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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- 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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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/10.5771/9783748927914-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND