Teil 4: Konkrete Grundrechtskollisionen

A. Bildung von Kollisionstypen

Kollisionstypen lassen sich einerseits bilden, indem die verschiedenen Ursachen der Grundrechtsgefährdung als Distinktionsmerkmal herbeigezogen werden.

Man kann vier Gefahrentypen unterscheiden:[1473] Bei einer Selbstgefährdung ist die Person, die die Gefahr verursacht, zugleich durch diese bedroht. In Drittgefährdungskonstellationen geht die massgebliche Gefahrenlage von Personen aus, die nicht selbst von ihr betroffen sind und die nicht als Vertreter des Staates handeln oder auftreten, auf dessen Hoheitsgebiet sich die Gefahr ereignet (wenn Organe eines fremden Staates die Gefahr verursachen, liegt aus Sicht des schutzpflichtigen Staates ebenfalls eine Drittgefährdung vor). Sodann kann die Gefahr auf den Staat selbst zurückzuführen sein (also auf jenen Staat, auf dessen Hoheitsgebiet die Gefahren sich manifestieren). Zuletzt kann die Gefahrenlage auf natürliche Gewalten zurückzuführen sein.

Je nach Gefährdungsursache stehen andere Problemschwerpunkte im Fokus der Kollisionslösung. Die folgende Kategorisierung setzt zur Unterscheidung an den Eigentümlichkeiten der im Kolllisionsfall zu prüfenden Intervention des Staates an. Dies führt zur folgenden Benennung von vier Grundtypen an Kollisionen:

- In der Kategorie der *paternalistischen Rettung* richtet sich die erwogene staatliche Intervention gegen die sich selbst gefährdende Person und damit prima facie gegen deren Selbstbestimmung.
- Bei der *aggressiven Rettung* zielt die Intervention des Staates darauf ab, grundrechtsgefährdendes Wirken eines Störers gewaltsam oder mit grösserem Zwang zu unterbinden.
- Bei der *forcierten Solidarität* hat die Intervention zum Zweck, mit grundrechtseinschränkenden Druckmitteln zu erreichen, dass von der Gefahr nicht betroffene Private an der Wahrung gefährdeter Grundrechte mitwirken.

1473 Angelehnt an Sutter, Naturgefahren, 179, dort m.H. auf Rebhahn, Staatshaftung, 129.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

– Die *selektive Rettung* bildet die Auffangkategorie: sie enthält (ohne die Besonderheiten der obigen Kollisionstypen) insofern das Grunddilemma aller Grundrechtskollisionen, als sie sich dadurch auszeichnet, dass der Staat nicht alle kollidierenden Grundrechte verwirklichen kann und einzelne privilegieren muss.

Die Verbindung positiv konnotierter Wörter mit eher negativ konnotierten Adjektiven ist Absicht. Schon die Bezeichnung der Kategorie soll anklingen lassen, dass es um Dilemmata geht. Dadurch wird auch verhindert, dass in der Fallkategorisierung bereits eine Bewertung für oder wider die fragliche Intervention des Staates mitanklingt. Die Kategorien werden nachfolgend näher dargelegt.

I Paternalistische Rettung

1. Problemumriss

a. Allgemein: Konflikte mit der individuellen Selbstbestimmung

Bei der paternalistischen Rettung stellt sich anlässlich einer *prima facie* willentlich in Kauf genommenen Selbstgefährdung die Frage, ob der Staat die drohende Einschränkung verhindern darf, indem er zugleich selbst Grundrechte (i.d.R. vor allem die freie Selbstbestimmung) der betroffenen Person einschränkt. Kann in solchen Fällen die Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte eine Pflicht beinhalten, Personen (quasi bevormundend) vor sich selbst zu schützen? Es geht um die Frage nach der Zulässigkeit von Massnahmen zum Schutze vor einer Grundrechtsgefährdung, denen die zu schützende Person mutmasslich nicht zustimmen würde oder die sie gar explizit missbilligt.

Damit eine solche Grundrechtskollision vorliegt, muss die erwogene Massnahme dem tatsächlichen oder wenigstens dem mutmasslichen Willen der zu rettenden Person zuwiderlaufen. Dieser Wille kann sich in zeitnahen und sachbezogenen Aussagen des Betroffenen äussern. Er kann sich auch in wortlosem Verhalten manifestieren, wenn es geeignet ist, die innere Einstellung des Betroffenen zu vermitteln (etwa in Selbstverteidigungs- oder Fluchtgesten). Ab wann ist der Wille klar genug? Während im Obligationenrecht des Vertrauensprinzips wegen zu fordern ist, konkludente

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Willensäusserungen müssten unzweideutig sein[1474], ist in der Kollisionsdogmatik ein leichtfügig weniger strenger Massstab für die Annahme des mutmasslichen Willens im Kontext der Selbstbestimmung nach Art. 10 Abs. 2 BV richtig: Es gibt ja keinen Vertragspartner, dessen guten Glauben man schützen müsste. Zu bedenken ist indes, dass Unklarheiten Fehlerrisiken bergen. Man stelle sich vor, der Staat unterlasse eine Lebensrettung, weil er den Willen des Betroffenen missversteht und denkt, er respektierte dessen Autonomie. So etwa, wenn ein Zeuge Jehovas keine Bluttransfusion erhält, weil der Staat zu Unrecht aus der Religionszugehörigkeit oder aus Aussagen Angehöriger folgert, er lehne die rettende Massnahme ab. In diesem Fall würde der Staat zwei Grundrechte zugleich verletzen: das Recht auf Leben und das Selbstbestimmungsrecht.

Sind solch gewichtige Interessen im Spiel, ist für die Annahme des mutmasslichen Willens nicht nur ein hinreichender Grad an Klarheit zu fordern, sondern die verbleibende Unsicherheit ist bei der Abwägung zu berücksichtigen: Der Wert des Respekts des mutmasslichen Willens ist probabilistisch zu gewichten, gemäss der Wahrscheinlichkeit, dass er zutreffe.[1475] Wenn der Wille eines sich im Koma befindlichen Patienten, auf einen lebensrettenden Eingriff zu verzichten, nur aus spärlichen, indirekten Indizien hervorgeht und damit nur ein mutmasslicher ist, dann wöge dieser (eben nur mutmassliche) Eingriff ins Selbstbestimmungsrecht durch Vornahme des lebensrettenden Eingriffs weit weniger schwer, als wenn er mit Sicherheit dem Willen des Patienten widerspräche.[1476] Eine Handlung, die nur mit eher geringer Wahrscheinlichkeit ein hohes Gut trifft, ist in ihrer erwartbaren Intensität vergleichbar mit einer geringerfügigen Leidzufügung oder anderen Formen nicht irreversibler Schäden.

b. Mutmasslicher Wille

Eine paternalistische Rettung ist ein prima facie lebensdienlicher Eingriff gegen den Willen des zu Rettenden. Damit von einer solchen Konstellation die Rede sein kann, bedarf es zumindest eines mutmasslichen gegenläu-

---

1474 Siehe BGE 123 III 53 E. 5a, 59: „Une manifestation de volonté tacite ne peut cependant être retenue qu'en présence d'un comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute“; BGE 113 II 522 E. 5c, 527; vgl. BGE 129 III 476 E. 1.4, 478.

1475 Dazu Teil 3, D.I.2.b.

1476 Siehe dazu vorne, Teil 3, A.V, zum Gradualitätsprinzip.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

figen Willens. Auf den tatsächlichen Willen kann nur abgestellt werden, wenn dieser klar nachweisbar ist. Auf den mutmasslichen Willen dagegen auch dann, wenn zwar keine klare Willensäusserung vorliegt, jedoch hinreichende Indizien den Schluss tragen, der mutmassliche Wille könne der wirkliche Wille des Betroffenen sein.

Solches Mutmassen ist etwa notwendig in Bezug auf den Willen einer Person, die seit Wochen im Koma liegt und sich zur Fortführung lebenserhaltender Massnahmen nie äusserte und nicht mehr äussern kann; oder in Bezug auf Neugeborene oder teilweise auf Scheidungskinder jungen Alters, die auf eines der Eltern aus unsachlichen Gründen gerade schlechter anzusprechen sind, sodass der ausgedrückte Wille für sich allein nicht verlässlich genug wäre; oder in Bezug auf Drogenabhängige und Sektenmitglieder (soweit diese Opfer von Gehirnwäsche sind); oder in Bezug auf eine im entscheidenden Augenblick nicht konsultierbare, an sich aber urteilsfähige Person (so ein Passagier im entführten Flugzeug).

Auf einen mutmasslichen Willen kann bisweilen aus der Zugehörigkeit zu einer Religion oder einer anderen Gesinnungsgruppe geschlossen werden, sofern damit in aller Regel bestimmte sachrelevante Überzeugungen einhergehen. Ein Beispiel ist die Ablehnung von Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas.

Die Relevanz einer früheren Willensäusserung für die Frage nach der Zulässigkeit eines in der Gegenwart erwogenen Eingriffs hängt auch von ihrer Aktualität und damit oft einfach von der Zeit ab, die seit ihrer Erstellung verstrichen ist. Je weiter eine eigentlich klare Willensäusserung zeitlich zurückliegt, desto eher ist sie bloss Ausdruck eines eher schwächeren mutmasslichen Willens.[1477] Von besonderer Bedeutung ist die Frage nach der Gültigkeit der Willensäusserung in der Medizin. Auch hier fällt das Alter der Patientenverfügung (i.S.v. Art. 370 ff. ZGB) ins Gewicht: Bei jungen, auf eine konkrete Situation bezogenen Patientenverfügungen ist anzunehmen, sie drückten den wirklichen gegenwärtigen Willen der Betroffenen aus. Je älter eine Patientenverfügung ist und je abstrakter ihr Inhalt, desto eher kann man ihr nur einen schwachen mutmasslichen Willen hinsichtlich der infrage stehenden konkreten Massnahme entnehmen.[1478]

Gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht hat der Arzt einer Patientenverfügung zu entsprechen, ausser sie verstiesse gegen geltende Gesetze oder es bestünden begründete Zweifel, ob sie „auf freiem Willen beruht oder noch

---

1477 Vgl. die Regel, dass im Erbrecht bei Vorliegen zweier Testamente das jüngere vorgeht; vgl. ferner schon das Wort: *letzt*willige Verfügung (Art. 467 ZGB).

1478 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht" (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Diese Unverbindlichkeitsgründe sind weniger restriktiv definiert als die Ungültigkeitsgründe des Testaments, wo ein mangelhafter Wille erst vorliegt, wenn es unter Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang zustande kam (Art. 469 Abs. 1 ZGB). Die Schwelle zur Unverbindlichkeit einer Weisung in der Patientenverfügung liegt wesentlich tiefer. Zweifel an der Autonomie und Aktualität des in der Patientenverfügung ausgedrückten Willens wird man m.E. bereits haben können, wenn die persönlichen Lebensumstände des Betroffenen (etwa eine Elternschaft, mit Auswirkungen auf die Risikobereitschaft) oder der medizinische Stand der Technik (z.B. Existenz weniger intrusiver Eingriffstechniken) sich auf eine für den konkreten Fall signifikante Weise änderten.[1479]

Der Klarheit wegen sollten urteilsfähige Verfasser älterer Patientenverfügungen diese gelegentlich bestätigen und nötigenfalls an gewandelte Präferenzen anpassen (vgl. Art. 370 Abs. 1 ZGB).[1480] Es empfiehlt sich, in einer Patientenverfügung nicht nur abstrakte Wertworte zu brauchen (etwa Lebensqualität, Würde, Freiheit), sondern konkret Wünsche, Bedenken, Ängste und Erwartungen festzuhalten, was bessere Rückschlüsse auf die wirklichen Präferenzen ermöglicht.[1481]

Gemäss Wortlaut des Art. 372 Abs. 2 ZGB, kann eine Patientenverfügung (nur) einen mutmasslichen Willen ausdrücken. Der in der Patientenverfügung geäusserte Wille kann daher einem abweichenden, sich etwa konkludent äussernden mutmasslichen Willen widersprechen, sodass zu prüfen ist, welcher mutmassliche Wille eher zutrifft. Es kann sein, dass der mimische Ausdruck schwerster Schmerzen bei der Durchführung einer per Patientenverfügung gebilligten Operation dazu führt, dass auf die Operation verzichtet wird.

1479 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 128: „[L]es directives anticipées […] cristallisent une situation, ce qui ne permet pas toujours de prendre en considération des changements, soit dans la réflexion du patient (si celui-ci n'a pas sans cesse adapté les directives anticipées qu'il aurait prises), soit dans le développement de la science."

1480 SAMW, Patientenverfügungen, 8, Ziff. 3.4.

1481 Vgl. SAMW, Patientenverfügungen, 9, Ziff. 4.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c. Substanzielle Selbstgefährdung

Eine Konstellation der paternalistischen Rettung setzt, abgesehen vom Element der Fremdbestimmung, voraus, dass eine schwere Selbstgefährdung den Anlass zur infrage stehenden Intervention liefert.[1482] Die Selbstgefährdung richtet sich gegen Leib und Leben oder trifft anderweitig auf zentrale Weise Grundbedürfnisse zumindest zweiter Stufe.[1483]

Vor selbst und frei bewirkten Gefahren, deren Verwirklichung die Lebensqualität der sich selbst gefährdenden Person in aller Regel nicht erheblich und nicht nachhaltig zu verringern droht, ist im liberalen Staat niemand zu schützen.[1484] Gleiches gilt für Selbstgefährdungen, deren Konsequenzen schwer (u.U. tödlich) sein können, sich aber nur mit einer geringen Wahrscheinlichkeit realisieren (so die Selbstgefährdung, die jeder Autofahrt inhärent ist; oder die Selbstgefährdung des Bergsteigers); dies gilt allgemein für abenteuerliche Unternehmungen, bei denen sehr hohe Risiken und mögliche grosse Erfahrungsgewinne sich etwa die Waage halten. Ohne folgenethisch unhaltbaren Aufwand liessen sich Schäden staatlicherseits nicht verhindern.

Eine gewisse Schwere der drohenden Einschränkung ist bei allen Grundrechtskollisionstypen erforderlich.[1485] Beim Kollisionstyp der paternalistischen Rettung ist dies besonders wichtig, weil die Schutzwürdigkeit der Selbstbestimmung und die Fähigkeit des Einzelnen zur Selbstverantwortung im liberalen Rechtsstaat vermutet werden (vgl. Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 BV).

d. Grundrechtsdogmatische Einordnung

Dass Kollisionen bisweilen durch Schutzhandlungen zugunsten der Grundrechte Dritter aufgelöst werden, ist in der Verfassung implizit vorge-

---

1482 Vgl. e contrario BGE 130 I 16 E. 5.3, 24: „Im Umstand, dass die Beschwerdeführerin unbefugterweise mehrmals das Antidepressivum Fluctine zu sich genommen hat und sich dieses Medikament mit der angeordneten Medikation nicht verträgt, kann keine unmittelbare und schwerwiegende Selbstgefährdung erblickt werden."

1483 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2, zur Relevanz der Grundbedürfnissen im Kollisionsfall.

1484 Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 100; vgl. ebd. 68.

1485 Die Grundrechtskollision deckt Konflikte von peripheren Schutzgehalten (dazu Teil 2, B.II.2.c) nicht ab; vgl. hinten, Teil 4, A.III.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sehen (Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 BV). Wird in Grundrechte eingegriffen, um Personen davor zu bewahren, eigene grundrechtliche Güter zu schädigen, hat dies semantisch wenig mit dem Schutz der Grundrechte Dritter zu tun. Daher zählt der Schutz vor sich selbst, wo überhaupt legitim, in der gegenwärtigen Verfassungsordnung zu den öffentlichen Interessen.[1486]

2. Beispiele

Der Staat ist beispielsweise dann mit dem Dilemma der *paternalistischen Rettung* konfrontiert, wenn er entscheiden muss: ob eine psychisch labile Person bei akuter Suizidgefahr in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen werden kann; ob die freie Ausübung einer Extremsportart vom Absolvieren eines Kurses abhängig gemacht werden darf; ob Alkoholwerbung im Interesse der Konsumenten verboten werden darf; ob eine vom Betroffenen mutmasslich abgelehnte, lebensrettende Bluttransfusion vorgenommen werden darf. Das nachfolgend ausführlich besprochene Fallbeispiel ist jenes des Haftinsassen, der einen Hungerstreik so lange fortzusetzen gewillt ist, bis er nur noch mittels Zwangsernährung – oder durch Gewährung dessen, was er fordert – vor bleibenden schwersten Gesundheitsschäden bewahrt werden kann.

Der paternalistische Rettungseingriff erfolgt in der Regel durch aktives, invasives staatliches Tätigwerden. Der Paternalismus kann aber auch darin bestehen, dass der Staat etwas nicht (mehr) tut: Die Reduktion der Geldzahlungen an einen spielsüchtigen Sozialhilfeempfänger und die Einführung von Sozialhilfeleistungen in Form von Gutscheinen für Naturalleistungen (für den Kauf von Nahrung, Kleidern etc.) kann als paternalistische Rettung eingestuft werden.

Im weiten Sinne können auch gewisse Gemeingutgefährdungen, wie etwa Gefährdungen der freien demokratischen Willensbildung (Art. 34 BV), zu Dilemmata vom Typus der paternalistischen Rettung führen. So könnte sich die Frage stellen, ob der Staat den Zeitpunkt einer Wahl oder Abstimmung verschieben oder gewisse Informationen vom Diskurs ausschliessen darf, wenn Indizien bestehen, dass eine fremde Macht etwa über Cyberangriffe und die massive Verbreitung von Falschinformationen durch Diskurssaboteure in sozialen Medien im Begriffe ist, die Wahl in ihrem Interesse zu manipulieren. Da die Gefährdung der demokratischen

1486 Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, Rz. 52; Biaggini, BV, Art. 36 N. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ordnung stets eine mittelbare Bedrohung wichtiger Individualgüter ist, ist die Wesentlichkeitsschwelle in jedem Fall erreicht.

Nicht der paternalistischen Rettung zugeordnet wird jene Gruppe von Fällen, bei denen die Ermittlung eines hinreichend deutlichen Willens misslingt und der Staat entscheiden muss, welche der prima facie konfligierenden Grundrechte der betroffenen Person er schützen soll. Ein solcher Fall kann etwa eintreten, wenn ein Komapatient nie Gelegenheit hatte, einem riskanten medizinischen Eingriff zuzustimmen oder diesen abzulehnen, und seine Präferenz sich zudem nicht indizienweise rekonstruieren lässt. Solche Fälle sind der Kategorie der *selektiven Rettung* zuzuordnen. In Fällen von kombinierter Selbst- und Fremdgefährdung überschneidet sich die *paternalistische Rettung* mit der Problematik der *aggressiven Rettung*. Dies ist der Fall beim Problem der Zwangsmedikation einer psychisch kranken Person, die ohne Medikation sich selbst, das Betreuungspersonal sowie andere Anstaltsbewohner gefährdete.[1487] Ein anderer hybrider Fall ergibt sich, wo der Staat erwägen muss, einem Prediger, der seine jungen Zuhörer subtil und wirksam zu Hass und Gewalt verleitet, ein Berufsausübungsverbot zu erteilen, um die Zuhörer vor sich selbst (z.B. vor der mit der Radikalisierung einhergehenden Marginalisierung und kürzeren Lebenserwartung) und um die Gesellschaft vor radikalisierten Einzelnen zu schützen.

II Aggressive Rettung

1. Problemumriss

Die aggressive Rettung bezeichnet Fälle, bei denen bestimmte Personen Grundrechte Dritter gefährden und sich daher die Frage stellt, ob der Staat den Schutz der Betroffenen durch Einschränkung der Freiheiten und Rechte der gefährdenden Personen (kurz: Störer) gewährleisten darf. Das Dilemma der aggressiven Rettung zeichnet aus, dass schutzwürdige

1487 Vgl. BGE 130 I 16; BGE 127 I 6, insb. E. 9a, 27, wo aus der staatlichen Fürsorgepflicht die „Notkompetenz [der Klinik] zur Aufrechterhaltung von Leben und Abwendung einer unmittelbaren Gefahr von schwerer Gesundheitsschädigung im Sinne der polizeilichen Generalklausel" hergeleitet wird; vgl. BGE 126 I 112, in welchem vor allem das Motiv der Verhinderung der Drittgefährdung im Zentrum stand. Vgl. dazu G. Niveau, Les mesures de contrainte, in: Bertrand e.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 377 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

grundrechtliche Interessen nur durch die Einschränkung der Abwehrrechte anderer Personen gewahrt werden können.

Der Kollisionstyp, der als aggressive Rettung bezeichnet wird, steht oft im Zentrum von Beiträgen zum Thema der Grundrechtskollision.[1488] Damit geht ein Fokus auf Kollisionen von Abwehrrechten mit Schutzrechten einher, bei denen die Interessen eines Störers mit jenen eines Opfers konfligieren. Das hat wohl auch dazu beigetragen, dass andere Kollisionsformen, bei denen die Gefahr nicht vom Störer ausgeht, weniger besprochen werden (so etwa Fälle der forcierten Solidarität[1489], wo Abwehrrechte unbeteiligter Dritter mit Leistungsrechten oder Schutzrechten kollidieren; oder Fälle der selektiven Rettung, wo beidseitig Schutzrechte oder Leistungsansprüche betroffen sind[1490]).

2. Beispiele

Die Problematik der aggressiven Rettung stellt sich zum Beispiel im Falle des finalen (gezielt tödlichen) Rettungsschusses auf eine Person, die Leib und Leben einer anderen Person bedroht. Eine weitere Fallgruppe betrifft den Einsatz aggressiver Verhörmethoden zur Lebensrettung. Ein solcher Fall wird nachfolgend unter der neutralen Bezeichnung als aggressives Rettungsverhör besprochen.[1491]

Die Intervention des Staates richtet sich nicht immer nur gegen den Störer. Die aggressive Rettung kann zusätzlich die Einschränkung von Grundrechten Dritter zur Folge haben, welche die Kollision nicht verursachten. Da überschneidet sich die aggressive Rettung mit der forcierten Solidarität[1492] oder der selektiven Rettung.[1493] Ein Beispiel hierfür ist der Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeuges, das als Tatwaffe eingesetzt zu werden droht, wenn tatunbeteiligte Passagiere oder Besatzungsmitglieder an Bord sind oder der Abschuss über dicht besiedeltem Gebiet stattfände.[1494] Zudem kommt es zu den erwähnten Überschneidungen mit Fällen der paternalistischen Rettung, wenn gleichzeitig eine Dritt-

---

1488 So etwa bei Martin, Grundrechtskollisionen, 1 ff.
1489 Hinten, Teil 4, A.III.
1490 Hinten, Teil 4, A.IV.
1491 Hinten, Teil 4, C.
1492 Zur forcierten Solidarität: Teil 4, A.III.
1493 Zur selektiven Rettung: Teil 4, A.IV.
1494 Siehe hinten, Teil 4, D; hierzu insb. BVerfGE 115, 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gefährdung und eine Selbstgefährdung verhindert würden (etwa bei der Zwangsmedikation einer psychisch kranken Person).

III Forcierte Solidarität

1. Problemumriss

Bei der forcierten Solidarität dreht sich der Konfliktschwerpunkt um den Wert der freien Selbstbestimmung, die jeweils eingeschränkt zu werden droht, damit andere, im konkreten Fall womöglich wertvollere Rechtsgüter geschützt werden können. Das Dilemma zeichnet aus, dass der Staat bestimmte bedrohte Grundrechte nur schützen kann, indem er andere, die Gefahrenlage nicht provozierende Grundrechtsträger mit bestimmten Druckmitteln dazu bringt (forciert), einen Beitrag zur Rettung der bedrohten Grundrechte zu leisten. Dieser Beitrag ist dann die forcierte Solidarität. Die bei solchen Kollisionen eintretenden Einschränkungen sind auf das Unvermögen des Staates zurückzuführen, Grundrechte ohne Zugriff auf private Ressourcen zu verwirklichen.

Jede wesentliche Freiheitsbegrenzung zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder der Grundrechte Dritter, ist ein Ausdruck forcierter Solidarität, soweit der Eingriff nicht primär (so bei der aggressiven Rettung) auf die Begrenzung der Freiheit allfälliger Störer gerichtet ist und zudem nicht der Schutz vor sich selbst im Vordergrund steht (so bei der paternalistischen Rettung).

Die forcierte Solidarität umfasst allerdings nicht jedes verpflichtende Wirken des Staates. Von Forcieren kann nur die Rede sein, wo dieses sich durch eine unüblich nötigende Komponente auszeichnet. Es bedarf der Einschränkung der Freiheit, die über die Einschränkung von blossen Modalitäten der Freiheitsausübung hinausgeht. Der Druck, der von formalen Anforderungen an die rechtswirksame Ausübung einer Wahl (z.B. des Nachnamens durch ein Ehepaar) oder an die Inanspruchnahme von Leistungen (z.B. Stipendien oder Beiträgen der Sozialhilfe) ausgeht, liegt unter der Schwelle des „Forcierten". Auch in der Pflicht, Steuern zu bezahlen, ist keine Nötigung zur Solidarität zu sehen, da (und solange) es sich hierbei um eine übliche Leistung handelt, die für das Funktionieren des Gemeinwesens notwendig ist. Aus ähnlichem Grund ist in der Pflicht, keine Straftaten zu begehen, kein Forcieren zur Solidarität zu sehen; das Unterlassen von material tatsächlich verwerflichen Straftaten darf als selbstverständlich gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die begriffliche Einschränkung der forcierten Solidarität ist notwendig, weil ein zu weiter Kollisionsbegriff Missbrauchsrisiken birgt: Es drohten herbeidefinierte Kollisionen als Vorwand missbraucht zu werden, politisch unbequeme Grundrechte einzuschränken. Besonders bedroht wären vulnerable Angehörige von Minderheiten, die ohnehin Mühe haben, Schutz zu finden.

2. Beispiele

Forcierte Solidarität läge vor, wo ein Impfobligatorium zum Schutz vulnerabler Einzelpersonen, die ihres Alters oder der persönlichen Veranlagung wegen nicht geimpft werden können[1495], implementiert würde. Dadurch würden nichtimmune Einzelpersonen durch die sogenannte Herdenimmunität (d.h. durch die Immunität eines zur Epidemieverhinderung genügend grossen Anteils der potenziell betroffenen Gemeinschaft) geschützt. Die Solidarität diente hier dem Schutz der Gesundheit nicht impffähiger, besonders vulnerabler Einzelpersonen. Das Problem des Impfobligatoriums enthält auch Elemente der paternalistischen Rettung, wo es auch darum geht, die impfunwilligen Personen selbst vor der Krankheit zu schützen.[1496]

Das Krankenversicherungsobligatorium (vgl. Art. 3 Abs. 1 KVG) könnte für einen Teil der Betroffenen eine Form forcierter Solidarität darstellen, die aber (vorbehaltlich exzessiver Kosten) unstreitig zulässig sein dürfte. Die allgemeine Männerwehrpflicht (Art. 2 Abs. 1 MG) führt, sobald ein Solidaritätsnutzen gegeben ist (also im Verteidigungsfall), ebenfalls zu Fällen der forcierten Solidarität. Ein weiterer Fall wäre die künstliche Verlängerung des Lebens einer schwangeren, sterbewilligen Frau zum alleinigen Zweck, das Kind lebend zur Welt zu bringen.

Vorliegend wird als Fallbeispiel der Wechsel von der Zustimmungslösung hin zur Widerspruchslösung (mit der Obliegenheit, die Ablehnung der postmortalen Organspende zeitlebens eintragen zu lassen) im Organtransplantationswesen besprochen.[1497] Die Einführung eines Opt-out-Sys-

---

1495 Vgl. Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 104; dort mit Verweis auf BBl 1880 I 86.

1496 Gemäss Zuppinger, Schutz gegen sich selbst, 104, dient die Impfung gar in erster Linie dem Schutz vor Ansteckung für den Geimpften selbst.

1497 Hinten, Teil 4, E.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tems könnte als ein Forcieren mit solidarischem Zweck (Erhöhung der Organspendezahl) angesehen werden.

IV Selektive Rettung

1. Problemumriss

Die selektive Rettung zeichnet aus, dass wegen der mehrfachen Grundrechtsgefährdung nur ein Teil der bedrohten Grundrechte Schutz erfahren kann. Der Staat muss entscheiden, welche Grundrechte (u.U. wessen Leben) er mit den begrenzten Kapazitäten rettet. Das hat die selektive Rettung mit den übrigen Kollisionstypen gemeinsam. Zudem definiert sich die selektive Rettung über die Abwesenheit der Wesensmerkmale der anderen drei Typen an Grundrechtskollisionen: keine Selbstgefährdung, keine Störer, kein Verpflichten Dritter zur Solidarität. Die Kategorie der selektiven Rettung umfasst damit namentlich Fälle, bei denen die Gefahrenlage auf natürliche Gewalt zurückzuführen ist (soweit kein Fall forcierter Solidarität vorliegt).

Die selektive Rettung ist in mancher Hinsicht der Ceteris-paribus-Grundfall aller Kollisionen. Typischerweise sind die kollidierenden Grundrechte bei der selektiven Rettung von einer Bedrohung auf ähnliche Weise betroffen. Es kollidieren in der Regel gleichlaufende Anspruchsdimensionen: Schutzrechte gegen Schutzrechte, Leistungsrechte gegen Leistungsrechte; seltener aber Schutzrechte gegen Abwehrrechte, wie bei der aggressiven Rettung, oder Leistungsrechte gegen Abwehrrechte, was für die forcierte Solidarität typisch ist. Bei der selektiven Rettung steht die Frage im Vordergrund, welche Personen man priorisieren soll – weniger die Frage nach dem Vorrang eines Grundrechts vor einem anderen.

2. Beispiele

Ein Beispiel der selektiven Rettung liegt vor, wenn nach einem Erdrutsch 50 Personen auf Evakuationshilfe warten, aber wegen der Witterungsbedingungen nur 15 hiervon rechtzeitig evakuiert werden können. Ein anderes ist der vorne besprochene Fall: Ein Medikament kann entweder an fünf Personen gegeben werden, von denen jede einzelne Person durch je ein Fünftel der verfügbaren Menge gerettet würde, oder an eine, die die ganze Menge bräuchte (wie bereits dargelegt, sollte der Staat die fünf Per-

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sonen retten).[1498] Auch die sogenannte Triage ist der selektiven Rettung zuzuordnen. Dabei geht es um die Frage, ob der Staat (im Falle von Krieg, einer anderen Katastrophe oder einfach begrenzter Kapazitäten) zuerst den Personen helfen soll, die sich nicht selbst retten könnten, die aber bei Hilfe realistische Überlebenschancen hätten.[1499] Im Alltag sind ärztliche Notfallstationen mit Triage-Problemen konfrontiert; das medizinische Personal muss innert kurzer Zeit entscheiden, in welcher Reihenfolge es die Patienten betreuen soll.[1500]

Da die Problematik der selektiven Rettung im Rahmen der Analyse der übrigen Fallbeispiele unweigerlich mitbesprochen wird und das Kernproblem dieser Kollisionsart überdies gründlich im zweiten und dritten Teil der Arbeit Thema war[1501], wäre der Erkenntniswert einer Fallanalyse zu diesem Thema gering. Auf eine solche wird daher verzichtet.

B. Zwangsernährung eines Hungerstreikenden

Vorliegend wird der Fall der Zwangsernährung einer sich im Hungerstreik befindlichen Person im Strafvollzug untersucht. Zunächst wird das Problem anhand von drei Fallbeispielen (Hungerstreik A, B und C) verdeutlicht:

> *Hungerstreik A*: Amber sitzt wegen wiederholter Drogendelikte (insb. Produktion und Verkauf von Cannabis) eine einjährige Haftstrafe ab. Er erachtet dies als zutiefst ungerecht. Also tritt er in den Hungerstreik und fordert die sofortige Freilassung. Auch als sein Gesundheitszustand kritisch wird, führt er den Hungerstreik fort. Er rechnet damit, dass die Behörden es sich nicht leisten könnten, seinen Tod in Kauf zu nehmen, und ihn aus der Haft entlassen werden. Amber hat noch im Zustand mutmasslicher Urteilsfähigkeit eine Patientenverfügung erstellt, in der er die zwangsweise Ernährung strikt ablehnt.

1498 Vorne, Teil 3, D.III.3.

1499 Dazu allg.: K.V. Iserson/J.C. Moskop, Triage in medicine, part I: Concept, history, and types, in: Annals of Emergency Medicine, 49 (3), 275–281, 2007.

1500 Dazu Rutschmann/Sieber/Hugli, Triage in Schweizer Notfallstationen, 1789–1790.

1501 Siehe vorne, Teil 3, D.III.3, ferner ebd. B.III.3, B.III.8; vgl. vorne, Teil 2, B.IV und C.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das skizzierte Dilemma orientiert sich am *Rappaz*-Fall, mit dem sich das Bundesgericht beschäftigen musste.[1502] Die folgende Variante lehnt sich am Fall *Ciorap v. Moldova* an, der vom EGMR am 19. Juni 2007 beurteilt wurde.[1503]

> *Hungerstreik B*: Seit Jahren befindet sich Blanc wegen eines Gewaltdelikts in Haft. Blanc befindet sich im Hungerstreik, dessen Fortsetzung nun zum Tod, zumindest aber zur schweren Gesundheitsschädigung zu führen droht. Jegliche Ernährung hat Blanc im urteilsfähigen Zustand bewusst und klar abgelehnt. Blanc hofft, die Behörden zu nötigen, die unerträglichen Haftbedingungen zu verbessern: Schimmel wegen schlechter Belüftung; Kellerasseln und Maden in der Zelle, Nagetiere im Innenhof, Bettenmangel, nachts laute Musik, Nahrungsmangel. Blanc will zwar nicht sterben, zöge aber den Tod der Haft unter den gegenwärtigen Umständen vor.

Zuletzt eine Variante mit einer frei erdachten Sachverhaltsmodifikation:

> *Hungerstreik C*: Cyan sitzt seit zwölf Jahren eine Haftstrafe ab, die alle Merkmale einer politisch motivierten Strafe aufweist. Cyan ist eine führende Figur einer Minderheit, deren Angehörige in den regierungsnahen Medien systematisch als Terroristen verleumdet werden und die, unter dem Vorwand der Terrorismusbekämpfung, unterdrückt werden. Sie befindet sich im fortgeschrittenen Hungerstreik. In Kenntnis der Risiken beschliesst Cyan, trotz ihres an sich intakten Lebenswillens den Hungerstreik bis zum drohenden Ende fortzuführen. Sie will die internationale Gemeinschaft auf die Not ihrer Gemeinschaft aufmerksam machen und so zur Verbesserung der Lebensumstände der ihr nahestehenden Personen beitragen.

Alle drei Fallvarianten illustrieren mit je eigenen Nuancen das Problem der paternalistischen Rettung. Bei all diesen Fällen fragt sich, ob der Staat die zwangsweise Ernährung des Betroffenen anordnen darf, um die Selbsttötung oder eine irreversible schwere Gesundheitsschädigung zu verhindern.

1502 BGE 136 IV 97. Besprechungen etwa bei Bommer, ZBJV 151/2015, 350 ff.; Brägger, Hungerstreik, 523 ff.; Guillod/Sprumont, Jeûne; Krähenmann/Schweizer/Tschumi, Hungerstreik im Strafvollzug; Tschentscher, ZBJV 147/2011, 771 f.; ders., BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19; ausführlich zur Thematik zudem Zoryan, Patientenverfügung, 129–148.

1503 EGMR, Ciorap v. Moldova (2007), 12066/02.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wo nichts anderes vermerkt ist, beziehen sich nachfolgende Ausführungen stets auf den Grundfall (*Hungerstreik A*).

I Problemstruktur

1. Kollision der Grundrechte des Hungerstreikenden

Die Zwangsernährung illustriert das Problem der paternalistischen Rettung. Darf der Staat verhindern, dass jemand sich selbst willentlich verletzt? Es kollidieren die Selbstbestimmungsrechte des Betroffenen und die staatliche Schutzaufgabe. Zur Rede steht ein invasiver Eingriff des Staates in die Grundrechte jener Person, deren Schutz er mit dem Eingriff bezweckt. Der primäre Zweck der paternalistischen Rettungshandlung ist die Verhinderung der Selbstschädigung des Betroffenen.[1504] Der Staat ist im Dilemma, dass er das Leben von jemandem schützen muss, der ihm dies (in der beabsichtigten Form) explizit verbietet.[1505]

Der Hungerstreik-Fall ist ein reiner Fall der paternalistischen Rettung. Die durch den Hungerstreik und die staatliche Reaktion unmittelbar und zentral getroffenen Grundrechte sind dem gleichen Grundrechtsträger zuzuordnen.[1506] Amber, Blanc und Cyan beeinträchtigen durch den Hungerstreik nicht ihrerseits Grundrechte Dritter; sie sind keine Störer.

Der Staat kann solche Fälle in einem ersten Schritt prüfen, als komme es nur auf das Wohl des Hungerstreikenden an; nur dessen Grundrechte sind unmittelbar betroffen. Der paternalistischen Rettung ist eigentümlich, das Gleichheitsfragen keine besondere Rolle spielen. Nicht wen der Staat rettet, sondern welche Interessen er priorisiert, ist massgeblich. Die Frage, auf wen es überhaupt ankomme (die Frage nach dem Kreis der Gleichheit[1507]), ist hier zunächst irrelevant.

1504 Vorne, Teil 4, A.I.1.a-c.

1505 Zur Definition der *paternalistischen Rettung* siehe vorne, Teil 4, A.I.

1506 In EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 152 war die lebensrettende Zwangsernährung trotz Einschränkung der Menschenwürde für zulässig erachtet worden. Diese ungewöhnliche Wertung kann man mit Long der besonderen Konstellation zuschreiben, in der Abwehr- und Schutzrechte bei derselben Person liegen: Long, Guide, 24: „However, this is an unusual case as the justification for the violation was in order to save the life of the person who would otherwise be considered a victim of a breach of Article 3. The ill-treatment was not administered in order to save other lives."

1507 Dazu vorne, Teil 3, A.II.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Weitere betroffene öffentliche und private Interessen

a. Entscheidende öffentliche Interessen

In Entscheiden zur Zwangsernährung wird deren Zulässigkeit an die Voraussetzung geknüpft, dass die Behörden im „besten Interesse" des Betroffenen handelten.[1508] Ob das jemals der Fall sein kann, ist fraglich. Das Dilemma der paternalistischen Rettung dreht sich zwar primär um die Frage, ob der Schutz des Selbstbestimmungsrechts oder der Schutz des Lebens bei der Interessenabwägung schwerer wiegt. Daneben sind aber die indirekt betroffenen öffentlichen und privaten Interessen relevant, derentwegen die für den Hungerstreikenden optimale Lösung (dass man seinen Forderungen entspreche) oft nicht infrage kommt.[1509] Es muss sich dabei jedenfalls auch um öffentliche Interessen an der ordnungsgemässen Fortsetzung der Haft handeln.

b. Interessen der intervenierenden Ärzte

Hungerstreik-Dilemmata zeichnen sich durch das Dreieck zwischen der Strafvollzugsbehörde, dem Arzt und dem betroffenen Patienten aus. Daraus ergeben sich schwierige Anforderungen an die Unabhängigkeit des Arztes.[1510] Die Frage, ob der Staat eine Zwangsernährung durchführen oder veranlassen darf, betrifft indirekt auch die Berufsethik der Ärzte.[1511] Bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Zwangsernährung sind daher die Interessen des medizinischen Personals zu berücksichtigen. Im Gesetz oder in der Verordnung sollte daher der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass einige Ärzte sich aus Gewissensgründen der Aufgabe entziehen möchten. Ärzte zu zwingen, diese Massnahme durchzuführen, wäre schon aus Effektivitätsgründen abwegig. Den betroffenen Institutionen sollte bekannt sein, welche Ärzte eine Intervention ablehnten und welche bereit wären, sie durchzuführen (auch dies kann Gewissensgründe haben).

1508 Vgl. EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02 § 81.
1509 Dazu vorne, Teil 4, B.I.3, und hiernach, B.III.2.b.
1510 Bertrand/Elger/Wolff, L'activité médicale en milieu pénitentiare, 246.
1511 Vgl. Bertrand/Elger/Wolff, L'activité médicale en milieu pénitentiare, 237.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c. Qualifizierter Schutz im Sonderstatusverhältnis

Zu berücksichtigen ist die Art der Beziehung zwischen dem Staat und dem Gefangenen; hier besteht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis (Sonderstatusverhältnis).[1512] Der Gefangene ist wegen der staatlichen Freiheitsbegrenzung in einer vulnerablen Lage und daher besonders auf Schutz angewiesen.[1513] Haftinsassen befinden sich in einer ähnlichen Situation wie Kinder: Sie geniessen zwar nicht im selben Umfang Selbstbestimmung wie freie (respektive erwachsene) Menschen, haben dafür aber Anspruch auf besonderen Schutz (vgl. Art. 11 BV).

3. Nachhaltigkeitsprobleme

Wegen des Gebots der optimalen Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV) kommen nur Kollisionslösungen infrage, die unter Beachtung aller Folgen, auch der relevanten längerfristigen Wirkungen, verhältnismässig sind. Insoweit fordert der Grundsatz der optimalen Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) die Nachhaltigkeit der Kollisionslösung. Dies bedeutet, dass der Staat sich nicht damit begnügen darf, grundrechtliche Ziele vorübergehend oder gar nur vordergründig zu erreichen.[1514] Ein repressives Gesetz, das zum Ziel hätte, Selbstmorde zu verhindern, aber dazu führte, dass Sterbewillige sich das Leben auf grausame Art nehmen, wäre nicht nachhaltig. So könnte die Einschränkung des Zugangs zu bestimmten Drogen oder Giften, die einen eher sauberen und schmerzfreien Freitod ermöglichen[1515], dazu führen, dass Sterbewillige den Tod auf grausamere Art suchen (z.B. durch Aufschneiden der Hauptschlagader). Der Staat müsste sich die Graumsamkeit der gewählten

1512 Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 10, Rz. 47.

1513 EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, 35254/07 (2011), § 71: „Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them. In particular, the national authorities have an obligation to protect the health and well-being of persons who have been deprived of their liberty"; vgl. CPT/Inf (2001) 16, § 31: „le fait de priver une personne de sa liberté implique toujours l'obligation de la prendre en charge".

1514 Zu dieser Thematik siehe allgemein Uffer, Mobilität, passim.

1515 Sterbehilfeorganisationen verwenden beispielsweise Diazepam, Thiopental oder Natrium-Pentobarbital; siehe Philip Nitschke/Fiona Stewart, The Peaceful Pill Handbook, Exit International US Ltd (Hrsg.), 2006, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Freitodmittel vorwerfen lassen, soweit sie Konsequenz der repressiven Freitodpolitik wären.[1516]

Bei einer Zwangsernährung äusserte sich fehlende Nachhaltigkeit etwa dadurch, dass der Betroffene sich Wochen oder Monate nach der Intervention auf andere Weise (aber aus ungefähr jenen Gründen, die ihn zum Hungerstreik animierten), das Leben nähme. Besonders wichtig ist der Nachhaltigkeitsgedanke in Bezug auf den betroffenen Regelungsbereich; bei der Frage nach der Zwangsernährung stehen der Strafvollzug sowie das Gesundheitswesen im Zentrum:

- Nachhaltigkeitsprobleme im *Strafwesen* drohten dort zu entstehen, wo der Staat den Forderungen der Hungerstreikenden einfach entspräche. Es käme wohl zur Erosion des öffentlichen Vertrauens in den Strafvollzug. Der Staat müsste sich vorwerfen lassen, dass er ausgerechnet eine Person privilegiert, die sich nicht kooperativ verhält. Dies hätte Einschränkungen des Funktionierens der Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden zur Folge. Zeugen, Privatkläger und Opfer von Straftaten könnten in Zukunft weniger gewillt sein, mit den Strafverfolgungsbehörden eines als erpressbar wahrgenommenen Staates zu kooperieren. Ein zur Freilassung führender Hungerstreik stiftete zudem andere Haftinsassen zu Hungerstreiks an.
- Nachhaltigkeitsprobleme im *Gesundheitswesen* drohten, wenn die Zwangsernährung durchgeführt würde. Da im Gesundheitswesen die Patientenautonomie (die informierte Selbstbestimmung des Patienten) als Leitmotiv[1517] gehandelt und geschätzt wird[1518], ist zu erwarten, dass schwere Einschränkungen der Selbstbestimmung mit einem Verlust an Vertrauen ins Gesundheitswesen einhergingen. Eine Zwangsernährung gegen den in einer Patientenverfügung ausdrücklich festgehaltenen Willen des Patienten könnte das Vertrauen einiger Personen durchaus schmälern. Befürchten andere (potenzielle) Patienten, die Behörden und Ärzte könnten die Patientenverfügung nach Gutdünken missachten, droht diese (als Institut) an Wert und damit an praktischem Nutzen einzubüssen.

1516 Dass der Staat Selbsttötungen nicht grundsätzlich namens des Lebensrechts zu verhindern habe, ist heute weitherum anerkannt; für viele etwa Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19.

1517 T.-W. Harding, L'influence du droit sur la relation entre médecins, malades et la société, in: Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical.

1518 Bertrand, Consentement, 112 ff.; Martin-Achard, Consentement, 124 ff.; SAMW, Selbstbestimmung, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zum zweiten Punkt ist aber gleich eine gewisse Relativierung angebracht: Man darf einer Durchschnittsperson zutrauen, Ausnahmefälle als solche wahrzunehmen. Sie dürfte erkennen, dass die allfällige Zwangsernährung in *Hungerstreik A* nichts mit selbstherrlicher Missachtung der Selbstbestimmung des Betroffenen durch den Staat zu tun hätte, sondern damit, dass man eine Folge abwenden will, die der Betroffene selbst nicht begehrt. Wird in *Hungerstreik A* Amber künstlich ernährt, durchkreuzt man zwar dessen spekulativen Plan, das eigene Leben in Geiselhaft[1519] zu nehmen, um den Staat zum Einlenken zu zwingen; man bräche aber gerade nicht den tieferen Willen Ambers, weiterzuleben. Dieser Wille manifestiert sich durch die Forderung nach Freilassung, im Lichte welcher es inkongruent wäre, zu unterstellen, Amber wolle sterben – zumal er nur eine einjährige Haftstrafe abzubüssen hat. Kurz: Obwohl die Missachtung der Patientenverfügung in anderen Fällen zu einem Vertrauensverlust gegenüber dem Gesundheitswesen führen könnte, ist dies in *Hungerstreik A* nicht der Fall.

II Konfligierende Rechtsgüter

Im Vordergrund der Zwangsernährungsproblematik steht der Konflikt zwischen dem Leben und der Selbstbestimmung des Hungerstreikenden. Zudem sind (auf beiden Seiten der Kollision) die physische Integrität und die Menschenwürde betroffen.[1520] Bleibt der Staat untätig, können schwere Selbstschädigungen bis hin zur Selbsttötung die Folge sein. Ordnet er die Zwangsernährung an, kommt es mutmasslich zur Einschränkung der Selbstbestimmung und zu einer mehr oder weniger schweren Einschränkung der physischen Integrität des Hungerstreikenden.[1521] Der BV und der EMRK fehlt es an einer kollisionsauflösenden Norm für solche Fälle der paternalistischen Rettung.[1522]

1519 Das Bild stammt von: Praz, L'alimentation forcée, 3.
1520 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147 [2011] 771 f., 773.
1521 Vgl. BGer 6B_824/2015 vom 22. September 2015, 2.2.
1522 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.1.1, 107: „Ce conflit n'est pas réglé par la convention. C'est à la législation nationale qu'il appartient de le résoudre."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Lebensschutz

Zentrales Schutzgut im Zwangsernährungsdilemma ist das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV).[1523] Da es auch vor erheblichen Lebensgefährdungen schützt[1524], steht es auch dort im Zentrum, wo die Fortsetzung des Hungerstreiks nur zu irreversiblen Gesundheitsschäden führte. Entscheidend für die Aktivierung der staatlichen Lebensschutzpflichten ist, dass die vom Hungerstreikenden bewirkte (Selbst-)Gefährdungslage mit bedeutenden Risiken einhergeht, die weit über das hinausgehen, was im Sinne sozial adäquater Restrisiken in einem liberalen Staat von den Betroffenen selbst zu tragen ist.[1525]

Das Leben ist die Grundlage aller anderen Grundrechte. Daher ist das Leben das höchste Individualgut und das Lebensrecht das höchste Grundrecht überhaupt.[1526] Aus diesen Gründen wiegt eine Einschränkung des Lebensrechts in der Regel schwerer als eine Einschränkung anderer Grundrechte.[1527] Diese abstrakte Höchstrangigkeit des Rechts auf Leben fliesst letztlich aus ihrem ontologischen Pendant: Der Mensch erlebt seine unmittelbaren Überlebensbedürfnisse typischerweise als so dringlich, dass sie andere Bedürfnisse im Konfliktfall verdrängen.[1528] Rational ist dies auch deshalb, weil der aus einer Einschränkung des Lebensrechts resultie-

---

1523 Mahon, Droit fondamentaux, Rz. 54.

1524 Vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, 236.

1525 Zur Ausnahme sozial adäquater Restrisiken von der Klasse Risiken, die zur Aktivierung staatlicher Lebensschutzpflichten führen, siehe auch Kneihs, Leben, N 11.

1526 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1246–1248; Mahon, Droit fondamentaux, Rz. 88; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 283; ähnlich teilweise das Bundesgericht, jüngst etwa in: BGE 136 II 415 E. 3.2, 426: „Das Recht auf Leben bildet als fundamentales Grundrecht Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte. Es gehört unbestritten zu den zwingenden Normen des Völkerrechts und den notstandsfesten Garantien der EMRK"; BGE 98 Ia 508 E. 4a-b, 514; siehe auch die Botschaften des Bundesrats: Botsch. VE 1996, 138; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 9: „Ein Eingriff in das Recht auf Leben dürfte in der geltenden Rechtsordnung kaum je durch ein höheres Rechtsgut als das Leben gerechtfertigt sein".

1527 Zur folgenethischen Begründung der Höchstrangigkeit des Lebens vorne, Teil 3, E.I. In Bezug auf die Thematik der „Rettungsfolter" siehe hinten, Teil 4, C.III.2.g.

1528 Maslow, Human Motivation, 9 ff.; vgl. Hersch, Der Sinn, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rende Schaden (blosse Lebensgefährdungen ausgeklammert) irreversibel ist.[1529]

Dem Menschen ist der Schutz vor einem ungewollten Verlust des Lebens höchster Wert.[1530] Die internationale Rechtsprechung zur Problematik der Zwangsernährung bestätigt die Höchstrangigkeit des Lebensrechts dadurch, dass sie die Zwangsernährung nur bei Lebensgefahr und bei Gefahr einer schweren irreversiblen Gesundheitsschädigung in Betracht zieht.[1531] Das Lebensrecht weicht im Konfliktfall auch vor anderen höchstrangigen Garantien nicht einfach zurück: In *X v. Germany* hielt die EKMR (Europäische Kommission für Menschenrechte) gar eine Einschränkung der Menschenwürde für hinnehmbar, da die Nahrungsverweigerung sonst zu irreversiblen Gesundheitsschäden oder zum Tod zu führen drohe.[1532]

2. Persönliche Freiheit (Selbstbestimmung, Unversehrtheit)

Aus dem Recht auf Leben lässt sich kein Recht auf frei gewählten Tod ableiten.[1533] Soweit es ein Recht auf den eigenen Tod gibt, fliesst es aus dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 10 Abs. 2 BV). Da die Zwangsernährung der Verhinderung des fortgesetzten Hungerstreiks unter Inkaufnahme des eigenen Todes dient, schränkt sie allenfalls das Selbstbestimmungsrecht des Hungerstreikenden ein, der (prima facie freiwillig) das Todesrisiko in Kauf nahm. Eingeschränkt ist zudem die ebenfalls durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte körperliche Integrität des Patienten.

1529 Vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, 283; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 9 und 20.

1530 Vgl. vorne Teil 3, E.I.2 – 3.

1531 EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § (81-) 83: „In view of the lack of medical evidence that the applicant's life or health were in serious danger, it cannot be said that the authorities acted in the applicant's best interests in subjecting him to force-feeding"; vgl. EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 154.

1532 EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 7, § 154: „The Commission is satisfied that the authorities acted solely in the best interests of the applicant when choosing between either respect for the applicant's will not to accept nourishment of any kind and thereby incur the risk that he might be subject to lasting injuries or even die, or to take action with a view to securing his survival *although such action might infringe the applicant's human dignity*" (Hervorhebung ergänzt).

1533 EGMR, *Pretty v. UK* (2002), 2346/02; siehe auch Kneihs, Leben, N. 10 m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

a. Selbstbestimmungrecht und Schutz der Unversehrtheit

In einer Haftsituation konfligiert das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen mit einer besonderen Schutzpflicht des Staates aus der Garantenstellung. Der Staat muss den Schutz von Leib und Leben sowie der Gesundheit der unter seiner Obhut lebenden Personen gewährleisten. Im Falle einer paternalistischen Rettung im Haftkontext dreht sich daher die Grundrechtskollision um die Frage, ob die Garantenstellung des Staates in der Autonomie des Inhaftierten eine (allenfalls gar absolute[1534]) Grenze findet. In jedem Fall ist die persönliche Freiheit des Patienten (die Patientenautonomie) eine wichtige Quelle fundierter Einwände gegen medizinische Zwangsbehandlungen aller Art.[1535] Solche Zwangsbehandlungen sind schwere Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen.[1536] Sie schränken niemals nur die Peripherie der Grundrechte ein, sondern auf jeden Fall den Normalgehalt[1537]der persönlichen Freiheit, bisweilen auch deren Kerngehalt.

b. Erfordernis der Einwilligung des aufgeklärten Patienten

Weil der Schutz vor Selbstverletzungen die Selbstbestimmung einschränkt, bedürfen ärztliche Eingriffe prinzipiell der Einwilligung des Patienten[1538], den es vorgängig aufzuklären gilt.[1539] In Hungerstreikfällen

---

1534 So Tschentscher, ZBJV 2011, 773, bezogen auf Zwangsmedikationen: „Wegen des Paternalismusverbots kann es selbst gegenüber Inhaftierten keine absolute Garantenstellung des Staates geben."

1535 Vgl. Bertrand u.a. (Hrsg.), Médecin et droit médical, 2009, diverse Beiträge kreisen zentral ums Thema der Patientenautonomie im Konflikt mit anderen Gütern.

1536 Vgl. Tschentscher, ZBJV 2011, 773.

1537 Siehe vorne, Teil 2, B.II.2, zu Kerngehalt, Normalgehalt und Peripherie der Grundrechte.

1538 BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129; dieses Prinzip äussert sich in diversen Normen: natürlich in Art. 10 Abs. 2 BV; in Art. 123 StGB (Strafbarkeit leichter Körperverletzungen); in Art. 27 und Art. 28 Abs. 2 ZGB (zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz); in Art. 372 Abs. 2 ZGB (Pflicht zur Befolgung der Patientenverfügung, ausser bei begründeten Zweifeln, ob sie auf freiem Willen beruhe).

1539 Manaï, devoir d'information, 104 ff.; BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129: „pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose […] de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause". Siehe allgemein auch: Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 36, Rz. 35:

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist der Betroffene vom Arzt gründlich, verständlich und wiederholt über die Risiken von längerem Fasten in Kenntnis zu setzen.[1540] Wird ein Eingriff ohne Einwilligung durchgeführt, verletzt dieser, unbesehen des technischen Gelingens oder Misslingens der Massnahme, grundsätzlich die körperliche Integrität und ist widerrechtlich, denn „[a]llein der Inhaber des Rechtsgutes ist grundsätzlich befugt, über den Zweck des Eingriffs zu entscheiden“[1541]. Ausnahmen bedürfen gewichtiger Gründe.[1542]

c. Mutmassliche oder hypothetische Einwilligung

Wo nicht rechtzeitig die explizite Zustimmung des Betroffenen eingeholt werden kann, muss sich der Arzt am mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person orientieren (Art. 379 ZGB). Auch in Bezug auf die Zwangsernährung ist eine implizite Zustimmung denkbar.[1543] Themenverwandte Äusserungen des Betroffenen sowie Wertüberzeugungen und Lebenseinstellungen, über die subsidiär Angehörige Auskunft geben können, liefern Indizien auf diesen mutmasslichen Willen und die Interessen des Patienten.[1544] Nahe Angehörige oder vom Betroffenen als

---

Der Schutz von Grundrechten Dritter bedeutet nicht, der Grundrechtsträger dürfe beliebig vor sich selbst geschützt werden.

1540 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9; vgl. Fellmann, Rechtsverhältnis zum Patienten, 172; Bürkli, Autonomie, passim.

1541 BGE 117 Ib 197 E. 2c, 201; siehe auch BGE 133 III 121 E. 4.1.1, 129; vgl. Fellmann, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103 ff. und 172.

1542 Vgl. CPT/Inf (93) 12, Nr. 47: „Tout patient capable de discernement est libre de refuser un traitement ou toute autre forme d'intervention médicale. Toute dérogation à ce principe fondamental doit avoir une base légale et se rapporter uniquement à des circonstances exceptionnelles, définies de manière claire et stricte, applicables à la population toute entière.“; vgl. allgemein auch Art. 28 Abs. 2 ZGB: „Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.“

1543 So jedenfalls auch aus Sicht des Weltärztebundes: AMM, Malta-Deklaration, 2. Prinzip: „L'alimentation forcée venant à l'encontre d'un refus volontaire et éclairé n'est pas justifiable. L'alimentation artificielle avec le consentement explicite ou *implicite* du gréviste de la faim est éthiquement acceptable.“ (Hervorhebung ergänzt).

1544 Martin-Achard, Consentement, 128; Fenner, Sterbehilfe, 60; siehe auch Art. 378 Abs. 3 ZGB: „Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.“

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vertreter gar designierte Personen sind zudem immer zu befragen; so auch bei der Frage nach der Zwangsernährung.[1545]

Einer Patientenverfügung lassen sich Hinweise auf Werte, Präferenzen und auf den wirklichen gegenwärtigen Willen des Betroffenen entnehmen; das heisst, sie drückt typischerweise einen mutmasslichen Willen in Bezug auf den einige Zeit später infrage stehenden, konkreten medizinischen Eingriff aus.[1546] Nur klare Patientenverfügungen, die einen unverfälschten, zeitnah ausgedrückten Willen zum Ausdruck bringen, lassen sich vorbehaltlos dem tatsächlichen Willen ihrer Verfasser gleichstellen.[1547] Wo kein mutmasslicher Wille sichtbar ist, ist der hypothetische Wille des Patienten entscheidend. Dieser entspricht dem, was der urteilsfähige Patient gewollt haben und wollen würde, hätte er sich nach gebührender Information mit der Problemfrage ernsthaft beschäftigt.[1548]

Dabei ist in der Regel von einem Konnex zwischen dem, was der Mensch hypothetisch (wirklich) will und seinen Grundbedürfnissen auszugehen. Dies zumindest bei Menschen, die nicht an irreversiblen schweren Schmerzen oder an einer unheilbaren Krankheit so sehr leiden, dass deren Lebenswertgefühl schwer belastet sein könnte. Im Zweifelsfall ist daher von der Akzeptabilität jener Massnahmen auszugehen, die der Wahrung des Lebens optimal dienen. Das Überlebensbedürfnis geht folglich auch dem Bedürfnis vor[1549], keine Verletzung der körperlichen Integrität zu erleiden und nicht zu etwas gezwungen zu werden. So drängt es sich beim durchschnittlichen Patienten auf, bei Abwesenheit eines ausdrücklichen oder mutmasslichen Willens im Zweifelsfall von der hypothetischen Einwilligung in Eingriffe auszugehen, die nach den Erkenntnissen der etablierten Medizin optimal dazu beitragen, das lebenswerte Leben zu bewahren.

Das hat zur Folge, dass im Falle von Dringlichkeit lebensnotwendige Massnahmen ohne tatsächliche Einwilligung (d.h. auf Basis einer hypothetischen Einwilligung) durchgeführt werden müssen[1550], solange die Ret-

---

1545 Vgl. Thoonen, Death in State Custody, 147 f., m.H.

1546 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127.

1547 Vgl. Martin-Achard, Consentement, 127; zur Patientenverfügung insb. vorne, Teil 4, A.I.1.b.

1548 Vgl. BGE 133 III 121, 130: „En l'absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Le praticien doit alors établir que le patient aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé."

1549 Vgl. Maslow, Human Motivation, 9 ff.

1550 Martin-Achard, Consentement, 126.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tung vom Patienten nicht auf verbindliche Weise abgelehnt worden ist. Ein bloss schwacher mutmasslicher Wille, nicht gerettet zu werden, sollte einer dringlichen Lebensrettung in der Regel nicht entgegenstehen (anders lägen die Dinge bei der selektiven Rettung[1551], wo es kaum sachgerecht wäre, eine Person, die mutmasslich nicht weiterleben will, vor jenen Personen zu retten, denen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit etwas am eigenen Leben liegt).

d. Grenzen der Selbstbestimmung

Eine Entscheidung zum Hungerstreik kann nur missachtet werden, wenn andere Interessen überwiegen. Möglich soll dies sein, wo dem Hungerstreik nicht ein autonomer Wille zugrunde liegt, sondern er die Konsequenz äusseren Zwangs ist.[1552]

Hierbei wird eine einigungsethische Überlegung zur Richtschnur gemacht. Der Folgenethiker zieht zudem folgende Möglichkeit in Betracht: Von der Beachtung des Willens des Patienten, sei er auch autonom, soll abgesehen werden können, wo dies zu irreversiblen schweren Schäden führte; also allem voran zum Tod, aber auch zu schweren Körperverletzungen oder zum dauernden Verlust der Urteilsfähigkeit.[1553] Folgenethiker halten es daher etwa für zulässig, die Autonomie einer Person vorübergehend einzuschränken, um deren dauerhafte Einschränkung zu verhindern. Das spricht zugunsten der Zwangsernährung ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Fortführung des Hungerstreiks schwere Schäden für die psychische Integrität des Betroffenen nach sich zöge.[1554]

1551 Dazu vorne, Teil 4, A.IV.

1552 Tschentscher, ZBJV 2011, 772; Bommer, ZBJV 151/2015, 362.

1553 Vgl. zur Schwierigkeit der sich dabei stellenden Dilemmata: CPT/Inf (93) 12 Nr. 47: „Une situation classiquement difficile apparaît lorsque la décision du patient contredit la mission générale de soins qui incombe au médecin. Tel est le cas lorsque le patient est inspiré par des convictions personnelles (refus de transfusion de sang, par exemple), ou lorsqu'il entend utiliser son corps ou même se mutiler pour appuyer des exigences, protester contre une autorité ou témoigner en faveur d'une cause."

1554 In manchen Staaten wird der Eingriffszeitpunkt offenbar anhand dieses Kriteriums festgelegt: CPT/Inf (93) 12 Nr. 47: „En cas de grève de la faim, les autorités publiques ou organisations professionnelles de certains pays demandent au médecin d'intervenir dès que le malade présente une altération grave de la conscience."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zu einer gänzlichen Missachtung dessen, was der freie und aufgeklärte Mensch will (oder wollen würde), dürfte es nur sehr selten kommen. Die Richtlinien der SAMW zu Zwangsmassnahmen in der Medizin halten treffend fest:[1555] Selbst in Ausnahmesituationen, in denen das Recht auf Selbstbestimmung eingeschränkt werden müsse, seien bei der Wahl der Massnahme die *Präferenzen* des Patienten zu berücksichtigen.[1556] Die Patientenautonomie schütze in erster Linie das Recht des Individuums, aufgrund persönlicher Wertungen und Vorstellungen im eigenen *Interesse* Entscheidungen zu fällen.[1557] Weil der mutmassliche Wille des Betroffenen mit diesen Präferenzen und Interessen übereinstimmt, ist folglich das von der SAMW betonte Spannungsverhältnis der Patientenautonomie zum Fürsorge- und Nichtschadensprinzip[1558] in solchen Fällen nur ein vermeintliches. Die Pflicht, das Wohl des Patienten zu fördern und ihm nicht zu schaden, verlangt gemeinhin nichts, was der Pflicht widerspräche, seinen eindeutigen, freien und aufgeklärten Willen zu befolgen. Hier spiegelt sich das besprochene Näheverhältnis zwischen einer vernünftigen Einigungsethik und der Folgenethik.[1559]

e. Grade der Einwilligung

Es gibt Grade der freien Zustimmung und der Aufgeklärtheit des Patienten. Man kann etwas mehr oder weniger befürworten, bedingt befür-

---

1555 Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), eine Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB, hat vielbeachtete Richtlinien zu ethisch-medizinischen Fragen ausgearbeitet. Zum Nutzen und zur partiellen Verbindlichkeit der Richtlinien: Rüetschi, Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, 1222–1224, insb. 1222, wonach zu den Vorzügen dieser Richtlinien die hohe Akzeptanz bei der Ärzteschaft, die Mobilisierung von Fachwissen im Rahmen ihrer Entstehung und ihre Flexibilität und Effektivität im Vergleich zu staatlichen Normierungsprozessen zählen. Die Richtlinien sind nicht direkt rechtlich verbindlich, werden aber vom Bundesgericht auch hinsichtlich materieller Wertentscheidungen als bedeutend anerkannt, etwa in BGE 123 I 112 E. 7c/bb, 128: „Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives de l'ASSM"; vgl. BGE 142 I 195 E. 3.1, 199: „Il a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives [de la SAMW]".

1556 SAMW, Zwangsmassnahmen, 14.

1557 SAMW, Patientenverfügung, 7.

1558 SAMW, Zwangsmassnahmen, 13.

1559 Siehe dazu vorne, Teil 3, C.III.1 und D.IV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

worten, aufgrund falscher Annahmen befürworten. Amber etwa lehnt in *Hungerstreik A* die Zwangsernährung nur unter der Annahme ab, dass die Ablehnung dabei helfen würde, die erhoffte Freilassung zu erzielen. In der Abwägung müssen solche Gradualitäten berücksichtigt werden. Eine vage, bedingte oder zögerliche Zustimmung sollte nicht zu einer eindeutigen Zustimmung aufgerundet werden.

3. Menschenwürde

Die Menschenwürdegarantie (Art. 7 BV) sichert den Kern des für den Einzelnen wertvollen Daseins.[1560] Sie schützt dabei vor Handlungen, in denen man eine Leugnung der Menschqualität sehen kann: vor Angriffen auf die elementare Gleichheit, auf die unversehrte Körperlichkeit sowie auf die Achtung der Einzigartigkeit aller Menschen.[1561]

Die Garantie der Menschenwürde umfasst auch das als selbständiges Grundrecht verankerte Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II) sowie das Gebot der Hilfe in Notlagen (bzw. Art. 12 BV). Eine Verletzung der Menschenwürde und zugleich eine Verletzung des Verbots erniedrigender Behandlung liegen vor, wenn Widerstand innerer oder äusserer Art auf erniedrigende Art überwunden wird oder wenn der betroffenen Person anderweitig auf demütigende Art die Fähigkeit genommen wird, sich selbst zu achten und Achtung zu erfahren.[1562]

Im *Rappaz*-Urteil beschäftigte sich das Bundesgericht nicht direkt mit ihr, verwies aber darauf, dass laut EGMR die Zwangsernährung nur dann die Konventionsrechte (insb. Art. 3 EMRK) wahren könne, wenn sie würdekonform durchgeführt werde.[1563] Die EGMR-Rechtsprechung zur Pro-

---

1560 Siehe dazu vorne, Teil 3, E.III.3; vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 228.

1561 Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 231.

1562 Vgl. Tschentscher/Lienhardt, Grundriss, N. 231; EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 89, m.H.

1563 BGE 136 IV 97 E. 6.1.1, 107: „Si elle est admise par le droit interne et pratiquée *dignement*, l'alimentation forcée est compatible avec la convention" (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

blematik der Zwangsernährung bei Hungerstreik lässt jedenfalls keinen Zweifel daran, dass die Zwangsernährung die Menschenwürde berührt.[1564]

Eine würdewidrige Zwangsernährung ist insbesondere in Form einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung denkbar. Das Verbot solchen Verhaltens gilt als unantastbar.[1565] Dass grausames oder unmenschliches Verhalten stets unzulässig ist, versteht sich von selbst: Hier ist der stossende Unrechtsgehalt und zugleich die Undenkbarkeit rechtfertigender Motive im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch evident: Es wäre sprachfremd, ein Verhalten als grausam oder unmenschlich zu taxieren, wenn man zugleich die These verficht, es sei gerechtfertigt.

Die unmenschliche Behandlung setzt typischerweise eine nicht nur kurzzeitige Einschränkung der physischen Integrität oder intensives physisches oder mentales Leiden voraus; dagegen kann die erniedrigende Behandlung auch angsteinflössendes Verhalten umfassen, das weniger mit physischem Leiden einhergeht, aber das darauf ausgerichtet ist, mittels Erniedrigung Wille und Widerstand des Betroffenen zu brechen.[1566] Um die inflationäre Anwendung des Verbots erniedrigender Behandlung zu vermeiden, ist nicht jedes erniedrigende Erlebnis als erniedrigende Behandlung einzustufen. Der Rechtsbegriff ist enger. So ist der EGMR (der Art. 3 EMRK als uneinschränkbar einstuft[1567]) der Ansicht, die Zwangsernährung weise erniedrigende Züge auf, sei aber nicht zwingend unzulässig; insbesondere nicht in Kollisionsfällen mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK).[1568] Eine solche Position ist nur dann kohärent – und Kohärenz muss man dem EGMR unterstellen –, wenn der EGMR erniedrigendes Verhalten im weiten Sinn vernünftigerweise von erniedrigender Behandlung im rechtlichen Sinn unterscheidet.

1564 Etwa EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00; EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07; EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83.

1565 Statt vieler: EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „Article 3 enshrines one of the fundamental values of democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour".

1566 Vgl. EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 89.

1567 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297; vgl. EMGR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 82.

1568 EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 93; EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, DR 7, 152.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Zwangsernährung ist keine Massnahme, von der sich abstrakt im Vorfeld sagen liesse, sie falle immer unter eines der unbedingten Verbote menschenunwürdiger Behandlungen (nach Art. 3 EMRK oder Art. 10 Abs. 3 BV). Bundesgericht und EGMR sind zu Recht anderer Ansicht. Da nicht auszuschliessen ist, dass die Zwangsernährung unter gewissen Umständen das kleinste Übel ist, lässt sich ein unbedingtes Verbot nicht auf Basis der pragmatischen Unantastbarkeit begründen.[1569] Das bedeutet, dass abzuwägen ist.

Weil die strikte Verbotsnorm des Art. 10 Abs. 3 BV einer Abwägung entgegensteht, ist in jedem Fall, der möglicherweise in den Anwendungsbereich des Verbots grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung fällt, abzuwägen, um überhaupt erst die Anwendbarkeit dieser strikten Garantie abzuklären. Dazu kann zunächst eine Prüfung nach Art. 10 Abs. 2 BV vorgenommen werden. Bei schweren Einschränkungen führt diese Prüfung zugleich zur Ermittlung des kontextuellen Anwendungsbereichs des Art. 10 Abs. 3 BV. Im Lichte des Gebots der verhältnismässigen und rechtsgleichen Kollisionslösung (Art. 35 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV sowie Art. 36 Abs. 2–3 BV) ist dabei zu untersuchen, ob die konkrete Zwangsernährung im gegebenen Fall geeignet ist, die Gesamtheit aller relevanten Interessen optimal zu schonen. Das ist nicht der Fall, wenn sie zu früh, zu spät oder in unnötig freiheitsbegrenzender Weise durchgeführt wird. Jede unverhältnismässige Durchführung der Zwangsernährung ist grundrechtswidrig, wobei bei grober Unverhältnismässigkeit typischerweise zugleich eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und damit eine Verletzung des Art. 10 Abs. 3 BV vorläge (i.S.d. aus begriffslogischen Gründen unantastbaren Elemente dieser Norm).[1570]

Kurz: Ob eine konkrete Zwangsernährung die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern auch verletzt, ist – von klaren Fällen abgesehen – im Rahmen kontextueller Auslegung zu beurteilen. Diese Auslegung ist, von der Auseinandersetzung mit der Sprache abgesehen, vor allem eine auf Stufe der Grundrechtsinterpretation operierende Abwägung. Es wird abgewogen, weil die hochrangige Pflicht, eine in die körperliche Unversehrtheit eingreifende und möglicherweise grausame, unmenschliche oder erniedrigende Massnahme zu unterlassen, mit der hochrangigen Pflicht zum Schutz des Lebens kollidiert.[1571] Zu bedenken ist dabei auch, dass die

---

1569 Dazu vorne, Teil 2, C.V.4.

1570 Zur *begriffslogischen Unantastbarkeit* siehe vorne, Teil 2, C.V.5.

1571 Zur Legitimität der Abwägung bei Höchstgüterkollisionen siehe vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. ebd. C.IV.4 und bereits B.V.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lebensschutzpflicht in der Situation staatlicher Obhut verstärkt gilt.[1572] Die Auflösung einer solchen Kollision macht immanente Schranken unantastbarer Grundrechte sichtbar.[1573]

4. Meinungsäusserungsfreiheit

Hungerstreik-Fälle berühren auch die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV), da der Hungerstreik als Protestakt zu sehen ist.[1574] Die Zwangsernährung schränkt die Meinungsäusserungsfreiheit insofern ein, als sie den Betroffenen daran hindert, sich auf die gewünschte Weise zu äussern.

Diese Einschränkung ist jedenfalls in *Hungerstreik A* geringfügig im Vergleich zu den in Hungerstreikfällen drohenden Einschränkungen der körperlichen Integrität, des Selbstbestimmungsrechts, des Lebensrechts und der Menschenwürde. Das liegt daran, dass nur eine Modalität der Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt würde. Um eine schwere Einschränkung handelte es sich indes dort, wo einem isolierten Haftinsassen bereits alle übrigen Kommunikationsmittel entzogen wurden und die angedrohte Zwangsernährung faktisch zum Entzug des letzten wirksamen Kommunikationsmittels führte. In *Hungerstreik C* dürfte die Meinungsäusserungsfreiheit dagegen als gewichtig einzuschätzen sein; dies liegt daran, dass es dort klar um eine politische Kommunikation geht; diese geniesst besonderen Schutz.[1575] Zudem ist massgeblich, dass Cyan sich in einem Kontext zum Hungerstreik entschliesst, in dem sie und ihre Gemeinschaft diskriminiert sind und Mühe haben, sich anders Gehör zu verschaffen.

1572 EKMR, *X v. Germany* (1984), 10565/83, 153.

1573 Zur Möglichkeit immanenter Schranken vorne, Teil 2, C.I.3, C.V.3.b; vgl. ebd., B.II.4.

1574 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, 19: „Der Hungerstreik muss als – oftmals letzter – Protestakt einer Person verstanden werden, die sich nicht in der Lage fühlt, sich auf andere Weise Gehör zu verschaffen."

1575 Vgl. EGMR, *Castells v. Spain* (1992), 11798/85; jüngst etwa: BGer 6B_805/2017 vom 6. Dezember 2018 (zur Publikation vorgesehen), insb. E. 5.4.2; zum verstärkten Schutz politischer Meinungsäusserungen siehe auch: Uffer, Margin of Appreciation, 274 ff., m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III Lösungsansätze und Lösungskriterien

1. Sachgerechtigkeit der autonomiebasierten Kollisionslösung?

a. Ausnahmefähiges Gebot der Beachtung der Patientenverfügung

Gemäss SAMW-Richtlinien zur ärztlichen Tätigkeit in Haftsituationen geht die in einer gültigen Patientenverfügung enthaltene Weisung einer im Ergebnis deutlich differierenden Folgenerwägung vor: Der Entscheid zum Hungerstreik seitens eines urteilsfähigen Patienten sei selbst dann medizinisch zu respektieren, wenn durch den Hungerstreik dessen Gesundheit schwer gefährdet werde.[1576] Die künstliche Ernährung soll nur denkbar sein, wenn kumulativ Lebensgefahr vorliegt, der Patient urteils*un*fähig ist und der Patient die Ernährung nicht im (noch) urteilsfähigen Zustand in einer Patientenverfügung ablehnte.[1577] Lehnt der Patient die Ernährung ab, soll selbst der Tod als Folge des Hungerstreiks hinzunehmen sein.[1578]

Wer auf diese Weise die Selbstbestimmung des Patienten als Höchstwert behandelt, dürfte in *Hungerstreik A* eine Zerreissprobe des Rechtsstaates sehen. So viel Gewicht sollte m.E. der Patientenverfügung, die auf wichtigen einigungsethischen Prinzipien beruht, nicht zukommen: Sie ist ein wichtiges Hilfsmittel, das Angehörige und Ärzte entlastet und Letztere in schwierigsten Fällen wohl auch vor Haftungsfolgen schützt. Ob aber ein (vor Wochen, Monaten oder Jahren) festgehaltener Wille der damals urteilsfähigen Person treffend deren spätere Willenslage wiedergibt, ist insbesondere in Extremsituationen wie dem fortgeschrittenen Hungerstreik fraglich.[1579] Der urteilsfähige Mensch mag fähig sein, seine gegenwärtigen Präferenzen vernünftig auszudrücken; seine Fähigkeit, seine in einer künftigen (noch nie erlebten) Extremsituation gegebene Willenslage vorherzusehen, dürfte sich in Grenzen halten. Ein Patient kann zudem künftige Entwicklungen falsch einschätzen und nur deshalb gewisse Weisungen treffen: So lehnt in *Hungerstreik A* Amber die künstliche Ernährung aufgrund der Annahme ab, die Behörden liessen sich unter Druck setzen und lenkten doch noch ein.

1576 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9.
1577 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, 19, Hinweis F zur praktischen Umsetzung der Richtlinie betreffend das Vorgehen bei Hungerstreik.
1578 SAMW, Ärztliche Tätigkeit in Haft, Kap. 9, 9.
1579 Vgl. M. Müller, Hungertod, 293 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Daher wäre es falsch, die in der Patientenverfügung ausgedrückte Präferenzlage als definitiv und unbedingt anzusehen. Ein striktes Gebot, jede äusserlich gültige Patientenverfügung zu befolgen, wäre nicht tragbar. Es ehrt den Gesetzgeber, dass er eine solche Befolgung in der jüngeren Regelung zur Patientenverfügung gerade nicht vorsah: Bei „begründeten Zweifeln", ob die Patientenverfügung auf freiem Willen beruhe oder ob sie dem mutmasslichen Willen des Patienten entspreche, ist der in der Patientenverfügung enthaltene Wille nicht verbindlich (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Dann müssen sich die Ärzte am hypothetischen Willen, an den Interessen des Patienten und an der therapeutischen Notwendigkeit orientieren.[1580]

In jedem Fall sollten an die Gültigkeit einer Patientenverfügung strikte Anforderungen gestellt werden, sobald diese vermeintlich den Willen zur Lebensbeendigung oder zu einer irreversiblen Beeinträchtigung der Freiheit oder Lebensqualität ausdrückt (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB).

b. Autonome und heteronome Beweggründe

In der Lehre wird bisweilen die Legitimität der Zwangsernährung in Ausnahmefällen damit begründet, dass sie nicht wirklich dem freien Willen des Betroffenen widerspreche (und damit nicht wirklich eine Zwangsernährung ist). Eine solche einigungsethische Begründung vertritt Tschentscher: Ist die „Selbstgefährdung durch Hungerstreik Ausdruck von Autonomie, nicht Heteronomie, […] steht sie unter dem Schutz der Grundrechte. Eine Zwangsernährung wäre dann eine Durchbrechung der individuellen Autonomie in einer existenziellen Entscheidungssituation. Dem Hungernden wäre dadurch die Bestimmung über sich selbst genommen, was eine unwürdige und damit unmenschliche Behandlung bedeutet (Art. 10 Abs. 3 BV)", dies ungeachtet der fürsorglichen Motivation des willensbrechenden Zwangs.[1581] Weil nicht jede Selbstgefährdung durch Hungerstreik Ausdruck von Autonomie sein muss, verletzt folglich auch nicht jede Zwangsernährung die Autonomie des Betroffenen (Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 BV).[1582] Die Lösung greift auf die kantische Unterscheidung zwischen einem autonomen und einem heteronomen Willen zurück: Der

---

1580 EGMR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 81; vertieft hinten, Teil 4, B.III.2.a.

1581 Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772; vgl. ders., BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19.

1582 Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 19; siehe auch: Zoryan, Patientenverfügung, 129–148.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

autonome Wille ist Ausdruck von wirklicher Freiheit; nur dessen Missachtung kann daher menschenwürdewidrig sein. Wenn der Hungerstreik dagegen nicht vom autonomen Selbstgefährdungswunsch zeugt, sondern die Folge des für den Betroffenen unerträglichen Freiheitsverlusts und damit blosser Verzweiflung ist, ist der Wille zum Hungerstreik ein heteronomer Wille (der auf externe Einflüsse und Zwänge zurückgeht). Eine diesen heteronomen Willen überwindende künstliche Ernährung muss nicht menschenunwürdig sein.[1583]

Wie sieht es im vorliegenden Fall aus? Amber spekuliert in *Hungerstreik A* (ähnlich wie der Protagonist im *Rappaz*-Urteil), sein Leben stehe nicht wirklich auf dem Spiel, da die Behörden im Notfall nachgeben würden. Wenn Amber nun die gesundheitlichen Folgen des Hungerstreiks wegen eines Fehlkalküls nicht in Kauf zu nehmen glaubt, aber solche Risiken in Wahrheit doch eingeht, fragt sich, ob er auf Basis eines genügend freien Willens jegliche Ernährung ablehnt. Hier kann man mit obigem Lösungsansatz argumentieren, Amber, der nur aufgrund äusserer Umstände in den Hungerstreik trat, nehme die Gefährdung seines Lebens nicht in autonomer Weise in Kauf. Er tut dies in Reaktion auf die als ungerecht erlebte Haft, die ihm (aus seiner Sicht) dieses kritische Protestmittel aufnötigt. Da hier nicht von einem wirklich freien Entscheid zum Hungerstreik die Rede sein kann, darf und muss der Staat nötigenfalls mittels Zwangsernährung die Selbstgefährdung von Amber verhindern.[1584]

c. Probleme der Autonomieargumentation

Die Argumentation zugunsten der künstlichen Ernährung in *Hungerstreik A* auf Basis der Autonomie des Hungerstreikenden überzeugt in diesem Fall. Zu fragen, ob der Betroffene etwas aus freiem Antrieb oder nur aufgrund externer Zwänge (der Heteronomie des Willens) will, ist im Sinne einer Heuristik, einer Abkürzung zum wahrscheinlich richtigen Resultat, hilfreich. In der Regel kann man auch aus folgenethischen Erwägungen davon ausgehen, eine Lösung sei richtig, wenn sie den autonomen Willen des Betroffenen respektiert.[1585]

Allein, das ist nicht immer und nicht zwingend der Fall. Der autonomiebasierte Lösungsansatz hat Schwächen, die bereits bei den beiden Fall-

1583 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772.
1584 Vgl. Tschentscher, ZBJV 147/2011, 772.
1585 Vgl. Teil 3, C.III.1.d.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

varianten hervortreten: In *Hungerstreik B* ist die Heteronomie des Willens zum Hungerstreik evident: Die unmenschlichen Haftumstände sind der (nicht autonome) Grund, weswegen Blanc bereit ist, den Hungerstreik fortzusetzen und dabei sprichwörtlich alles zu riskieren. Diese Selbstgefährdung ist das letzte Mittel von Blanc, Druck zu schaffen und allenfalls Hafterleichterungen zu erreichen. Die Fortführung des Hungerstreiks und die Inkaufnahme selbst des eigenen Todes sind nicht etwa Ausdruck des autonomen Willens; in einer zwangsfreien Situation würde Blanc nicht in den Hungerstreik treten. Nur der heteronome Wille von Blanc nimmt den eigenen Tod in Kauf. Dem autonomiebasierten Lösungsansatz entsprechend müsste man nun aber folgern, die Zwangsernährung des Blanc sei (wenn es keine anderen Lösungen gäbe) der Duldung des Hungerstreiks vorzuziehen. Das ist höchst fraglich, zumal die Zwangsernährung nicht menschlicher ist als die (unmenschliche) Haft selbst. Von Blanc selbst wird der Tod ja gerade als kleineres Übel in Kauf genommen. Ein ethisch integrer Gefängnisaufseher, der nicht die Macht hätte, zugunsten von Blanc korrekte Haftbedingungen zu erwirken, aber vor dem Dilemma stünde, zur Zwangsernährung zu schreiten oder aber den Hungerstreik zu billigen, müsste wohl Letzteres tun und jeden gewaltsamen Ernährungsversuch unterlassen.

Auch an *Hungerstreik C* scheitert der Autonomieansatz: Der Tod ist nicht das Ziel von Cyan; ihr Leben ist nur das letzte Mittel, um etwas für ihre Gemeinschaft zu leisten. Indem Cyan ihr Leben aus altruistischen Motiven riskiert, hat ihr hartnäckiges Fasten etwas Supererogatorisches an sich.[1586] Die Tatsache, dass der Anlass dazu nicht autonom ist, sondern mit einer Kette von heteronomen Einflüssen zusammenhängt, ändert nichts daran, dass Cyans Zwangsernährung kaum legitim wäre.

Damit ist klar, dass das Autonomieprinzip Kollisionen vom Typus *Hungerstreik* ohne ergänzende Folgenerwägungen und kontextuelle Abwägung der betroffenen Güter nicht plausibel löst. Hier bestätigt sich am konkreten Beispiel, dass der freie Wille gerade nicht der letzte Grund der Gerechtigkeit sein kann.[1587]

1586 Zur Supererogation siehe vorne, Teil 1, C.II; für ein anderes, verwandtes Beispiel siehe: Gernot Facius, Der Fall Oskar Brüsewitz, in: Die Welt, 18. August 2006 (der Pfarrer Oskar Brüsewitz verbrannte sich am 18. August 1976 aus Protest gegen die Regierung der DDR vor der Marktkirche in Zeitz und trug dadurch zum Erstarken der Opposition und zur Einleitung der Wende bei).

1587 So schon vorne, Teil 3, C.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

d. Autonomie und bestes Interesse

Die autonomiebasierte Lösung stösst überdies auch auf praktische Schwierigkeiten. In der Sache setzt das Autonomiekonzept voraus, dass der authentische Wille, den der Mensch unter gegebenen Lebensumständen empfindet oder ausdrückt und der Produkt aller Lebensumstände ist, sich vom autonomen Willen unterscheidet. Letzterer bedarf einer nahezu idealen, jedenfalls möglichst zwangsfreien Entstehungsgrundlage. Ärzten und zuständigen Behörden obliegt es, nach den Beweggründen der Hungerstreikenden zu forschen und auf dieser Basis möglichst die wirklichen Präferenzen der Betroffenen zu identifizieren.[1588]

Sind die Voraussetzungen an den autonomen Willen strikt, ist dies ein schwieriges Unterfangen. Der Weltärztebund weist in der Malta-Deklaration treffend darauf hin, dass es in der Praxis schwierig sein könne, die Autonomie der Betroffenen richtig einzuschätzen, da der wirkliche Wille eines Hungerstreikenden oft verborgen bleibe.[1589] Mit anderen Worten: Autonomie ist eine Art Wille mit Gütesiegel. Das Problem: Das Konzept setzt nicht nur die Erkennbarkeit verborgener Beweggründe voraus, sondern auch ein Kriterium zur Identifizierung des wirklichen, autonomen Willens. Soweit dies möglich ist, muss man wohl an eine objektive Definition des richtigen Willens anknüpfen. Damit ist man unweigerlich nahe bei der Suche nach dem, was dem Wohl des Betroffenen bestmöglich dient. Es geht dabei um die „besten Interessen" der Betroffenen, auf deren Beachtung der EGMR zu Recht besteht.[1590] Die SAMW-Richtlinien sehen es im Prinzip nicht anders: Selbst in Ausnahmefällen, in denen ein ausdrücklicher Wille (z.B. eine Weisung in einer Patientenverfügung) nicht beachtet werden kann, seien die (objektiven) Präferenzen des betroffenen

---

1588 AMM, Malta-Deklaration (1991 und 2006), Präambel: „Les grévistes de la faim ne souhaitent généralement pas mourir mais certains s'y préparent éventuellement pour atteindre leurs objectifs. Les médecins ont besoin de connaître *la véritable intention* d'une personne, notamment lors de grèves collectives ou des situations où la pression des pairs peut jouer." (Hervorhebung ergänzt).

1589 AMM, Malta-Deklaration, 2. Prinzip: „Les médecins doivent respecter l'autonomie de la personne. Elle peut être difficile à évaluer car le souhait véritable du gréviste de la faim peut ne pas être aussi clair que les apparences le laissent penser."

1590 Vgl. *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 83: „In view of the lack of medical evidence that the applicant's life or health were in serious danger, it cannot be said that the authorities acted in the applicant's *best interests* in subjecting him to force-feeding, which of itself raises an issue under Article 3 of the Convention" (Hervorhebung ergänzt); vgl. SAMW, Patientenverfügung, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Patienten bei der Wahl der Massnahme zu berücksichtigen.[1591] Bei Fehlen eines klaren abweichenden Willens wäre es nicht verantwortbar, dem Betroffenen einen anderen Willen zuzusinnen als jenen zur optimalen Wahrung seiner Interessen.

Kurz: Der autonome Wille des Betroffenen, der nicht vom tatsächlich geäusserten Willen abhängen kann, lässt sich nur verlässlich ermitteln, wenn er den objektiven Präferenzen des Betroffenen entspricht. Soweit dieser autonome Wille somit zum entscheidenden Kriterium avanciert, hat es seinen einigungsethischen Charakter aus praktischen Gründen bereits wesentlich zugunsten klassischer folgenethischer Massstäbe aufgegeben: Die objektiven Präferenzen umfassen das, was im Sinne des Grundprinzips der Lebensdienlichkeit und mit Blick auf die natürlichen Bedürfnisse des Betroffenen aus dessen Sicht rational ist.

e. Abstellen auf die implizite Zustimmung?

Statt auf die (stets etwas hypothetische) Autonomie des Betroffenen abzustellen, könnte man in Fällen wie *Hungerstreik A* auch mit einem Konzept der impliziten Zustimmung – also einer Form des konkludenten Willens[1592] – operieren. So liesse sich sagen: Weil Amber die Freilassung erstrebt, will er am Leben bleiben; diese deutliche Lebenspriorisierung widerspricht der Ablehnung aller Ernährung gemäss Patientenverfügung. Also müsse man folgern, dass Amber implizit einer Zwangsernährung in Fällen zustimme, in denen nur noch diese geeignet wäre, sein Leben zu retten. Diese Lösung greift aber ebenfalls zu kurz und überzeugt nicht in allen Fallvarianten: Entscheidend ist in ethischer Hinsicht die Frage, ob die Zwangsernährung, obwohl sie dem Willen des Betroffenen widerspricht, ausnahmsweise optimale Folgen zeitigen kann. Dass Cyan in *Hungerstreik C* den Tod nicht wirklich will, sondern ihn nur in der extremen Lage in Kauf nimmt, schafft keinen genügenden Grund, sie gewaltsam zu ernähren (dies auch dann nicht, wenn die einzige Alternative der Tod Cyans wäre).

1591 SAMW, Zwangsmassnahmen, 14.
1592 Dazu vorne, Teil 4, A.I.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Zwangsernährung als letztes Mittel

Die Zwangsernährung zur Rettung eines Hungerstreikenden kommt nur als letztes Mittel infrage.[1593] Intrusive medizinische Zwangsmassnahmen dürfen grundsätzlich nicht schematisch zugelassen werden, sondern setzen die konkrete Güterabwägung voraus.[1594] Dabei sind unerwünschte Spätfolgen zu bedenken.[1595]

Wann aber ist eine medizinische Zwangsmassnahme das letzte Mittel?

a. Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Selbstgefährdung

In seiner Rechtsprechung zur Zwangsmedikation (d.h. zur zwangsweisen medikamentösen Behandlung) lässt das Bundesgericht sowohl den Selbstschutz als auch den Schutz Dritter als Eingriffsgründe gelten, fordert jedoch, die den Eingriff rechtfertigende Gefährdung müsse im spezifischen Einzelfall konkret in Betracht fallen und als wahrscheinlich erscheinen.[1596] Wenn ein Eingriff zum Schutze vor (und gegen) sich selbst gerechtfertigt sein soll, muss eine *unmittelbare* und schwerwiegende Selbstgefährdung vorliegen.[1597]

Das Kriterium der Unmittelbarkeit könnte, zu eng gefasst, einer ethisch optimalen Kollisionslösung entgegenstehen. Die mit physischer Gewalt durchgeführte Zwangsmedikation lässt sich durch frühzeitig angewendete Druckmittel womöglich verhindern (d.h. durch Erwirken der Medikamenteinnahme ohne physische Gewalt, aber mit anderen Druckmitteln und in Überwindung einer anfänglichen Ablehnung des Betroffenen). Das Bemühen, Eingriffe zum Schutz gegen sich selbst nur als letztes Mittel zu billigen, sollte nicht dazu führen, dass schadensbegrenzendes frühzeitiges Handeln mangels akuter Gefahr unterlassen wird und es deswegen überhaupt zur Notwendigkeit einer Ultima Ratio kommt.

Je später die Zwangsernährung durchgeführt würde, desto eher ginge sie naturgemäss mit erheblichen Risiken (irreversibler Gesundheitsschäden

---

1593 Vgl. EGMR *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02.
1594 Vgl. BGer 6B_824/2015 vom 22. September 2015, E. 2.2; BGE 130 I 16 E. 5.1.
1595 Vgl. dazu BGer 5A_38/2011 vom 2. Februar 2011, E. 3.1.
1596 BGE 130 I 16 E. 5.3, 24.
1597 BGE 130 I 16 E. 5.3, 24: „Im Umstand, dass die Beschwerdeführerin unbefugterweise mehrmals das Antidepressivum Fluctine zu sich genommen hat und sich dieses Medikament mit der angeordneten Medikation nicht verträgt, kann keine unmittelbare und schwerwiegende Selbstgefährdung erblickt werden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder gar des Todes) einher; denn der Gesundheitszustand ist bei längerem Hungerstreik bereits wegen des Nahrungsmangels prekär.[1598] Daraus folgt, dass die Zwangsernährung, soweit sie überhaupt infrage kommt, nicht erst dann vorzunehmen ist, wenn damit nur noch allerletzte Rettungschancen einhergehen. Das Gebot, die Zwangsernährung nur als letztes Mittel vorzunehmen, kann nicht bedeuten, dass man dulden müsste, dass sich das Dilemma zuspitzt (das wäre nicht folgenoptimal). Dass ein Warten auf eine solche Unmittelbarkeit nicht geboten ist, lässt sich implizit auch dem *Rappaz*-Urteil des Bundesgerichts entnehmen.[1599]

Das Kriterium der Unmittelbarkeit der Selbstgefährdung bedeutet dies: Der intrusive Eingriff kommt nicht infrage, solange damit gerechnet werden kann, dass der Betroffene seinen Protest freiwillig oder immerhin infolge geringerfügiger legaler Druckausübung beendet. Die Zwangsernährung ist nur zulässig, wenn sie das zum Zweck der optimalen Wahrung aller relevanten grundrechtlichen und öffentlichen Interessen geeignetste Mittel ist. Die Folgen der Zwangsernährung müssten damit allen möglichen Folgen des vorübergehenden oder definitiven Unterlassens der Zwangsernährung vorzuziehen sein.

Richtigerweise hält der EGMR fest, eine Zwangsernährung sei dann nicht als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung einzustufen, wenn sie therapeutisch notwendig ist.[1600] Das Kriterium der optimalen Eignung und jenes der therapeutischen Notwendigkeit überschneiden sich (wenngleich Letzteres nicht alles abdeckt, worauf es ankommt, da es auf das Wohl des Patienten, um den es gerade geht, gerichtet ist). Über die therapeutische Notwendigkeit lässt sich nur urteilen, wenn man die zu verhindernde Gefahr durch den fortgesetzten Hungerstreik der mit der

---

1598 Zu den erheblichen Risiken (inkl. Todesrisiken), die mit der Zwangsernährung einhergehen: Wolff, L'alimentation a souvent tué, passim; vgl. Praz, L'Alimentation forcée des détenus, 5.

1599 BGE 136 IV 97 E. 6, 106 f.: „Si la prise en charge médicale n'aboutit pas à la cessation du jeûne, l'état de santé du détenu arrive immanquablement à un point critique où peuvent apparaître des lésions irréversibles, aux effets graves […]. *Se pose alors* la question de l'alimentation forcée du patient." (Hervorhebung ergänzt).

1600 EGMR, *Herczegfalvy v. Austria* (1992), 10533/83, § 81: „The established principles of medicine are admittedly in principle decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist."; vgl. EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 94.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zwangsernährung einhergehenden Gefahr gegenüberstellt und fragt, was die Gesundheit des Betroffenen schwerer belaste.

Welcher der therapeutisch gebotene Zeitpunkt ist, ist eine Frage, die sich juristisch nur abstrakt umkreisen lässt: Die Zwangsernährung sollte nicht durchgeführt werden, wo sie mit einer so grossen Gefahr von Selbstschädigungen einherginge, dass ein urteilsfähiger Hungerstreikender sie als schlimmer einstufte als die Fortsetzung des Hungerstreiks bis zum Tode.

b. Fehlende Unmittelbarkeit bei milderen Mitteln

Abstrakt definiert kommt die Zwangsernährung frühestens ab dem Zeitpunkt infrage, ab dem die Fortsetzung des Hungerstreiks eine erhebliche Gefahr für den Betroffenen bedeutete[1601] und dessen Beendigung nicht mit milderen Mitteln möglich wäre (also Mittel, die die Gesamtheit der betroffenen Interessen besser schonen[1602]). Damit im Ernstfall nicht alles vom Einfallsreichtum der zuständigen Beamten abhängt, sollten alle Behörden, die mit dem Dilemma der Zwangsernährung konfrontiert zu sein drohen, frühzeitig ihr Know-how betreffend potenziell mildere Mittel aufbauen, durch die je nach Kontext eine Hungerstreikbeendigung erwirkt werden könnte.

Das aus Sicht des Hungerstreikenden mildeste Mittel ist es, dessen Forderungen zu entsprechen. Dies ist verhältnismässig, wenn es mit Blick auf *alle* relevanten Interessen das geeignetste Mittel ist. Der erste Prüfschritt ist daher die Frage, ob ein Anspruch auf das besteht, was der Hungerstreikende durchzusetzen sucht:[1603] Im Falle unrechtmässiger Haft (*Hungerstreik C*) ist dies die Freilassung; im Falle unerträglicher Haftbedingungen (*Hungerstreik B*) deren Änderung.[1604] Der EGMR prüft in Zwangsernährungsfällen zu Recht zuerst, ob die Haftumstände mit den Konventionsgarantien vereinbar sind.[1605]

1601 BGE 136 IV 97 E. 6, 106 f.

1602 Dies i.S. des auf Lerche zurückgehenden Gebots des *schonenden Ausgleichs* zwischen kollidierenden Grundrechten; dazu vorne, Teil 2, C.IV.4.d.

1603 Vgl. EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia* (2011), 35254/07, § 83 f.; vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 327.

1604 Vgl. EGMR, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005), 54825/00, § 100 ff.

1605 EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia (2011), 35254/07, § 83; EGMR, Nevmerzhitsky v. Ukraine (2005), 54825/00, § 82.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fehlt indessen ein Anspruch auf das, was der Hungerstreikende durchsetzen will, wäre es unverhältnismässig, wenn der Staat sich erpressbar zeigte, indem er nachgäbe. Sind Haft und Haftbedingungen nicht grundrechtswidrig, dann fallen die Freilassung wie auch andere Besserbehandlungen in der Regel ausser Betracht. In Hungerstreik A ist dies schon aus Nachhaltigkeitsgründen der Fall.[1606] Gegen die Freilassung des Amber sprächen: das Interesse an der rechtsgleichen Durchsetzung des Rechts (zumal dieses nicht ungerecht ist; wobei die Legitimität des Legalen und der Eigenwert der Durchsetzung geltenden Rechts in einem demokratischen Rechtsstaat zu vermuten ist[1607]); das Interesse an wirksame Abschreckung durch den Strafvollzug; das Interesse am Schutz des Vertrauens ins Strafwesen und ins Gesundheitswesen. Diese Interessen, die das Bundesgericht im *Rappaz*-Urteil erkannte, schützen mittelbar diverse Individualgüter.[1608]

Obwohl sich darüber streiten lässt, welche Verbote in der Drogenpolitik sinnvoll sind[1609], liegt die Kriminalisierung des Anbaus von Cannabis nicht offensichtlich jenseits des ethisch Haltbaren. Auch vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht m.E. im *Rappaz*-Fall richtig befunden, eine Unterbrechung des Strafvollzugs nach Art. 92 StGB sei nicht geschuldet gewesen.[1610]

Zu den möglichen milderen Mitteln, die geeignet sein könnten, zählen eine Reihe hier nur exemplarisch geschilderter Vorgehen, die positive und negative Anreize zur Beendigung des Hungerstreiks schaffen sollen:

1606 Siehe vorne, Teil 4, B.I.3.

1607 Siehe vorne, Teil 1, B.IV.

1608 BGE 136 IV 97 E. 6.3.3, 116; siehe auch EGMR, *Rappaz c. Suisse* (2013), 73175/10; vgl. Bommer, ZBJV 151/2015, 362, zur Möglichkeit des Unterbruchs der Haft aus wichtigen, gesundheitlichen Gründen: „Im Fall von Rappaz lag ein solcher wichtiger Grund vor (erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes). Selbst dann aber ist die Unterbrechung nicht zwingend ('darf', nicht 'muss'), sondern subsidiär, und zudem hat sie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit zu entsprechen. […] [Im konkreten Fall liess sich der] Gesundheitsgefahr […] in einer geschlossenen Spitalabteilung begegnen, und zwar […] mittels Zwangsernährung."

1609 Dazu Uffer, Mobilität, 25 ff., m.H.

1610 BGE 136 IV 97 E. 4–5.2.2.2, 100–105; das Bundesgericht erinnerte zugleich daran, dass es eine Ablehnung des Gesuchs um Unterbrechung des Strafvollzugs wie auch die Strafzumessung nur aufhebe, wenn die zuständigen Behörden den gesetzlichen Strafrahmen missachtet oder ihr Ermessen missbraucht hätten: vgl. BGE 134 IV 17 E. 2.1, 19 f.; BGE 119 IV 25 E. 2a, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- das intensive Aufklären über die Folgen des Hungerstreiks für die Gesundheit im Rahmen der regelmässigen medizinischen Betreuung und Begleitung[1611];
- die Zulassung einer höheren Zahl Besuche von Angehörigen (insb. soweit diese auf ein Ende des Hungerstreiks hoffen und gegebenenfalls hinwirken);
- gegebenenfalls die Organisation des Besuchs von Personen, die selbst einen Hungerstreik durchmachten und deren Gesundheit hierdurch irreversibel litt;
- das Servieren besonders frischer und für den Betroffenen ansprechender Speisen;
- die betonte Einhaltung der Verfahrensrechte des Betroffenen, wodurch der Staat zu wissen gibt, er fürchte sich nicht vor dem Druck der Öffentlichkeit;
- das Gewähren der Möglichkeit, in öffentlichen Medien zu schildern, warum und wogegen man sich im Hungerstreik befinde, mit der Absicht, sehr kritische Reaktionen der Öffentlichkeit hierauf dem Hungerstreikenden mitzuteilen; dies um zu verhindern, dass der Hungerstreikende sein Leben einer blossen Illusion wegen (etwa jener, er werde als Held wahrgenommen) aufs Spiel setzt;
- allenfalls in gewissen Fällen, wo verhältnismässig, die Einschränkung der medialen Aufmerksamkeit, in deren Genuss der Betroffene kommt;
- in Analogie zum Warnschuss: das deutliche Inaussichtstellen der Zwangsernährung und das Darlegen der Gründe, derentwegen diese vorgenommen würde, falls diese erforderlich zu werden droht (der Staat muss entschlossen wirken, da ein spekulativer Hungerstreik, bei dem der Betroffene auf die Schwäche des Staates hofft, ansonsten fortgesetzt zu werden droht).

Ein versäumtes milderes Mittel kann dazu führen, dass der Staat sich die Unverhältnismässigkeit der Zwangsernährung auch vorwerfen lassen muss, wenn diese im Zeitpunkt ihrer Durchführung das letzte geeignete Mittel ist.[1612]

Kurz: Das Kriterium der Unmittelbarkeit setzt voraus, dass in Fällen, in denen die Zwangsernährung infrage kommt, sie nicht zu früh (solange mildere und hinreichend geeignete Mittel denkbar sind) vorgenommen

---

1611 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6, 106; zur Aufklärungspflicht siehe vorne, Teil 4, II.2.a.

1612 Vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 11, 22, m.H.; siehe auch vorne, Teil 2, B.V.2, zur provozierten Unmöglichkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wird. Denn dies wäre unverhältnismässig, je nach Umstand unmenschlich.[1613] Zudem darf die Massnahme auch nicht zu spät erfolgen (im Zeitpunkt, in dem die Risiken eines scheiternden Eingriffs unnötig hoch sind).

3. Legalitätsprinzip und Ausnahmen hiervon

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer Legalgrundlage, schwerwiegende Einschränkungen der Grundlage im Gesetz im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 BV). Bei Grundrechtskollisionen ist aufgrund der symmetrischen Betroffenheit der Grundrechte ein etwas weniger strenges Mass anzusetzen.[1614] Die legalen Eingriffstitel wichtiger Rettungsmassnahmen können die zulässigen Massnahmen grundsätzlich auch knapp und eher allgemein definieren. Entsprechend der Kompensationsthese kann ein Weniger an rechtlicher Legitimität hier durch ein Mehr an materieller (folgenethischer) Legitimität ausgeglichen werden.[1615] Formell steht dazu bei Dringlichkeit die polizeiliche Generalklausel zur Verfügung. Sie ist, so das Bundesgericht, die verfassungsmässige Ausnahme zum Gebot der Grundlage im Gesetz.[1616] Auch im *Rappaz*-Urteil trat sie an die Stelle der fehlenden gesetzlichen Regelung der Zwangsernährung im kantonalen Gesetz.[1617] Dass das Bundesgericht fast ohne Zögern zur polizeilichen Generalklausel griff, illustriert, wie sehr das legalitätsersetzende Konstrukt dazu dient, bei Dringlichkeit den Vorrang der material richtigen Lösung vor der formal richtigen (gesetzeskonformen, demokratisch legitimierten) Lösung zu gewährleisten.[1618] Man kann darin eine implizit folgenethische Attitüde erblicken.

Würde sich heute ein Fall wie *Hungerstreik A* ereignen, müsste m.E. bei fehlender Eingriffsgrundlage wegen der (seit dem *Rappaz*-Urteil konkreten) Vorhersehbarkeit der Gefahrenlage die gesetzlich nicht vorgesehene Anordnung der Zwangsernährung unterlassen werden. Hier griffe die vom Bundesgericht aufgeweichte, aber noch geltende Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit der Gefahr. Das wenig erfreuliche verbleibende

---

1613 EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 78 ff. (insb. § 81–83).
1614 Siehe vorne, Teil 2, B.IV.1.c, zum Symmetriegebot; vgl. Teil 2, C.II.1.d und C.II.2.
1615 Vorne, Teil 3, F.II.3.c.
1616 BGE 136 IV 97 E. 6.3.1, 114: „exception constitutionnelle à l'exigence d'une base légale".
1617 Vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.3.1/6.3.2, 113 ff.
1618 Vgl. vorne, Teil 2, C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dilemma – die Wahl zwischen der schweren Selbstschädigung des Hungerstreikenden und dem Sicherpressenlassen des Staates – wäre geeignet, heftige Reaktionen auszulösen. Dadurch könnten die Öffentlichkeit und urteilende Gerichte den säumigen Gesetzgeber unter Druck setzen und an seine Verantwortung erinnern; kurzfristig auf Kosten, mittelfristig aber zum Wohle der Grundrechte aller.

4. Lebensdienliche Zweckausrichtung

Nur eine Zwangsernährung, welche die Rettung des Betroffenen bezweckt, kann rechtmässig sein. Die Rettung muss somit im Sinne des ethischen Grundprinzips lebensdienlich sein. Dieses Anliegen ist aber wiederum nur im Sinne eines Gebots des Lebenserhalts zu verstehen, wo man es nicht mit einer Ausnahmesituation zu tun hat, in der eher nur noch das Prinzip der Leiderlösung angezeigt wäre.[1619]

Zwangsernährungen im Gefängnis sind zwar nicht per se unmenschlich oder erniedrigend. Weil jede Zwangsernährung aber ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ist (die deren Sicherheitsbedürfnis erschüttert), ist sie nur zum Schutze höchster Güter legitimierbar. Infrage kommt daher nur eine Zwangsernährung, die zur Lebensrettung oder zur Verhinderung irreversibler Gesundheitsschäden notwendig ist. Das Gebot der Lebensdienlichkeit schliesst aus, dass mittels Zwangsernährung pönale Zwecke verfolgt werden; etwa der Zweck, dem Betroffenen eine „Lektion" zu erteilen; dies wäre unmenschlich.[1620]

IV Kollisionslösung

1. Vorbemerkungen

Kann die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Haftinsassen zulässig sein?

Stellt sich diese Frage, ist zuerst zu prüfen, ob die Zwangsernährung auch wirklich die einzige denkbare Handlungsoption des Rechtsstaates ist:

1619 Teil 3, E.III.

1620 Vgl. EGMR, *Ciorap v. Moldova* (2007), 12066/02, § 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- Wo der Hungerstreikende seinen Protestakt gegen die Missachtung rechtmässiger Ansprüche richtet, hat der Staat gerade nicht nur die Option der Zwangsernährung zur Beendigung des Hungerstreiks zur Verfügung; er muss dem Betroffenen dann wohl entgegenkommen.
- Erheben die Betroffenen Forderungen, auf die sie keinen rechtlichen oder grundlegenden ethischen Anspruch haben, ist der Staat nicht gehalten, hierauf einzugehen.[1621] Der Staat hat dann ein Interesse, keinen problematischen Präzedenzfall zu schaffen.[1622] Scheidet folglich das Nachgeben des Staates aus und verbleiben nur noch die beiden Extreme der Zwangsernährung oder der fortgeführten schweren Selbstgefährdung, entscheidet sich alles an der umfassenden Güterabwägung (die eine umfassende Folgenerwägung ist).

Soweit die Dringlichkeit der Sache es gestattet und weil eine vorweggenommene abstrakte Abwägung hier nicht ausreicht, sind alle relevanten Interessen gründlich abzuwägen. Zentral sind dabei das Leben, die Gesundheit und die Selbstbestimmung, wobei diese Güter auch Aspekte der Menschenwürde beschlagen können. In Bezug auf die Prüfung, ob die künstliche Ernährung die Selbstbestimmung verletze (und damit eine Zwangsernährung wäre), ist bei im Eingriffszeitpunkt nicht gegebener voller Urteilsfähigkeit regelmässig auf den mutmasslichen Willen und auf allgemein plausible Hypothesen hinsichtlich der Präferenzen des Betroffenen abzustellen. Wo der Betroffene nicht klar und nachweislich etwas anderes vorzöge, ist in Hungerstreikfällen stets anzunehmen, dieser wolle *nicht* sterben und zöge daher sogar die künstliche Ernährung dem Hungertod vor.

Der Kontext (etwa die auf die Bedingungen des eigenen Lebens gerichteten Forderungen des Hungerstreikenden) kann verraten, dass Hungerstreikende trotz eindeutiger Ablehnung der künstlichen Ernährung (etwa durch Weisungen in der Patientenverfügung) durchaus am Leben hängen;

1621 EGMR, *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia* (2011), 35254/07, § 83: „It is also crucial […] to ascertain the true intention of and real reasons for the detainee's protest, and if those reasons are *not purely whimsical* but, on the contrary, denounce serious medical mismanagement, the competent authorities must show due diligence by immediately starting negotiations with the striker with the aim of finding a suitable arrangement" (Hervorhebung ergänzt); vgl. *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 327: „the prisoners' claims were not without basis as regards both the conditions of their detention and the unbalanced and arbitrary resort of the prison administration to various penalties and sanctions".

1622 BGE 136 IV 97 E. 5.2.1, 104 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in dieser Konstellation kann selbst eine Zwangsernährung als kleineres Übel in Erwägung gezogen werden.

Auch bei scheinbar wissentlicher und willentlicher Inkaufnahme schwerster irreversibler Schäden der Gesundheit oder (und) der Urteilsfähigkeit, ist Weisungen der hungerstreikenden Patienten mit Skepsis zu begegnen. Es ist jedenfalls nicht davon auszugehen, ein Protestfaster (der etwas mitteilen will) wolle sich wirklich in die dauerhafte Urteilsunfähigkeit (und damit reduzierte Kommunikationsfähigkeit) hineinhungern. Da umgekehrt aber auch nicht davon auszugehen ist, jemand nehme jemals gänzlich freiwillig die mit Hungerstreik und Zwangsernährung verbundenen Risiken in Kauf, kann letztlich nur eine sorgfältige Sachverhaltsprüfung und Interessenabwägung Aufschluss darüber geben, ob die Zwangsernährung im konkreten Fall einem Interventionsverzicht vorzuziehen ist.

Die nachfolgenden Falllösungen sind in einer gewissen Hinsicht zu einfach und entsprechen nicht dem, was in einem echten Fall von den Behörden und Gerichten zu prüfen wäre. Namentlich ist vorliegend die unter Umständen schwierige Frage, ob konkret eher ein Dilemma vom Typ *Hungerstreik A* oder ein Problem vom Typ *Hungerstreik B* und *C* vorliegt, bereits mit der Fragestellung beantwortet worden. Die Praxis wird hier mit der zusätzlichen Schwierigkeit zu ringen haben, dass gerade unklar sein kann, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet (so in Bezug auf Blanc oder Cyan) – oder aber bloss (so in Bezug auf Amber) eine subjektive Entrüstung oder Verzweiflung ob einer als unfair empfundenen Inhaftierung, die objektiv nicht offensichtlich ungerecht ist, oder gar nur ein Versuch, den Staat zu erpressen.

2. Lösung der Fallvarianten

a. Hungerstreik A

In *Hungerstreik A* müsste der Staat, wäre die Patientenverfügung zu befolgen, die künstliche Ernährung von Amber unterlassen und dafür die schweren Folgen des fortgesetzten Hungerstreiks in Kauf nehmen; die Freilassung Ambers käme aus dargelegten Überlegungen nicht infrage.[1623]

Da Amber eine einjährige Haftstrafe absitzt und seine Freilassung verlangt, ist anzunehmen, dass er seine Freiheit, die er in einem Jahr um-

1623 Dazu vorne, Teil 4, B.I.3 und B.III.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fassend wiedererlangt, nicht mutwillig per Selbsttötung verspielen will. Daher sagt der in der Patientenverfügung festgehaltene Wille, in keinem Fall künstlich ernährt zu werden, wenig über die grundlegende Präferenz von Amber aus. Denn seine Weisung gegen jede künstliche Ernährung ist Teil seiner Taktik, den Staat unter Druck zu setzen und zum Einlenken zu bringen. Stürbe Amber wegen des Hungerstreiks oder käme es zu schweren und irreversiblen Gesundheitsschäden, liesse sich nicht sagen, dies sei die Konsequenz seiner Autonomie. Der Wille zum Hungerstreik gründete in der irrtümlichen Annahme, der Staat würde rechtzeitig nachgeben. Die Folgen des Hungerstreiks wären Ausdruck eines Irrtums. Daher spricht schon das Autonomieprinzip (als Heuristik) für die Möglichkeit der staatlichen Intervention, nötigenfalls per Zwangsernährung.

Die Lösung wird durch folgenethische Erwägungen bestätigt: Die Androhung und nötigenfalls Durchführung der Zwangsernährung sind die einzigen rechtsstaatlich möglichen Mittel, das Leben Ambers zu wahren und dessen Sehnsucht nach einem Leben ausserhalb der Haft wenigstens mittelfristig zu entsprechen; das Unterlassen der Ankündigung der Zwangsernährung und nötigenfalls ihrer Durchführung wäre hier, da der Betroffene die Gefahren zwar theoretisch kennt, aber konkret unterschätzt (weil er auf das Nachgeben des Staates setzt), unverhältnismässig. Die Folgen staatlicher Passivität sind keineswegs vorzugswürdig: Sämtliche durch die Zwangsernährung eingeschränkten Grundrechte (körperliche Integrität; Selbstbestimmungsrecht; zudem Meinungsfreiheit) wären voraussichtlich durch die Fortsetzung des Hungerstreiks noch schwerer getroffen als durch die Zwangsernährung selbst; es drohte der Tod, mithin die konsequenteste Einschränkung der physischen Integrität und der persönlichen Autonomie. Nicht erst der Tod durch Hungerstreik überträfe an Schwere das, was von der Zwangsernährung zu erwarten ist: Ein Schaden, der die Grundrechte stärker einschränkte, wäre wohl schon gegeben, wenn der Hungerstreikende seine Urteilsfähigkeit irreversibel verlöre; man könnte gar die Frage aufwerfen, ob der Schutz gegen die fahrlässige Zerstörung der eigenen Urteilsfähigkeit nicht zum Kerngehalt der psychischen Integrität zählen muss. Würde man den Respekt des sich in der Patientenverfügung ausdrückenden Willens über alles stellen, fiele Amber ab dem Verlust der eigenen Urteilsfähigkeit zudem in die selbst gegrabene Falle; es gäbe kein Zurück. Das wäre freilich mit Blick auf die Grundidee der Selbstbestimmung paradox, zumal hier im vermeintlichen Respekt der Selbstbestimmung deren Annihilation geschützt würde (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB: niemand kann sich seiner Freiheit entäussern).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Daraus folgt, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, ab dem der Verlust der Urteilsfähigkeit des Amber unmittelbar droht, die Zwangsernährung des Amber als milderes und geeignetes Mittel grundrechtlich vertretbar ist. Sie muss dem Amber aber einige Tage zuvor klar in Aussicht gestellt worden sein, damit dieser den Hungerstreik nicht aus falscher Hoffnung auf ein Nachgeben des Staates fortführt. Ob in Fällen wie *Hungerstreik A* (wo der Protest jedenfalls nicht durch grobe Ungerechtigkeiten animiert ist) jemals jemand bereit wäre, den Hungerstreik bis zum Ende fortzuführen, wenn er wüsste, dass es zur Zwangsernährung käme, ist fraglich. Auch das spricht für die Zulässigkeit der Zwangsernährung: Die Tatsache, dass sie als Ultima Ratio in Betracht kommt, verleiht ihrer Ankündigung Gewicht und kann gerade dazu beitragen, dass es gar nicht zur tatsächlichen Zwangsernährung kommen muss; denn Amber dürfte den Hungerstreik zu einem noch vernünftigen Zeitpunkt freiwillig beenden.[1624]

Kurz: Die Zwangsernährung ist der ungehinderten Fortführung des Hungerstreiks und den damit einhergehenden Schäden nicht nur vorzuziehen; sie machte sich in Fällen dieser Art zudem oft selbst entbehrlich. Auch aus diesem Grund ist festzuhalten, dass Amber nötigenfalls zwangsweise ernährt werden dürfte.

b. Hungerstreik B

Hungerstreik B beschreibt eine Grundrechtskollision[1625], deren Ursache mutmasslich schwere Versäumnisse des Staates sind. Die scheinbare Grundrechtskollision ist Folge der vom Staat verantworteten unmenschlichen Haftbedingungen, welche Blanc erst in den hartnäckigen Hungerstreik treiben. Aus Sicht Blancs ist der Hungerstreik eine rationale Handlungsstrategie; aus seiner Perspektive ist selbst der Tod, den er zu erreichen droht, der Fortführung der Haft vorzuziehen.

Der Staat kann aus dieser Präferenz nichts für sich ableiten. Er kann insbesondere nicht feststellen: Blanc wolle sterben, also dürfe man ihn sterben lassen. Auch zu einer Zwangsernährung darf es nicht kommen; käme es dazu, wäre sie – da mit geeigneten Mitteln vermeidbar – als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie wohl auch des Verbots menschenunwürdiger

1624 So geschah es im Fall *Rappaz*: BGE 136 IV 97, A, D und E.

1625 Vgl. vorne, Teil 2, B.V.2, zu Präventionsversagen des Staates und provozierter Unmöglichkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Behandlungen (Art. 10 Abs. 3 BV) zu qualifizieren. Der Staat ist gehalten, akzeptable Haftbedingungen vorzusehen.

Da der Staat diese Möglichkeit hat, liegt hier bei näherer Betrachtung gerade keine echte Grundrechtskollision vor. Gewährt der Staat menschliche Haftbedingungen, kann er sowohl die Selbstbestimmung als auch das Leben des Blanc bestens schonen, ohne irgendwelche überwiegenden öffentliche Interessen unverhältnismässig einzuschränken. Daher ist in *Hungerstreik B* die Zwangsernährung offensichtlich unzulässig; unzulässig wäre auch das Sterbenlassen des Blanc, selbst wenn damit immerhin dessen subsidiärer Wille beachtet und eine perpetuiert menschenunwürdige Haftsituation beendet würde.

c. Hungerstreik C

Zu *Hungerstreik C* gilt im Wesentlichen, was zu *Hungerstreik B* gesagt wurde. Auch hier handelt es sich um eine unechte Grundrechtskollision. Die Gefahrenlage wurde vom Staat provoziert. Auch hier ist ein dritter Weg geboten: die Freilassung von Cyan (und das Unterlassen aller politischen Verfolgung der Gemeinschaft, der sie angehört). Weil es politisch und juristisch schwieriger sein dürfte, Ungerechtigkeiten gegen eine ganze Gemeinschaft objektiv festzumachen und in juristischen Verfahren anzuwenden, wird man die Rechtmässigkeit der Forderungen in diesen Fallkonstellationen vor allem an den Umständen der Inhaftierung des Hungerstreikenden ausmachen müssen.

Was wäre geboten, wenn die Freilassung nicht möglich wäre? Trotz der Vermutung, die Zwangsernährung sei lebensdienlicher als die ungehinderte Fortsetzung des Hungerstreiks, wäre auch hier die Intervention zu unterlassen. Dass Cyan sich zugunsten der Gemeinschaft aufzuopfern wünscht, muss nicht irrational sein und kann im Effekt (für die grössere Zahl) sogar lebensdienlich sein. Es ist nicht undenkbar, dass Cyans Hungerstreik dem Wohl ihrer Gemeinschaft und der grösseren Zahl dient, weil ihr Schicksal international für Schlagzeilen sorgt und dadurch das verantwortliche Regime unter Druck gerät. Supererogatorisches Verhalten dieser Art ist zwar nicht die Norm, aber es ist nicht ethisch irrational.[1626] Dagegen wären (selbst bei Ausblendung der Option der Freilassung) Bemühungen, solche Selbstaufopferung per Zwangsernährung zu unterbinden, aus

1626 Zum gebotenen weiten Rationalitätsbegriffs siehe vorne, Teil 3, A.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

allgemeiner Sicht offensichtlich nicht folgenoptimal, damit ethisch irrational und ungerecht.

Deswegen darf der Staat selbst im fiktiven Fall, in dem die Freilassung von Cyan nicht möglich wäre, nicht annehmen, überwiegende Gründe sprächen für die Zwangsernährung. Diese ist hier in jedem Falle ausgeschlossen.

3. Nachbemerkung zu unklaren Fällen

Leser, die das Gefühl beschlich, die besprochenen Falllösungen seien zu einfach, haben Recht. Sie sind es insofern, als die simplifizierten Fallbeispiele nicht dem entsprechen, was in konkreten Fällen von den Behörden und Gerichten zu prüfen wäre. Die mitunter anspruchsvolle Frage, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet, ist vorliegend weitgehend schon durch die Problemformulierung beantwortet worden. In der Praxis kann nun gerade unklar oder zumindest heftig bestritten sein, ob die Situation, die zum Hungerstreik führte, eine klare Ungerechtigkeit beinhaltet; selbst wo dies wie in *Hungerstreik B* und *Hungerstreik C* klar der Fall wäre, könnte der Staat dies vehement leugnen.

Dieses Beurteilungsproblem kann mit Beweislastregeln und Transparenzgeboten überwunden werden. Wenn der Hungerstreik sich nicht gegen eine klare Ungerechtigkeit des Staates richtet, ist es sowohl im Interesse des Hungerstreikenden als auch des Staates, dass die entsprechende Sachlage kritisch und aus unabhängiger Warte beurteilt werden kann. Dem Hungerstreikenden muss daher Gelegenheit gegeben werden, öffentlich die Haftbedingungen anzuprangern und darzulegen, warum die Haft klares Unrecht oder klare Ungerechtigkeit sein soll. Zudem ist dem Betroffenen das Recht zu gewähren (gegebenenfalls unter der Voraussetzung einer gewissen Kostenpartizipation), die Lage von unabhängigen Personen überprüfen zu lassen. Will der Staat nachweisen, dass die Inhaftierung nicht politisch motiviert ist, dürfen die Überprüfungen gerade nicht (nur) von Personen vorgenommen werden, die dem Staatsapparat angehören, der in der Macht der Kreise liegt, gegen die sich der Hungerstreik gerade richtet. Die ungehinderte Überprüfung der Legitimität der Inhaftierung setzt die Möglichkeit voraus, die Akten des Strafverfahrens zu konsultieren, den Nachweis der Unabhängigkeit entscheidender Belastungszeugen zu erhalten und mit dem Betroffenen und diesem nahestehenden Personen ausführlich kommunizieren zu können.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausser in raren Konstellationen des Schutzes sensibler Interessen (so bei Verfahren betreffend Spionage oder den Verrat von Staatsgeheimnissen), kann man dem Staat, der umfassende und unabhängige Überprüfungen nicht ermöglicht, vorwerfen, er könne die Rechtmässigkeit der Haft nicht nachweisen, woraus die Vermutung folgt, diese sei tatsächlich unrechtmässig. Ganz im Sinne der Publizitätsformel Kants: „Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht".[1627]

C. *Aggressives Rettungsverhör*

Am 27. September 2002 entführte Magnus Gäfgen den 11-jährigen Bankierssohn Jakob von Metzler und ermordete ihn. Dann erpresste er von Jakobs Eltern, die er glauben liess, Jakob lebe noch, eine Million Euro Lösegeld. Bei Abholung des Lösegelds wurde Gäfgen von der Polizei identifiziert und anschliessend beschattet. Er kaufte sich einen Neuwagen, buchte eine Auslandsreise, führte die Fahnder aber nicht zum Kind, das die Polizei als lebend vermutete. Im Parkhaus des Frankfurter Flughafens wurde Gäfgen sodann festgenommen. Im Verhör machte Gäfgen irreführende Aussagen über den Verbleib Jakobs, bezichtigte Unbeteiligte der Mittäterschaft, verriet aber das Versteck nicht. Der (damalige) Frankfurter Polizeivizepräsident Wolfgang Daschner drohte Gäfgen daraufhin an, er werde ihm Schmerzen zufügen lassen, damit er sage, wo Jakob sich befinde. Daraufhin gestand Gäfgen die Tötung und gab den Ort der Leiche an.[1628]

Nun darf der Staat nicht zu aggressiven „Rettungsmitteln" greifen, wenn er weiss, dass es nichts mehr zu retten gibt. Daher kann im hier diskutierten Fall nur interessieren, wie es um die Zulässigkeit von Verhörmitteln steht, für die es ex ante gewisse Gründe zur Annahme gibt, dass sie tatsächlich zur Rettung des Kindes führen können. Das Fallbeispiel lautet folglich:

> *Aggressives Rettungsverhör*: Grau entführt ein elfjähriges Kind. Von dessen Familie fordert er eine Million Euro Lösegeld. Nach Abholung des Lösegelds wird Grau festgenommen und ordentlich einvernommen,

1627 Kant, ZeF, AA VIII, 381.

1628 Zum Fall und zur Prozessgeschichte: EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 1–58; vgl. Fonk, Christentum 48.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> was aber zu keinen Informationen über den Aufenthaltsort des Kindes führt. Stunden vergehen, es steigt die Befürchtung, dem Kind drohe der Tod (mangels Nahrung, durch Kälte oder Erstickung). Also erwägt der Polizeikommandant die Androhung aggressiver Verhörmittel.
> Darf die Polizei dem Entführer erhebliche Schmerzen androhen und nötigenfalls zufügen lassen, wenn sich damit das Kind allenfalls noch retten lässt?

Die Umschreibung der Kollision soll nicht suggestiv eine Lösung vorwegnehmen. Daher wurde eine Problemschilderung der folgenden Art vermieden:[1629] Darf der Staat etwas Gewalt einsetzen, um ein entführtes, unter unmenschlichen Umständen ums Leben bangendes Kind vor dem grausamen Tod zu retten? Darf der Staat den vermuteten Entführer grausam foltern und grässlich entstellen, um allenfalls das entführte Kind zu retten?

Den Leser verleitete eine solche Formulierung dazu, sich voreingenommen mit dem Problem der „Rettungsfolter" zu beschäftigen. Dass Folter als Begriff nicht in die Kollisionsbezeichnung gelegt wird, rechtfertigt sich dadurch, dass jener Sachverhalt, der in den letzten knapp zwei Jahrzehnten in Mitteleuropa emotional unter dem Titel der „Rettungsfolter" debattiert wurde, gerade nicht eindeutige Foltertechniken (wie etwa das Ausreissen eines Fingernagels oder simuliertes Ertrinkenlassen) betraf, sondern die Zufügung von vorübergehenden Schmerzen oder gar deren blosse Androhung. Auch im vorliegenden Fallbeispiel (wie im Entführungsfall Metzler) qualifiziert das dem Entführer angedrohte Handeln nicht eindeutig als Folter.[1630]

1629 Kritisch zur suggestiven Formulierung solcher Fälle auch Trapp, Folter, S39 ff.

1630 Vgl. G. Friedrichsen, Der Mörder, der sich zum Opfer stilisiert, Die Welt 9.8.2017, abrufbar auf <www.welt.de/vermischtes/article167539083/Der-Moerder-der-sich-zum-Opfer-stilisiert.html> (zuletzt abgerufen am 15. Juni 2018): Gäfgen habe die Schmerzandrohung nicht als Folter empfunden, bis ihn sein Verteidiger darüber aufklärte, dass diese den Tatbestand des Folterverbots womöglich erfüllen könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I Problemstruktur

1. Aggressive Verhinderung einer schweren Drittschädigung

Die beschriebene „Rettungsfolter“[1631] ist vielleicht das Paradebeispiel der aggressiven Rettung. Im Raum steht ein aggressiver Eingriff des Staates in die Rechte des Störers zum Schutz der Grundrechte Dritter vor Gefahren, die auf das Verhalten des Störers zurückgehen. Da sich diese Gefahren bei staatlicher Untätigkeit realisieren, stehen sich Schutz- und Abwehransprüche gegenüber.

Ein Rettungsmittel, das im vorliegenden Sinn als aggressiv eingestuft wird, geht über niedrigschwellige Formen staatlichen Zwangs und staatlicher Herrschaftsgewalt hinaus. Es kommt erst in Betracht, wo es zur Verhinderung erheblicher Schäden geeignet ist. Etwa zur Verhinderung einer Tötung oder gefährlichster, herabwürdigender privater Gewalt (z.B. bei häuslicher Gewalt) oder einer qualifizierten Freiheitsbegrenzung (z.B. einer Verschleppung). Erforderlich ist eine akute, also nicht mit anderen Mitteln vernünftig abwendbare Bedrohungslage.

2. Opfer und Störer im selben Kreis der Gleichheit

Der relevante Kreis der Gleichheit ist ordinär. Die Konsequenz hieraus ist zu betonen, weil sie nicht zwingend der Intuition entspricht: Weder der Entführer noch sein Opfer dürfen dem Staat a priori näher stehen (anders als im Falle eines Krieges, wo die Interessen der vom feindlichen Staat entführten Personen im Rahmen einer Rettungshandlung grundsätzlich vorrangig behandelt werden müssten).

3. Möglichkeit pragmatischer Lösungen

Zum aggressiven Rettungsverhör gibt es zwei höchst unterschiedliche Problemverständnisse und Vorstellungen von den zulässigen Lösungswegen:

1631 Für eine Definition der Rettungsfolter: Waadt, Polizeilicher Todesschuss und Rettungsfolter, 11: Rettungsfolter bezeichnet Folter durch staatliche Behörden, die zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorgenommen wird und dazu dienen soll, eine Person zu einer Aussage zu nötigen, durch welche ein bedrohtes Rechtsgut geschützt werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gemäss der ersten Vorstellung geht es „ums Prinzip", nicht um einen Ausgleich zwischen Für und Wider, Regel und Ausnahme. Es geht um die Applikation einer höchstrangigen Regel, die keine Einschränkung duldet. Diese Regel besagt etwa, jedes aggressive Rettungsverhör sei unzulässig (wobei dies u.U. von der Prämisse hergeleitet wird, das aggressive Rettungsverhör verletze die Menschenwürde).[1632] Hieraus folgert man, es sei nicht angebracht, nach konkret betroffenen Interessen zu fragen. Die Abwägung ist obsolet. Der erste Ansatz versteht sich deduktiv und, da die reine Deduktion Grundrechtskollisionen nicht lösen könnte, interpretativ. Der Schlüssel zur Lösung ist eine irgendwie gesetzte, positivierte oder anderweitig anerkannte Regel (oft eine, die der Menschenwürde zugeordnet wird). Die Durchsetzung der Regelgeltung setzt voraus, dass man ihr im Sachverhalt, auf den sie angewendet werden soll, Platz macht. Das leistet die Interpretation. Die Begründungsarbeit konzentriert sich bei der Kollisionslösung darauf, den Sachverhalt per Analogie oder Abstraktion in den Anwendungskontext der Norm zu rücken oder von diesem abzugrenzen.

Weil in dieser Arbeit mit Kritik an blossen Postulaten in ethischen Diskursen nicht gespart wurde, wird nicht überraschen[1633], dass der Verfasser der zweiten Vorstellung zuneigt. Diese Vorstellung kann man pragmatisch nennen. Ihr liegt auch die Überzeugung zugrunde, dass auch in Fällen wie der „Rettungsfolter" das Richtige und Gerechte nicht plötzlich eine ganz andere Struktur aufweist als sonst: Richtig ist immer das Handeln im optimalen Interesse aller, auf die es ankommt; richtig kann daher auch ein kleinstes Übel sein. Der zweite Ansatz, der ein folgenethischer-empirischer ist, enthält auch deduktive Elemente und vernachlässigt die Interpretationsarbeit (insbesondere als Prozess zur Generierung von Hypothesen) nicht. Die Erkenntnis rührt jedoch entscheidend aus Folgenerwägungen her: aus dem Bemühen, Konsequenzen im Vorfeld richtig einzuschätzen. Da solche Erwägungen potenzielle Kausalabläufe ergründen, tragen sie zum Entstehen von Erfahrungswissen bei.

1632 Zu den Schwächen dieser Argumentationsform vorne, Teil 3, B.III.8.
1633 Teil 3, B.III.1.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

II Konfligierende Rechtsgüter

1. Lebensschutz

So wie das Überleben und der Schutz des Lebens das erstrangige Bedürfnis in Maslows Bedürfnishierarchie ist, ist das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) das höchste Individualrecht der Grundrechtsordnung. Die Bewahrung des Lebens ist notwendige Grundlage des Genusses aller übrigen Rechte, selbst der Würde: „Wenn die personalen Träger der Würde des Menschen ausgelöscht werden, hilft die Würde nicht weiter."[1634]

Der Höchstwert bildet als Vermutung den Anfang der Bewertung und der Abwägung. Das heisst, an der Verhinderung der Zerstörung eines Lebens besteht ein Interesse, das jenes an der Verhinderung einer Schädigung eines anderen Schutzgutes übertrifft. Diese andere Einschränkung, die nicht das Leben an sich, sondern etwas im Leben trifft, ist somit ceteris paribus als geringerfügig zu werten. Daraus lässt sich kein rigoristisches Gebot gewinnen, jede einzelne Tötung zu verhindern, die sich verhindern lässt (koste es, was es wolle), oder todesnahe Menschen stets so lange wie möglich am Leben zu erhalten – sei es auch nur vegetativ. In gewissen Situationen kann Folgenoptimierung die Bereitschaft bedingen, dass einer schwer leidenden Person, deren Leid sich nicht lindern lässt, ein Ausweg ermöglicht werden muss. In diesem Sinne ist als Auffangnetz für Ausnahmesituationen, in denen nicht das Erhalten des Zustands des Lebendigseins richtig ist, das Prinzip der Leiderlösung zu befürworten.[1635] Es entspricht der Lebensdienlichkeit insoweit, als es vom Recht der Menschen auf den Tod ausgeht, die ihr Leben nicht (mehr) wertschätzen können und Gründe haben, den Tod dem Lebendigsein vorzuziehen. Da der Höchstwert des Lebensschutzes davon abhängt, dass der Mensch sein Leben überhaupt als wertvoll erleben kann, sind Ausnahmen von der Vorrangigkeit des Lebenserhalts möglich.

Folter und andere Arten menschenunwürdiger Behandlungen können von den Betroffenen als schlimmer als eine Tötung erlebt werden (etwa das Ausstechen der Augen). Nicht grundlos wurde die Folter als Strafe jedenfalls noch bis ins späte Mittelalter hinein oft angewandt, wo man der Todesstrafe (die man angesichts des unendlichen Lebens nach dem Tod für zu gnädig hielt) etwas hinzufügen wollte, das eine stärkere Vergeltung oder Abschreckung leistete; einer der frühesten Folterkritiker, Montaigne,

---

1634 Nitschke, Debatte über Folter, 11.
1635 Teil 3, E.III.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

war in dieser Zeit konsequenterweise auch der Ansicht, Folter sei schlimmer als die einfache Hinrichtung.[1636]

Schwerste Eingriffe in die körperliche oder psychische Integrität des Betroffenen i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV stehen auch deshalb der Intensität einer blossen Tötung unter Umständen in nichts nach, weil schwerste Verletzungen in aller Regel direkt oder indirekt zugleich Lebensbedrohungen sind. Eine Folter oder unmenschliche Behandlung kann beispielsweise zur Folge haben, dass: *(i)* die dadurch traumatisierte Person sich später selbst das Leben nehmen will; *(ii)* sie so sehr von Angst und Misstrauen gehemmt wird, dass sie nicht mehr ins soziale Leben zurückfindet und daher isolierter und vulnerabler weiterlebt; *(iii)* sie des kulturellen Umfelds wegen gerade infolge des erlittenen Unrechts noch eine Form des „zivilen Todes" erleidet – man denke an Vergewaltigungsopfer, die wegen grausamer kultureller Vorstellungen von der Familienehre ausgeschlossen werden.

2. Menschenwürde (Art. 7 BV)

Aggressive Verhörmittel haben zentral mit dem Respekt der persönlichen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie mit der Achtung und mit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV) zu tun. Jedes aggressive Verhör, das Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung sein könnte, ist mit Blick auf die Bedeutung der Menschenwürde zu untersuchen. In der deutschen Lehre findet man gar die Aussage, die Menschenwürde sei für die Begründung des Folterverbots schlechthin konstitutiv; die Absolutheit des Folterverbots gründe (ausschliesslich) in der Achtung der Menschenwürde.[1637]

Explizit findet sich in Art. 10 Abs. 3 BV ein Verbot der Folter und anderer menschenunwürdiger Behandlungen. Diese Einordnung ist historisch passend, zumal eines der formellen Vorläufer des Folterverbots der BV das

---

1636 Montaigne, cruauté, 75: „Les morts, je ne les plains guère […]; mais je plains bien fort les mourants. Les sauvages ne me choquent pas autant parce qu'ils rôtissent et mangent les corps des morts que ceux qui les torturent et les persécutent vivants."; vgl. 76: „Quant à moi, tout ce qui, dans la justice même, *est au-delà de la mort simple*, me semble une pure cruauté, et notamment chez nous, qui devrions nous soucier d'envoyer les âmes en bon état, ce qui ne peut pas être fait quand nous les avons ébranlées et désespérées par des tortures insupportables." (Hervorhebung ergänzt).

1637 Bielefeldt, Folterverbot, 107.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verbot körperlicher Strafen im Art. 65 Abs. 2 aBV (der alten Bundesverfassung) ist.[1638] Art. 10 Abs. 3 BV drückt damit einen der Kerngehalte des Art. 10 Abs. 2 BV aus. Abgesehen davon, dass der Kerngehalt des Schutzes der körperlichen und psychischen Integrität vor diversen menschenwürdewidrigen Einschränkungen schützt, ist die Menschenwürde auch insoweit berührt, als ein aggressives Rettungsverhör eine Instrumentalisierung des Betroffenen – also dessen Behandlung als blosses Objekt – bedeuten könnte.[1639] Die Einwirkung auf den Störer dient nämlich nur dem Opfer und hat nichts mit den Zwecken des Störers (oder dem Störer als Zweck) zu tun. Da in der Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Rechtsraums das Instrumentalisierungsverbot als Teilgehalt der Menschenwürde gilt, ist auch in dieser Hinsicht zu erwägen, ob und inwieweit ein aggressives Rettungsverhör die Menschenwürde verletzen könnte.

Die Menschenwürde von Grau ist daher durch die erwogene aggressive Verhörmassnahme jedenfalls berührt. Zudem wäre wohl die Würde des entführten Kindes im Falle des Unterlassens des Rettungsverhörs berührt. Kinder verdienen aufgrund ihrer Vulnerabilität einen besonderen Schutz ihrer Integrität (Art. 11 BV); zudem lässt sich aus dem Gebot zur Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) analogieweise schliessen, ein Imstichlassen des Kindes trotz Existenzbedrohung treffe die Menschenwürde.

Das führt zur in dieser Arbeit vorne bereits abstrakt bejahten Frage, ob die Würde gegen die Würde abgewogen werden dürfe.[1640] Die Verweigerung der Gegenüberstellung wäre nichts als die Leugnung der Würde jener Person, deren Würde mangels Gegenüberstellung nicht ins Gewicht fallen dürfte. Die Abwägung hat aufgrund der Struktur der (uneinschränkbaren) Menschenwürdegarantie im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Garantie im konkreten Kontext stattzufinden.[1641]

1638 Dazu Rohrer, Beziehungen der Grundrechte, 121, m.H.

1639 Kritisch zur Objektformel siehe vorne, Teil 3, B.III.7.

1640 Vorne, Teil 2, B.IV.4, zur Ablehnung eines unreflektierten Abwehrprivilegs bei Kollisionen mit der Menschenwürde; Teil 2, C.V.3, zur Ablehnung einer rigoristischen Unantastbarkeit; vgl. Teifke, Menschenwürde, 70. Kritisch statt vieler zur Abwägung Würde gegen Würde: Cano Paños, En los límites, 130 ff., m.H.

1641 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1246, für eine Interessenabwägung in Analogie zu Art. 36 Abs. 3 BV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Folterverbot und Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV)

a. Verfassung- und völkerrechtliche Definition des Folterverbots

Das Folterverbot untersagt eine Art schwerer (grausamer) Menschenwürdeverletzungen. Es gilt einschränkungslos und findet selbst im Krieg oder anderen Krisenzeiten keine Rechtfertigungsbasis (Art. 2 Abs. 2 FoK).[1642]

Diese strikte Normgeltung geht zum Teil mit einer Unschärfe des Normgehalts einher. Wovor das Folterverbot konkret schützt und welche Praktiken es konkret verbietet, ist bisweilen unklar. In den positivierten Verboten finden sich immerhin Anhaltspunkte: Art. 10 Abs. 3 BV verbietet Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (der Einfachheit halber und ohne Verlust an Wortbedeutung kann man nur von Behandlung sprechen). Die Formulierung definiert Folter implizit als eine Art der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung. Sie ist jener in Art. 7 Satz 1 UNO-Pakt II und Art. 3 EMRK vorzuziehen, die beide von Folter *oder* grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (bzw. Strafe) sprechen, was zum Fehlschluss verleiten könnte, Folter sei nicht zwingend grausam, unmenschlich oder erniedrigend.

Obwohl Folter stets eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung umfasst, sind die Verbote nicht identisch, sondern unterscheiden sich graduell.[1643] Folter ist eine gezielte unmenschliche Behandlung, die besonders ernstes, grausames Leiden schafft.[1644] Während eine willentlich grausame Behandlung seitens des Staates zu gewissen Zwecken stets

---

1642 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour", m.V.; für die Lehre statt vieler etwa Grabenwarter/Pabel, EMRK, 199 f. m.H.

1643 Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 43 ff., insb. 47, m.H. auf die EGMR-Praxis; vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, 191 ff.; aus der Praxis siehe EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90 „As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should […] attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing *very serious and cruel suffering* [m.H.]" (Hervorhebung ergänzt).

1644 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90: „the distinction […] between this notion [*of torture*] and that of inhuman or degrading treatment"; vgl ebd. § 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

als Folter angesehen werden kann, ist dies für unmenschliche oder erniedrige Behandlungen nicht zwingend der Fall.[1645]

Laut Art. 1 Abs. 1 FoK ist Folter: „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, [...] wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden". Es folgt die Eingrenzung, wonach „Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind", vom Folterbegriff nicht umfasst seien. Die Schmerzen oder Leiden würden der betroffenen Person „zum Beispiel" zugefügt, „um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund". Ähnlich, aber in Bezug auf die Verantwortung des Staates etwas enger, ist die Folterdefinition des Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut: Folter setze voraus, dass einer im Gewahrsam oder anderweitig unter der Kontrolle des Staates befindlichen Person vorsätzlich grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden.

Hieraus lassen sich vier Elemente entnehmen, die Folter ausmachen:

b. Vier Definitionsmerkmale der Folter

Erstens, Folter setzt die vorsätzliche Zufügung *grosser Schmerzen oder Leiden* (wort-, aber nicht sinnsparend kann man auch nur von grossen Leiden

1645 Schon in den Anfängen der philosophischen Folterkritik spielte der Gedanke der *Grausamkeit* eine hervorragende Rolle: Montaigne, wies etwa auf die besondere Grausamkeit und schwere Sinnwidrigkeit der Folter hin. Siehe etwa Montaigne, cruauté, 72: „Je hais […] cruellement la cruauté et par nature et par jugement en la considérant comme le plus grand de tous les vices." ; ders., Die Folter und ihre Unbequemlichkeiten, deutschsprachige Übersetzung auf <textlog.de/30938.html> (zuletzt abgerufen am 16.6.2017):

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

reden) physischer oder psychischer Art voraus.[1646] Dass es zu irreversiblen Gesundheitsschäden komme, ist indes nicht erforderlich.[1647]

Zweitens, Folter setzt voraus, dass *der Staat das Leiden zu verantworten* hat. Das Folterverbot erfasst auch das indirekte Bewirken des fraglichen Leidens durch den Staat, etwa wo dieser die Folterhandlung mit stillschweigendem Einverständnis (Art. 1 Abs. 1 FoK) duldet oder sie anderweitig ohne direktes Handanlegen möglich macht (etwa durch Abschiebung an einen Ort, wo Folter droht; vgl. Art. 3 Abs. 1 FoK).[1648] Unterlässt es der Staat, das Zufügen grossen Leids durch Dritte zu verhindern, verletzt er (wo nicht das Folterverbot) womöglich das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Dies gilt verstärkt beim Schutz besonders vulnerabler Personen, da hier eine qualifizierte Schutzpflicht besteht.[1649] Laut EGMR verletzt ein Staat etwa dann (selbst) Art. 3 EMRK, wenn er bei drohender häuslicher Gewalt geeignete Schutzmassnahmen versäumt.[1650]

1646 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58: Folter setze die Zufügung „schwersten körperlichen oder psychischen Leids" voraus; ähnlich Biaggini, BV, Art. 10 N. 26: „sehr ernstes und grausames Leiden".

1647 EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 332: „[It] must have caused them severe pain and suffering […], even though it did not apparently result in any long-term damage to their health. In these circumstances, the Court finds that the applicants were subjected to treatment which can only be described as torture."

1648 Vgl. Art. 3 Abs. 1 FoK, wonach keine Person in einen anderen Staat abgeschoben oder an diesen ausgeliefert werden darf, wenn anzunehmen ist, dass ihr dort Folter droht.

1649 EGMR, *Eremia and Others v. Moldova* (2013), 3564/11, § 49; EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 159–160; EGMR, *A. v. UK* (1998), 1998-VI, § 22.

1650 Statt vieler EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 154 ff.; EGMR, *N. v. Sweden* (2010), 23505/09, § 54 ff. (betr. eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch eine Abschiebung nach Afghanistan, wo der Betroffenen wegen der Trennung von ihrem Ehemann Gewalt und Diskriminierung seitens der eigenen Familie und jener des Ex-Ehemanns gedroht hätten); vgl. EGMR, *Kalucza v. Hungary* (2012), 57693/10, § 58 ff. (betr. Art. 8 EMRK); EGMR, *Eremia and Others v. Moldova* (2013), 3564/11, § 53–55. Zur entsprechenden Rechtsprechung des EGMR: McQuigg, Domestic Violence, 1025; die bemerkt, der EGMR habe noch nicht entschieden, ob häusliche Gewalt (und deren Nichtverhinderung) gar Folter sein könnten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Private ist nicht ans grundrechtliche Folterverbot gebunden.[1651] Verpflichtet ist der Staat (Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 BV).[1652] Dem privaten Täter verbietet das Strafrecht das „Foltern", indem es diverse schädliche Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die individuelle Freiheit und gegen die sexuelle Integrität unter Strafe stellt. So erfüllt eine Folterhandlung durch Private wohl immer mindestens einen der folgenden Tatbestände: die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), die (nicht leichte) einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB), die Lebensgefährdung (Art. 129 StGB), die Drohung oder Nötigung (Art. 180 oder 181 StGB), die Freiheitsberaubung (Art. 183 StGB), die sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und die Vergewaltigung (Art. 190 StGB).

Drittens: Folter ist auf *bestimmte Zwecke* ausgerichtet.[1653] Die Auflistung der Foltermotive durch Art. 1 Abs. 1 FoK ist nicht abschliessend („zum Beispiel um"); Folter setzt daher nicht eine der klassischen Absichten (Erpressung einer Aussage oder der Bestrafung) voraus.[1654] Folter ganz ohne Zweck, etwa bei Urteilsunfähigkeit des Urhebers, gibt es aber nicht: Einschlägig wäre dann allenfalls das Verbot grausamer oder unmenschlicher Behandlung; Gleiches gilt, wenn das Zufügen schweren Leids nur der Befriedigung des Folternden dient.[1655]

Viertens setzt Folter voraus, dass das Opfer in einer Lage der *Ohnmacht* ist, weil es sich in Gewahrsam oder anderweitig unter der Kontrolle des

---

1651 Man darf Aussagen in Entscheiden oder der Lehre betr. Folterhandlungen Privater nicht missverstehen: EGMR, *Opuz v. Turkey* (2009), 33401/02, § 159, betr. die Gewährleistung des Art. 3 EMRK: „the obligation […] to secure to everyone […] the rights and freedoms defined in the Convention, […] requires States [!] to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals"; vgl. Schweizer, SG-Komm. BV, Art. 10, N. 45: „Ebenfalls unter das Verbot der Folter […] fallen Handlungen, die von Privaten ausgehen" – solange diese Handlungen vom Staat zu verantworten sind.

1652 Vorne, Teil 2, B.IV.2, zur Horizontalwirkung der Grundrechte i.S.v. Art. 35 Abs. 3 BV.

1653 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90: „there is a purposive element to torture"; EGMR, *Akkoç v. Turkey* (2000), 22947/93 und 22948/93, § 115.

1654 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 366: Folter erfolge „meistens mit dem Zweck, den Widerstand des Opfers zu brechen oder es zu quälen".

1655 Vgl. Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 326 ff.; a.A. Müller/Schefer, Grundrechte, 58–59 mit Fn. 13, 16, die eine Folter ohne Zweck für möglich halten.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Staates befindet (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut).[1656] Wie steht es, wenn eine Person sich zwar in der Gewalt des Staates befindet, aber noch Menschen töten kann? Man denke an den soeben verhafteten Anführer der Terroristengruppe, der die Anordnung zur Tötung von Zivilpersonen widerrufen könnte. Er bestimmt über Leben und Tod anderer und kann sich der aggressiven Verhörmassnahme durch Kooperation entziehen. Ohnmächtig ist er nur in einem deutlich reduzierten Umfang, sodass Situationen denkbar sind, in denen solche Personen „nur" Opfer grausamer oder unmenschlicher Behandlung sein können, nicht aber von Folter.

In einem Satz lässt sich das so formulieren: Folter ist jedes dem Staat vorwerfbare Handeln, durch das einer Person, die sich in einer Situation der Ohnmacht befindet, grosse körperliche oder psychische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um irgendetwas zu erreichen, das nicht im Interesse des Betroffenen liegt.

c. Bezug des Folterverbots zum Verhältnismässigkeitsprinzip

Aus obigen Kriterien fliesst, dass Folter sich stets durch besondere Unverhältnismässigkeit auszeichnet. Bei Ohnmacht des Betroffenen ist die Zufügung schweren Leids in aller Regel nie als in Bezug auf alle relevanten Güter optimal geeignet denkbar: Wer ausser Gefecht gesetzt wurde, kann niemanden verletzen; also fehlt es bei Konstellationen der sogenannten „Rettungsfolter" – anders als in Fällen des finalen Rettungsschusses – an der Dringlichkeit der aggressiven Rettungsmassnahme.[1657] Wer nun fragte, ob auch verhältnismässige Formen der Folter verboten seien, ginge von grundlegend falschen Annahmen aus. Verhältnismässigkeit ist stets richtig; ebenso das Verbot der (stets unverhältnismässigen) Folter.[1658] Daher wäre

---

1656 UN-CHR-Sonderberichterstatter M. Nowak, E/CN.4/2006/6, § 39: „Torture […] presupposes a situation where the victim is powerless i.e. is under the total control of another person. This is usually the case with deprivation of personal liberty. […] the decisive criteria for distinguishing torture from CIDT [prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment] may best be understood to be the purpose of the conduct and the powerlessness of the victim, rather than the intensity of the pain or suffering inflicted, as argued by the European Court of Human Rights and many scholars."; vgl. UNHRC-Sonderberichterstatter M. Nowak, A/HRC/7/3, II.A., 7 § 28 f.; siehe auch Bieri, Eine Art zu leben, 33 ff.

1657 Zu den Unterschieden zwischen finalem Rettungsschuss und „Rettungsfolter" vgl. Trapp, Folter, 82 ff.; siehe auch: Yglesias, Work for What?

1658 Vgl. Kneihs, Leben, N 45.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Vorschlag problematisch, Folter könne verhältnismässig sein (bzw. verbiete nicht nur Unverhältnismässiges). Damit würde suggeriert, dass es so etwas wie zumutbare Folter geben könne, womit dem Ansinnen, die Ächtung der Folter aufrechtzuerhalten, nicht geholfen und das Verhältnismässigkeitsprinzip befleckt wäre. Auch aus diesem Grund ist die Verhältnismässigkeit zwingend ein Element des Folterverbots: Folter kann nicht auch nur annähernd verhältnismässig sein.[1659]

d. Struktur der Unantastbarkeit des Folterverbots

Wo Handlungen infrage stehen, die im historisch oder gegenwärtig eindeutigen Sprachgebrauch der Folter zugeordnet werden, ist deren striktes Verbot als richtig und damit als abwägungsgefestigt vorauszusetzen. In dieser Hinsicht ist das Folterverbot aus pragmatischen Gründen unantastbar.[1660] Die materiellen Gründe dazu (u.a. die Kontraproduktivität, die Missbrauchsanfälligkeit und die Grausamkeit der Folter) wurden über die Jahrhunderte identifiziert; drei Juristen spielten eine herausragende Rolle: Im 16. Jahrhundert Montaigne, der skeptische Erfahrungsethiker, der in seinen (das gleichnamige Genre begründenden) *Essays* diverse Grausamkeiten der Zeit der Religionskriege anprangerte; zur Zeit der Frühaufklärung in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts Montesquieu, und inmitten der Blütezeit der Aufklärung Beccaria, der mit *Dei delitti e delle pene* (1764) vieles zur Überwindung der Todesstrafe und der Folter beitrug.[1661]

1659 Implizit richtig im Entführungsfall Metzler das Landgericht Frankfurt a.M. im Urteil vom 20. Dezember 2004, NJW 2005, 692 ff., 694: „Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist bereits das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen“ (der hieraus gezogene Schluss des absoluten Verbots der *Androhung* von Gewalt ist m.E. freilich allzu radikal).

1660 Teil 2, C.V.4, zur pragmatischen Unantastbarkeit.

1661 Montaigne, Sur la cruauté, 61 ff., 72 ff.; ders., Des Cannibales, 247–249: „Je pense qu'il y a plus de barbarie à manger un homme vivant qu'à le manger mort, à déchirer par des tortures et des supplices un corps qui a encore toute sa sensibilité, à le faire rôtir à petit feu, le faire mordre et blesser par les chiens et les pourceaux […], que de le rôtir et manger une fois qu'il est mort.“; siehe die Anmerkung des Herausgebers der zitierten Neuauflage, in: ebd., 48 Fn. 1, die Stellungnahme gegen die Folter durch Montaigne sei damals etwas Neues gewesen; siehe auch den Artikel: „Montaigne, Die Folter und ihre Unbequemlichkeiten“, abrufbar auf <textlog.de/30938.html> (zuletzt abgerufen am 15.3.2018); Montesquieu, De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 17, 225 (ff.),

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Unter anderem aus dieser jahrhundertealten Vorarbeit schöpft die pragmatische Unantastbarkeit des Folterverbots ihre Begründung. Dieses Folterverbot umfasst all das, was der historisch gewachsene Sprachgebrauch oder eine etablierte Praxis höherer Gerichte ohne Weiteres als Folter ansieht. Insoweit ist das strikte Folterverbot Ergebnis längst erfolgter Abwägungen. Weil selbst im Krisenfall undenkbar ist, dass Formen der klassischen Folter, wie etwa das Ausreissen von Fingernägeln oder Scheinexekutionen, sich als optimale Mittel zur Verwirklichung aller relevanten Interessen erwiesen, sind solche Massnahmen strikt unzulässig.[1662]

---

zur Folter als Befragungsmittel im Strafverfahren: „Nous voyons aujourd'hui une nation très bien policée la rejeter sans inconvenient. Elle [la *question*, d.h. die Folter] n'est donc pas nécessaire par sa nature"; ebd., 226: die Stimme der Natur erhebe sich gegen die Idee, Folter sei ausnahmsweise zweckmässig: „j'allais dire qu'elle pourrait convenir dans les gouvernements despotiques, […] mais j'entends la voix de la nature qui crie contre moi"; DERS., De l'Esprit des lois II, Kap. XXIX.11: Die Folter sei im Strafverfahren von geringem Nutzen und grösserem Nachteil; vgl. DERS., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 11, 212 f. und Kap. 12, 213 f.: „L'experience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes. […] Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; BECCARIA, Dei delitti e delle pene, Kap. XVI: „o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e' non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati.", wobei BECCARIA überzeugend argumentiert, dass Folter ohnehin als Mittel zur Wahrheit höchst ungeeignet sei: „il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti. Ecco i fatali inconvenienti di questo preteso criterio di verità, ma criterio degno di un cannibale".

1662 Zur Ineffektivität der Folter schon MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois I, Kap. VI.17, 225 (ff.): „Nous voyons aujourd'hui une nation très bien policée la rejeter sans inconvenient. Elle [la *question*, d.h. die Folter] n'est donc pas nécessaire par sa nature"; die Stimme der Natur erhebe sich gegen die Folter, die nicht einmal in einem despotischen Staat rational sei (ebd., 226); zum geringen Nutzen (und grossen Nachteil) der Folter im Strafverfahren siehe DERS., De l'Esprit des lois II, Kap. XXIX.11; siehe ferner DERS., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 213 f.: „L'experience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes. […] Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; vgl. The Economist 23.8.2007, The efficacy of torture; The Economist 9.1.2003, Is torture ever justified?

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY-NC-ND

Die Unzulässigkeit der „klassischen" Folter braucht nicht in jedem Einzelfall neu geprüft zu werden. Erneutes Prüfen kostete nicht nur unnötig Zeit, sondern bärge vor allem grosse Risiken: Man drohte aus Verzweiflung ob der scheinbar begrenzten konventionellen Rettungsmöglichkeiten oder in Überschätzung der Rettungschancen durch Folter den Nutzen der Folter zu überschätzen und ihre Schädlichkeit zu unterschätzen.[1663] Das unbedingte Verbot muss selbst dann gelten, wenn für bestimmte klassische Foltermittel theoretisch in sehr seltenen Ausnahmesituationen die Anwendung des verbotenen Mittels, isoliert gesehen, optimale Folgen nach sich zöge. Dieser isolierte Vorteil rechtfertigt für sich alleine nichts, weil er den wahrscheinlicheren und gewichtigeren Nachteil von Missbräuchen und Irrtümern bei der Applikation der Ausnahmeregel kaum überwöge. Zu bedenken ist, dass der Versuch, die missbräuchliche Anwendung verfügbarer Mittel und Know-hows zu verhindern, erhebliche Kontrollkosten verursachte, die bei Verzicht auf die riskante Ausnahme entfielen. Der probabilistisch gewichtete Nutzen punktueller Folter in seltensten Situationen voller Ungewissheiten dürfte kaum die Vorteile überwiegen, welche sich durch den gänzlichen Verzicht auf das verpönte Mittel realisieren liessen.[1664]

Dies zeigt: Eine *pragmatische* Begründung vermag durchaus die Unantastbarkeit des Folterverbots für all jene Fälle zu begründen, bei denen eben nicht die Frage, ob etwas Folter sei, selbst im Zentrum des Problems steht. Anders gesagt, in kasuistisch und semantisch klaren Fällen erübrigt sich die Prüfung der Schwere der Schmerzen und das Vorliegen der Ohnmachtslage, weil bereits klar ist, dass Folter vorliegt. Da diese Begründung in einer abstrakten (vorweggenommenen) Abwägung konkreter Tatbestände gründet, kann sie jene Gehalte des Folterverbots nicht erfassen, an die man im Vorfeld gar nicht denkt; etwa weil sie im historischen Diskurs keine Rolle spielten, nicht Gegenstand differenzierter juristischer Entscheidungen sind und nicht im allgemeinen Sprachverständnis als Foltertatbestände erfasst werden.

1663 Vgl. zur Gefahr eines auf die Vorzüge der Strafe verengten Blickes Montesquieu, De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 215: „Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont couverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'Etat, que cette dureté a produit: les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme".

1664 Vgl. vorne, Teil 2, C.V.4.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Für solche offenen Gehalte ist die Zuordnung kritischer Sachverhalte zum Folterverbot im Einzelfall somit nicht offensichtlich, sodass hier die Anwendbarkeit des Verbots ohne Abklärung und kontextuelle Abwägung weder bejaht noch verneint werden kann. Die Abwägung ist fallweise von den Gerichten und anderen Behörden erst noch vorzunehmen. An der Unantastbarkeit des Folterverbots ändert dies nichts; nur die Struktur der (nun *begriffslogischen*) Begründung der Unantastbarkeit ändert sich. Weil Folter auf eindeutige Weise nicht optimal geeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar sein muss (grob unverhältnismässig), ist ein erheblicher Mangel an Verhältnismässigkeit ein Wesensmerkmal der Folter.

Vor allem zur Abklärung, ob in solch unklaren Fällen Folter vorliegt, ist bei den vier Definitionsmerkmalen der Folter[1665] anzusetzen; dabei wird unweigerlich (im Rahmen der Erörterung der Schwere des zugefügten Leids sowie der Ohnmacht des Betroffenen) auch geprüft, ob die fragliche Massnahme verhältnismässig ist.

Im Rahmen der Diskussion der Lösungskriterien werden die pragmatische und die begriffslogische Dimension des Folterverbots näher dargelegt.[1666]

III Kritische Diskussion verbreiteter Lösungsansätze

1. Skizze einer (typischen) regelethischen Lösungsbegründung

In Diskursen zur sogenannten „Rettungsfolter“ und anderen Fällen der aggressiven Rettung sind deontologische Begründungen von Kollisionslösungen verbreitet.[1667] Die typische deontologische Begründung zugunsten eines rigoristischen Verbots des aggressiven Rettungsverhörs enthält folgende Elemente:[1668]

(i) Die Frage, ob das Folterverbot durchs fragliche Verhörmittel überhaupt eingeschränkt würde, wird durch eine extensive Auslegung überwunden: Im Zweifelsfall fällt jedes Verhörmittel in den Schutzbereich des Folterverbots (oder zumindest der unantastbaren Menschen-

1665 Vorne, Teil 4, C.II.3.b.
1666 Hinten Teil 4, C.IV.1 – 2.
1667 Siehe etwa Cano Paños, En los límites, 142 ff. m.H.
1668 Zur rigoristischen Kollisionsdogmatik vorne, Teil 2, C.V.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

würde).[1669] Die Einschlägigkeit des Folterverbots wird dabei fast diskussionslos vorausgesetzt.[1670] Das führt dazu, dass jede Massnahme, bei der auch nur ein Aspekt (z.B. jener der Ohnmacht, nicht aber die Zufügung grossen Leids[1671]) an Folter denken lässt, der Gruppe der absolut verpönten Handlungen zugeschlagen wird.

(ii) Es wird die Unantastbarkeit der durch das aggressive Rettungsverhör (vermeintlich) bedrohten Norm hervorgehoben (vom Folterverbot über das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung bis hin zum Verbot der Behandlung einer Person als blosses Objekt).[1672] Angenommen wird dazu, dass die gegen das aggressive Rettungsverhör mobilisierte Höchstnorm nicht gegen eine andere Höchstnorm kollidieren könne, dass an eine solche Kollision nicht gedacht werden dürfe[1673] oder dass die Unterlassenspflicht des Staates

---

1669 Siehe etwa Amnesty International, Themenbericht, passim; vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 67: „[Es] muss und darf nicht erwogen werden", ob „die Anwendung *bestimmter* Verhörmethoden zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter nicht allenfalls doch vertretbar ist" (Hervorhebung ergänzt; ein so definiertes Verbot kann potenziell auf jedes Verhörmittel angewendet werden).

1670 Zur Illustration: Martin, Grundrechtskollisionen, 239, wo die Rede ist vom „Fall Daschner, bei welchem die Polizei das Folterverbot zum Schutz des Lebens eines Entführten aufzuweichen erwog."; die Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK auf zuvor nicht erfasste Handlungen wird auch mit der Dynamik der Begriffe erklärt: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 43: Begriffe wie „unmenschlich" oder „erniedrigend" dürften nicht statisch ausgelegt werden.

1671 Vgl. Amnesty International, Themenbericht, passim; Fonk, Christentum, 7: „Kein noch so hochstehender Nutzen, den ein Dritter davon hätte, kann es jemals rechtfertigen, einem Menschen die demütigende Erfahrung des Ausgeliefertseins, die Ausnutzung seiner Angst und die Erniedrigung seiner Würde zuzumuten."

1672 EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 107: „Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk"; vgl. Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 20.12.2004, in: NJW 2005, 693 f.

1673 Amnesty International, Themenbericht, 4: „Wer die Würde eines mutmaßlichen Täters gegen die Würde und das Leben der Opfer aufwiegen will, macht somit eine unzulässige Rechnung auf. […] Die Menschenwürde ist unverfügbar. Es ist daher nicht möglich, sie mit anderen Größen aufzuwiegen, nicht mit dem Recht auf Leben und auch nicht mit der Würde einer bedrohten Person."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bei Höchstgüterkollisionen (etwa bei Würde-Würde-Kollisionen) vorgehe.[1674]

(iii) Es wird angenommen, das strikte Verbot erfasse auch die blosse Androhung von Schmerzen: Jede Drohung mit Schmerzen zu Verhörzwecken wird als Folterandrohung betrachtet; diese soll selbst Folter oder wenigstens eine menschenunwürdige Behandlung sein.[1675] Die Gleichsetzung von Folter und Schmerzandrohung in Verhörsituationen basiert auf der Theorie, beides behandle den Betroffenen als blosses Objekt und sei folglich gleichermassen verpönt. Indem die Androhung von Schmerzen die verhörte Person dazu nötigen soll, im Interesse des Opfers zu kooperieren, werde sie zum „bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung" degradiert.[1676]

(iv) Auf das Kriterium der Zufügung grossen Leidens wird kaum abgestellt. Ob das aggressive Rettungsverhör selbst im Falle der blossen Drohung (deren Umsetzung in die Tat der Betroffene durch Kooperation wohl verhindern kann) „große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden" (Art. 1 Abs. 1 FoK) bewirkt, gilt aus Sicht der deontologischen Lösung als fast irrelevant (vielleicht deshalb, weil sich die Deontologie nicht primär für konkrete physische Folgen interessiert).

1674 Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, 121: Nur die Achtungspflicht, nicht aber die Schutzpflicht, setze dem Handeln des Staates „unüberschreitbare Grenzen"; vgl. auch Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, N. 66.

1675 Vgl. Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 42 f.; Fonk, Christentum, 49; Cano Paños, En los límites, 109 ff., der Folterdrohungen als unmenschliche Behandlung einstuft, m.H.; vgl. auch Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, 366: die Androhung massiver Schmerzen sei keine Folter, wohl aber unmenschliche Behandlung. Ähnlich der EGMR, der darauf hinweist, dass durch Drohungen hervorgerufenes psychisches Leiden das Kriterium des schweren Leides erfüllen und gar Folter sein könne: *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 107: „[A] threat of torture can amount to torture, as the nature of torture covers both physical pain and mental suffering. In particular, the fear of physical torture may itself constitute mental torture."; vorsichtiger: EKMR, *Campbell and Cosans v. UK* (1982), 7511/76 und 7743/76, 4 EHRR 293, 26: Eine ernstgemeinte, unmittelbare Androhung einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Verhaltensweise *könne* mit Art. 3 EMRK konfligieren, sodass die Folterandrohung unter Umständen eine unmenschliche Behandlung darstellen könne.

1676 BVerfG, 2 BvR 1249/04 vom 14. Dezember 2004, N. 7: „Schon das Landgericht hat die polizeiliche Androhung, dem Beschwerdeführer Schmerzen zuzufügen, als Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO und das in Art. 3 EMRK enthaltene Folterverbot gewertet.", dem erwähnten Urteil der Vorinstanz, des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 20. Dezember 2004 (in: NJW 2005, 693 f.) folgend.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(v) Zur Absicherung des auf diese Weise erweiterten Schutzbereichs gehen einige Autoren dazu über, sogar jeden begründeten Zweifel am extensiven Folterbegriff oder am weiten Begriff unmenschlicher und erniedrigender Behandlung als Relativierung der Menschenwürde zu taxieren: Den Schutzgehalt gewisser fundamentaler, aber vage definierter Garantien näher determinieren zu wollen, gilt schon als Relativierung des Schutzes und damit als Würdeverletzung.[1677] Damit gilt jedes Bemühen, die Konturen des Folterbegriffs sichtbar zu machen und rational zu begründen, als verpönt.[1678]

Die Konsequenz solcher Argumentationsschritte wäre, dass jede ungewöhnliche Verhörmassnahme, bei der etwas Zwang oder atypische Anreize eingesetzt oder auch nur in Aussicht gestellt wären, als Folter oder als andere menschenwürdewidrige Handlung eingestuft würde und folglich absolut untersagt wäre.

2. Einwände gegen die regelethische Lösungsbegründung

a. Rigorismus versus begriffliche Vagheit

Eine Schwachstelle der deontologischen Kollisionslösung ist die oft kurze Auseinandersetzung mit dem Folterbegriff. Der Grund liegt wohl teilweise darin, dass man den Folterbegriff nicht statisch verstanden wissen will.[1679]

Der Differenzierungsbedarf ist indes augenfällig. Wer versucht, die Verbote der Folter sowie grausamer, unmenschlicher und erniedrigender

---

1677 Siehe Fischer, Menschenwürde und Staatsnotstand, 244: „[Weil] die Menschenwürde Güterabwägungen entzogen ist, […] beginnt die Mißachtung der Menschenwürde bereits mit dem Räsonnieren darüber, ob nicht in bestimmten Ausnahmesituationen aufgrund höherer Interessen die Anwendung der Folter ethisch gerechtfertigt werden kann."; Krasmann/Wehrheim, Folter und die Grenzen des Rechtsstaats, 257: „Auch die Konstruktion eines Auswegs mittels Notwehr in Form von Nothilfe muss als Versuch gewertet werden, das Folterverbot rechtsstaatlich legal zu relativieren"; vgl. Hamm, Schluss mit der Debatte, 946 f.; kritisch dagegen Nettesheim, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, 82, m.H.

1678 Vgl. La Torre, Tortura y Derecho, 31 ff., wo 'subtile' Adhominems zur Begründungsstrategie gehören: Allhoff sei ein „obstinado 'filósofo' de la tortura"; Trapp ebenso nur „otro 'filósofo' defensor de la tortura"; etc.

1679 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Behandlung an spezifischen und immer gültigen Fällen zu illustrieren, erkennt bald, dass die Übergänge von der Folter zu anderen Formen menschenunwürdiger Behandlung fliessend sind. Nichts anderes gilt für die Übergänge von Verletzungen dieser Normen hinüber zu Verhaltensweisen, die (gerade noch) menschlich und legitim sind.[1680]

Man denke an folgende Massnahmen gegenüber inhaftierten Personen:

- die dreistündige, zu leichten Krämpfen führende Fesselung an den Stuhl während eines Verhörs;
- die Anwesenheit eines Polizeihundes während des Verhörs einer Person, von der man weiss, sie fürchte Hunde;
- das Nichtabnehmen von Handschellen in der Nacht aus Sicherheitsgründen;
- das tägliche Wecken der Haftinsassen um fünf Uhr morgens;
- das wiederholte Wachrütteln eines Haftinsassen mitten in der Nacht zur Fortführung eines Verhörs;
- das Nichtauswechseln einer Matratze, auf die der Haftinsasse urinierte;
- das ausschliessliche Anbieten, nebst vegetarischer Kost, eines Fleischmenus mit Schweinefleisch;
- das Brennen grellen Lichts während der ganzen Nacht;
- der Entzug von Suchtmitteln (Zigaretten, Alkohol, Videospiele) und deren Inaussichtstellung im Falle der Kooperation;
- die Inhaftierung in fensterlosen Räumen.

Ob diese Massnahmen eine Form menschenunwürdiger Behandlung oder gar Folter sind, kann nicht klar und für alle Fälle im Voraus gesagt werden. Erst kontextuell kann geklärt werden, welche der genannten Massnahmen Folter oder anderweitig eine menschenunwürdige Behandlung sind.[1681] Es kommt auf die Verhältnisse an. Die deontologische Lösung verkennt dies. Soweit sie angesichts solcher Fragen direkt zur Vermutung schreitet, das Verbot der Folter (oder jenes grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) sei eingeschränkt, vernachlässigt sie eine zwingende Ingredienz des vollständigen ethischen Diskurses: die Abklärung, worum es denn überhaupt geht. (Gleiches gilt, wenn einfach ausgeschlossen würde, dass solche Massnahmen jemals Folter sein könnten).

1680 Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 366; Nettesheim, 81.

1681 Vgl. Herdegen, Menschenwürde im Fluß, 773; Herdegen, Art. 1 Abs. 1, N. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vielleicht hängt die Vagheit der Begriffe mit der Sehnsucht nach der strikten Anwendbarkeit der Regel zusammen; diese lässt sich eher erfüllen, wenn auf mühevolle Differenzierungen zugunsten von Postulaten verzichtet wird. Einfachheit muss nicht schlecht sein, denn sie schont Ressourcen. Problematisch wird sie aber dort, wo die bequemere Lösung automatisch in allen Höchstgüterkollisionen vorgezogen wird. Hier ginge die Präferenz für das Einfache mit ihrer charakteristischen Schwäche einher: mangelnde Ausgewogenheit.[1682]

b. Missachtung des Kriteriums grosser Schmerzen oder Leiden

Wenn ein Verhalten, das bislang nicht als Folter galt, neu unter den Begriff der Folter subsumiert werden soll, ist eine akribische Begründung erforderlich. Wer die Schmerzandrohung als Folter betrachtet, muss daher darlegen, inwieweit die Androhung von Schmerzen grosse körperliche oder psychische Leiden bewirke.

Der Nachweis dürfte dort kaum möglich sein, wo die Realisierung der Drohung vom Bedrohten durch Beendigung des strafwidrigen Angriffs auf das Leben Dritter frei verhindert werden kann. Wenn ein Täter infolge der Drohung grosse Schmerzen empfindet, obwohl er deren Umsetzung verhindern kann, liegt dies eher an aussergewöhnlicher Sensibilität als an der erwartbaren affektiven oder sensorischen Intensität des tatsächlich durch blosse Worte zugefügten Leids.

Ob etwas Schmerz erzeugt, ist nicht eine bloss subjektive Frage, auf die es keine objektive Antwort gäbe. Die Schmerzintensität lässt sich empirisch durch Prüfung der Aktivität der relevanten Hirnareale bemessen.[1683] Das Erleiden von Schmerzen (durch das Tun von Mitmenschen oder aus anderen Gründen) ist überdies eine wohl verbreitete Erfahrung des menschlichen Daseins, sodass auch einfache statistische Erhebungen (Befragungen) zu wertvollen Erkenntnissen führen könnten. Folglich liessen sich quantitativ und qualitativ fundierte Erfahrungswerte etablieren.

Auch aus dem Strafrecht sind verwertbare Differenzierungen bekannt. Handlungen, die mangels Intensität der Verletzungswirkung nicht einmal

---

1682 Vgl. Montaigne, Sur la cruauté, 54: „que la vertu refuse la facilité pour compagne et que cette voie douce, aisée et déclive par où se conduisent les pas [bien] réglés d'une bonne inclination de nature n'est pas celle de la vraie vertu".

1683 Vgl. Iannetti/Mouraux, From the neuromatrix to the pain matrix (and back), in: Experimental brain research, Bd. 205/1 (August 2010), 1–12.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den objektiven Tatbestand der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) erfüllten, sind mangels Bewirkung schwerer Schmerzen oder Leiden keine Folterhandlungen. Eine einfache Ohrfeige, die strafrechtlich nur als Tätlichkeit einzustufen wäre (Art. 126 StGB)[1684], wäre etwa von Beginn an nicht geeignet, grosses Leiden zuzufügen und damit den Foltertatbestand zu erfüllen. Gleiches gilt in der Regel für leichte Fälle der einfachen Körperverletzung (z.B. einem die Gesundheit des Betroffenen nicht gefährdenden, aber im Augenblick schmerzhaften Faustschlag), bei welchen der Richter die Strafe mildern könnte (Art. 123 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 48a StGB). Die grosse Schwere der zugefügten Schmerzen oder Leiden ist hingegen vermutungsweise bei Handlungen erreicht, für die eine Strafmilderung nicht vorgesehen ist; also solchen, die dem objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) oder der einfachen Körperverletzung unter Ausschluss der leichten Fälle (Art. 123 Abs. 1 [ohne Satz 2] und Abs. 2 StGB) entsprechen. Also etwa bei Zufügung von Schmerzen, die nicht schnell abebben, beim Gebrauch gefährlicher Objekte oder bei Wehrlosigkeit des Betroffenen; und in jedem Fall dort, wo die verletzende Handlung zugleich lebensgefährdend war oder es zur bleibenden Entstellung des Gesichts oder irreversiblen Schädigung der Gesundheit oder des physischen Wohlbefindens kommt.[1685] Forderte man mit dem EGMR und einem Teil der Lehre gar die Zufügung schwerster oder sehr schwerer Schmerzen oder Leiden[1686] (was nicht notwendig ist), könnten wohl nur Handlungen die Schwelle zur Folter erreichen, deren Verletzungswirkung dem objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) entspräche.

Die Prüfung der Intensität der zugefügten Schmerzen oder Leiden ist zur Klärung der Frage, ob Folter vorliege, unverzichtbar. Würde man diesbezüglich auf Differenzierungen und damit auf das Erfordernis der Zufügung grosser Leiden verzichten, wäre das Folterverbot so etwas wie ein zweites Willkürverbot, das diverse Formen klar unverhältnismässiger

---

1684 Vgl. BGE 134 IV 189 E. 1.2; Dupuis u.a., Petit commentaire du Code pénal, Basel 2012, Art. 126 StGB, N. 4–6.

1685 Zur schweren Körperverletzung siehe: A. Roth, BS-Komm. StGB, Art. 122 StGB, N.4 f.

1686 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58; Biaggini, BV, Art. 10 N. 26; EGMR, *Gäfgen v. Germany* (2010), 22978/05, § 90 „As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should […] attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing *very serious and cruel suffering* [m.H.]" (Hervorhebung ergänzt).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gewaltanwendung verbietet (besonders gegenüber Personen, die wehrlos sind). Es verlöre dadurch seinen eigenständigen Sinn.

c. Missachtung der Rechtsgleichheit

Vor allem dort, wo Höchstgüter der Rechtsordnung kollidieren, muss schon aus Gründen der Rechtsgleichheit stets mit höchster Vorsicht und unter Berücksichtigung der Partikularitäten des Einzelfalls geprüft werden, ob die kollisionslösende Intervention wirklich eine Form von Folter oder anderweitig menschenunwürdigen Verhaltens wäre. Es für jede ungewöhnliche, jede harsche Verhörstrategie zu vermuten, überzeugt nicht. Die These, man dürfe bei Würde-Würde-Kollisionen nicht abwägen (sondern müsse die Abwehrseite priorisieren)[1687], ist sicher gut gemeint, ebnet im Resultat aber systematischer Rechtsungleichheit den Weg.[1688] Es ist nicht so, dass die Priorisierung jeden treffen könnte (solch rotierende Ungleichheit wäre erträglich): Wie der vorliegende Fall illustriert, zählt nur eine gewisse und sehr seltene Kategorie Störer zu den potenziellen Nutzniessern des Vorrangs des Verbots würdeberührender aggressiver Rettungsmittel vor sämtlichen noch so gewichtigen Pflichten zur Verhinderung von Menschenwürdeverletzungen.

d. Implizite Verharmlosung der Folter

Gleichzeitig führt die Ausdehnung der Verbote der Folter und grausamer und unmenschlicher Behandlung auf Handlungen, die kein grosses Leiden erzeugen, zur Verharmlosung wirklich grausamer, unmenschlicher Handlungen und potenziell zu einem Verlust an Glaubwürdigkeit des Grundrechtsgaranten. Die Überdehnung des Schutzbereichs des Verbots der Folter und der anderen menschenunwürdigen Behandlungen zöge Folgen nach sich, die dem besten Wohl aller Betroffenen abträglich sind. Auch aus diesem Grund ist die skizzierte deontologische Argumentation als ungeeignet zurückzuweisen.

Das gilt ganz besonders für die Theorie, jede Androhung von (schweren) Schmerzen sei selbst Folter oder eine unmenschliche Behandlung.

1687 So auch Amnesty International, Themenbericht, 4.

1688 Gegen ein Abwägungsverbot auch Dubey, Droits fondamentaux, § 16, N. 1167 und 1246.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorbehaltlich besonderer Umstände ist die blosse Androhung von Schmerzen in ihrer Wirkungsintensität weit von Folter entfernt. Wer das Folterverbot vor Relativierungen schützen will, sollte die Androhung von Schmerzen strikt von Folter unterscheiden, soweit sie nicht ausnahmsweise und auf rational nachvollziehbare Weise grosses psychisches Leid schafft (so womöglich bei gezielter und wiederholter Ausnützung von Phobien).[1689] Alles andere beschädigt, da verharmlosend, die Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates. Selbstredend ist damit nicht gesagt, die Androhung von Schmerzen sei unproblematisch. Grundrechtsstrategisch ist es richtig, sie als Einschränkung der körperlichen oder psychischen Integrität anzusehen, die in aller Regel unzulässig ist. Denn durch die Drohung mit (verbotener) Schmerzzufügung manövriert sich der Staat womöglich in eine Lage, in der er entweder diese Schmerzen tatsächlich zufügen oder sich selbst widersprechen muss – und in beiden Fällen seine Glaubwürdigkeit beschädigte.

Es spricht somit eine „Klugheitsregel" gegen die Androhung von Folter und ähnlicher Übel. Soweit die Androhung grosser Leiden in Ausnahmefällen ein geeignetes Mittel sein könnte, schweres Übel wie die Ermordung eines wehrlosen Kindes zu verhindern, ist jedoch unersichtlich, warum es der Diskussion ganz entzogen werden sollte.

e. Verkannte Gründe der Unantastbarkeit

Die deontologische Lösung schöpft im Versuch, rigoristische Verbote aggressiver Rettungsverhöre zu begründen, aus nicht überzeugenden Quellen: Die Regelethik ist nicht schlüssig. Folglich ist es auch nicht die nur mit ihr begründbare rigoristische Unantastbarkeit der Menschenwürde.[1690]

Obwohl jeder Rigorismus Stärke vortäuscht, fehlt es rigoristischen Thesen gerade daran: Zu sehr hängen rigoristische Ansätze vom Glauben in unhinterfragte und vermeintlich unhinterfragbare Postulate ab. Damit sind auch die Normen, die sie gerade stützen sollen, von diesem Glauben abhängig.[1691] Wenn plötzlich ein regelstiftendes Postulat aufgrund eines

---

1689 Etwa so, wie man das Werfen eines *Molotows* vom *Holocaust* unterscheiden soll, was aber die Echo-preisgekrönten Rapper Kollegah und Farid Bang nicht taten; siehe zur sich daran entzündenden Kontroverse: Die Welt 25.4.2018, Aus für den Echo: Kollegah und Farid Bang sind doch zu etwas gut, abgerufen auf <www.welt.de/kultur/pop/article175825009> (zuletzt am 12.6.2018).

1690 Siehe Teil 2, C.V.3; zur Kritik der Regelethik zudem Teil 3, B.III.

1691 Vgl. Erb, Nicht Folter, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wandels der Sitten einem anderen den Platz räumt, kann das deontologische System ganz anders gelagerte, aber ebenso kategorische Regeln hervorbringen; etwa das Gebot, jeden erdenklichen gewaltsamen Rettungsversuch zur Befreiung von Geiseln zu unternehmen.[1692] Denkbar wäre ein Rückfall in ein System von „Auge um Auge" oder Blut und Ehre; oder in die kriegerische Logik der Postulate *Krishnas* in der Bhagavad Gita.[1693] Das ist der archaische Schatten über einer derzeit eher humanistischen Regelethik.

Das Problem liegt letztlich auch darin, dass die Gründe für die begehrte Unantastbarkeit am falschen Ort gesucht werden. Solange die Begriffe der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht restlos geklärt sind[1694], können hieraus jedenfalls nicht ausschliesslich apriorische Gebote und Verbote fliessen. Daher ist eine Begründung der unbedingten Geltung der Verbote allein auf Basis der pragmatischen Unantastbarkeit nicht möglich; dies würde eine Prognose erfordern, wonach das normrelevante Verhalten in nahezu allen künftigen Fällen unhaltbar wäre.[1695] Wegen der Normstruktur der Verbote menschenunwürdigen Verhaltens muss die Auseinandersetzung mit der Verhältnismässigkeit teilweise im Rahmen der Frage stattfinden, ob überhaupt Folter oder eine anderweitige menschenunwürdige Behandlung vorliege.

f. Widersinniger Relativierungsvorwurf

Wer eine Höchstnorm anwenden will, muss eine verständliche Höchstnorm finden oder eine solche begreifbar machen. Hochrangiges Recht darf sich nicht (wie man es bisweilen vorzuschlagen scheint) damit begnügen, als Illusion möglich zu sein[1696], die mit der ontologischen Realität in fast stolzer Weise kontrastiert. Daher leidet der Versuch, jede Hinterfragung der deontologischen Prämissen als „Relativierung" (i.S.v.

1692 Vgl. Arendt, Über das Böse, 95.
1693 Dazu vorne, Teil 3, B.II.1; zu Krishnas Deontologie auch: Sen, Justice, 215 f.
1694 Vgl. Teifke, 67 f., betr. des teilweisen Festsetzungsgehalts der Menschenwürde.
1695 Dazu Teil 2, C.V.4.
1696 Siehe: Krasmann, Folter im Recht, 233: Der Rechtsstaat könne eine Illusion sein, wenn man die „Illusion weniger als Gegensatz zur Wahrheit, nämlich als Täuschung, begreift, als vielmehr im Gegensatz zur Realität im ontologischen Sinne. Der Rechtsstaat existiert nicht an sich, aber er existiert in unserer Vorstellung."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einschränkung) der Menschenwürde zu definieren, an einer logischen Schwäche.[1697] Die Definition der Schutznormen ist nur dann eine „Relativierung" des Schutzgehalts, wenn zuvor eine anerkannte und konkrete Definition bestand, von der im Rahmen der erneuten Differenzierung zugunsten einer engeren Definition abgewichen würde. Nur was allgemein in der Kommunikationspraxis oder in Urteilen nationaler und internationaler Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte als Folter anerkannt ist, ist (im Vergleich zum anerkannten Stand) einschränkbar und insoweit „relativierbar". So wäre ein engagiertes Plädoyer für den gelegentlichen Einsatz der Daumenschraube durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden eine Relativierung des Folterverbots, weil dieses Mittel klar als Folter gilt. Wer aber in harschen Haftbedingungen oder unangenehmen Verhörmitteln, die bislang in der Regel nicht als Folter eingestuft wurden, keine (oder nur bei grober Unverhältnismässigkeit) Folter sehen will, relativiert nicht das Folterverbot.

g. Unbegründbarer absoluter Vorrang der Würde vor dem Leben

Der Fall des aggressiven Rettungsverhörs lässt sich verkürzt darstellen als Kollision der Würde von Grau mit dem Leben des Kindes. Spielte die Würde des Kindes keine Rolle, liesse sich sagen, der Konflikt sei aufgrund eines Vergleichs der beiden Rechtsgüter lösbar. Wer meint, die Menschenwürde gehe dem Leben stets vor *und* umfasse das Verbot blosser Schmerzandrohungen, kann folgern, der Versuch der Rettung des von Grau entführten Kindes sei zu unterlassen.

Allein, solch ein Argument widerspricht typischen persönlichen Wertpräferenzen: Nur wenige nicht des Lebens überdrüssige Menschen würden ihr Leben aufgeben, um einer vorübergehenden Einschränkung der Würde zu entgehen. Warum sollte es, wenn die drohenden Einschränkungen zwei unterschiedliche Personen treffen, nun plötzlich fair sein, jene Einschränkung zuzulassen, die von nahezu allen Menschen als schwerwiegender empfunden würde? Die Frage ist rhetorisch gemeint. Nachfolgender Fall möge es illlustrieren:

> *Scharfschützenmoral*: Nach einer Geiselnahme wird Gold, der Anführer von zwei Geiselnehmern, durch die Polizei gestellt. Daraufhin droht Silver mit der Ermordung der Geiseln. Die Polizei hat zwei Möglichkei-

1697 Vgl. Trapp, Folter, 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten, die Geiseln zu retten: Ein Scharfschütze erschiesst Silver. Oder die Polizei bringt Gold durch Androhung schwerer Schmerzen dazu, Silver zum Abbruch der Tat zu bewegen. Vorausgesetzt, beide Mittel sind gleich wirksam: Was ist zu tun?

Unproblematisch wäre die Tötung offensichtlich nicht, obwohl sie (unter der Prämisse der Höchstrangigkeit der Würde) das „letzte Mittel" ist und der finale Rettungsschuss daher erlaubt sein sollte. Muss die Polizei Silver töten, nur weil die Androhung von Schmerzen als Instrumentalisierung des Betroffenen überhaupt nie infrage kommen soll? Wenn man irgendwo mit dem Offensichtlichen argumentieren darf, dann hier. Die Tötung ist evident unvertretbar. Bleibt nur (ist die Billigung der Ermordung der Geiseln ausgeschlossen) die Androhung schwerer Schmerzen gegen Gold.

Der Fall legt die Schwäche des absoluten Verbots der Androhung von Schmerzen bloss. Es zeigt, dass ein absoluter Würdevorrang zu stossenden Ergebnissen führt, wenn man vom weiten Schutzbereich der Menschenwürde ausgeht und diese gar dem Leben strikt vorziehen will.[1698] Dies gilt namentlich mit Blick auf Arten der Behandlung des Menschen als blosses Objekt[1699], mit denen keine besonderen Schmerzen oder Leiden einhergehen.

Auch die Positivierung der Menschenwürdegarantie lässt nicht auf ihren strikten Vorrang schliessen. In der BV war eine solche Superwürde gerade nicht vorgesehen.[1700] In der bundesgerichtlichen Praxis zählten traditionell das Lebensrecht und die persönliche Freiheit zu den höchsten Individualgütern.[1701] Trotz des Einflusses der deutschen Dogmatik, die sich auf eine in Art. 1 Abs. 1 GG angelegte Höchstrangigkeit der Menschenwürde abstützen kann, sind in der Schweizer Lehre kaum Stellungnahmen zugun-

1698 Vgl. mit umfassender Begründung auch Trapp, Folter, 157 ff.

1699 Was z.T. auch in der Schweizer Lehre als immer menschenwürdewidrig angesehen wird, vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht, N. 335c; ferner Tschentscher/Lienhard, Grundriss, N. 232.

1700 BBl 1997 I 1, 141: Art. 7 BV nennt die Würde nicht „unantastbar", da dies den „Eindruck erwecken [könnte], der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspräche. Darüber hinaus ist kein anderes Grundrecht derart absolut gefasst, nicht einmal das Recht auf Leben."

1701 Für die Bedeutung des Lebens: BGE 98 Ia 508 E. 4a, 514; für die persönliche Freiheit etwa: BGE 97 I 45 E. 3, 50: „Die persönliche Freiheit gehört zum Kreis der unverzichtbaren und unverjährbaren Rechte", m.H.; die Menschenwürde war zu dieser Zeit nur von objektivrechtlicher Bedeutung: BGE 90 I 29 E. 3c, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten des strikten Vorrangs der Würde vor dem Leben anzutreffen.[1702] Ein pauschaler Vorrang der Menschenwürde wäre auch normlogisch wenig plausibel, da die Schutzbereiche des Rechts auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Menschenwürde (Art. 7 BV) sich in vieler Hinsicht überschneiden.[1703] Die persönliche Freiheit bezeichnete das Bundesgericht früher als unverjährbares und unverzichtbares Recht, das zur Aufgabe habe, die Würde zu gewährleisten.[1704] Das Recht auf Leben, schrieb es einmal, schütze den Menschen „in der ganzen Vielfalt seiner Erscheinungen, unbekümmert darum, wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mögen", denn es gibt „kein lebensunwertes menschliches Leben."[1705] Die Wortwahl des Bundesgerichts verrät, dass es allen drei Grundrechten um elementare Aspekte der Lebensqualität und um Grundbedingungen des als lebenswert erlebten Daseins geht.

Aus all dem folgt nicht, ein unbedingtes Folterverbot (das selbst dem Lebensrecht vorgehe) sei undenkbar: Es ist möglich und begründbar, solange das Folterverbot nicht künstlich aufgebläht wird.[1706] Dass hier von der Höchstrangigkeit des Rechts auf Leben sowie von jener der Menschenwürde gesprochen wird, bedeutet eben auch, dass der Lebensschutz nicht immer der Menschenwürde vorgeht. Das hat mehrere Gründe:

Wie es mehr oder weniger schwere Würdeverletzungen geben kann, gibt es auch unterschiedliche Grade der Einschränkung des Lebensrechts: Nicht jede Schaffung oder Nichtbeseitigung einer gewissen Lebensgefahr ist inakzeptabel; und nicht jedes Mittel (z.B. Menschenversuche) oder

---

1702 So allenfalls Mahlmann, Grundrechtstheorie, 182 ff.; vgl. Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 11, wonach das Gebot zum Respekt des Lebens (anders als die Menschenwürdegarantie) nur den Charakter einer Prima-facie-Norm habe. Aus der deutschen Dogmatik etwa: Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, 387: „Grundfeste und meta-positive Verankerung der grundgesetzlichen Ordnung"; vgl. Bielefeldt, Ethos, 31.

1703 Vgl. Fonk, Christentum, 48: „Zu den ältesten uns bekannten Menschenrechten gehören die Freiheitsrechte, das heißt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Persönlichkeit. […] Sie bezeichnen unbedingte Unterlassungspflichten, […]. Jeder Versuch, sie zu relativieren, greift den unaufgebbaren Schutzraum an, der um der Möglichkeit der freien Selbstbestimmung eines jeden Menschen willen unbedingt zu achten ist."

1704 BGE 90 I 29 E. 3c, S. 37: Die persönliche Freiheit sei ein „droit constitutionnel inaliénable et imprescriptible" und als solches sei sie „destiné[] à garantir la dignité humaine, ce qui est le propre de la liberté individuelle."

1705 BGE 98 Ia 508 E. 4b, 515.

1706 Dazu hinten, Teil 4, C.IV.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

jeder Aufwand (teuerste Medikamente[1707]) ist zur Rettung von Menschenleben gerechtfertigt. Das hat wiederum mit dem Prinzip der Lebensdienlichkeit zu tun: Die Duldung von Gefahren, mit denen der Mensch umzugehen lernt und die ihn dabei in der Regel stärken, ist insgesamt lebensdienlicher als die Gewöhnung des Menschen an ein surreales Leben im risikofreien Vakuum. Eine Erkenntnis, die Nietzsche hervorzuheben nie müde wurde.[1708] Ferner kann zugunsten des Vorrangs der Würde vor dem Leben in bestimmten Konstellationen sprechen, dass die Berechtigung zu aggressiven Zwangsmitteln mit grösseren Missbrauchsrisiken einhergeht als die Berechtigung zu Tötungen, etwa im Rahmen eines finalen Rettungsschusses. Wer die Macht über einen lebenden Menschen hat, ist in der Lage, diesen zu unterschiedlichen Handlungen zu nötigen: Er kann dazu gebracht werden, sich selbst zu verleugnen, seine Angehörigen zu verraten, sein Vermögen abzutreten oder sich einer Sache schuldig zu bekennen, an der er keine Schuld trägt. Die Verletzlichkeit des Gequälten dauert im Unterschied zur Verletzlichkeit des Getöteten an. Auch in dieser überaus düsteren Hinsicht mag es pragmatische Gründe geben, derentwegen Verletzungen der Menschenwürde schwerer wögen als Tötungen.

Kurz: Das Leben ist nicht prinzipiell weniger wertvoll als die Menschenwürde; und die Würde weicht nicht automatisch vor dem Leben zurück. Massgeblich sind jeweils konkrete Folgenerwägungen.

h. Unbegründbarer Vorrang der abwehrrechtlichen Würde

Im besprochenen Fall der aggressiven Rettung stellt sich nicht nur die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Menschenwürde und dem Recht auf Leben, sondern auch die nach dem Konflikt der Würde gegen die Würde (weil das entführte und zu rettende Kind sich in einer Lage befindet, die mutmasslich menschenunwürdig ist). Um den Fall trotz rigoristi-

---

1707 Siehe insb. BGE 136 V 395, der *Myozyme*-Entscheid, und dazu Teil 2, B.V.4.

1708 Nietzsche, FW, N. 12: „Das letzte Ziel […] sei, dem Menschen möglichst viel Lust und möglichst wenig Unlust zu schaffen? Wie, wenn nun Lust und Unlust so mit einem Stricke zusammengeknüpft wären, dass, wer möglichst viel von der einen haben will, auch möglichst viel von der andern haben muss [?]"; ders., Morgenröthe, N. 343: „Aber Eins ist gewiss: ihr werdet niemals die Reise um die Welt (die ihr selber seid!) machen und in euch selber ein Zufall und eine Scholle auf der Scholle bleiben!"; ders., FW, 5B, N. 349, wonach der Selbsterhaltungstrieb Ausdruck einer Notlage sei und daher nicht Mass-stab des Lebenswillens ist.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scher Annahmen lösen zu können, wird plädiert, die Unantastbarkeit der Menschenwürde beschränke sich auf die abwehrrechtliche Menschenwürde und damit auf die Unterlassenspflicht des Staates. Hierzu sei lediglich auf die vorne begründete Erkenntnis verwiesen, wonach eine solch einseitige Priorisierung der abwehrrechtlichen Menschenwürde in der positivierten Grundrechtsordnung keine Grundlage hat (siehe Art. 7, Art. 8 Abs. 1, Art. 12, Art. 25 und Art. 35 BV) und zurückzuweisen ist.[1709]

3. Betroffenheit der Würde aller Menschen?

Eine Möglichkeit, den Verzicht auf aggressive Rettungsmittel zu begründen, besteht darin, die durch die Intervention betroffenen Interessen als Ausdruck eines grösseren Ganzen zu präsentieren und zu suggerieren, das Ganze stünde auf dem Spiel. Im hier diskutierten Fallbeispiel hiesse dies, die Einschränkung der Würde des Grau sei unweigerlich auch eine Einschränkung der Würde aller Menschen.[1710] Dieser (bereits vorne eingehend kritisierte[1711]) Begründungsansatz, der eine weltweite betroffene Menschenwürde aus einer konkreten Würdeeinschränkung konstruiert, ist populär.[1712] Wäre die metaphysische Prämisse des Arguments richtig, wäre dieses Argument fast omnipotent: Sogar sehr geringfügige Einschränkungen der Unversehrtheit, die strafrechtlich höchstens der Tätlichkeit (Art. 126 StGB) zugeordnet würden, wögen als Instrumentalisierung des Betroffenen schwerer als nichtverhinderte Morde. Denn was ist das Leben

---

1709 Siehe auch vorne, Teil 2, B.IV.4.c.

1710 La Torre, Tortura y Derecho, 36: Ein Angriff auf die Würde eines Menschen sei ein Angriff auf die Würde aller Menschen; wer Juan die Würde entziehe, greife zugleich die Würde des José an, und wer Juan versklave, nehme auch José den unberührbaren Kern der Freiheit, obwohl José sich noch frei bewegen könne. Vgl. Minkmar, Folter bei der CIA (FAZ): „Folter verrät die Solidarität aller Menschen vor dem Tod".

1711 Vorne, Teil 3, B.III.3.b. Das Argument geht zurück auf: Kant, MdS, AA VI, 423; vgl. Kant, GMS, AA IV, 429; vielleicht auch auf: Bibel, Matth. 25/40: „Was ihr getan habt einem von diesen meinen geringsten Brüdern, das habt ihr mir getan."

1712 Selbst auf informellen deutschsprachigen Internetforen ist das Argument anzutreffen, so auf Allmystery, <.allmystery.de/themen/ph109397–14> (zuletzt abgerufen am 12.3.2016), wo jemand vom „Eingriff in die Rechte aller" spricht, „dass sie nicht hinnehmen müssen, dass der Staat sie rechtmäßig foltern darf"; und: „Folter ist nicht nur ein Eingriff in die Menschenrechte der Gefolterten. Es ist ein Eingriff in die Menschenrechte aller Bürger."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Wenigen verglichen mit der Würde überhaupt? Sarkasmus beiseite, solange keine Kausalketten für einen solchen Effekt der Weltbetroffenheit nachgewiesen sind, ist von problematischer[1713], die Fallbeurteilung verfälschender Metaphysik auszugehen. Ein Mitbetroffensein der ganzen Menschheit bei punktuellen Würdeverletzungen ist kausal unmöglich. (Zum Vergleich: Die vertraulich geäusserte Religionskritik verletzt nicht die religiösen Gefühle jener Gläubigen, die von dieser Kritik nichts wissen.)

Kurz: Das Abstellen auf rein fiktive Folgen zur Begründung der Kollisionslösung hat nichts mit Folgenethik zu tun; man kann das Argument vielmehr als pseudokonsequentialistisch einstufen und entsprechend zurückweisen. Anders verhält es sich, wo konkrete Nachwirkungen einer Würdeeinschränkung eine Bedrohung für andere Menschen bedeutete.[1714] Das wäre ein konsequentialistisches Argument. In dem Sinne kann eine Ungerechtigkeit gegen eine Person zugleich eine Bedrohung gegen alle (jedenfalls gegen zahlreiche) Personen sein.

4. Kritische Betrachtung der Dammbruchargumente

a. Wesen von Dammbruchargumenten

Dammbruchargumente setzen auf die Vorstellung, aus für sich allein betrachtet kleineren Übeln würden (je nach Fall schrittweise oder schlagartig, aber in jedem Fall zwingend) geradezu katastrophale Folgen resultieren. Also müsse man zwingend das nur scheinbar kleine Übel unterbinden.

Mit solchen Argumenten (im angloamerikanischen Diskurs spricht man bildhaft von: *slippery slope*) lässt sich etwa postulieren, jegliche noch so begrenzte Zulassung der Abtreibung und jede denkbare Form der Hilfe zum Freitod seien völlig inakzeptabel, da damit der Wert des Lebens und die Würde zur Disposition gestellt würden, woraus eine stetige Ausweitung des Zulässigen resultiere – etwa in Form von Abtreibungen kurz vor der Geburt oder einem institutionalisierten Drängen zur Selbsttötung

---

1713 Das Argument bedient ein Einheitsgefühl, das auch ein Merkmal völkischer Denkart war: Schwarz, Nationalsozialismus, 6 „Ein überindividuelles Einheitsleben wird da in jedem von uns existent, das ebenso in allen anderen, die völkisch erleben, existent wird."

1714 Vgl. dazu die Ausführung zum Dammbruchargument, hinten, Teil 4, C.III.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

randständiger Menschen.[1715] Auf die „Rettungsfolter" bezogen, liesse sich argumentieren: Wer anfänglich eng begrenzte aggressive Verhörmittel ausnahmsweise zulasse, billige, dass sich diese verfügbaren aggressiven Verhörmittel fortan neue Anwendungsbereiche erobern und immer aggressivere Mittel salonfähig würden. Damit resultierte aus der Legitimierung einer für sich alleine vielleicht noch erträglichen Massnahme eine Katastrophe.[1716]

Obwohl Dammbruchargumente in der Debatte zur „Rettungsfolter" oft plausibler sind als das Argument der Betroffenheit der Würde aller Menschen, sind sie nicht bedingungslos überzeugend:

b. Bedingung überzeugender Dammbruchargumente

Dammbruchargumente leben von der Tatsache, dass Menschen Fehler machen: Sie handeln nachlässig, täuschen sich, missbrauchen ihre Macht. Je geringer man die ethische Integrität und Verlässlichkeit des Menschen schätzt, je eher man es den Behörden zutraut, die durch Billigung gewisser Mittel verliehene Macht zu missbrauchen, desto eher besticht die Begründung umfassender Verbote mithilfe des Dammbruchargumentes.[1717] Etwas

---

1715 Vgl. Fenner, Sterbehilfe, 62 ff., zu Recht kritisch zu solchen Argumenten, das Argumentieren mit der Euthanasie der Nazis als „Totschlagargument" bezeichnend.

1716 Vgl. Krasmann, Folter im Recht, 233; Lamprecht, Darf der Staat foltern, 229; Fonk, Christentum, 46; La Torre, Tortura y Derecho, 31: Lasse man zu, dass es auf die Anzahl gefährdeter Leben oder auf Wahrscheinlichkeiten ankomme, dann fielen alle Grenzen hinweg und es sei fortan möglich, auch Unschuldige und Kinder zu foltern sowie zu töten, zu vergewaltigen (etc.). Siehe auch: The Economist, 9.1.2003, Is torture ever justified?; vgl. Gruen, Verlust des Mitgefühls, 134 f.: „Und selbstverständlich werden durch Folter jene Geständnisse erpresst, die zur Aufrechterhaltung dieses Gefüges notwendig sind. Folter wird dadurch zu einer Selbsterhaltungsmassnahme eines Gesellschaftssystems, das sich in Wahrheit immer nur selbst belügt und seine Lüge mittels entsprechender Massnahmen perpetuiert."; vgl. Constant, effets de la terreur, (15-)17: Wenn Hinrichtungen und Folter (die Werkzeuge der *Terreur*) zu vermeintlich legitimen Zwecken legalisiert würden, könnten dereinst „Terroristen" unter dankbarer Nutzung der legitimierenden Argumente darauf zurückgreifen.

1717 Siehe dazu auch Zalten, Pflichtbegriff, 133: „Ein ideengeschichtlicher Hintergrund für den Rigorismus […] kann in der stoischen Grundhaltung Kants […] sowie in der Erbsündenlehre Luthers gesehen werden, wonach der Mensch in seiner 'Natur' total verdorben sei."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Pessimismus, zumindest was das Verhalten von Menschen in Krisenzeiten und unter autoritärem Einfluss anbelangt, ist wohl durchaus angezeigt.[1718]

Wer einen Dammbruch anmahnt, beklagt, dass eine Massnahme ungeachtet eines allfälligen kurzfristigen Nutzens zu hohe Kosten mit sich führte. Die Glaubwürdigkeit solcher Argumente hängt von der Wahrscheinlichkeit des Dammbruchszenarios ab: Wiegt der probabilistisch gewichtete Eintritt des Dammbruchs schwerer als die Schäden im Falle des Verzichts auf die dammbrechende Massnahme, sollte die Massnahme aus konsequentialistischer Sicht unterlassen werden. Ob ein Dammbruchargument besticht, kann damit nur durch Folgenerwägungen abgeklärt werden. Der drohende Dammbruch muss auf Basis möglichst empirischer Daten und lückenloser Kausalerwägungen plausibilisiert werden.[1719] Dazu ist auf ähnliche Folgen in vergleichbaren Fällen zu weisen. Solange diese Rationalisierung des Dammbruchargumentes nicht erfolgt, sollte im Zweifelsfall von der Irrelevanz von Szenarien ausgegangen werden, die längere Kausalketten voraussetzen und deren Eintritt mit zahlreichen Unwägbarkeiten behaftet sind.

Diese Skepsis rechtfertigt sich angesichts der Erkenntnis aus vergangenen Dammbruchargumenten: Viele noch vor einigen Jahrzehnten vor einer Politikänderung befürchteten „Dammbrüche" sind völlig ausgeblieben. Die Fristenlösung im Abtreibungsrecht hat keinen Forderungen nach einer Freiheit zu späteren Abtreibungen Auftrieb verliehen. Die 1994 als Pilotprojekt eingeführte heroingestützte Behandlung Schwerstsüchtiger hat nicht zur Partizipation des Staates an der Drogenkriminalität und

---

1718 Daniel Defoe, The History of the Kentish Petition, Addenda, Zeile 11, in: The Shortest Way with Dissenters, and Other Pamphlets, Oxford 1974, 100: „Nature has left this Tincture in the Blood, That all Men wou'd be Tyrants if they cou'd"; vgl. Montaigne, der fürchtete, die Natur selbst habe dem Menschen einen Hang zur Unmenschlichkeit versehen: Montaigne, cruauté, 83. Aus empirischer Sicht ist Milgrams Experiment denkwürdig, das den blinden Gehorsam ordinärer Probanden gegenüber einer vermeintlichen „Autorität" belegt: Milgram, Perils of Obedience, 62: „This is, perhaps, the most fundamental lesson of our study: ordinary people, simply doing their jobs, and without any particular hostility on their part, can become agents in a terrible destructive process. Moreover, even when the destructive effects of their work become patently clear, and they are asked to carry out actions incompatible with fundamental standards of morality, relatively few people have the resources needed to resist authority."

1719 Vgl. Fenner, Sterbehilfe, 64

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu noch mehr Drogenkonsum geführt, sondern die Drogennot (insb. die Heroin-„Epidemie") sichtbar verringert.[1720]

c. Zum empirischen Beleg des Dammbruchs der „Rettungsfolter"

Daher sind auch die seltenen empirischen Indizien auf die Gefahren eines aus der eingeschränkten Legalisierung aggressiver Rettungsmassnahmen resultierenden Dammbruchs vorsichtig zu untersuchen. Bisweilen verbietet die Unterschiedlichkeit der jeweiligen Rechtsordnungen und Gesellschaftsstrukturen direkte Analogieschlüsse.

So mag es sein, dass es in Israel nahezu zum Dammbruch kam, nachdem man den Einsatz „moderaten physischen Drucks" zu Verhörzwecken legalisiert hatte (im Ansinnen, den inoffiziellen Einsatz dieser Mittel gerade einzudämmen).[1721] Allein, die Situation in Israel ist mit jener der meisten europäischen Staaten und der Schweiz nicht vergleichbar, da es hier an einem seit einem halben Jahrhundert bestehenden Konflikt jener Art fehlt, wie er Israelis und Palästinenser belastet. Die hiesigen Behörden bewältigen ihre Schutzaufgaben mit einem ganz anderen historischen Selbstverständnis – sie agieren nicht im Wissen, die (Selbst-)Verantwortung für ein Volk zu schultern, das im Laufe der Jahrhunderte immer wieder verfolgt und zuletzt fast ausgerottet wurde. Verständlich daher, dass man in Israel nicht geneigt ist, einfach auf die Nächstenliebe anderer Völker und auf den ewigen Frieden zu zählen, sondern im Zweifelsfall alles daran setzt, fortan immer wehrhaft zu sein und auf der Seite der Stärkeren zu stehen. Diese Einstellung führt wohl ihrerseits zu gewissen Ungerechtigkeiten, weil man im Bemühen, den erforderlichen Schutz niemals zu versäumen, zu weit zu gehen droht[1722]; sie ist insofern die (soweit man das von aussen überhaupt bewerten kann) nicht in jeder Hinsicht optimale, aber natürliche Einstellung eines Volkes, das um keinen Preis mehr Opfer sein möchte. (In Deutschland, man gestatte, liegen die Dinge vielleicht gerade

---

1720 Zu den Ergebnissen dieser Politik siehe etwa Schaub/Bolliger/Hiltebrand/Dickson-Spillmann, Heroingestützte Behandlung, Veränderung der Klientel in der Schweiz und Review der Kostenanalysen, Zürich 2013, 39 f.; Andreas Frei, Sozioökonomische Bewertung der Versuche zur heroingestützten Behandlung, LeGes 1/2007, 77 ff.; vgl. Uffer, Mobilität, 26, m.H.

1721 Siehe dazu Lamprecht, Darf der Staat foltern, 228 f. m.H.

1722 Unter Traktandum 7 der ständigen Agenda des UN-Menschenrechtsrats werden echte und vermeintliche Ungerechtigkeiten seitens Israels denn auch *ad nauseam* debattiert.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

umgekehrt[1723]: Angesichts dessen, was die Nazis anrichteten, herrscht der Wille vor, nie wieder Täter zu sein; damit geht die Gefahr grosser Zurückhaltung selbst angesichts von Ungerechtigkeiten durch andere einher; vielleicht erklärt das die Beliebtheit eines Instrumentalisierungsverbots, das dem Staat definitionsgemäss nur aktive Formen von Unrecht untersagt, nicht aber das Unterlassen dringlicher Hilfe).

d. Beschäftigung mit Gegendammbrüchen als Ausdruck der Begründungspflicht und des Symmetriegebots

Wenig plausibel sind Dammbruchargumente dort, wo sie nur der rhetorischen Stärkung einer bereits gefassten Meinung dienen. Solche Dammbruchargumente verraten sich daran, dass eine Beschäftigung mit denkbaren Gegendammbrüchen unterbleibt. Gegendammbrüche sind schwerste Gefahren, die sich bei Unterlassen der vermeintlich zum Dammbruch führenden Handlung realisieren könnten.

Am Bild gesprochen: Während die Ursache des Dammbruchs das Herausbrechen einzelner Bausteine aus dem Damm ist, ist Ursache des Gegendammbruchs das Stauen von Wassermengen, welche die Kapazität des Dammes übersteigen.

Welche Gegendammbrüche könnten bei Unterlassung aggressiver Rettungsverhöre drohen? Nicht undenkbar wäre, dass das unregulierte private Sicherheitsangebot aufblühte, wenn die Polizei ihre Rettungsaufgaben nicht erfüllt und der Staat als Grundrechtsgarant die Erwartungen der Gesellschaft enttäuscht; im Extremfall entstünden bewaffnete Bürgerwehren, sodass der Schutz des Bürgers von Personen abhinge, die womöglich nicht fähig oder willens sind, Grundrechte Dritter zu schonen[1724]; auch

---

1723 Diese Beobachtung errät man m.E. bereits bei Arendt, etwa in einem überspitzt formulierten Brief an Blücher vom 14. Dezember 1949, in: Denken ohne Geländer, 226: „Die Sentimentalität bleibt einem im Halse stecken, nachdem sie einem erst in die Kehle gestiegen ist. […] Wahr ist, dass *jeder* gegen den Krieg ist. Das drücken die Zeitungen [von rechts nach links] etwa so aus: Seht Ihr, nun wollt Ihr auf einmal, daß wir Soldaten werden; aber hä, hä, jetzt sind wir gerade Pazifisten. Nicht wahr ist, daß es hier viele Nazis gibt. Sie sehnen sich halt nach Hitlern ohne Krieg zurück".

1724 So Oliver Malchow, der deutsche Bundesvorsitzende der Polizeigewerkschaft, der nach den Ausschreitungen im August 2018 in Chemnitz warnte: „Der Staat ist dafür da, mit Polizei und Justiz seine Bürger zu schützen. Wenn er das in den Augen vieler Bürger aber nicht mehr leisten kann, besteht die Gefahr, dass die Bürger das Recht selbst in die Hand nehmen und auf Bürger-

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf weniger extreme Weise könnte das Gewaltmonopol des Staates Brüche erleiden – so etwa, wenn wohlhabende Angehörige entführter Personen von Beginn an nicht auf die Dienste des staatlichen Sicherheitsapparats setzten, sondern auf private Anbieter.

Es sind somit Schlimmstszenarien auf beiden Seiten der Kollision vom Typus des aggressiven Rettungsverhörs erdenkbar. Solange solche Dammbruchargumente nicht empirisch plausibilisiert wurden, ist vorsichtshalber davon auszugehen, dass sie sich ungefähr die Waage halten.

5. Problem der Kollisionsleugnung

Bisweilen wird von der Kollisionsunfähigkeit der Menschenwürde und der von ihr geprägten spezifischen Normen ausgegangen. Die Menschenwürde oder das Folterverbot könnten demnach *ex hypothesi* gar nicht erst in ernste Konflikte mit anderen Grundrechten geraten. Folglich käme es nie zur Kollision der Menschenwürde des Entführers mit jener des Kindes.[1725]

In diese Richtung zielen auch Versuche, die Achtung der Menschenwürde „kategorial auf einer anderen Ebene" (als jene anderer Grundrechte) festzumachen.[1726] Ist die Menschenwürde kein gewöhnliches Rechtsgut, sondern eine über jeden Vergleich mit anderen Normen erhabene Entität, dann kann sie so wenig kollidieren wie zwei Fahrzeuge auf unterschiedlichen Etagen eines Parkhauses.

---

wehren und Selbstjustiz bauen.", so auf: <https://amp.welt.de/politik/deutschland/article181332804/Ausschreitungen-in-Chemnitz-Polizeigewerkschaft-GdP-warnt-vor-Selbstjustiz.html> (zuletzt abgerufen am 29.8.2018).

1725 Siehe Wolbert, Folter, 17; Amnesty International, Themenbericht, passim; vgl. Leisner-Egensperger, Wesensgehaltsgarantie, 67, betreffend Kerngehaltskonflikte: Das Lebensrecht habe keinen Wesensgehalt, weil es nicht „antastbar" sei; es könne nur ganz oder gar nicht eingeschränkt werden. Für die Möglichkeit von Würdekollisionen etwa: Brugger, Vom unbedingten Verbot, 165–173; differenzierend Lamprecht, Darf der Staat foltern, 184 (m.H.) und 226.

1726 Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, 109 f.; vgl. Habermas, Zukunft, 62.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gegen die Strategie, das Problem vermeintlich zu lösen, indem man die Kollision leugnet, sprechen diverse Gründe:[1727]

- Erstens, das Jonglieren mit Definitionen ändert nicht die materiale Interessenlage. Kann in einer Situation nur eines der grundrechtlich geschützten Güter A oder B uneingeschränkt fortbestehen, dann ist die Kollision ein Faktum. Die normative Fiktion, wonach A und B auf zwei Ebenen lägen und überhaupt nicht kollidierten, ändert nichts an der Existenz dieser Kollision der materialen Güter.
- Zweitens verweigert das blosse Postulat, die Menschenwürde kollidiere nicht, die Begründung des strikten Vorrangs der Menschenwürde (des Entführers) vor allen anderen Interessen (inklusive der Menschenwürde des Kindes). Die Erklärung, die Menschenwürde gehe immer vor, weil sie nicht kollidieren könne, ist nämlich ein Zirkelschluss: Die Vorrangigkeit würde mit der Vorrangigkeit begründet, die in der These der Kollisionsunfähigkeit implizit enthalten ist (sonst wäre unklar, wessen Menschenwürde mangels Kollision vorzuziehen sei: jene des Entführers oder jene des Kindes?).[1728]
- Drittens folgte aus der Kollisionsunfähigkeit der Würde nicht, dass ausgerechnet die abwehrrechtliche Würde vorzugehen hätte.[1729] Auf ihrer Basis liesse sich genauso fordern, der Staat dürfe gar nicht erst an die Menschenwürde des Entführers denken, sobald die Menschenwürde eines entführten Kindes betroffen sei. Mit der Folge, dass selbst grausame Verhörmittel mit dem Hinweis „legitimiert" werden könnten, der Schutz der Menschenwürde des entführten Kindes ertrage keine Relativierung.

Die Leugnung der Kollision ist die Weigerung, im Diskurs für die eigene Position Verantwortung zu übernehmen. Man flüchtet sich „vor der Wirklichkeit, die sich dem Recht nicht fügen will, in das rechtliche Ideal, gleich dem Arzt, der sich vor dem Widrigen der Krankheit, die er behandeln soll, ekelt, und sich statt dessen an der Schönheit griechischer Skulpturen

---

1727 Zur Kritik solch rein definitionsbasierter Lösungsversuche: Uffer, Mobilität, 20: „Man spricht einer Gruppe Grundrechtsträger indirekt bestimmte Rechte ab, indem man auf der anderen Seite der Grundrechtskollision ein besonders wertvolles und geradezu unantastbares Recht vorzufinden behauptet."

1728 Vgl. Teifke, Menschenwürde, 153, zum Bemühen, die Menschenwürde aus Grundrechtskollisionen herauszuhalten, indem man ihren Grundrechtscharakter bestreitet: „Daß die Menschenwürde aber auch als bloß objektive Grundrechtsnorm abwägungsfähig sein kann, wird dabei scheinbar verkannt."

1729 Siehe dazu insb. Teil 2, B.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

weidet" (Isensee).[1730] Kurz: Die Kollisionsleugnung wird zu Recht oft abgelehnt.[1731]

Um das Ausblenden von Grundrechtskollisionen zu vermeiden, ist es sachgerecht, im Zweifelsfall vorerst von einer Grundrechtskollision auszugehen.

Genauso wie die Leugnung von Kollisionen sollte die These (oder Rhetorik) der Unfähigkeit des Staates zur aktiven Rettung vermieden werden. Dabei wird eine als faktische Möglichkeit existierende Option, die als strikt unzulässig betrachtet wird, nicht etwa als unzulässig, sondern primär als unmöglich beschrieben. So etwa wenn argumentiert wird, der Staat sei bei Szenarien der tickenden Zeitbombe (deren Explosion nur durch Quälen des Bombenlegers verhindert werden könnte) „ausserstande", seine Schutzpflichten wahrzunehmen, und gezwungen zu dulden, dass andere Grundrechte verletzten.[1732] Wo es richtig ist, dass der Staat das „Unmögliche" strikt unterlässt, braucht man die Fiktion der Unmöglichkeit nicht; sie schwächt unnötig das normative Argument, weil der Eindruck entsteht, die fragliche Unzulässigkeit hielte der kritischen Untersuchung im Diskurs nicht stand.

6. Relevanz des Selbstverantwortungsprinzips?

a. Selbstverantwortungs- und Störerprinzip (insb. Art. 6 BV)

Dem Selbstverantwortungsprinzip (oder Störerprinzip) nach müsste man im Falle einer provozierten Grundrechtskollision berücksichtigen, inwieweit Kollisionsbeteiligte für das Entstehen oder Bestehen der Kollision verantwortlich sind.[1733] Dieses Prinzip, für das in Art. 6 BV eine Verfassungsgrundlage gesehen werden kann, führt dazu, dass Menschen die Folgen ihres eigenverantwortlichen Handelns zu tragen haben; bei mutwillig

---

1730 Isensee, Menschenwürde, 193, im Kontext der Besprechung des Entscheids des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz (BVerfGE 115, 118).

1731 So sogar aus eher regelethischer Warte: Lamprecht, Darf der Staat foltern, 230.

1732 Belser/Molinari, BS-Komm. BV, Art. 7, Rz. 69.

1733 Schmidt, verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 122, zum *Veranlasserprinzip*: „Danach kommt einem risikobehafteten oder rechtlich nicht zu billigenden Verhalten eine geringere *Schutzwürdigkeit* zu. So ist etwa ein Verhalten, dass die Rechtsverletzung herausgefordert hat, weniger schutzwürdig."; Biaggini, BV, Art. 36 N. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

provozierter Kollision wohl auch aufgrund von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die Menschenwürde selbst bedingt ebenfalls ein (Selbst-)Verantwortungsprinzip.[1734] Das deutsche Bundesverfassungsgericht betonte dies (obiter dictum) im Entscheid zum Luftsicherheitsgesetz: Der Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs wäre, sind keine tatunbeteiligten Personen an Bord, als Ultima Ratio denkbar. Denn die Flugzeugentführer hätten die Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens herbeigeführt und könnten dieses Eingreifen jederzeit dadurch wieder abwenden, dass sie von der Verwirklichung ihres verbrecherischen Plans Abstand nehmen.[1735]

b. Argumente für die „Rettungsfolter"

Es ist richtig, aus dem Selbstverantwortungsprinzip (und Störerprinzip) herzuleiten, dass eine Kollisionslösung im Zweifelsfall eher zulasten jener Person zumutbar ist, welche die Kollision provozierte. Dies muss besonders dort gelten, wo die Provokation mit rechtswidrigem Verhalten zusammenhängt.[1736]

Gleichwohl ist Vorsicht geboten: Eine Grenze des Verantwortungsprinzips liegt darin, dass pönal motiviertes staatliches Handeln nur zulässig ist, wo die strengen Regeln des Strafrechts (etwa betreffend die Gesetzmässigkeit, ne bis in idem, die Unschuldsvermutung) analog respektiert werden.[1737] Selbst für Täter, die ihrerseits mit Grausamkeiten auffielen, ist eine menschenwürdewidrige Behandlung nicht vorgesehen.[1738] Dies

---

1734 Bieri, Eine Art zu leben, 259: Die Selbstachtung kann man auch verlieren, weil man nicht bereit ist, die Verantwortung für sich und sein Leben zu übernehmen.

1735 BVerfGE 115, 118; 150.

1736 Coninx, Solidaritätsprinzip, N. 1261, unter Verweis auf die Begründung der Strafrechtslehre: „Eine Tötung ist in diesen Fällen [der Notwehr] deshalb legitim, weil der Angreifer seine Tötung dulden muss, das heisst die Konsequenzen seines rechtswidrigen Verhaltens tragen muss, wenn er selbst andere Menschen in rechtswidriger Weise unmittelbar am Leben bedroht. Diese Wertung der Strafrechtslehre erscheint […] gerecht, weil sie im Lichte der Grundsätze des Selbstbestimmungsrechtes getroffen wird."

1737 Vgl. BGE 140 I 2 E. 6.1 – 6.3, 16 ff.; BGE 139 I 72 E. 2.2, 78 ff.; ferner BGE 139 IV 270 E. 3, 275 f.; BGE 102 Ia 28 E. 1b-d, 29 ff.

1738 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 297: „the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's behaviour".

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gilt erst recht, wenn man nicht an den freien (kausalitätsüberwindenden) Willen des Menschen glaubt, sondern vom (weitgehend) determinierten Wollen und Handeln des Menschen ausgeht. Vorliegend bedeutet dies, dass die Folgen des kollisionsbewirkenden Handelns von Grau nicht seines freien Willens oder gar der strafrechtlichen Verwerflichkeit wegen ins Gewicht fallen. Was aber gerade aus folgenethischen Gründen infrage kommen kann, ist eine entsprechende Lastenzuteilung aus Anreizgründen: Kollisionen dürfen im Zweifelsfall nicht so aufgelöst werden, dass es sich lohnte, die Grundrechtsinteressen anderer Menschen zu schädigen.

Das (Selbst-)Verantwortungsprinzip spielt indes nicht nur zulasten der Störer: Im Falle erwachsener Entführungsopfer wäre die Verantwortung jedes Einzelnen für das eigene Wohl zu bedenken (vgl. Art. 6 BV). Diese hängt auch mit den begrenzten Ressourcen des Staates sowie der Notwendigkeit zusammen, dass der urteilsfähige Mensch lerne, mit Risiken umzugehen und mit Restrisiken zu leben.[1739]

c. Berücksichtigung der (möglichen) Unfreiheit des Täters

Gelegentlich bringen Befürworter aggressiver Rettungsverhöre vor, dem Entführer stünde es frei, durch Kooperation die drohende Befragungsart entbehrlich zu machen. Der Verhörte werde nur zur Kooperation gezwun-

---

1739 Vgl. BVerfGE 49, 89 (142f.), zu den Risiken eines Atomkraftwerks: „Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muß er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewißheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet. Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen, dem Rest könne er entweichen.[1740] Dem Staat könnte dann höchstens eine Verletzung des Rechts des Betroffenen angelastet werden, sich nicht selbst zu belasten (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK).

Dies überzeugt nur bedingt. Wenn die Polizei dazu schreitet, eine Person wie Grau aggressiv zu verhören, lässt sich kaum sagen, dies sei Folge des freien Entscheids von Grau, der die Kooperationsmöglichkeit nicht wahrnahm.[1741] Ein Entführer in der Lage des Grau wird zwar, ist er rational und droht ihm bei Kooperation nichts Schlimmeres, der aggressiven Massnahme durch Kooperation entkommen. Tut er dies aber nicht, dann hat dies seine Gründe (i.S.v. Ursache): etwa die Furcht vor Repressalien seitens verratener Mittäter; die Angst vor lebenslanger Haft und Verwahrung, mit der Hoffnung, ihr mittels kompletter Verweigerung der Kooperation und Vereitelung des Nachweises der begangenen Tat zu entkommen; eine fanatische religiöse Überzeugung; oder irgendeine andere psychische Eigenartigkeit. Kurz: Es ist offen, ob jemand wie Grau, dem aggressive Verhörmittel in Aussicht gestellt werden, wirklich kooperieren und das Unrecht beheben kann. Gerade wo es nach unwirksamer Androhung solcher Mittel zum aggressiven Verhör käme, wären wegen der in Kauf genommenen Leiden erhebliche Zweifel an der inneren Freiwilligkeit der Kooperationsverweigerung angebracht.

Deshalb bedeutet die theoretische Möglichkeit, dem aggressiven Rettungsverhör durch Kooperation zu entkommen, nicht, dass diese Massnahme ein unbedenkliches Druckmittel wäre.

7. Notwehrhilfe- und andere Kohärenzargumente

Ein verbreitetes Argument zugunsten sogenannter „Rettungsfolter" besteht darin, in der Grundrechtskollision eine notwehrhilfefähige Situation zu sehen. Wäre der Polizist privat betroffen, etwa weil seine Kinder entführt wären, dürfte er dem Entführer zur Rettung nötigenfalls schwere

---

1740 Vgl. Trapp, Folter, 39 ff.; Erb, Folterverbot, 149 ff.; ferner die Stellungnahme der hessischen Staatskanzlei, zit. gemäss Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2008, 1 BvR 1807/07, N. 16: „Auch wenn der Beschwerdeführer strafprozessual das Recht gehabt habe, sich nicht selbst zu belasten, so habe er es doch in der Hand gehabt, durch den einfachen Hinweis auf den Aufenthalt des entführten Kindes alles das abzuwenden, was anschließend mit ihm geschehen sei."

1741 Kritisch auch La Torre, Tortura y Derecho, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schmerzen zufügen. Warum sollte er es nicht für andere Kinder tun?[1742] Hinterfragt wird mit solchen Argumenten die Kohärenz strikter Verbote aggressiver Rettungsmittel. Dagegen lässt sich argumentieren, dass der Staat mehr Macht habe, weshalb Missbräuche durch den Staat schwerer wögen; und überdies ist der Staat stärker auf das Vertrauen seiner Subjekte angewiesen.[1743] Die negativen Folgen der aggressiven Rettungshandlung gingen daher über die Quantität konkret zugefügter Schmerzen hinaus.[1744] Folgende hier entwickelte Variante des Arguments stellt für die rigoristische Ablehnung des aggressiven Rettungsverhörs eine grössere Herausforderung dar:

a. Argument der Rückzugslösung

Haben private Angehörige der Opfer ein Anrecht auf direkte Konfrontation mit dem Entführer, wenn und weil der Staat nur noch mit Mitteln retten könnte, die ihm nicht zur Verfügung stehen (dürfen)?

Wer sich in staatlichem Gewahrsam befindet, ist entsprechend vor dem Zugriff Privater zu schützen. Eine der Legitimationen des staatlichen Strafwesens findet ihre Rechtfertigung im Anliegen, private Selbstjustiz zu verhindern, indem er sie durchs staaliche Sicherheits- und Strafwesen ersetzt.[1745] Doch gilt das Gebot, auf gewaltsame Selbsthilfe zu verzichten, nicht bedingungslos. Es hängt jeweils von der konkreten Fähigkeit des Staates ab, das Gewaltmonopol wahrzunehmen.[1746] Wer an Leib und Leben oder in seiner Freiheit bedroht ist und staatlichen Schutz nicht erlangt, darf dagegen auf private Hilfe setzen; niemand ist gezwungen, so bereits Hobbes, sich zur wehrlosen Beute zu machen.[1747]

Es drängt sich daher die Frage auf, ob private Angehörige die Arbeit übernehmen dürften, die der Staat nicht übernehmen kann (darf):[1748] Müsste der Staat den Entführer Grau nicht den Angehörigen des von

---

1742 Vgl. Erb, Nicht Folter; ders., Nothilfe, 24–30; Trapp, Folter, 223 f.
1743 Vgl. La Torre, Tortura y Derecho, 32 ff.
1744 Vgl. Trapp, Folter, 224.
1745 Vgl. vorne, Teil 3, E.I.4.
1746 Teil 2, B.IV.3.e.
1747 Hobbes, Teil 1, XIV: „But if other men will not lay down their right, as well as he, then there is no reason for anyone to divest himself of his: for that were to expose himself to prey, which no man is bound to, rather than to dispose himself to peace."
1748 Vgl. Trapp, Folter, 223 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grau entführten Kindes anvertrauen, wenn er dabei sicherstellt, dass diese den Rahmen der gerechtfertigten Notwehrhilfe nicht verlassen? Auf den ersten Blick ist dies zu bejahen, entspricht es doch dem Optimierungsgebot: Wenn der Staat das Kind retten kann, ohne Folter anzuwenden und ohne anderweitig Grundrechte zu verletzen oder unverhältnismässig zu handeln, ist er zur Rettung verpflichtet. Die Behörde, die mit den ihr gestatteten Mitteln nichts zur Rettung des entführten Kindes leisten kann und dies eingesteht, agiert redlich; es wäre nur konsequent, wenn sie Raum für private Rettungsversuche mit Mitteln machen dürfte, die unter Privaten der Rechtfertigung fähig sind. Mangels grober Unverhältnismässigkeit hätte dies im Normalfall nichts mit Folter oder anderweitig unmenschlicher Behandlung zu tun.

Kurz: Unter der (oft wohl fiktiven) Hypothese, dass der Staat kein legitimes Mittel mehr hätte, das Kind selbst zu retten, ist an der Kollisionslösung durch Rückzug des Staates zugunsten der privaten Rettungsbemühungen wenig auszusetzen; jedenfalls materiell scheint sie legitim.

b. Gegenargument der verbotenen „Aushändigung" an Folternde

Ein Einwand gegen obige Rückzugslösung lautet, der Staat handle unmenschlich, wenn er den Entführer einer Person aushändige, die vorhabe, diesen zu „foltern". Dies sei so unzulässig wie die Abschiebung einer Person in einen Staat, wenn ihr dort Folter drohe (Art. 25 Abs. 3 BV).

Der Einwand übersähe, dass Privatpersonen eben nicht direkt, sondern nur mittelbar grundrechtsverpflichtet sind. Was seitens des Staates Folter wäre, erfüllt seitens Privater potenziell unterschiedliche objektive Tatbestände des Strafgesetzbuches (etwa die schwere und nicht-leichte einfache Körperverletzung gemäss Art. 122–123 StGB, die Bedrohung gemäss Art. 180 StGB oder die Nötigung gemäss Art. 181 StGB). Ob Angehörige des entführten Kindes zur Rettung desselben dem Grau Schmerzen zufügen dürfen, entscheidet sich auf Ebene der Rechtfertigungsgründe des Art. 15 StGB (Notwehr und Notwehrhilfe). Zur Rettung überwiegender Interessen, zu denen das Leben des entführten Kindes zweifellos zu zählen ist (auch aus Verfassungsgründen; vgl. Art. 11 BV), darf der Private einem

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Entführer nötigenfalls schwere Schmerzen zufügen; selbst die Tötung kann unter Umständen erlaubt sein.[1749]

c. Einwand der fehlenden Grundlage im Gesetz

Der stärkste Einwand gegen die Rückzugslösung lautet indes, dass das positivierte Recht die Übergabe des verhörten Straftäters an private „Retter" nicht vorsieht, obwohl hier höchste Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und daher eine formale Basis für eine solche Lösung gegeben sein müsste.[1750] Die Rückzugslösung birgt nämlich erhebliche Missbrauchsgefahren: Die Behörden könnten, um schwierige Fälle loszuwerden oder gar aus Angst vor Repressalien aus dem Umfeld des Täters, ihre Rettungsunfähigkeit vortäuschen und so in Wirklichkeit die Opfer von Straftaten im Stich lassen; Angehörige der Opfer wiederum könnten Notwehrlagen vortäuschen, die nicht mehr vorlägen (etwa bei bereits getötetem Entführungsopfer), um Rache zu üben. Die Vornahme der Rückzugslösung gestützt auf die polizeiliche Generalklausel wäre daher nicht legitim, weil die Vorzüge einer solch indirekten Lösung die möglichen Nachteile (Risiken) bestenfalls knapp überwögen.

Zugleich dürfte eine gesetzliche Regelung der Rückzugslösung wohl wenig bringen, weil der Eintritt von Fällen, die die Rückzugslösung interessant machen, sehr unwahrscheinlich ist. Es ist kaum denkbar, dass ein Staat, der den Rahmen des Erlaubten ausschöpft und den entscheidenden Störer in seiner Gewalt hat, jemals mit allen ihm verfügbaren (und Privaten oft nicht verfügbaren) Mitteln rettungs*un*fähig wäre, während Private gleichzeitig zur Rettung fähig und befugt wären.

Anders sieht es aus, wo der Entführer sich bereits in der Gewalt Privater befände, welche die entführten Personen retten möchten: Wenn die Privaten mit Gewalt auf die Rettung hinarbeiteten, dürfte der Staat diese Rettungsbemühung nur dann zugunsten der Wahrnehmung des Gewaltmonopols verhindern, wenn er wirklich in der Lage ist, die Rettung mit erlaubten Mitteln effektiv vorzunehmen. Für das verhältnismässige

---

1749 Vgl. etwa die Fälle zur Tötung von „Haustyrannen": BGE 125 IV 49 und BGE 122 IV 1, wo aber ein Erlaubnistatbestandsirrtum (keine echte Rechtfertigung) vorlag.

1750 Vgl. zu diesem Problem: Kälin/Lienhard/Wyttenbach, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, passim; siehe auch Bethge, Grundrechtseingriff, 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nichtintervenieren seitens des Staates wäre selbstredend keine gesetzliche Grundlage erforderlich.

d. Zwischenfazit aus dem Gedankenspiel der Rückzugslösung

Die Rückzugslösung illustriert das Interesse daran, die Disparität zwischen dem, was der Staat darf, und dem, was Private dürften, eng zu halten. Der Unterschied muss folgenethisch begründet sein. Dabei sollte der Bedeutung des Vertrauens in die Schutzfähigkeit des Staates Rechnung getragen werden.

Ein falscher Eifer, dem Staat immer mehr griffige Rettungsmittel (etwa durch die realitätsfremde Ausweitung des Schutzbereichs der Menschenwürde) aus der Hand zu nehmen, führte nur dazu, dass Auswege wie die Rückzugslösung eher notwendig und eher legitim würden. Die Rückzugslösung (die ungeachtet ihrer logischen Vorzüge kaum jemandem ganz geheuer sein dürfte) zeigt auf, wie der Staat seine ureigentliche Raison d'être bedroht, wenn er sich zu sehr in Gewaltabstinenz übt.

Wem hülfe ein expansiv begriffenes Verbot menschenunwürdiger Behandlungen, wenn die Sicherheitskräfte nicht fähig sind, schwere Verbrechen (die unter anderem gerade die Menschenwürde bedrohen) zu bekämpfen, und in der Folge immer mehr Betroffene auf die Hilfe privater Sicherheitsdienste setzten? Ein überspanntes Verbot aggressiver Rettungsmittel ist im Effekt kontraproduktiv. Es gefährdete insoweit auch die Rechtsgleichheit, als der wirksame Grundrechtsschutz zum Privileg wohlhabender Personen würde, die sich die Unterstützung privater Sicherheitskräfte leisten können (sowie gewalterprobter Clans, die sich geistig nie von einer Logik der Blutrache entfernt hatten und auf archaische Mittel der Abschreckung zählen können). Dies ist bei der kontextuellen Konkretisierung des Folterverbots und anderer Verbote menschenwürdewidriger Behandlungen zu bedenken.

Die Rückzugslösung ist ferner als blosses Gedankenspiel dogmatisch interessant, weil der Rückzug des Staates die Struktur der Kollision verändert, ohne etwas an den bedrohten Rechtsgütern zu ändern: Wenn der Entführer den Angehörigen anvertraut ist, die selbst ein Rettungsverhör vornehmen, steht der Staat vor einem Dilemma mit (im Vergleich zur klassischen „Rettungsfolter"-Problematik) umgekehrten Vorzeichen. Entweder er schreitet *aktiv* gegen die Personen ein, die den Entführer aggressiv behandeln, und erreicht damit das Resultat, das er im klassischen Fall der „Rettungsfolter" passiv erreicht (i.e., niemand behandelt den Entführer als

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

blosses Objekt zur Rettung eines Dritten). Oder aber er schreitet nicht ein und wahrt das Leben des Kindes durch blosse Passivität.

In dieser Situation spräche nicht einmal mehr der vermeintliche Vorrang der abwehrrechtlichen Garantie der Menschenwürde (vor dem Schutz der Würde oder des Lebens) für eine Kollisionslösung zugunsten des Entführers.[1751] Wer sich gegen das aggressive Rettungsverhör einzig mit dem Argument ausspricht, sie verletze die Menschenwürde, auf die es im Kollisionsfall nur in abwehrrechtlicher Hinsicht ankomme, der müsste kohärenterweise die Rückzugslösung gutheissen (wo der Staat bloss noch Schutzansprüche des Entführers einschränkte). Damit würde aber eine Lösung befürwortet, die jedes rigoristische Verbot des aggressiven Rettungsverhörs ad absurdum führt. Auch das spricht gegen ein exzessiv weites, den staatlichen Sicherheitsapparat lähmendes striktes Verbot von Verhörmitteln, das selbst Mittel umfasste, die man nur mit viel Vorstellungskraft als folterähnlich ansehen kann.

IV Vertiefte Folterdefinition und folgenethisches Folterverbot

Auch aus Sicht einer folgenethisch begründeten Grundrechtsdogmatik gilt ein unbedingtes Folterverbot. Seine Begründung kann sowohl eine unmittelbar pragmatische als auch eine begriffslogische sein. Darüber hinaus kann es Fälle der zulässigen Leidzufügung selbst im Verhör geben:

1. Pragmatische Definition des unantastbaren Folterverbots

a. Unantastbarkeit als Ausdruck eines Folgenkalküls

In der Beurteilung von Fällen der „Rettungsfolter" (als Synonym für Massnahmen des aggressiven Rettungsverhörs, die nicht a priori immer eine wirksame Rettung bewirken und nicht in jedem Fall echte Folter sind) ist jeweils zu klären, was Folter ist und ob die erwogene Massnahme Folter wäre. Das unbedingte Verbot der Folter ist teilweise pragmatisch begründet: Es folgt insoweit aus Folgenerwägungen, als angenommen werden kann, ein ausnahmefähiges Folterverbot zöge mehr Übel nach sich, als die isoliert gesehen „richtige" Folter im Ausnahmefall zwecks Rettung höherer

1751 Zur Kritik dieses Abwehrvorrangs siehe vorne, Teil 2, B.IV.4, und in Bezug auf den hier diskutierten Fall: Teil 4, C.III.2.g.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Güter, so dies denn überhaupt denkbar ist, jemals kompensieren könnte. Eingerechnet sind in dieser Folgenerwägung namentlich die Gefahren von Irrtümern und Missbräuchen, die der Erlaubnistatbestand mit sich zöge; berücksichtigt ist ferner, dass eindeutige Verbote in der Regel mehr Erwartungsstabilität leisten.[1752] Das folgenethische Argument gegen die Folter erschöpft sich nicht darin, zu behaupten, Folter sei wirkungslos, weil die damit erlangten Informationen zum Beispiel oft unzuverlässig seien.[1753]

Es ist davon auszugehen, dass zumindest alle Arten von Handlungen der öffentlichen Gewalt, die dem historisch gewachsenen Folterbegriff entsprechen oder einem verbreiteten allgemeinen und juristischen Sprachverständnis nach Folter sind, in diese Kategorie der Folter fallen. Zur Klärung, ob ein Mittel des aggressiven Rettungsverhörs überhaupt erwogen werden darf, ist zuerst zu prüfen, ob das erwogene Mittel in diesem Sinn herkömmliche, als solche weitherum eingestufte und erkennbare Folter fällt.

Die pragmatische Dimension des strikten Verbots der (herkömmlichen) Folter gilt verstärkt dadurch, dass die positivierten Folterverbote, soweit sie Folter überhaupt definieren (insb. Art. 1 Abs. 1 FoK und Art. 7 Abs. 2 lit. e ICC-Statut), keine den herkömmlichen Wortsinn erweiternde oder umgekehrt einschränkende Definition von Folter enthalten. Der Staat und die geschützten Individuen haben Anlass, ein dem üblichen Wortsinn der Folter entsprechendes Verbot zu erwarten. Der Wert des Vertrauens ins positivierte Recht und der Beständigkeit dieses Rechts[1754] fällt somit

---

1752 Zu diesem Wert: Krasmann, Folter im Recht, 233.

1753 Vgl. Yglesias, Work for What?; siehe aber: McArdle, Does torture work?: „One of the most facile dismissals of torture is that it doesn't work, so why bother? That's tempting, but it's too easy. Torture seems to me very likely to work provided that you can verify the information, which I assume interrogators can in at least some circumstances."; ebenfalls der Ansicht, pragmatische Argumente genügten nicht: Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot, Fn. 13: „Zwar werden auch verschiedene pragmatische Argumente für das Folterverbot vorgebracht, etwa die Erfahrung, dass Folter zur Gewinnung lebenswichtiger Informationen wenig tauglich sei; sie können eine 'absolute' Verbotsnorm letztlich aber nicht begründen. Die Absolutheit des Folterverbots gründet deshalb ausschließlich in der gebotenen Achtung der Menschenwürde."

1754 Vgl. dazu vorne, Teil 1, B.IV, zur Legitimität und zum Eigenwert der Legalität. Siehe zur Illustration der Bedeutung des Vertrauens im Kontext der Folterproblematik McArdle, Effective? Who Cares?: „My position is that even if it is 100% effective – in the sense of producing only true information – we should ban it. I don't trust anyone, not myself and certainly not the state, with the

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zugunsten eines unbedingten Folterverbots in die Waage, soweit der rechtliche Folterbegriff dem Wortsinn treu ist.

Nachfolgende Liste zeigt, wovor der Schutzbereich des Folterverbots im erläuterten Verständnis absolut schützt, ohne dass er im Einzelfall irgendeiner Konkretisierung bedürfte.

b. Beispiele herkömmlicher Foltermittel

Soweit auch die situativen und finalen Kriterien der Folterdefinition gegeben sind (eine dem Staat zurechenbare Handlung, die auf einen Zweck gerichtet ist, wobei der Betroffene dem Handelnden weitgehend wehrlos ausgeliefert ist[1755]), können etwa folgende Gewaltmittel Folter konstituieren[1756]:

- das Zufügen von Verbrennungen (z.B. Ausdrücken von Zigaretten auf der Haut);
- das Verstümmeln (z.B. Ausreissen von Zehennägeln);
- das Erzwingen schmerzhafter Körperhaltungen (z.B. durch Aufhängen an den Beinen oder Armen, oder längeres Stehenlassen an der Wand mit hochgehaltenen Armen und gespreizten Beinen), zu denen keine Sicherheitsgründe Anlass geben;
- das Erteilen von Hieben und Schlägen (z.B. die Bastonade: Stockhiebe auf die nackten Fusssohlen), die konkret geeignet sind, schwere Verletzungen der körperlichen Integrität oder anderweitig grosse Leiden zu bewirken.

Nicht jede Anwendung physischer Gewalt durch den Staat ist Folter: Das ordinäre Anlegen von Handschellen zur Verhaftung, selbst wenn es dadurch zur Zufügung erheblicher Schmerzen kommen kann, ist nicht Folter; die ungerechtfertigte Beohrfeigung eines Demonstranten durch einen Polizisten, der die Nerven verliert, ebensowenig. Kurz: Legale Sanktionen

---

power implied by sanctioned torture. I don't want to live in a state that tortures people."

1755 Im Detail vorne, Teil 4, C.II.3.a.

1756 Zu Foltermitteln siehe etwa: J. Scheffler, Folterinstrumente; Herrmann, Enzyklopädie des Grauens; Härter, Folter als Instrument policeylicher Ermittlung, 83 ff.; Yamey, European Instruments of Torture, 323–346; für das juristische Verständnis der Folter siehe ferner: UN-CHR Sonderberichterstatter P. Kooijmans, E/CN4/1986/15.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Strafverfolgungsmittel sowie Gewaltanwendung unter der Schwelle dessen, was sich zur Zufügung grossen Leids eignet, sind nicht Folter.[1757]

Zugleich bedarf die Folter nicht unbedingt einer Einschränkung der körperlichen Unversehrtheit. Gewisse Mittel der Folter sind primär (zunächst) ein Angriff auf das psychische Wohlergehen des Opfers. So etwa:

- das Zwingen zur Einnahme von Drogen oder Medikamenten jenseits aller therapeutischen Notwendigkeit (sog. pharmakologische Folter);
- das Auslösen starker Ekelgefühle bei einer sich in Gewahrsam befindlichen Person (z.B. durch wiederholtes Servieren wurmbefallener Speisen);
- die Instrumentalisierung starker Ängste oder Phobien (z.B. Scheinhinrichtungen oder das Ziehen einer Haube über den Kopf [hooding])[1758];
- der sensorische Entzug (z.B. Einsperren in eine licht- und lärmisolierte Zelle) von einer Dauer, die geeignet ist, den Widerstandswillen des Opfers zu brechen;
- der systematische Schlafentzug (anders als die blosse Schlafzeitbegrenzung oder nächtliche Eingriffe aus Sicherheitsgründen, die kein grosses Leid schaffen).

Für Handlungen der enumerierten Art gilt das strikte und pragmatisch begründete Verbot auf Basis der bereits durchgeführten Folgenabwägung. Die Überwindung dieser Folter zählt zu den Errungenschaften des Humanismus und des juristisch-philosophischen Diskurses der Aufklärung. Aus diesem Grund ist hier eine erneute Folgenabwägung obsolet. Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass die Legitimierung dieser Foltermittel jemals der Optimierung der (grundrechtlichen) Interessen dienen könnte, auf die es ankommen muss.

Da es in einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik keine Denkverbote gibt, ist es im wissenschaftlichen Diskurs natürlich jedem unbenommen, das Ergebnis dieser als erfolgt vorausgesetzten Folgenerwägung durch eine eigene Abwägung zu überprüfen. Für den Staat ist das strikte Verbot indes aufgrund der erfolgten Folgenerwägung und der historischen Erfahrung (aus folgenethischem Grund) sowie der formalen Positivierung (aus einigungsethischem Grund und wegen des Werts der Legalität) verbindlich. Ihm steht es nicht zu, im konkreten Fall Foltermittel in Erwä-

1757 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298.
1758 Vgl. hierfür und zum nächsten Punkt: EGMR, *Ireland v. UK* (1978), 5310/71, § 96.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gung zu ziehen und zur Prüfung ihrer ausnahmsweisen Legitimität Ressourcen aufzuwenden, die anderen Gerechtigkeitszwecken gebühren.

c. Zwischenfazit: Pragmatische Begründbarkeit des Folterverbots

Einfach ist die Problematik des aggressiven Rettungsverhörs vor allem dort, wo die erwogenen Verhörmittel klar Folter sind. Dann gilt das unantastbare Verbot aus pragmatischen Gründen. Die Interessenabwägung im Einzelfall erübrigt sich. Analoges gilt für andere klare Fälle der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.

Selbst wenn der Polizeibeamte die begründete Hoffnung hegt, das Kind lasse sich damit retten, darf er Grau nicht mit irgendwelchen Foltermitteln quälen. Um nur wenige Beispiele des klar Verbotenen zu nennen: Er darf Grau nicht am Hals packen und diesen durch vorgetäuschte Erdrosselung um sein Leben fürchten lassen, darf keine Zigarette auf Graus Haut ausdrücken, darf nicht mit Stöcken auf die gespreizten Finger von Grau schlagen, darf ihm kein Insektengift ins Gesicht sprühen, darf ihm nicht zur Entmutigung madenbefallene Speisen servieren, darf ihn nicht aufhängen lassen, ihn nicht zwingen, stundenlang in schmerzhafter und zu Krämpfen führender Haltung zu verweilen (erst recht nicht mit einer über den Kopf gezogenen Haube), ihm nicht durch tagelange Einsperrung in der Dunkelheit das Gefühl für Tag und Nacht rauben.

Solcherlei zeichnet Folter aus. Die Antwort auf die Frage, ob der Staat Grau foltern darf, wenn sich damit (nur damit) noch eine gewisse Möglichkeit der Rettung des Kindes realisieren lässt, ist daher einfach: Nein.

Denn jede Handlung, die unter den herkömmlichen Folterbegriff fällt und damit klar dem Anwendungsbereich der positivierten Folterverbote (etwa Art. 10 Abs. 3 BV; Art. 1 Abs. 1 FoK) zuzuordnen ist, ist immer unzulässig. Dies folgt nicht nur aus der Tatsache, dass die unbedingte Verbotsgeltung selbst positiviert wurde (vgl. Art. 2 Abs. 2 FoK), sondern auch aus der über die Jahrhunderte gewachsenen ethischen Erkenntnis der strikten Unzulässigkeit dieser Folter. Für Handlungen, die klar Folter sind, ist dies evident, sodass sich im Einzelfall nicht nur die erneute Abwägung, sondern auch die kontextuelle Normkonkretisierung erübrigen. Man muss heute nicht mehr nachweisen, warum es ethisch völlig irrational wäre, dem Verhörten mit der Daumenschraube die Daumen zu zerquetschen. Das Folterverbot gehört in seinen klaren Aspekten einfach zum Acquis zivilisierter (i.S.v. nicht irrationaler und nicht zynischer) Gesellschaften.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Begründung hierzu ist nicht etwa in einem (selbst gefahrenträchtigen) blossen Postulat zu finden – denn postulieren könnte man auch die unbedingte Pflicht zur Rettung entführter Personen mit allen nur erdenklichen Mitteln –, sondern gerade in Folgenerwägungen. Aus Sicht der Folgenethik ist die Annahme entscheidend, dass die Nachteile, die mit der Einführung einer Ausnahme zum Folterverbot einhergingen, jeden allenfalls in seltensten Fällen, falls überhaupt, durch die Folter realisierbaren „Vorteil" (z.B. etwas höhere Chancen der Geiselrettung) klar überwögen, was nichts anderes bedeutet, als dass der Vorteil in einer aggregierten Beurteilung der Folgen keiner ist. Dass dies vermutet werden kann, illustrieren unterschiedlichste Gefahren, mit denen im Falle der Zulassung solcher Folter zu rechnen wäre: die Gefahr von missbräuchlichen Anwendungen der einmal verfügbaren Mittel; die Gefahr folgenschwerer Irrtümer (etwa weil der Verhörleiter die Existenz schonenderer Mittel verkennt); die Gefahr schwerer Einbussen an Vertrauen in die Sicherheitskräfte, deren Menschlichkeit und Redlichkeit (z.B. mit der Folge einer zurückgehenden Bereitschaft von Zeugen, auszusagen); die Gefahr einer zunehmenden Erschwerung der Verwertung von Verhörergebnissen durch (berechtigte oder taktische) Foltervorwürfe gegen den Staat, der nur „ausnahmsweise" rechtmässig foltern wollte; ein kompromissloseres Auftreten des organisierten Verbrechens und anderer Personen im Konflikt mit Sicherheitskräften. Das sind nur einige der allgemeinen Gefahren. Hinzu kommt das konkrete Leid, das dem Betroffenen wiederführe; dessen Kooperation würde womöglich kurzfristig erzwungen, doch kaum nachhaltig sichergestellt – Kooperation wäre nur die kurzfristige Frucht der Angst.

Kurz: Für alle Verhaltensweisen, die klar dem Begriff der Folter zuzurechnen sind, ist das unbedingte Verbot (unmittelbar) pragmatisch begründbar.

Darüber hinaus kann es aber noch weitere Fälle von Folter geben, die erst im Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Situation als solche klar identifizierbar sind:

2. Begriffslogisch definiertes Folterverbot

a. Struktur der begriffslogischen Unantastbarkeit des Folterverbots

Ergibt die Prüfung einer im Rahmen eines aggressiven Rettungsverhörs erwogenen Massnahme, dass diese nicht zur herkömmlichen Folter zu

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zählen ist, ist zu prüfen, ob sie trotzdem in den Schutzbereich des Folterverbots fallen und damit absolut unzulässig sein könnte.

Unter diesen weiteren Folterbegriff fallen potenziell auch Handlungen, die nur in einem bestimmten Kontext ihren vollen Unrechtsgehalt entfalten. Ein Beispiel ist etwa das fünfstündige ununterbrochene Verhör einer an einen Stuhl gefesselten Person. Bei anhaltender akuter Gefahr und dem Fehlen eines geeigneten Ortes für ein weniger belastendes Verhör könnte solch ein Zwang zulässig sein. Zugleich ist ein solcher Umgang mit verhörten Personen ein Kandidat für den erweiterten (begriffslogisch erschlossenen) Folterbegriff. So läge Folter oder jedenfalls eine unmenschliche Behandlung wohl vor, wenn nach einer halben Stunde kein dringliches Verhörbedürfnis mehr bestünde und der Betroffene gefahrlos von dieser Position befreit werden könnte.

Das Beispiel zeigt, worauf es im Grenzfall ankommt: auf die Umstände, die Verhältnisse. In der Grenzzone zwischen klarer Nichtfolter und klarer Folter ist die kontextuelle Konkretisierung des Folterverbots unvermeidbar.[1759] Diese ist eine Interessenabwägung im Rahmen der konkreten Auslegung des Folterverbots.[1760] Geprüft wird dabei die Betroffenheit des Schutzbereichs des Folterverbots. Die kontextuelle Konkretisierung macht das Folterverbot in seinen Feinzügen sichtbar und damit auch konkret verwirklichbar. Werden gewisse Handlungen erst nach einer entsprechenden Prüfung des Einzelfalls als Folter identifiziert und dem Folterverbot zugeordnet, kann nicht von der pragmatischen Unantastbarkeit des Folterverbots die Rede sein, denn ein im Vorfeld getätigtes Folgenkalkül kann solche Handlungen nicht erfassen.

Die technische Herausforderung lautet dementsprechend auch: Wie ist ein rigoristisches Verbot möglich, dessen Objekt noch gar nicht klar feststeht?[1761] Die Antwort hierzu findet sich vorne.[1762] Eine „reine" (nicht pragmatische) Geltung der Norm, in realistischen wie auch fiktiven Fällen, lässt sich nur auf eine Weise *ex ante* begründen, die in dieser Arbeit als begriffslogisch bezeichnet wurde. Absolute Richtigkeitsaussagen sind möglich, weil sie nur in ihrem relativen Aussagegehalt fixiert sind. Eine solche begriffslogische Richtigkeitsaussage könnte daher lauten: „Es ist im-

---

1759 Vgl. Herdegen, Menschenwürde im Fluß, 773, der einen „abgestuften Schutz" der Garantie der Menschenwürde erwägt, dessen konkreter Gehalt situationsbestimmt und in Abwägung mit kollidierenden Werten festzulegen sei.

1760 Vgl. zur kontextuellen Konkretisierung der Menschenwürde vorne, Teil 4, B.II.3.

1761 Zu diesem Problem siehe vorne, Teil 3, B.III.8.b.

1762 Vorne, Teil 2, C.V.5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mer unzulässig, mit einer staatlichen Massnahme deutlich mehr Schaden anzurichten, als man sich von dieser Massnahme an positiven Folgen versprechen kann"; in solchen Aussagen fehlt der spezifische Gehalt, den man in Sätzen findet wie: „Es ist immer falsch, einer verhörten Person einen Fingernagel abzureissen". Das apriorische Unrechtsurteil bezüglich der aus begriffslogischen Gründen strikt unzulässigen Handlungen ist daher möglich, weil es auf Verhältnisse des Unrechts bezogen ist.[1763]

Dies ist das Wesen der begriffslogischen Unantastbarkeit des Folterverbots. Die Unantastbarkeit des Folterverbots trägt indirekt (wegen der Annahme, die Verletzung des Unantastbaren sei stets falsch) zur Definition der Folter bei. Diese zeichnet sich namentlich dadurch aus, dass bei Folter immer ein klar verzerrtes Verhältnis zwischen dem bewirkten Guten und dem bewirkten Übel vorliegt.

b. Schutzbereich der Folter im begriffslogischen Sinn

Auch bei der Prüfung, ob Folter im begriffslogischen Sinn vorliegt, kommt es auf die vier der Normdefinition (insb. Art. 1 Abs. 1 FoK) entnehmbaren Kriterien an. Folter ist eine dem Staat vorwerfbare Handlung, durch die einer wehrlosen Person grosse Leiden zugefügt werden, um etwas Bestimmtes zu erreichen.[1764]

Indizien auf mögliche Folter im nicht-herkömmlichen Sinn liefern dabei vor allem zwei Merkmale: *(i)* Das erste ist eine Handlungsstruktur, die sachlich der herkömmlichen Folter ähnlich ist. Die fragliche Handlung muss prima facie eine gewisse *thematische Folternähe* aufweisen, etwa weil sich die Handlung in einem Kontext ereignet, der für die herkömmliche Folter typisch ist (so z.B. stets bei Einsatz aussergewöhnlicher Druckmittel während einer Befragung von Personen, die sich in der Gewalt des Staates befinden). *(ii)* Das zweite ist die grobe, *qualifizierte Unverhältnismässigkeit*. Qualifiziert ist die Unverhältnismässigkeit etwa dann, wo schlicht kein legitimer Zweck verfolgt wird oder die eingesetzten Mittel zutiefst ungeeignet sind, den verfolgten Zweck auf optimale, schonende Weise zu erreichen.

Entscheidend ist letztlich die relative Intensität der Leidzufügung. Auch eine gezielte Zufügung schwerster Schmerzen verletzt nicht zwingend Grundrechte: der Polizist, der den Attentäter durch einen Schuss auf das

---

1763 Vgl. vorne, Teil 3, C.V.5.b.
1764 Vorne, Teil 4, C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bein niederstreckt, weil ein tödlicher Schuss in die Brust nicht nötig ist, handelt nicht grausam, obwohl er schwerste Schmerzen verursacht.

Vor allem durch das Merkmal der groben Unverhältnismässigkeit lässt sich die Folter von Handlungen abgrenzen, die die Menschenwürde des Betroffenen weniger zentral berühren. Nur wenn der Unwert der durch die fragliche Handlung bewirkten Einschränkungen den Wert der erwünschten Folgen deutlich übertrifft, kann eine Verletzung des Folterverbots im begriffslogischen Sinn vorliegen. Handlungen, die nur geringen Schaden anrichten, erreichen diese Unverhältnismässigkeit selbst dann nicht, wenn die Handlung zugleich nichts Gutes bewirkt (sie mag dann noch Willkür sein, nicht aber Folter).

Also kann die Prüfung der Anwendung des Folterverbots auf eine aggressive Verhörmassnahme mit folgenden, auf die absolute Schwere des Schadens zielenden Fragen angegangen werden: Führt das Verhörmittel zu einer schweren und irreversiblen Schädigung der Unversehrtheit des Betroffenen? Alles, was nachhaltig traumatisiert oder zu anhaltenden Schäden am Körper oder am Funktionieren von Organen führt, zählt zu den vordringlichen Kandidaten für die Anwendung des Folterverbots aus begriffslogischen Gründen. Bedroht die Verhörmassnahme existenzielle Grundbedürfnisse (d.h. Überlebens- und elementare Sicherheitsbedürfnisse) des Betroffenen? Eingriffe, welche die Befriedigung der Bedürfnisse erster (Überleben) oder zweiter Stufe (Sicherheit) erheblich behindern, gefährden die existenziellen Grundlagen des Daseins und erreichen die Schwere von Handlungen, die vom Folterverbot erfasst sein könnten.[1765]

Falls eine der zwei Fragen bejaht wurde, ist nach der relativen Schwere der fraglichen Massnahme zu fragen. Bestünde ein im Hinblick auf alle relevanten Interessen schonenderes Mittel? Dabei ist zu bedenken, dass es dem Staat nicht gestattet sein kann, die scheinbare Verhältnismässigkeit des gerade bequemsten Mittels durch Versäumen milderer Mittel herbeizuführen. So muss etwa geprüft werden, ob sich eine Notlage präventiv hätte abwenden lassen und ob der Staat nicht gerade durch Verzicht auf ein isoliert bewertet verhältnismässiges, aggressives Mittel den Gesetzgeber unter Druck setzen sollte, damit dieser entsprechende Massnahmen künftig vorsehe.[1766]

1765 Zur Relevanz der Grundbedürfnisse in der Grundrechtsdogmatik siehe Teil 2, B.II.1.c/5; vgl. Teil 3, E.II.2.

1766 Zur polizeilichen Generalklausel siehe vorne, Teil 2, C.II.1.d und C.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c. Indizien: Behandlung als blosses Objekt; Willensbruch

Die Behandlung eines Menschen als blosses Objekt ist ein Indiz der Folternähe. Sie ist aber kein Beweis der Unrechtmässigkeit der fraglichen Behandlung.[1767] Nur eine instrumentalisierende Handlung, die schweres Leid bewirkt, kann Folter sein. Diverse Behandlungen als blosses Objekt sind klar zulässig; etwa Massnahmen zur nötigenfalls gewaltsamen Wegweisung von Gaffern, die eine Rettungsaktion behindern.

Verbreitet ist zudem die Ansicht, Folter zeichne oft aus, dass jemandem der Wille gebrochen werde.[1768] Es heisst gar, Folter könne im Falle eines subtileren Willensbruchs auch ohne Zufügung schwerer Schmerzen oder Leiden gegeben sein.[1769] Auch im vorliegenden Verständnis ist das Brechen des Willens (als Vorgang, bei dem der Staat nicht nur zur Willensänderung anstiftet, sondern eine solche Änderung erzwingt) jedenfalls thematisch folterähnlich. Der Willensbruch dürfte nämlich in der Regel immer zumindest als Erniedrigung erlebt werden. Wo er gelingt, war auch die Lage der Ohnmacht gegeben. Zudem dürfte willensbrechendes Verhalten oft die Schwelle der Zufügung schweren Leids erreichen; denn ohne Gewalt wird sich selten eine Willensänderung erzwingen lassen.

Dadurch muss man sich unweigerlich fragen, ob der Willensbruch, statt das unrechtsverbürgende Element der Folter schlechthin, allenfalls „nur" deren typische Begleiterscheinung sein könnte. Ob also Folter geeignet ist, zum Willensbruch zu führen, aber nicht jedes willensbrechende Handeln per Definition zur Folter. Es könnte jedenfalls sein, dass die Folter, die zum Willensbruch führt, nicht deshalb strikt untersagt sein sollte, weil der Wille niemals zwangsweise geändert werden darf, sondern deshalb, weil das Brechen des Willens mit grossen Schmerzen oder Leiden einhergeht.

Zumindest an fiktiven Fällen dürfte sich zeigen lassen, dass das Brechen des Willens nicht per se falsch ist. Ein Beispiel im „Isolationstest":

> *Jenseits von Gut und Böse*: Rot will Hellbraun quälen und töten. Türkis kann Gedanken kontrollieren und auch bewirken, dass der Kontrollierte sich nach der Gedankenkontrolle an nichts Intrusives erinnern kann und die fremden Gedanken schlicht als die eigenen wahrnimmt.

1767 Dazu vorne, Teil 2, B.IV.4.c und C.V.3 a, c; Teil 3, B.I.2.b, B.II.3 und B.III.7; vgl. Nino, Ethics, 148, bezogen auf die Amputation eines Beins zur Lebensrettung: „the principle [of personal autonomy] leaves some scope for legitimate paternalism".

1768 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 58–59.

1769 Vgl. Bruha/Steiger, Folterverbot, 28–30, m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Türkis wirkt nun auf Rot ein, sodass Rot endgültig von seinem Plan absieht. Damit hat Türkis den Willen von Rot gebrochen. Rot aber glaubt, seinen Plan autonom geändert zu haben und selbständig zur Überzeugung gelangt zu sein, es sei falsch, Hellbraun zu quälen und zu töten.
>
> Gesetzt, Türkis handle für den Staat: War seine Intervention zulässig?

Angesichts der alles überwindenden Manipulation und Änderung des Willens von Rot wird in diesem Beispiel offensichtlich der Wille „gebrochen". Doch ist dieser Bruch hier nicht etwas, das man einhellig als völlig unzulässig ansehen würde. Dass Rot von Türkis instrumentalisiert wird, um Hellbraun zu retten, erscheint intuitiv nicht nur akzeptabel – es wäre befremdlich, täte er es nicht.

Der Fall zeigt, worauf die Inakzeptabilität des Willensbruchs in der Regel beruht: darauf, dass sich der Wille von Personen wie Rot, die düstere Intentionen hegen, jenseits fiktiver Fälle kaum auf schonende Art zwangsweise brechen liesse. Dass in *Jenseits von Gut und Böse* der Willensbruch nicht ungerecht erscheint, liegt am Ausbleiben der – in realistischen Fällen – üblicherweise eintretenden, Folter auszeichnenden Wirkungen (schwere Leiden) und an der folgenoptimalen Intervention im fiktiven Fall (Rot ist am Ende freier als zuvor und von einem nicht einmal für ihn selbst vorteilhaften Willen befreit, der das Risiko schuf, ein Leben in Haft zu fristen).

Mit anderen Worten: Wie auch das Behandeln einer Person als „blosses Objekt" ist das Brechen des Willens nicht mehr und nicht weniger als ein starkes Indiz auf eine menschenwürdewidrige Handlung – gegebenenfalls auf echte Folter.

d. Berücksichtigung der Vulnerabilität (u.a. Art. 11 BV)

Der Gedanke der Einheitlichkeit der Verfassung[1770] und die praktische Konkordanz[1771] gebieten Lösungen, die alle relevanten Werte der Verfassungsordnung in möglichst widerspruchsfreier und schonender Weise zur Geltung bringen.

Abgesehen von Art. 7 und Art. 10 Abs. 1–3 BV berührt das aggressive Rettungsverhör auch Art. 11 BV, wonach Kinder und Jugendliche An-

1770 Dazu Teil 2, B.III.2.c.
1771 Teil 2, C.IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

spruch auf „besonderen" Schutz ihrer Unversehrtheit haben. Gemäss dem darin ausgedrückten Vulnerabilitätsprinzip misst sich der Schutzanspruch auch an der (allgemeinen) Verletzlichkeit der schutzbedürftigen Personen.[1772] Sinn ergibt Art. 11 BV nur, wenn der Schutz der Unversehrtheit der Kinder über den ordinären Schutz der Unversehrtheit hinausgeht, den Art. 10 Abs. 2 BV gewährt.[1773] Daraus muss folgen, dass ceteris paribus (bei Fehlen klar überwiegender Gründe für deren Nachrangigkeit) der Schutz der Grundrechte der Kinder im Kollisionsfall vorzugehen habe.

Vorliegend bedeutet dies im absoluten Minimum, dass die Schutzbedürfnisse des von Grau entführten Kindes ins Gewicht fallen und beachtet werden müssen.[1774] Eine Kollisionslösung zulasten des Kindes erfordert einen besonders schlüssigen Nachweis der Verhältnismässigkeit. Ausgeschlossen ist, den Vorrang unantastbarer Rechte von Grau zu postulieren und begründungslos sämtliche aggressive Verhörmittel zurückzuweisen, ohne auch nur darzulegen, warum die fraglichen Mittel Folter oder aus anderen Gründen strikt untersagt sein sollen – und warum nicht allenfalls eine seltene Kollision „unantastbarer" Rechte vorliegt.

Zu bedenken ist allerdings auch, dass sich Grau seinerseits auf eine gewisse Verletzlichkeit berufen kann, da er sich in staatlichem Gewahrsam befindet.[1775] Die Vulnerabilität des Grau fällt m.E. weniger ins Gewicht, da er weniger wehrlos ist als das von ihm entführte Kind, dessen Unversehrtheit und Leben gänzlich in der Hand anderer (von Grau sowie der diesen befragenden Sicherheitskräfte) liegen.

1772 Vgl. Reusser/Lüscher, SG-Komm. BV, Art. 11, N. 14; Schweizer, BV 10, S. 303, Rz. 45; Epiney, BS-Komm. BV, Art. 36, N. 57; auch der EGMR sichert Kindern einen besonderen Schutz vor privater Gewalt zu: EGMR Opuz c. Turquie, 33401/02 [2009], Ziff. 159 ff.; siehe dazu auch vorne, Teil 2, B.III.5.

1773 Vgl. Kley, Grundrechtskatalog, 316: „Diese Bestimmung […] enthält eine umfassende Handlungsfreiheit, soweit diese vor allem im Interesse der persönlichen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen steht. Dieses neue Recht vermag ebenfalls potenzielle Lücken im Grundrechtsschutz abzudecken." – im vorliegenden Verständnis ist es mehr der Schutz und weniger die Handlungsfreiheit, die gegenüber den Garantien aus Art. 10 Abs. 2 BV als ausgedehnt anzusehen ist.

1774 Vgl. Teil 3, F.IV.3.c.

1775 CPT/Inf (2001) 16, § 31: „le fait de priver une personne de sa liberté implique toujours l'obligation de la prendre en charge".

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Möglichkeit zulässiger Schmerzzufügung im Verhör?

a. Unzulässige Leidzufügung unterhalb der Schwelle zur Folter

Bei der Prüfung der beiden zentralen Kriterien der Folter (der Zufügung grossen Leids und der Wehrlosigkeit des Betroffenen) ist, wegen der begrifflichen Offenheit und der Gradualität der hinter den Kriterien liegenden Werte[1776], eine Gesamtbetrachtung angebracht.

Wenn nur eine begrenzte Wehrlosigkeit des Betroffenen vorliegt (etwa wo dieser sich durch freies Vereiteln des Erfolgs der von ihm begangenen Straftat schützen kann), ist nur bei sehr schwerwiegender Schmerzzufügung von Folter auszugehen. Umgekehrt ist bei besonders umfassender Ohnmacht (im Extremfall etwa bei Inhaftierung an einem unbekannten Ort, ohne Kontakt zu Anwälten und zur Aussenwelt) die für den Foltertatbestand nötige Schwere des zugefügten Leids auch schon anzunehmen, wenn das zugefügte physische Leid in anderen Konstellationen als wenig schwer eingestuft würde (semantisch korrekt bleibt dies insofern, als aufgrund der besonderen Hoffnungslosigkeit von starken psychischen Leiden auszugehen ist).

Ganz allgemein kann bei Zufügung nicht grossen Leids oder bei Fehlen der Ohnmachtslage allerdings nicht auf Folter geschlossen werden. Das heisst nicht, die Behörden dürften im Verhör mittelschwere Schläge einsetzen oder den Verhörten ordentlich beohrfeigen, sobald sie sich hiervon eine gewisse Wirksamkeit erhoffen. Solche Gewaltanwendung ist mangels Schwere zwar keine Folter, mangels Eignung in aller Regel aber gleichwohl unzulässig (und oft in qualifizierter Weise unverhältnismässig). Es ist nicht ersichtlich, warum das Schlagen eines Verhörten jemals nicht nur wirksam, sondern insgesamt geeigneter als alle anderen Mittel sein sollte[1777] – geeigneter als alle subtileren Mittel, die stärker auf die psychischen Wirkungen positiver wie negativer Anreize setzen und ohne Gewaltanwendung oder Einschüchterung mittels Androhung einer solchen auskommen. Hier gilt mit Montesquieu, dass der Staat zur Wahrung sei-

---

1776 Vgl. zum Gebot der Berücksichtigung der Gradualität, vorne: Teil 3, A.V.

1777 Vgl. Minkmar, Folter bei der CIA (FAZ), der treffend hervorhebt, dass eines der Probleme der Mangel an Phantasie ist: „Es herrscht ein erschreckender Mangel an politischer Phantasie. Was wird schon helfen gegen Mörder wie Khalid Scheich Mohammed? Es fällt uns nur wieder Gewalt ein. Dabei gibt es längst andere Erkenntnisse, wie man den Krieg gegen den Terror erfolgreich führen kann."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ner Glaubwürdigkeit und der Wirksamkeit seiner Mittel nur mit grösster Zurückhaltung einschüchtern oder Gewalt anwenden soll.[1778]

Wo es an der Schwere des zugefügten Leids oder an der Situation der Ohnmacht fehlt, jedoch prima facie gleichwohl eine qualifiziert unverhältnismässige Handlung vorliegt, ist zu prüfen, ob eine andere Form menschenunwürdiger Behandlung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV vorliegen könnte:

- Fehlt es an der Zufügung grossen Leids, liegt aber eine Situation der Ohnmacht vor, ist u.U. zu prüfen, ob eine erniedrigende Behandlung gegeben ist (z.B. wenn dem Betroffenen zwangsweise die Haare abrasiert würden oder er gezwungen würde, seine Mahlzeit ohne Besteck und am Boden sitzend einzunehmen).
- Fehlt es an der Ohnmacht, werden aber willkürlich grosse Leiden zugefügt, ist zu prüfen, ob grausame oder unmenschliche Behandlung vorliegt (z.B. wo aussichtslose Fluchtversuche oder folgenlose Drohgebärden gegen Ordnungskräfte als Vorwand dienen, ohne Not Waffen einzusetzen, die schwere Schäden zeitigen, um ein Exempel zu statuieren).

Ob eine solche menschenunwürdige Behandlung vorliegt, ist vorbehaltlich evidenter Fälle (z.B. das Urinieren auf eine inhaftierte Person) erst über eine Güterabwägung feststellbar.

b. Keine unbegrenzte Ausdehnung des Folterbegriffs

Eine stabile und dem klassischen Verständnis nicht geradezu entrückte Definition der Folter schützt das Folterverbot. Menschlich motivierte Handlungen, die nicht oder nur geringfügig den Rahmen der Verhältnismässig-

---

1778 Montesquieu, Pensées, N. 1007 (Ziff. 5), 216: „La crainte est un ressort qu'il faut ménager: il ne faut jamais faire de loi sévère lorsqu'une loi plus douce suffit"; vgl. ebd., Ziff. 6: „Les lois inutiles affaiblissent les nécessaires."; ebd., N. 815, 208: „Il résulte des peines modérées qu'elles ont le même effet que les peines atroces ont sur les esprits accoutumés aux peines atroces."; ders., De l'Esprit des lois I, Buch VI, Kap. 12, 213 f.: „Il ne faut point mener les hommes par les voies extrèmes; on doit être ménager des moyens que la nature nous donne pour les conduire."; ebd., 215: „Souvent un législateur qui veut corriger un mal ne songe qu'à cette correction; ses yeux sont couverts sur cet objet, et fermés sur les inconvénients. Lorsque le mal est une fois corrigé, on ne voit plus que la dureté du législateur; mais il reste un vice dans l'Etat, que cette dureté a produit: les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme".

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keit überschreiten, sind von Folter sehr weit entfernt.[1779] Die etwas zu lange dauernde, penible, aber nicht quälende Einvernahme, das Packen des Verhörten am Kragen und solcherlei mehr kann man jenseits des Folterverbots befriedigend beurteilen und verurteilen. Hier den Folterdiskurs zu bemühen, bedeutete, die Aura der Höchstrelevanz des Folterverbots aufs Spiel zu setzen und damit die Akzeptanz der Höchstnorm selbst.[1780]

Würde der Folterbegriff über die pragmatisch und begriffslogisch begründbaren Anwendungsfelder des Folterverbots hinaus ausgedehnt, drohten infolge von nun häufiger eintretenden Kollisionen mit anderen Höchstgütern die ethische Plausibilität und die politische Akzeptabilität des Verbots der „Folter" und damit dessen Umsetzbarkeit Schaden zu nehmen.[1781] Das gilt analog ebenso für die übrigen in Art. 10 Abs. 3 BV erwähnten Verbote menschenunwürdigen Verhaltens. Allgemein in Bezug auf die Menschenwürde: Soll die Würde als Höchstwert fortbestehen,

---

1779 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298: „[T]he suffering […] involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment."

1780 Cano Paños, En los límites, 101: „[U]no debe admitir que la rigidez jurídica y linguística que aparece cuando se trata la problemática de la 'torturá' obliga en todo caso a proceder con absoluta minuciosidad a la hora de determinar el contenido de la mencionada prohibición. Y es que una utilización inflacionista del concepto de tortura daña lógicamente la posibilidad de que realmente se pueda imponer su prohibición absoluta. De este modo, el concepto de tortura comparte con el relativo a la dignidad humana el hecho de sus dificultades a la hora de delimitarlos", bei zu expansiver Definitionen drohe der Verlust der Durchsetzbarkeit des Folterverbots (ebd.): „Tanto la prohibición de la tortura, contra la cual es evidente que se atenta en la realidad, como la afirmación de la absoluta intangibilidad de la dignidad humana, la cual también es objeto de graves violaciones, se exponen al peligro de perder su poder sugestivo-simbólico y su naturaleza de tabú, elementos que quizá suponen su propia razón de ser".

1781 Vgl. Hess, Grundrechtskonkurrenzen, 171: „Die Notwendigkeit einer einengenden, aber klaren Bestimmung des Gewährleistungsgehalts der Menschenwürdegarantie ist auch im Hinblick auf das Problem der Grundrechtskollisionen augenscheinlich."; Paños, 101. Schon bei Montesquieu (Pensées, N. 84, 183) findet sich die Erkenntnis, man solle nur Gesetze vorsehen, die nützlich und durchsetzbar seien, weil sonst eine Schwächung der wichtigen Gesetze drohe: „Quand on a rompu les barrières, on s'enhardit et on se répand sur tout le reste. Par cette raison on ne doit faire des lois que sur des choses importantes, car celui qui aura violé une loi inutile diminuera de respect pour celles qui sont nécessaires à la société; et dès qu'il a cessé d'être fidèle en violant un point, il suit sa commodité et viole toutes les autres qui le gênent."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

muss darauf verzichtet werden, einfache öffentliche Interessen oder gar politische Präferenzen über das Vehikel der Menschenwürde voranzubringen.[1782]

c. Zulässige Gewaltanwendung und Schmerzzufügung

Gewisse in Verhörsituationen oder in (anderen) Situationen polizeilicher Zwangsanwendung zur Gefahrenabwehr unter Umständen zulässige Mittel können mit Schmerzen einhergehen. Schon das Anziehen von Handschellen ist solch ein (bei Widerstand potenziell schmerzhaftes) Mittel.

Andere gesetzlich für die Gefahrenabwehr vorgesehene polizeiliche Zwangsmittel sind einschneidender und können schweres Leid bewirken; so der Einsatz der Waffen des Art. 15 lit. a-d ZAG: Schlagstöcke, Reizstoffe, Feuerwaffen, nicht tödlich wirkende Destabilisierungsgeräte. Bei Letzteren, den sogenannten „Tasern", wird der Betroffene per Stromstoss ausser Gefecht gesetzt; der „Taser"-Einsatz ist nur zur Verhinderung schwerer Straftaten zulässig (Art. 11 Abs. 2 ZAV). Wo die polizeilichen Zwangsmittel dem Schutz überwiegender Grundrechte Dritter dienen und gesetzlich vorgesehen sind, kommen sie zur Gefahrenabwehr infrage (vgl. Art. 9 Abs. 3 ZAG).[1783]

Ob diese Mittel, die zu erheblichen Schmerzen führen können, auch *zu* Verhörzwecken eingesetzt werden können, ist eine andere Frage. Wegen der Ohnmacht des Betroffenen in Verhörsituationen und der erheblichen Missbrauchsrisiken ist klar, dass der Rahmen hierzu sehr eng ist. In Einvernahmen zur Untersuchung begangener Straftaten fehlt es an der Dringlichkeit. Jede gezielte Schmerzzufügung wäre dann offensichtlich unverhältnismässig. Umgekehrt aber sollte der Staat nicht einfach deshalb aller der Gefahrenabwehr dienenden Zwangsmittel beraubt sein, weil der mutmassliche Straftäter gestellt ist. Die Gefahr, die von diesem ausging, kann weiterhin andauern, wie der hier besprochene Fall des aggressiven Rettungsverhörs belegt. Ausgeschlossen ist zwar jedes Mittel, das grosse Schmerzen oder Leiden bewirkt, weil es bei gleichzeitiger Ohnmachtslage des Betroffenen unter das Verbot der Folter fiele (Art. 10 Abs. 3 BV).

1782 Zur Illustration aber: Keller/Keller, Abschuss, wonach „beim spielerischen Töten von Menschen in Laserdromen" auf Basis der alleinigen Menschenwürde geprüft werden soll, ob eine Verletzung der Grundrechte vorliege.

1783 Vgl. auch die analogen Kriterien für die Zulässigkeit einer Zwangsmedikation: BGE 130 I 16 E. 5.2, 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Darüber hinaus bieten weder das Recht noch die Ethik eine Grundlage für den Ausschluss polizeilicher Zwangsmittel in Verhören zur Gefahrenabwehr. Das Gesetz hält allgemein fest, dass Handschellen, Diensthunde, körperliche Gewalt und Waffen zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden können (Art. 5, Art. 13–15 ZAG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a ZAG), solange die Mittel verhältnismässig sind (vgl. vor allem Art. 9 Abs. 2, 3 *und* 4 ZAG) und in keinem Fall die Gesundheit der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigen (Art. 13 ZAG), was Ausdruck einer sinnvollen vorweggenommenen Abwägung durch den Gesetzgeber ist.

Dass in Verhörsituationen polizeiliche Zwangsmittel der genannten Art selten zulässig sind, liegt daran, dass ihr Einsatz wegen der Ohnmacht der Betroffenen oft (bzw. immer, was Taser und Feuerwaffen angeht) mit der Verletzung des Art. 10 Abs. 3 BV einhergehen dürfte. Ferner ist es auch nicht so, dass dem Staat dabei ein Mittel entgeht, das eigentlich folgenoptimal wäre: Gegenüber Personen, die sich bereits unter seiner Kontrolle befinden, sind Mittel, die vornehmlich dazu vorgesehen sind, die Kontrolle über eine sich gefährlich verhaltende Person zu erringen, schon prima facie ungeeignet (so führte das Erteilen von Stromstössen im Verhör zur temporären Unansprechbarkeit der Person, nicht zur zügigen Erwirkung von Kooperation).

Kurz: Das Verhör bedarf subtilerer Mittel (und bietet sie), auf die betroffene Person einzuwirken. Welche Mittel jeweils optimal sind, werden Fachpersonen besser beurteilen können. Hiernach nur einige Überlegungen:

Unproblematisch muss namentlich der Wechsel von einem freundlichen zu einem eher unfreundlichen Verhörstil sein; die Hände der zum Schutz der Grundrechte verpflichteten Beamten wären zu eng gebunden, wenn es ihnen verwehrt wäre, den Verhörten (wo geeignet) auch einmal anzuherrschen, am Kragen zu packen und ihm die härtesten der rechtsstaatlich möglichen Strafen vor Augen zu führen; der alternierende Einsatz sowohl eines harten als auch eines angenehmen Verhörstils ist das Wesen einer nicht nur bekannten, sondern effektiven Befragungs- und Verhandlungsstrategie („*good cop, bad cop*“).[1784] Dabei sollten, solange der Verhörte die Rettungskooperation verweigert, härtere Verhörumstände disziplinarischen Zwecks in Erwägung gezogen werden dürfen.[1785] Wegen

1784 Zur entsprechenden Verhandlungstaktik etwa: <www.soft-skills.com/good-cop-bad-cop-taktik/> (zuletzt abgerufen am 15. Juni 2018).

1785 Vgl. EGMR, *Karabet and Others v. Ukraine* (2013), 38906/07, 52025/07, § 298. „The […] suffering […] involved must in any event go beyond that inevitable

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Dringlichkeit ist ein Straftäter, der im Interesse des Opfers kooperieren könnte (es aber bislang noch nicht tat), intensiv zu verhören, auf eine Art, die durchaus sehr unangenehm sein kann: etwa indem die Pause für Verpflegung und Rauchen um einige Stunden hinausgezögert und die Schlafzeit auf ein Minimum reduziert wird. Die Reduktion des Schlafes auf fünf bis sechs Stunden pro Nacht, die auch Soldaten im Militärdienst zugemutet wird, ist mangels schweren Leids nicht Folter durch Schlafentzug und in der Regel nicht (wo nicht auf die schrittweise Zermürbung des Betroffenen ausgerichtet) grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.

Wirksam sind solche Druckmittel wohl vor allem dann, wenn es zugleich möglich ist, mit positiven Anreizen zur Kooperation zu verführen; etwa mit Privilegien im Rahmen der sonst harten Untersuchungshaft (Videospiele, Bücher, Zugang zu gewissen Filmen, vermehrt genehmigte Besuche und Telefonate, abwechslungsreichere Speisen etc.).

d. Akzessorische Pflichten zum Schutze des Folterverbots

Um die Akzeptabilität des Folterverbots zu schützen, ist es erforderlich, dass der Staat alles tut, damit es möglichst nie zu einer Grundrechtskollision kommt, in der er die Rettung entführter Kinder (oder ähnlich wichtiger Güter) im Namen des Folterverbots und damit der Menschenwürde unterlassen müsste.

Auf präventiver Ebene ist darauf hinzuwirken, dass Entführungen und ähnliche Straftaten, die den Staat in ein rechtliches und ethisches Dilemma treiben, so selten wie möglich stattfinden. Das kann bedeuten, dass die Überwachung bestimmter Personen verstärkt, mehr präventiv zur Identifikation und Behandlung gewisser psychischer Störungen geleistet, Strategien gegen die religiöse oder die ideologische Indoktrinierung von Jugendlichen entwickelt und durch Sicherung der Qualität der Medien gegen die Verdumpfung des Mitgefühls gekämpft wird.

Zudem sollte der Staat fortzu nach der Optimierung der legalen Verhörstrategien und -mittel streben. Die Wirksamkeit verschiedenster Verhörstile ist dabei zu erproben. Es sind jene Beamten zu ermitteln und für seltene Extremfälle zu schulen, die sich als besonders geschickt darin

---

element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. Measures depriving a person of his liberty may often involve such an element."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erweisen, auf subtile Art im Verhör die gewollten Ergebnisse zu erzielen – etwa durch Nuancen im Tonfall, Körpersprache und Mimik, durch die kluge Kombination ordinärer und schwieriger Fragen oder angenehmer und unangenehmer Fragestile (bis gegebenenfalls zum Anherrschen des Betroffenen), durch den Einsatz unbequemer Stille, durch die geschickte Unterbrechung des Verhörs. Gleichzeitig ist mithilfe von Psychiatern zu ermitteln, welche Motive beim Straftäter eine Rolle gespielt haben könnten und wie deren Kenntnis im Verhör genutzt werden kann. Zur Illustration: Wenn die über den Straftäter verfügbaren Daten (Mobiltelefon und Bankkarten sind hieran oft reich) verraten, dass er vor allem anderen nach Anerkennung dürstet und sein Männlichkeitsgefühl bedroht sieht, wird ein „bad cop" ihn allenfalls eher mit Mitleid oder einer Prise Geringschätzung im Gesichtsausdruck während des Verhörs bemustern, während der „good cop" dann vermitteln würde, dass er den Mut des Betroffenen bewunderte, wenn dieser über seinen Schatten springt und kooperiert. Verraten die bekannten Daten eher, dass die Straftat kulturell motiviert ist, dann wird man allenfalls mithilfe von Personen aus derselben Kultur den Verhörten zur tätigen Reue bewegen können (bei religiösen Extremisten etwa mithilfe eines gewandten Imams oder eines Familienangehörigen).

Im Verhör selbst sollte sodann der Rahmen des Strafrechts und Strafverfahrensrechts ausgeschöpft werden, um auch Straftäter der Art des Grau wirksam zur Kooperation zu bringen, die wenig genuines Interesse an der Rettung einer Person vor den Folgen der Straftat zeigen. So wäre es womöglich nützlich, dem Betroffenen für den Fall der Kooperation eine Strafmilderung oder zumindest privilegierte Haftbedingungen in Aussicht zu stellen, dagegen härtere Strafen und Strafvollzugsmodalitäten im Falle verweigerter Kooperation. Das geltende Strafrecht ermöglicht dies nur indirekt und in abgeschwächter Weise über Art. 48 lit. d StGB (Strafmilderung bei tätiger Reue, bis hin zu einer Strafe unterhalb des in der Strafnorm vorgesehenen Rahmens [vgl. Art. 48a StGB]). Diese Normen sind an den Richter gerichtet, den die Strategie der Sicherheitskräfte, den Täter durch Anreize zur Besinnung (und zur Hilfe beim Vereiteln weiterer Taten oder noch nicht eingetretener Taterfolge) zu bringen, formal nicht bindet. Wegen der Unschuldsvermutung stünde im geltenden System jede Vereinbarung mit dem Entführer zudem unter der Bedingung der rechtskräftigen Verurteilung. Art. 48 lit. d StGB verpflichtet den Richter aber immerhin dazu, gewisse Formen konstruktiven Verhaltens nach der Tat durch Strafmilderung im Rahmen des richterlichen Ermessens zu belohnen. Die Androhung härterer Strafen könnte somit, wo geeignet, daher bereits jetzt als Verhörmittel infrage kommen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wenn bei andauernder Gefährdung, etwa der Menschenwürde und des Lebens des Entführten durch die Folgen der begangenen Tat, der gefasste Täter mit geschickten Anreizen zur Rettungskooperation gebracht würde, wäre dies gewiss kein verbotener Selbstbelastungszwang (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 31 Abs. 2 BV), da es bereits an einer Selbstbelastung (es winkte ja Strafmilderung) und überdies an der Erzwingung fehlte.

Dies sind Beispiele dessen, was der Staat an Bemühungen schuldet, damit es nicht zu extremen Konstellationen des aggressiven Rettungsverhörs kommt, bei denen der grausame Tod etwa eines Kindes in Kauf genommen werden muss (oder ein Beamter aus Gewissensgründen das Folterverbot verletzt), bloss weil der Staat unfähig war, das Kind mit legalen Mitteln zu retten.

V Kollisionslösung

1. Zulässigkeit der Zufügung „erheblicher Schmerzen"?

a. Einstufung der Massnahme: a priori ausgeschlossene Folter?

Ob die Anwendung von Gewalt und gegebenenfalls Zufügung von Schmerzen im Verhör zulässig sein kann, steht nicht a priori fest. Handlungen, die nicht kontextunabhängig als Folter (oder anderweitig als menschenunwürdig i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV) einzustufen sind, können zulässig sein, sofern sich darlegen lässt, dass die Interessen hieran überwiegen. Kontextunabhängig strikt verboten sind damit jene Handlungen, die ohne Schwierigkeit dem semantisch-kasuistischen Folterbegriff zugeordnet werden können. Selbst wenn wegen einschlägiger Heuristiken – etwa dem Prinzip des besonderen Schutzes der (vulnerablen) Kinder – sonst vieles auf ein erhebliches Interesse an der Durchführung der Rettungsmassnahme deutet, ist im Hinblick auf den Einsatz echter Foltermittel jede allfällige Vermutung zugunsten der Legitimität einer auch aggressiven Rettung widerlegt und wirkungslos.

Die Zufügung „erheblicher Schmerzen" ist insoweit nicht kontextunabhängig ein Foltermittel, als sowohl zulässige als auch unzulässige Fälle der Zufügung solcher Schmerzen denkbar sind. Massgeblich wird im vorliegenden Fall daher vor allem sein, ob damit im spezifischen Fall „grosse" Leiden im Sinne der Folterdefinition einhergehen (Leiden ähnlicher Intensität wie die durch herkömmliche Foltermittel bewirkten Leiden) und ob die betroffene Person sich in einer Lage der Ohnmacht befindet. Beides

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist im Fallbeispiel nicht vorgegeben – und wohl auch im „echten" Leben oft nicht evident. Die erste Frage ist daher nicht jene, ob Folter ausnahmsweise erlaubt sei, sondern die schwierigere und in der Praxis wohl öfters relevante Frage, ob die erwogene Massnahme überhaupt Folter wäre. Wie oben erwähnt, ist dabei eine Gesamtbetrachtung erforderlich.[1786]

b. Einstufung als Folter im begriffslogischen Sinn?

Läge Folter vor, wenn im vorliegenden Fall die zuvor angedrohten erheblichen Schmerzen dem Grau tatsächlich zugefügt werden?

Gesetzt, „erhebliche Schmerzen" seien grosse Schmerzen oder Leiden im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FoK, wäre damit das erste Kriterium der Folter gegeben. Unklar ist, ob Ohnmacht vorliegt. Grau ist dem Staat gegenüber zwar nicht ganz wehrlos, doch er befindet sich in staatlichem Gewahrsam. Sobald effektiv die erheblichen Schmerzen zugefügt würden und Grau alle anderen Mittel über sich ergehen liesse (inklusive die glaubwürdige Androhung der Schmerzzufügung), wäre das Kriterium der Ohnmacht wohl gegeben – weil der Betroffene sonst offensichtlich Gründe gehabt hätte, es nicht so weit kommen zu lassen. Die beiden übrigen Kriterien sind klar erfüllt, da der Staat handelte, um einen bestimmten Zweck zu erreichen (eine Aussage in Bezug auf die Entführung).

Bei solchen Annahmen wäre auch die Zufügung erheblicher Schmerzen strikt untersagt, im Sinne der aus begriffslogischen Gründen strikt verbotenen Folter. Das Fallbeispiel und der allgemeine Wortgebrauch lassen aber die Deutung zu, erhebliche Schmerzen seien möglicherweise noch keine „grossen" Schmerzen im Sinne des Folterverbots; dies vor allem angesichts der Tatsache, dass von einer absoluten Ohnmacht des Grau nicht ausgegangen werden kann und sich daher eine Gesamtbetrachtung aufdrängt. Daher ist weiter mit Folgenerwägungen zu prüfen, ob die Zufügung erheblicher Schmerzen im spezifischen Kontext *qualifiziert unverhältnismässig* ist, was von der absoluten Schwere des zugefügten Leids (durch Grau erfahrene Schmerzen) und auch der relativen Schwere (im Vergleich zu den übrigen Folgen) abhängt. Soweit dies in Bezug auf den abstrakt definierten Fall möglich ist, dürfte dies zu bejahen sein:

Die Zufügung solcher Schmerzen zöge eine heikle Signalwirkung und die Gefahr der Schädigung des Vertrauens in den Staat nach sich: Denn dadurch, dass der Staat es für nötig befände, einer ihm ausgelieferten

---

1786 Siehe vorne, Teil 4, C.IV.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Person erhebliche physische Schmerzen zuzufügen, signalisierte er seine eigene Überforderung. Dieses Signal der Überforderung verunsichert Personen, die im Staat den Grundrechtsgaranten sowie legitimen Inhaber des Gewaltmonopols sehen; zugleich ermutigt es seine Gegner, die jeden möglichen Gewaltexzess des Staates propagandistisch auszuschlachten wüssten. Es entstünden zudem Unsicherheiten ob der Grenze des Zulässigen. Ungeeignet wäre die Zufügung erheblicher Schmerzen wohl auch deshalb, weil im hier behandelten Fall nichts auf die Wirksamkeit des durchgeführten aggressiven Rettungsverhörs hoffen lässt: Wenn Grau nicht auf die Androhung von Schmerzen (oder auf subtilere Mittel) hin kooperiert, ist nicht zu erwarten, diese Kooperation stelle sich nach Zufügung schwerer Schmerzen ein. Denn Grau könnte aus subjektiver Sicht Gründe haben, durchzuhalten und nicht zu kooperieren: So das Gefühl, nichts mehr zu verlieren zu haben, weil einerseits wegen der Entführung eine längere Haftstrafe ohnehin droht; oder das Gefühl, wegen noch unaufgedeckter (strafmassrelevanter) Aspekte der Tat, nur das Unterlassen jeglicher Kooperation zahle sich aus. Weil der Staat nicht das Recht hat (und aus den besprochenen folgenethischen Gründen niemals haben sollte[1787]), schrittweise die Schmerzdosis bis nötigenfalls ins Unerträgliche zu erhöhen, ist das Zufügen „erheblicher" Schmerzen gegen jemanden, der entschlossen ist, dies über sich ergehen zu lassen, kaum wirksam.

Kurz: Wegen der sehr geringen erwartbaren Wirkung gegenüber Personen, die es überhaupt so weit kommen lassen, und wegen der erheblichen erwartbaren Nachteile, die mit der folterähnlichen Zufügung erheblicher Schmerzen einhergingen, ist das gegen Grau erwogene Verhörmittel strikt unzulässig.

2. Zulässigkeit der Androhung „erheblicher Schmerzen"?

a. Androhung erheblicher Schmerzen als Folterandrohung?

Im Zeitpunkt, in dem die Zufügung erheblicher Schmerzen angedroht wird, lässt sich noch nicht mit Sicherheit sagen, ob dadurch mit Folter gedroht wird. Denn Folter setzt die Ohnmacht des Betroffenen voraus. Fehlende Ohnmacht kann sich gerade daran zeigen, dass die betroffene Person sogleich infolge der Drohung kooperiert, um nicht der in Aussicht gestellten Behandlung ausgesetzt zu sein.

1787 Vorne, Teil 4, C.V.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weil aber wohl angenommen werden kann, dass zumindest eine Androhung einer erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung vorläge, wird nachfolgend vereinfacht geprüft, ob Folterandrohungen zulässig sein können – oder ob hier quasi per Reflexwirkung auch die Androhung dessen, was absolut unzulässig ist, strikt verboten ist.

Die allenfalls (in hier nicht behandelten Fallvarianten) relevante Frage, ob im Rettungsverhör Formen zulässiger Gewaltanwendung angedroht werden dürfen, ist von geringerem Interesse, weil sie sich grundsätzlich affirmativ beantworten lässt: Soweit verhältnismässig, darf der Staat (selbst im Verhör) grundsätzlich alles androhen, was er in der angedrohten Weise auch tun dürfte (wobei als unverhältnismässig vor allem jene Drohungen gelten dürften, die aufgrund von Form und Kontext den Charakter einer Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB aufweisen).

b. Folterandrohung bei nahezu sicherem Rettungserfolg

Darf der Staat Grau Folter androhen, wenn sich (nur) damit das Leben des Kindes retten liesse?

Eine Folterandrohung ist nicht per Definition selbst Folter.[1788] In der Regel ist vielmehr davon auszugehen, dass sie es nicht ist, weil blosse Drohungen die Schwelle der Zufügung grosser Schmerzen oder grossen Leids nicht erreichen dürften. Genauso ist die Folterandrohung auch nicht per Definition eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, weil es auch an der hierfür erforderlichen[1789] schwerwiegenden Auswirkung auf die physische oder psychische Integrität fehlen kann. Selbst wenn jede Folterandrohung die Menschenwürde einschränkte (was plausibel sein könnte, wenn man sie i.S.d. Objektformel deutet), könnte sie im Falle der sicheren Lebensrettung kaum absolut ausgeschlossen werden. Denn auf beiden Seiten der Kollision liessen sich unantastbare Güter sehen: aufseiten von Grau der Kerngehalt der persönlichen Freiheit und die Menschenwürde; aufseiten des Kindes der Kerngehalt des Lebensrechts (die Pflicht zur Rettung vulnerabler Personen durch verhältnismässige Massnahmen gegen einen Störer[1790]), die Menschenwürde und der Kerngehalt der per-

1788 Teil 4, C.III.2.c.

1789 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 61.

1790 Vgl. zur Möglichkeit des Kerngehalts des Lebensschutzes: Dubey, Droits fondamentaux, § 15, N. 1167: „[L]'importance de la vie n'est pas moindre lorsqu'il

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sönlichen Freiheit. Wo solche Höchstgüter kollidieren, ist Abwägung geboten; jedenfalls im Rahmen der kontextuellen Normanwendung.

Unter der Hypothese des nahezu sicheren Rettungserfolgs wäre das Ergebnis vielmehr die Zulässigkeit der Androhung der Folter als letztes Mittel. Das Leben und die Menschenwürde des Kindes gehen, da ihnen ein irreversibler Schaden droht, einer nicht traumatisierenden, nicht sehr schmerzhaften Einschränkung von (abstrakt gesehen gleich bedeutsamen) Rechten des Grau konkret vor. Hierfür sprächen, nebst der Ablehnung des Abwehrprivilegs: das Vulnerabilitätsprinzip (Art. 11 BV); das Selbstverantwortungsprinzip, also die Tatsache, dass man Grau die Bewirkung der Kollision vorwerfen kann (vgl. Art. 6 BV); der Verlust an Glaubwürdigkeit, den der Staat erlitte, wenn er sichere Rettungsmassnahmen unterliesse, die nicht einmal die körperliche Unversehrtheit des Grau einschränkten (Art. 9 i.V.m. Art. 35 BV); der Vorrang des Rechts auf Leben gegenüber der Unterlassung von Einschränkungen, deren Folgen für das Wohl des Betroffenen nicht irreversibel sind; das Interesse des Staates, der nicht erpressbar wirken will, am Verhindern von Fehlanreizen durch aussergewöhnliche Schonung des Störers (Störerprinzip).

Kurz: Die Androhung der Folter wäre in Fällen dieser wohl vor allem fiktiven Art (bei nahezu sicherem Rettungserfolg) zulässig, soweit und weil sie verhältnismässig wäre und der Verhörte dabei klar nichts Schlimmeres erlitte als sein Opfer im Falle der Unterlassung der Drohung.

c. Folterandrohung mit unsicherem Rettungserfolg

Darf der Staat Grau Folter androhen, wenn unklar (aber nicht auszuschliessen) ist, ob sich damit das Leben des entführten Kindes retten liesse?

Absolute Gewissheiten gibt es selten; die Folterandrohung sollte m.E. theoretisch selbst dann zulässig sein, wenn ex ante angenommen werden kann, dass sie (gegenüber dem Scheitern der Massnahme) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Rettung des Kindes führen könnte und mildestes Mittel ist.

Das praktische Problem des Rettungsversuchs durch Androhung strikt verbotener Verhörmittel liegt in der beschränkten Wiederholbarkeit der Strategie. Weil auch Straftäter um das strikte Folterverbot wissen, wird man im glaubwürdigen Rechtsstaat kaum die Androhung der Folter als

---

agit pour la protéger (obligation positive), que lorsqu'il s'agit pour lui de ne point l'ôter (obligation négative)."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geeignetes Mittel ansehen können; sie ist deswegen wenig wirksam, weil niemand die Umsetzung der Drohung befürchten muss. Für die Behörde kommt das Problem einer Sackgasse der gewählten Mittel hinzu: Indem eine Behörde einer Person Folter androht, setzt sie sich dem Druck aus (wegen drohender Schädigung ihrer Glaubwürdigkeit bei leeren Drohungen), diese nötigenfalls doch umzusetzen. Die Folterandrohung erhöht damit das Risiko der Folter.

Obwohl die Folterandrohung nicht immer Art. 10 Abs. 3 BV verletzt und daher auch nicht per Definition unzulässig ist, ist es daher doch zutreffend, dass sie unter realen Bedingungen ein höchst ungeeignetes Mittel ist, dessen Unzulässigkeit für alle Fälle zu vermuten ist. Die Folterandrohung als Mittel des Lebensschutzes gefährdet auch den Ruf der die Drohung aussprechenden Ordnungskräfte. Dies gilt verstärkt dort, wo auch bei geringen Rettungschancen (also öfters vergeblich) gedroht würde. Der Staat kann nicht riskieren, dass es heisst, die Polizei drohe auch mal „auf gut Glück" mit Folter – dadurch erlitte der Rechtsstaat einen schweren Imageverlust, der fortan die Arbeit der Behörden belastete und sich überdies von Gegnern des Rechtsstaates propagandistisch ausschlachten liesse.[1791]

Zu all den obigen Erwägungen kommt hinzu, dass die Folterandrohung ohnehin nur in kuriosen Fällen das mildeste Mittel sein dürfte. Gesetzt, Drohungen seien in einem bestimmten Fall überhaupt wirksam, so liessen sich wohl auch mit vergleichbarer Wirksamkeit einfach die legalen Konsequenzen der Kooperationsverweigerung aufzeigen und diese damit androhen, etwa (soweit gesetzlich vorgesehen) härtere Untersuchungshaftbedingungen und eine gewisse kalkulierbare Auswirkung fehlender Kooperation auf die Schwere der Strafe, die im noch anstehenden Strafverfahren ausgesprochen würde. Weil und soweit der Betroffene mit diesen Konsequenzen im Rechtsstaat tatsächlich rechnen muss, dürften diese Drohungen wirksamer sein.

Kurz: Die Androhung der Folter ist, seltene und wohl fiktive Fälle mit sehr hohen Rettungschancen ausgenommen, stets unzulässig, weil sie in aller Regel niemals das mildeste wirksame Mittel zum Schutz der bedrohten Rechtsgüter ist.

1791 Vgl. The Economist 9.1.2003, Is torture ever justified?, betr. die Folter der CIA: „If the pragmatic gains in terms of information yielded are dubious, the loss to America in terms of public opinion are clear and horrifically large."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

D. Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs

Dem nächsten Fall liegt eine Situation zugrunde, die derjenigen vom 11. September 2001 kurz vor dem Terroranschlag auf die WTC-Zwillingstürme in New York (kurz: 09/11-Attentat) ähnelt: Passagierflugzeuge werden von Terroristen in der Absicht entführt, diese in einem Kamikaze-Angriff gegen grössere bewohnte Bauten und Anlagen am Boden einzusetzen.

Im Unterschied zum 09/11-Attentat sind die Sicherheitsdienste im vorliegenden Fall vorbereitet und kennen die Absichten der Flugzeugentführer; sie können die Folgen des Abschusses hinreichend klar einschätzen.

> *Flugzeugabschuss*: Terroristen ergreifen die Kontrolle über ein Passagierflugzeug und leiten es von der geplanten Flugroute ab. Sie nähern sich einer Stadt, wo sie planen, in einen Turm zu fliegen, in dem sich mehr als 1500 Menschen befinden. Letzte Versuche, das Passagierflugzeug durch Manöver mit Militärflugzeugen zur Landung zu zwingen, scheitern. Nur der Abschuss des Flugzeugs, der innerhalb der nächsten Minute anzuordnen wäre, kann verhindern, dass die Terroristen das Flugzeug in den Turm fliegen und diesen zum Einsturz bringen. Die Evakuation der Menschen aus dem Turm ist nicht möglich.
> Darf der Abschuss des Passagierflugzeugs angeordnet werden, wenn davon auszugehen ist, dass der nicht verhinderte Terrorangriff den Tod von ca. 1500 Menschen bewirkte, der Flugzeugabschuss aber 75 Menschen töten würde?

Damit ist auch die Frage verbunden, ob ein Gesetz den Flugzeugabschuss vorsehen kann. Das deutsche Bundesverfassungsgericht verneinte dies in einem Entscheid aus dem Jahr 2006: Die den Ultima-Ratio-Abschuss des entführten Passagierflugzeugs zur Terrorismusabwehr ermöglichende Norm des Luftsicherheitsgesetzes[1792] verletze das Recht auf Leben in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 GG).[1793]

1792 Der aufgehobene § 14 Abs. 3 des LuftSiG lautete: „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist."

1793 BVerfGE 115, 118.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I Problemstruktur

Auch der vorliegende Fall ist dem Kollisionstypus der *aggressiven Rettung* zuzuordnen, weil die staatliche Intervention sich (u.a.) gegen die Störer richtet und Gewaltanwendung voraussetzt.

Es bestehen aber relevante Unterschiede zwischen dem *Flugzeugabschuss* und dem *aggressiven Rettungsverhör*: Letzteres trifft unmittelbar nur den Störer, während beim *Flugzeugabschuss* tatunbeteiligtes Leben getroffen wäre (Passagiere und Besatzungsmitglieder). Unterschiedlich ist zudem die relative Zahl betroffener Personen, da beim Flugzeugabschuss-Fall ein krass asymmetrisches Verhältnis besteht: Durch den Abschuss stürben 20-mal weniger Menschen als im Falle eines Unterlassens der Rettungshandlung. Bei der sogenannten „Rettungsfolter" kollidieren die Interessen des Störers mit den Interessen des Opfers; existenziell betroffen ist sonst niemand. Zur Besonderheit des hier diskutierten *Flugzeugabschusses* zählt ferner, dass dieser nur Menschen träfe, die ebenfalls im Falle passiven Verhaltens des Staates (durch den ungehinderten Terroranschlag) ihr Leben verlören; ausgenommen sind hier Opfer des Trümmerabsturzes (die es aber beim Abschuss wie auch durch den Terroranschlag geben kann).

Eine weitere Besonderheit ist die, dass der vorliegende Fall bereits Elemente der *forcierten Solidarität* enthält:[1794] Der Abschuss des Passagierflugzeugs trifft auch tatunbeteiligte Personen, die hiermit womöglich selbst dann nicht einverstanden wären, wenn sie vom bevorstehenden „Kamikaze"-Angriff Kenntnis hätten; sie müssten dabei als Nichtstörer die Folgen eines Eingriffs erleiden, der einzig der Rettung anderer Menschen dient.

II Konfligierende Rechtsgüter

1. Lebensrecht

Die aggressive Verhinderung eines Terroranschlags durch Abschuss des entführten Passagierflugzeugs kreist vorwiegend um das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), das unstreitig eines der Höchstwerte der Verfassungs-

1794 Ein Fallbeispiel dieser Kategorie wird unten besprochen: Teil 4, E; siehe die überzeugende Auseinandersetzung mit einem Solidaritätsprinzip aus einer strafrechtlichen Perspektive bei: Coninx, Solidaritätsprinzip, *passim*.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ordnung ist.[1795] Dass das Leben gar als das höchste Grundrecht anzusehen ist, wurde vorne dargelegt.[1796] Der Staat steht hier vor der Herausforderung, nach der optimalen Verwirklichung des Lebensrechts aller Betroffenen zu streben – das heisst, der Passagiere, der Besatzungsmitglieder, der Menschen am Boden und auch der Attentäter. Jedes Leben ist wertgleich; Menschenleben, die mittelbar betroffen sind, nicht weniger als unmittelbar betroffenes Leben.[1797]

Zu beachten ist aber, dass die 75 Menschen im Flugzeug auch bei Unterlassung des Abschusses nach einigen Sekunden ihr Leben gleichwohl verlören, was in einem graduellen und gleichheitsbasierten Gerechtigkeitsverständnis von Belang sein kann.[1798]

2. Menschenwürde?

In der deutschsprachigen Diskussion des Dilemmas des Flugzeugabschusses wird gemeinhin einfach vorausgesetzt, die Menschenwürde (Art. 7 BV) sei betroffen.

Es wird angenommen, dass der Abschuss des Passagierflugzeugs die unschuldige Besatzung und die unschuldigen Passagiere als blosse Objekte behandle, was die Menschenwürde verletze.[1799]

Anders als beim aggressiven Rettungsverhör, wo eine gewisse Instrumentalisierung (i.S.d. Behandlung als blosses Objekt) durch den Staat eindeutig vorliegt, ist der Fall beim Flugzeugabschuss alles andere als klar. Die tatunbeteiligten Personen werden zunächst durch die Täter in-

---

1795 BVerfGE 115, 118 (162): „[Der] Höchstwert, den das menschliche Leben in der Verfassungsordnung […] einnimmt […], [kann] den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter an Bord des Luftfahrzeugs rechtfertigen".

1796 Teil 4, B.II.1 und C.III.2.g; grundlegend zudem Teil 3, E.I-II.

1797 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 15, N. 1167; ebd., § 16, N. 1246.

1798 Zur gerechtigkeitstheoretischen Begründung der Gradualität: Teil 3, A.V; vgl., in Bezug auf konkrete Fragen der Grundrechtsdogmatik, Teil 2, B.I.2 und B.IV.4.b.

1799 Statt vieler Roxin, Der Abschuss, 558: „Die Passagiere werden nicht als Rechtssubjekte, als Personen, respektiert, sondern wie Objekte behandelt, die um der Rettung anderer willen aus dem Weg geräumt werden müssen."; für die Objektformel siehe Dürig, GG-Komm., Art. 1 N. 28: Die Menschenwürde sei verletzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird" ; zur Kritik der Objektformel siehe vorne, Teil 2, B.IV.4.c und C.V.3.a; zudem Teil 3, B.I.2.b und B.III.7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

strumentalisiert und als Schutzschild missbraucht.[1800] Einzig diese wollen deren Tod; mehr noch, sie wollen die letzten Lebensminuten ihrer Opfer zur Tötung einer noch grösseren Zahl Menschen instrumentalisieren. Der Staat, der den Abschuss unterlässt, tut, worauf die Terroristen hoffen. Er lässt sie durch die Instrumentalisierung von Menschenleben eine möglichst grosse Zahl an Menschen auf spektakuläre Weise töten. Schränkte der Staat durch den Abschuss dagegen die Würde der tatunbeteiligten Flugzeuginsassen ein? Der Vorwurf der Behandlung als blosses Objekt lässt sich hier nicht auf den Staat übertragen. Dieser braucht die Betroffenen (wenn überhaupt) nicht nur als blosses Objekt, sondern behandelt sie, durch die Durchkreuzung der Pläne der Täter, auch als Zweck. Denn einige Passagiere empfänden wohl in dieser aussichtslosen Lage eine Art Genugtuung an der Vorstellung, dass wenigstens den Mördern die Erreichung der terroristischen Ziele verwehrt bleibt.

Anzumerken ist, dass die Diskussion solcher Fälle in der Schweizer Lehre typischerweise, verglichen mit der Diskussion in Deutschland, weniger würdelastig ausfällt; statt explizit mit der Menschenwürde wird hier (falls überhaupt mit Unantastbarem) eher mit dem Kerngehalt des Lebensrechts argumentiert.[1801] Im Resultat dürfte dies aber nicht entscheidend sein.

Damit die vorliegende Lösung nicht den Vorwurf einbringt, sie operiere auf der Basis falscher Prämissen, wird vorsichtshalber von der (m.E. falschen) These ausgegangen, die Menschenwürde der Passagiere und Besatzungsmitglieder sei auch durch die Anordnung oder Durchführung eines Abschusses betroffen.

III Kritik des Abschussverbotes

1. Skizze der regelethischen Lösung des Bundesverfassungsgerichts

Im Entscheid des BVerfG gegen eine gesetzlich geregelte Abschusslegitimation waren folgende Eckpunkte entscheidend:

(i) Der anerkannte Konfliktschwerpunkt ist das Recht auf Leben. Dieses bildet laut BVerfG *einen* Höchstwert, der zugleich „vitale Basis der Menschenwürde“ ist, die ihrerseits das tragende Konstitutionsprinzip

1800 Isensee, Menschenwürde, 192.
1801 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 101.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und den obersten Verfassungswert stellt.[1802] Legitime Einschränkungen des Lebensrechts sind bei genügender Gesetzesgrundlage, der Wahrung des Wesensgehalts und der Respektierung der Grundentscheidungen der Verfassung möglich.[1803]

(ii) Die Bedeutung der Menschenwürde wird mit einer wortreichen Variante der Objektformel beschrieben: Es sei ausgeschlossen, „den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen", heisst es. Dies geschehe bei jeder „Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stell[e]". Dies sei der Fall, wo sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen zukommt.[1804]

(iii) Gemäss BVerfG fällt das Recht der tatunbeteiligten Flugzeuginsassen, dass es nicht zum Abschuss komme, unter den Schutzbereich des Rechts auf Leben und auch der Menschenwürde.[1805] Obschon gemäss BVerfG das zu schützende Leben die vitale Basis der Menschenwürde ist, hat die Verbindung von Würde und Lebensrecht einseitig die Verstärkung des abwehrrechtlichen Tötungsverbots zur Folge. Das der Menschenwürdegarantie im Sinne der Objektformel inhärente Abwehrprivileg[1806] (der gescheiterte Staat, der untätig ist, behandelt niemanden als Objekt) führt dazu, dass nun auch das Lebensrecht nur asymmetrisch Schutz gewährt: Im Kollisionsfall geht die Pflicht, die aktive Tötung Tatunbeteiligter nicht in Kauf zu nehmen, jener vor, Tötungen (inkl. Massentötungen) zu verhindern.[1807] Der Staat ist damit nicht nur gegenüber folgenäquivalenten Schutzpflichten zur Unterlassung der Tötung verpflichtet, sondern selbst dort, wo Schutzmassnahmen ein Vielfaches an Leben retten können.

(iv) Die Menschenwürde wirkt dabei als Abwägungsverbot, ganz im Sinne der (vom BVerfG nicht explizit bestätigten) These, es sei stets verpönt, Leben gegen Leben abzuwägen, und es dürfe auf die Anzahl gefährdeter Leben nicht ankommen.[1808] Jeder Ultima-Ratio-Flugzeugabschuss ist damit per Definition unzulässig, unabhängig davon, wie viele Leben gerettet würden.[1809] Vorausgesetzt ist einzig, dass mindestens eine

---

1802 BVerfGE 115, 118 (152), m.V.
1803 BVerfGE 115, 118 (139); vgl. BVerfGE 39, 1 (59).
1804 BVerfGE 115, 118 (153).
1805 BVerfGE 115, 118 (152 f.).
1806 Siehe Teil 2, B.IV.4.c.
1807 BVerfGE 115, 118 (152 ff.); vgl. Roxin, Der Abschuss, 558.
1808 Siehe das Argument der Beschwerdeführer: BVerfGE 115, 118 (127).
1809 BVerfGE 115, 118 (151 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tatunbeteiligte Person an Bord ist, welche die Kollisionslage nicht selbst herbeiführte.[1810]

(v) Das BVerfG verweist zur Begründung der (alles entscheidenden) Nachrangigkeit der Schutzpflicht auch auf den bei Schutzpflichten oft bestehenden Spielraum bei der Wahl der Mittel: Es gebe viele Wege, sie zu erfüllen. Wie die staatlichen Organe den Schutzpflichten nachkämen, sei von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Wo sich im Kollisionsfall die Wahl der Mittel auf ein einziges verenge, sei zwar möglich, dass auch hier nur ein Weg bestehe. Doch könne die Wahl der Schutzmittel „immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steh[e]".[1811]

Das ist die Hauptachse der vorwiegend auf einem deontologischen Grundrechtsverständnis gestützten Begründung des Bundesverfassungsgerichts.[1812] Dem folgt in Deutschland die herrschende Lehre.[1813] Die Schweizer Lehre äussert sich hierzu seltener, die Meinungen sind gespalten.[1814] In Art. 92a des Militärgesetzes, der den Waffeneinsatz gegen Zivil-

---

1810 BVerfGE 115, 118 (166).

1811 BVerfGE 115, 118 (160).

1812 Auf die kantische Begründung hinweisend auch: Müller/Schefer, Grundrechte, 52: „etwas zu kantisch".

1813 Statt vieler: Roxin, Der Abschuss, 552 ff. m.H.; a.A. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311; ders., FS-Jakobs, 230, mit der Ansicht, „dass eine solidarische Einstandspflicht ein Lebensopfer rechtfertigen könn[e]" und „das Recht die Möglichkeit der Aufopferung vor[sehe], auch […] des Lebens. […] Die Aufopferung, die den rechtlichen Voraussetzungen entspricht, ist die rechtmässige, aber entschädigungspflichtige Inanspruchnahme 'besonderer Rechte und Vorteile', zum 'Wohle des gemeinen Wesens'. Eben ein solches Sonderopfer wird den unschuldigen Fluginsassen auferlegt, um im Leben der anderen die Allgemeinheit zu schützen."; vgl. Merkel, Unschuldige, 33: „Terroristische Anschläge wie die des 11. Septembers zielen nicht primär auf die getöteten Opfer. Sie zielen auf das Herz des Staates: auf seine Rolle als Inhaber des Gewaltmonopols, das ihn zur Garantie der rechtlichen Friedensordnung befähigt […]. Anschläge, die diese Fähigkeit des Staates prinzipiell in Zweifel zu ziehen geeignet sind, bedrohen daher die normativen Fundamente seiner Existenz."; ders., Luftsicherheitsgesetz, 373 ff.; zur Debatte auch von Bernstorff, Kerngehaltsschutz, 156, m.H. in Fn. 1–4.

1814 Gegen ein striktes Abschussverbot: Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 96 ff.; Coninx, Solidaritätsprinzip, (202-)242, aus strafrechtlicher Sicht, aber mit gründlichen Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Fragen; wohl auch (en passant) Gertsch, Kerngehalte, 16, 17 (dort Fn. 112); aus pragmatischen Gründen dagegen, wegen der Unwägbarkeiten der unsicheren Rettungsmassnahme: Mahlmann, Grundrechtstheorie, 228 f., zugleich kritisch zur Nichtberücksichtigung der Würde der Personen am Boden; für ein rigoristisches

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

flugzeuge als Ultima Ratio gestattet, hat sich nun die Sichtweise durchgesetzt, der Waffeneinsatz gegen Zivilflugzeuge könne selbst bei tatunbeteiligten Passagieren an Bord nicht ganz ausgeschlossen werden.[1815]

2. Kritik der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts

a. Lösung auf Basis blosser Postulate

Die erste Kritik an der skizzierten Lösung spiegelt, was in abstrakter Weise der deontologischen Ethik vorzuwerfen ist: Die für die Lösung der Grundrechtskollision wichtigsten Aspekte werden nicht objektiv nachvollziehbar aus bestehenden Normen hergeleitet. Weil gleichzeitig die Begründung mit Folgenerwägungen abgelehnt wird, materialisieren sich die fallentscheidenden Argumente quasi aus dem Nichts. Beim *Flugzeugabschuss*-Fall betrifft dies die These des Vorrangs der abwehrrechtlichen Gehalte der Menschenwürde und des Lebensrechts.

Die einzige Stelle, die den Ansatz eines Arguments für das Abwehrprivileg enthält, endet in einer Schlaufe: Das Argument lautet, die Schutzpflicht könne wegen ihrer Unbestimmtheit auf unterschiedliche Arten erfüllt werden. Das kann für den Vorrang der Abwehrrechte sprechen: Wenn die Unterlassenspflicht R mit einer bestimmten Modalität (M_1) zur Erfüllung der Schutzpflicht S kollidiert (also R vs. S_{M1}), dann ist na-

---

Abschussverbot: Keller/Keller, Abschuss; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10 N. 14; ders., in: SRF 17.10.2016, Terror-Fall: „Der Staat darf nicht rechnen, dass man eine gewisse Zahl Menschen opfert, um eine grössere Zahl Menschen zu retten. Er muss aus Prinzip die Menschenwürde schützen."; ferner Müller/Schefer, Grundrechte, 52; siehe zudem, ohne eigene Positionierung zur Frage, Biaggini, BV, Art. 10 N. 11; allgemein gegen ein Abwehrprivileg (nicht direkt fallbezogen): Dubey, Droits fondamentaux, § 15 N. 1167/1180, sowie § 16, N. 1246.

1815 Art. 92a MG erlaubt den Flugzeugabschuss unter der Bedingung, dass andere verfügbare Mittel nicht ausreichen (Abs. 1), vorher der Luftverkehr eingeschränkt wurde (Abs. 3) und der Vorsteher des VBS oder bei Kompetenzdelegation der Kommandant der Luftwaffe den Abschuss anordnet (Abs. 5) oder Notstand oder Notwehr vorliegt (Abs. 6). Der Bundesrat, der diese Regelung vorschlug, hielt in seiner Botschaft gleichwohl fest, jede Abwägung von Leben gegen Leben, bei der der Staat Menschen „opfere", um eine grössere Zahl unschuldiger Menschen zu retten, verletze die Menschenwürde (Botsch. Militärgesetz 2014, BBl 2014 6955, 7014 f.); wäre er hiervon überzeugt gewesen, hätte er die Regel nicht vorschlagen dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

türlich eine möglichst nicht abwehrrechtseinschränkende Schutzmodalität vorzuziehen (S_{M2}, S_{M3} etc.). Das BVerfG scheint zu erkennen, dass das Argument der bestehenden Schutzalternativen nur für solche Fälle etwas taugt. Es fügt an, manchmal könnten sich die Wege, einen effektiven Lebensschutz zu leisten, auf die Wahl eines einzigen Mittels verengen. Was dann? Damit entfällt das Argument für das Abwehrprivileg. Im Falle einer (echten) Kollision der Unterlassens- mit einer Schutzpflicht existiert per Definition nur ein (abwehrrechtseinschränkendes) Schutzmittel; wird es nicht ergriffen, wird zwingend der Schutzanspruch eingeschränkt. Hier trifft es nicht zu, dass die Schutzansprüche anders gewahrt werden könnten und der Respekt der Abwehrrechte daher dringlicher wäre (was für ihn spräche). Doch diesem Schluss verweigert sich das BVerfG, indem es die Begründung des Abwehrvorrangs abbricht. Und dies auf relativ subtile Weise: mit der Feststellung, das gewählte Schutzmittel müsse in jedem Fall mit der Verfassung in Einklang stehen. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Natürlich sucht der Rechtsstaat nach einer verfassungskonformen Lösung; natürlich muss die Kollisionslösung (erfolge sie nun durch ein bestimmtes Schutzmittel oder durch Unterlassen) verfassungskonform sein. Allein, mit der These des Abwehrvorrangs hat diese Selbstverständlichkeit nichts zu tun. Sie verrät nicht, warum der Abwehrvorrang auch dort gelten sollte, wo sich die Wahl der Mittel aufgrund der Umstände auf ein einziges verengt.[1816]

Und das ist der Punkt: Der Verweis auf die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Lösung, den man als Leser zustimmend zur Kenntnis nimmt, verleitet zum unbekümmerten Weiterlesen. Man droht dabei zu übersehen, dass die Begründung des Abwehrvorrangs soeben schlicht und einfach abgebrochen wurde. Dabei ist dies entscheidend: Weil das BVerfG in der Pflicht zum Schutz des Lebens vor rechtswidrigen Angriffen Dritter einen Ausdruck der Menschenwürde sieht[1817], hätte es eigentlich von der Kollision gleichermassen höchstrangiger Rechtsgüter ausgehen müssen, die nur durch Abwägung gelöst werden kann.[1818]

Verborgen bleibt durch den subtilen Begründungsabbruch der Ausgangspunkt des Entscheids im blossen Postulat, wonach das Tötungsverbot (bezüglich „Unschuldiger") stets dem Lebensschutz vorgehe. Das wird zuerst implizit mit Falltypen begründet, in denen gerade keine echte Kollision vorliegt (weil noch andere Wege zur Erfüllung der Schutzpflicht

1816 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 219 f.
1817 BVerfGE 115, 118 (152).
1818 Vgl. Gertsch, Kerngehalte, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

offenstehen). Dann wird, als erklärte dies den Vorrang im Kollisionsfall, auf das Erfordernis der Verfassungskonformität aller Schutzmittel verwiesen. Suggeriert wird damit, dass der Vorrang des Tötungsverbots vor dem Lebensschutz der Verfassung zu entnehmen sei. Doch das ist nur der Fall, wenn man annimmt, der Abwehrvorrang bedürfe keiner Begründung, sondern verstehe sich (etwa auf Basis der Menschenwürdegarantie) von selbst. Das ist offensichtlich nicht der Fall.[1819]

Solche Begründungen befriedigen nicht (soweit sie überhaupt begründen).

b. Rechtsungleichheit durch Ausgrenzung bestimmter Grundrechte

In der Auseinandersetzung mit der Problematik der „Rettungsfolter" wurde das Phänomen der Kollisionsleugnung kritisiert, das darin besteht, dass die mit dem ersten als unantastbar identifizierten Rechtsgut kollidierenden Güter (ungeachtet ihrer Schwere oder gar Identität mit dem unantastbaren Rechtsgut) einfach von Beginn an nicht berücksichtigt würden.[1820]

Zumindest im Ergebnis argumentiert das BVerfG so, als hätte es die mit den von ihm hervorgehobenen Rechten der Personen im Flugzeug kollidierenden Rechte (das Leben der Personen am Boden) gar nicht gesehen. Die Schutzpflicht gegenüber dem Leben der durch den unverhinderten Terrorakt getöteten Personen wird zwar wahrgenommen und gar in Bezug zur Menschenwürde gestellt.[1821] Aber zur symmetrischen Fallbeurteilung, die sich angesichts der Kollision der Höchstgüter (Leben und Würde) aufdrängt, kommt es nicht. Es wird nicht gefragt, von welchem Gewicht die Grundrechtsinteressen auf der einen Seite der Kollision im Verhältnis zu jenen auf der anderen Seite sind. Damit leugnet (oder „dissimuliert"[1822]) das BVerfG die Kollision. Der einfach vorausgesetzte Vorrang der (abwehrrechtlichen) Menschenwürde der tatunbeteiligten Personen im Flugzeug hat zur Folge, dass die sorgfältige Prüfung und Gegenüberstellung der

---

1819 Ausführlich vorne, Teil 2, B.IV.4.

1820 Teil 4, C.III.5.

1821 BVerfGE 115, 118 (152): „[Der Staat] ist auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren [m.V.]. Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG."

1822 Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(bei Unterlassen des Abschusses sowie bei dessen Vornahme) drohenden Schäden unterbleibt.

Dadurch wird signalisiert, die Personen am Boden hätten keinen Anspruch, dass man die mögliche Vorrangigkeit ihrer Rechte prüft. Mit der Rechtsgleichheit lässt sich das m.E. nicht vereinbaren; noch weniger aus der Menschenwürde herleiten. Denn im Entscheid des BVerfG bleibt für die Personen, die durch den Terrorangriff (am Boden) getötet würden, nur wenig übrig vom eloquent formulierten Anspruch jedes Einzelnen, „in der Gemeinschaft als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden“[1823].

c. Wertungswiderspruch

Vergleicht man den BVerfG-Entscheid mit anderen Fällen der akuten Lebensrettung, kann man sich des Eindrucks eines Wertungswiderspruches kaum erwehren: Lehre und Praxis (in Deutschland wie auch in der Schweiz) erachten praktisch ausnahmslos die Tötung zur Lebensrettung in bestimmten anderen Konstellationen, wie etwa dem finalen Rettungsschuss, für zulässig.[1824] Warum nicht beim Flugzeugabschuss? Ausschlaggebend soll sein, dass im Abschussfall unschuldiges Leben und nicht nur „schuldiges“ Leben geopfert würde, während vom finalen Rettungsschuss nur der Täter betroffen wäre.[1825]

Es ist fraglich, ob sich die Fälle wirklich daran unterscheiden lassen. Ein finaler Rettungsschuss, der keine tatunbeteiligten Personen gefährdete, dürfte selten sein. In aller Regel dürften mindestens Querschläger-Risiken bestehen. Das führt aber nicht dazu, dass der Selbstmordattentäter nicht erschossen werden dürfte, um ihn daran zu hindern, mit der Ladung

---

1823 BVerfGE 115, 118 (153).

1824 Statt vieler Schefer, Kerngehalte, 309 ff.; Gertsch, Kerngehalte, 16; vgl. Kantonsgericht Graubünden, Urteil vom 28.2.2002, SF 01 30, in: PKG 2002, 82 ff., betr. den Freispruch eines Polizeikommandanten, der den Befehl zu einem „finalen Rettungsschuss“ erteilte.

1825 Siehe betr. die Legitimität des Abschusses, wenn nur Tatbeteiligte an Bord sind: BVerfGE 115, 118 (166); für ein weiteres, in der Folgenethik-Kritik gründendes Argument: Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14: Unschuldige sollen nicht einem „utilitaristischen Kalkül“ geopfert werden, bei dem Menschenleben gegeneinander aufgerechnet würden, da damit der Staat ihnen den Eigenwert abspräche, „der ihnen kraft deontologisch verstandener individueller Würde zusteht“; vgl. Roxin, Der Abschuss, 558–559.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sprengstoff sein Ziel zu erreichen. Auch bei Schuldunfähigkeit des Attentäters wäre die Tötung nötigenfalls erlaubt.[1826] Nichts anderes gilt, wenn der Attentäter schuldfähig ist, im Kleinlastwagen aber, mit welchem er auf einen gedrängten Markt zurast, eine tatunbeteiligte, gefesselte Geisel sitzt: Es darf, ungeachtet der möglichen Tötung auch der Geisel, alles getan werden, um das Fahrzeug aufzuhalten (Schüsse mit Feuerwaffen oder gar mit einer hypothetisch verfügbaren Panzerfaust, mit einem Bagger seitwärts in den Wagen des Angreifers fahren etc.), ehe es in die Menge rast.

Die Tötung der tatunbeteiligten oder unschuldigen Personen ist in all diesen Fallbeispielen nicht die Absicht des intervenierenden Staates, aber man nimmt sie in Kauf, weil der Schaden, verglichen mit dem Wert des Geretteten, erträglich ist.[1827] Es besteht auch beim finalen Rettungsschuss eine Bedrohung Unschuldiger, die hingenommen wird. Gewiss, die Drittbedrohung verwirklicht sich beim Flugzeugabschuss mit grösserer Wahrscheinlichkeit. Doch ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet dieser probabilistische Aspekt eine kategorische Konsequenz zu begründen vermögen soll; dies in einer regelethischen Theorie, für die Wahrscheinlichkeitserwägungen bei Höchstgüterkollisionen eigentlich belanglos sind. Für Gerechtigkeitstheorien wie die Folgenethik, die Wahrscheinlichkeiten für bedeutend halten, gilt zudem: Selbst eine vielleicht nur 2%-Gefahr, dass ein „Unschuldiger" 50 Jahre seines Lebens wegen eines Querschlägers verliert (das entspricht der 100%-Gefahr des Verlusts eines Lebensjahrs), ist nicht offensichtlich ein geringerfügiges Übel als eine vielleicht 99%-Gefahr, dass 75 Menschen knapp eine Minute Lebenszeit verlören.

d. Unbegründbares Verbot zahlenmässiger Abwägung

Strittig ist, ob aus dem Lebensrecht im Kollisionsfall die Pflicht fliessen kann, die grösstmögliche Anzahl an Leben zu retten.[1828] Oft wird die Opti-

---

1826 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 558, am Beispiel eines Autofahrers, der infolge einer plötzlichen Ohnmacht oder eines Herinfarktes die Kontrolle über sein Fahrzeug verlöre, auf einen dicht gedrängten Weihnachtsmarkt zuraste und zahlreiche Menschen zu töten drohte; hier wäre der Defensivnotstand gegeben und es dürfte im Rahmen einer Schutzmassnahme der Tod des Fahrers in Kauf genommen werden, „weil niemand verpflichtet ist, schwere oder gar tödliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, die ihm durch andere drohen".

1827 Siehe dazu hinten, Teil 4, D.IV.1.

1828 Strikt gegen die Abwägung von „Leben gegen Leben": Roxin, Der Abschuss, 553–554, der sich kohärenterweise nicht einmal an der Idee zu stören scheint,

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mierung des Lebensschutzes aufgrund der These des Verrechnungsverbots abgelehnt, dessen Grundlage die deontologisch verstandene Menschenwürde sei.[1829] Das BVerfG hat zumindest implizit das Abwägungsverbot angewandt, denn es erspart sich die (bei gebotener Abwägung) eigentlich erforderliche Erklärung, warum der Respekt von Würde und Leben auch eine erhöhte Opferzahl gebieten soll.[1830] Ein rigoristisches Abwehrprivileg kann hier jedenfalls nicht als Erklärung dienen.[1831]

Wie anlässlich der Verteidigung der Folgenethik dargelegt[1832] und hinten konkret präzisiert wird[1833], ist an der Beachtung der relativen Zahl bedrohter Menschenleben nichts auszusetzen. Die Prüfung der Relation zwischen der Zahl an Leben, die bei aktiver Intervention verloren wären, und jener, die bei Nichtverhinderung des Angriffs Dritter verloren gingen, ist ethisch und rechtlich gar erforderlich, weil es sonst ganz an einer sachlichen und gleichheitskonformen Lösungsbasis fehlte.

e. Einseitigkeit der Folgenerwägungen

Folgenerwägungen kommen im Entscheid des BVerfG zwar vor.[1834]

So mahnt es, über den Abschuss wäre im konkreten Fall unter Umständen zu entscheiden, unter denen die Lage nicht voll überblickt und nicht immer richtig eingeschätzt werden könnte.[1835] Die Situation an Bord könne sich innerhalb von Minuten oder gar Sekunden ändern.[1836] Auch könn-

---

das Abwägungsverbot auch noch aufrechtzuerhalten, wenn die Aufopferung einer Person zur Rettung einer Mio. Menschen infrage stünde: ebd., 554, oben, m.V. auf BGHSt 35, 347 (349), dem Katzenkönigs-Fall des Bundsgerichtshofs, der einen Erlaubnistatbestandsirrtum der Art betraf; vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218, m.H.

1829 Gerhart Baum, in: FAZ 1.8.2016, Die Drohung (Interview): „Die Richter folgten unserer Argumentation, dass Menschenleben nicht gegen Menschenleben aufgewogen werden dürfe. Sie statuierten ein Verrechnungsverbot.“, abrufbar auf <www.faz.net/aktuell/feuilleton/ferdinand-von-schirach-terror-baum-hirsch-14364755.html> (zuletzt am 8.2.2017); Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14.

1830 Mahlmann, Grundrechtstheorie, 218.

1831 Vgl. vorne, Teil 2, B.IV.4; zum Scheitern der Begründung des Abwehrprivilegs im hier besprochenen Urteil des BVerfG, vorne: Teil 4, D.III.2.a.

1832 Teil 3, D.III.3.

1833 Teil 4, D.IV.1.

1834 Insb. BVerfGE 115, 118 (154 ff.).

1835 BVerfGE 115, 118 (154 f.).

1836 BVerfGE 115, 118 (156).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten unerwartet Verhaltensabläufe eintreten, in deren Folge der Abschuss nicht mehr erforderlich wäre.[1837] Fehlinterpretationen der Situation an Bord seien nicht auszuschliessen. Das Zeitfenster für die Entscheidung sei sehr knapp.[1838] Für diejenigen, die am Boden unter extremem Zeitdruck entscheiden müssten, sei es praktisch unmöglich, verlässlich zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des Abschusses vorlägen.[1839] Das führe zur Gefahr, dass der Abschussbefehl zu früh erteilt werde, wenn er überhaupt „rechtzeitig mit Aussicht auf Erfolg und ohne unverhältnismäßige Gefährdung unbeteiligter Dritter vorgenommen werden [soll]".[1840]

Sogar möglicher Trümmersturzopfer infolge eines Flugzeugabschusses gedenkt das BVerfG.[1841] Dass es den Trümmersturz erwähnt, verblüfft, weil die unmittelbar betroffenen Grundrechte Dritter (der Personen am Boden, denen der terroristische Angriff gilt) im Entscheid überhaupt nicht ins Gewicht fallen und kaum zur Rede kommen.[1842]

Das ist das Problem: Die an sich teilweise denkwürdigen Folgenerwägungen des BVerfG sind einseitig. Nicht eine einzige Folgenerwägung beschäftigt sich mit den Konsequenzen des Unterlassens des Abschusses. Auf das Leben der am Boden durch den terroristischen Angriff betroffenen Personen wird beiläufig hingewiesen.[1843] Das der erfolgreiche Angriff ebenfalls zum Sturz von Trümmern führt, interessierte offenbar nicht.

Eine folgenethisch fundierte Lösung sähe jedenfalls in der Begründungsstruktur anders aus. Es wären beidseitig die Gefahren zu ermitteln und am Ende darzulegen, warum die Schutzpflichten gegenüber der schliesslich grösseren Zahl an Menschen nicht überwiegen.[1844] Indem das Bundesver-

---

1837 BVerfGE 115, 118 (155).
1838 BVerfGE 115, 118 (155 f.).
1839 BVerfGE 115, 118 (156).
1840 BVerfGE 115, 118 (155 f.).
1841 BVerfGE 115, 118 (164): Zu beachten sei, dass durch den Flugzeugabschuss „nicht nur hoch gefährliche Anlagen betroffen [*sic!, also durch den Abschuss*], sondern auch Menschen getötet werden können, die sich in Gebieten aufhalten, in denen aller Voraussicht nach Trümmer des […] abgeschossenen Luftfahrzeugs niedergehen werden. Auch zum Schutz des Lebens […] dieser Menschen ist der Staat von Verfassungs wegen verpflichtet. Das kann […] nicht unberücksichtigt bleiben."
1842 Vgl. Roxin, Der Abschuss, 557.
1843 BVerfGE 115, 118 (160): „Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten."; vgl. ebd. (152).
1844 Vgl. Mahlmann, Grundrechtstheorie, 217; siehe auch Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fassungsgericht die Gefahren eines Abschusses umfassend beurteilt, diese Gefahren jedoch nicht den Folgen tatenlosen Zusehens gegenüberstellt, bedient es sich gerade in dem Ausmass (intuitionsapologetisch[1845]) einer Art Güterabwägung, in welchem es zur Bekräftigung des Abschussverbots nützlich erscheint.

f. Nachhaltigkeitsprobleme

Die Lösung des BVerfG lässt Nachhaltigkeitserwägungen vermissen. Einige Jahrzehnte zuvor hatte das BVerfG im *Schleyer*-Urteil noch gesagt, dass die Reaktion des Staates auf erpresserische Forderungen nicht kalkulierbar gemacht werden dürfe, weil dies sonst den effektiven Schutz der Bürger verunmöglichen würde.[1846] Aber genau dies tut das hier kritisierte Urteil im Ergebnis: Es ermöglicht es allen informierten Terroristen, sich darauf zu verlassen, dass in Deutschland entführte Passagierflugzeuge nicht abgeschossen werden.[1847] Damit wissen die Flugzeugterroristen, dass die vorletzten Mittel die letzten sind: Wenn Jagdflugzeuge zum entführten Flugzeug aufschliessen und mit ihm in Verbindung treten, im Versuch, es von seiner Route abzubringen und es zur Landung zu bringen, wird dies den wohlinformierten Flugzeugentführer mit terroristischen Absichten nicht beunruhigen, da bei untersagtem Ultima-Ratio-Abschuss das wichtigste Druckmittel für solche Fälle fehlt. Kurz: Die Wahrscheinlichkeit einer Flugzeugentführung dürfte mit dem Entscheid nicht geringer geworden sein, denn die Handlungsoptionen potenzieller Attentäter wurden deutlich verbessert.[1848]

Die eigentliche Katastrophe (welche an der Nachhaltigkeit des Abschussverbots erst recht zu zweifeln zwänge) träte ein, wenn tatsächlich ein Flugzeug entführt und als Terrorwaffe im 09/11-Stil erfolgreich eingesetzt würde, weil der Staat sich den Abschuss verbietet. Dem Staat würde man

---

1845 Vgl. Kahneman, Thinking, 104: „System 2 [*gründliches, zeitintensives und eher abwägendes Denken*] is more of an apologist for the emotions of System 1 [*schnelles, intuitives Denken*] than a critic of those emotions […]. Its search for information and arguments is mostly constrained to information that is consistent with existing beliefs, not with an intention to examine them."

1846 BVerfGE 46, 160 (164 f.).

1847 Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 96.

1848 Baldus, Luftsicherheitsgesetz, 534; Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 96, trocken bemerkend, der Terrorangriff könne in Deutschland, was einmalig sei, „unter dem Dach der Verfassung" verwirklicht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vorwerfen, Erfüllungsgehilfe der Terroristen gewesen zu sein. Im öffentlichen Diskurs wären die Stimmen, die jetzt noch mit der Menschenwürde gegen jeden Abschuss argumentieren, kaum mehr hörbar. Der öffentliche Diskurs bleibt zudem vom Terrorismus, der stets auch ein Angriff auf das freie Denken ist[1849], nicht unberührt. Nach einem unverhinderten (aber verhinderbaren) Terroranschlag grösseren Rangs könnte die Demokratie Kreise an die Macht spülen, die den Ruf nach Kontrolle und Sicherheit (zu) gerne erhören. Dies kann mehr Fremdenangst, eine über das Ziel hinausschiessende Sicherheitspolitik, repressive Terrorgesetze und die Zustimmung der Bevölkerung für intrusive nachrichtendienstliche Tätigkeiten zur Folge haben.[1850] Mit anderen Worten: Das absolute Abschussverbot könnte eine Kollisionslösung jener Art sein, die sich nur ein einziges Mal im Ernstfall durchsetzen lässt – und sich dabei gleichzeitig selbst abschafft.

Auch deshalb ist das rigoristische Abschussverbot abzulehnen.

3. Kritik der Geltung und Anwendung der Objektformel

a. Grosszügiger Begriff der Instrumentalisierung

Kaum ein Fall verdeutlicht die Schwäche der Objektformel so sehr wie jener des *Flugzeugabschusses*: Wer vom Staat als „blosses Objekt" behandelt wird, ist unklar und in hohem Masse eine Frage der Interpretation und des Geschmacks.[1851] Das Konzept der menschenwürdewidrigen Instrumentalisierung ist so vage, dass man durch die Anpassung der Rhetorik jede der betroffenen Personen als blosses Objekt darstellen kann: Passagiere, Besatzungsmitglieder, Personen am Boden, Opfer von Trümmern, den Piloten des Abfangjägers, die Täter selbst. Denn für all diese Personen lässt sich sagen, sie seien in einer ausweglosen Lage und drohten aufgrund der Kollision dazu genötigt zu werden, etwas zu erdulden (oder zu tun), was nicht ihrem Willen oder ihrer Überzeugung entspricht.

Das BVerfG sah nur die (unschuldigen) Passagiere und Besatzungsmitglieder von einer Instrumentalisierung bedroht: Sie seien in auswegloser Lage und könnten ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen. Dies mache sie zum Objekt nicht nur

---

1849 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 97; vgl. Merkel, Unschuldige, 33.

1850 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 104.

1851 Vgl. Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 36–37, allg. zur Schwierigkeit einer handhabbaren Definition der Menschenwürde.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Täter, sondern auch des Staates, wenn dieser zur Abwehrmassnahme des Flugzeugabschusses greife und sie damit „als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer" behandle.[1852]

Voraussetzung der Plausibilität dieser Annahme des BVerfG ist, vom weiten Begriff des Instrumentalisierens abgesehen, dass man unterstellen darf, die hypothetisch vom gesetzlichen Abschussbefehl betroffenen Passagiere und Besatzungsmitglieder würden in einem autonomen, freien Entscheid den Abschuss ablehnen. Das jedoch ist eher fragwürdig, unabhängig davon, ob man „autonom" im Sinne eines authentischen, freien Willens begreift oder nach dem Willen sucht, den diese Personen haben müssten, würden sie den kategorischen Imperativ[1853] oder eine ähnliche, gerechtigkeitsverbürgende Grundnorm befolgen: Ich mag als Passagier die Rettung Tausender Menschen ablehnen, obwohl ich selbst nur wenige Sekunden Leben zu verlieren habe; aber dies ist gewiss nicht eine Maxime, von der ich wollen kann, sie werde ein allgemeines Gesetz.[1854]

Statt zu unterstellen, die tatunbeteiligten Personen im Flugzeug würden autonom den Abschuss, der ihr Leben um Augenblicke (der Hoffnungslosigkeit) verkürzt, trotz der Möglichkeit der Rettung einer Vielzahl an Menschen ablehnen, lässt sich mit nicht minderer Plausibilität sagen: Der Staat, der das Flugzeug abschiesst, wahrt die Würde der unschuldigen Personen an Bord des Flugzeugs, weil er an deren Stelle den Widerstand gegen die Terroristen leistet, den diese Passagiere leisten würden, wenn sie es könnten.[1855] Dies wäre jedenfalls die Konsequenz aus zwei psychologisch tief verwurzelten und auf die Willensbildung einwirkenden menschlichen Neigungen: erstens der Hang zur Sympathie für Personen in einer ähnlichen Lage (hier für die von Terroristen ebenfalls bedrohten Menschen im Turm) und zweitens ein Hang zur Reziprozität[1856] (hier in Form des Willens, die Terroristen, soweit möglich, daran zu hindern, ihren Plan zu verwirklichen).

Zu beachten ist zudem, dass der Abschuss die Dauer des Ausgeliefertseins sogar verkürzen würde. Der Staat ist nicht Urheber des bestehenden Zustands des Ausgeliefertseins; nicht ihm sind die Menschen im Flugzeug ausgeliefert, hat er doch nicht die Macht über deren Leben und Tod (den

---

1852 BVerfGE 115, 118 (154).

1853 Kant, GMS, AA IV, 421: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."

1854 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 232–242.

1855 Vgl. Teil 4, D.II.2.

1856 Dazu Cialdini, Influence, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Tod jener Menschen kann er gerade nicht mehr verhindern). Auch in der Intention des Staates sind die tatunbeteiligten Personen im Flugzeug nicht Mittel staatlichen Handelns. Wie sollten sie Mittel der Terrorabwehr sein, wenn deren Anwesenheit im Flugzeug und deren drohender Tod keineswegs hilft, den Terrorangriff zu verhindern? Durch die Geiselnahme setzen die Täter dem Staat vielmehr ein Hindernis, da die Anwesenheit Unschuldiger an Bord die Gefahr erhöht, dass der Abschuss nicht stattfindet (weil ein Pilot den Mut verliert oder ein deontologisch gesinnter Kommandant ihn nicht anordnet, obwohl er gesetzlich vorgesehen wäre) und dafür 1500 Menschen sterben.

Kurz: Der *Flugzeugabschuss* illustriert, wie schwierig eine schlüssige und objektiv überzeugende Argumentation mit der Objektformel ist.

b. Keine Behandlung der Flugzeugentführer als „blosse Objekte"?

Erstaunlich ist, dass das BVerfG die extensive Würdedefinition, aus der sich das Abschussverbot ergeben soll, am Ende doch nicht konsequent durchhält.[1857]

Befänden sich an Bord des Flugzeugs nur dessen Entführer, wäre ein Abschuss gemäss BVerfG denkbar.[1858] Die Gegenwart „unschuldiger"[1859] Personen an Bord ist es, die zum Abschussverbot führt. Entscheidend ist eine Art aus der Menschenwürde selbst gewonnenes Störerprinzip: Für Täter gölten andere Regeln, weil, wer Rechtsgüter anderer angreife, nicht als blosses Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich infrage gestellt werde, wenn der Staat sich gegen den Angriff zur Wehr setze und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht abzuwehren versuche. Die erstaunliche Begründung: „Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird

---

1857 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 52.

1858 BVerfGE 115, 118 (166).

1859 Siehe BVerfGE 115, 118 (u.a. 138 f., 157 f.), wo das BVerfG fünfmal von „unschuldigen" Personen (an Bord des Flugzeugs) spricht, obwohl damit die Unschuldsvermutung in Bezug auf die implizit nicht-unschuldigen Flugzeugentführer aufgegeben wird; allein in der Regeste ist von „tatunbeteiligten" Personen die Rede.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt."[1860]

Das verrät ein zweischneidiges Verständnis der durch die Menschenwürde garantierten Autonomie, das sich verkürzt mit den Worten Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zusammenfassen lässt. Aus der Annahme, der Mensch sei autonom, ergeben sich Pflichten: Die Menschenwürde ist nicht nur einfach zu achten und zu schützen (so Art. 7 BV wie auch Art. 1 Abs. 1 GG), sondern sie setzt die Selbstverantwortlichkeit des Menschen voraus. Diese bedeutet, dass man mit den Risiken und Konsequenzen der freien Selbstbestimmung leben muss: Wer als Träger von Menschenwürde autonom handelt, der kann sich nicht über die für ihn voraussehbaren Folgen seiner Freiheit beklagen.

Unübersehbar ist, dass hiermit die Menschenwürde zum sanktionierenden Prinzip wird.[1861] Das Argument, der tödliche Eingriff gegen den Störer sei die Konsequenz seiner Autonomie, ist hingegen heikel, weil ihm kaum Grenzen gesetzt sind: Auch der Kindesentführer hat sich autonom für die Entführung entschieden und damit den vieldiskutierten Kollisionsfall herbeiprovoziert, wonach man das Kind nur noch retten könnte, wenn man dem Entführer Schmerzen zufügte, vielleicht gar folterte. Auch er hätte theoretisch das Geschehen in der Hand und könnte durch Kooperation alles abwenden. Und doch ist es problematisch, anzunehmen, die Folter sei die Bekräftigung der Autonomie des Entführers.[1862] Für jeden vorsätzlich handelnden Straftäter wären mit dieser Logik harte Folgen billig: Ein Todesschuss für den fliehenden Dieb; dem Brandstifter das Verbrennen im selbst gelegten Feuer; dem Triebtäter chirurgische und medikamentöse Eingriffe zur Ausrottung des falschen Triebes; dem Haftinsassen, der auszubrechen versuchte, das Unterlassen jeglicher Nothilfe, wenn er dabei einige Stockwerke in die Tiefe stürzte. Und dem Raser dürfte man Baumstämme an unerwarteter Stelle in den Weg legen, damit auch er seine Bestimmung fände.

Das Problem: Als Folge der autonomen Selbstbestimmung wird etwas unterstellt, was mit dem Willen der Betroffenen nichts zu tun hat: Die Terroristen im Flugzeug streben nicht nach dem eigenen Tod; sie nehmen ihn nur als Mittel in Kauf, möglichst viele Menschen zu töten. Wenn überhaupt, denn subjektiv könnte ein Selbstmordattentäter gar der Ansicht

---

1860 BVerfGE 115, 118 (160 f.), Hervorhebung ergänzt; vgl. Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14.

1861 Vgl. Rouiller/Uffer, Concepts, intérêts et valeurs, 47 ff. m.H.

1862 Teil 4, C.III.6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sein, er nehme keineswegs den (endgültigen) Tod in Kauf, wenn er an sein Jenseits glaubt. Dies zeigt: Die These, der Abschuss sei das Resultat dessen, was sich die Flugzeugentführer freiverantwortlich vorgenommen hätten, ist bemüht. Konsequenterweise müsste die Menschenwürde im Sinne der Objektformel selbst dann gegen den Abschuss sprechen, wenn nur Terroristen an Bord wären.[1863]

Was bedeutet dies? Die Tötung der Flugzeugentführer ist als Ultima Ratio zulässig (was wohl fast unumstritten sein dürfte). Zugleich ist die Tötung eine Handlung der Art, die man als verbotene Instrumentalisierung im Sinne der Objektformel qualifizieren müsste, würde diese kohärent angewandt. Daraus folgt, dass die in diesem Kollisionsfall gebotene Lösung die Objektformel verletzen würde, woraus folgt, dass die Objektformel keine absolute Geltung verdient.[1864] Das heisst auch, dass die Menschenwürde, will sie unantastbar bleiben, nicht so abwehrrechtslastig definiert werden kann, wie es auf Basis der nicht immer haltbaren (und zu einfachen[1865]) Objektformel getan wird.

Problematisch an der Objektformel ist überdies die mit ihr gelegentlich einhergehende Rhetorik:

c. Kritische Betrachtung der (Objektformel-)Rhetorik des BVerfG

Die Umschreibung der Menschenwürdeverletzung durch das BVerfG greift die Objektformel auf; die dabei verwendete Rhetorik verdient Aufmerksamkeit. Es heisst, in Bezug auf den vermeintlich absolut unzulässigen Flugzeugabschuss:

> „Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flug-

1863 Vgl. Müller/Schefer, Grundrechte, 52.

1864 Im Resultat auch: Herdegen, GG-Komm. Art. 1 Abs. 1, N. 38; ferner Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311–312.

1865 Vgl. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, N. 311; betr. zu einfachen Lösungen siehe allgemein Montaigne: „que la vertu refuse la facilité pour compagne et que cette voie douce, aisée et déclive par où se conduisent les pas [bien] réglés d'une bonne inclination de nature n'est pas celle de la vraie vertu" (in ders., Sur la cruauté, 54).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> zeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt."[1866]

Diese Sätze sagen weniger aus, als man auf den ersten Blick erhofft. Die im ersten Satz enthaltene These, der Abschuss *(i)* missachte die Subjekteigenschaft der Betroffenen, wird zwar nicht begründet, aber dafür rege umformuliert. So heisst es auch, *(ii)* durch den Abschuss verdingliche der Staat die Betroffenen (ein Begriff, der eher zur Leibeigenschaft oder zur Vogelfreierklärung von Menschen passte). Zugleich zur Verdinglichung fände eine *(iii)* Entrechtlichung statt (was in der Verdinglichung indes bereits enthalten ist, solange Dinge keine Rechte haben). Ferner heisst es, *(iv)* es würde im Falle des Abschusses einseitig über das Leben der Betroffenen verfügt (auch das geht bereits mit dem Fehlen einer Subjekteigenschaft oder der Verdinglichung einher, da man über Objekte ohne deren Einwilligung verfügt). Zu guter Letzt wird noch die Wendung aufgeboten, *(v)* den Flugzeuginsassen werde der (intrinsische) Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukomme. Wenn damit auf die Selbstwerthaftigkeit kraft Menschenwürde angespielt wird, ist auch dies eine Wiederholung.

Leider gewinnt die Verdinglichungsthese durch diese Wiederholung und Überladung nicht an Glaubwürdigkeit. Je nach philosophischer Warte vermutet man bei solch Pathos-reicher Rhetorik vielmehr einen Mangel an substanziellen Argumenten. Das Urteil glänzt dabei auch noch mit anderen obsoleten Wiederholungen. So heisst es, der Flugzeugabschuss habe „den Tod, also die Vernichtung des Lebens" zur Folge.[1867] Was hat Vernichtung, was dem Tod fehlt? Die Assoziation zu historischen Grausamkeiten (Vernichtungslager)? Wenn das ein Versuch ist, die Gravität des vom BVerfG als völlig undenkbar qualifizierten Abschusses zu betonen, weckt auch er eher zusätzliche Skepsis: Warum, wenn das Unrecht des Flugzeugabschusses so eindeutig sein soll, bedarf es da der Betonung?

Eine weitere Wiederholung ist jene der „Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit" der Lage der Flugzeuginsassen.[1868] Eines dieser Synonyme hätte sich das BVerfG zur Beschreibung der Situation der am Boden (z.B.

1866 BVerfGE, 115, 118 (153); ein Widerhall davon aus der Lehre: Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, 1083: „Indem die unschuldigen Passagiere geopfert werden, werden sie zum Teil des zur Waffe pervertierten Flugzeugs verdinglicht und sind als solcher, nicht als Menschen, Zielobjekt der staatlichen Maßnahme."

1867 BVerfGE 115, 118 (140).

1868 BVerfGE, 115, 118 (154).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Turm) durch den Terrorangriff bedrohten Personen aufsparen können. Zumal der Sprung aus dem Fenster des Turmes nicht Ausweg, nicht Entrinnen ist.

Die kritisierte Art Rhetorik verrät m.E. tendenziell die Schwäche des Arguments. Sie ist abzulehnen, selbst als Instrument zur Stärkung der „richtigen" Position (als deren Vertreter jeder sich zu sehen neigt), weil sie die Wirkung haben kann, irrezuführen und von den wirklichen Problemen abzulenken.

d. Zwischenfazit zur Objektformel-Kritik und Konklusionen hieraus

Jeder Mensch wird durch den Staat hier und dort ein wenig instrumentalisiert.[1869] Solange die Menschenwürde unantastbar ist und der Grundrechtsschutz vernünftig sein soll, kann nicht in jeder Instrumentalisierung von Menschen eine Verletzung der Würde erblickt werden. Selbst bestimmte, zweifellos harte Formen der Behandlung von Menschen als blosse Objekte wertet man gerade nicht als Verletzung unantastbarer Rechtsgüter: Einen unheilbar gefährlichen Straftäter – der das Unglück hatte, mit einem nicht sozialverträglichen, starken Trieb auf die Welt zu kommen – wird man alleine und ausschliesslich zum Schutze anderer Personen lebenslang verwahren; und dies über die Höhe der Haftdauer weit hinaus, zu der er seiner Taten wegen verurteilt würde. Daraus folgt die Bestätigung des bereits dargelegten Schlusses[1870], dass die Menschenwürde nicht vor jeder Instrumentalisierung schützen kann (wenn sie denn unantastbar ist).

Mit dieser Erkenntnis ist eine weitere verbunden: Die Menschenwürde liefert kein Argument für die Begünstigung der Abwehrposition im Falle einer Kollision von Würdepositionen.[1871] Solch ein Vorrang hätte aus der Objektformel fliessen können: Weil die Objektformel sich gegen instrumentalisierendes und damit aktives Handeln des Staates richtet, bedeutete ihre zwingende Geltung den steten Vorrang der abwehrrechtlichen Würdeansprüche. Doch für die strikte Geltung der Objektformel gibt es, wie nun hinlänglich dargelegt, keinen guten Grund.

1869 BVerfGE 30, 1 (26): „Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß."

1870 Vgl. vorne Teil 2, B.IV.4.c; zudem: Teil 3, B.I.2.b, B.II.3 und B.III.7.

1871 Vgl. vorne Teil 2, B.IV.4, insb. a, c.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hieraus folgt im *Flugzeugabschuss*-Fall, dass die vom BVerfG angedeutete Begründung für den strikten Vorrang des (mit dem Abwehrrecht aus der Menschenwürde verknüpften) Tötungsverbots vor dem (genauso mit der Würde verbundenen) Lebensschutz scheitern muss.

IV Lösungselemente

1. Wertende Gegenüberstellung der Grundrechtsinteressen

a. Legitimität quantitativer und qualitativer Bewertung

Abwägung ist stets zulässig, wenn auch gegebenenfalls nur in Form einer vorweggenommenen Abwägung, die abwägungsgefestigte Schutzpositionen begründet.[1872] Dabei gilt es, die betroffenen Werte einem Vergleich zuzuführen. Ohne Möglichkeit der sachlichen Gewichtung der zu vergleichenden Werte ist kaum eine nachvollziehbare und überprüfbare (falsifizierbare) Kollisionslösung denkbar.[1873]

Vorliegend bedeutet dies, dass folgende zwei Arten der Bewertung der Schwere von Einschränkungen des Rechts auf Leben möglich sein müssen: die Gewichtung nach der relativen Zahl betroffenen Lebens (*quantitative Abwägung*) und die Gewichtung mit Blick auf die individuelle Lebenssituation und auf graduelle Beurteilungskriterien (*qualitative Abwägung*). An diesen Modi der Bewertung wird bisweilen die folgenethische Grundlogik kritisiert; man befürchtet ein utilitaristisches Nutzenkalkül.[1874] Dieses ist im Grunde aber (wenn man den Nutzen so weit versteht, wie ihn bereits Spinoza, Helvétius, Bentham et al. verstanden[1875]) in ethischer Hinsicht kein Problem. Diese für viele wenig attraktiven Begriffe (Utilitarismus,

---

1872 Vorne Teil 2, C.V.3 und 4.a.

1873 Folgenethische Analysen setzen den Vergleich voraus: Teil 3, D.I.2.a.

1874 Vgl. Baumann, Quantifizierungsvorbehalt, 858; Roxin, Der Abschuss, 557 f.; Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 14 „Anders als beim finalen Rettungsschuss tötet der Staat hier […] unschuldige Opfer […]. Diese würden durch den Abschuss in völliger Ausweglosigkeit einem utilitaristischen Kalkül geopfert".

1875 Siehe vorne, Teil 3, D.II.1.b, für Spinoza m.H.; vgl. Helvétius, De l'homme, Kap. I.10, pos. 587/9853 (zit. in Teil 3, D.I.1); zudem Bentham, Principles of Morals and Legislation, 20, mit nachgetragener Anm. 1 zu Kap. 15 (zit. in Teil 3, D.I.2.f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kalkül)[1876] täuschen darüber hinweg, dass es sich bei der Folgenethik um eine attraktive und kohärente Gerechtigkeitstheorie handelt. Die Weigerung, für irgendwelche Fälle die Abwägung als per se gerechtigkeitswidrig einzustufen (zugunsten der Applikation von Regeln, die auf blossen Postulaten beruhen), ist durchaus Ausdruck der Folgenethik. Zweck ist es, jene Handlung zu identifizieren, die möglichst lebensdienlich ist (und nicht lebensschädlicher als nötig). Weil alle Betroffenen gleiche Berücksichtigung nach Massgabe der Gleichheit ihrer Interessen verdienen, ist das „Kalkül" (der Vergleich, die Gegenüberstellung) erforderlich. Die apriorische Begünstigung bestimmter Personen wird abgelehnt.[1877]

b. Vorrang der grösseren Zahl (quantitative Abwägung)

Jede nachvollziehbare Kollisionslösung muss die Tatsache berücksichtigen, dass beim *Flugzeugabschuss*-Dilemma auf einer Seite der Kollision ein Vielfaches an Menschenleben betroffen ist.[1878] Wenn der Staat 1500 Menschen retten könnte, aber nur 75 Menschen rettet, muss er dies rechtfertigen. Zumindest ohne Rechtfertigung liesse die Rettung der geringeren Zahl eine krasse Geringerschätzung der nicht geretteten Personen vermuten: Der Staat handelte, als wären die 75 Menschen mehr als zwanzigmal wertvoller als die 1500 Menschen.

Aufgrund seiner Stellung als Gewaltmonopolist trifft den Staat die Begründungspflicht unabhängig davon, ob er nun aktiv oder passiv den Tod dieser Menschen mitverursacht.[1879] Keine valable Begründung ist aus oben erläuterten Gründen das blosse Abstellen auf einen irgendwie gearteten, relevanten Unterschied zwischen aktivem Begehen und passivem Zulassen: Es besteht kein prinzipielles Privileg der Abwehrdimension der zu schützenden Rechte.[1880] Ferner kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen (zur Begründung des kategorischen Vorzugs der in casu geringeren Zahl), ob der Staat die Tötungshandlung gezielt vornimmt oder diese „nur" eventualvorsätzlich in Kauf nimmt; ansonsten könnte sich auch

1876 Vgl. vorne, Teil 3, D.I.3.
1877 Vgl. vorne, Teil 3, D.III.3.a.
1878 Vorne, Teil 3, D.III.3.b-c.
1879 Vgl. Dubey, Droits fondamentaux, § 16 N. 1246.
1880 Vorne, Teil 2, B.IV.4; Teil 4, D.III.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Verbot der Auslieferung in ein Drittland, in welchem die Todesstrafe droht, nicht direkt aus Art. 10 Abs. 1 BV ergeben.[1881]

Auch lässt sich an der Abwägung nichts an sich Verwerfliches erkennen, etwa im Sinne einer Behandlung von Menschen als „Dinge". Gerade dadurch, dass abgewogen wird, werden die Betroffenen als Menschen (Achtung verdienende Wesen) betrachtet. Wären auf der einen oder anderen Seite der Kollision überhaupt keine Menschen betroffen, könnte auf die Abwägung verzichtet werden (so etwa beim Abschuss einer Drohne oder beim Nichtverhindern eines Kamikaze-Flugs auf ein evakuiertes Gebäude).

Letztlich ist die Abwägung und Gegenüberstellung (u.a.) der Anzahl an Leben auch einfach notwendig, weil es sonst an einer intelligiblen Begründungsbasis fehlte. Wer bei Grundrechtskollisionen nicht auf die Anzahl der bedrohten Güter, die Schwere des drohenden Schadens, die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts und dergleichen abstellt, hat nur noch die Intuition als Leitlinie übrig. Aufgrund ihrer Variabilität ist diese kaum verlässlich; wer den Flugzeugabschuss auf Basis der Intuition löst, der stellt vielleicht doch insgeheim auf die Zahl betroffener Leben ab. Oder auf andere Werte, die unbegründet bleiben, weil sie eben unbegründbar sind (etwa wenn der Grund ein elitärer wäre, weil man denkt, wer sich einen Flug leisten könne, gehöre nicht zu den tieferen sozialen Schichten).

Folglich ist es nicht „schlechterdings unvorstellbar" (so aber das BVerfG)[1882], eine Vielzahl unschuldiger Menschen auf Kosten der geringeren Anzahl gleichermassen unschuldiger Menschen zu retten.[1883] Ein rigoristisches Tötungsverbot, das den Wert des Lebens der grösseren Zahl gar nicht erst mit dem Wert des Lebens der kleineren Zahl vergleichen will, litte an einem unheilbaren Legitimationsdefizit, das in Extremfällen besonders deutlich hervorträte: Ein Rechtsgrundsatz, der zum Schutz eines Rechtsguts ein theoretisch grenzenloses Schadensausmass in Kauf nimmt, lässt sich rational kaum begründen.[1884]

Ob die Rettung der grösseren Zahl *direkt* Betroffener jeweils zweckmässig ist, ist eine demgegenüber ganz andere Frage. Das Gebot zum Schutz

---

1881 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102; vgl. vorne, Teil 2, B.IV.4.

1882 BVerfGE 115, 118 (157): „Auch wenn sich im Bereich der Gefahrenabwehr Prognoseunsicherheiten vielfach nicht gänzlich vermeiden lassen, ist es unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG *schlechterdings unvorstellbar*, […] unschuldige Menschen […] gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten." (Hervorhebung ergänzt).

1883 Vgl. Mannino/Vollmer/Pulver, Stellungnahme.

1884 Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 102.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der grösseren Zahl bedeutet nicht, dass der Staat Menschen töten darf, sobald er dadurch eine leicht grössere Zahl direkt betroffener Menschen rettet. Eine Tötung ungefährlicher Personen zur Rettung weniger Leben ist in folgenethischer Hinsicht typischerweise abzulehnen: Aufgrund der sozialen Ächtung der Tötung führte jede nicht eindeutig legitime Tötung durch den Staat potenziell zu erheblichen Vertrauensschäden im Staat-Bürger-Verhältnis und drohte die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens zu beeinträchtigen.[1885] Zudem sind Irrtums- und Missbrauchsrisiken einzurechnen, die mit der Legitimierung von Tötungen zur Rettung von Menschen einhergehen (man stelle sich vor, es werde ein Passagierflugzeug abgeschossen, das der Regierung zufolge von Terroristen entführt worden war; nur hätte sich in diesem Flugzeug ein begabter Oppositionspolitiker befunden). Ein ausschliesslicher Fokus auf die relative Zahl griffe daher zu kurz.

Gleichwohl avanciert ab einem bestimmten Verhältnis der Zahlen das Argument der grösseren Zahl tendenziell zum entscheidenden Grund. Eine fixe Schwelle lässt sich aufgrund der sehr unterschiedlichen Umstände nicht bestimmen. Man sollte aber faustregelartig davon ausgehen, dass die aktive Tötung eines Nichtstörers zur Rettung von bis zu zwölf Leben strikt untersagt ist, solange nicht ausserordentlich gewichtige Gründe dafür sprechen, die aktive Rettung in Erwägung zu ziehen (etwa ein krasser Unterschied in den Aussichten, die Gefahrenlage bei Rettung bzw. Nichttötung durch den Staat definitiv zu überleben, oder ein Anlass zur Annahme, die betroffene Person würde den Eingriff nicht ablehnen). Im Falle des finalen Rettungsschusses auf einen Angreifer zählen zu den (öfters vorliegenden) gewichtigen Gründen namentlich das Anliegen, die Glaubwürdigkeit des Staates zu beweisen, dessen Schutzfähigkeit nachzuweisen und heiklen Anreizen vorzubeugen, die entstünden, wenn zu selten die Urheber der Gefahren auch die Lasten dieser Gefahren tragen. Menschen, die andere nicht gefährden, sollten umgekehrt (damit sie keinen Anlass empfinden, ihr sozialverträgliches Verhalten aufzugeben) stets damit rechnen können, dass man ihnen nicht gezielt das eigene Leben zur Rettung anderer wegnehme. Aus diesen Gründen dürfte jedenfalls die gezielte (nicht nur in Kauf genommene) Tötung eines Nichtstörers auch bei deutlich mehr als zwölf durch diese Tötung zu rettenden Leben noch klar folgenethisch unhaltbar und unzulässig sein.

Abgesehen von den genannten Gründen spielt auch der Signalwert einer Rechtsordnung eine Rolle, in der jeder Mensch sich massgeblich

---

1885 Siehe oben: Teil 2, B.IV.4.d, Punktueller, pragmatischer Abwehrvorrang.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

selbst für das eigene Wohl verantwortlich weiss (vgl. Art. 6 BV) und es sein darf (Art. 10 Abs. 2 BV).

Wie steht es im vorliegenden Fall? Dass im Falle des Abschusses Nichtstörer stürben, fällt zweifellos ins Gewicht, ist aber nicht zwingend entscheidend. Das Zahlenverhältnis (1:20) und die Möglichkeit der Rettung von 1500 konkret bedrohten Menschenleben zwingen zur sorgfältigen Abwägung, ob nicht der Abschuss geboten (insgesamt lebensdienlicher) sei. In einer solchen Konstellation lässt sich nicht a priori ausschliessen, dass die (ungewollte) Tötung der Nichtstörer aus Gerechtigkeitsgründen in Kauf zu nehmen sei.[1886]

c. Berücksichtigung der Lebensdauer (qualitative Abwägung)

Die hohe relative Zahl (ein Zwanzigfaches) geretteter Leben legitimiert m.E. für sich alleine aber noch nicht den Abschuss.

Im vorliegenden Fallbeispiel fällt indessen auch ins Gewicht, dass der Abschuss die Chancen der tatunbeteiligten Personen an Bord kaum (wenn überhaupt) reduzierte, nicht innerhalb kürzester Zeit getötet zu werden. Gerettet würden bei Verzicht auf den Abschuss einige Sekunden oder höchstens Minuten an Lebenszeit (Minuten, wenn auch zu verhindern wäre, dass das Flugzeug über dicht besiedelte Orte und damit alternative Anschlagsziele flöge).

Nun fragt sich, ob man nicht annehmen muss, die Rettung vieler Lebensjahre sei der Rettung dieser Sekunden oder Minuten vorzuziehen. Laut BVerfG nicht: Der Achtungsanspruch jeder Person gelte „unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens".[1887] Das heisst, die Beachtung der Tatsache, dass die auf der einen Seite betroffenen Personen Lebensjahrzehnte, die auf der anderen Seite (im Flugzeug) betroffenen Personen aber nur Sekunden oder Minuten verlören, soll den „Achtungsanspruch" derjenigen verletzen, die bei Berücksichtigung der Lebensdauer kaum noch privilegiert werden könnten.

Der Unterschied an bedrohter Lebenszeit ist alles andere als banal: Es stehen ein Dutzend Lebenssekunden geschätzten 35 Lebensjahren (in Sekunden ca. 11 Milliarden) gegenüber; auch wenn die exakte Zahl vom

1886 Für eine umfassende gerechtigkeitstheoretische Widerlegung der vermeintlich absoluten Unzulässigkeit der Tötung unschuldiger Personen zur Rettung anderer, siehe insb. Kagan, The Limits of Morality, *passim* (insb. Kap. 3).

1887 BVerfGE 115, 118 (152).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abschusszeitpunkt und vom Angriffsziel abhängt, hat man es in jedem Fall mit höchst ungleichen Konsequenzen zu tun: Die am Boden betroffene Person verliert knapp das Hundertmillionenfachste an Lebensdauer im Vergleich zu derjenigen im Flugzeug. Rechnet man zu diesem Verhältnis auch noch jenes der Anzahl an Leben hinzu, würde durch das terroristische Attentat im Vergleich zum Flugzeugabschuss das 1'836'026'666-fache (fast das Zweimilliardenfache) an Lebensdauer vernichtet. Dass Unterschiede in der bedrohten und rettungsfähigen Lebenszeit ins Gewicht fallen können, ist daher aus folgenethischer Warte evident.[1888] Dass es bei solchen Zahlen schwierig ist, ohne Ausserkraftsetzung der Logik und Physik das Gegenteil zu behaupten, ebenso. Der Menschenwürde lässt sich jedenfalls nicht sachlich ein Recht der krass geringerfügig Getroffenen auf Ausserachtlassung von Unterschieden in der rettungsfähigen Lebenszeit entnehmen.

Mit anderen Worten, das Gewicht des im Kollisionsfall bedrohten Lebens darf im Rahmen der Abwägung auch graduell berücksichtigt werden.[1889] Das ist gar ein Gebot der Gerechtigkeit und der Rechtsgleichheit. Die Furcht, eine solche Abwägung führe zur Hierarchisierung der Menschen, ist unbegründet.[1890] Es geht nicht darum, bestimmte Menschen als wertvoller als andere einzustufen, sondern gerade darum, die Verletzung des Differenzierungsgebots des Art. 8 Abs. 1 BV bei völlig unvergleichbaren Situationen (krasse Ungleichheit des Umfangs an bedrohtem Leben) zu vermeiden. Die Differenzierung hebelt auch nicht das Verbot aus, Menschen nicht ihres Alters wegen zu diskriminieren (Art. 8 Abs. 2 BV), da der Anknüpfungspunkt nicht das schon gelebte Leben (Alter), sondern das erwartbare weitere Leben ist (auch ein Kind im Flugzeug hätte in dieser tragischen Lage eine äusserst kurze weitere Lebensdauer).

2. Prognostische Folgenbewertung

In einem realen Flugzeugabschuss-Dilemma zählte zu den grössten Schwierigkeiten die Einschätzung und Erkennung der Kollisionslage: Da die Kommunikationsmittel und die Zeit zur Kommunikation mit den Tätern an Bord des entführten Flugzeugs sowie mit den Geiseln begrenzt ist, dürfte sehr oft eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der wirklichen

---

1888 Siehe vorne, Teil 3, D.I.2.f; E.I.3; F.IV.1.
1889 Grundlegend in Teil 3, A.V; vgl. Teil 2, B.I.2.
1890 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 103.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ziele der Flugzeugentführer sowie der Lage der betroffenen Passagiere bestehen. Jagdflugzeuge können zwar Funkkontakt aufnehmen, doch ob dieser beantwortet (oder auch nur verstanden) wird, ist unklar. Ob ein Terrorangriff im 09/11-Stil unmittelbar bevorsteht, wird man daher selten mit letzter Gewissheit bestimmen können.

Diese Rechtsunsicherheit, die nichts Aussergewöhnliches ist (sie spielt wohl fast in jedem echten Konfliktfall eine gewisse Rolle), führt nicht zurück zur Legitimität rigoristischer Regeln. Sie führt aber dazu, dass für die Beurteilung der Grundrechtskollision mit Wahrscheinlichkeitserwägungen zu operieren ist. Wo Prognoseschwierigkeiten bestehen, sind die Grundrechtsinteressen probabilistisch zu gewichten. Auch wenn dies oft nur approximativ machbar ist, ist dies der gänzlichen Missachtung einer möglichen Folge oder ihrer Beachtung unter impliziter fiktiver Gewissheitsannahme klar vorzuziehen.[1891] Die Verfassung selbst enthält m.E. ein Gebot zur probabilistischen Gewichtung der Konsequenzen im Gebot der Grundrechtsverwirklichung in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV).[1892]

Im *Flugzeugabschuss*-Fall heisst dies: Sobald nahezu Gewissheit bestünde, dass sich das Passagierflugzeug in der Gewalt von kriminell motivierten Personen befindet und zudem mit erheblicher Sicherheit angenommen werden kann, dass die fraglichen Flugzeugentführer auf dicht besiedelte Orte oder kritische Anlagen zufliegen, um einen Terroranschlag auszuüben, ist eine gewisse Unsicherheit betreffend die Erfolgsaussichten und Begleitrisiken des Abschusses nicht entscheidend; solange der um die Unsicherheit korrigierte Erwartungswert der Rettung weiterhin höher ist als der Erwartungswert bei Untätigkeit, ist der Abschuss ethisch begründbar.

3. Einigungsbasierte Argumente

a. Hypothetische Einigung zur Solidarität auf Normstufe

Zur Kollisionslösung wurden in der Lehre auch einigungsethische Begründungsstrategien fruchtbar gemacht; auch solche Ansätze führen zur kritischen Beurteilung des Urteils des BVerfG. So argumentiert Coninx, die betroffenen Menschen würden als Vertragspartner im Zustand des Nichtwissens die Lösung solcher Kollisionen regeln, indem sie eine Solidaritäts-

1891 Teil 3, D.I.2.b; vgl. c.
1892 Vgl. Gertsch, Kontrolle, 172.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

pflicht dahingehend vereinbarten, dass sie im Interesse der Maximierung der eigenen Überlebenschancen auf der Ebene der Norm darin übereinkämen, den Abschuss als letztes Mittel hinzunehmen.[1893] Sie hätten keinen Grund, den Vorrang des Abwehrrechts vor dem Schutzrecht zu vereinbaren, auf Kosten der Optimierung des Lebensschutzes.[1894] Dies lässt sich mit einer risikoausgeglichenen Variante des vorliegend besprochenen Falles aufzeigen:

> Würde eine Person X dem Abschuss zustimmen, wenn sie entweder eine der 75 Passagiere oder Besatzungsmitglieder im entführten Flugzeug wäre oder, bei für jede Person gleicher Wahrscheinlichkeit, eine der 1500 Personen am Boden, die der Terrorangriff träfe?

In dieser unabhängigen Position würde X kaum den Abschuss ablehnen, zumal sie dann mit *zwanzigmal* grösserer Wahrscheinlichkeit von der Folge der Kollision getroffen wäre. Im Falle des Abschusses verbliebe ihr dagegen eine Überlebenschance von knapp 95 %, was dem fast sicheren Tod im Falle der Unterlassung des Abschusses vorzuziehen ist.

Diese Präferenz bei risikoausgeglichener Ausgangslage ist relevant, weil sie eine neutrale Beurteilung der Lage ermöglicht: Wenn der Staat so urteilt wie X in der risikoausgeglichenen Fallvariante, urteilt er zumindest ohne ungebührliche Präferenz für einzelne Personen und zudem im Sinne der hypothetischen Einigung, die eigeninteressierte Personen träfen, die nicht wüssten, welche Rolle ihnen im Kontext der fraglichen Gefahrenlage zukäme.[1895] Soweit es aber Gründe gibt, die punktuell gegen den Abschuss

---

1893 Coninx, Solidaritätsprinzip, 202–242, 225: „Die *ratio* einer individualistisch bestimmten Solidarität stützt sich nicht auf den Gedanken der Aufopferung Einzelner zugunsten aller. Vielmehr ist der Verpflichtungsgrund Ausdruck einer rational motivierten Kooperation, die […] die Nutzenfunktion einzig zugunsten des Einzelnen […] erfüllt", ebd., 240–242, wo aus einer kontraktualistischen Begründung des Solidaritätsprinzips schlüssig die Zulässigkeit einer Norm hergeleitet wird, welche den Abschuss als Ultima Ratio ermöglicht; vgl. ebd., 207 f.: „Eine Notstandslösung anhand der Prioritätenordnung von Abwehr- und Schutzansprüchen überzeugt nicht, weil sie sich zu stark am Staat als Akteur orientiert. […] Das Kriterium, das für die Entscheidung [aus Sicht des Privaten] ausschlaggebend ist – nämlich die Maximierung der Überlebenschancen –, ergibt sich ohne Blick auf den Akteur."; vgl. Depenheuer, Bürgeropfer, 57, der eine solche Pflicht für den Extremfall aus der Würde herleitet: „[D]er rechtschaffene Bürger [kann] seine Würde einzig darin finden, dass er sein Interesse bis hin zur Aufopferung seines Lebens den Interessen anderer oder des Gemeinwohls solidarisch unterordnet".

1894 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 207 f.

1895 Vgl. Coninx, Solidaritätsprinzip, 240–242.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sprechen, müssen diese auf Variablen zurückzuführen sein, die von der Risikoausgleich-Frage ausgeblendet werden. Dies ist jeweils gesondert zu prüfen. Zwei Gesichtspunkte sind dabei stets zentral: Es sind erstens Unsicherheiten zu bedenken, etwa betreffend die Existenz der Kollisionslage und die Effektivität der Rettungsmittel. Zudem gebietet das Anliegen der Schonung des Vertrauens der Bürger in die Organe des Staates gerade bei schockierenden Rettungsmassnahmen tendenziell Zurückhaltung; dies auch in Fällen, wo die Rettung der grösseren Zahl möglich ist und ihr die Direktbetroffenen in der risikoausgeglichenen Ausgangslage zustimmten.

Kurz: Auch aus einigungsethischen Überlegungen folgt im *Flugzeugabschuss* und ähnlichen Fällen heuristisch die Vermutung des Vorrangs der grösseren Zahl und der grösseren zu rettenden Lebensdauer – nicht aber ein strikter Vorrang der Rettung der grösseren Zahl. Kriterien folgenethischer Art justieren das einigungsethische Prüfschema.

b. Erwartungs- und Selbstverantwortungsprinzip

Ein im etwas weiteren Sinne einigungsethisches Argument lautet: Die tatunbeteiligten Personen an Bord des Flugzeugs müssten sich *eher* der terroristischen Gefahr einer Flugzeugentführung zu Anschlagszwecken bewusst gewesen sein, als dass Menschen in irgendeinem Gebäude am Boden damit rechnen müssten, einem Attentat mit entführten Zivilflugzeugen zum Opfer zu fallen. Jenen, die solche Risiken als zu gross empfinden, steht es offen, auf das Fliegen vorsichtshalber zu verzichten. Weil das eher Erwartbare zugleich auch eher vermeidbar ist, ist es fair, wenn die Last der Kollisionslösung ceteris paribus auf jene Personen fällt, die mit der Situation eher hätten rechnen müssen. Ähnlich lässt sich gar argumentieren, die Passagiere und Besatzungsmitglieder seien (im Vergleich zu den Menschen im getroffenen Turm) eher fähig, Widerstand gegen die Terroristen zu leisten und so ihr eigenes Schicksal wieder in die Hand zu nehmen.

Auch dieses Argument, dessen Grundlage Art. 6 BV wäre, spricht (in akzessorischer Weise) für die Möglichkeit eines Flugzeugabschusses in Extremfällen.

V Kollisionslösung

Der Staat muss im Kollisionsfall zum Ziel haben, die Lösung vorzunehmen, die zum grösstmöglichen Wohl der grösstmöglichen Zahl führt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das bedeutet hier zwingend, dass er die Zahl der beidseitig bedrohten Menschen und die Dauer des beidseitig gefährdeten Lebens prüft und vergleicht. Wenn (annähernde) Gewissheit ob des Erfolgens des Terrorangriffs mit 1500 Toten herrscht, ist die Untätigkeit des Staates schlicht unvertretbar, der Flugzeugabschuss dagegen rechtlich absolut geboten. Ins Gewicht fallen dabei auch Anreizerwägungen (die Flugzeugentführer sollen nicht auf die Untätigkeit des Staates zählen können). Aus Sicht der Schweiz besteht überdies ein grosses Interesse an der Wahrung der Fähigkeit, Bedrohungen im Luftraum nötigenfalls mit Waffengewalt zu begegnen; dies liegt etwa an der Bedeutung der Stadt Genf für die internationale Gemeinschaft sowie an Grossanlässen wie dem WEF in Davos.[1896]

Gewisse Unsicherheiten in Bezug auf die Wirksamkeit der Rettungsmassnahme ändern nichts an ihrer Zulässigkeit, solange der probabilistisch gewichtete Erwartungswert einer Rettung klar über dem Wert liegt, der durch Untätigkeit des Staates realisiert würde. Das wäre etwa der Fall, wenn nur von einer 25%-Möglichkeit auszugehen wäre, dass der Rettungsabschuss noch gelingen kann (wenn das Flugzeug sein Angriffsziel beispielsweise fast erreicht hat und unklar ist, ob der Schuss vom Jagdflugzeug aus verhindern kann, dass grössere Teile des Flugzeugs in den Turm einschlagen). In diesem Fall müsste so abgewogen werden, als wäre eine sichere Rettung von 375 Menschen (25 % der 1500 Personen) mit dem Flugzeugabschuss gewiss erreichbar. Unterlassen sollte man die aggressive Abschussmassnahme dagegen dann, wenn unklar ist, ob das Flugzeug überhaupt durch entsprechend motivierte Terroristen entführt worden ist (so etwa den Abschuss eines Passagierflugzeugs, zu dessen Besatzung kein Kontakt hergestellt werden kann und bei dem man nach Konsultation der Passagierdaten nicht ausschliessen kann, Terroristen hätten es in ihre Gewalt gebracht). Der Vertrauensschaden, den der Staat durch den irrtümlichen Abschuss eines nicht von Terroristen kontrollierten Flugzeugs erlitte, wöge zu schwer – er überwöge mittel- und längerfristig den Erwartungswert eines Abschusses (dies m.E. selbst dann, wenn man hier wieder von der 25%-Chance ausgeht, dass 1500 Menschen gerettet würden).

Es versteht sich, dass der Abschuss als Grundrechtseingriff einer Basis im Gesetz bedarf, das die Modalitäten darlegt und die Entscheidungsabläufe klärt. Dabei genügt auch eine eher allgemein formulierte Eingriffsgrundlage wie jene des neuen Art. 92a Abs. 1 MG. Demnach ist der Waffeneinsatz gegen ein Passagierflugzeug als letztes Mittel zulässig. Die Normdichte mag bescheiden sein (so erfährt man nichts über die vorher einzuset-

---

1896 Vgl. Vogel, Zulässigkeit des Abschusses, 96 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zenden Mittel), doch das rechtfertigt sich wegen der Komplexität und mangelnden Vorhersehbarkeit der im Einzelfall zweckmässigen Handlungen.[1897] Die Normdichte rechtfertigt sich auch angesichts des Normzwecks (der Verhinderung umfassender Lebensgefährdungen); ein Mehr an Legitimität kompensiert hier das allfällige Weniger an legaler Grundlage.[1898]

E. Vermutete Zustimmung zur postmortalen Organspende

Zur Illustration von Fällen der forcierten Solidarität wird die Widerspruchslösung im Organtransplantationswesen besprochen. Bei diesem System zur Regelung der Zulässigkeit einer postmortalen Organentnahme und -spende wird vermutet, jede Person stimme der Eventualität einer postmortalen Spende ihrer Organe zu, soweit sie nicht zeitlebens explizit ihren Widerspruch zu einer solchen Spende äussert. Damit würde jeder urteilsfähigen und volljährigen (allenfalls auch schon 16-jährigen) Person die Zustimmung zur postmortalen Organspende zugesinnt, die ihre allfällige Ablehnung nicht explizit festhalten lässt.[1899] Diese erfolgt durch Eintragung in ein nationales („Widerspruchs"-)Register, welches das Auffinden der Willenserklärung im Ernstfall erleichtert. Der Widerspruch müsste dabei in unbürokratischer Weise erfolgen können: durch Ausfüllen und Retournieren eines vorfrankierten Formulars oder wahlweise digital, mit Identitätsnachweis. Es soll nicht ein sachfremdes Kriterium, wie der Aufwand zur Widerspruchserklärung, Personen davon abhalten, sich gegen eine postmortale Spende zu entscheiden. Die hier diskutierte Widerspruchslösung ist eine erweiterte: Ist kein Widerspruch im Register eingetragen, können die Angehörigen eine ihnen möglicherweise bekannte Ablehnung der postmortalen Organspende durch die verstorbene Person mitteilen oder sich gar anstelle dieser Person äussern, wenn sie zur Überzeugung finden, diese hätte der Organentnahme nicht zugestimmt.

Der Einfachheit halber wird die Widerspruchslösung hier nicht allen erdenklichen Alternativen gegenübergestellt, sondern nur der erweiterten Zustimmungslösung. Dieser zufolge dürfen Organe einer verstorbenen Person nur entnommen werden, wenn sie vor ihrem Tod der Entnahme erkennbar zugestimmt hat (diese Lösung gilt zurzeit in der Schweiz: Art. 8

1897 Vgl. BGE 132 I 49 E. 6.2.
1898 Vgl. vorne, Teil 2, C.II.1.b-d/3.b; zudem Teil 3, F.II.3.c (Kompensationsthese).
1899 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 4.1.1; Motion Favre (12.3767) „Organspende. Wechsel zur Widerspruchslösung" vom 20. September 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abs. 1 lit. a Transplantationsgesetz [TPG]). Die Zustimmung wird etwa durch Eintragung auf einen Spendeausweis sichtbar und (falls die Ärzte ihn im Ernstfall rechtzeitig finden) wirksam gemacht. Falls keine Zustimmung bekannt ist, werden die nächsten Angehörigen befragt. Diese können eine ihnen bekannte Zustimmung mitteilen oder die Zustimmung, die der Verstorbene ihrer Ansicht nach gegeben hätte, subsidiär selbst erteilen.[1900] Die Angehörigen sind damit nicht nur Übermittler eines ihnen bekannten Willens des Verstorbenen (Art. 8 Abs. 2 TPG); ist ihnen keine Präferenz des Verstorbenen bekannt, obliegt es ihnen, an dessen Stelle und in dessen Sinn zu entscheiden – also so, wie dieser am ehesten entschieden hätte (vgl. Art. 8 Abs. 3 TPG).[1901]

Im vorliegenden Fall geht es somit um Konflikte jener Grundrechte, die im Falle eines Wechsels von der Zustimmungs- zur Widerspruchslösung betroffen sein könnten; also um die Frage, ob eines der beiden Systeme die Grundrechte insgesamt besser schützt und verwirklicht:

> *Widerspruchslösung*: Zur Erhöhung der Zahl postmortaler Organspenden wird in der Schweiz der Wechsel von der geltenden Zustimmungslösung zur Widerspruchslösung erwogen. Es soll gesetzlich im Todesfall vermutet werden, dass die verstorbene Person der Spende ihrer Organe zur Rettung anderer Menschen zustimmte. Diese Vermutung wird widerlegt, wenn die verstorbene Person die postmortale Organspende effektiv und nachweislich ablehnte oder ihre nächsten Angehörigen dies an ihrer Stelle tun.
>
> Ist solch eine Lösung mit Blick auf die involvierten Grundrechte zulässig?

Der Schweizer Gesetzgeber hat die Widerspruchslösung zuletzt im Jahr 2015 abgelehnt.[1902] Er folgte dabei dem Bundesrat, der sich auf die Empfehlung der Nationalen Ethikkomission für Humanmedizin (NEK) stützte, die ihre Position stark regelethisch begründete.[1903]

Vom Tisch ist die Widerspruchslösung, die vor Erlass der harmonisierten Transplantationsgesetzgebung auf Bundesstufe in allen französisch-

---

1900 Vgl. zur Definition der Zustimmungslösung BAG-Bericht vom 8. März 2013, 4.1.1.

1901 Vgl. Art. 8 Abs. 5 TPG, der den Vorrang des Willens des Verstorbenen vor jenem der Angehörigen statuiert; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

1902 Botsch. TPG (2001), 80; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356 ff.; vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

1903 Siehe: NEK, Widerspruchslösung, 9 (u.a.).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sprachigen Kantonen ausser Jura galt[1904], gleichwohl nicht. Die Spenderate hat sich in der Schweiz im europäischen Vergleich seit Einführung der Zustimmungslösung als sehr tief erwiesen.[1905] Es kam in den letzten Jahren zu circa 70 Todesfällen pro Jahr von Personen auf der Warteliste, deren Rettung zwar medizinisch möglich gewesen wäre, doch mangels Verfügbarkeit transplantationsfähiger Organe nicht erfolgen konnte (im Jahr 2005 waren es noch „lediglich" 36 Todesfälle).[1906] Die blosse Optimierung der Verfahrensabläufe, die der Bundesrat im Jahr 2013 bei gleichzeitiger Ablehnung der Widerspruchslösung beschloss[1907], konnte nicht verhindern, dass sich die Lage zuspitzte und die durchschnittliche Wartezeit für eine Transplantation weiter anstieg.[1908]

Folglich erstaunt nicht, dass in Fachkreisen die Widerspruchslösung weiter an Interesse und Zustimmung gewinnt. In einem jüngeren Positionspapier plädiert nun auch der Stiftungsrat von Swisstransplant dafür, die Widerspruchslösung erneut in Betracht zu ziehen.[1909] Auf politischer Ebene wurde zudem im Oktober 2017 von einem Komitee aus der Romandie eine Volksinitiative lanciert, welche die Einführung der Widerspruchslösung durch Verankerung des „Grundsatzes der vermuteten Zustimmung" in der Verfassung erstrebt.[1910]

Auch deshalb besteht gegenwärtig Anlass dazu, von Grund auf zu prüfen, ob in verfassungsrechtlicher Hinsicht etwas gegen die Widerspruchslösung spricht.

1904 Dumoulin, Prélèvement, 280; ders., Organtransplantation in der Schweiz, *passim*.

1905 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2.

1906 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; Dumoulin, Prélèvement, 278.

1907 Aktionsplan des Bundes, Mehr Organe für Transplantationen, 2013; vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013.

1908 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2, m.H. auf die Jahresberichte von Swisstransplant (abrufbar auf <www.swisstransplant.org>).

1909 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018.

1910 Vgl. Bundeskanzlei, Eidgenössischen Volksinitiative „Organspende fördern – Leben retten", Verfügung zur Vorprüfung vom 3. Oktober 2017 (BBl 2017 6443); Nachtrag des Verfassers: die Initiative wurde am 22. März 2019 mit 113'000 beglaubigten Unterschriften eingereicht, womit sie zustandekommt.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I Problemstruktur

1. Unüblicher Druck zur Solidarität?

In Fällen vom Typus der forcierten Solidarität stellt sich die Frage, ob der Staat Personen auf eine deren Selbstbestimmung einschränkende Weise zur Solidarität anlässlich des Schutzes und der Rettung Dritter bewegen darf.

Diese Problematik besteht in einer gewissen Weise auch beim hier besprochenen Fallbeispiel, sodass prima facie von einer Grundrechtskollision vom Typus der forcierten Solidarität ausgegangen wird. Der *Zweck der Solidarität* ist gegeben, weil es darum ginge, die Zahl postmortal gespendeter Organe zu erhöhen, indem vor allem die Zahl versäumter Spenden verringert würde (also jener Spenden, die vom Verstorbenen nicht abgelehnt worden wären, aber mangels nachweisbarer Zustimmung bei geltender Regelung nicht stattfinden können). Den Fachkräften im Spital erleichterte die Widerspruchslösung das praktische Verfahren, weil die allfällige Ablehnung der postmortalen Organspende zentral aus einem Register hervorginge; es liegt auf der Hand, dass dadurch die Rettung mehrerer Dutzend zusätzlicher Menschenleben pro Jahr gelingen könnte.[1911]

Worin bestünde das *Forcieren* beim Wechsel zur Widerspruchslösung mit einem Grundsatz der vermuteten Zustimmung? Käme es zur Einschränkung gewisser Grundrechte, die tiefer reichte als eine blosse Beschränkung der Modalitäten der Freiheitsausübung? Diese für die Kategorisierung der Kollision entscheidenden Fragen führen zugleich bereits zu einem wichtigen Aspekt der Kollisionslösung, dem hier nicht vorgegriffen wird. An dieser Stelle muss es mit der provisorischen Annahme sein Bewenden haben, ein gewisses Zwangsmoment (Forcieren) läge darin, dass spendeunwillige Personen einen gewissen Aufwand tätigen müssten, um die Inanspruchnahme der Organe ihres Leichnams effektiv auszuschliessen. Deswegen lässt sich das vorliegende Fallbeispiel prima facie dem Kollisionstyp der forcierten Solidarität zuordnen.

1911 Vgl. Favre, Swisstransplant-news 24, 11 f.; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5–6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Weiter Kreis der Gleichheit

Im vorliegenden Fall ist der Kreis der Gleichheit entscheidend: Wenn man von der Erga-omnes-Konzeption der Grundrechte ausgeht, sind nämlich nicht nur die Grundrechtsinteressen der Organspender und der potenziellen Organempfänger auf der von Swisstransplant geführten Warteliste relevant, sondern die Interessen aller Personen, die mittelbar von der Zustimmungs- und Widerspruchslösung in ihren Grundrechten betroffen sein könnten.

Zu den mittelbar betroffenen Personen zählen:

- *Lebendspender*, da davon auszugehen ist, dass diese bei aller Freiwilligkeit ihr Organ auch aus einem Gefühl der Alternativlosigkeit heraus spenden[1912], weil es sonst wegen der geringen Spenderate bei postmortalen Spenden für die ihnen nahestehende Person keine Hoffnung auf Rettung gäbe;
- *Organspender auf unregulierten Märkten*: Mittelbar sind von der derzeit tiefen Spenderate bei postmortalen Spenden in der Schweiz auch Menschen betroffen, die beispielsweise aufgrund wirtschaftlicher Not ihre Organe auf einem Grau- oder Schwarzmarkt verkaufen, der ihnen keinerlei Schutz bietet;[1913] das in der Schweiz geltende System betrifft diese Menschen insofern, als die seit Jahren hier sehr tiefe Spenderate bei gleichzeitig langen Wartelisten geeignet ist, zur erhöhten Nachfrage auf solchen Märkten und zu vermehrtem Organtourismus beizutragen; ermöglicht ein Systemwechsel eine höhere Spenderate, verringert dies dagegen wohl den Umfang, in welchem Organbedürftige aus der Schweiz den Organhandel auf unregulierten oder gar illegalen Märkten und die sich dort ereignenden Verletzungen der Grundrechte mitzuverursachen drohen;[1914]
- *Angehörige* soeben verstorbener Personen, deren Organe transplantiert werden könnten, da sie im Zeitpunkt, in dem sie mit dem Verlust der nahestehenden Person konfrontiert sind, bei fehlendem expliziten Entscheid der verstorbenen Person in Bezug auf die Organspende konsultiert werden; auch deren Interessen sind bei der Bewertung der

1912 Zur prekären Lage dieser Spendergruppe siehe Marescotti, Le don, 284–288.
1913 Vgl. Kaltenbrunner, Organtransplantation, 43 ff.
1914 Uffer, Mobilität, 31–32, m.H.; vgl. Favre, Swisstransplant-news Nr. 24, 11. Siehe dazu vertieft hinten, Teil 4, E.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auswirkung der Widerspruchslösung im Rahmen der konfliktlösenden Auslegung und Abwägung zu berücksichtigen.[1915]

Weil bereits Art. 119a Abs. 3 BV, der den Organhandel und die entgeltliche Organspende untersagt, Missbräuche wie die Ausnützung der ökonomischen Not von Spendern in ärmeren Regionen zu verhindern bezweckt[1916], ist klar, dass auch gegenüber Organspendern aus unregulierten Märkten die Schutzpflichten aus Art. 10 Abs. 1–2 BV (i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) gelten müssen. Die Verfassung hebt dadurch für das Transplantationsrecht besonders hervor, dass – wie bei allen Grundrechten, unter Vorbehalt weniger Bürgerrechte – von einem alle Menschen umfassenden Kreis der Gleichheit auszugehen ist. Verbindliche Schutzpflichten soll es selbst zugunsten von Personen geben können, die die Schweiz noch nie betreten haben; diese sind im Rahmen der Suche nach der (folgen-)optimalen und damit verhältnismässigen Lösung zu beachten. Dass solche Schutzpflichten nur begrenzt als Individualrechte justiziabel wären, ändert hieran nichts.[1917]

II Konfligierende Schutzgüter

In Art. 119a Abs. 1 BV heisst es, der Bund müsse im Rahmen der Gesetzgebung zur Organtransplantation für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit sorgen. Damit werden einige der betroffenen Grundrechte hervorgehoben. Es rechtfertigt sich, diesen Grundrechten (aus Respekt vor der darin ausgedrückten Einigung des Verfassungsgebers) besonders Beachtung zu schenken.

1. Leben, Unversehrtheit und Würde der Organempfänger

a. Leben, Lebensqualität und Freiheitsfähigkeit

Von der Regelung der postmortalen Organspende ist das Recht auf Leben und auf Gesundheit (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV) der Organempfänger betroffen.[1918] Die erstrebte Erhöhung der Spenderate dient dazu, diese Rechte

1915 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 7.
1916 Botschaft TPG, 133.
1917 Zur schwierigen Frage der Justiziabilität siehe vorne, Teil 2, B.IV.3.c.
1918 Vgl. BGE 123 I 112, E. 8; Art. 119a Abs. 1 BV.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

besser zu schützen. Das Versäumnis, eine mögliche Erhöhung zu bewirken, wäre dagegen eine dem Staat zurechenbare Einschränkung dieser Grundrechte; sie müsste, um zulässig zu sein, überwiegenden Interessen dienen.

Dass eine relevante Erhöhung der Spenderate durch den Systemwechsel möglich wäre, lässt sich bereits alleine aufgrund der Statistiken vermuten. Die Schweiz weist eine im Vergleich zum europäischen Ausland sehr tiefe Spenderate auf.[1919] So erreicht zum Beispiel Frankreich, ein Staat, der bezüglich Variablen wie die Mortalitätsrate bei Schlaganfällen und Strassenverkehrsunfällen ein ähnliches Profil wie die Schweiz aufweist, wo aber die Widerspruchslösung gilt, deutlich höhere Spenderaten.[1920] Es ist daher anzunehmen, dass durch die Einführung der Widerspruchslösung mehr Leben gerettet werden könnten.

Eine Massnahme, welche zur erhöhten Spenderate führte, wäre dabei in zweierlei Hinsicht besonders lebensdienlich:[1921] Erstens kann ein Organspender mit seinen Organen bis zu sieben Menschen das Leben retten; wenn Lunge oder Leber zur Transplantation aufgeteilt werden, können gar bis zu neun Menschen von einem Spender Organe erhalten. Zweitens geht es nicht nur ums „nackte Überleben" der Organempfänger: Die Spende verbessert zudem die Lebensqualität und stärkt die Fähigkeit zur freien Lebensgestaltung, sodass selbst dort ein erhebliches Mehr an Grundrechtsverwirklichung resultierte, wo das Leben nicht akut gefährdet wäre. Oftmals werden zahlreiche Freizeit- und berufliche Aktivitäten durch die Spende überhaupt erst wieder möglich.

b. Menschenwürde der Patienten auf der Warteliste?

Ein Wechsel zum Widerspruchssystem führte zu besseren Überlebenschancen aller Patienten, die auf Organe warten. Damit geht oft auch eine bessere Chance auf ein würdiges Dasein und die aktive Partizipation am gesellschaftlichen Leben einher. Daher könnte die Menschenwürde der auf der Warteliste eingetragenen Patienten durch die geltende Zustimmungslösung betroffen und womöglich gar eingeschränkt sein.

1919 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; Heimann, Zustimmungsmodell, 318; vgl. bereits Botschaft TPG, 69.

1920 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 6 m.H.

1921 Vgl. Swisstransplant, FAQ, auf <www.swisstransplant.org/de/faq/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2017), auch zum Nachfolgenden.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Würderelevant dürfte vor allem die Verkürzung der Wartezeit sein, die mit einer Erhöhung der Spenderate einherginge. Die Wartezeit für Personen, die am Ende immerhin ein Organ erhalten (vergeblich Wartende also ausgeblendet), betrug für Herztransplantationen im Jahr 2015 knapp ein Jahr im Durchschnitt; wer im Jahr 2015 eine Niere erhielt, musste hierauf im Schnitt gar 1109 Tage bangend warten – wobei auch der Anstieg im Vergleich zum Jahr 2011 („erst" 692 Tage) Anlass zu Sorgen gibt. Weil im Schnitt jährlich etwa 70 auf der Warteliste eingetragene Personen mangels verfügbarer Organe sterben[1922], ist das Warten auf ein Organ für die Betroffenen oft mit beklemmender Unsicherheit verbunden. Diese dürften es nicht selten als unerträglich empfinden.[1923] Damit stellt sich die Frage, ob die Weigerung des Gesetzgebers, den Grundsatz der vermuteten Zustimmung zur postmortalen Organspende einzuführen, nicht gar eine unmenschliche Haltung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 BV (vgl. Art. 12 BV) sein könnte.

2. Selbstbestimmung und Menschenwürde der Organspender

a. Selbstbestimmung der postmortalen Organspender

Die Widerspruchs- und die Zustimmungslösung eint, dass beide vom Recht des Menschen ausgehen, lebzeitig selbst zu entscheiden, ob seinem Körper nach dem Tod Organe entnommen werden dürfen.

Die Frage nach der Selbstbestimmung betrifft somit naturgemäss weniger das *ob* dieser Selbstbestimmung als vielmehr das *wie*.[1924] Da die beiden Ansätze sich in Bezug auf die Modalität der Zustimmungsäusserung unterscheiden, ist zu fragen, ob Art. 10 Abs. 2 BV Schutz vor der Selbstbestimmungsmodalität gewährleisten soll, den die Widerspruchslösung vorsieht. In Worten ihrer Kritiker: Gewährt die persönliche Freiheit der spendeun-

1922 Swisstransplant, JB 2017, 38; vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2; siehe auch Swisstransplant Magazin Nr. 25, 7.

1923 Votum Hess, AB 2015 N 140: „Sicher immer noch unbestritten ist, dass die Situation für Personen, die auf ein Organ warten, als unerträglich bezeichnet werden muss und dass die Anzahl der Spenden heraufgesetzt werden sollte."

1924 Vgl. Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 6: „Niemand, der seine Organe nicht spenden möchte, würde mit der vermuteten Zustimmung dazu gezwungen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

willigen Person ein Recht, die Organentnahme nicht „abwehren“[1925] (d.h. explizit ablehnen) zu müssen?

In der Botschaft zur Einführung des Transplantationsgesetzes ging der Bundesrat von einem fast absoluten Gewicht der freien Selbstbestimmung über den eigenen Leichnam aus, die im Ergebnis ein „Recht“, die Spende nicht aktiv ablehnen zu müssen, wohl enthielt.[1926] Es ist jedoch zu bezweifeln, ob ein Recht bestehen kann, sein Nein zur postmortalen Organspende schweigend zu äussern. Selbst wenn es das Recht geben sollte. Die mit der Widerspruchslösung einhergehende Obliegenheit, die Ablehnung der Spende explizit festhalten zu lassen, trifft nur die Modalität der Freiheitsausübung und damit nicht mehr als die Peripherie der persönlichen Freiheit. Zum Vergleich ist zu beachten, dass derzeit spendewillige Personen diesen Aufwand der expliziten Willensäusserung leisten müssen, wenn sie sichergehen wollen, dass im Todesfall mit den Organen ihres Leichnams so verfahren wird, wie sie es wollen; auch diese Obliegenheit wurde (zu Recht) nie als schwere Einschränkung der persönlichen Freiheit eingestuft.[1927]

b. Menschenwürde der postmortalen Organspender

Neben der höchstens peripheren Betroffenheit des Selbstbestimmungsrechts der potenziellen Organspender fragt sich, ob der erwogene Systemwechsel allenfalls die Menschenwürde der Organspender einzuschränken droht.

Schutz- und Abwehransprüche der verstorbenen Person, die als Organspender infrage steht, setzen voraus, dass Grundrechte über den Tod ihres Trägers hinaus nachwirken können. Weil ein Toter nicht rechtsfähig ist (Art. 31 Abs. 1 ZGB), hat er zwar kein subjektives Recht auf Persönlichkeitsschutz, das Dritte dann an seiner Stelle und in seinem Namen wahr-

---

1925 Votum Diener, AB 2013 S 994: „Es ist ein riesiger Unterschied, ob ich der Organentnahme freiwillig [zustimme] […] oder ob ich die Entnahme *abwehren* muss, weil rundherum alle schon auf mein Organ warten“ (Hervorhebung ergänzt); vgl. Botsch. TPG (2001), 77, mit der gleichen Unterstellung, wonach der Einzelne sich bei der Widerspruchslösung „mit einer besonderen Erklärung *dagegen wehren* [müsste]“, dass ihm nach dem Tod Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden (Hervorhebung ergänzt).

1926 Vgl. Botsch TPG, 35.

1927 Uffer, Mobilität, 33–34.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nehmen könnten.[1928] Zu Recht bejaht das Bundesgericht dagegen „in bestimmten Bereichen Wirkungen des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus“[1929]; diese Nachwirkungen betreffen den Respekt des lebzeitig ausgeübten Selbstbestimmungsrechts (Art. 10 Abs. 2 BV), etwa in Bezug auf eine vom Verstorbenen gewählte Bestattungsmodalität; die Nachwirkung dieses Selbstbestimmungsrechts kann mit anderen Grundrechten kollidieren.[1930] Auch die Menschenwürde ist, gerade im Kontext des Umgangs mit dem Leichnam, einer solchen Nachwirkung fähig.[1931] Obwohl Verstorbene nicht mehr (subjektivrechtlich) grundrechtsfähig sind[1932], spricht nichts gegen die Nachwirkung bestimmter Aspekte des Selbstbestimmungsrechts und der Menschenwürde über den Tod hinaus. Das ist auch folgenethisch begründbar: Der Wert der Achtung des letzten Willens sowie des Respekts diverser Sitten in Bezug auf den gebotenen Umgang mit dem Leichnam sind im gesellschaftlichen Bewusstsein tief verankert, was sich etwa an den Assoziationen zeigt, die Worte wie „Pietät“ oder (als krasse Form des Mangels hieran) „Schändung“ erwecken. Hätten Menschen das Gefühl, der Staat erlaube es sich, sich ohne Rücksicht auf den Willen der Verstorbenen und der Angehörigen pietätslos am toten Körper zu bedienen, beschädigte dies das Staats-Bürger-Verhältnis und hätte wohl negative Auswirkungen nicht nur auf die (Nachwirkung der) Grundrechte der Verstorbenen, sondern vor allem auch auf den Genuss der Grundrechte durch die Grundrechtsträger selbst, die sich in ihrer Freiheit bedroht sähen, diese für sie wesentlichen Dispositionen betreffend ihren Leichnam zu treffen.

Kurz: Eine gewisse Würderelevanz liegt bei Fragen betreffend den respektvollen Umgang mit dem Leichnam auf der Hand. Aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde (und der Zurückhaltung, die diese gebietet) bedeutet dies aber nur, die Würde könne berührt sein. Es ist nicht anzunehmen, sie sei bereits eingeschränkt, wenn die Ausübung der Selbstbestimmung an eine gewisse Form (z.B. der Eintragung des Widerspruchs zur Organspende in ein Register) gebunden ist. Die Hypothese einer Verletzung der Menschenwürde durch die Widerspruchslösung wäre wohl nicht viel mehr als einen flüchtigen Gedanken wert, wenn nicht die im Kontext des Gesetzgebungsverfahrens konsultierte NEK suggerierte, die

---

1928 BGE 129 I 302 E. 1.2, 306 ff.

1929 BGE 129 I 302 E. 1.2.3, 309.

1930 BGE 129 I 173 E. 4: „Das Selbstbestimmungsrecht, zu Lebzeiten über seinen toten Körper zu verfügen und die Modalitäten seiner Bestattung festzulegen, zeitigt Wirkungen über den Tod hinaus.“; vgl. BGE 127 I 115 E. 4a.

1931 Tschentscher/Lienhard, Grundriss, N. 232.

1932 Dazu vorne, Teil 2, B.I.3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Widerspruchslösung verletze womöglich die Menschenwürde. Laut NEK entscheide sich am Begriff der Menschenwürde, der strittig sei, ob es zwischen der Widerspruchslösung und der Menschenwürde einen Konflikt gebe; ohne Klärung des als entscheidend postulierten, eingeräumtermassen strittigen Begriffs der Menschenwürde folgerte die NEK, die Zustimmungslösung scheine ihr stärker als die Widerspruchslösung im Einklang mit der Menschenwürde zu stehen.[1933]

Diese Konklusion blieb aber ein völlig unbegründetes, daher etwas verwirrendes Postulat. Überraschen muss das Fehlen einer Begründung insofern nicht, als es schlicht keine Gründe gibt, auf die man das Verdikt der Würdewidrigkeit der Widerspruchslösung abstützen könnte: Keine irgendwie anerkannte Facette der Menschenwürde der Organspender ist durch die Widerspruchslösung auch nur am Rande bedroht, zumal die Selbstbestimmung in Bezug auf den Leichnam erhalten bleibt. Mangels einer Handlung gegen den Willen oder Widerstand der Betroffenen und damit einer Instrumentalisierung ist auch die Objektformel nicht einschlägig, die sonst der Begründung umfassender Interventionsverbote aus der Menschenwürde oft dienlich ist: Niemand wird in seiner Selbstachtungsfähigkeit verletzt oder als Objekt behandelt; es werden nur Modalitäten der Ausübung einer freien Wahl festgelegt, wie dies im Recht an vielen Orten der Fall ist. Ob eine Art Recht auf bestimmte Modalitäten der Freiheitsausübung überhaupt die Schwelle erreicht, ab der von elementarer Persönlichkeitsentfaltung die Rede sein müsste – und damit von einem Interesse, das im Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV liegen kann[1934] –, ist zumindest fraglich. Die Menschenwürde des Art. 7 BV will noch Wesentlicheres (und damit weniger) schützen als die persönliche Freiheit; obwohl sie bei Fragen nach dem Umgang mit dem Leichnam thematisch berührt ist, ist auszuschliessen, dass die Widerspruchslösung durch die blosse Einführung des Prinzips der vermuteten Zustimmung (mit der Obliegenheit zum aktiven Widerspruch) die Menschenwürde einschränken soll.[1935] Die kasuistisch definierten Aspekte der Menschenwürde (so etwa

---

1933 NEK, Widerspruchslösung, 7–8; vgl. Votum Lohr, AB 2015 N 136.

1934 Vgl. zu diesem Schutzbereich: BGE 111 Ia 231 E. 3a, 233: „[La liberté personnelle] recouvre […] les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine."; Botsch. zur VI „Recht auf Leben", 15.

1935 Für die Geringfügigkeit von Eingriffen in reine Modalitäten des Grundrechtsgenusses illustrativ etwa das Bundesgericht im Wegweisungsentscheid, BGE 132 I 49 E. 7.2, 64: „Solches [mit erheblichem Alkoholkonsum gekoppelte] Zusammenfinden in einer Gruppe im Bahnhofareal stellt indes, auch unter

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Verbot herabsetzenden Verhaltens[1936]) sind vom Wechsel zur Widerspruchslösung ebenfalls evident in keiner Weise betroffen: Es ist sicher nicht herabsetzend, jemandem zuzutrauen, seinen Willen auf einfache Art aktiv kundzutun.

3. Weitere Interessen

Bereits obige Ausführungen legen den Schluss nahe: Die Widerspruchslösung ist dadurch, dass sie aus allgemeiner Sicht niemandem zum Nachteil gereicht, dem sie nicht (anders als die Zustimmungslösung) zugleich nützlich sein könnte, eine prima facie ethisch einwandfreie Lösung.[1937] Eine Reihe weiterer Interessen fallen jedoch zusätzlich ins Gewicht:

a. Schutz der Spender ausländischer (Schwarz-)Organmärkte

Organspender, deren Organe auf Märkten im Ausland angeboten werden, sind in ihrer körperlichen Integrität und Selbstbestimmung gefährdet. Die Schweiz ist ihnen gegenüber schutzverpflichtet, soweit sie schutzfähig ist und durch eigenes Wirken oder die eigene Gesetzeslage zur Gefahr beiträgt.

Berücksichtigung der Menschenwürde, kein für die Versammlungsfreiheit und die persönliche Freiheit grundlegendes Element dar. Der Grundrechtseingriff ist […] von geringer Tragweite."

1936 Vgl. Botsch. VE 1996, BBl 1997 I 1, 139; BGE 140 I 125 E. 3.6, betr. beschwerliche Haftbedingungen; BGE 139 I 292 E. 8.2, 303, für Formen der Diskriminierung, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen sind; BGE 140 IV 67 E. 2.1, 68, betr. die zu schützende Würde des Einzelnen „in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion" durch Art. 261bis Abs. 4 StGB; vgl. ebd., E. 2.5.1, 73: „Eine Herabsetzung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise […] ist zu bejahen, wenn der Angegriffene als Mensch zweiter Klasse behandelt wird". Siehe für Beispiele aus der in dieser Sache wegbereitenden deutschen Praxis zur Menschenwürde: BVerfGE 5, 85 (205 f.), betr. Situationen der Ausnutzung unter Privaten; BVerfGE 6, 32 (40); BVerfGE 7, 198 (206 f.); vgl. BVerfGE 45, 187 (245) mit einem menschenwürdebasierten Recht auf Hoffnung im Fall der lebenslänglichen Freiheitsstrafe; für eine Übersicht: Sandkühler, Menschenwürde, 64–68; vgl. Teifke, Menschenwürde, 15.

1937 Dies i.S. einer Gerechtigkeitsdefinition bei: Montesquieu, Pensées, N. 174, 187: „injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile".

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ein solcher Zusammenhang dürfte bestehen: Ein Mangel an postmortaler Organspenden im Inland schafft eine Organnachfrage, die auf legalem Weg nicht befriedigt werden kann. Da allerhöchste individuelle Güter auf dem Spiel stehen, ist der Patient auf der Warteliste bei geringen Rettungsaussichten eher bereit, auf den Schwarzmarkt auszuweichen. Damit ist der Organmangel in wohlhabenden Staaten wie der Schweiz indirekt womöglich mitursächlich für den Erfolg ausser- und illegaler Organmärkte weltweit.[1938] Trägt die Transplantationsgesetzgebung zum Erstarken internationaler Organ-Schwarzmärkte und des „Tourismus" in die Absatzorte solcher Märkte bei, dann sind diverse Grundrechte gefährdet, allen voran die körperliche Unversehrtheit und die Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) jener Menschen, deren Organe die Angebotsseite dieser Märkte sichern.

Dass die altruistische Lebendspende zugunsten einer unbekannten Person zwar zulässig ist, aber (abgesehen von der zuletzt dem Wohl der eigenen Angehörigen indirekt dienenden Lebendspende „übers Kreuz") schlicht nie vorkommt, lässt erahnen, dass zur Lebendspende auf Schwarzmärkten nur jemand schreiten wird, den die (i.d.R. wirtschaftliche) Not dazu drängt. Die Freiwilligkeit der Spende ist in diesem Rahmen nur bedingt möglich. Selbst bei freiwilligen Spenden droht es an der Qualität der Nachbetreuung zu fehlen, wie sie etwa bei der geregelten Lebendspende in der Schweiz zwingend gewährleistet werden muss.[1939]

Dieser Gesichtspunkt spricht tendenziell zugunsten jener Regelungsstrategie, die es ermöglicht, die Spenderate zu erhöhen. Denn je kürzer die Wartezeit bis zum Erhalt eines Organs und je geringer die Gefahr, vergeblich zu warten, desto eher wird der einzelne Organbedürftige die Wartezeit auf sich nehmen und sein Leben dem Gesundheitswesen anvertrauen. Je länger die Wartezeit und je grösser das Risiko, nicht rechtzeitig ein Organ zu erhalten, desto eher droht ein Ausweichen organbedürftiger Personen auf den internationalen Organ(schwarz)markt, wo Organe von wirtschaftlich stark benachteiligten Menschen erworben werden[1940]; ganz

---

1938 Vgl. Goodwin, Black Markets, 190: „The black market organ industry will continue to thrive until it is replaced with a viable alternative. To fill in the tremendous gap between organ demand and organ supply, alternative procurement models such as black markets will emerge. Not all the actors in those markets will necessarily be nefarious. Doctors will emerge as organ brokers to save their patients' lives".

1939 Cf. Marescotti, Le don, 287.

1940 Goodwin, Black Markets, 187 ff., Kaltenbrunner, Organtransplantation, 46 ff. m.H.; vgl. Uffer, Mobilität, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu schweigen von der Möglichkeit, dass dort auch Organe von Opfern von Gewaltverbrechen zu finden sind.[1941]

b. Selbstbestimmung bei der altruistischen Lebendspende

Auch die Interessen aller Personen, die sich in der Schweiz bei gegenwärtiger Ausgangslage eines Tages für oder gegen die „altruistische Lebendspende" entscheiden müssten, sind von der Regelung der Modalität der Zustimmung zur postmortalen Organspende berührt. Das liegt daran, dass eine der wichtigsten Ursachen der grossen Zahl an Lebendspenden die sehr geringe Zahl postmortaler Organspenden ist.[1942] Daher trüge die Einführung der Widerspruchslösung durch Erhöhung der Spenderate dazu bei, die Grundrechte von Personen zu schützen, die bei geltender Regelung (und hieraus resultierender tieferer Spenderate) in die schwierige Lage geraten würden, zur Rettung einer nahestehenden Person in die Lebendspende einwilligen zu müssen.

Dass Lebendspenden mit gewichtigen Grundrechtseinschränkungen einhergehen, zeigt ein kurzer Überblick zu dieser Problematik:

In der Schweiz ist die (zwingend unentgeltliche) Lebendspende erlaubt. Spender sind meistens nahe Angehörige der organbedürftigen Person. Die Lebendspende ist in der Schweiz stark verbreitet. Seit 2006 kommt es in fast jedem Jahr (ausser 2015) zu mehr Transplantationen lebendgespendeter Nieren als zu solchen einer postmortal entnommenen Niere.[1943] Im Vergleich zu anderen europäischen Staaten ist dies ein höchst ungewöhnliches Verhältnis. In Deutschland, wo die postmortale Organspende auch nicht ausgesprochen verbreitet ist, macht die Lebendspende im Schnitt nur etwa ein Fünftel aller Organspenden aus. Das ist ein „Erfolg"[1944] – und zugleich keiner. Die Risiken der Lebendspende sind beachtlich, während ihre Freiwilligkeit schwierig zu gewährleisten ist:

1941 Kaltenbrunner, Organtransplantation, 50 ff. m.H.

1942 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5: „Die wichtigsten Gründe für Erfolg und Zunahme [der Lebendspende] sind der Mangel an Leichennieren […] sowie das höhere Transplantat- und Patienten-Überleben von lebend-gespendeten Nieren"; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, passim.

1943 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, passim; vgl. Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 24: Im Jahr 2015 fanden sich 143 postmortale Spender 103 Lebendspendern gegenüber.

1944 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- Eine Lebendspende geht mit der Gefahr schwerer Gesundheitseinbussen einher. Selbst der Tod ist möglich, obschon sehr selten (die Mortalitätsrate infolge der Entnahme einer Niere wird bei 0,02 % angegeben; jene infolge der Entnahme eines Teils der Leber bei 0,4 %, in komplizierten Fällen gar bei bis zu 1 %).[1945]
- Obwohl es in der Schweiz bis heute noch nie zu *Todesfällen* und auch nicht zur eigenen *Dialysebedürftigkeit* des Lebendspenders einer Niere kam (dies wäre wohl das zweitschlimmste Szenario)[1946], wiegen die Folgen der Lebendspende schwer: Lebendspender müssen die wahrscheinlicheren Risiken anderweitiger Gesundheitsschäden und Einbussen an Lebensqualität in Kauf nehmen.[1947] Die Organentnahme geht mit den üblichen Risiken schwerer chirurgischer Eingriffe inklusive jener der notwendigen Anästhesie einher.[1948]
- Zu den Langzeit-Komplikationen, mit denen der Lebendspender rechnen muss, zählen die *Mikro-Albuminurie* (also der ungenügenden Albumin-Ausscheidung durch den Urin, mithin ein Risikofaktor für Herzinfarkte, Nierenerkrankungen und Schlaganfälle[1949]) und *Narbenhernien* in der Bauchwand, wozu es durch das Auseinanderdriften der Schnittränder von der Bauchoperation kommt.[1950]
- Auch persistierende *Narbenschmerzen*, anhaltende *Depression und Müdigkeit* sowie ein *chronisch erhöhter Blutdruck* als Folgen der Spende sind möglich.[1951]

Es versteht sich, dass die Inkaufnahme solch schwerer Einschränkungen der körperlichen Unversehrtheit nur dann ethisch unbedenklich ist, wenn die Lebendspender frei von direkten und indirekten Zwängen sowie wohlaufgeklärt über ihre Spende entscheiden können. Ob dies sichergestellt

---

1945 Manaï, biomédicine, 466–467, m.H.
1946 Swisstransplant, Organ-Lebendspende, 5.
1947 Vgl. Marescotti, Le don, 285.
1948 Marescotti, Le don, 285.
1949 Vgl. der Eintrag im Gesundheitslexikon des Gesundheitsportals des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz Österreichs, auf: <www.ges undheit.gv.at/lexikon/m/mikroalbuminurie-hk> (zuletzt abgerufen am 2.8.2018).
1950 Siehe die Erläuterung des Universitätsspitals Basel auf: <www.unispital-basel.ch/das-universitaetsspital/bereiche/chirurgie/kliniken-und-abteilungen/allgemeine-chirurgie/abt eilungen/viszeralchirurgie/hernienzentrum-basel/narbenhernien/> (zuletzt abgerufen am 1.1.2018).
1951 Swisstransplant, News, Die Entwicklung der Organ-Lebendspende in der Schweiz, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden kann, ist fraglich.[1952] Die Lebendspende erfolgt nämlich meist durch Verwandte oder Lebenspartner[1953], also innerhalb von engen Kreisen der Gleichheit, unter nahen Angehörigen, wo starke Solidaritätserwartungen herrschen. Wer kann überhaupt „Nein" sagen, wenn die eigene Nierenspende der einzige Weg ist, den Tod eines geliebten Menschen zu verhindern? Würde man nicht von demjenigen, der als einziger möglicher Retter die Spende verweigert, sagen, er sei herzlos? Wohl hat der Lebendspender theoretisch das Recht, die Spende jederzeit abzulehnen. Aber ist dieses Recht effektiv? Dass die betroffene Person die Spende ihres Organs in dieser Situation wollen kann, steht hier nicht in Zweifel. Infrage steht aber die Freiheit dieses Wollens. Jenem, der die Spende ablehnt, drohen zumindest starke Schuldgefühle.[1954] Nebst dem Gewissensdruck besteht auch ein äusserer, sozialer Druck, der das Gefühl schüren kann, nicht wirklich frei zu sein, sondern spenden zu müssen, weil man sich sonst des eigenen Anrechts auf Liebe und nötigenfalls Hilfe verlustig sähe. Im Vergleich: Abseits von Organtransplantationen gilt als feige und der Liebe nicht würdig, wer nicht bereit ist, eine nicht-tödliche eigene Körperverletzung in Kauf zu nehmen, um ein nahestehendes Leben zu retten (man stelle sich einen Mann vor, der nicht einschritte, wenn seine Frau von einem anderen zusammengeschlagen würde). Wer urteilsfähig ist und die Spende ablehnen will, wird mit anderen Worten wissen, dass er durch seine Ablehnung vieles von seinem eigenen (sozialen) Leben aufs Spiel setzen würde; und er wird vielleicht schon das Sicheingestehen seines Widerwillens als Verstoss gegen die ihm obliegenden sozialen Loyalitätspflichten empfinden.

Dass solche Sorgen nicht unberechtigt wären, sei an zwei Fragen illustriert: Wer würde, nach Ablehnung der rettenden Lebendspende, den Mut aufbringen, sich an der Beerdigung der deswegen verstorbenen Person zu zeigen? Mit welchem Gefühl würde man vielleicht gar die Erbschaft antreten und in den Genuss von Rechten oder Gütern kommen, welche die verstorbene Person selbst gerne noch länger genossen hätte? Wer die Lebendspende ablehnt, der unterzeichnet sein soziales Todesurteil. Zumindest ist dies das Bild, das ein sensibler und geselliger Mensch diesbezüglich haben

---

1952 Vgl. Kaltenbrunner, Organtransplantation, 47.

1953 Marescotti, Le don, 285; Manaï, biomédicine, 465–466; vgl. Swisstransplant, News, Lebendspende, 6, wonach seit Einführung der Lebendspende praktisch keine ungerichteten Lebendspenden von Organen (an Unbekannt) stattgefunden hätten.

1954 Vgl. Manaï, biomédicine, 466; Marescotti, Le don, 287 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dürfte – ganz besonders, wenn er als potenzieller Lebendspender nicht an ein Leben nach dem Tod glaubt und damit der Meinung ist, eine nahestehende Person verliere alles, was sie jemals hat und haben wird, nur weil man nicht bereit ist, selbst etwas aufzugeben. Ob jemand mit normalen sozialen Bedürfnissen vor diesem Hintergrund faktisch überhaupt fähig wäre, die Spende abzulehnen, ist fraglich. Folglich kann nur von einer sehr begrenzten Freiheit ausgegangen werden.

Trotzdem ist der Lebendspender, der seine Situation als unerträglich erlebt, aber gleichzeitig für sich keinen anderen Entscheid als jenen zur Spende als zulässig erachtet, nicht etwa innerlich gegen die Lebendspende. Er ist vielmehr gegen die Situation, die dazu führt, dass er wirklich spenden will und dazu auch rationale Gründe hat (wobei auch die Angst vor dem eigenen Gewissen oder dem Verlust an Respekt im sozialen Umfeld rationale Gründe sein mögen). Die vorliegende kritische Betrachtung der Lebendspende ist daher nicht als Argument gegen ihre Zulässigkeit überhaupt zu verstehen. Aus folgenethischer Sicht ist sie zumindest in einer Hinsicht das kleinere Übel: Sie ist ein Mittel, per Einschränkung der körperlichen Integrität Leben zu retten; wenn Lebendspender gut betreut werden, bestens aufgeklärt sind und sich authentisch und zumindest insoweit frei für die Spende entscheiden, kann die Zulassung der Lebendspende dazu beitragen, die Grundrechte optimal zu schonen.

Entscheidend ist nun aber der Vergleich mit der oft bemühten Einschränkung der Selbstbestimmung, die mit der Widerspruchslösung einhergehe: Man wird kaum bestreiten können, dass die Selbstbestimmung des Lebendspenders im Rahmen der relativ unerwartet an ihn getragenen Frage, ob er eine Niere spenden (oder den Tod seines Nächsten in Kauf nehmen) wolle, stärker eingeschränkt ist, als es die Selbstbestimmung der die postmortale Spende ablehnenden Person dadurch wäre, die Ablehnung explizit äussern zu müssen. Weil die Widerspruchslösung die Spenderate merklich erhöhte, hätte der Verzicht auf ihre Einführung insoweit eine erhebliche Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit zur Folge, als es Lebendspenden öfters nötig machte.

c. Körperliche Integrität und Persönlichkeitsrechte?

Art. 10 Abs. 2 BV schützt nicht nur die Selbstbestimmung des Menschen, sondern auch deren körperliche Unversehrtheit. Ein Eingriff in die körperliche Integrität der Betroffenen steht bei der postmortalen Organspende allerdings nicht zur Rede. Er ist in Fragen betreffend den Umgang mit dem

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Leichnam neben dem Selbstbestimmungsrecht nicht von eigenständiger Bedeutung. Soweit der Eingriff in den Körper mit dem (hypothetischen) Entscheid übereinstimmt, den die verstorbene Person zu Lebzeiten formte, ist er selbstbestimmungskonform. Wie der Wille geäussert wurde, ist letztlich wenig relevant.

Selbst eine den lebzeitigen Willen des Toten missachtende Organentnahme ist nicht etwa (wie es bei Eingriffen ohne Einwilligung zu Lebzeiten i.d.R. der Fall wäre) unweigerlich auch ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Die Vorstellung, die Entnahme von Organen am Leichnam greife in die körperliche Unversehrtheit des Menschen ein, ist deswegen falsch, weil mit dem Tod auch die gesamte materielle Bedingung entfällt, vor deren Hintergrund der Begriff der Unversehrtheit erst Sinn ergibt: Einen grösseren Verlust an Unversehrtheit als (durch) den Tod kann man kaum erleiden. Von einem fortbestehenden, von der Selbstbestimmung zu Lebzeiten unabhängigen Interesse der leblosen Person an der körperlichen Integrität des Leichnams kann nicht die Rede sein. Selbst die Einäscherung des Verstorbenen, die ebenfalls bisweilen erfolgen kann, obwohl der Verstorbene sie nicht ausdrücklich wünschte, ist trotz der sehr umfassenden Reduktion des Körpers nicht etwa eine grössere Einschränkung der physischen Unversehrtheit als das schlichte Begraben des Leichnams.

Was einem Schutz der körperlichen Integrität des Leichnams im Effekt ähneln mag, sind gewisse Rechte der Angehörigen auf einen respektvollen Umgang mit dem Leichnam und auf die Möglichkeit, die Erinnerung an den Verstorbenen im Rahmen der Totenfürsorge nach eigener Vorstellung und Tradition angemessen pflegen zu können. Auch diese Rechte können in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV fallen, der „die emotionalen Bindungen der Angehörigen zu einem Verstorbenen" schützt und ihnen dabei auch die Möglichkeit gibt, sich gegen „ungerechtfertigte Eingriffe" in den toten Körper des Verstorbenen zur Wehr zu setzen.[1955] Man könnte diese Rechte ebenso am Recht auf Privatsphäre und auf das Privat- und Familienleben festmachen (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK). Diese Rechte dürften aber in der Regel hinter dem Recht des Lebenden auf Respekt seiner Entscheidung in Bezug auf den Umgang mit seinem Leichnam zurücktreten.[1956]

Zu beachten ist, dass die (freiwillige) postmortale Organentnahme nichts mit einem „Ausweiden" des Menschen zu tun hat. Sie ist eine

---

1955 BGE 129 I 173 E. 2.1, 177.
1956 Vgl. BGE 129 I 173 E. 4–5, 180 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

normale chirurgische Operation, die gemäss Swisstransplant das Aussehen des Verstorbenen nicht verändert, von der Operationsnarbe abgesehen. Nach der Entnahme wird der Leichnam der Familie in würdigem Zustand übergeben.[1957] Daraus folgt, dass nicht jede postmortale Organentnahme, gegenüber der regelmässig wenigstens ein Teil der Angehörigen aus persönlichen (z.B. religiösen) Gründen Unbehagen empfinden dürfte, per se die persönliche Freiheit dieser Angehörigen träfe; sie tut es nur, wenn konkret das Selbstbestimmungsrecht oder die Privatsphäre der Angehörigen durch die Operation eingeschränkt würde. Das dürfte in der Regel nicht der Fall sein.

d. Religions- und Gewissensfreiheit potenzieller Organspender?

Die Religions- und Gewissensfreiheit ist von einem Wechsel zur Widerspruchslösung tangiert, aber nicht zentral betroffen. Entscheidend ist hier, dass weder die Zustimmungslösung noch die Widerspruchslösung die Freiheit einschränken, sich für oder gegen die Spende zu entscheiden. Niemand muss spenden. Aber jeder darf spenden, dessen Organe zur Spende geeignet sind und der urteilsfähig genug ist, sich ein Bild von der Sache zu machen. Wer sich ein solches Bild machen kann, kann seinen entsprechenden Willen auch festhalten lassen – sei es aktiv oder passiv.

Es wäre falsch, von der Religionszugehörigkeit einer Person auf die Ablehnung der Spende zu schliessen. Vertreter der meisten grossen, in der Schweiz aktiven Religionen befürworten heute regelmässig Organtransplantationen.[1958] Soweit aber Mitglieder bestimmter anderer Religionen nahezu immer die Organspende ablehnen, kann die Religionszugehörigkeit ein für die Ärzte wesentliches Indiz auf den Willen verstorbener Personen liefern.

Das Problem des religiös motivierten Verzichts auf ein rettendes Organ (z.B. bei den Zeugen Jehovas) wird hier nicht näher besprochen. Zu solch einem Fall der paternalistischen Rettung[1959] nur so viel: Solange Organmangel herrscht und eine Person die sie rettende Organspende ablehnt, lässt sich kaum überzeugend sagen, man müsse sie trotzdem retten – unter Missachtung ihrer Selbstbestimmung und vor allem auf Kosten anderer Personen auf der Warteliste.

1957 Swisstransplant, FAQ.
1958 Swisstransplant, FAQ.
1959 Dazu vorne, Teil 4, A.I. und B.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III Kritik der Zustimmungslösung

1. Effektivität der Widerspruchslösung

a. Kritik der Ineffektivitätsthese des Bundesrates

Als der Bundesrat die Widerspruchslösung (wiederholt) ablehnte, war er sich der höheren Spenderate in Staaten, die sie kennen, zwar bewusst, doch wollte er darin nicht den Erfolg der Widerspruchslösung sehen.[1960] Die Annahme, dass ihre Einführung zu einer höheren Spenderate führen würde, tat der Bundesrat als blosse Spekulation ab.[1961] Er wies dabei auch auf die Spenderate in Kantonen vor Einführung der harmonisierten Regelung auf Bundesstufe; Kantone mit Widerspruchslösung hätten nicht nachweislich mehr postmortale Spenden erreicht. Dabei übersah der Bundesrat evidente Faktoren, die die damals geringe Wirksamkeit der Widerspruchslösung erklären; etwa der, dass „vor Inkrafttreten des nationalen Transplantationsgesetzes in vielen Kantonen personelle und finanzielle Ressourcen sowie Strukturen zur Förderung der Organspende gefehlt haben".[1962] Der Bundesrat wähnte sich zudem durch die vermeintliche Tatsache gestützt, wonach in einigen Staaten faktisch eine erweiterte Zustimmungslösung zur Anwendung käme, obwohl gesetzlich die Widerspruchslösung gelte.[1963]

Mit Blick auf Spanien hiess es etwa:

> „Die Widerspruchsregelung wird in der Praxis nicht angewendet [...]. Seit Einführung der *Organización Nacional de Trasplantes* […] treten speziell geschulte Koordinatorinnen und Koordinatoren mit der 'Bitte um eine Organspende' [...] an die Angehörigen heran, was faktisch

---

1960 Dazu und zum Nachfolgenden: Botsch. TPG (2001), 77 und 80; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356 ff.; vgl. Aktionsplan des Bundes, Mehr Organe für Transplantationen, 2013.

1961 Vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68: „Die *Widerspruchslösung* ist für eine Steigerung der Spenderate nicht ausschlaggebend."

1962 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 4.

1963 Botsch. TPG (2001), 77: Die Zustimmungsvermutung führe „theoretisch" dazu, dass „mehr Spendeorgane zur Verfügung stehen, was als Vorteil dieses Modells gewertet werden müsste. Da allerdings in den meisten Ländern, die diese Lösung im Gesetz verankert haben, in der Praxis die erweiterte Zustimmungslösung zur Anwendung kommt, gibt es für diese Annahme bisher keine Beweise."; BAG-Bericht vom 8. März 2013, (25-)35; Botsch. TPG-Revision (2013), 2356.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> der erweiterten *Zustimmungslösung* entspricht. Wenn diese der Organspende widersprechen, wird auf die Entnahme verzichtet [...]. Die Ablehnungsrate der Angehörigen beträgt in Spanien 18 %, […] in der Schweiz bei 42 % (2008)."[1964]

Die Behauptung, in Wirklichkeit werde in Spanien (das betreffend Spenderate europaweit jährlich an der Spitze steht[1965]) die Zustimmungslösung praktiziert, ist schlicht falsch. Die zitierte „Bitte um eine Organspende" ändert nichts an der gesetzlichen Vermutung, sondern ist einfach eine taktvolle Form der Gewährung der Widerspruchsgelegenheit an die Angehörigen. Wer erwartetermassen der Bitte entspricht, ordnet nicht etwa eine Spende an, die sonst nicht vorgesehen ist, sondern er unterlässt es, sich der ohnehin gesetzlich vorgesehenen und vermutungsweise vom Verstorbenen gebilligten Spende in den Weg zu stellen. Dies unterscheidet die spanische Lösung vom Schweizer Zustimmungsmodell (bei dem es gar als unzulässig gilt, staatlicherseits aktiv für die Zustimmung zur Organspende zu werben: aus Neutralitätsgründen[1966]). Erhellend ist vor allem, wie der Bundesrat das spanische Modell beschreibt: Nur wenn die Angehörigen der Organspende widersprechen, wird auf die Entnahme verzichtet. Das zeichnet gerade die erweiterte Widerspruchslösung aus.[1967] Demgegenüber stellt sich bei der geltenden Zustimmungslösung die Frage nach einem möglichen Widerspruch der Angehörigen kaum: Solch ein Widerspruch ist obsolet, weil die Ablehnung der Spende ohnehin bei fehlender gültiger Zustimmung zur postmortalen Spende vermutet wird, oder wirkungslos, weil die vom Verstorbenen gültig eingetragene Zustimmung dem Willen der Angehörigen vorgeht (vgl. Art. 8 Abs. 5 TPG).

Die am Beispiel Spaniens wenig überzeugend dargelegte Ineffektivitätsthese des Bundesrats leidet auch daran, dass nur der Systemunterschied (zusammen mit Begleitfaktoren) die in Spanien tiefe Ablehnungsrate der Angehörigen erklärt. Die These, der spanische Erfolg sei nicht durch die Widerspruchslösung bedingt, sondern nur auf Begleitfaktoren wie der besseren Schulung des spezialisierten Personals oder einer geeigneten Informationspolitik zurückzuführen, überzeugt nicht. Als das Bundesamt für Gesundheit (BAG) im März 2013 schrieb, nur organisatorische Massnah-

---

1964 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 31 und 68.
1965 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 59.
1966 Botsch. TPG (2001), 133; vgl. NEK, Widerspruchslösung, 11.
1967 Zu deren Definition siehe etwa: Botsch. TPG (2001), 75 ff.; vgl. BGE 123 I 112 E. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

men zeigten Wirkung[1968], fiel es wohl einem logischen Fehlschluss zum Opfer. Denn aus der empirisch fundierten Annahme, dass die gesetzliche Einführung der Widerspruchslösung (so in Spanien 1979) für sich alleine nicht zur Erhöhung der Spenderate führe, folgerte man, die viel höhere Spenderate in Staaten, die die Widerspruchslösung kennen[1969], sei im Grunde *nur* auf Begleit- und Ergänzungsmassnahmen zurückzuführen, die in diesen Staaten parallel oder nach der Widerspruchslösung ebenfalls umgesetzt worden waren (in Spanien Ende der 1980er-Jahre), etwa im Bereich der Ausbildung des medizinischen Personals, der Informationspolitik und der Koordination der Arbeit der Spitäler im Transplantationswesen.

Dass isolierte Massnahmen ohne geeignete Begleitmassnahmen nicht wirken, ist sicherlich in vielen Regelungsbereichen typisch. Wenn nun, wie im Fall Spaniens, erst später solche Begleitmassnahmen hinzukommen und dann eine Wirkung eintritt, lässt sich daraus nicht einfach folgern, die isolierte erste Massnahme (die Einführung der Widerspruchslösung) habe nichts zur erst später eingetretenen Gesamtwirkung beigetragen. Die Möglichkeit der komplementären Kausalität der späteren Massnahmen mit der Widerspruchslösung bleibt bestehen.

Was von Beginn an logisch fragwürdig war, ist nun auch durch den Test der Erfahrung durchgefallen: An der ungenügenden Schulung und Spezialisierung des medizinischen Personals oder an zu geringer Informationsarbeit allein kann die tiefe Spenderate in der Schweiz nicht gelegen haben, denn Massnahmen in diesem Bereich wurden am 8. März 2013 lanciert und sind nun seit gut fünf Jahren implementiert.[1970] Wenn es nur auf diese Begleitmassnahmen ankäme, hätten sich zweifellos in dieser Zeit erste Erfolge eingestellt; doch die Spenderate der Schweiz ist weiterhin eine der tiefsten europaweit.[1971] Aus diesem Grund hat Swisstransplant nun selbst den Gedanken geäussert, es könne sein, dass die Verbesserung der Begleitmassnahmen nur bei gleichzeitiger Einführung der Widerspruchslösung zum erwünschten Effekt führe, und die Einstellung, die Einführung der Widerspruchslösung führe nicht zur erhöhten Spenderate, als pessimistisch bezeichnet.[1972]

1968 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68 f.

1969 Für einen Überblick über die Spenderate nach Zustimmungsmodell siehe die Abbildung in: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 59.

1970 Aktionsplan des Bundes (2013) „Mehr Organe für Transplantationen"; vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 51 ff. und insb. 59 ff.

1971 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5.

1972 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 5–6; vgl. schon Votum Imoberdorf, AB 2013 S 996.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Es kann nicht nur sein, sondern ist mit grösster Wahrscheinlichkeit der Fall, dass die Widerspruchslösung ceteris paribus effektiver ist. Wäre die Widerspruchslösung nach ihrer Einführung nicht wirksamer als die Zustimmungslösung zuvor, bedeutete dies, dass die verlorenen Spenden der Zustimmungslösung auch nach dem Systemwechsel noch verloren wären. Dazu aber müssten all jene der Spende zustimmenden Personen, deren Organe bei der geltenden Zustimmungslösung im Todesfall nicht entnommen würden (mangels Spendeausweis und mangels Zustimmung der nahen Angehörigen), sich nach Einführung der Widerspruchslösung aktiv als Nichtspender eintragen lassen. Warum sollten sie sich umbesinnen und dies tun? Sie haben der Änderung ja zu verdanken, dass ihr Wille beachtet wird. Und dies selbst wenn sie es versäumten oder scheuten, ihn explizit auf einen Spendeausweis zu notieren (die Scheu mag daran liegen, dass man das Schicksal nicht versuchen will, indem man sich den eigenen Tod durch Ausfüllen eines solchen Ausweises denkt). Trotzdem hielt es das BAG für möglich, dass die Einführung der Widerspruchslösung zu einer tieferen Spenderate führen würde; Beleg hierfür sollte die versuchte Einführung der Widerspruchslösung im Jahr 1998 in Brasilien sein, die so viel Ablehnung auslöste, dass das Land zur Zustimmungslösung zurückgekehrt sei.[1973] Das Beispiel wirkt bemüht. Brasilien ist ein Staat, der sich kulturell sowie von den sozioökonomischen Rahmenbedingungen her stark von der Schweiz (und vom wohlhabenden Europa des EU- und EFTA-Raums) unterscheidet. Armut und Korruption sind verbreitet, während das Vertrauen in den Staat gering ist – und damit auch jenes ins staatliche Gesundheitswesen. Es ist schleierhaft, warum der dort abgebrochene Versuch einer Widerspruchslösung überhaupt für die hiesige Lage aussagekräftig sein sollte.

Nebst Bundesrat und BAG vertrat auch die NEK die Ineffektivitätsthese. So in ihrer Stellungnahme vom März 2012. Während die Mehrheit der NEK die Widerspruchslösung aus „grundsätzlichen ethischen Überlegungen ab[lehnte], weil sie die Persönlichkeitsrechte tangiere", meinte eine Minderheit, weil nicht nachgewiesen sei, dass die Widerspruchslösung zur Erhöhung der Spenderate führe, entfalle der Anlass zu einer Gesetzesänderung.[1974] Davon abgesehen, dass solche Aussagen befürchten lassen, in dieser Ethikkommission wirkten keine Konsequentialisten, ist das Argu-

1973 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 28, m.V.a. Silva u.a., The Impact of presumed consent on organ donation: an empirical analysis from quantile regression for longitudinal data, 2007.

1974 NEK, Widerspruchslösung, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ment in zweierlei Hinsicht problematisch: Denn erstens ist die Annahme, die Einführung der Widerspruchslösung ermögliche eine höhere Spenderate, auch mit Blick auf empirische Daten plausibel[1975], gerade weil es in vergleichbaren Staaten abgesehen vom Prinzip der vermuteten Zustimmung gegenüber jenem der vermuteten Ablehnung kaum Unterschiede zwischen den praktizierten Systemen gibt. Zweitens, selbst wenn es bis anhin am Nachweis der Effektivität der Widerspruchslösung wirklich fehlte, spräche dies für sich allein nicht bereits gegen eine Gesetzesänderung. Für eine solche kann nämlich auch die Tatsache sprechen, dass man es anders als mit der bisherigen, unbefriedigenden Lösung probieren muss: Während der Verbleib bei einer missglückten Lösung nahezu mit Sicherheit nicht zum gewollten Ergebnis führt, kann über Versuch und Irrtum versucht werden, die Regulierungsziele zu erreichen und dabei die Grundrechte optimal zu schonen.[1976]

b. Gründe für die niedrigere Rate der Ablehnung durch Angehörige im Falle der Widerspruchslösung

Ungefähr 56 % der Angehörigengespräche enden mit der Ablehnung der Spende. Das ist ein entscheidender Faktor der gegenwärtig tiefen Spenderate, zumal in den meisten Fällen, in denen die Zustimmung zur postmortalen Organspende erfolgt, diese von den Angehörigen übermittelt wird. Nur in etwa fünf Prozent aller Zustimmungsfälle kann die Organentnahme aufgrund der Willenserklärung auf dem Spendeausweis durchgeführt werden.[1977] Das kontrastiert stark mit der Gutheissung der Organspende durch die Mehrheit der Bevölkerung: 91 % der Bevölkerung haben eine mindestens eher positive Einstellung zur portmortalen Organspende, wovon 58 % gar eine klar positive Einstellung haben.[1978] Daraus folgt nun

1975 Für eine solche Studie: Aleberto Abadie/Sebastien Gay, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross country study, Journal of Health Economics 2006, 599 ff.; vgl. die überzeugende Würdigung empirischer Daten bei: Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3 ff.; siehe ferner Heimann, Zustimmungsmodell, 315; vgl. Uffer, Mobilität, 32–34, m.H.

1976 Für den Wert von Versuch und Irrtum im Kontext der Grundrechtsverwirklichung: Uffer, Margin of Appreciation.

1977 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 3.5.5, 19.

1978 Siehe zur Umfrage: <www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Swisstransplant/ Magazin/Swisstrans plant_Magazin_28.pdf> (zuletzt abgerufen

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zweierlei: Erstens ist angesichts der tiefen effektiven Spenderate von einer erheblichen Zahl spendegewillter Personen auszugehen, die im Todesfall nicht rechtzeitig als solche identifiziert werden können.[1979] Zweitens lehnen die bei Fehlen einer auffindbaren Zustimmung konsultierten Angehörigen eine Spende offensichtlich zu oft ab, sei es aus nicht sachgerechten Gründen oder aufgrund unzutreffender Annahmen betreffend die Haltung des Verstorbenen.

Die entscheidende Frage ist somit die, ob es plausible Gründe gibt, derentwegen die erweiterte Widerspruchslösung zu einer tieferen Ablehnungsrate führe. Dies ist der Fall: Die Widerspruchslösung drückt mit der Zustimmungsvermutung nicht nur rechtlich eine bindende Vermutung aus, sondern suggeriert damit auch in einem weiteren Sinne eine gewisse „Norm". Eine befürwortende Haltung zur postmortalen Organspende würde dadurch im Gesetz zu etwas Normalem erklärt. Dies könnte die konkurrierende und falsche Vorstellung etwas zurückdrängen, dergemäss der Wille zur postmortalen Spende nicht normal, üblich und absolut verbreitet sei. Die Ablehnungen durch Angehörige würden wohl zurückgehen, gingen diese zunehmend von einer solchen (tatsächlich auch gegebenen) Realität aus. Sie hätten keinen Anlass mehr, im Zweifelsfall die Spende abzulehnen, weil die Statistik gerade nahelegt, die Regel sei die (innere) Zustimmung.

Auch lässt sich der Wille der Verstorbenen, die für eine Organtransplantation infrage kämen, wohl oft aus Gründen nicht ermitteln, die von der Befürwortung oder Ablehnung der Organspende völlig unabhängig sind.

---

am 2.8.2018); Ähnliches geht aus einer nicht-repräsentativen Umfrage von 20 Minuten hervor, über die Viktoria Weber berichtet in: 20 Minuten (online), 16.1.2013, „Jeder sollte automatisch Organspender sein", auf <www.20min.ch/community/stories/story/Jeder-sollte-automatisch-Organspender-sein-31420669?httpredirect> (zuletzt abgerufen am 25.8.2018). Treffend daher anlässlich der ständerätlichen Transplantationsdebatte im Jahr 2013 Jenny, in Votum ders., AB 2013 S 996: „Es wurde verschiedentlich gesagt, es sei dann noch lange nicht sicher, dass mehr gespendet würde. Doch, das ist ganz sicher. Die meisten, die Sie fragen, werden sagen, dass sie selbstverständlich spenden würden, sich aber noch nie damit befasst hätten und sich auch nicht veranlasst fühlten, einen Organspendeausweis auf sich zu tragen. Das ist doch die Realität."

1979 Balthasar/Müller, Auswertungen ausgewählter Daten der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2007 zum Bereich Transplantation – Bericht im Auftrag des BAG, Luzern 2009, auf: <www.bag.admin.ch/evaluation/01759/03053/10919/> (zuletzt abgerufen am 1.8.2018); Weiss/Shaw/Schober/Abati/Immer (Comité National du Don d'Organes), Attitudes towards organ donation and relation to wish to donate posthumously, in: Swiss Med Weekly, 2017, 147; Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

So ist der klassische Spendeausweis im entscheidenden Zeitpunkt oft nicht aufzufinden: Opfer eines Strassenverkehrs-, Sportunfalls oder Hirnschlags denken als Opfer unerwarteter Ereignisse kaum jeden Tag im Hinblick auf den möglichen Unfall daran, ihren Spendeausweis pflichtbewusst vor dem Verlassen des Hauses in die Brieftasche oder in die enge Sporthose zu stecken.[1980] Noch weniger wird jemand, der die postmortale Spende gutheisst, aber mangels empfundener Dringlichkeit sich den Spendeausweis nie anschaffte oder ihn nie ausfüllte, am unangekündigten Tag des Todes die nötigen Vorkehrungen treffen. Von der geringen Anzahl an Personen, die im Todeszeitpunkt den ausgefüllten Spendeausweis bei sich tragen oder ihre Zustimmung zur Organentnahme anderweitig klar erkennbar geäussert haben, lässt sich nun aber nicht folgern, bei unbekannter Haltung des Verstorbenen zur postmortalen Organspende lehne dieser die Spende eher ab.

Deswegen sollte nicht über eine unpassende gesetzliche Vermutung signalisiert werden, die normale Haltung sei die Ablehnung der postmortalen Organspende. Diese erschwert es pflichtbewussten Angehörigen, die subsidiäre Zustimmung zu erteilen. Denn, so mögen sie sich fragen, wenn bereits der Gesetzgeber eine Vermutung der Zustimmung für problematisch hält, warum soll es sich dann schicken, wenn man es sich als Angehöriger einfach aufgrund gewisser Indizien anmasst, von der Spendebereitschaft des Verstorbenen auszugehen? Wenn das Gesetz umgekehrt die Zustimmung vermutete, würden sie sich indes eher fragen, ob es denn ethisch haltbar sei, auf Basis einer herbeispekulierten Ablehnung des Verstorbenen zu verhindern, dass Menschenleben gerettet werden. Man muss dabei auch bedenken, dass die geltende Vermutung der Spendeablehnung vor allem bei Uneinigkeit zwischen den Angehörigen die Position jener Angehörigen stärkt, die die Spende dezidiert ablehnen und sich gegen die Ansicht der anderen Angehörigen, seien diese auch in der Mehrheit, durchsetzen wollen. Ebendies soll Fachpersonen zufolge oft gelingen.[1981] Ein solches Durchsetzungsvermögen des Einzelnen, das von der inneren Haltung des Verstorbenen völlig unabhängig ist, ist sachwidrig.

1980 Vgl. BAG-Bericht vom 8. März 2013, 3.5.5: „In der Praxis kann die Zustimmung zur Organspende selten anhand einer Spendekarte ermittelt werden, weil sie in der Notfallsituation nicht vorliegt."

1981 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 3, m.H.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c. Effektivität und folgenethische Legitimität

Die Zustimmungsvermutung ist auch in abstrakter Hinsicht „normal" und daher als Grundannahme der Regelung der Organtransplantation normwürdig: Eine verbreitete Zustimmung zur postmortalen Organspende ist im potenziellen Interesse aller Menschen; auch jener, welche nicht zustimmen möchten. Nur die wenigen Menschen, die im Notfall eher stürben, als durch Transplantation eines fremden Organes gerettet zu werden, profitieren nicht vom System; aber sie sind auch nicht Opfer der höheren Spenderate, da nichts sie verpflichtet, zu spenden, und blosse Empörung ob der Existenz von Organtransplantationen, die sie selbst ablehnen, kein Schaden ist. Zudem kostet den Organspender die postmortale Gabe (anders als den Lebendspender sein ungleich grösseres Geschenk) nichts an Lebensqualität und Unversehrtheit.

Aus folgenethischer Hinsicht ist am Verhalten des Gesetzgebers, der generell die Zustimmung des Verstorbenen vorbehaltlich besonderer Umstände vermutet, nichts auszusetzen. Weil eine höhere Zahl an Zustimmungen und damit Spenden im potenziellen Interesse aller Menschen sind (sie ist nicht „défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile", mithin also nicht ungerecht im Sinne Montesquieus[1982]), bedeutet diese Vermutung der Zustimmung nur, man unterstelle dem Verstorbenen Rationalität.

d. Erleichterte Gespräche mit den Angehörigen

Die Vermutung der Zustimmung im Rahmen der Widerspruchslösung würde es überdies den Ärzten erleichtern, die Angehörigen zu kontaktieren und das Thema der postmortalen Organspende in einer nicht unnötig belastenden Weise zu besprechen. Die Angehörigen werden nicht unter Zeitdruck gebeten, etwas „herzugeben", das ihnen nicht gehört, oder in einem Kontext der Trauer und Sorge zu entscheiden, in dem sie sich nur begrenzt dazu fähig und befugt fühlen. Wenn der Verstorbene zeitlebens nie seinen Widerspruch äusserte, werden die Angehörigen im Zweifelsfall

1982 Siehe schon die Gerechtigkeitsdefinition bei Montesquieu, Pensées, N. 174, 187, in Bezug auf die Rechte freier Menschen an Sklaven: „[C]es droits si barbares et si odieux ne sont point nécessaires pour la conservation du genre humain; ils sont donc injustes" und ebd., in genereller Weise: „injuste [c'est] défavorable à un certain nombre de gens sans pouvoir leur être utile".

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit bestem Gewissen annehmen dürfen, dass mit der Organentnahme das geschieht, was der Verstorbene gewollt hätte und was angesichts des Rettungszwecks auch als ehrwürdig anzusehen ist.

e. Ungenügende Auswertung empirischer Studien

Die bessere Wirksamkeit der Widerspruchslösung hätten der Bundesrat und das Parlament spätestens vor fünf Jahren erkennen sollen, als das BAG im Auftrag des Bundesrats der Bundesversammlung einen Bericht mit empirischen Studien zu den Zustimmungsmodellen vorlegte.[1983] Ganze 16 der 21 untersuchten Studien führten zum Schluss, die Einführung der Widerspruchslösung führe an sich oder aber wohl kumuliert mit anderen Massnahmen zur höheren Spenderate. Zehn der Studien schrieben die Steigerung der Spenderate gar in erster Linie der Widerspruchslösung zu.[1984] Das BAG stellte dies fest, zog daraus aber kein (probabilistisches) Argument zugunsten der Widerspruchslösung. Stattdessen relativierte es die Aussagekraft der Studien, deren sorgfältige Auswahl es zuvor eben erst betont hatte.[1985] Den Ergebnissen der Studien entnahm das BAG nicht etwa nur die plausible Beobachtung, die Implementation der Widerspruchslösung erhöhe für sich alleine nicht ohne Weiteres die Anzahl verfügbarer Organe, wenn sie nicht mit weiteren zweckmässigen Massnahmen und einer Kombination verschiedener Faktoren einhergehe.[1986] Damit wurde immerhin eingeräumt, dass die Erhöhung der Spenderate *auch* auf die Widerspruchslösung zurückzuführen sei.[1987] Am Ende blieb das BAG aber bei der überholten Haltung des Bundesrates aus der Zeit der Botschaft zum neuen Transplantationsgesetz (2001) und schrieb: „Die oft gehörte Annah-

1983 BAG-Bericht vom 8. März 2013.
1984 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 25.
1985 Zur sorgfältigen Auswahl der Studien: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 10.
1986 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 27: „Zwar dürfte gemäss den vorliegenden Analysen die Widerspruchslösung einen Beitrag für höhere Spenderaten liefern. Es ist allerdings wissenschaftlich nicht belegt, dass die Widerspruchslösung alleine die Spenderate erhöht. Vielmehr weisen die Untersuchungen darauf hin, dass andere Faktoren, wie beispielsweise die Spendekoordination, die Ausbildung des medizinischen Personals oder die Information der Öffentlichkeit, diesbezüglich einen grösseren Einfluss haben."
1987 Ähnlich, in der parlamentarischen Debatte: Votum Bruderer Wyss, AB 2013 S 995.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

me, dass die *Widerspruchslösung* mehr Organe verfügbar macht, konnte nicht eindeutig durch Studien bestätigt werden"[1988].

Das BAG wählte somit einen methodisch im Grundsatz löblichen Ansatz aus. Es wertete zahlreiche quantitative und einige qualitative Studien zur Frage nach der geeigneten Zustimmungsmodalität zu postmortalen Organspenden aus. Der Schluss, die Widerspruchslösung sei alleine nicht zwingend wirksam, lässt sich plausibel der Mehrheit der Studien entnehmen. Das BAG unterlässt dann aber die wichtigste Folgefrage: Ob die Widerspruchslösung ceteris paribus zu einer höheren Spenderate als die Zustimmungslösung führt, also in einer Situation, in der beide Lösungen mit optimalen Begleitmassnahmen einhergehen. Beobachten lässt sich hierzu, dass nur fünf der 21 Studien im Ergebnis nicht zur Annahme eines effektiven Beitrags der Widerspruchslösung zur Erhöhung der Spenderate finden.[1989] Eine dieser fünf skeptischen Studien, Boyarsky et al. (2012), sieht die Effektivität der Widerspruchslösung dadurch widerlegt, dass in der Praxis die Zustimmung der Angehörigen nahezu immer eingeholt werde und es folglich auch in Staaten, die hohe Spenderaten erreichten, die echte Widerspruchslösung gar nicht gebe.[1990] Dem liegt ein gar enges Verständnis der Widerspruchslösung zugrunde, das überdies den Vorteil der gesetzlichen Vermutung der Zustimmung gänzlich ausblendet.[1991] Falls es zutreffend wäre, dass in erfolgreichen Staaten zum Teil nicht wirklich eine Widerspruchslösung, sondern faktisch eine Art Zustimmungslösung gilt, würde es überdies nicht die Effektivität der (wirklichen) Widerspruchslösung widerlegen, sondern nur zeigen, dass die sonst oft mit tiefen Spenderaten einhergehende Zustimmungslösung gelegentlich höhere Spenderaten nicht ausschliesst. Die zweite der fünf eher skeptischen Studien, Simillis (2010), schliesst die Effektivität der Widerspruchslösung nicht aus. Ihr zufolge könne die Widerspruchslösung eine positive Wirkung auf die Spenderate haben, doch sei ihre Einführung keine Garantie für eine Steigerung; auch drohten andere Faktoren, wie die polarisierende Debatte und die sinkende Akzeptanz der Organspende bei Einführung der Widerspruchslösung, den Gewinn zunichte zu machen.[1992] Vorne wurde aufgezeigt, warum dieses Argument nicht schlüssig ist: Viele Menschen

1988 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 22.
1989 Zu Einteilung der ausgewerteten Studien: BAG-Bericht vom 8. März 2013, 102 ff.
1990 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 104.
1991 Vgl. vorne, Teil 4, E.III.1.b.
1992 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 27 und 105.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

würden im Todesfall ihre Organe gespendet wissen wollen, haben aber nicht die nötigen Schritte unternommen, dies sicherzustellen.[1993] Dass diese Personen, die im Notfall wohl nicht als Spendebefürworter erkannt würden, den Systemwechsel guthiessen, liegt auf der Hand.[1994] Denn die Widerspruchslösung befreit sie nun gerade von der Obliegenheit, schon im frühen Alter eine Art „Testament" (den Spendeausweis) auszufüllen und diesen täglich mit sich herumzutragen; auch erübrigen sich schwierige Gespräche mit Angehörigen, die man als Befürworter der Spende sonst führen sollte, um sicherzustellen, dass im Notfall niemand aus abweichenden Gewissensgründen die Unterlassung der Spende erwirkt.

Es bleiben somit nur noch drei skeptische Studien, die auf Basis quantitativer Forschung an der Effektivität der Widerspruchslösung zweifeln. Zunächst fällt auf, dass die drei Studien vom gleichen Kreis Autoren stammen.[1995] Der Zusammenhang zwischen der Widerspruchslösung und der höheren Spenderate wird aber selbst in diesen Studien nicht widerlegt, sondern primär als nicht hinreichend belegt angesehen. In der jüngsten dieser Studien, Coppen/Friele (2009), lautete das entscheidende Argument, Staaten mit Widerspruchslösung fänden sich an beiden Enden der Spenderskala (höchste und tiefste Spenderate); daraus folgern die Autoren, dass die Zustimmungsmodalität nicht entscheidend ist und die Widerspruchslösung keine höheren Spenderaten sichert. Das ist auf den ersten Blick überzeugend, auf den zweiten Blick, den man auf die fraglichen Staaten und auf die Details der „Rangliste" der Staaten zu richten hat, nicht:

Die ersten drei Plätze der erfassbaren Staaten belegen gemäss BAG-Bericht, der auf dem Datenstand aus dem Jahr 2010 beruht, Spanien, Kroatien und Portugal. Sie weisen je eine Spenderate von über 30 Organspendern pro Million Einwohner (pmp) auf. In den „Top Ten" figurieren ferner Belgien, Frankreich, Österreich, Italien, Slowenien und Norwegen, jeweils mit der Widerspruchslösung und einer Spenderate von über 20 pmp. Zum Vergleich, die Schweiz hatte im Jahr 2010 eine Spenderate von etwa 12.5 pmp. Nur drei Staaten ohne Widerspruchslösung erzielten 2010 eine Spenderate von über 15: die USA (über 25), Grossbritannien (ca.

1993 Vorne, Teil 4, E.III.1.a.

1994 20 Minuten (online) vom 16.1.2013, Viktoria Weber, „Jeder sollte automatisch Organspender sein", auf <www.20min.ch/community/stories/story/Jeder-sollte-automatisch-Organspender-sein-31420669?httpredirect> (zuletzt abgerufen am 25.8.2018).

1995 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 104 f. (Studien von R. Coppe, R. D. Friele und S. K. Gevers).

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

17), Deutschland (ca. 16). Kurz: Neun der zehn Staaten mit der höchsten Spenderate kennen die Widerspruchslösung; schon alleine mit Blick auf dieses Verhältnis müsste gute Gründe haben, wer darin einen Zufall sehen will.

Und wie sieht es am unteren Ende der Rangliste aus? Bei den Staaten mit tiefster Spenderate befinden sich nicht nur einige mit Zustimmungslösung (etwa Japan, Paraguay, Mexiko), sondern auch Staaten, in denen die Widerspruchslösung im Gesetz vorgesehen ist; etwa Russland, die Türkei und Malaysia (mit einer Spenderate von jeweils unter 5 pmp).[1996] Coppen/Friele folgern hieraus, die Effektivität der Widerspruchslösung sei nicht erwiesen. Dabei tragen die Forscher m.E. anderen plausiblen Erklärungen für diese drei schwachen Beispiele kaum Beachtung. So ist m.E. anzunehmen, dass die sehr tiefe Spenderate in Russland, der Türkei und in Malaysia nicht Konsequenz der gesetzlichen Widerspruchslösung ist, sondern von Korruption, wirtschaftlicher Ungleichheit, mangelndem Rechtsstaat und weiteren Missständen, die sich auf die effektiven Bräuche im Gesundheitswesen auswirken. Weil in Russland, der Türkei und Malaysia die Ärztelöhne tief sind, sind die Ärzte mutmasslich auch eher geneigt und darauf angewiesen, sich nach weiteren Verdienstmöglichkeiten umzusehen. Zugleich können diese drei Staaten aufgrund ihrer geografischen Lage nicht nur reiche Patienten aus dem Inland anziehen, sondern auch Organtouristen aus dem wohlhabenden nahen Ausland (im Falle Malaysias etwa aus Singapur, im Falle Russlands und der Türkei aus diversen EU-Staaten). Bei Organbedürftigkeit dürften Patienten wohl bei Weitem nicht immer stoisch ihren eigenen Tod in Kauf nehmen, sondern bei gegebenen finanziellen Ressourcen Interesse an einem privilegierten Organzugang zeigen; der allgemeinen Lebenserfahrung nach finden sie einen ausserrechtlichen Zugang zur Genesung dann auch am ehesten dort, wo der Rechtsstaat schwach, die Löhne tief und Korruption verbreitet ist. Für alle involvierten Ärzte, Händler und Koordinationspersonen kann sich ein lukrativer Parallelmarkt entwickeln, dem in der Folge wohl auch ein Teil der aufgrund der Widerspruchslösung verfügbaren Leichenorgane beigesteuert werden (so wohl im Falle des Handels mit Organen aus dem Lefortovo Leichenschauhaus in Russland).[1997] Weil diese abgezweigten Organe nicht

1996 Siehe BAG-Bericht vom 8. März 2013, 28.

1997 Goodwin, Black Markets, 26; Kaltenbrunner, Organtransplantation, 51 f.; vgl. zum Lefortovo-Organhandel: <www.documentingreality.com/forum/f149/organ-trafficking-lefortovo-russia-10601/> (abgerufen am 1.2.2018; mit verstörendem Bildmaterial); ferner: <www.dailymail.co.uk/news/article-381

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

als transplantationsfähig deklariert werden, finden sie wohl kaum Eingang in die offizielle Statistik. Berichte von Organtourismus nach Russland, Singapur oder in die Türkei[1998] erhärten diese Erklärung der tiefen, jedoch vom Zustimmungsmodell völlig unabhängigen Spenderate.

Zusammengefasst: Die Existenz eines solchen parallelen Graumarktes in und aus Staaten, für die als Beispiel namentlich Russland steht, dürfte erklären, warum es dort nicht zu einer höheren offiziellen Spenderate kommt. Es ist nicht die einzige Erklärung, aber sie fällt ins Gewicht; auch weitere plausible Erklärungen für die tiefe Spenderate haben nichts mit der Zustimmungsmodalität zu tun (so etwa jene des fehlenden Vertrauens der Patienten in den Staat und damit in die Ärzte in staatlichen Spitälern[1999]). Im Kontrast mit dem ins Auge stechenden Erfolg der Widerspruchslösung in anderen Staaten (Stichwort: „Top Ten"), lässt sich kaum kohärent aus diesen anders erklärbaren Ausnahmefällen darauf schliessen, die bessere Wirksamkeit der Widerspruchslösung sei nicht erwiesen.

Es ist unverständlich, dass das BAG trotz der breit aufgestellten Auswertung der Studien sich am Ende der eher überraschenden Sichtweise einer Forschergruppe anschliesst und diese an Skepsis gar noch übertreffen will, mit der apodiktischen Aussage, die Widerspruchslösung stelle keine taugliche Massnahme dar, um die Anzahl verfügbarer Organe zu erhöhen.[2000] Das wirkt intuitionsapologetisch und wirft in Ermangelung anderer Erklärungen für dieses Resultat einer an sich seriös angelegten Studienauswertung den Schluss nahe, die Verantwortlichen des BAG hätten sich insgeheim das Auffinden von Gründen gegen die Widerspruchslösung schon zu Beginn der Studienauswertung erhofft. Da eine überwiegende Mehrheit der 21 Studien zum Schluss gelangt, die Widerspruchslösung könne zumindest zur höheren Spenderate beitragen, hätte das BAG bei resultatoffenem Vorgehen am Ende zumindest folgern sollen, die Wirksamkeit der Widerspruchslösung sei nach Auswertung der Studien zumindest als plausibel anzusehen.

5371/Glamorous-life-Russian-business man-accused-trafficking-HUMAN-ORGANS.html> (zuletzt abgerufen am 1.2.2018); siehe überdies: <www.africaresource.com/rasta/articles/its-a-hard-life-in-russia-human-organs-trafficking-prospers-amid-crisis-news-report/> (zuletzt abgerufen am 2.8.2018).

1998 Vgl. Hebborn, Grenzen eines Marktes, 75–76; Kaltenbrunner, Organtransplantation, 51–52.

1999 Vgl. allgemein zur hohen Bedeutung des Vertrauens der Bevölkerung in den Staat und in die Transplantationszentren: SAMW, Organtransplantationen, 2.

2000 BAG-Bericht vom 8. März 2013, 68.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Verletzte Persönlichkeitsrechte wegen „Äusserungspflicht“?

In der Botschaft des Bundesrates zum Transplantationsgesetz vom 12. September 2001 wurde argumentiert, es sei problematisch, wenn der Einzelne aufgrund der Widerspruchslösung zur Beschäftigung mit dem Tod gezwungen und ihm eine Äusserungspflicht auferlegt werde.[2001] Auch hielt der Bundesrat es für unhaltbar, dass der Mensch sich mit einer Erklärung gegen die Entnahme von Organen aus seinem Körper „wehren“ müsse.[2002] Die NEK erwog gar, im Falle der Einführung der Widerspruchslösung müsste man die Ausübung des Widerspruchsrechts an eine Äusserungspflicht knüpfen: damit Organe angesichts der „Zweideutigkeit des Schweigens“ nicht ohne Einwilligung entnommen würden.[2003] Doch diese Äusserungspflicht verletzte das Neutralitätsprinzip.[2004]

Diese Argumente sind zwar einfallsreich, aber schwach: *(i)* Ausgeblendet wird dabei nämlich, dass Freiheit immer auch Selbstverantwortung voraussetzt (siehe auch Art. 6 BV). Das Monieren einer Äusserungspflicht, also einer Pflicht, für seinen Willen einzustehen, kontrastiert sonderbar mit dem Argument der NEK, es liege „in der Verantwortung einer spendewilligen Person [...] dafür zu sorgen, dass ihr Wille bekannt ist und damit wirksam wird“. Diese Verantwortung zähle zum Kernbereich ihrer Persönlichkeit.[2005] Daher sei es unproblematisch, dass bei der Zustimmungslösung das Risiko der Missachtung des eigentlichen Willens einer spendewilligen Person bestehe. *(ii)* Zudem ist es ungenau, zu behaupten, die Widerspruchslösung zwinge zum aktiven Entscheid, weil man es auch den nahen Angehörigen überlassen kann.[2006] *(iii)* Es ist ausserdem inkohärent, wenn man, um die Betroffenen davor zu bewahren, sich mit dem eigenen Tod zu beschäftigen, einfach die ganze Last auf die Angehörigen abschiebt – wie dies bei der erweiterten Zustimmungslösung der Fall ist –, die dann im Zeitpunkt des Verlusts einer geliebten Person mit der Frage konfrontiert werden, ob sie der postmortalen Organspende zustimmen.[2007]

Selbst wenn man annähme, eine Pflicht zur Beschäftigung mit dem Tod und zur Äusserung der Einstellung zur Organspende verletze die Persönlichkeitsrechte, fliesst hieraus kein Argument gegen die Widerspruchslö-

---

2001 Botschaft TPG, 77; vgl. SAMW, Organtransplantationen, 2.
2002 Botschaft TPG, 77; vgl. NEK, Widerspruchslösung, 5 und 9.
2003 NEK, Widerspruchslösung, 5 und 9.
2004 NEK, Widerspruchslösung, 9.
2005 NEK, Widerspruchslösung, 8
2006 Votum Gutzwiler, AB 2013 S 991.
2007 Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sung. Denn auch bei der geltenden Zustimmungslösung muss jemand die beklagte Beschäftigungs- und Erklärungslast tragen.[2008] Die entsprechende Last trifft heute alle spendewilligen Personen, die in der Mehrheit sind. Was nun dem Spendebefürworter zuzumuten ist, ist es auch dem Spendeskeptiker.

3. Fehlen einer ausgeglichenen Folgenerwägung

a. Missachtete Sachverhalte

Konsequentialistische Ausführungen sind in den Botschaften zum Transplantationsgesetz und in den Ausführungen der NEK zur Widerspruchslösung äusserst selten. Weder in den Botschaften des Bundesrates zum Transplantationsgesetz noch in der Begründung der Empfehlungen der NEK finden sich Überlegungen zu den Wechselwirkungen zwischen der Organknappheit in wohlhabenden Staaten mit tiefer Spenderate (z.B. der Schweiz) und Zuständen auf jenen internationalen Organmärkten.[2009] Eine andere Argumentationslücke besteht in Bezug auf die Frage nach der Gefährdung der Grundrechte der Lebendspender im Kontext einer tiefen postmortalen Spenderate. Alleine schon aus diesen Gründen sind die Argumentation des Bundesrates und die Empfehlung der NEK in verfassungsrechtlicher Hinsicht zurückzuweisen.

b. Abschreckende Metaphern: „Ersatzteillager" und Kannibalen

Gegner der Widerspruchslösung verzichten nicht ganz auf Folgenerwägungen. In der parlamentarischen Debatte im Jahr 2015 suggerierte ein Vertreter der dann obsiegenden Verteidiger der Zustimmungslösung, ein Systemwechsel hin zur Widerspruchslösung öffne das Tor zur Nutzung des menschlichen Körpers als „Ersatzteillager für andere Menschen".[2010]

2008 Dies verkennen gar Befürworter der Widerspruchslösung: Favre, Swisstransplant-news Nr. 24, 11 f.; Heimann, Zustimmungsmodell, 314.

2009 Siehe aber BGE 123 I 112 E. 8b, wo das Bundesgericht im Entscheid zur Genfer Widerspruchslösung immerhin von der Inakzeptabilität des Organtourismus spricht.

2010 Votum Lohr, AB 2015 N 136: „Kann es sein, dass in einem falschgemeinten Verständnis [*Mitgefühl*] wir Menschen dann bereit sein müssen, als sogenannte Ersatzteillager für andere Menschen zur Verfügung zu stehen?"

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Metapher beschreibt die postmortale Organspende in einer Hinsicht faktisch treffend: Ein Organ wird zum Ersatz des nicht mehr funktionsfähigen Organs und damit wird die Funktionsfähigkeit (Leben) der „Maschine" (Mensch) gewahrt. Zugleich aber ruft die Metapher eher grauenhafte Assoziationen hervor, weil sie durch die Mensch-Industrieware-Parallele nahelegt, Menschen würden, statt dass man ihnen Todesruhe und Würde gewährte, wie industriell gebrauchte Ersatzteile regungslos herumliegen (je nach Lager Staub, Fäulnis und Insekten ausgeliefert). Wie in einem Leichenhaus, in welchem Tote (oder zu Tötende) lagern, einer auf dem anderen, und wo herausgeschnitten wird, was der Markt begehrt. Allein, diese Bilder haben nichts mit der Realität der Organtransplantationen zu tun.

Das Ersatzteillager-Argument illustriert, mit welchen Bandagen bisweilen gegen die Widerspruchslösung gekämpft wird. Es ist ein Dammbruchargument der sehr unglücklichen, irreführenden Sorte, weil mit einem Szenario argumentiert wird, das in zivilisierten Staaten absolut unwahrscheinlich ist, aber sehr schwer wöge, träte es ein, und schon in Gedanken verstört.

Ein weiteres pseudokonsequentialistisches Argument aus der parlamentarischen Debatte gegen die Widerspruchslösung: „Warum hat man auf den Körper und die Organe des Verstorbenen einen Anspruch? Was berechtigt die Gesellschaft, den Körper für sich zu vereinnahmen? Damit könnte man auch Kannibalismus verteidigen, wenn jemand am Verhungern ist. Wo ist dann da die Grenze?"[2011]

Auch das ist ein unangemessenes Dammbruchargument. Herbeigeredet wird hier die Unfähigkeit des Menschen, sich vernünftige, den vielen Nuancen der Werte im Leben angepasste (graduelle, verhältnismässige) Grenzen zu setzen und diese einzuhalten. Nur weil der Mensch angeblich – und dies nur im Notfall, wenn er etwa „am Verhungern ist" – unfähig sein soll, dem Abgleiten in alle denkbaren Extreme (z.B. Tötung und Verzehr eines anderen) zu widerstehen, muss man die Grenzen noch lange nicht so vorverlagern, dass fortan auch Dinge untersagt sind, die an sich mit den Zerrbildern und Drohszenarien nichts zu tun haben. Unklar ist auch, warum sich dieser angeblich unzuverlässige Mensch ausgerechnet an diese weniger wichtigen, weniger markanten Grenzen halten können soll.

2011 Votum Diener, AB 2013 S 994.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c. Fiktive Folgen: Seelengefährdungsargumente

Dass versucht wird, die postmortale Organspende als grauenhaft darzustellen, hat m.E. Gründe, die rational nicht erklärbar sind. Anlässlich der ständerätlichen Debatte zur Widerspruchslösung im Jahr 2013 wurde die Befürchtung geäussert, die Organentnahme im Todeszeitpunkt interferiere mit dem Schicksal der Seele: „Gemäss der christlichen Kultur haben wir nebst dem Körper auch eine Seele. [...] Könnte es sein, dass es bei einer Organentnahme oder bei den vorbereitenden Massnahmen diesbezüglich zu Störungen kommt?“[2012]

Die Offenlegung der religiösen Prämisse verdient Lob. Doch die Antwort lautet, das moderne Recht sei als Vernunftrecht von religiösen Überzeugungen, wie etwa von der Beseeltheit des Lebens, getrennt zu beurteilen.[2013] Zudem ist es reichlich spekulativ, von der Schädigung der Seele durch die Organentnahme auszugehen. Die These der Gefährdung der Seele durch die Organentnahme stimmt nicht mit den üblichen Seelenlehren überein: Wer dualistisch argumentiert (auf Basis der These, die Seele könne nach dem Tod des Körpers fortbestehen)[2014], der müsste annehmen, ein Eingriff in den Körper treffe nur den Körper und wirke sich nicht auf die Seele aus. Wer Seele und Körper nicht als getrennte Entitäten begreift, der müsste jede Einschränkung des Körpers als Gefährdung der Seele deuten. Er müsste vom Kratzer bis zur schweren Körperverletzung alle Einschränkungen des lebenden Körpers stärker fürchten als Eingriffe in den Leichnam. Denn wenn die Seele den Körper im Todeszeitpunkt verlässt, dann ist sie nicht mehr dort, wo sie verletzt würde, wären sie und der Körper noch eins.

2012 Votum Diener, AB 2013 S 994.

2013 Tschentscher, BS-Komm. BV, Art. 10, Rz. 12.

2014 Zum *Dualismus* als Basis skeptischer Einwände gegen eine Ethik des Lebensdienlichen siehe vorne, Teil 3, E.IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV Argumente zugunsten der Widerspruchslösung

1. Ernstnehmen des Lebensrechts

Wie bereits bei den zuvor besprochenen Grundrechtskollisionen ist die hohe Bedeutung des Lebensrechts zu betonen.[2015]

a. Dringlichkeit des Lebensschutzes

Die Dringlichkeit des Schutzes des Lebens der Patienten auf der Warteliste wird in der Debatte zum Organtransplantationswesen kaum bestritten. Befürworter der Zustimmungslösung argumentieren nicht, das Leben habe vor den „Persönlichkeitsrechten" des Verstorbenen zurückzuweichen. Man ist sich wohl bewusst, dass das Überlebensbedürfnis des Menschen in der Regel dessen erstes Bedürfnis ist. Er erlebt es als wichtiger als die Mehrheit der Bedürfnisse, die man mit der Wahrung von Persönlichkeitsrechten assoziiert.[2016]

Unbestritten ist auch das grundlegende Ziel: Dass die Spenderate erhöht und die Zahl der pro Jahr auf der Warteliste sterbenden Menschen gesenkt werden soll, wird kaum angefochten. Die Einführung der Widerspruchslösung wurde vom Bundesrat und vom Parlament abgelehnt, weil sie angeblich nicht effektiver sei als die Zustimmungslösung. Man hat die Einführung der Widerspruchslösung auf Basis logisch nicht haltbarer Schlüsse aus empirischen Daten[2017] einfach vertagt – was beweist, dass ein Mangel an Logik in rechtsethischen Fragen keineswegs unschuldig ist, sondern tötet.

Verkannt wurde dagegen, dass ein Verfassungsimperativ besteht. Gelingt es nicht, die Anzahl der Organe zu erhöhen, obwohl zulässige Wege hierzu bestehen, verletzt der Gesetzgeber und damit der Staat seine Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV), besonders des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV), des Rechts auf körperliche Integrität und

---

2015 Vorne, Teil 4, B.II.1, C.II.1 und D.II.1; siehe für die Begründung des Höchstgewichts des Lebens und des Grundprinzips der Lebensdienlichkeit: Teil 3, E.I.

2016 Zur Bedürfnishierarchie Maslows und ihrer Bedeutung in rechtsethischen Fragen siehe Teil 3, E.II.2 sowie bereits Teil 2, B.II.1.c und 5.

2017 Teil 4, E.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesundheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der Menschenwürde (Art. 7 BV) und anderer Dimensionen der Persönlichkeitsrechte (vgl. Art. 119a Abs. 1 BV).[2018]

b. Deutliche, empirisch fundierte Zahlenverhältnisse

Zum Lebensschutz gehört auch das Gebot, diesen so umzusetzen, wie er optimal umgesetzt werden kann. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass das Festhalten an der Zustimmungslösung bei Weitem nicht optimal ist: Der Bundesrat setzte sich im März 2013 das Ziel, die Spenderate bis 2018 von ca. 13 Spendern pro Million Einwohner (pmp) auf 20 pmp zu erhöhen[2019] – was an sich im europäischen Vergleich keineswegs zu ehrgeizig ist. Doch wollte er dies ohne Widerspruchslösung, mit einem Bündel organisatorischer Massnahmen und der verbesserten Information der Öffentlichkeit bewirken; also mittels Massnahmen jener Art, die in anderen Staaten im Kontext der Widerspruchslösung erfolgreich gewesen waren.[2020] Das Ziel wurde trotz eines beachtlichen (Kosten-)Aufwands verfehlt. Ein gewisser Anstieg der Spenderate auf 17.4 pmp[2021] fand zwar bereits im Jahr 2015 statt, doch im Jahr 2016 sackte diese wieder auf 13.3 pmp herab, was unter dem Schnitt des Fünfjahresschnitts der 14.2 pmp für die Jahre 2012 bis 2016 lag.[2022] Im Jahr 2017 folgte wieder ein Anstieg auf 17.2 pmp.[2023] Doch das vom Bundesrat vorgegebene Ziel der 20 pmp wurde trotz eines weiteren Anstiegs im Jahr 2018 mit einer Spenderate von 18.6 pmp verfehlt[2024], wobei selbst dieser Wert angesichts der Volatilität der Spenderate in den Vorjahren nicht als definitiv erreicht gelten kann.

Dies hat nun Folgen für den Schutz der Grundrechte, insbesondere des Lebens. Die Zahl der Patienten auf der Warteliste nahm in den letzten Jahren stark zu; 2016 allein im ersten Halbjahr um 112 Personen.[2025] Eine bedenkliche Zahl, zumal von 2011 bis 2014 ein Anstieg von ungefähr

2018 Vgl. Romagnoli, in: Hill 2010 III n° 5, N. 64.
2019 Aktionsplan des Bundes (2013) „Mehr Organe für Transplantationen".
2020 Dazu vorne, Teil 4, III.1.a und e.
2021 Swisstransplant, JB 2015, 3: „Noch nie konnte in der Schweiz so vielen Menschen ein lebensrettendes Organ zugeteilt werden wie 2015"; doch selbst in diesem eher erfreulichen Jahr stieg die Zahl Patienten auf der Warteliste weiter an (um 14 Personen): Swisstransplant, JB 2015, 30.
2022 Weiss/Immer, Positionspapier Swisstransplant 2018, 2.
2023 Swisstransplant, Q2 2018, 3.
2024 Vgl. Swisstransplant, Q4 2018.
2025 Swisstransplant, Q3 2016, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

100 Patienten für jeweils das ganze Jahr zu verzeichnen war.[2026] Ende 2016 waren 1480 Patienten auf der Warteliste, 200 mehr als Ende 2013. Die Zahl blieb 2017 und 2018 relativ konstant[2027], was aber besonders 2017 auch dem Organimport und einer Rekordzahl an Lebendspenden zu verdanken war (2017 kam es zu 137 Lebendspenden; das sind 20 mehr als im Schnitt 2013 bis 2016).[2028] Besonders prekär ist die Lage der auf ein Herz wartenden Patienten: Die Zahl der Personen auf der Warteliste hat sich in dieser Kategorie seit 2009 (damals 60) mehr als verdoppelt (auf ca. 150). Über ein Viertel der jährlich etwa 40 Herztransplantationen findet in der Not (im Urgent-Status) statt. Den 40 Transplantationen stehen im Schnitt der Jahre 2015 bis 2017 etwa 15 Todesfälle gegenüber.[2029] Bei den Nierentransplantationen ist angesichts der Alternative des Schwarzmarktes besonders bedenklich, dass die Wartezeit von 2015 bis 2017 im Schnitt mehr als drei Jahre (1095 Tage) betrug.[2030]

Fazit: Mit dem Regime der erweiterten Zustimmungslösung konnte das Ziel der 20 pmp nicht erreicht werden. Dies musste erwartet werden. Die Personen auf der Warteliste, die in den letzten Jahren jährlich starben, sind damit nicht einfach als Opfer eines tragischen Schicksals anzusehen, sondern als Opfer des Festhaltens an einer Lösung, deren Scheitern schon 2013 evident war. Nun ist darauf zu achten, dass hierfür nicht falsche Erklärungen gesucht und man sich in Zukunft nicht damit begnügt, noch mehr Gelder für Begleitmassnahmen zu sprechen, die ohne die Hauptmassnahme, die es längst braucht, wenig bringen. Kurz: Der Wechsel zur Widerspruchslösung drängt sich einmal mehr auf. Diese könnte zu einer knappen Verdoppelung der Spenderate führen, nicht nur zum bescheidenen (und doch unerreichten) Ziel von 20 pmp; damit könnten auch die meisten der 70 jährlichen Todesfälle verhindert werden.

2026 Im Januar 2015 standen 1414 Personen auf der Warteliste. Im Januar 2006 waren es nicht einmal halb so viele (vgl. Swisstransplant, JB 2014, 30); im ersten Quartal 2015 sank gemäss Swisstransplant die Zahl der Personen auf der Warteliste von 1370 auf 1344. Der Vergleich mit den ersten Quartalen der vorhergehenden Jahre zeigt jedoch, dass dies kein Anlass zum Optimismus ist. Typischerweise bringt das erste Quartal des Jahres aus saisonalen Gründen (Zunahme an Wintersport- und Verkehrsunfällen) überdurchschnittlich viele Spenden mit sich, was zu einer kurzfristigen Verkürzung der Warteliste führt. An der Jahrestendenz ändert dies nichts. Die Quartalsberichte sind abrufbar unter www.swisstransplant.org/de/.

2027 Swisstransplant, JB 2017, 29; vgl. Swisstransplant, Q4 2018.

2028 Swisstransplant, Q2 2018, 1–4; Swisstransplant, JB 2017, 23, 29 und 37.

2029 Swisstransplant, JB 2017, 38.

2030 Swisstransplant, JB 2017, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Relatives Gewicht der Persönlichkeitsrechte

a. Interesse am Schutz der Freiwilligkeit der Organspende und an der Verhinderung illegaler Organmärkte

Die Zustimmungslösung hemmt den Schutz der Gesundheit (Art. 119a Abs. 1 BV) und das dringliche Anliegen des Lebensschutzes (Art. 10 Abs. 1 BV), ohne dass dies durch nicht-metaphysische Anliegen des Persönlichkeitsschutzes oder der Menschenwürde gerechtfertigt wäre.

Im Gegenteil: Der Organmangel führt zu einer grösseren Anzahl Lebendspenden und damit zu heiklen Situationen mit Blick auf den bei Lebendspenden (aufgrund kaum sichtbarer innerer oder sozialer Zwangslagen) sehr schwierigen Schutz der Selbstbestimmungsfreiheit.[2031] Dass der Mangel an postmortalen Organspenden zunehmend durch Lebendspenden kompensiert wird[2032], sollte alarmieren. Je tiefer die Spenderate bei Verstorbenen ist, desto eher sehen sich Angehörige von Patienten, die auf eine Organspende angewiesen sind, dazu bewogen, sich im Rahmen einer im Kontext womöglich gewollten, aber eben auch alternativlosen „freiwilligen" Lebendspende ins Fleisch schneiden zu lassen.[2033] Weil dabei nicht gerade von einem wirklich freien Willen die Rede sein kann[2034], sollte alles in die Wege geleitet werden, damit der Organbedarf möglichst weitgehend mit postmortalen Organspenden gedeckt werden kann.

Fraglich ist zudem, ob das Verbot des Organhandels (Art. 119a Abs. 3 BV[2035]) ernst genommen wird, solange einer der stärksten Vektoren zum Organhandel, die tiefe Spenderate bei den postmortalen Spenden und die daraus resultierende hohe Nachfrage an Spenden, nicht überwunden wird.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die von Bundesrat, BAG, Parlament und NEK als einzige grundrechtskonforme Lösung verklärte Zustimmungslösung nicht nur als ungeeignet, sondern als schlicht ungerecht und verfassungswidrig zu erkennen. Weil ein Systemwechsel im Rahmen einer Gesetzesänderung geboten ist, nicht bloss eine Feinkorrektur durch Gesetzesinterpretation, kann hier nur der Gesetzgeber selbst abhel-

2031 Siehe Teil 4, II.3.b.
2032 Swisstransplant, JB 2017, 23.
2033 Vgl. Swisstransplant, JB 2015, 24.
2034 Vgl. vorne, Teil 4, E.II.3.e; vgl. SAMW, Richtlinie Lebendspende, 10 f.
2035 Gemäss Art. 1 Abs. 3 TPG soll das Gesetz „den missbräuchlichen Umgang mit Organen, Geweben oder Zellen bei der Anwendung der Transplantationsmedizin beim Menschen, insbesondere den Handel mit Organen, verhindern und die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit schützen."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fen. Das Bundesgericht kann indirekt Druck aufbauen, indem es bei Gelegenheit, beispielsweise anlässlich eines Streits über Krankenversicherungsleistungen für eine Organtransplantation im Ausland oder in Beurteilung einer Strafe nach Art. 69 Abs. 1 lit. a oder b TPG (obiter dictum), erwägt, ob nicht eine zumindest politische Mitverantwortlichkeit des Staates für Organtourismus und Organhandel besteht, solange die Zustimmungslösung gilt.

b. Welche Lösung belastet die Persönlichkeitsrechte stärker?

Der vermeintliche Anspruch, sich nicht gegen eine postmortale Organspende „wehren" zu müssen, indem man seinen Widerspruch festhalten lässt, wird als nahezu unantastbarer Teilgehalt der persönlichen Freiheit behandelt.[2036] Dabei wird übersehen, dass solch ein „Anspruch" nur im Sinne der Fortwirkung der zu Lebzeiten gewährten persönlichen Freiheit begründbar ist.[2037]

Jede Person wird bei der Widerspruchslösung lediglich gebeten, Verantwortung für sich selbst zu übernehmen und ihren allfälligen Widerspruch aktiv kundzutun. Das Selbstbestimmungsrecht bleibt intakt. Meines Erachtens würde durch die neue Regelung nicht einmal der Normalbereich des Selbstbestimmungsrechts eingeschränkt, weil die Selbstbestimmung über das postmortale Schicksal der eigenen Organe zeitlebens jederzeit möglich wäre.[2038] Eine Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit in deren Normalbereich läge wohl vor, wenn der Staat etwa zusätzlich verlangte, der Widerspruch zur Organspende sei schriftlich zu begründen. Bei unbürokratischer Möglichkeit zur Widerspruchsäusserung wäre aber nur die Modalität der Ausübung der Selbstbestimmungsrechte betroffen. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte wäre somit nur ein Eingriff in die peripheren Schutzgehalte des Art. 10 Abs. 2 BV. Die getroffene Freiheit ist

2036 Botsch. TPG (2001), 77, die bemängelt, bei der Widerspruchslösung müsse „die oder der Einzelne sich mit einer besonderen Erklärung dagegen wehren […], dass aus ihrem oder seinem Körper nach dem Tod Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden"; die Tempi (*wehren* statt *gewehrt haben*) suggerieren, der Betroffene würde im Zeitpunkt der Organentnahme leben. Vgl. NEK, Widerspruchslösung, 5 (Ablehnung der Widerspruchslösung, weil „sie die Persönlichkeitsrechte tangiere") und 8.

2037 Vgl. zu dieser Fortwirkung der persönlichen Freiheit: BGE 129 I 173 E. 4.

2038 Ebenso Votum Recordon, AB 2013 S 996: „Et ces droits s'exercent […] par l'inscription dans un registre; ils ne sont donc en eux-mêmes pas entravés."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Vergleich zum Lebensrecht, Höchstwert der Verfassung und Ausdruck des ersten aller Grundbedürfnisse, von relativ geringem Wert.

In der Weise, in der die Widerspruchslösung Spendeskeptiker in ihrer Freiheit berührt, tangiert die Zustimmungslösung die Freiheit der Spendebefürworter. Was sich durch den Systemwechsel ändert, ist nicht der Grad an Freiwilligkeit im persönlichen Entscheid für oder wider die Organspende, sondern lediglich die Zuteilung der Bürde, seine Präferenz aktiv kundzutun. Nun kommt aber hinzu, dass die Personen, die spenden wollen, klar in der Mehrzahl sind. Hieraus und aus der Legitimität der zahlenmässigen Abwägung folgt nun, dass – wenn schon von Einschränkungen der Selbstbestimmung die Rede sein soll – die geltende Zustimmungslösung die Selbstbestimmungsfreiheit von mehr Personen und damit insgesamt (aus der Perspektive des Gesetzgebers) stärker einschränkt.

3. Haben Patienten Anspruch auf ein rettendes Organ?

Laut Art. 17 Abs. 4 TPG können sich Patienten grundsätzlich nicht auf einen „Anspruch auf Zuteilung von Organen" berufen. Der Schutz des Lebensrechts ist dementsprechend vor Gericht nicht durchsetzbar, nicht „justiziabel". Der Staat ist zwar zu Verwirklichungsmassnahmen verpflichtet, das Individuum aber nicht zur Durchsetzung der Rechte befähigt. Das ergibt Sinn. Beim gegenwärtigen Organmangel liesse sich selbst ein bedingtes, ressourcenabhängiges subjektives Recht kaum zweckmässig institutionalisieren. Erst bei einer deutlich höheren Spenderate liesse sich sinnvoll über ein bedingtes Recht auf ein Organ nachdenken.

Doch ändert dies an der materiellen Beurteilung nichts. Die Schutzansprüche der auf Organe wartenden Patienten fallen durchaus unter den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 BV. Die Justiziabilität ist eine Durchsetzungsvoraussetzung, nicht eine Voraussetzung staatlicher Pflichten. Das heisst, ungeachtet des Art. 17 Abs. 4 TPG haben potenzielle Organempfänger zwar kein individuell durchsetzbares Recht darauf, aber ein den Staat verpflichtendes Interesse daran, dass dieser das Organtransplantationsrecht möglichst in der Weise regle und auslege, die mit den Grundrechten und den Zielen der Transplantationsordnung (Art. 119a Abs. 1 BV) möglichst harmoniert. Der Staat muss Regulierungshürden, die der optimierten Lebensrettung im Weg stehen, abschaffen und durch Lösungen ersetzen, die (wie die Widerspruchslösung) wenig kosten und nur „ein Minimum

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

an Solidarität“[2039] voraussetzen. Sich dem fatalistisch verweigern, weil man nie „genügend“ Organe haben könne, überzeugt nicht.[2040] Denn das kleinere Übel (weniger Tode auf der Warteliste) ist dem grösseren vorzuziehen. Es zielt zudem von vornherein an der Sache vorbei, wenn Parlamentarier als Mitglieder des Gesetzgebers suggerieren, es bestünde kein Anspruch auf rettende Organe[2041]; im Resultat lehnen sie damit eine Pflicht des Staates ab, auf die Optimierung der Lebensrettung hinzuwirken. Diese Pflicht aber ist in der Verfassung enthalten (Art. 10 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 35 BV) und bindet den Gesetzgeber.

4. Akkurate gesetzliche Vermutungen

Gesetzliche Vermutungen betreffend innere Einstellungen der Menschen drücken sinnvollerweise aus – wo sie nicht einen gewissen Steuerungszweck verfolgen –, was in der Gesellschaft die Regel ist. In der Bevölkerung der Schweiz hat in Bezug auf die Zustimmung zur postmortalen Organtransplantation in den letzten Jahren ein Gesinnungswandel stattgefunden. Etwa 91 % der Bevölkerung sind der postmortalen Organspende heute eher oder klar wohlgesonnen, rund 81 % der Bevölkerung wären grundsätzlich bereit, die Organe im Todesfall zu spenden.[2042] Doch nur die Hälfte hiervon hat sich mit dem Thema konkret auseinandergesetzt und wiederum nur die Hälfte dieser Hälfte hat den Entscheid den Angehö-

---

2039 So Votum Gutzwiler, AB 2013 S 991.

2040 Votum Diener, AB 2013 S 994: „Wir werden aber nie genügend Organe zur Verfügung haben, weil die Warteliste stärker wächst als die Bereitschaft der Bevölkerung, Organe zur Verfügung zu stellen. […] Es geht […] eben um eine ethisch-moralische Frage.“

2041 Votum Lohr, AB 2015 N 136: „Hat die Gesellschaft wirklich das Recht oder den Anspruch auf unsere Organe? Kann es sein, dass in einem falschgemeinten Verständnis wir Menschen dann bereit sein müssen, als sogenannte Ersatzteillager für andere Menschen zur Verfügung zu stehen? Diese kritische Frage wurde erörtert. Im Prinzip ging es auch darum, dass die Würde jedes Einzelnen immer im Vordergrund bleibt.“; vgl. Votum Schwaller, AB 2013 S 995; siehe auch die Suggestivfragen in Votum Diener, AB 2013 S 994: „Ich habe die Frage gestellt, wem denn eigentlich der Körper eines Sterbenden gehört. Gehört er dem sterbenden Menschen? Gehört er den Angehörigen? Oder gehört er den Menschen, die auf ein Organ warten? […] Die verstorbenen Menschen haben auf dem Friedhof Anspruch auf den Totenfrieden. Im Rahmen des Sterbens scheint hier aber irgendwo ein Perspektivenwechsel stattzufinden, weil die Organe des Menschen beansprucht werden.“

2042 Swisstransplant, JB 2015, 5 und 18

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rigen mitgeteilt.[2043] Hieraus ergibt sich eine starke Diskrepanz zwischen der Zahl an Personen, die der Organspende zustimmen würden, und jener, deren Zustimmung im Todesfall für die Ärzte tatsächlich erkennbar ist und bei denen es tatsächlich zur Organentnahme kommt.

Der Wechsel zur Widerspruchslösung hülfe dabei, diese Lücke zu schliessen und das Spendepotenzial besser auszuschöpfen.[2044] Diese Lücke ist Ausdruck davon, dass die Vermutung der Spendeablehnung den meisten Menschen eine Attitüde unterstellt, die nichts mit der realen Mentalität zu tun hat.[2045] Zumindest heute ist es sonderbar, zu unterstellen, der Mensch lehne in der Regel die postmortale Organspende ab, sei also gegen die Rettung anderer mit Mitteln, die er selbst nicht mehr braucht. Normal wäre eine solche Einstellung allenfalls bei Personen, die denken, dass sie ihre Organe nach dem Tod selbst noch brauchen. Aber eine solche Einstellung dürfte selten sein; selbst die meisten Weltreligionen sprechen sich heute für die Organspende aus (etwa im Sinn der Nächstenliebe).[2046]

Schliesslich ist die Vermutung der Spendebereitschaft deswegen normal, weil es selbstverständlich ist, dass der Mensch gibt, wenn er (im hypothetischen Notfall) selbst zu nehmen wünscht.[2047] Das ist natürlich und hängt, soweit es nicht mit Gemeinsinn zu tun hat, mit grundlegender Reziprozität zusammen.[2048]

Man mag sich auch fragen, welcher Typ Person seinen Willen in Bezug auf die Organspende tatsächlich aktiv einzutragen geneigt wäre. Besteht die Gefahr, dass jemand widersprechen will, es aber versäumt? Die Gefahr scheint gering. Denn wer sich ernsthaft an der Vorstellung stört, dass seine

---

2043 Swisstransplant, JB 2015, 5.

2044 Vgl. Favre, Swisstransplant-news Nr. 24 vom September 2014, 11; Heimann, Zustimmungsmodell, 315; Abadie/Gay, The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation, 599 ff.

2045 Siehe aber Votum Ingold, AB 2015 N 139: „Der Weg soll also nicht über das Widerspruchsmodell gehen; das wäre ein sehr grosser Systemwechsel in der schweizerischen Denkkultur, die doch von der Freiheit zu wählen und von einem starken Selbstbestimmungsrecht geprägt ist. Die Widerspruchsregelung greift in verschiedener Hinsicht in dieses Selbstbestimmungsrecht der Bürger ein. Das zeigt sich daran, dass sie jenen, die nicht Organspender sein wollen, die Last auferlegt, ihren Widerspruch zu erklären. Ein Eintrag in ein Widerspruchsregister wäre sicher nicht die differenzierte Artikulation der eigenen Wünsche, so, wie Schweizerinnen und Schweizer sie schätzen."

2046 Siehe Swisstransplant, FAQ.

2047 Votum Stolz, AB 2015 N 137: „[D]ass ich auch bereit bin, Spender zu sein, wenn ich selber für die Zukunft den Anspruch erhebe, ein Organ zu erhalten."

2048 Zum tief verankerten Hang nach Reziprozität: Cialdini, Influence, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Organe im Todesfall bei fehlendem Widerspruch transplantiert würden, der versäumt es wohl kaum, den Widerspruch einzutragen. Das wurde in der parlamentarischen Debatte treffend und mit Humor hervorgehoben:

> „On peut penser que la personne qui ne prend pas soin de régler cette question de son vivant n'y accorde pas une importance considérable. Bien sûr, il y a des personnes qui n'y pensent même pas et qui rétrospectivement seraient très malheureuses d'avoir manqué cela. Seulement, au moment où elles devraient être malheureuses, elles sont mortes, donc elles ne peuvent plus être malheureuses et la question ne se pose plus. On ne va pas tenir compte de droits rétrospectifs de la personnalité."[2049]

Das Gefühl, selbst betroffen zu sein, ist ein starker Beweggrund. Hingegen kann man sich umgekehrt nicht darauf verlassen, dass jede Person, die nichts gegen die postmortale Organspende einzuwenden hat, rechtzeitig den Aufwand einer expliziten Registrierung ihrer Zustimmung tätigt; denn von diesem Aufwand hat die betroffene Person selbst wenig.[2050]

Auch aus diesen Gründen ist die Vermutung der Zustimmung angemessen, weil sie zu eher zutreffenden Ergebnissen führt.

5. Ergänzende einigungsethische Überlegung

Die vorliegenden Überlegungen, die vor allem Folgenerwägungen sind, lassen sich auch mit einer einigungsethischen Heuristik stützen.[2051]

> In einer kleinen Gesellschaft leben zehn Personen. Eine der zehn, Grün, wird im mittleren Alter unerwartet an einem Hirnschlag sterben. Zwei Personen, Blau und Gelb, werden schwer erkranken; die Gesundheit des Blau wird jahrelang stark geschwächt sein, wenn er

---

2049 Votum Recordon – eine der feinsinnigen Wortmeldungen der parlamentarischen Debatte zur Widerspruchslösung, in AB 2013 S 996.

2050 Vgl. Swisstransplant, Jahresbericht 2015, 16: Spendebefürworter teilen oft mit, sie hätten sich noch nicht zur Spende geäussert, weil sie „noch nicht dazu gekommen sind".

2051 Vgl. Votum Jenny, dem der Perspektivenwechsel natürlich erscheint, in: AB 2013 S 996: „Wenn ich […] mich frage, ob ich bereit wäre, Organe zu empfangen, komme ich zum Entscheid 'ja'. Wenn ich diesen Entscheid gefällt habe, dann frage ich mich: Wäre ich auch bereit zu spenden? Da komme ich selbstredend ebenfalls zum Entscheid 'ja'. Wenn ich bereit bin zu empfangen, bin ich selbstverständlich auch bereit zu geben."

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keine Nierenspende erhält; Gelb wird sterben, wenn keine Herztransplantation stattfindet. Das Wohl der anderen sieben Personen hängt nicht von der Möglichkeit einer Transplantation ab. Die zehn Personen setzen sich hinter einem rawlsschen Schleier des Nichtwissens an den Verhandlungstisch und gestalten ihre Gesellschaftsordnung. Keiner weiss, wer er sein wird, aber jeder weiss, dass einer Grün, einer Blau und ein Dritter Gelb sein wird und was es damit auf sich hat.
Würden die Betroffenen der postmortalen Organspende zustimmen, wenn sie mit 10 % Grün und mit 20 % Wahrscheinlichkeit Blau oder Gelb wären?

In dieser neutralen Ausgangslage würden die Betroffenen es zweifellos für zulässig erachten, die Zustimmung zur postmortalen Organspende zumindest zu vermuten, wenn nicht gar am Verhandlungstisch für alle zu vereinbaren. Auch Grün wäre einverstanden, da er selbst der postmortalen Organspende zustimmen will und nichts dagegen hat, dass man diesen Willen gesetzlich vermutet.

V Konfliktlösung

1. Unechte Grundrechtskollision

Weil die Persönlichkeitsrechte der die postmortale Spende ablehnenden Personen durch die Widerspruchslösung nur peripher berührt wären und sonst keine anderen Grundrechte gegen die Widerspruchslösung sprechen, darf man die hier besprochene Problematik des Wechsels zur Widerspruchslösung als unechte Grundrechtskollision einstufen. Nur auf den ersten Blick kollidieren beidseitig wichtige Grundrechte. Man darf und sollte in einem ersten Schritt vorsichtshalber die Frage stellen, ob der Systemwechsel das Selbstbestimmungsrecht verletze. Auf den zweiten Blick zeigt sich aber, dass nur marginale Interessen berührt sind und die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Betroffenen zu keiner Zeit infrage gestellt wird. In solchen Fällen erübrigt sich eine umfassende Abwägung; es ist klar, dass die schonendste Konfliktlösung darin besteht, dass die Modalität der Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Leichnams so festgelegt wird, wie es die Widerspruchslösung vorsieht. Die minimale Pflicht zur Solidarität, die man in der Notwendigkeit erblicken könnte, sich mit der Frage nach der postmortalen Organspende auseinanderzusetzen – oder in Kauf zu nehmen, dass man mangels Äusserung im Todesfall als Organspender gilt –, ist allen Betroffenen zumutbar.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Gebot zur Einführung der Widerspruchslösung

In folgenethischer Hinsicht ist die Vorzugswürdigkeit der Widerspruchslösung eindeutig. Sie rettet mehr Leben und ist geeignet, der Befriedigung existenzieller Bedürfnisse weit besser zu dienen, als es gegenwärtig die Zustimmungslösung tut. Sie belastet die Persönlichkeitsrechte kaum, die sie nicht stärker einschränkt als die Zustimmungslösung selbst. Es muss daher nicht einmal zur Abwägung „Leben gegen Persönlichkeitsrechte" kommen, die hier ohnehin zugunsten des Lebensschutzes ausginge.

Man darf angesichts der Mängel der Zustimmungslösung sogar sagen, dass es unzumutbar (für alle Personen auf der Warteliste) ist, wenn der Staat bei ihr verbleibt. Deren Überwindung ist eine Frage der Zeit. Denn die Realität führt seit Jahren mit der tiefen Spenderate, der langen Warteliste und ca. 70 Todesfällen pro Jahr eine harte Kampagne gegen das Zustimmungssystem. Die Ineffektivität des Systems, selbst bei deutlicher Verbesserung der Begleitmassnahmen, zeitigt auch über diese Todesfälle hinaus höchst bedenkliche Folgen: Sie führt zu einem erhöhten Druck auf Angehörige, nötigenfalls in eine altruistische Lebendspende einzuwilligen. Zudem steigt mutmasslich die Nachfrage nach Nieren und anderen Organen auf illegalen Märkten.

Früher oder später wird man die Verfassungswidrigkeit und Ungerechtigkeit der Zustimmungslösung unweigerlich einsehen müssen; die Frage ist nur, wie viele unnötige Todesfälle sich bis dahin noch ereignen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748927914-404 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND