Tschannen, Staatsrecht, § 7 N. 68: Schutzpflichten greifen, wo „ein strukturelles Machtgefälle und daraus folgend ein entsprechendes Schutzbedürfnis des schwächeren Partners auszumachen sind", bspw. im Mietverhältnis oder im Arbeitsverhältnis.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ell: Je mehr jemand verletzlich ist, desto eher kommt es zu positiven staatlichen Schutz- und Leistungspflichten.[2138]

3. Möglichst gleiche Befähigung

Geboten ist der Einsatz begrenzter Mittel prioritär dort, wo sich der grösste Unterschied mit Blick auf die Fähigkeit des Menschen zum Genuss des Lebens und der Freiheit erzielen lässt. Dies lässt sich mit dem Fähigkeitenansatz Sens und Nussbaums begründen. Der Fähigkeitenansatz liefert eine wichtige Antwort auf die Frage, in Bezug worauf Menschen gleich behandelt werden sollten.

Gegenüber anderen Bezugsgrössen des Gebots der Gleichbehandlung (Rechte, Ressourcen, Glück, Lebensqualität etc.) hat der Fähigkeitenansatz den Vorzug, das Anliegen der Gleichheit mit jenem der Freiheit zu versöhnen: Der Mensch soll nicht gefüttert, sondern in die Lage versetzt werden, sich selbst zu ernähren. Gleichzeitig wird die Freiheit nicht dazu herabgewürdigt, Apologetik des Rechts des Stärkeren zu sein, weil gerade auch das Schaffen von Fähigkeiten im Zentrum steht, die jemand womöglich aus eigener Kraft noch nicht erlangen konnte.

Zu fragen ist, wer durch welche Handlung (des Staates) stärker befähigt oder vor grösseren Fähigkeitseinbussen bewahrt würde. Wenn Rettungskräfte vor der Wahl stehen, im Falle einer Lawine einem Menschen das Leben und einem anderen bloss das eingeklemmte Bein zu retten, ist das Leben zu priorisieren. Auch die Berücksichtigung persönlicher Umstände findet Raum: Verliert ein Pianist einen Finger, verliert er mehr als die Sängerin. Der Gewinn an Lebensqualität durch eine neue Hüfte ist bei einer 30-jährigen Person zumindest über die Jahre hinweg grösser als im Falle einer neuen Hüfte für eine 90-jährige Person. Ist ein Stipendium zu vergeben, kommt es eher einer Person zu, die es sich selbst nicht leisten kann, als einer, die es sich leisten kann und ohnehin würde (die eine Person wird zur Ausbildung, die andere nur zu Ersparnissen befähigt).

2138 Vgl. Chatton, pleine reconnaissance, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV Einigungsgründe

1. Verfassungsgründe

a. Keine unmittelbar verfassungsbasierten Lösungen (echter) Grundrechtskollisionen

Die Lösung der Grundrechtskollision bedarf zumindest einer gewissen Grundlage in der Verfassung selbst. Die Erwartungen diesbezüglich dürfen aber nicht zu hoch sein. Denn die echte Grundrechtskollision ist eine Frage, die in der Verfassung zwar aufgeworfen, nicht aber beantwortet wird. Die Verfassung setzt Kollisionen als Möglichkeit voraus (Art. 36 Abs. 2 BV) und fordert ihre verhältnismässige Lösung (Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 36 Abs. 2–3 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip klärt indes nicht über das unterschiedliche Gewicht kollidierender Verfassungsgüter auf; welche Interessen im Konfliktfall Priorität geniessen, lässt sich ihm nicht entnehmen. Aussagekräftig wird das Verhältnismässigkeitsprinzip erst im konkreten Fall, wenn materielle Werte ermittelbar sind und in die Erwägung einfliessen. Auch die übrigen Verfassungsnormen liefern nur abstrakte Lösungshinweise, in Form allgemeiner Prinzipien und Werte; diese fliessen etwa bei der Herstellung praktischer Konkordanz, eines schonenden Ausgleichs oder bei der Beachtung der Einheit der Verfassung in die Konfliktlösung ein.

b. Orientierungswerte aus anderen Verfassungsnormen

Die Verfassung drückt diverse Werte aus, die im Rahmen der Kollisionslösung zu beachten sind. So Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), Solidarität (vgl. Art. 6 und Art. 41 BV), Selbstverantwortung (Art. 6 BV), Priorisierung des Schutzes vulnerabler Personen (vgl. Art. 11 und Art. 12 BV), kulturelle Vielfalt (vgl. Art. 4, 18, 70 BV), geschonte Natur und Lebensvielfalt (Präambel, Art. 2 Abs. 2, 54 Abs. 2, 73, 76 Abs. 2, 77 Abs. 3 BV).[2139] Diese Werte können punktuell helfen, die am ehesten vom Verfassungsgeber gewollte Antwort zu identifizieren (vor allem, wenn mehrere solche Werte in dieselbe Richtung weisen).

2139 Vgl. dazu insb. Teil 2, B.III.5, zu einigen der relevanten Verfassungswerte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weil Abwägung die Begreifbarkeit der abzuwägenden Güter voraussetzt[2140], kann die Grundrechtskollision gleichwohl nicht allein auf Basis der positivierten Verfassungsordnung gelöst werden.

Deswegen bedarf es ethisch fundierter Ansätze zur Kollisionslösung – was nach Meinung des Verfassers heisst: folgenethischer Ansätze. Die hier vertretene Folgenethik liefert, ausgehend von der Grundnorm der Lebensdienlichkeit und ihren Konkretisierungen, Mittel, dem sonst rein formalen Verhältnismässigkeitsprinzip Substanz zu verleihen und es zum funktionsfähigen Richter über die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen zu machen, den Art. 36 Abs. 3 BV vorsieht.

c. Bindung rechtsethisch fundierter Lösungen an die Verfassung

Um die mit diversen Vorteilen verbundene Autorität formalen Rechts nicht zu unterwandern und die demokratische Normgenese zu respektieren, sind Gerechtigkeitskriterien, wo möglich, einer formalen Basis zuzuführen oder in etablierte verfassungsrechtliche Konzepte einzuflechten. Mit Vorzug ist auf Werte zurückzugreifen, die im Verfassungswortlaut, in höchstrichterlicher Auslegung der Verfassung oder in bundesgesetzlichen Normen mit Querschnittcharakter (z.B. im Einleitungstitel des ZGB) Ausdruck finden. Die Anbindung ans Bestehende garantiert zwar keine Richtigkeit; aber sie diszipliniert und ritualisiert die Argumentation und macht sie dabei eher vorhersehbar (rechtssicher), transparent und falsifizierbar.

2. Respekt der Selbstbestimmung und dessen Grenzen

Bei Grundrechtskollisionen, bei denen auf beiden Seiten des Konflikts dieselbe Person betroffen ist, steht die Prüfung der Selbstbestimmung im Zentrum. Die Selbstbestimmung ist der Grund jeder Einigung. Sie ist ein Wert, den die Verfassung über Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit) und in Teilaspekten über die Menschenwürde (Art. 7 BV) schützt. Die Selbstbestimmung des Individuums ist zu achten, soweit dies im Resultat nicht zu unvertretbaren Folgen führt; eine Grenze bilden Selbstschädigungen, die das Leben des Betroffenen schwer belasteten oder bedrohten.[2141] Denn dann darf man aufgrund des Prinzips der Lebensdienlichkeit vermuten,

---

2140 Uffer, Mobilität, 20.
2141 Vgl. Jarass, Charta, Art. 1 N. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Unterlassen einer Intervention zum Schutz des Betroffenen sei nicht in dessen Interesse, entspreche nicht dessen Präferenzen, entspreche – um das Gleiche noch mit einem dritten Wort zu sagen – nicht dem ihm zusinnbaren mutmasslichen oder hypothetischen Willen.

Nicht jede explizite Willensäusserung ist ein verlässlicher Ausdruck des selbstbestimmt Gewollten. Es können Zweifel bestehen, ob Selbstbestimmungsfähigkeit in der Sache gegeben war und ob der Wille (noch) authentisch ist. Nicht authentisch ist er etwa dort, wo ein Hungerstreikender in einer Patientenverfügung zwar äusserst deutlich klarstellte, er nehme den Tod in Kauf, in Wirklichkeit aber überhaupt nicht mit dieser Eventualität rechnet.

Die Frage, ob man die selbstbelastende echte Selbstbestimmung des Betroffenen in einem konkreten Fall respektieren sollte, hängt aber auch von der Frage ab, wie sehr mögliche Nebenfolgen andere Menschen belasten. So wird man wohl selbst jene Person, die die besten Gründe zum Freitod hat, daran hindern dürfen, sich vor den Augen ihrer Kinder zu töten.

3. Einigung und Einigungsfähigkeit

Zentrales Kriterium der Richtigkeit eines im Wortlaut nicht vorgegebenen Auslegungsresultats ist dessen Einigungsfähigkeit. Weil niemals alles in Worte gefasst werden kann und die im Recht vorgesehenen Lösungen oft nur eingeschätzt werden können, ist das Recht nicht nur mit Blick auf den im Wortlaut ausgedrückten Gehalt auszulegen, sondern (vor allem wo der Wortlaut keine Lösungen bietet) auch immer unter Leitung der Frage, was der Normgeber vereinbart haben könnte (mutmasslich) oder im Falle der Beschäftigung mit dem Problem vereinbaren würde (hypothetisch). Was vereinbart wurde, worden sein könnte oder werden würde lässt sich oftmals nur mit einem bestimmten Grad an Gewissheit feststellen. Diese Gradualität der Einigung spielt bei der Güterabwägung im Rahmen der Kollisionslösung eine wichtige Rolle: Je höher die Qualität der Einigung, desto schwerer wiegen die entsprechenden Einigungsgründe in einer Abwägung.[2142]

Trotz allem Wert der Einigung muss man sich vor der Schlussfolgerung hüten, die Einigung sei der letzte Grund aller Gerechtigkeit. Dass der Selbstbestimmung der Menschen Achtung gebührt, liegt auch an den vorzugswürdigen Folgen eines einigungsorientierten Rechtsverständnisses:

2142 Vgl. zur Bedeutung der Einigung allg. Teil 3, F.II.2 – 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wer mit den Menschen urteilt, dient den Menschen in den meisten Fällen nachhaltiger als derjenige, der gegen den Willen der Menschen vorgeht. In Zeiten aber, in denen die allgemeine Moral Entartungssymptome zeigt (wenn die Masse mit einer Stimme dem Führer huldigt und dessen Aufrufe zur Zerstörung des Feindes mit Beifall und Jubel quittiert), sind die realen Einigungen der Menschen von geringer ethischer Aussagekraft – und die hypothetischen Einigungen schwer zu ermitteln. Hier ist ein anderer Massstab aussagekräftiger: jener der Lebensdienlichkeit. Dass die Vernichtung des Feindes nicht lebensdienlich ist, versteht sich von selbst.

4. Vertrauensprinzip

Das Vertrauensprinzip findet in verschiedener Gestalt Ausdruck in der Bundesverfassung. Zentral ist das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV), das vor allem im Verfahrensrecht seine Bedeutung entfaltet und einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens begründet. Schutzgut von Treu und Glauben ist das Vertrauen in der horizontalen (zwischenmenschlichen) und in der vertikalen Beziehung (zum Staat). Hierzu verbietet Treu und Glauben den Rechtsmissbrauch, sanktioniert falsche Auskünfte, begrenzt die belastenden Wirkungen überraschender Praxisänderungen, prägt Anforderungen an den formellen Verfügungsbegriff und verbietet die echte Rückwirkung.[2143]

In der Idee von Treu und Glauben sammeln sich anerkannte Tugenden wie etwa Verlässlichkeit, Redlichkeit, Transparenz, Loyalität und Gewissenhaftigkeit. Es gibt zudem gute Gründe, im Prinzip von Treu und Glauben ein wichtiges Prinzip der Rechtsordnung zu erblicken, das Verträgen[2144], Gesetzen und anderen Grundstrukturen des Rechts erst seine Wirkfähigkeit verleiht. Vertrauen ist eine Grundbedingung des sozialen Daseins, im zwischenmenschlichen Verhältnis wie auch im Verhältnis zum Staat. Die Vertrauenswürdigkeit einer Gemeinschaft ist der unverzichtbare Hintergrund, vor welchem es überhaupt möglich wird, sich in Freiheit der eigenen Lebensgestaltung zu widmen. Dem Menschen bietet die organisierte Gesellschaft sich gegenseitig im Wesentlichen vertrauender Menschen eine stabilisierende Konstante, welche die natürlichen Un-

2143 Vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, 132.

2144 Vgl. Fried, Contract, 83: „In general we can get the social, collective benefits of trust only if we are faithful for the sake of trust itself, not just for the sake of the resulting benefits."

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sicherheiten des Daseins ausgleicht. Weil Kooperation ohne Vertrauen kaum noch vorteilhaft ist, bedeutet die Zerstörung des Vertrauens die Zerstörung nahezu aller Gründe, überhaupt in einer organisierten Gemeinschaft zu leben. Eine der grössten Herausforderungen freiheitlich-demokratischer Staaten könnte gerade darin liegen, das Vertrauen der Bürger in Freiheit und Demokratie zu behüten.

Daher ist es wichtig, diesem Prinzip und Rechtsgut in seiner ganzen Breite bei der Lösung von Grundrechtskollisionen Rechnung zu tragen – etwa indem man bedenkt, wie eine Kollisionslösung sich auf das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat auswirkt. Zudem stärkt die Logik des Vertrauens das Bedürfnis, Grundrechte so zu verwirklichen, wie man sie als Grundrechtsträger verstehen kann und darf. Die Nichterfüllung zugesagten Schutzes oder die Missachtung zugesagter Schonung bedrohen das Vertrauen der Subjekte in den Staat. Je klarer die grundrechtliche Zusage formuliert ist und je eher sie aufgrund einer entsprechenden Praxis als wirksam betrachtet werden kann, desto eher würde eine Minderleistung das Vertrauen verletzen und die Grundlage späterer Grundrechtsverwirklichung gefährden.

5. Verantwortungsprinzip

Eigenverantwortung ist ein für bestimmte Fälle relevantes Verteilkriterium. Aus dem Verantwortungsprinzip fliesst, dass in der Regel nicht Unrecht ist, worin man selbst frei eingewilligt hat.[2145] Ungleichheiten, die auf eigenverantwortliches Handeln zurückzuführen sind, verstossen in der Regel nicht gegen Gerechtigkeitsprinzipien.[2146] Voraussetzung des Verantwortungsprinzips ist ein Verständnis von Gerechtigkeit, das nicht Gleichheit im Resultat erstrebt, sondern der Gleichheit der eigenverantwortlichen Gestaltungsmöglichkeiten erhebliche Bedeutung zumisst; doch Eigenverantwortung bedeutet nicht, dass der Mensch, der scheitert, im selbstbewirkten Unglück alleine gelassen werden müsste.[2147]

Bei der Begründung staatlichen Handelns, das sich gegen Störer richtet, besteht die Gefahr, dass man die richtige Lösung – ceteris paribus die Belastung des Störers – auf falsche Gründe stützt. Falsch sind diese,

---

2145 Vgl. Hobbes, Leviathan, 1. Teil, Kap. XV: "Whatsoever is done to a man, conformable to his own will signified to the doer, is not injury to him."

2146 Mahlmann, Gerechtigkeit, § 13 N. 29; vgl. ebd., N. 34.

2147 Vgl. Mahlmann, Gerechtigkeit, § 13 N. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn ein Vergeltungsbedürfnis bedient würde. Pönale Motive dürfen bei der Kollisionslösung keine Rolle spielen. Dass die Auflösung der Grundrechtskollision mit Grund tendenziell zulasten der Störer vorgenommen werden darf, liegt an den Anreizen: Nur eine Auflösung, die nicht etwa zur Wiederholung ähnlicher Kollisionen führt, ist nachhaltig. Der Störer (und seine Nachahmer) sollen daher nicht zur Wiederholung der Störung motiviert werden. Nebst Anreizen spielen Gleichheitserwägungen eine Rolle: Gewisse Störer begreifen ihre Freiheiten extensiv. Täte dies jeder Mensch, wäre Freiheit ein Euphemismus für den Kampf aller gegen alle. Den Störer auf ein gesellschaftsverträgliches Ausmass an Freiheit (inklusive gemeinverträglicher Narrenfreiheit) runterzubringen, entspricht dem Gedanken, wonach die Freiheit des einen endet, wo die Freiheit des Nächsten beginnt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenfassung

Rechtlich ist die Grundrechtskollision ein Konflikt höchster Individualgüter, die an sich umfassend geschützt werden sollten, wegen des Konflikts aber konkret nicht im vollen, aufgrund der Schutznorm (des Grundrechts) abstrakt erwartbaren Umfang gewahrt werden können. Weil die Grundrechtskollision in erster Linie allgemeine Fragen der Grundrechtsdogmatik betrifft – und man die Grundrechtsdogmatik ohne Beschäftigung mit ihrem Problemfall par excellence kaum begreifen könnte –, sind die Schlüsse dieser Arbeit nicht nur Teil der besonderen Kollisionsdogmatik, sondern auch der allgemeinen Grundrechtsdogmatik.

Als ein Unterfall ethischer Dilemmata ist die Grundrechtskollision zudem ebenso ein unausweichlich interdisziplinäres Problem, das Antworten erfordert, die den Rahmen einer „reinen" Rechtsdogmatik überschreiten. Daher fand hier eine Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitstheorien statt, auf deren Basis die überzeugende Darlegung kollisionsdogmatischer Erkenntnisse erst möglich ist. Zur Prüfung und Präzisierung der grundrechtsdogmatischen und der gerechtigkeitstheoretischen Erkenntnisse wurden zudem vier Fallbeispiele untersucht.

Der Aufbau der Zusammenfassung der Ergebnisse entspricht nicht jenem dieser Arbeit; es wird hiernach vielmehr einer deduktiven Logik folgend vom Abstraktesten (Gerechtigkeitstheorien) über etwas weniger Abstraktes (Kollisionsdogmatik) zum Konkretesten (Fallbeispiele) geschritten. So lässt sich der Gesamtzusammenhang besser veranschaulichen.

I Gerechtigkeit

Die Ergebnisse des gerechtigkeitstheoretischen Teils der Arbeit sind für die hier behandelte Problematik der Grundrechtskollision in erster Linie Ergebnisse von Vorfragen. Die Überzeugungskraft der Gesamtergebnisse der Arbeit hängt dadurch von jener der gerechtigkeitstheoretischen Antworten ab, was die umfassende Auseinandersetzung mit ethischen Fragen erforderlich machte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Kritik der Regelethik

Regelethische Konzeptionen der Gerechtigkeit sind aus mehreren logischen und ethischen Gründen abzulehnen:[2148]

- Die Regelethik kann (ohne Rückgriff auf einigungs- oder folgenorientierte Argumente) nicht begründen, warum eine aufgrund irgendwelcher historischer Zufälle geltende oder als geltend postulierte Regel verbindlich sein soll – und nicht eine gänzlich andere. Mangels objektiv (überindividuell) greifbarer Gründe für die Geltung regelethischer Regeln stützen sich regelethische Gerechtigkeitsaussagen bestenfalls auf Autoritäten (Philosophen, Prinzen, Propheten; vorgegebenes Gesetz, heiliges Buch, herrschende Lehre etc.), die sich zu den fraglichen Regeln bekennen.
- Weil regelethische Lösungen ethischer Dilemmata vom absoluten Charakter des Gerechten ausgehen, soll der Wert der Werte nicht vom Vergleich mit anderen Lösungsmöglichkeiten abhängen. Die Leugnung der Relativität der Werte geht mit der Annahme ihrer Unfalsifizierbarkeit einher: Was über jeden Vergleich erhaben ist, lässt sich durch nichts widerlegen. Das macht nun aber auch die blosse Suche nach Gründen zur Gefahr für regelethische Prämissen: Wenn regelethische Werte einer Begründung bedürfen, gelten sie nicht „intrinsisch". Das regelethische Bemühen, Gerechtigkeitsaussagen aus bloss postulierten, angeblich aus sich selbst heraus geltenden Werten und Regeln herzuleiten, führt zur Unfähigkeit konsequenter Regelethiker, sich auf einen ergebnisoffenen Diskurs einzulassen. Den Gefahren der Ideologisierung (bis hin zum Totalitarismus) ist die Regelethik daher stärker ausgeliefert als Gerechtigkeitsverständnisse, die in der für alle Menschen fassbaren Realität (z.B. der wirklichen Präferenzen oder Interessen der Menschen) ihren Anker werfen.
- Sogar die scheinbare Stärke der Regelethik – die Möglichkeit, ausnahmslos geltende Regeln wie das Verbot von Folter und Todesstrafe durch ein rigoristisches Verständnis der Unantastbarkeit dieser Regeln zu festigen – ist in Wahrheit eine Schwäche. Denn dieses Verständnis der Unantastbarkeit geht insofern übers Erforderliche weit hinaus, als es sogar in rein fiktiven, realitätsfremden Fällen gelten müsste. Der Rigorismus bringt den konsequenten Regelethiker in die unmögliche Lage, sagen zu müssen, eine Folterhandlung sei selbst dann verboten,

2148 Ausführlich vorne, Teil 3, B.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wo sich mit ihr (rein theoretisch) ein Genozid verhindern liesse. Hieran zeigt sich, wie der regelethische Rigorismus ohne Not bedeutsame Verbote schwächt, die sich durchaus als unantastbar verfechten lassen, wenn man sich pragmatischer Argumente bedient. Hinzu kommt die Schwäche, die aus der Autoritätsabhängigkeit solcher Regeln herrührt: Was in einem Tabu gründet, lebt faktisch vom Zuspruch diskursdominierender Kreise. Geht die Bereitschaft dieser Kreise verloren, die kategorische Geltung der fraglichen Norm zu verfechten, fällt die (scheinbare) Begründung der Norm sogleich dahin.

Kurz: Die regelethische Argumentation zeichnet sich aus durch das Verweigern einer Begründung bei gleichzeitiger Vortäuschung einer besonders starken Form von Begründung.

2. Kritische Würdigung der Einigungsethik

Wenn Gerechtigkeitsaussagen auf Basis der Idee der Einigung begründet werden, sind sie solider als bei bloss regelethischer (Schein-)Begründung. Wenn diskursdominierende Kreise eine wichtige Regel aufweichen, fällt die Durchsetzungsfähigkeit dieser Regel zwar teilweise dahin; die Begründung der Regel bleibt aber zunächst intakt, weil die herrschenden, diskursdominierenden Kreise nicht das repräsentieren, worauf alle Betroffenen sich am ehesten frei einigen würden, sondern im besten Fall Interpreten dieses hypothetischen freien Willens aller Betroffenen sind, die für sich selbst nicht in Anspruch nehmen können, nie zu irren, und (da man den Willen der Betroffenen zumindest teilweise überprüfen kann) auch nicht die Unfalsifizierbarkeit ihrer Postulate aufstellen können.

Trotzdem hat auch die Einigungsethik als Theorie der Gerechtigkeitsbegründung ihre Schwächen:

- Einigungsethische Gerechtigkeitstheorien scheitern erstens daran, dass der echte Wille des Menschen keine fundamentale Bedeutung haben kann: Bloss dadurch, dass der Mensch frei und authentisch etwas will, wird der Gegenstand dieses Willens nicht unweigerlich moralisch werthaltig.[2149]
- Der Konsens der Betroffenen ist in vielen sensiblen Belangen, die konfligierende Interessen betreffen, eine Fiktion; es gibt ihn nur in hypothetischen Gedankenspielen, in denen ausgeblendet werden kann, dass in

2149 Oben, Teil 3, C.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wirklichkeit nicht jeder sowohl Begünstigter als auch Belasteter (und dies im gleichen Umfang) der kollisionslösenden „Einigungen" ist, und der Mensch weniger egoistisch und vernünftiger gedacht wird, als er es in Wirklichkeit ist.

– Je weniger der Wille als das begriffen wird, was er alltagssprachlich ist (dieser umfasst jedes begreifbare Begehren einigermassen urteilsfähiger Personen), und je mehr der massgebliche „Wille" alles umfassen soll, was freie, faire und vernünftige Menschen begehren würden, desto eher führt diese Ethik zu überzeugenden Lösungen (so unter der Annahme, unter solchen Umständen würde der Mensch wollen, was insgesamt zu optimalen Folgen führt). Allein, diese Einigungsethik definierte Gerechtigkeit nur noch deklaratorisch als Ausdruck des Willens der Menschen: Es käme vielmehr auf die Zusatzkriterien an, die man in den authentischen Willen des Menschen hineindenken muss, damit dessen Berücksichtigung nicht zu unhaltbaren Konsequenzen führt.

Kurz: Ausgerechnet im Kontext ethischer Dilemmata (und in jenem der Grundrechtskollision) ist die Lösung auf Basis von Einigungen etwas irreführend, weil sich dort das, was der vernünftige, faire und freie (oder sonstwie ideale) Mensch wollen sollte, stark von dem unterscheidet, was der Mensch wirklich will.

Dessen ungeachtet eignen sich einigungsethische Heuristiken zur approximativen Ermittlung der Gerechtigkeit; so etwa die Frage, welche Lösung eine Person gutheissen würde, wenn sie sich in einer Situation des Nichtwissens ob der eigenen Lage befände.[2150] Auch sind partizipative Verfahren ein oft wirksamer Weg zur Optimierung der Gerechtigkeit und des Wohls der Betroffenen. Ein Folgenethiker kann daher (und sollte m.E.) Bemühungen zur Stärkung des demokratischen Diskurses gutheissen, weil dies ein Mittel zur Förderung des friedlichen Zusammenlebens und des Gesamtwohls ist.

Grundlegend lässt sich gar das ganze Recht als Ausdruck einer (mehr oder weniger starken) Einigung der betroffenen Gesellschaft begreifen. Alles Recht basiert, ist es denn überhaupt des Rechts würdig, auf einer mindestens passiven, impliziten oder hypothetischen Form der Einigung. Was nicht einmal als Minimaleinigung einer Mehrheit eher aufgeklärter und widerstandsfähiger Personen angesehen werden kann, ist nicht Recht, so sehr es auch regelartig und wirksam sein mag. Als die wohl bedeutends-

2150 Oben, Teil 3, C.II.1, zu Rawls' Schleier des Nichtwissens, sowie Teil 3, F.IV.3.d, zum Risikoausgleich-Test.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te praktische Gerechtigkeitsstrategie überhaupt zielt die demokratische Rechtsordnung darauf ab, auf der Basis des Grundprinzips der Einigung das Leben der Gemeinschaft auf eine dem Wohl aller Betroffenen optimal dienende Weise zu organisieren.

3. Überzeugungsfähigkeit der Folgenethik

In der hier befürworteten Folgenethik hängt die Richtigkeit eines Verhaltens von der Auswirkung dieses Verhaltens auf das Wohl aller ab, auf die es ankommt. Das Grundprinzip ist simpel, bei aller Prognoseschwierigkeit: Richtig ist die Handlung, von der im konkreten Fall zu erwarten ist, dass sie im Vergleich zu alternativen bewirkbaren Abläufen und unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeiten zu optimalen Folgen führt. Entscheidend ist die Vergleichsabhängigkeit der Wertungen. Das Gebotene ist es nie um seiner selbst willen, sondern angesichts dessen, was sonst zu sein drohte.

Zu den wichtigsten Vorzügen der Folgenethik gehören:[2151]

- Die Erkenntniswege der Folgenethik gründen in allgemeinen Regeln der Logik und der erfahrensbasierten Erkenntnis, woraus folgt, dass deren Ergebnisse der kritischen Überprüfung niemals entzogen sind: Zwar kann auch der Folgenethiker Annahmen vorerst ohne hinreichende Begründung postulieren, doch schaffen solche Postulate nur provisorische Versuchsstandpunkte, nicht vermeintlich unanfechtbare Dogmen, die keiner Widerlegung fähig wären – kurz: Folgenethische Thesen sind falsifizierbar und damit diskursfreundlich und fortschrittsfähig.
- Besonders im Vergleich zur Regelethik weist die Folgenethik eine grosse Autoritätsresistenz auf: Solange eine wichtige Regel folgenethisch abgestützt ist, ändert ein fehlender Wille zur Durchsetzung der Regel seitens herrschender Kreise nichts an der Gültigkeit der Begründung. Damit bietet die Folgenethik in jeder Lage die Möglichkeit dazu, Missbräuche der Macht objektiv zu kritisieren: Die Gesetze der Logik und der Natur, auf die es ankommt, können nicht kurzerhand wegdekretiert werden; und an der Dringlichkeit existenzieller Grundbedürfnisse oder an anderen faktischen Grundlagen moralischer Werte ändern fluktuierende Moralvorstellungen nichts.

2151 Vgl. vorne, Teil 3, F.I.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Die pragmatische Struktur folgenethischer Argumente ist ein weiterer wichtiger Vorzug, weil aus ihr folgt, dass die Schlüsse nur so präzise sein können, wie es das verfügbare Wissen und der verhältnismässige Prognoseaufwand erlauben, und Gerechtigkeitsansprüche nicht auf beliebige Kosten der Gerechtigkeitsansprüche Dritter verwirklicht werden können, sondern die optimale – gegebenenfalls graduelle, schrittweise – Gesamtverwirklichung den vorhandenen Ressourcen und konkurrierenden Ansprüchen Rechnung tragen muss.
- Eine substanziell begründete Folgenethik, die der zumindest weitgehenden Determiniertheit der Kausalabläufe des Lebens Rechnung trägt, hat kein Letztbegründungsproblem. Was für den Menschen wertvoll ist, ist nur Ausdruck natürlicher Tatsachen seines Lebens und der Umstände dieses Lebens (es ist nicht so, dass der Mensch frei entschiede, ob er das Leben und diverse Dimensionen seiner Freiheit als wertvoll erleben will). Folgenethische Aussagen, die letztlich in den natürlichen Tatsachen des Lebens gründen (und nicht nur in einer normativen Nebenwelt), erkranken nicht am Problem bloss postulierter Grundnormen, die von ontologischen Tatsachen unabhängig sein sollen und daher genauso gut ganz anders lauten könnten.

Anders als universalistische Varianten der Folgenethik nimmt die hier vertretene (perspektivische) Form an, dass erst aus einer definierten Perspektive relevante Bewertungen möglich sind. Selbst bei umfassenden Kreisen der Gleichheit definiert in der Regel ein Aspekt der eigenen Identität (etwa als empfindungsfähiges Tier) den Ausgangspunkt der Betrachtung.[2152] Geht es wie in Grundrechtsfragen – nur und immerhin – um alle Menschen, gehen Richtigkeitsaussagen in diesem Kontext stets mit der (i.d.R. ungesprochenen) Vorannahme einher, dass es dabei alle betroffenen Menschen sind, um die es geht.

II Ethisch fundierte Kollisionsdogmatik

1. Ziele der Kollisionslösung

Das Ziel der Lösung der Grundrechtskollision ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV). Verwirklichung bedeutet dabei sowohl die Optimierung der Fähigkeit der Men-

2152 Vgl. vorne, Teil 3, D.II.6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen zum Genuss der Grundrechte als auch die optimale Verteidigung bestehender Möglichkeiten zum Genuss der Grundrechte.[2153] Weil vom gleichen Wert (Art. 7 BV) und Anspruch auf Berücksichtigung (Art. 8 BV) aller Menschen auszugehen ist, sind gewisse Lösungstypen a priori unbefriedigend: Was etwa nur innerhalb der Grenzen des Staates optimal wirkt, ist nicht gut genug.

In ethischer Hinsicht geht es darum, die Grundbedürfnisse und Lebensinteressen der Betroffenen optimal zu verwirklichen. Optimal heisst: auf die dem grössten Wohl der grössten Zahl dienende Weise. Dieses Wohl, um dessen Wahrung und Realisierung es den Grundrechten gehen muss, ist das Leben als Wert – also die Möglichkeit, ein als wertvoll empfundenes Leben zu leben. Die Grundnorm lässt sich entsprechend als Gebot der Lebensdienlichkeit bezeichnen. Stets möglichst lebensdienlich zu handeln und auf die optimale Förderung oder den Schutz des Lebens als Wert hinzuwirken, ist das Grundgebot, von der jede Kollisionslösung gezeichnet sein sollte.[2154]

Was in der Verfassung als Ziel der Kollisionslösung (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) vorgegeben – von der verfassungstragenden Gesellschaft „vereinbart" – worden ist, ist dem ethisch Gebotenen daher von Grund auf sehr nahe. Es geht in beiden Fällen darum, das für den Menschen Gute zu realisieren.

2. Auslegung im Kollisionsfall

Für die Berücksichtigung folgenethischer Kriterien bieten die offen formulierten Grundrechte Spielräume. Bei der Auslegung und Anwendung der kollisionsbetroffenen Verfassungs- und Gesetzesnormen ist die Interessenabwägung zentral. Diese umfasst eine Folgenabwägung: Entscheidend ist die Einschätzung der zu erwartenden Folgen der unterschiedlichen Lösungen. Dabei geht es auch um die Frage, wie sich die jeweils erwogene Deutung der Grundrechte und die Handhabung des Konflikts mittel- und längerfristig auf den Genuss anderer Grundrechte und der grundrechtlich verbürgten Lebensqualität der Menschen auswirken. Wo annähernd gleichwertige Güter betroffen sind, ziemt sich wegen der Rechtsgleichheit der Betroffenen ein unreflektiertes Anwenden starrer Vorrangregeln nicht.

2153 Vgl. vorne, Teil 2, A.II, zu den Funktionen der Grundrechte.

2154 Vgl. vorne, Teil 2, A.I.3; grundlegend zudem vorne, Teil 3, D.I.1 – 2, E.I und E.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus dem Gedanken des Rechts als Einigung fliesst eine andere (indirekt folgenethisch relevante) Frage: Welche Erwartungen können die von einer Kollision betroffenen Grundrechtsträger angesichts der Garantien der Verfassung und der bisherigen höchstrichterlichen Umsetzung dieser Garantien in Bezug auf die Auflösung der Kollision hegen?[2155] Grundrechtskollisionen schränken den Raum dessen ein, was die Grundrechtsträger vom Staat an priorisierender Rücksichtnahme vernünftigerweise erwarten können. Das kann zur Folge haben, dass schon der Schutzbereich gewisser Grundrechte im Kollisionsfall enger ist – dies wird durch die konkretisierende Auslegung der kollidierenden Grundrechtsgehalte im Lichte des konkreten Falls ermittelt. Diese Auslegung kann selbst bereits die Lösung der Kollision sein.

3. Abwägung im Kollisionsfall

Die in Art. 36 Abs. 3 BV geforderte Vehältnismässigkeitsprüfung entspricht im Rahmen einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik der Prüfung, ob das erwogene kollisionslösende Vorgehen zur optimalen Verwirklichung der Grundrechte aller betroffenen Menschen beizutragen vermag – und damit der Ermöglichung eines von den Betroffenen als (möglichst) wertvoll erlebbaren Lebens dient.

Die drei klassischen Kriterien der Verhältnismässigkeit sind daher im Grunde eins: Die *Eignung* der Kollisionslösung zeichnet sich dadurch aus, dass die Handlung optimal der Summe der zu wahrenden, grundrechtlich verbürgten Interessen dient. Die *Erforderlichkeit* ist Eignung, wobei aber im Zentrum der Betrachtung nicht unmittelbar die zu schützenden Güter stehen (z.B. freie Selbstbestimmung oder die physische Unverletzlichkeit), sondern die zu minimisierenden Nachteile (z.B. ein Grad an Unfreiheit im Rahmen der Selbstbestimmung oder an erlittenen körperlichen Schmerzen). Erforderlich sind Einschränkungen der Grundrechte, die insgesamt nicht schwerer wiegen als jene, die aus der schonendsten aller übrigen Lösungen resultieren würden. Die *Zumutbarkeit* ist bei folgenoptimalen Lösungen stets gegeben, während es an ihr fehlt, sobald eine kollisionslösende Massnahme ungeeignet ist, sich optimal auf die Gesamtheit der Grundrechte auszuwirken. Zumutbar ist unter Gleichberechtigten jeden-

---

2155 Vorne, Teil 2, B.I.1.a und insb. B.III.3, für die Relevanz der Erwartungen bei der Auslegung; vgl. zudem dort B.IV.3.e, zu den Erwartungen angesichts des privaten Gewaltverzichts unter staatlichem Gewaltmonopol.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

falls immer das „geringste Übel", denn dieses kann nur durch Hinnahme eines grösseren Gesamtübels vermieden werden.[2156]

Weil in einer ersten Prüfung der drei genannten Kriterien oft die Folgen für die Grundrechte der unmittelbar betroffenen oder geografisch und zeitlich nahestehenden Personen Beachtung finden dürften, ist vorsichtshalber bei anspruchsvollen Kollisionsfällen in einem getrennten Schritt die (auch zur Verhältnismässigkeit zählende) Nachhaltigkeit der Lösung zu prüfen. Dabei sind vor allem möglicherweise kontraproduktive und zielvereitelnde Anreize zu bedenken, die von einer Kollisionslösung ausgehen könnten.[2157]

Allgemein darf die Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Kollisionslösung nicht schablonenhaft erfolgen.[2158] Bei der Einschätzung der Schwere der jeweiligen Einschränkungen (und teilweise schon bei der Beurteilung des abstrakten Werts der geschützten Güter) ist daher stets danach zu fragen, in welchem Kontext die Grundrechte betroffen sind und welche Bedeutung sie situativ für die Betroffenen entfalten. Der Nutzen, den das Individuum an der Uneingeschränktheit spezifischer Grundrechte hat, variiert von Situation zu Situation: Gehen gewisse Grundrechtseinschränkungen nur mit geringfügigen Bedrohungen der Grundbedürfnisse einher – etwa weil die Befriedigung der fraglichen Grundbedürfnisse auf andere Weise umfassend gesichert ist –, weist die Verhinderung dieser Einschränkungen einen geringen Grenznutzen auf. Im Falle einer Kollision mit direkt lebensdienlichen grundrechtlichen Interessen (z.B. dem Interesse an jenem Grad an Sicherheit, das zur freien Lebensgestaltung unentbehrlich ist) gehen Letztere vor. Gerade bei der Frage nach der Allokation begrenzter Ressourcen ist die Frage nach dem relativen Nutzen für die Betroffenen zentral.[2159] Aus diesem Grund ist etwa auch der Dauer des bei Unterlassung oder Verhinderung einer Tötung verbleibenden Lebens Rechnung zu tragen.[2160]

2156 Vorne, Teil 2, C.IV.1; vgl. zudem zur Folgenethik vorne, Teil 3, D.I.1 – 2 (insb. a, b, d) sowie ebd. D.III.3.

2157 Vorne, Teil 2, C.IV.4.c.

2158 Vgl. in Bezug auf die Zwangsernährung vorne, Teil 4, B.III.2.

2159 Vgl. zur Relevanz des Grenznutzens für die Folgenethik vorne, Teil 3, D.I.2.b und D.III.1.a, d; siehe auch vorne, zum *Bettler*-Fall, Teil 2, B.II.1.b.

2160 Vorne, Teil 4, D.IV.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Grenzen und Sonderfälle der Abwägung

In einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik ist die Abwägung geboten, solange sie selbst verhältnismässig ist. Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist nicht einfach ein Synonym der Interessenabwägung.[2161] Die Abwägung dient dazu, innerhalb vernünftiger Zeit zu ermitteln, was schätzungsweise vorrangig Schutz verdient. Selbst wo eine umfassende Abwägung – bis hin zur exakten Folgenrechnung – unmöglich oder zumindest unverhältnismässig ist, bleibt das Ziel der Folgenoptimierung erhalten. Je weniger Raum und Zeit für die exakte Abwägung besteht, desto eher ziemt sich der Rückgriff auf allgemeine Erfahrungswerte, auf standardisierte Handlungsrichtlinien oder Heuristiken der Gerechtigkeit.[2162] Kurz: Dringlichkeit verzeiht zwar Denkabkürzungen, nicht aber Gedankenlosigkeit. Aus den Gründen, aus denen der Folgenethiker nicht optimal handelte, wenn er sich jederzeit um eine höchst minutiöse Folgenrechnung bemühte[2163], muss der Staat bisweilen selbst bei Kollisionen wichtigster Güter mit einer Eilabwägung vorliebnehmen oder die Abwägung gar gänzlich unterlassen. Die Abwägung stösst in solchen Fällen an Grenzen; nicht aber das Gebot der Verhältnismässigkeit, das diese Grenzen selbst gebietet.[2164]

Ausdruck hiervon ist auch die diese Arbeit durchdringende Erkenntnis, eine rigoristisch gedeutete Unantastbarkeit bestimmter Schutzgüter könne es nicht geben; diese hätte gelegentlich ein Gebot zu unverhältnismässigen Lösungen zur Folge (was dem Gebot der folgenoptimalen Grundrechtsverwirklichung widerspräche).[2165] Gewisse grundrechtliche Schutzgehalte können jedoch insoweit unantastbar sein, als im Konfliktfall eine Abwägung klar unnötig wäre. Die Unantastbarkeit einer Norm führt somit nicht zu einer rätselhaften unbedingten und kontextblinden Normgeltung, die keiner Begründung bedarf und für deren Geltung und Wirkung Kosten in beliebiger Höhe hinzunehmen wären (*fiat iustitia et pereat mundus*) – etwa der Tod Tausender Menschen, wenn sich dieser nur durch die vorübergehende Behandlung einer Person als blosses Objekt vermeiden liesse, was vermeintlich stets die unantastbare Menschenwürde verletzen soll.

2161 Vorne, Teil 2, C.IV.1.d.
2162 Vgl. vorne, Teil 3, F.IV.
2163 Vgl. vorne, Teil 3, D.III.2 und F.IV.1.
2164 Vorne, Teil 2, C.IV.1.d.
2165 Vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. Teil 3, B.III.4 sowie D.I.2.a-d; Teil 4, C und D; vgl. Teil 5, A.I.4.a und 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mit anderen Worten, soweit sich die Unantastbarkeit gewisser Schutzgüter begründen lässt, ist sie mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit kompatibel. Dies ist auf zwei Arten möglich: Erstens, gewisse Handlungen, durch die grundrechtliche Güter eingeschränkt wären, können ausnahmslos verboten sein, soweit davon auszugehen ist, es bestehe nie ein überwiegendes Interesse an einer Ausnahme vom Verbot. In diesen Fällen lässt sich die Unantastbarkeit dieser Güter *pragmatisch* begründen. Die Identifikation solcher Verbote setzt eine Prognose voraus: Es sind die Folgen der ausnahmslosen Normgeltung einzuschätzen und jenen der optimalen Ausnahmeregelung gegenüberzustellen; dabei ist den Risiken von Fehlanwendungen der Ausnahmeregelung Rechnung zu tragen.[2166] Zweitens kann die Unantastbarkeit insofern ein formales Attribut einer Norm sein, als gewisse grundrechtliche Schutznormen bisweilen gerade durch den Gedanken der Unhaltbarkeit einer Einschränkung definiert sind. So sind das Verbot willkürlicher Tötungen oder auch Aspekte der Menschenwürde zu begreifen: Nur was absolut unverhältnismässig ist, kann überhaupt Willkür oder eine Verletzung der Menschenwürde sein. In dieser Hinsicht ist das strikte Einschränkungsverbot *begriffslogisch* konzipiert.[2167]

Sollte es trotz nicht-expansiver Definition unantastbarer Grundrechtsgehalte und der Möglichkeit der kontextuellen Grundrechtskonkretisierung zu einer *echten Kerngehaltskollision* kommen, wäre diese durch Abwägung zu lösen. Unzulässig wäre es, einfach einseitig den Vorrang eines der Kerngehalte zu postulieren. Aufgrund der Pflicht zur symmetrischen Kollisionslösung und optimalen Grundrechtsverwirklichung (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV)[2168] sowie wegen der Unmöglichkeit der kumulativen Kerngehaltswahrung[2169] ist abwägungshalber nach der möglichst lebensdienlicheren Lösung zu suchen.

5. Auswahl konkreter Kriterien der Kollisionslösung

In Grundrechtskollisionen, die das Leben eines oder mehrerer Menschen betreffen – wo also dessen Verlust droht –, ist stets von der Vermutung der *Höchstrangigkeit des Lebensrechts* auszugehen. Diese Vermutung bezeichnet

---

2166 Vorne, Teil 2, C.V.4.
2167 Vorne, Teil 2, C.V.5.
2168 Vorne, Teil 2, B.IV zum allgemeinen Verwirklichungsgebot und Teil 2, B.IV.1.c, zum Symmetriegebot.
2169 Vgl. vorne Teil 2, B.V.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen zur Kollisionslösung. Die Argumentationslast liegt in der Folge aufseiten jener, die andere Güter (oder weniger Leben) vorrangig schützen wollen.

Sind Leben auf beiden Seiten der Kollision bedroht, ist die *Abwägung von Leben gegen Leben* gestattet; zwar ist die relative Zahl bedrohter Leben nicht das einzige und alleinentscheidende Kriterium zur Lösung von „Leben gegen Leben"-Kollisionen. Doch die Berücksichtigung der Zahlenverhältnisse ist die logische Konsequenz aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).[2170]

Alle Werte sind zudem grundsätzlich einer abgestuften Wertung zugänglich, was eine *graduelle Berücksichtigung* beispielsweise auch des Werts des zu rettenden Lebens, nach Massgabe namentlich der verbleibenden Dauer dieses Lebens, möglich macht.[2171]

In der folgenethischen Grundrechtsdogmatik ist von der *Vergleichbarkeit der Werte* auszugehen. Es muss folglich von der Existenz substanzieller Werte ausgegangen werden, die einer vergleichenden Bewertung zugänglich sind. Einen Ansatzpunkt dafür bietet jeweils die Frage, inwieweit menschliche Grundbedürfnisse durch eine Grundrechtseinschränkung betroffen sind. Diese Grundbedürfnisse lassen sich zur Prüfung des abstrakten Geltungsanspruchs der Grundrechte und der Intensität von Einschränkungen unterschiedlicher Schutzgüter konsultieren. Die Hierarchie der Grundbedürfnisse liefert Hinweise auf eine für den Menschen nachvollziehbare Priorisierungsordnung innerhalb grundrechtlicher Ansprüche.[2172]

Die Menschenwürde ist eines der Höchstgüter. Sie weist einen engen Bezug zu allem auf, was dem Menschen besonders wichtig ist, etwa zum Leben an sich und zum Schutz der Bedingungen, die es für den Einzelnen lebenswert machen.[2173] Sie begründet *kein absolutes Instrumentalisierungsverbot*.[2174]

Bei der Prüfung von Kollisionslösungen – insbesondere dort, wo diese an sich nachvollziehbaren, durchs Recht veranlassten Erwartungen und Hoffnungen der Betroffenen entgegenstehen – ist jeweils zu prüfen, ob diese erwogenen Lösungen das *Vertrauen in staatliche Institutionen* nicht so sehr belasteten oder untergrüben, dass daran die Funktionsfähigkeit

---

2170 Vorne, Teil 3, D.III.3.a.
2171 Vgl. vorne, Teil 3, A.V.
2172 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2.
2173 Vgl. vorne, Teil 3, E.III.
2174 Vorne, Teil 2, B.IV.4.c; vgl. auch Teil 3, D.III.3.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Staates und die optimale Verwirklichung der Grundrechte Schaden nähme.[2175]

Es gilt grundsätzlich die *Gleichwertigkeit der aktiven und passiven Grundrechtsverwirklichung*.[2176] Es besteht kein Privileg der grundrechtlichen Abwehrrechte vor Schutzansprüchen; auch nicht bei Höchstgüterkollisionen. Freilich kann das Abwehrrecht im konkreten Fall aus pragmatischen Gründen vorgehen.

III Lösung der Fallbeispiele

Das Erkenntnisziel der Arbeit erforderte es, Kriterien zu ermitteln, auf deren Basis sich echte Grundrechtskollisionen plausibel lösen lassen; daher war die Besprechung einzelner Fälle notwendig. Schilderte ich Nichtjuristen, worum es meiner Arbeit ging, nannte ich zur Illustration einige der hier diskutierten Problemfragen: Darf der Staat das von Terroristen gekaperte Zivilflugzeug abschiessen? Darf er den Entführer mit aggressiven Verhörmitteln zwingen, das Versteck des Opfers zu verraten? Ist Zwangsernährung zur Rettung des Hungerstreikenden legitim? Darf der Staat vermuten, der Mensch willige in die postmortale Spende seiner Organe ein?

Daraufhin wurde ich regelmässig nach *der* Lösung gefragt. Die gibt es nicht. Gleichwohl sei kurz zusammengefasst, zu welchen Ergebnissen ich bei den Falllösungen gelangte:

Es ist vernünftig, wenn der Staat die *Zwangsernährung* als letztes Mittel nicht ausschliesst, sondern vorsieht, um zu verhindern, dass er jemals in eine Lage gerät, in der er nur die Wahl zwischen der Billigung der schweren Selbstschädigung der betroffenen Person und seiner eigenen Erpressbarkeit hätte. Die Möglichkeit der Zwangsernährung und ihrer Androhung dürfte paradoxerweise die Chance erhöhen, dass es gar nie so weit kommen muss. Ein rechtmässig inhaftierter Haftinsasse hat bei fairen Haftbedingungen wenig Anlass, sich irreversiblen Gesundheitsschäden oder dem Hungertod auszusetzen. Die Zwangsernährung kann indes keine zulässige Ultima Ratio sein, wenn ein legitimes geringeres Mittel darin bestünde, auf berechtigte Forderungen des Hungerstreikenden einzugehen.

2175 Vorne, Teil 5, B.IV.4; vgl. auch Teil 2, B.III.3 und B.IV.4.d (iii); Teil 3, F.IV.2.d und f; siehe zudem an konkreten Beispielfällen: Teil 4, B.I.3 sowie Teil 4, C.IV.1 und C.V.1.b.

2176 Vorne, Teil 2, B.IV.4.c; vgl. auch Teil 5, B.II.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deswegen lässt sich die Frage nach der gebotenen Reaktion des Staates auf einen Hungerstreik hin nicht von der Frage nach der Legitimität der Haft oder der Akzeptabilität anderer hungerstreikauslösender Umstände prüfen.

Der *Abschuss des entführten Passagierflugzeugs* ist zulässig, weil und soweit der Erwartungswert der Intervention des Staates deutlich höher ist als der Erwartungswert bei Verzicht auf eine Intervention. Dies dürfte insbesondere dort und deshalb der Fall sein, wo der Abschuss des Flugzeugs zur Rettung einer deutlich grösseren Zahl (und Dauer) an Leben führte. Auch ist dabei zu berücksichtigen, dass die Kollisionslösung bei Unterlassung des Abschusses kaum nachhaltig wäre, weil sie dazu beizutragen geeignet wäre, dass der Kollisionsfall sich wiederholt ereignet. Ein striktes Verbot des Abschusses von Passagierflugzeugen drohte potenzielle Flugzeugentführer zu motivieren. Zuletzt muss auch ins Gewicht fallen, das man den hypothetisch betroffenen Passagieren nicht pauschal unterstellen kann, sie zögen den Schutz ihrer voraussichtlich letzten Lebenssekunden der Möglichkeit vor, dass der Staat ein Vielfaches an Leben und Lebenszeit rettet und dabei immerhin die Pläne der Flugzeugentführer durchkreuzt.

Nicht jedes *aggressive Rettungsverhör* ist unzulässig. Geht man von einer plausiblen Folterdefinition aus, ist dagegen jede Folter stets verboten. Das unbedingte Verbot sämtlicher Handlungen, die klar Folter sind, gilt aus pragmatischen Gründen. Wo erst die Analyse der konkreten Umstände und die Kenntnis der konkret konfligierenden Interessen den Schluss erlaubt, es liege Folter vor, gilt das Verbot begriffslogisch. Ein unbedingtes Verbot, die Zufügung erheblicher Schmerzen auch nur anzudrohen, kann indessen nicht plausibel begründet werden. Die Unzulässigkeit dieser Drohung ergibt sich vielmehr erst (aber dies wohl fast immer) im Rahmen einer Abwägung aus ihrer Unverhältnismässigkeit. Denn die Drohung, die der Staat nicht in die Tat umsetzen dürfte, ist von geringer Wirksamkeit, zugleich aber gefährlich, weil sie bei Widerstand dazu zu verleiten droht, das Verbotene gleichwohl zu tun – zum Schutze der Glaubwürdigkeit des Drohenden.

Die *Zustimmung zur postmortalen Organspende* darf gesetzlich vermutet werden, wie dies im Rahmen einer Widerspruchslösung möglich wäre. In der Schweiz ist der Gesetzgeber heute gehalten, die Zustimmungslösung, die für den Tod vieler Personen verantwortlich ist, endlich zu überwinden. Besser ist die Widerspruchslösung namentlich deshalb, weil sie höchstwahrscheinlich zur Rettung einer grösseren Zahl an Leben von auf Organe wartenden Personen führt, ohne dabei die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen mehr als nur peripher einzuschränken. Zudem führt die

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Widerspruchslösung zu mehr Leichenspenden, wodurch der Bedarf an Lebendspenden verringert wird; das ist ein Vorteil, weil die Lebendspende diverse Grundrechtseinschränkungen zur Folge zu haben neigt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literatur

Abadie Alberto/Gay Sebastien, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross country study, in: Journal of Health Economics 25 (2006), 599–620

Adorno Theodor W., in: Tiedemann (Hrsg.), Beethoven, Philosophie der Musik. Fragmente und Texte, Frankfurt a.M. 1993

Albert Hans, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991

Alexy Robert, Begriff und Geltung des Rechts, 3. Aufl., Freiburg i.B. 2011

Alexy Robert, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995, 127–164

Alexy Robert, Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität, in: Koller u.a. (Hrsg), Institution und Recht, Rechtstheorie Beiheft 14 (1994), 143–157

Alexy Robert, Probleme der Diskurstheorie, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 43 (1989), 81–93

Alexy Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985 und Frankfurt a.M. 1986, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2015

Alexy Robert, Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2012

Alexy Robert, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: Dreier u.a. (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP Beiheft 44 (1991), 30–44

Alexy Robert, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: R. Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, ARSP Beiheft 37 (1990), 9-26

Altwicker Tilmann, Gesetz und Verpflichtung in Suarez' De Legibus, in: Walther u.a. (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne, Stuttgart 2008, 125–133

Ambalu/Coogan/Feinstein u.a., The Religions Book, London 2013, zit. nach der Übersetzung (Das Religionen-Buch), London 2015

American Anthropological Association, Statement on Human Rights by the Executive Board, in: American Anthropologist, Bd. 49/4 (1947)

Amnesty International (Deutschland), Themenbericht: Warum muss Folter in Deutschland absolut verboten bleiben?, 2005

Antiphon, in: T. Schirren/T. Zinsmaier (Hrsg.), Die Sophisten, Ausgewählte Texte (griechisch-deutsche Ausgabe), Stuttgart 2011, 120–215

Arbeitsgruppe Wahlen, Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision (Kommission unter dem Vorsitz von Alt-Bundesrat Friedrich T. Wahlen), Bern 1973

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Arendt Hannah, Between Past and Future: Eight exercises in political thought, New York/London 1961 und 1968, zit. nach dem durch J. Kohn hrsg. Nachdruck, New York 2006

Arendt Hannah, Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil (1963), zit. aus dem Nachdruck der überarbeiteten Übersetzung (Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht von der Banalität des Bösen [1964]), München 2013

Arendt Hannah, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft (1955), zit. nach dem Nachdruck der 1966 überarbeiteten Fassung, München/Zürich 2009

Arendt Hannah, Responsibility and Judgment, aus dem Nachlass hrsg. durch J. Kohn (2003), zit. aus der Übersetzung (Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik), München 2006

Arendt Hannah, The Human Condition, Chicago 1958, zit. aus dem Nachdruck der von der Autorin übersetzten Ausgabe (Vita activa, oder Vom tätigen Leben, Stuttgart 1960), München 2015

Aristoteles, Topik, hrsg. und übersetzt durch T. Wagner/C. Rapp, Stuttgart 2004

Ashford Elizabeth/Mulgan Tim, Contractualism, Stanford 2007 (erste Digitalpublikation), in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (abrufbar auf: <https://plato.stanford.edu/>), hrsg. von E. N. Zalta, zit. nach der Fassung vom Sommer 2018

Assemblée Médicale Mondiale (AMM), Déclaration de Malte sur les Grévistes de la Faim (1991), zit. nach der revidierten Deklaration aus dem Jahr 2006

Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Bd. I und II (1967), zit. aus der ergänzten Übersetzung (Bundesstaatsrecht der Schweiz), Bd. I mit Nachträgen bis 1990 und Bd. II mit Nachträgen bis 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1991 und 1995

Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013

Augustinus Aurelius, De libero arbitrio (dt.: Der freie Wille), in: Opera, Bd. 9, zweisprachige Ausgabe, hrsg. und übersetzt durch J. Brachtendorf, Paderborn 2006

Baldus Manfred, Gefahrenabwehr in Ausnahmelagen. Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, in: NVwZ 25 (2006)

Baumann Karsten, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt? Zur Terrorismusbekämpfung durch „finalen Rettungsschuss", DÖV 57 (2004)

Bayertz Kurt, Wissenschaftsethik, in: Detlef Horster (Hrsg.), Angewandte Ethik, Stuttgart 2013

Beccaria Cesare, Dei delitti e delle pene, Livorno 1764, zit. nach der auf <it.m.wikisource.org> unter dem Werktitel abrufbaren Onlinekopie der Originalausgabe

Belser Eva Maria, Einleitung, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BS-Komm. BV, Basel 2015

Benatar David, Better never to have been, The Harm of Coming Into Existence, Oxford 2006

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bentham Jeremy, Happiness as Pleasure and No Pain, in: J. Glover (Hrsg.), Utilitarianism and Its Critics, New York 1990, Kap. 3.1

Bentham Jeremy, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Oxford 1780/1789, zit. nach der E-Book-Auflage (mit Anm. des Verfassers aus dem Jahr 1822), Elibron Classics, London 2013

Bentham Jeremy, Deontology; or, The science of morality, Bd. 1, aus dem Nachlass hrsg. durch J. Bowring, London/Edinburgh 1834

Bentham Jeremy, A Fragment on Government, Or, a Comment on the Commentaries, 2. Aufl, London 1823

Bentham Jeremy, The Works of Jeremy Bentham, zusammengestellt und hrsg. durch J. Bowring, Edinburgh 1838, zit. nach der auf <books.google> abrufbaren Kopie

Berberi Blerina, The Brothers Karamazov, The Grand Inquisitor and Totalistic Classical Utilitarianism, Niederlande 2005, abrufbar auf: <http://ekphrasisstudio.com/2009/12/11/> (zuletzt abgerufen am 12.4.2017)

Berlin Isaiah, Two Concepts of Liberty (1958), zit. nach der Übersetzung (Zwei Freiheitsbegriffe), in: ders., Freiheit. Vier Versuche, Frankfurt a.M. 1995

Berlin Isaiah, Freedom and Its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty, Princeton 2002

Bertrand Dominique, Consentement à l'acte médical et refus de traitement, in: Bertrand/Dumoulin/La Harpe/Ummel (Hrsg.), Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 112–118

Bertrand Dominique/Elger Bernice/Wolff Hans, L'activité médicale en milieu pénitentiare, in: Bertrand u.a. (Hrsg.) Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 236–247

Bethge Herbert, Der Grundrechtseingriff, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57, Berlin 1998, 7–56

Bethge Herbert, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977

Besson Samantha, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai de dogmatique comparative, in: RDS 1/2003, 49-96

Bhagavad Gita, in: Mahābhārata, zit. nach der Übersetzung (Der Gesang der Erhabenen, in: die grosse Geschichte der Bharatas), hrsg. durch R. Skuban, München 2013

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2. Aufl., Zürich 2017

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

Bielefeldt Heiner, Das Folterverbot im Rechtsstaat, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, Bochum 2005, 95–106

Bielefeldt Heiner, Menschenwürde und Folterverbot (2006), zit. nach dem Abdruck in: Sandkühler u.a. (Hrsg.), Menschenwürde. Philosophische, Theologische und Juristische Analysen, Frankfurt a.M. u.a. 2007, 105–128

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bielefeldt Heiner, Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie: Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes, Königshausen u.a. 1991

Bieri Peter, Eine Art zu leben. Über die Vielfalt menschlicher Würde, München 2013

Birnbacher Dieter, Tun und Unterlassen, Aschaffenburg 2015

Blom Philipp, Böse Philosophen, Ein Salon in Paris und das vergessene Erbe der Aufklärung, 3. Aufl., München 2014

Boccaccio Giovanni, Il Decamerone (ca. 1349–1353), zit. nach der Übersetzung (Das Decameron) durch K. Witte, München 1964

Böckenförde Ernst-Wolfgang, Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens, in:Stimmen der Zeit 226/4 (2008), 245–258

Böckenförde Ernst-Wolfgang, Die Würde des Menschen war unantastbar, in: FAZ 3.9.2003, 33 ff.

Bolz Marcel, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, Zürich 1991

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, in: ZBJV 151 (2015), 350–374

Borchers Dagmar, Menschenwürde in der Angewandten Ethik: verzichtbar und unverzichtbar, in: Sandkühler (Hrsg.), Menschenwürde als Fundament der Grund- und Menschenrechte, 125–154

Borowski Martin, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018

Borowski Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen 2006

Brägger Benjamin F., Hungerstreik und Zwangsernährung im Freiheitsentzug, in: Heer u.a. (Hrsg.), FS-Wiprächtiger, Basel 2011, 523–536

Brandt Richard, A Theory of the Right and the Good, Kap. 12, Objections to Desire-Satisfaction Views of Happiness, zit. nach dem nachgedruckten Auszug in: J. Glover (Hrsg.), Utilitarianism and Its Critics, New York/London 1990, 52–57

Brieskorn Norbert, Francisco Suárez und sein Gesetzesbegriff im Kontext, in: Walther u.a. (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne, Stuttgart 2008, 105–123

Brugger Winfried, Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 56 (2006), 9–15

Brugger Winfried, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: Juristenzeitung 55/4 (2000), 165–173

Brugger Winfried, Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung, in: P. Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, Bochum 2005, 107–118

Bruha Thomas/Steiger Dominik, Das Folterverbot im Völkerrecht, Stuttgart 2006

Büchmann Georg u.a., Der neue Büchmann. Geflügelte Worte. Der klassische Zitatenschatz, hrsg. durch W. Hofmann, 43. Aufl., München 2007

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bürkli Peter, Autonomie am Lebensanfang: Problemfelder und Konflikte im Kontext der Reproduktionsmedizin aus juristischer Perspektive, in: Hafner u.a. (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich 2014, 61–76

Cano Paños Miguel A., En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal, el caso « Jakob von Metzler » y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho, Barcelona 2017

Chamberlain Houston S., Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts, 25. Aufl., München 1940

Chamberlain Houston S., Immanuel Kant. Die Persönlichkeit als Einführung in das Werk, 2. Aufl., München 1905.

Chatton Gregor, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genf/Zürich/Basel 2013

Churchland Patricia, Braintrust: What Neuroscience Tells Us about Morality, Princeton/Oxford 2011

Cialdini Robert, Influence: The Psychology of Persuasion, Boston 1984

Cicero Marcus Tullius, Pro Aulo Cluentio Habito, 66 v.u.Z., abrufbar auf <https://la.wikisource.org/wiki/> (zuletzt abgerufen am 28.8.2016)

Cicero Marcus Tullius, De natura deorum ad M. Brutum (liber primus), 45 v.u.Z, abrufbar auf: <thelatinlibrary.com> (zuletzt abgerufen am 2.1.2017)

Cole Andrew T., Jr., The Anonymus Iamblichi and His Place in Greek Political Theory, in: Harvard Studies in Classical Philology, 65/1961, 127-163

Coninx Anna, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand – Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Bern 2012

Constant Benjamin, Des effets de la terreur, Paris 1797, zit. nach der Originalausgabe, abrufbar auf <gallica.bnf.fr:/ark:/12148/bpt6k6271091r> (zuletzt abgerufen am 18.1.2018)

Constant Benjamin, De l'uniformité [u.a. Texte], in: ders., Écrits politiques, hrsg. und komm. durch M. Gauchet, Paris 1997

CPT, Gesamtbericht Nr. 3 des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, CPT/Inf 12 (1993)

Crane Tim u.a., in: Crane Tim/Patterson Sarah (Hrsg.), History of the Mind-Body Problem, London/New York 2000

Cudd Ann/Eftekhari Seena, Contractarianism, Stanford 2000 (Erstpublikation), in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (online, abrufbar auf: <https://plato.stanford.edu/>), hrsg. von E. N. Zalta, zit. nach der Fassung vom Sommer 2018

Denninger Erhard, Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensivierter Prävention, in: Sicherheit & Recht 3/2012, 222–230

Depenheuer Otto, Das Bürgeropfer im Rechtsstaat, in: Jestaedt u.a. (Hrsg.), Staat im Wort, FS-Isensee, Heidelberg 2007, 43–60

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DE WAAL FRANS, Morally Evolved: Primate Social Instincts, Human Morality, and the Rise and Fall of „Veneer Theory", in: DERS. u.a., Primates and Philosophers. How Morality Evolved, hrsg. durch Macedo/Ober, 3. Aufl., Princeton 2016, 1–81

DEWEY JOHN, German philosophy and politics, New York 1915, zit. nach der Kopie der Erstausgabe auf <www.gutenberg.org/files/42208/42208-h/42208-h.htm> (zuletzt abgerufen am 20.1.2019)

DIDEROT DENIS, Encyclopédie (1751–1780), zit. nach dem Nachdruck in: DERS., Articles de l'Encyclopédie, hrsg. durch Méricam-Bourdet u.a., Paris 2015

DIDEROT DENIS, Entretien d'un père avec ses enfants ou Du danger de se mettre au-dessus des lois (1773), zit. nach dem Nachdruck in: DERS., Œuvres, hrsg. durch A. Billy, Paris 1951, 729–751

DIDEROT DENIS, Jacques le Fataliste (1796), zit. nach dem Nachdruck in: DERS., Œuvres, hrsg. durch A. Billy, Paris 1951, 475–711

DIDEROT DENIS, in: DERS., Œuvres, hrsg. durch A. Billy, Paris 1951

DI FABIO UDO, Kommentierung zu Art. 2 Abs. 1 GG, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, 39. Lfg., München 2001

DIGGELMANN OLIVER, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2005 (I), 329–348

DOSTOJEWSKI FJODOR, Der Großinquisitor (1880), in: Die Brüder Karamasow (Kap. V.5), zit. nach dem Nachdruck: DERS., Der Großinquisitor, Leipzig 1997

DOWNING LISA, George Berkeley, Stanford 2004 (Erstpublikation), in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (abrufbar auf: <https://plato.stanford.edu/>), hrsg. von E. N. Zalta, zit. nach der Fassung vom Frühjahr 2013

DREIER RALF, Recht und Moral (1980), zit. aus dem Nachdruck in: DERS., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, 180–216.

DREIER RALF, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation (1980), zitiert aus dem Nachdruck in: DERS., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, 106–145

DREIER RALF, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (1971), zitiert aus dem Nachdruck in: DERS., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, 48–69

DREIER RALF, Recht und Gerechtigkeit, in: DERS., Recht – Staat – Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt a.M. 1991

DUBOIS PAUL, L'éducation de soi-même, Paris 1908, zit. aus der Übersetzung (Selbsterziehung), 2. Aufl, Bern 1909

DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Organtransplantation in der Schweiz, das Recht am Scheideweg des Lebens und der Tod, Bern 1998

DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Prélèvement et transplantation d'un organe provenant d'un donneur décédé, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 277–283

DÜRIG GÜNTER, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 1 GG, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, 40. Lfg., München 2002

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dvorsky George, The Radical Plan To Phase Out Earth's Predatory Species, 3 April 2015, abrufbar auf: <io9.com> (zuletzt abgerufen am 20.1.2018)

Dworkin Ronald, Justice for Hedgehogs, Cambridge 2011, zit. aus der Übersetzung (Gerechtigkeit für Igel), Berlin 2012

Dworkin Ronald, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977, zit. aus der Übersetzung (Bürgerrechte ernstgenommen), Frankfurt am Main 1984

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012

Enders Christoph, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997

Erb Volker, Folterverbot und Notwehrrecht, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, Bochum 2005, 149–168

Erb Volker, Nicht Folter, sondern Nothilfe, in: Die Zeit 9.12.2004

Erb Volker, Nothilfe durch Folter, Jura I (2005), 24–30

Favre Laurent, Interview, in: Swisstransplant-news 24 (September 2014), 11–12

Fellmann Walter, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich u.a. 2007

Fenner Dagmar, Sterbehilfe und Suizidbeihilfe, in: D. Horster (Hrsg.), Angewandte Ethik, Stuttgart 2013

Fichte Johann Gottlieb, Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre, Hamburg 1794/95 (Erstdruck), zit. nach dem Nachdruck, Hamburg 1997

Fischer Gustav, Bericht über den XIII. Kongreß der Deutschen Gesellschaft für Psychologie in Leipzig vom 16. bis 19. Oktober 1933, hrsg. von O. Klemm, Jena 1934

Fischer Johannes, Menschenwürde und Staatsnotstand, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, Rechtswissenschaftliche und theologische Perspektiven, Tübingen 2006, 233–250

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923

Flew Antony, A Dictionary of Philosophy, 2. Aufl., New York 1984

Fonk Peter, Christentum und modernes Ethos, in: Stinglhammer (Hrsg.), Forum Theologie für alle: Christentum als Quelle abendländischen Denkens. Aspekte einer christlichen Ideengeschichte Europas, Schriftenreihe 36, Passau 2012, 45–56

Foot Philippa, The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, in: Oxford Review 5 (1967), ebenfalls abgedruckt in: dies., Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy, 2. Aufl., Oxford 2002, 19–32

Forstmoser Peter/Ogorek Regina/Schindler Benjamin, Juristisches Arbeiten, Eine Einleitung für Studierende, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Francioni Gianni, Beccaria filosofo utilitarista, in: Pisapia/Romagnoli (Hrsg.), Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa, Milan u.a. 1990, 69–87; auf Französisch (Beccaria, Philosophe utilitariste) zudem abgedruckt in: Audegean/e.a. (Hrsg.), Le bonheur du plus grand nombre, Beccaria et les Lumières, Lyon 2017, 23–44

Frank Joseph, Dostoevsky: The Miraculous Years. 1865–1871, Princeton 1995

Fridell Ron, Capital punishment, New York 2004

Fried Charles, Contract as Promise, Cambridge e.a. 1981

Frowein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl a.R. 2009

Gächter Thomas, Grundfragen und Herausforderungen, in: Biaggini u.a. (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 22, 299–307

Gächter Thomas, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini u.a. (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 30, 437–467

Gauthier David, Morals by Agreement, Oxford 1986

Gazzaniga Michael, The Ethical Brain, New York 2005

Geier Manfred, Aufklärung. Das europäische Projekt, 2. Aufl., Reinbek 2012

Geis Max-Emanuel, Anspruchsdenken – Exzessive Inanspruchnahme von Grundrechten, in: B. Rill (Hrsg.), Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen 27, Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung, München 2001, 27–38

Gertsch Gabriel, Die Kontrolle der Nachrichtendienste aus verfassungsrechtlicher Sicht – am Beispiel der Schweiz, in: Hölzlwimmer u.a. (Hrsg.), 55. ATÖR, Rechtsfrieden – Friedensrecht, Baden-Baden 2016, 163–178

Gertsch Gabriel, Die grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranke des Verfassungsrechts?, in: Jusletter 17. November 2014

Gibbard Allan F., Rule-utilitarianism: Merely an illusory alternative?, in: Australasian Journal of Philosophy 43/2 (1965), 211–220.

Gizbert-Studnicki Tomasz, Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik, ARSP 73/4 (1987), 476–493

Gloor Lukas, Was ist der Erwartungswert und warum sollte ich ihn maximieren?, 10. November 2015, abrufbar auf der Homepage der Stiftung für Effektiven Altruismus (<effektiveraltruismus.de>)

Goodwin Michele, Black Markets. The Supply and Demand of Body Parts, Cambridge 2006

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016

Gröschner Rolf, Menschenwürde als Konstitutionsprinzip der Grundrechte, in: Siegetsleitner/Knoepffler (Hrsg.), Menschenwürde im interkulturellen Dialog, Freiburg/München 2005, 17–39

Gruen Arno, Der Verlust des Mitgefühls: Über die Politik der Gleichgültigkeit (1997), 8. Aufl., München 2011

Guillod Olivier/Sprumont Dominique, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter 8. November 2010

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Häberle Peter, Kommentar zu Art. 6 BV. Individuelle und Gesellschaftliche Verantwortung, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Häberle Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1983

Habermas Jürgen, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a.M. 1983

Habermas Jürgen, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992

Habermas Jürgen, Wahrheitstheorien, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, FS-Schulz, Pfullingen 1973, 211–265

Habermas Jürgen, Die Zukunft der menschlichen Natur auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2005

Häfelin Ulrich, Verfassungsgebung, in: ZSR 93/2 (1974), 75–134

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich u.a. 2016

Hähnel Martin, Das Ethos der Ethik. Zur Anthropologie der Tugend, Wiesbaden 2015

Haldemann Frank, Verantwortung im Gentechnikrecht. Verfassungsrechtliche Betrachtungen zur Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen, Basel 2009

Haller Lea, Die Ungläubigen. Im 17. Jahrhundert wurde der Atheismus zum Politikum: Unter Todesgefahr argumentierten Freidenker für universelle Werte, in: NZZ Geschichte 10 (Mai 2017), 82–96

Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Zürich/Baden-Baden 2013

Haller Walter, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: Merten D./Papier H.-J. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. VII/2, Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, St.Gallen u.a. 2007, § 209

Hamm Rainer, Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!, in: NJW 13/2003, 946–947

Hangartner Yvo, Kommentar zu Art. 5 BV, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 2.Aufl., Zürich/St.Gallen 2008, zit.: SG-Komm. BV (2008)

Hangartner Yvo, Besprechung zu BGE 131 I 166, in: AJP 2005 1147 ff., 1147–1151

Hare Richard Mervyn, Moral Thinking: its levels, method, and point, Oxford 1981

Hare Richard Mervyn, What Is Wrong with Slavery, Philosophy and Public Affairs 8/2 (1979), 103–121

Hare Richard Mervyn, Universalizability and Utilitarianism (1986), zit. nach dem Nachdruck in: J. Glover (Hrsg.), Utilitarianism and Its Critics, New York/London 1990, 33–36

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hare Richard Mervyn, The Presidential Address: Principles, in: Proceedings of the Aristotelian Society 73 (1972/1973), 1–18

Harris Sam, Free Will, New York 2012

Harris Sam, The Moral Landscape. How Science can Determine Human Values, London/New York 2010

Harsanyi John C., Morality and the Theory of Rational Behaviour, Baltimore 1977, zit. nach dem Nachdruck in: Sen/Williams (Hrsg.), Utilitarianism and Beyond, Cambridge 1982, 39–62

Härter Karl, Die Folter als Instrument policeylicher Ermittlung im inquisitorischen Untersuchungs- und Strafverfahren des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Altenhain/Willenberg (Hrsg.), Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung, Göttingen 2011, 83–114

Hart H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review, Bd. 71, Nr. 4 (1958), 593–629.

Hart H. L. A., The Concept of Law, Oxford 1961, zit. aus der 3. Aufl. (mit Nachwort durch A. Bulloch/J. Raz und Einleitung durch L. Green), Oxford 2012

Hart W. D., An Argument for Dualism, in: Gertler/Shapiro (Hrsg.), Arguing About the Mind, London 2007

Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB. Art. 1–10 ZGB, Bern 2003

Hebborn Ansgar, Möglichkeiten und Grenzen eines Marktes für Organtransplantate. Eine konstituionenökonomische Analyse der Eigenkommerzialisierung menschlicher Organe zum Zwecke der Transplantation, Bayreuth 1998

Hegel Georg W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1820, zit. nach dem nachgedruckten Auszug in: van Ackeren (Hrsg.), Texte zur Politischen Philosophie, Stuttgart 2014, 210–221

Heimann Daniel, Zustimmung – Widerspruch – Information. Diskussion um das optimale Zustimmungsmodell in der Transplantationsmedizin, in: Dörr/Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht. Herausforderungen, Entwicklungen, Perspektiven, 303–320

Helvétius Claude-Adrien, De l'Esprit, Paris 1758, zit. nach der elektronischen Ausgabe (Norph-Nop.), Paris 2011

Helvétius Claude-Adrien, De l'Homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation, London 1773, zit. nach der elektronischen Ausgabe (Norph-Nop.), Paris 2011

Hemmens Craig/Tibbetts Stephen G., Criminological Theory, Los Angeles 2010

Herdegen Matthias, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 1 GG, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, 47. Lfg., München 2006

Herdegen Matthias, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, in: JZ 2001, 773–779

Herren Pascal, L'intervention internationale au nom des droits de l'homme. L'autorité de l'approche finaliste, Genf 2016

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Herrmann Horst, Die Folter. Eine Enzyklopädie des Grauens, Frankfurt a.M. 2004

Hersch Jeanne, Vom Sinn, in: dies., Von der Einheit des Menschen. Aufsätze, Zürich 1978

Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999

Hess Reinhold, Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte, Berlin 2000

Hettich Peter, Kooperative Risikovorsorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, St. Gallen 2014

Hillgruber Christian, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 200

Hinske Norbert, Goldene Regel und kategorischer Imperativ, in: Bellebaum/Niederschlag (Hrsg.), Was Du nicht willst, daß man Dir tu', Konstanz 1999, 43–54

Hobbes Thomas, Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil, London 1651, zit. aus dem Nachdruck der Erstauflage in: ders., Leviathan. Englisch/Deutsch, hrsg. durch J. Klein, Ditzingen 2013

Hodgson David H., Consequences of Utilitarianism: A Study in Normative Ethics and Legal Theory, Oxford 1967

Hoerster Norbert, Rechtsethik ohne Metaphysik, in: Juristenzeitung 8 (1982), 265–272

Höffe Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, Frankfurt a.M. 1990

Höffe Otfried, in: ders. (Hrsg.), Aristoteles. Die Nikomachische Ethik, 3 Aufl., Berlin 2010, 13–38

Höfling Wolfram/Augsberg Steffen, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, Juristenzeitung 60 (2005), 1080–1088

Holbach P. H. Thiry, La morale universelle ou Les devoirs de l'homme fondés sur sa nature, Amsterdam 1776, zit. nach der Digitalkopie auf: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k845499/f264.item.zoom> (zuletzt abgerufen am 2.12.2017)

Holbach P. H. Thiry, Système de la nature, Amsterdam 1770 [Originalangabe zur Zensurumgehung: J.-B. de Mirabaud als vermeintlicher Autor, Druckort ang. London], zit. nach der Übersetzung (System der Natur), Leipzig 1841, abrufbar auf: <https://reader.digitale-sammlungen.de/resolve/display/bsb10046088.html> (zuletzt abgerufen am 2.12.2017)

Holbach P. H. Thiry (Hrsg., mutm. Mitverfasser), Traité des trois imposteurs: Moïse, Jésus-Christ, Mahomet, [ang.] London 1777, zit. aus dem Nachdruck durch Berg International, Paris 2015

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Holoubek Michael, Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas: Schutzbereich – Eingriff – Schranken, in: Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Stuttgart 1994, 61–82

Holoubek Michael, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, in: Merten/Papier (Hrsg.), Grundfragen der Grundrechtsdogmatik, Heidelberg 2007, 17–34

Holoubek Michael, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien 1997

Honneth Axel, Vivisektionen eines Zeitalters, Porträts zur Ideengeschichte des 20. Jahrhunderts, Berlin 2014.

Horster Detlef, Präimplantationsdiagnostik (u.a.), in: ders. (Hrsg.), Angewandte Ethik, Stuttgart 2013

Horster Detlef, Postchristliche Moral. Eine sozialphilosophische Begründung, Hamburg 1999

Horstmann Ulrich, Das Untier. Konturen einer Philosophie der Menschenflucht, Wien u.a. 1983

Hösle Vittorio, Die Krise der Gegenwart und die Verantwortung der Philosophie, 3. Aufl., München 1997

Howard Rhoda E., Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community, in: HRQ 15/2 (1993), 315–338

Huemer Michael, In Defence of Repugnance, in: Mind 117, Nr. 468 (2008), 899–933

Hume David, A Treatise of Human Nature, Bd. III, Of Morals, London 1739, zit. aus dem Nachdruck in: ders., Los Angeles 1888 (Selby-Bigge), abrufbar auf: <https://archive.org/details/treatiseofhumann01humeuoft/page/n9> (zuletzt abgerufen am 2.12.2017)

Hurka Thomas, Moore's Moral Philosophy, Stanford 2005 (Erstpublikation), in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (online, abrufbar auf: <https://plato.stanford.edu/>), hrsg. von E. N. Zalta, zit. nach der Fassung vom Herbst 2015

Isensee Josef, Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), FS-Jakobs, Köln 2007, 205–234

Isensee Josef, Wann beginnt das Recht auf Leben? Juristische Aporie, in: Akademie-Journal 2/2002, 11–14

Isensee Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 191

Isensee Josef, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 190

Isensee Josef, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, in: AöR 131/2 (2006), 173–218

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jackson Frank, From Metaphysics to Ethics, Oxford 1998

Jarass Hans D., Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, in: AöR 120 (1995), Bd. 120, 345–381

Jarass Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge, München 2010

Jaspers Karl, Die Atombombe und die Zukunft des Menschen. Politisches Bewußtsein in unserer Zeit, München 1958

Jestaedt Matthias, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), FS-Isensee, Heidelberg 2007, 253–275

Jonas Hans, Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1993

Kagan Shelly, The Limits of Morality, Oxford 1989, zit. nach der elektronischen Ausgabe (Oxford Ethics Series: Kindle Edition)

Kahl Wolfgang, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen, Tübingen 2000

Kahneman Daniel, Thinking, Fast and Slow, New York 2011

Kahneman Daniel/Tversky Amos, Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in: Science, New Series, 185/4157 (1974), 1124–1131

Kaiser Lisa-Maria, Gilt der Grundsatz „Einerlei Verfassungsrecht" (noch)?, in: IFF Working Paper Online Nr. 13 (2016), abrufbar auf: (<www.unifr.ch/ius/federalism_en/research/working_paper_online>)

Kälin Walter/Künzli Jürg, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013

Kälin Walter, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987

Kälin Walter/Lienhard Andreas/Wyttenbach Judith, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007

Kaltenbrunner Karin, Organtransplantation – Unter dem Aspekt des Organhandels, Diplomarbeit Wien 2013, abrufbar auf: <http://othes.univie.ac.at/25094/> (zuletzt abgerufen am 19.2.2017)

Kamber Peter, Pogrome und Schwarzer Tod. Wie die Schweiz im 14. Jahrhundert ein Verfolgungsschema exportierte, in: Basler Magazin 30.8.1997 (Nr. 35), 6–7

Kant Immanuel, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, 1833, in: ders., Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1900 ff. (nachf.: AA), Bd. VII, 117–333, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (abrufbar auf: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/>)

Kant Immanuel, Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen, 1764, in: ders., AA, Bd. II, 205–256, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [*GMS*], 1785, in: ders., AA, Bd. IV, 385–463, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kant Immanuel, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (*Idee*), 1784, in: ders., AA, Bd. VIII, 15–31, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Kritik der praktischen Vernunft [*KpV*], 1788, in: ders., AA, Bd. V, 1–163, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Kritik der Urteilskraft [*KdU*], 1790, in: ders., AA, Bd. V, 165–485, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Metaphysik der Sitten [*MdS*], 1797, in: ders., AA, Bd. VI, 203–493, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Schriften zur physischen Geographie, hrsg. von T. Rink, Königsberg 1802, in: ders., AA, Bd. IX, 151–436, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, 1797, in: ders., AA, Bd. VIII, 423–429, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Über Pädagogik, hrsg. von T. Rink, Königsberg 1803, in: ders., AA, Bd. IX, 437–499, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Verkündigung des nahen Abschlusses eines Tractats zum ewigen Frieden in der Philosophie, 1796, in: ders., AA, Bd. VIII, 411–422, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kant Immanuel, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795, in: ders., AA, Bd. VIII, 341–385, zit. nach der elektronischen Edition des Bonner Kant-Korpus (s.o.)

Kaufmann Arthur, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, München 1989

Kayser Martin, Grundrechte als Schranke der Verfassungsgebung, Zürich 2001

Keller Helen/Keller Lucy, Der Abschuss ziviler Flugzeuge ist unzulässig. Auch bei Terrorattacken muss der Staat die Menschenwürde achten, in: NZZ 22.1.2007, Nr. 17, 9

Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960

Kelsen Hans, Recht und Logik, in: Forum 12 (1965), Heft 142: 421–425, Heft 143: 495–500

Kersten Jens, Die Tötung von Unbeteiligten. Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, 661–663

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018

Kiener Regina, in: Biaggini u.a. (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 29, 425–436

Kierkegaard Søren, in: Provocations. Spiritual Writings of Kierkegaard, hrsg. durch C. E. Moore, Farmington 2002

Kind Andreas, Der diplomatische Schutz, Diss. Bern 2014. [Kind, Der diplomatische Schutz, …]

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klatt Matthias/Schmidt Johannes, Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen 2010

Kley Andreas, Menschenwürde als Rechtsprinzip?, Überlegungen zur Rolle der Menschenwürde als Argument in rechtlichen und politischen Verfahren, in: R. C. Schwinges (Hrsg.), Universität im öffentlichen Raum, VGUW 10 (2008), Tagung 2005 in Ottenberg/A, Basel 2008, 259–289

Kley Andreas, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: Bovay/Nguyen (Hrsg.), FS-Moor, Bern 2005, 95–114

Kley Andreas, Staatliches Gewaltmonopol – Ideengeschichtliche Herkunft und Zukunft, in: Zwahlen/Lienemann (Hrsg.), Kollektive Gewalt, Bern u.a. 2006, 11–29

Kley Andreas, Teleologische und deontologische Ethik: Utilitarismus und Menschenrechte, in: Mastronardi (Hrsg.), Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik. Vorträge der Tagung der Schweizer Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (SVRSP) 2002, ARSP-Beiheft 94, Stuttgart 2004, 55-70

Kley Andreas, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000

Kloepfer Michael, Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? Zur Entscheidung des VGH Kassel vom 6.11.1989, in: Badura/Scholz (Hrsg.), FS-Lerche, München 1992, 755–769

Kneihs Benjamin, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/1, Grundrechte in Österreich, 2. Aufl., Wien u.a. 2014, 321–362

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, Bern 2006

Konfuzius, Lun Yu, zusammengestellt durch Zheng Xuan (127–200), zit. nach der übers. Ausgabe (Lun Yu. Gespräche), Düsseldorf/Köln 1975, online abrufbar auf: <www.zeno.org/Philosophie/M/Kong+Fu+Zi+(Konfuzius)> (zuletzt abgerufen am 28.1.2018)

Korsgaard Christine, Personal Identity and the Unity of Agency: A Kantian Response to Parfit Answer to Parfit, Philosophy & Public Affairs 18/2 (1989), 101–132

Korsgaard Christine, The Sources of Normativity, 18. Aufl., New York 2013

Körber Sandro, Experimentelle Rechtsetzung, in: LeGes: Gesetzgebung & Evaluation 26/2 (2015), 385–402

Krähenmann Adrian/Schweizer Andreas/Tschumi Tobias, Hungerstreik im Strafvollzug, in: Jusletter 10. Januar 2011

Krasmann Susanne, Die Folter im Recht, in: M. Cottier u.a. (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, Baden-Baden 2010, 227–244

Krasmann Susanne/Wehrheim Jan, Folter und die Grenzen des Rechtsstaats, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Kriminalität der Mächtigen, 250–262

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kriele Martin, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des Verfassungsstaates, 6. Aufl., Stuttgart 2003

Kropotkine Pierre, Oeuvres, 1885–1918, zit. nach der elektronischen Gesamtausgabe durch: lci-eBooks, 2017

Kuhse Helga/Singer Peter, Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants, Oxford 1985, zit. nach der Übersetzung (Sollen alle schwergeschädigten Neugeborenen am Leben bleiben?), in: Kuhse/Singer (Hrsg.), Individuen, Menschen, Personen. Fragen des Lebens und Sterbens, Sankt Augustin 1999, 183–204

Kunz Karl-Ludwig/Mona Martino, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern u.a. 2015

Künzli Jörg/Kälin Walter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, in: Jusletter 23. Juni 2014

Lamprecht Florian, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten?, Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral, Paderborn 2009

Laternser Philip, Der Gehalt von Art. 7 BV: zur Begründung der bundesgerichtlichen Menschenwürdekonkretisierung, Zürich 2016

la Torre Massimo, Amistades peligrosas. Tortura y Derecho, in: Derechos y Libertades 28/II (2013), 25–38

Lay Rupert, Dialektik für Manager. Methoden des erfolgreichen Angriffs und der Abwehr, 7. Aufl., München 2010

Lec Stanisław Jerzy, Sämtliche unfrisierte Gedanken. Dazu Prosa und Gedichte, hrsg. und aus dem Poln. übertr. von K. Dedecius, Zürich 1996

Leisner-Egensperger Anna, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, 591–632

Lerche Peter, Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961

Levy Beryl Harold, Cardozo and Frontiers of Legal Thinking, New York 1938

Levy Oscar, The Idiocy of Idealism, London u.a. 1940, zit. nach dem Nachdruck, Basel 2017

Liebs Detlef, Das Rechtssprichwort Fiat iustitia et pereat mundus, in: Juristenzeitung 2015, 138–141

Locke John, The Second Treatise of Civil Government, London 1690, zit. nach der Übersetzung (Zweite Abhandlung über die Regierung) von H. J. Hoffmann, hrsg. durch L. Siep, Frankfurt a.M. 2007

Lohmann Georg, Menschenwürde und Staatsbürgerschaft, in: MenschenRechts-Magazin MRM Nr. 2 (2012), Potsdam, 155–168 [Lohmann, Menschenwürde und Staatsbürgerschaft, …]

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Long Debra, Guide to Jurisprudence on Torture and Ill-treatment, Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights, Broschüre der APT, Genf 2002

Luban David, Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb, in: Virginia Law Review Bd. 91 (2005), 1425–1461

Luhmann Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993

Lyons David, Forms and Limits of Utilitarianism, Oxford 1965

Mackie John Leslie, Ethics. Inventing Right and Wrong, Michigan 1977, zit. nach der Übersetzung (Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen) durch R. Ginters, Stuttgart 1981

Mairet Gérard, Introduction, in: ders. (Hrsg.), Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes (Nachdruck), Paris 1992

Marescotti Karin, Le don d'organe par une personne vivante à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la transplantation, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 284–291

Martenet Vincent, Géométrie de l'égalité, Bruxelles u.a. 2003

MacIntyre Alasdair, Dependent Rational Animals, Why Human Beings Need the Virtues, Chicago 1999

MacIntyre Alasdair, Whose Justice? Which Rationality?, Notre Dame 1988

Magistro Francesca, Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif, in: A. Thévenaz (Hrsg.), Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant 2016–2018, Bern 2018, 81–96

Mahlmann Matthias, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, in: AJP 2013, 1307–1320

Mahlmann Matthias, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008,

Mahlmann Matthias, Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 3. Aufl., Baden-Baden 2017

Mahlmann Matthias, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Aufl., Baden-Baden 2019

Mahon Pascal, Droit constitutionnel. Bd. 2: Droits fondamentaux, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2013

Manaï Dominique, Le devoir d'information du médecin, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 104–111

Manaï Dominique, Droits du patient et biomédicine, 2. Aufl., Bern 2013

Mannino Adriano/Vollmer Jonas/Pulver Tobias, Singer vs. Schmidt-Salomon: Wer hat Recht? Eine Stellungnahme aus effektiv-altruistischer Sicht, abrufbar auf dem Blog der Stiftung für Effektiven Altruismus (<https://effektiveraltruismus.de/blog>), 5. November 2015

Martin Céline, Grundrechtskollisionen, Basel 2007

Martin-Achard Pierre, Consentement au traitement et incapacité de discernement, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Martins Leonardo, Die Grundrechtskollision. Grundrechtskonkretisierung am Beispiel des § 41 Abs. 1 BDSG, Berlin 2001

Maslow Abraham H., A Theory of Human Motivation (1943), zit. nach der Digitalausgabe (Start Publishing LLC), New York 2012

Maslow Abraham H., Critique of Self-actualization Theory (1966), in: E. Hoffman (Hrsg.), Future visions: The unpublished papers of Abraham Maslow, Thousand Oaks 1996, 26–32

Maslow Abraham H., Religions, Values, and Peak-Experiences, Columbus 1964, zit. nach der Digitalausgabe (Stellar Classics), Seattle 2014

Maslow Abraham H., The Farther Reaches of Human Nature, in: Journal of Transpersonal Psychology 1/1 (1969), 1–9

Maslow Abraham H., Toward a Psychology of Being (1962), Digitalausgabe (Start Publishing LLC), New York 2012

Mastronardi Philippe, Kommentar zu Art. 7. Menschenwürde, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Mayr Stefan, Richterliche Rechtserzeugung und die Grenzen der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge" durch den EuGH, in: Elser u.a. (Hrsg.), 53. ATÖR. Das letzte Wort, Baden-Baden 2014, 97–118

McQuigg Ronagh, Domestic Violence as a Human Rights Issue: Rumor v. Italy, in: European Journal of International Law 26/4 (2015), 1009–1025

Merkel Reinhard, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, in: JuristenZeitung 62/8 (2007), 373–385

Merkel Reinhard, Vier Theorien und ihre Schwächen, in: D. Horster (Hrsg.), Angewandte Ethik, Stuttgart 2013, 35–42

Merkel Reinhard, Wenn der Staat Unschuldige opfert, in: Die Zeit 8.7.2004 (Nr. 29), 33

Merten Detlef, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, § 56, 3–86

Michael Lothar/Morlok Martin, Grundrechte, 6. Aufl., Baden-Baden 2017

Milgram Stanley, The Perils of Obedience, in: Harper's Magazine Dez. 1973

Mill John Stuart, On Liberty, London 1859, zit. nach dem Nachdruck, London 1974

Mill John Stuart, Utilitarianism, in: Robson (Hrsg.), Essays on Ethics, Religion and Society, Toronto/London 1969, 203–259

Minkmar Nils, Der Sieg der Terroristen. Folter bei der CIA, in: FAZ 13.12.2014

Mohler Markus, Staatliches Gewaltmonopol, in: Sicherheit & Recht 3/2012

Mona Martino, in: NZZ 22.5.2016, „Die Welt wird immer gerechter" (Interview)

Montaigne Michel Eyquem de, Sur la cruauté, in: Essais (1580), Kap. II.11, zit. nach dem Neudruck in: ders., Sur l'oisiveté et autres essais en français moderne, Paris 2012 (Gallimard), 48–91

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Montaigne Michel Eyquem de, Des Cannibales, in: Essais (1580) Kap. I.31, zit. nach dem Neudruck in: ders., Essais, Paris 2013 (Flammarion), 239–253

Montesquieu Charles-Louis de Secondat, Lettres persanes (1721), zit. nach dem Nachdruck, hrsg. und bearbeitet durch A. Lefèvre, Paris 1873, elektronisch verfügbar auf: <https://fr.wikisource.org/wiki/Lettres_persanes>

Montesquieu Charles-Louis de Secondat, De l'Esprit des lois (1748), zit. nach dem Nachdruck in: ders., De l'Esprit des lois, Bd. I und II, hrsg. durch L. Versini, Paris 1995

Montesquieu Charles-Louis de Secondat, Mes pensées (1731–1754), zit. nach dem Nachdruck in modernem Französisch, Paris 2014 (Gallimard)

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif (Bd. 1). Les fondements, Aufl. 3, Bern 2012

Moore George E., Principia Ethica, London 1903, zit. nach dem Nachdruck, Cambridge u.a. 1980

Morlok Martin, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993

Müller Jörp Paul, Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993

Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982

Müller Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 621–646

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassng, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008

Müller Markus, Hungertod in der Zelle, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 114/6 (2013), 293–294

Müller Markus/Jenni Christoph, Die polizeiliche Generalklausel. Ein Institut mit Reformbedarf, in: Sicherheit & Recht 1/2008, 4–18

Müller Markus, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemiengesetz und die persönliche Freiheit, Basel 1992

Nagel Thomas, The Limits of Objectivity (Vortragsreihe), Oxford 1979, abgedruckt in: S. M. McMurrin (Hrsg.), The Tanner Lectures on Human Values 1980, Bd. I, Cambridge u.a. 1980, 75–139, zit. aus der Übersetzung (Die Grenzen der Objektivität. Philosophische Vorlesungen), durch M. Gebauer, Stuttgart 1991

Nagel Thomas, What is it like to be a bat, The Philosophical Review 83/4 (1974), 435–450, zit. nach dem Nachdruck in: ders., Mortal Questions, Cambridge 1979, 165–180

Narveson Jan, The Libertarian Idea, Philadelphia 1988

Nationale Ethikkommission für Humanmedizin (NEK), Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende. Ethische Erwägungen, Stellungnahme Nr. 19/2012

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nelson Leonard, Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik. Kritik der praktischen Vernunft, Leipzig 1917, zit. nach dem Nachdruck in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. IV, 2. Aufl., Hamburg 1972

Nida-Rümelin Julian, Über menschliche Freiheit, Stuttgart 2005

Nida-Rümelin Julian, Kritik des Konsequentialismus, 2. Aufl., München 1995

Nietzsche Friedrich W., Jenseits von Gut und Böse [*JGB*], Leipzig 1886, zit. nach dem Nachdruck in: ders., Werke in drei Bänden, hrsg. durch K. Schlechta, München 1954

Nietzsche Friedrich W., Ecce Homo, Weimar 1908 (Erstausgabe durch das Nietzsche-Archiv), zit. nach dem Neudruck, München 2005 (C. H. Beck), mit einem Nachwort von V. Gerhardt, 8. Aufl., München 2013

Nietzsche Friedrich W., Die fröhliche Wissenschaft [*FW*], Chemnitz 1882 (Buch 1–4) und Leipzig 1887 (erg.: Buch 5, Untertitel: „la gaya scienza"), zit. aus dem Neudruck, Stuttgart 2000 (Reclam), mit einem Nachwort von G. Figal

Nietzsche Friedrich W., Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen, Chemnitz 1883, zit. nach der elektronischen Ausgabe des Projekts Gutenberg, abrufbar auf: <http://gutenberg.spiegel.de/autor/friedrich-wilhelm-nietzsche-443>

Nietzsche Friedrich W., Morgenröthe. Gedanken über die moralischen Vorurteile, Chemnitz 1881, zit. nach der elektronischen Ausgabe des Projekts Gutenberg, abrufbar auf: <http://gutenberg.spiegel.de/autor/friedrich-wilhelm-nietzsche-443>

Nietzsche Friedrich W., Nachgelassene Fragmente, in: ders., Kritische Studienausgabe (KSA) 7–13, 2. Aufl., München 1988

Niggli Marcel A./Riedo Christof, Unantastbar? Bemerkungen zum sogenannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, AJP 2011, 762 ff.

Nino Carlos Santiago, The Ethics of Human Rights, Oxford 1991

Nitschke Peter, Die Debatte über Folter und die Würde des Menschen: Eine Problemskizze, in: P. Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, Bochum 2005, 7–34

Niveau Gérard, Les mesures de contrainte, in: Bertrand u.a. (Hrsg.) Médecin et droit médical, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 377–383

Noelle-Neumann Elisabeth, Die Schweigespirale, Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut, 6. Aufl., München 2001

Norman Richard, Ethics, Killing and War, Cambridge 1995

Nozick Robert, Anarchy, State, and Utopia, New York 1974

Nussbaum Martha C., Die Grenzen der Gerechtigkeit, Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit, Berlin 2015. [Nussbaum, Grenzen]

Nussbaum Martha C., Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice, Feminist Economics 9 (2–3), 2003, 33–59, 41

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Onfray Michel, Les ultras des Lumières (Bd. 2) – De Helvétius à Sade et Robespierre, in: ders., Contre-histoire de la philosophie (2006–2013), Teil 8, Vincennes 2007

Onfray Michel, Les radicalités existentielles, in: ders., Contre-histoire de la philosophie (2006–2013), Teil 6, Paris 2009

Panikkar Raimundo, Is the Notion of Human Rights a Western Concept?, in: Diogenes 30/120 (Dez. 1982), 75–102

Papaux Alain, Droits de l'homme et protection de l'environnement: plaidoyer pour davantage d'anthropocentrisme et d'humanité, in: Les minorités et le droit, FS-Wilson, Genf 2016

Parfit Derek, On What Matters (Bd. I und II), Oxford 2011

Parfit Derek, On What Matters (Bd. III), Oxford 2017

Parfit Derek, Overpopulation and the quality of life, in: Ryberg/Tännsjö (Hrsg.), The Repugnant Conclusion. Essays on population ethics, Dordrecht 2004, 7–22

Parfit Derek, Reasons and Persons, Oxford 1984

Petersen Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende, Bonn 2010

Pettit Philip, Introduction, in: ders. (Hrsg.), Consequentialism, Aldershot 1993, xiii-xix

Pettit Philip, The Consequentialist Perspective, in: Three Methods of Ethics, Oxford 1997, 163-169

Pieroth B./Schlink B./Kingreen T./Poscher R., Grundrechte – Staatsrecht II, 34. Aufl., Heidelberg 2018

Pogge Thomas, World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms, Hoboken 2002, zit. nach dem Auszug der Übersetzung (Weltarmut) in: D. Horster (Hrsg.), Angewandte Ethik, Stuttgart 2013, 70–73

Poledna Thomas/Tschopp Marianne, Der Myozyme-Entscheid des Bundesgerichts, Ethik, Rationierung und Grenzen der Finanzierung des Gesundheitssystems – ein Meilenstein für die Rechtsprechung und das Gesundheitsrecht, in: Jusletter 7. Februar 2011

Popper Karl, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. II: Falsche Propheten Hegel, Marx und die Folgen, hrsg. durch H. Kiesewetter, 8. Aufl. Tübingen 2003

Popper Karl, Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie (aus Manuskripten aus den Jahren 1930–1933), hrsg. durch T. E. Hansen, 3. Aufl., Tübingen 2010

Popper Karl, Zwei Bedeutungen von Falsifizierbarkeit, in: Seiffert/Radnitzky (Hrsg.), Handlexikon der Wissenschaftstheorie, München 1989, 82–86

Poscher Ralf, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003

Potacs Michael, Rechtstheorie, Wien 2015

Praz Emilie, L'alimentation forcée des détenus: une pratique admissible ?, in: Jusletter 25. Februar 2013

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Quante Michael, Einführung in die Allgemeine Ethik. 4. Aufl., Darmstadt 2011

Radbruch Gustav, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, zit. nach dem Nachdruck der stark bearbeiteten 3. Aufl. (Rechtsphilosophie, Leipzig 1932) in: ders., Rechtsphilosophie. Studienausgabe, hrsg. durch Dreier/Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 1999

Radbruch Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1/5 (1946), 105–108

Radbruch Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung, Heidelberg 1947, zit. nach der 2. Aufl., Göttingen 1959

Rawls John, A Theory of Justice, Cambridge 1971

Rawls John, Justice as Fairness. A Restatement, hrsg. und bearbeitet durch E. Kelly, Cambridge/London 2001

Rawls John, Political Liberalism, New York 1993

Raz Joseph, The Morality of Freedom, Oxford 1986

Rebhahn Robert, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr: Eine Studie insbesondere zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht, Wien 1997

Reemtsma Jan Philipp, Folter im Rechtsstaat?, Hamburg 2005

Reiter Catherine, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Zürich 2015

Rhinow René, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel u.a. 2003

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016

Reusser Ruth/Lüscher Kurt, Kommentar zu Art. 11, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Rohrer Beat, Beziehungen der Grundrechte untereinander, Zürich 1982

Romagnoli Simone, Une répartition équitable des organes (119a al. 2 Cst). Schèmes d'interprétation et implications normatives, in: HILL 2010/3 Monatsflash Nr. 5 (Erstpublikation in: Jusletter 22. November 2010)

Rosen Fred, Jeremy Bentham on Slavery and the Slave Trade, in: Schultz/Varouxakis (Hrsg.), Utilitarianism and Empire, Lanham 2005

Rouiller Nicolas, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne 2007

Rouiller Nicolas/Uffer Matthias, Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif en Suisse (droit privé), in: A. Thévenaz (Hrsg.), Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant 2016–2018, Bern 2018, 39–80

Rousseau Jean-Jacques, Du Contrat Social (1762), zit. aus dem Nachdruck in: ders., Contrat social ou Principes du droit politique, Paris 1931 (Librerie Garnier Frères), 235–336, auch zit. aus dem nachgedruckten Auszug der übersetzten Fassung (Vom Gesellschaftsvertrag) in: van Ackeren (Hrsg.), Texte zur Politischen Philosophie, Stuttgart 2014, 162–176

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rousseau Jean-Jacques, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes (1754), zit. nach dem durch Gérard Mairet hrsg. und komm. Nachdruck, Paris 1992

Roxin Claus, Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6/2011, 552–563

Rücker Nicolas, Die Allokation von Lebenschancen. Grundrechtliche Vorgaben und rechtstheoretische Strukturen bei der staatlichen Entscheidung über Leben und Tod in Konfliktsituationen, Baden-Baden 2014

Rüetschi David, Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, in: Schweizerische Ärztezeitung 85 (2004), Nr. 23, 1222–1225

Rüfner Wolfgang, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 197

Russell Bertrand, A History of Western Philosophy, New York 1945/London 1946, zit. nach dem Nachdruck, Abingdon-on-Thames 2004 (Routledge Classics)

Russell Bertrand, Pragmatism, in: Edinburgh Review 209 (1909), 363–388, zit. nach dem Nachdruck der Übersetzung (Der Pragmatismus), in: ders., Philosophische und politische Aufsätze, hrsg. durch U. Steinvorth, Stuttgart 2009, 61–98

Russell Bertrand, The Ancestry of Fascism, in: ders., In Praise of Idleness and other Essays, London 1935, zit. nach dem Nachdruck der Übersetzung (Die geistigen Väter des Faschismus), in: ders., Philosophische und politische Aufsätze, hrsg. durch U. Steinvorth, Stuttgart 2009, 114–135

Russell Bertrand, Ideas that Have Harmed Mankind (Erstdruck: Girard Kansas 1946 [Haldeman-Julius Publications]), zudem abgedruckt in: ders., Unpopular Essays, London 1950, zit. nach dem Nachdruck der Unpopular Essay, Abingdon-on-Thames 2009 (Routledge Classics), 142–160

Russell Bertrand, The Basic Writings of Bertrand Russell (1903–1959), New York 1961, hrsg. durch Egner/Denonn, zit. nach dem Nachdruck, London/New York 2009 (Routledge Classics)

Russell Bertrand, The Problems of Philosophy, New York 1912, zit. nach dem Digitalnachdruck, New York 2011 (Vook Inc.)

Russell Bruce, A Priori Justification and Knowledge, Stanford 2007 (Erstpublikation), in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (online, abrufbar auf: <https://plato.stanford.edu/>), hrsg. von E. N. Zalta, zit. nach der Fassung von 2014

Rütsche Bernhard, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St.Gallen 2009

Sade D. A. F. [Marquis de], Dialogue entre un prêtre et un moribond, Paris 1926 (posthume Erstpublikation; verfasst 1782 in Haft)

Sade D. A. F. [Marquis de], Aline et Valcour ou le roman philosophique, Paris 1795 (Erstpublikation; verfasst 1786–1789 in Haft), zit. nach dem Nachdruck in: ders., Œuvres Complètes, Teil 4, hrsg. durch Le Brun/Pauvert, Paris 1986

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sade D. A. F. [Marquis de], La philosophie dans le boudoir, zit. nach dem Nachdruck in: ders., Œuvres Complètes, Teil 3, hrsg. durch Le Brun/Pauvert, Paris 1986

Saldivia Zenobio/Caro Felipe, Francisco Suárez y el impacto de su teoría sobre la potestad divina y monárquica en américa, in: Estudios Latinoamericanos 3/6 (2011), 41–55

Salmon Wesley C., Logic, 2. Aufl., Englewood Cliffs (N.J.) 1973, zit. nach der Übersetzung (Logik), Stuttgart 1983

SAMW (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften), Organtransplantationen: Widerspruchs- oder Zustimmungslösung. Fakten und Argumente (2013), abrufbar auf: <www.samw.ch/de/Ethik/Organ transplantation/Downloads-Organtransplantation.html>

SAMW (s.o.), Lebendspende von soliden Organen. Medizinisch-ethische Richtlinie, Bern 2008, abrufbar auf: <www.samw.ch/de/Publikationen/ Richtlinien.html>

SAMW (s.o.), Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen. Medizinisch-ethische Richtlinie, Bern 2015, abrufbar auf: s.o.

SAMW (s.o.), Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung. Medizinisch-ethische Richtlinie, Bern 2017, abrufbar auf: s.o.

SAMW (s.o.), Zwangsmassnahmen in der Medizin. Medizinisch-ethische Richtlinie, Bern 2017, abrufbar auf: s.o.

SAMW (s.o.), Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme. Medizinisch-ethische Richtlinie, Bern 2017, abrufbar auf: s.o.

Sandkühler Hans Jörg, Menschenwürde und die Transformation moralischer Rechte in positives Recht, in: ders. (Hrsg.), Menschenwürde. Philosophische, Theologische und Juristische Analysen, Frankfurt a.M. 2007, 57–86

Saxer Urs, Kommentar zu Art. 185, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Scanlon Thomas M., How I am not a Kantian, in: Parfit, On What Matters (Bd. II), 116–139, Oxford 2011

Scanlon Thomas M., What We Owe to Each Other, Cambridge 1998

Scarbi Marco, Francisco Suárez and Christian Wolff. A Missed Intellectual Legacy, 227–242, in: Scarbi (Hrsg.), Francisco Suárez and His Legacy, Milan 2010

Schauer Frederick, Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning, Cambridge/London 2009

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006

Scheffler Samuel, Rejection of Consequentialism. A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions, Oxford 1982, zit. nach der revidierten Neuauflage, Oxford 1994

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Scheffler Jürgen, Folterinstrumente, in: Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung (1999), abrufbar auf: <www.historicum.net/themen/ hexenforschung/>

Schirren Thomas/Zinsmaier Thomas (Hrsg.), Die Sophisten (griech./dt.), Ausgewählte Texte, Stuttgart 2003

Schlaich Klaus, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972

Schlosser Horst Dieter, Sprache unterm Hakenkreuz. Eine andere Geschichte des Nationalsozialismus, Köln 2013

Schmidt Heiner Christian, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht, Zürich/St. Gallen 2008

Schneider Wolf, Wörter machen Leute. Magie und Macht der Sprache, 12. Aufl., München/Zürich 2006

Schneider Wolf, Den Briefträger biss der Hund. Deutschstunde mit 33 neuen Fragezeichen, Zürich 2000

Schnepf Robert, Natürliches Gesetz, Naturgesetz und Zweiweltentheorie von der Spätscholastik bis Kant. Eine Problemskizze, in: Walther u.a. (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne, Stuttgart 2008, 179–202

Schönecker Dieter/Wood Allen, Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten". Ein einführender Kommentar, Paderborn 2004

Schönrich Gerhard, Bei Gelegenheit Diskurs. Von den Grenzen der Diskursethik und dem Preis der Letztbegründung, Frankfurt 1994

Schopenhauer Arthur, Über die Grundlage der Moral, Frankfurt a.M. 1840, zit. nach dem Nachdruck in: Die Beiden Grundprobleme der Ethik. Behandelt in zwei akademischen Preisschriften von Dr. Arthur Schopenhauer, Wiesbaden 2014, 163–344

Schopenhauer Arthur, Über die Freiheit des menschlichen Willens, Frankfurt a.M. 1840, zit. nach dem Nachdruck in: Die Beiden Grundprobleme der Ethik. Behandelt in zwei akademischen Preisschriften von Dr. Arthur Schopenhauer, Wiesbaden 2014, 47–157

Schott Christian-Erdmann, Möglichkeiten und Grenzen der Aufklärungspredigt. Dargestellt am Beispiel Franz Volkmar Reinhards, Göttingen 1978

Schulze-Wessel Julia, Sicherheitspolitik und Migration. Über die sicherheitspolitische Erzeugung von Unsicherheiten und das Dilemma der Menschenrechte, in: N. Werz (Hrsg.), Sicherheit, Baden-Baden 2009, 113-124

Schwarz Hermann, Zur philosophischen Grundlegung des Nationalsozialismus, Berlin 1936

Schweitzer Albert, Kultur und Ethik, München 1960

Schweitzer Albert, in: ders., Die Ehrfurcht vor dem Leben: Grundtexte aus fünf Jahrzehnten (1919–1963), hrsg. durch H. W. Bähr, München 1966 (C.H.Beck), zit. nach der E-Buch-Fassung der 10. Aufl. (2013), München 2016

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 36, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/ St.Gallen 2014

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 10, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Sen Amartya, Collective Choice and Social Welfare, San Francisco 1970, zit. nach der Neuauflage (Expanded Edition), Cambridge/London 2017

Sen Amartya, Development as Capability Expansion, in: Fukuda-Parr u.a. (Hrsg.), Readings in Human Development, New Delhi/New York 2003

Sen Amartya, Development as Freedom, New York 1999

Sen Amartya, Hume's Law and Hare's Rule, in: Philosophy 41/155 (1966), 75-79

Sen Amartya, On Ethics and Economics, Oxford u.a. 1987, zit. nach dem Nachdruck, Oxford 1990

Sen Amartya, The Idea of Justice, Cambridge/London 2009

Sen Amartya, Plural Utility, Proceedings of the Aristotelian Society 1980–1981, zit. nach dem Nachdruck in: J. Glover (Hrsg.), Utilitarianism and Its Critics, New York/London 1990, 78–83

Sen Amartya, Utilitarianism and Welfarism, The Journal of Philosophy 76/9 (1979), 463–489

Shermer Michael, The Science of Good and Evil: Why People Cheat, Gossip, Care, Share, and Follow the Golden Rule, New York 2005

Silver Nate, The Signal and the Noise. Why So Many Predictions Fail – but Some Don't, New York 2012

Singer Peter, Is Act-Utilitarianism Self-Defeating?, in: The Philosophical Review 81/1 (1972), 94–104

Singer Peter, Practical Ethics, 3. Aufl., Cambridge 1981, zit. nach der Übersetzung (Praktische Ethik), Stuttgart 2013

Singer Peter, The Most Good You Can Do: How Effective Altruism Is Changing Ideas About Living Ethically, New Haven 2015

Smith Adam, The Theory of Moral Sentiments, London 1759, zit. nach dem Nachdruck, New York 2009

Soares Nate, On caring, 4.10.2014 (abrufbar auf: <http://mindingour way.com/on-caring/>), zit. nach der Übersetzung bei: D. Althaus, Über Mitgefühl und die Vernachlässigung großer Zahlen, 8.11.2015, abrufbar auf <https://effektiveraltruismus.de/blog/>

Soma Abdoulaye, Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique, CG – Collection genevoise, Genf 2010, 196–219

Spellman William M., A Short History of Western Political Thought, New York u.a. 2011

Spinoza Baruch de, Ethica, ordine geometrico demonstrata, in: ders., Opera posthuma, Amsterdam 1667, nach dem Nachdruck der übersetzten Fassung (Die Ethik), hrsg. von B. Auerbach, Hamburg 2015

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Spinoza Baruch de, Tractatus de intellectus emendatione, Et de viâ, quâ optimè in veram rerum Cognitionem dirigitur, in: ders., Opera posthuma, Amsterdam 1667, nach dem Nachdruck mit franz. Übersetzung (Traité de la réforme de l'entendement), Paris 2003 (Flammarion)

Sturma Dieter, Jean-Jacques Rousseau, München 2001

Suárez Francisco, De Bonitate et Malitia Humanorum Actuum, Lyon 1628, zit. nach dem Auszug auf: <www.sydneypenner.ca/su>

Suárez Francisco, Defensio Fidei III. Principatus Politicus o la Soberanía Popular (1613), zit. nach dem Nachdruck mit span. Übersetzung, hrsg. durch den Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1965

Sutter Patrick, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, in: Sicherheit & Recht, 3/2009, 175–192

Swisstransplant, Fragen und Antworten rund um die Organspende [*FAQ*], abrufbar auf: <www.swisstransplant.org/de/faq/> (zit. nach dem Stand vom 8.5.2018)

Swisstransplant, Jahresberichte, Bern 2014 (u.a.), abrufbar auf <www.swiss transplant.org/de/swisstransplant/publikationen/jahresberichte/>

Swisstransplant (Hrsg.), Magazin Nr. [25 vom Dez. 2014 u.a.], abrufbar auf <www.swisstransplant.org/de/swisstransplant/publikationen/swiss transplant-magazin/>

Swisstransplant, Quartalszahlen 2/2018 (u.a.), Kennzahlen zur Organspende und Organtransplantation in der Schweiz, Bern 2018 (u.a.), abrufbar auf <www.swiss transplant.org/de/infos-material/statistiken/quartalszahlen/>

Taurek John M., Should the Numbers Count?, Philosophy and Public Affairs 6/4 (1977), 293–316

Teifke Nils, Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen, Tübingen 2011

Tiedemann Paul, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2009), zit. nach dem Nachdruck in: ders., Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung, 3. Aufl., Berlin 2012, 601–624

Thiel Gilbert T., Die Entwicklung der Organ-Lebendspende in der Schweiz, in: SwissTransplant News, März 2011, 4–9

Thomson Judith J., The Trolley Problem, in: The Yale Law Journal 94/6 (1985), 1395–1415

Thomson Judith J., A Defense of Abortion, in: Philosophy & Public Affairs 1/1 (1971), 47–66

Thoonen Eveline, Death in State Custody. Obligations to prevent premature death of detainees and to investigate deaths of detainees pursuant to the European Convention of Human Rights, Antwerpen 2017

Tomasik Brian, Why maximize expected value? (2007), zit. nach der Fassung vom 7.4.2016, abrufbar auf: <http://reducing-suffering.org/why-maximize-expected-value/>

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tomasik Brian, Hedonistic vs. Preference Utilitarianism (2006) (zit. nach der Fassung vom 16.4.2017), abrufbar auf: <https://foundational-research.org/ hedonistic-vs-preference-utilitarianism/>

Trapp Rainer, Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung?, Paderborn 2006

Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016

Tschannen Pierre, Verfassungsauslegung, in: Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 149–160

Tschentscher Axel, Kommentar zu Art. 10 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), BS-Komm. BV, Basel 2015

Tschentscher Axel, Der Grundkonsens als rechtsphilosophischer und verfassungstheoretischer Argumentationstopos, in: Kälin u.a. (Hrsg.), FS-J.P.Müller, Bern 2005, 31–35

Tschentscher Axel, Verbot unmenschlicher Behandlung (Zwangsernährung), in: Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011, ZBJV 147 (2011), 771–772

Tschentscher Axel, Interpreting Fundamental Rights. Freedom vs. Optimization, Bern 2012

Tschentscher Axel, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2000

Tschentscher Axel, in: SRF 17.10.2016, Im Terror-Fall: Gesetz erlaubt Abschuss einer Passagiermaschine, abrufbar auf: <www.srf.ch/news/ schweiz/im-terror-fall-gesetz-erlaubt-abschuss-einer-passagiermaschine>

Tschentscher Axel/Lienhardt Andreas, Öffentliches Recht. Ein Grundriss, Zürich/St.Gallen, 2011

Tschumi Tobias/Schindler Benjamin, Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3.Aufl., Zürich/St.Gallen 2014

Tuchmann Barbara, A Distant Mirror: The Calamitous Fourteenth Century, New York 1978

Uffer Matthias, Legal-illegale Mobilität von Grundrechtsrisiken, in: Bernet u.a. (Hrsg.), Mobilität-Mobilité-Mobility, Zürich/St.Gallen 2015, 17–41

Uffer Matthias, Die Margin of Appreciation des EGMR als Schlüssel zur folgenethischen Grundrechtsdogmatik?, in: Piecha u.a. (Hrsg.), Rechtskultur und Globalisierung. 57. Assistententagung Öffentliches Recht (Hagen 2017), Baden-Baden 2017, 263–284

UN-CHR-Sonderberichterstatter P. Kooijmans, Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 19. Februar 1986 (E/CN4/1986/15)

UN-CHR-Sonderberichterstatter M. Nowak, Report of the Special Rapporteur on the question of torture, 23. Dezember 2005 (E/CN.4/2006/6)

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UNHRC-Sonderberichterstatter M. Nowak, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 15. Januar 2008 (A/HRC/7/3)

Verneaux Roger, Histoire de la philosophie moderne, 18. Aufl., Paris 1963

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999

Vogel Stefan, Zulässigkeit des Abschusses entführter Zivilflugzeuge zum Schutz von Drittpersonen, Sicherheit & Recht 2009, 96–106

von Bernstorff Jochen, Pflichtenkollisionen und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, in: Der Staat 47 (2008), 21–40

von Bernstorff Jochen, Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR. Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, in: Der Staat 50 (2011), 165–190

von Koeber Raphael, Die Philosophie Arthur Schopenhauers, Heidelberg 1888, zit. nach der elektronischen Ausgabe auf: <https://archive.org/stream/ diephilosophiear00koeb/>

von Münch Ingo, Vorbemerkungen zu Art. 1–19, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. I, 6. Aufl., München 2012

von Schenck Moritz, Pönalisierung der Folter in Deutschland – de lege lata et ferenda, Frankfurt a.M. 2011

Waadt Steffen, Polizeilicher Todesschuss und sogenannte Rettungsfolter im Vergleich (Studienarbeit), München 2011 (Grin)

Wallimann Matthias, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess. Dogmatik und Zukunftsperspektiven eines Verfahrensgrundsatzes im 21. Jahrhundert, Tübingen 2016

Walter Tonio, Kleine Rhetorikschule für Juristen, München 2009

Walter Tonio, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Aufl., München 2009

Walther Manfred, Die Destruktion der Leges-Hierarchie, in: Walther u.a. (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne, Stuttgart 2008, 135–159

Waterfield Robin, The First Philosophers: The Presocratics and Sophists, Oxford 2000

Watzlawick Paul, Anleitung zum Unglücklichsein, 5. Aufl., München 1983

Weber Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972

Weber Max, Politik als Beruf, München 1919, zit. nach dem nachgedruckten Auszug in: Texte zur Politischen Philosophie, hrsg. v. van Ackeren, Stuttgart 2014, 249–258

Weihmann Robert, Das Daschner-Urteil (Folter?), Die Rechtsunsicherheit und die Folgen, in: Kriminalistik 2005, 342–345

Weiss Julius/Immer Franz F., Organspende in der Schweiz – explizite oder vermutete Zustimmung?, Positionspapier Swisstransplant 2018

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wesel Uwe, Juristische Weltkunde, 8. Aufl., München 2000

Wesslau Edda, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechensopfern und das Verbot der Folter, in: Paech u.a. (Hrsg.), Völkerrecht statt Machtpolitik, Hamburg 2004, 390–410

Westermann Pauline C., Suárez and the Formality of Law, in: Kaufmann/Schnepf (Hrsg.), Politische Metaphysik, Frankfurt 2007, 227–237

Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematisch Analyse der Rechtsprechung, Bd. II., Bern 2014

Wilde Oscar, The Picture of Dorian Gray, London 1891

Winiger Roland, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: ZstrR 4 (1978), 386-409

Winkler Markus, Kollision zwischen Grundrechten und anderen verfassungsrechtlichen Schutznormen, Mainz 1999

Winzeler Christoph, Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung?, in: SJZ 106 (2010), 181–189

Wolbert Werner, Ein bisschen Folter?, in: Noeo. Wissenschaftsmagazin 3 (2004), Salzburg, 14–17

Wolf Erik, Rechtsgedanke und biblische Weisung, Tübingen 1948

Wolff Hans, L'alimentation a souvent tué, in: Le Temps 1.12.2010

Wolff Jonathan, Making the World Safe for Utilitarianism, in: Political Philosophy. Royal Institute of Philosophy Supplement 58 (2006), 1–22

Wyttenbach Judith, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat – Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Basel u.a. 2006

Yamey Gavin, Torture. European Instruments of Torture and Capital Punishment from the Middle Ages to Present, in: British Medical Journal 11.8.2011, 323–346

Zalten Erich, Kants Pflichtbegriff und das Moralprinzip des Utilitarismus, in: Mastronardi (Hrsg.), Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik, SVRSP-Tagung 2002, München 2004, 121–142

Zimmerli Ulrich, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, in: Medialex 14 (1999)

Zippelius Reinhold, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011

Zoryan Haykaz, Patientenverfügung im öffentlichen Recht. Zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und Recht auf Selbstbestimmung, Basel 2018

Zucca Lorenzo, Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA, Oxford 2007

Zuppinger Werner, Der Schutz gegen sich selbst im Polizeirecht, Winterthur 1956

Zyber Erik, Der Widerspenstigen Zähmung. Kants List der Natur, in: Westerkamp u.a. (Hrsg.), Zeitschrift für Kulturphilosophie 2011/1, Naturalisierung, 161–176

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Materialien

Beratungen des Nationalrats zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes (13.029) vom 5. März 2015, AB 2015 N 135 ff.

Beratungen des Ständerats zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes (13.029) vom 28. November 2013, AB 2013 S 989 ff.

Botschaft des Bundesrats vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 [*VE 1996*]

Botschaft des Bundesrats vom 12. September 2001 zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, BBl 2002 29 [*TPG (2001)*]

Botschaft des Bundesrats vom 8. März 2013 zur Änderung des Transplantationsgesetzes, BBl 2013 2317 [*TPG-Revision (2013)*]

Botschaft des Bundesrats vom 21. Januar 2004 über das Vernehmlassungsverfahren (VlG), BBl 2004 533

Botschaft des Bundesrats vom 28. Februar 1983 zur Eidgenössischen Volksinitiative „Recht auf Leben", BBl 1983 II 1

Botschaft des Bundesrats vom 3. September 2014 zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee, BBl 2014 6955 [*Militärgesetz 2014*]

Bundesamt für Gesundheit (BAG), Bericht vom 8. März 2013 in Erfüllung der Postulate Gutzwiller (10.3703), Amherd (10.3701) und Favre (10.3711). Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz

Bundesrat, Aktionsplan des Bundes vom 8. März 2013 „Mehr Organe für Transplantationen (2013–2018)"

https://doi.org/10.5771/9783748927914 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -