

Teil 5: Konsolidierte Kollisionsdogmatik

A. Begriff und Lösbarkeit der Grundrechtskollision

I Identifikation der Grundrechtskollision

1. Echte und unechte Kollisionen der Grundrechte

Grundrechte *konfligieren*, sobald unterschiedliche individuelle Grundrechtsinteressen direkt oder indirekt konfligieren und dabei nicht alle dieser Interessen in jeder relevanten Hinsicht verwirklicht werden können. Ein zu weiter Begriff der Grundrechtskollision hätte zur Folge, dass nahezu jede Situation einer einfachen Grundrechtseinschränkung nach Art. 36 BV als Grundrechtskollision einzustufen wäre. Er wäre gegenüber der Kollision von Grundrechten mit bloss öffentlichen Interessen (dem anderen und ersten der in Art. 36 Abs. 2 BV vorgesehenen Kollisionstypen) die absolute Regel, da wohl nahezu alle wichtigen öffentlichen Interessen indirekt individuellen Grundrechten und Grundfreiheiten dienen.

Von solcher Allgegenwärtigkeit der Grundrechtskollisionen auszugehen, wäre unzweckmässig; der Begriff der Grundrechtskollision selbst verlöre sein Differenzierungspotenzial und würde weitgehend nutzlos. Zugleich lenkte die Zahl „echter“ Kollisionen von der Beschäftigung mit wirklich dringlichen Konflikten ab, bei denen es namentlich um existenzielle Güter geht. Weil überdies auch für die Lösung einfacher Konflikte, die keine Grundrechtskollisionen im vorliegenden Sinn sind, die rechtsstaatlichen Prinzipien ungebrochen gelten (Art. 5 BV), empfiehlt es sich, vom Vorliegen einer Grundrechtskollision erst dort auszugehen, wo beidseitig wichtige Individualgüter so konfligieren, dass unausweichlich auf der einen oder anderen Seite der Kollision eine schwerwiegende Einschränkung eines Rechtsguts eintritt, welche die betroffene Person erheblich belastet.

Davon sind Konflikte auszunehmen, die eher als Kollisionen von Grundrechten mit einfachen öffentlichen Interessen anzusehen sind:

2. Abgrenzung zu Kollisionen mit öffentlichen Interessen

Jene Probleme, die bisher auf befriedigende Weise als Kollision von Grundrechten mit öffentlichen Interessen besprochen wurden, lassen sich auch in Zukunft auf diese Weise angehen. Auf befriedigende Weise bedeutet, dass keine existenziellen Grundrechtsinteressen, weil hinter öffentlichen Interessen kaschiert, vernachlässigt werden. Denn es muss wegen der Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung die Möglichkeit bestehen, zumindest alles Verhalten des Staates grundrechtlich zu überprüfen, das Güter wie das Leben, die Menschenwürde und zentrale Gehalte der Freiheit und Sicherheit einzuschränken droht; Güter also, die Bedingungen des Grundrechts- und Freiheitsgenusses sind. Es genügt in solchen Konstellationen nicht, einfach nur zu fragen, ob öffentliche Interessen zur Einschränkung des gegenüberliegenden Grundrechts gegeben sind (was man aber tut, wenn man die Grundrechtskollision nicht als solche wahrnimmt).²⁰⁵²

Auch in ethischer Hinsicht wäre es höchst fragwürdig, wenn trotz Betroffenheit der Höchstgüter eine asymmetrische Prüfung (Grundrechte vs. öffentliche Interessen) genügte. Von der zeitlichen und kausalen Unmittelbarkeit der Betroffenheit gewisser Grundrechte (in der Regel im Konfliktfall jener, die der Staat aktiv einschränkt – oder gerade einzuschränken versäumt) lässt sich keineswegs direkt auf einen höheren Wert der entsprechenden Rechtsgüter gegenüber den indirekt oder verzögert betroffenen Grundrechten schließen.

Damit ist gesagt, in welcher Hinsicht der vorliegende Kollisionsbegriff weit ist. Er ist es insofern, als für die Identifikation einer kollisionsrelevanten Einschränkung nicht massgeblich ist, wie weit entfernt die Einschränkung der Grundrechte von der dem Staat zurechenbaren Handlung (oder Unterlassung) ist. Der Effekt mag erst nach Wochen, Monaten oder gar

2052 Zur Illustration aber: BGer 8C_80/2018 vom 9.10.2018, wo das Bundesgericht trotz der Betroffenheit existenzieller Güter nicht prüfte, ob das Streikrecht bei Gesundheitsberufen indirekt mit Art. 10 Abs. 1 und 2 BV kollidiert; geprüft wurde das Einschränkungsmotiv der öffentlichen Gesundheit (E. 4.4.3.3), wobei das Symmetriegebot nicht respektiert wurde (E. 4.4.3.4: „Au demeurant, de tels arguments s'écarterent des motifs légitimes permettant à l'Etat de restreindre les droits fondamentaux selon l'art. 36 Cst. On ne saurait les prendre en compte au titre de l'intérêt public.“; vgl. E. 4.4.4: „L'absence de limitation au personnel dont la présence serait *absolument* indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients, est [...] disproportionnée [...]. Même à l'aune [...] d'un possible contrôle concret ultérieur, la portée de l'atteinte au droit en cause se révèle inconstitutionnelle.“ [Hervorhebung ergänzt]).

Jahren eintreten (etwa eine Epidemie wegen einer gescheiterten Impfpolitik); und er mag nicht zu den direkten oder naheliegenden Folgen staatlichen Wirkens zu zählen sein. Das ist unbeachtlich, solange mittelbar (nicht nur spekulativ oder gar völlig fiktiv) der Staat verantwortlich ist. So kann eine Regulierung, die einige Grundrechte schützt, zugleich aber erhebliche Fehlanreize schafft, derentwegen es zur schweren Schädigung der öffentlichen Gesundheit kommt, die Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung (i.V.m. den betroffenen Grundrechten) verletzen; sie ist dann eine verfassungswidrige, nicht folgenoptimale Lösung einer (vom Gesetzgeber vielleicht nicht einmal erkannten) Grundrechtskollision. Das Interesse beispielsweise daran, dass durch eine restriktive Drogen- oder irrationale Gesundheitspolitik nicht Menschen sterben oder schwere Gesundheitsschäden erleiden, ist nicht nur ein öffentliches Interesse, sondern auch eines aus Art. 10 Abs. 1–2 BV. Die Tatsache, dass die Änderung einer solchen Politik vor allem dem Gesetzgeber obläge und dieser sich in einer funktionierenden Demokratie nicht per gerichtlicher oder exekutiver Anweisung zur „gerechten“ Regulierung zwingen lässt, bedeutet nicht, der Staat könne nicht durch eine gescheiterte Regulierung in diesem Bereich Grundrechte verletzen.

Selbstredend ist nicht jede regulierungs- oder anderweitig bewirkte, fernliegende Grundrechtseinschränkung so schwer, dass von einer Grundrechtskollision auszugehen wäre. Vor allem eine geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gewissen Einschränkung kann dazu führen, dass man diese nach einer approximativen probabilistischen Gewichtung als nicht so „schwer“ (nicht wahrscheinlich genug) betroffen einstuft und folglich die entsprechenden Eventualitäten aus praktischen Gründen nur als öffentliche Interessen behandelt. Dies kann folglich selbst dort sachgerecht sein, wo die bedrohten Güter an sich schwer wögen, aber die Gefahr (Wahrscheinlichkeit einer Einschränkung) sehr gering ist.

Inwieweit der (absolute und relative) Wert der geschützten Güter und damit die absolute und relative Schwere der drohenden Einschränkungen grundrechtlicher Interessen bei der Identifikation von Grundrechtskollisionen ins Gewicht fallen, wird hiernach zusammengefasst:

3. Erforderliche absolute und relative Schwere

Die Grundrechtskollision setzt einerseits die hinreichende *absolute* Schwere der gefährdeten Güter voraus. Was dies bedeutet, lässt sich zunächst mit der Metapher der Kollision physischer Güter wie etwa von Fahrzeugen

gut illustrieren: Kollision bedeutet der unausweichliche Eintritt eines erheblichen Schadens. Und dies an wenigstens einem der beiden kollidierenden Güter. Die Unausweichlichkeit blosser Reibungen macht noch keine Kollision aus; periphere Freiheitseinschränkungen, die nur mit flüchtig empfindbaren Einbussen an Lebensqualität einhergehen, sind nicht Folge echter Kollisionen. Die Definition der Grundrechtskollision klammert damit jene Konflikte aus, die beidseitig geringerfügige Güter treffen, deren Einschränkung nicht einen nachweisbar schädigenden Einfluss auf das Leben, auf die Würde oder die Befriedigung elementarer Grundbedürfnisse nach Sicherheit, Freiheit und sozialem Anschluss zeitigt.

Andererseits spielt zusätzlich auch die *relative* Schwere (der zu schützenden Güter und drohenden Einschränkungen) eine Rolle.²⁰⁵³ Das hat zur Konsequenz, dass ein Konflikt evident höchst unterschiedlich wertvoller Güter, der nur auf eine Weise richtig lösbar ist, keine Grundrechtskollision ist (es fehlt dann das Dilemma, das jede echte Grundrechtskollision schafft). Im Zweifelsfall ist hier aber vorsichtshalber – um nicht das Risiko einer Kollisionsleugnung einzugehen²⁰⁵⁴ – in einem ersten Schritt vom Vorliegen einer Grundrechtskollision auszugehen.²⁰⁵⁵

Keine Grundrechtskollision liegt bei Konflikten mit *peripheren Schutzgehalten* vor.²⁰⁵⁶ Konflikte mit solchen Gehalten sind keine Kollisionen. Das ist besonders dann der Fall, wo Anliegen auf eine konkrete Modalität der Ausübung von Freiheiten im Konflikt mit anderen Grundrechten nicht berücksichtigt werden können: etwa das Anliegen, sich an einem präzisen (nicht unersetzlichen) Ort zu versammeln oder die Meinung in einem bestimmten Medium zu äussern; oder sich stets mit dem Zug auf den Weg zur Arbeit machen zu können. Das Anliegen, die persönliche Ablehnung der postmortalen Organspende nicht explizit äussern zu müssen, ist ebenfalls ein peripherer Grundrechtsgehalt.²⁰⁵⁷ Evident nachrangig bei Konflikten mit existenziellen Gütern sind zudem kurzzeitige und für den Betroffenen sehr geringerfügige Einschränkungen, solange sie nicht mittelbar schwere Nachwirkungen auf das Wohl Dritter zeitigen (so etwa bei

2053 Vorne, Teil 2, B.III.3 und C.II.1.c; am praktischen Beispiel überdies Teil 4, E.IV.2.

2054 Teil 2, B.II.3, betr. die Ablehnung der subjektiven Schutzbereichsbestimmung; vgl. Teil 2, B.II.4.c; zur Illustration vgl. Teil 4, C.III.5, bei der „Rettungsfolter“; Teil 4, D.II.2.b, beim Flugzeugabschuss-Fall.

2055 Siehe vorne, Teil 4, E, betr. die Einführung der Widerspruchslösung im Organtransplantationswesen.

2056 Zu peripheren Einschränkungen siehe die Definition oben, Teil 2, B.II.2.c.

2057 Vgl. vorne, Teil 4, E.II.2.a, E.II.3.c., E.IV.2.b und E.V.1.

der vom Betroffenen nicht als belastend empfundenen Androhung der Zufügung eher leichter Schmerzen im aggressiven Rettungsverhör²⁰⁵⁸).

Die Frage nach der grundrechtlichen Schutzwürdigkeit spezifischer Interessen in konkreten Fallkonstellationen (und die hermit verbundene Frage nach dem Vorliegen einer echten Grundrechtskollision) lässt sich auch mithilfe der Hierarchie der Grundbedürfnisse (MASLOWS) klären.²⁰⁵⁹ Wo keine Grundbedürfnisse betroffen sind, die für das Leben oder dessen Qualität von grösster Bedeutung sind, liegt keine Grundrechtskollision vor. Um von einer Grundrechtskollision (nicht nur von einer marginalen Betroffenheit konfligierender Grundrechte) ausgehen zu können, sollten die betroffenen Güter Ausdruck von Überlebens-, Sicherheits- oder zumindest grundlegenden Anschlussbedürfnissen sein.²⁰⁶⁰ Eine Einschränkung auf der Ebene der Bedürfnisse nach Ansehen oder nach Selbstverwirklichung ist in aller Regel nicht kollisionsrelevant: Wenn zwei Personen die Bäckerei betreten und beide das letzte Vollkornbrot begehren, kollidieren keine Grundrechte, sondern Alltagspräferenzen, für deren Verwirklichung es der staatlichen Gewährleistungen nicht bedarf (aber: herrschte Lebensmittelknappheit, wäre beim Ringen ums Brot von einer Grundrechtskollision auszugehen).

4. Erwartbarkeit und Rechtsgleichheit

Die echte Grundrechtskollision zeichnet sich zudem dadurch aus, dass davon auszugehen ist, die Schutzgehalte der konfligierenden Grundrechte begründeten im konkreten Fall sich gegenseitig weitgehend ausschliessende, für sich alleine aber selbst in diesem Fall nicht abwegige Ansprüche.

Nicht abwegig sind individuelle Interessen, wenn deren konkrete Vorrangigkeit trotz Konfliktlage aus unabhängiger Warte nicht evident ausgeschlossen erscheint.²⁰⁶¹ Ob dies anzunehmen ist, lässt sich aufgrund der Einigungsbasis des Rechts und des Prinzips von Treu und Glauben mit der Frage erörtern, was die betroffenen Grundrechtsträger denn vernünftigerweise erwarten konnten.²⁰⁶² Keine Grundrechtskollision liegt dort vor, wo

2058 Vgl. vorne, Teil 4, C.V.2.

2059 Zur Relevanz der Bedürfnishierarchie nach MASLOW vorne Teil 3, E.II.2; vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.c und 5.

2060 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2.b.

2061 Vorne, Teil 2, B.II.1.a, m.H. u.a. auf Art. 35 Abs. 3 lit. a EMRK.

2062 Vgl. vorne, Teil 2, B.III.3; vgl. am konkreten Fallbeispiel auch Teil 4, D.IV.3.b.

die korrekte Lösung des Konflikts solchermassen evident ist, dass ein sich auf die nachrangige Position berufender Grundrechtsträger nicht ernsthaft hätte erwarten können, ihm gebühre in Situationen dieser Art der Vorrang vor anderen (gleichberechtigten) Betroffenen.

5. Anwendung allgemeiner Bewertungs- und Abwägungskriterien

Die zur Kollisionslösung entscheidenden Kriterien, auf die es aus ethischen und rechtlichen Gründen ankommt, sind durchgreifend relevant. Die Bewertung des „abstrakten“ Werts der relevanten Grundrechte und grundrechtlichen Teilgehalte (der nicht zuletzt aus der Relevanz der geschützten Gehalte in konkreten Fällen seinen Wert schöpft), die Bewertung der konkreten Einschränkungintensität²⁰⁶³ sowie (jenseits der semantischen Aspekte) die Prüfung, ob überwiegende Gründe für die Erfassung eines Sachverhalts durch ein Grundrecht sprechen, sind alles Vorgänge, die ähnlichen rechtlichen und ethischen Prinzipien folgen. Es geht immer wieder um die vergleichende Bewertung relevanter Interessen.²⁰⁶⁴ Um die Frage nach der vergleichsweise besten Lösung, nach dem kleineren Übel.

Das heisst, schon zur Kollisionsidentifikation sind die Kriterien und Heuristiken zur ethisch fundierten Lösung von Grundrechtskollisionen analog anwendbar.²⁰⁶⁵ Die relative Schwere der Güter spielt somit bereits insofern eine Rolle, als bei der Prüfung, ob konfliktbetroffene Interessen jeweils im konkreten Fall vom Schutzbereich eines Grundrechts umfasst sein sollen; ob sie damit also in einer ethisch rationalen Rechtsordnung²⁰⁶⁶ prima facie Schutz verdienen.

Die Grundrechtsauslegung hat hier (bei der Prüfung des Vorliegens einer Kollision) eine besonders pragmatische Prägung, die wegen des Fehlens einer positivierten Kollisionslösung nicht nur zulässig, sondern erforderlich ist.²⁰⁶⁷ Vorbehaltlich eindeutiger Vorgaben einer langjährigen

2063 Vorne, Teil 2, B.III-V, C.IV-V; ferner die Heuristiken in Teil 3, F.IV.

2064 Vgl. vorne, Teil 3, D.I und E.I-II.

2065 Vgl. vorne, Teil 2, C.IV.2 – 3; zudem zur Relevanz der Bedürfnisse bei dieser Bewertung: Teil 2, B.II.1.c und 5 und (aus ethischer Sicht) Teil 3, E.II.2.

2066 Zur (überindividuellen) Rationalität der Gerechtigkeit vorne, Teil 3, A.IV; vgl. ferner zu anderen allgemeinen Aspekten einer rationalen, nachvollziehbaren und lebensrelevanten Gerechtigkeit: Teil 3, A.II, V und VI.

2067 Vorne, Teil 2, B.III.2.a, zur pragmatischen Auslegung; vgl. insb. Teil 2, B.III.1.b, zur Interessensoptimierung im Rahmen der Auslegung.

Praxis muss somit in gewisser Weise abgewogen werden, um zu prüfen, ob eine Grundrechtskollision vorliegt. Beim Abwägen geht es dabei immer auch darum, zu ermitteln, welche Wirkungen ein gewisses Verständnis der Grundrechte nach sich zöge: Abwägung ist Folgenabwägung, mit dem Ziel, die Handlung (hier die Anerkennung und Umsetzung eines Grundrechtsverständnisses) zu ermitteln, die möglichst zum grössten Wohl der grössten Zahl führt und lebensdienlich ist.²⁰⁶⁸

6. Sonderfall: Kollisionen mit unantastbaren Rechtsgütern

Ein Spezialfall ist die Kollision unantastbarer (uneinschränkbarer) Grundrechte und grundrechtlicher Teilgehalte. Die Unantastbarkeit drückt nicht etwa eine faktische Unverletzlichkeit, sondern die gerade der besonderen Verletzlichkeit des unantastbaren Guts geschuldete Pflicht aus, dieses nie einzuschränken. Solch ein unantastbares Gut ist nur plausibel, wenn gute Gründe dafür sprechen, dass es in jedem denkbaren (Kollisions-)Fall vorgehen soll. Ein Glaube an etwas Unfalsifizierbares oder explizit metaphysisch Begründetes ist nicht nötig: Unantastbar ist bereits jenes Rechtsgut, von dem man aus pragmatischen Gründen mit Blick auf alle realistischere denkbaren Situationen keine Ausnahmen billigt.²⁰⁶⁹

Für die Kollisionsidentifikation fragt sich, ob und inwieweit jeder Konflikt, an welchem ein unantastbares Rechtsgut *prima facie* beteiligt ist, gar nicht erst als Grundrechtskollision aufgefasst werden sollte, sondern als evidenter Fall, in welchem sich die Abwägung erübrigt (oder gar verbietet). Die Antwort unterscheidet klare Fälle von weniger klaren, hypothetischen Fällen:

a. Unklare Fälle der (begriffslogischen) Unantastbarkeit

Es hat sich gezeigt, dass es nicht zielführend ist, von einem vage definierten und damit konkretisierungsbedürftigen unantastbaren Rechtsgut kurzerhand zu behaupten, es sei betroffen, um dann ohne gründliche Untersuchung der konkreten Verhältnisse und übrigen Interessen dessen Vorrangigkeit einzufordern. Solch ein Vorgehen führt zu heiklen Fehlern²⁰⁷⁰

2068 Zur Lebensdienlichkeit vorne, Teil 3, E.I.3 (konkretisiert insb. in E.II.2).

2069 Vorne, Teil 2, C.V.4; illustriert an den in Teil 4, C und D besprochenen Fällen.

2070 Siehe vorne, Teil 4, C.III.2 und (besonders deutlich) D.III.1 – 3.

und verletzt das Begründungsgebot, wo nicht ausnahmsweise ein semantisch-kasuistisch eindeutiger Fall vorliegt; etwa jener der Anwendung eines Verhörmittels, dessen Einstufung als Folter nicht erst aus einer Prüfung der konkreten Situation hervorgeht.²⁰⁷¹

Vorsicht ist besonders hinsichtlich der Annahme geboten, die Menschenwürde sei (in nicht auch unter das Verbot des Art. 10 Abs. 3 BV gedeckter Weise) betroffen und gehe folglich allen konfligierenden Gütern vor. Denn erstens ist eine Interessenabwägung (im Rahmen der kontextuellen Auslegung) in aller Regel erforderlich, ehe man urteilen kann, ob die Menschenwürde nicht einfach nur sachlich berührt ist, sondern auch im Konfliktfall eingeschränkt zu werden droht. Eine absolute und rigoristische Konzeption der Unantastbarkeit, die sogar diesen Konkretisierungsprozess untersagte, ist logisch undenkbar und ethisch unhaltbar.²⁰⁷² Zweitens sagt die Betroffenheit der Menschenwürde noch nichts Definitives über die richtige Kollisionslösung aus, solange unklar ist, ob auf der anderen Seite allenfalls ebenfalls Höchstgüter betroffen sind.

Schon deshalb kann auch bei korrekter Identifikation der Gefährdung eines unantastbaren Rechtsguts auf einer Seite des Konflikts nicht sogleich dazu übergegangen werden, dem unantastbaren Gut dadurch (vermeintlich) zum Durchbruch zu helfen, dass alle kollidierenden Interessen schlicht nicht in Betracht gezogen werden.²⁰⁷³ Dieses Nichtbeachten der anderen Grundrechte ist, wo nicht geradezu verfassungswidrig (Art. 35 BV i.V.m. Art. 7 bzw. 36 Abs. 4 BV), eine zu einfache und kontraproduktive Lösung des Problems, welche die Glaubwürdigkeit des Rechtsguts belastet, das man absolut schützen will.²⁰⁷⁴

Erst die Feststellung der wirklichen Einschränkung, die für die betroffene Person stets eine Belastung höchster Art sein muss, begründet die Vorrangigkeit des unantastbaren Guts vor nicht-unantastbaren Interessen. Eine extensive Auslegung der Menschenwürdegarantie, wie sie aus der strikten Anwendung der Objektformel folgte, ist ethisch nicht vertretbar und im positivierten Recht nirgends vorgesehen; die Behandlung eines Menschen als „blosses Objekt“ ist sicher ein relativ verlässliches Indiz auf eine Verletzung, aber nicht bereits die Verletzung der Menschenwürde an sich.²⁰⁷⁵ In Bezug auf die Identifikation der Grundrechtskollision folgt

2071 Siehe vorne, Teil 4, C.IV.1.

2072 Vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. Teil 3, B.III (dort insb. 8).

2073 Vgl. dazu Teil 2, B.IV.4.c und Teil 2, C.V.3.a.

2074 Vgl. vorne, Teil 4, D.III.3.c.

2075 Vorne, Teil 3, B.III.7, und am Fallbeispiel erhärtet: Teil 4, D.III.3.

aus dem Gesagten, dass bei Konflikten unantastbarer Güter wie der Menschenwürde mit anderen grundrechtlichen Gütern jeweils zuerst davon auszugehen ist, eine Grundrechtskollision liege vor. Anders als sonst bei der Grundrechtskollision kommt es zwar nicht zwingend zur erheblichen Schadensfolge auf mindestens einer Seite; aber bei falscher Lösung der Kollision (für die Würde, der keine Einschränkung droht, oder wider sie, obwohl ihr eine solche droht) ist ein erheblicher Schaden unausweichlich. Auch andere Konflikte mit uneinschränkbaren Grundrechten sind wie echte Kollisionen zu behandeln, sobald *prima facie* denkbar ist, dass die nähere Prüfung des Sachverhalts zur Folgerung führt, einem solchen Gut drohe eine Einschränkung.

Kurz: Jenseits klarer Fälle ist in Konflikt- und Kollisionsfällen, die Unantastbares tangieren und es vielleicht einer Einschränkungsgefahr aussetzen, schon zur Abklärung, ob eine Kollision vorliegt, eine umfassende Ermittlung aller relevanten Interessen vorzunehmen. Die Grenze vom unklaren Fall zum klaren Fall der Einschränkung einer unantastbaren Norm wird einerseits durch die (erfahrungsbasierte) anerkannte Praxis und den damit verbundenen semantischen und pragmatischen Erwägungen markiert; je weniger klar ist, ob ein Gut absolut zu schützen ist, desto eher spielt die (sonst als vorweggenommen vorausgesetzte) Interessenabwägung eine Rolle bei der Bestimmung der Schutzwürdigkeit dieses Guts. Für jene Art Unantastbarkeit gewisser grundrechtlicher Güter, die erst im Rahmen der Beurteilung des Einzelfalls und der kontextuellen Konkretisierung der involvierten Güter zutage tritt, wurde hier die Bezeichnung der *begriffslogisch* begründeten Unantastbarkeit gewählt. Die so geschützten Güter können *prima facie* mit anderen Grundrechten kollidieren und bedürfen der Kollisionslösung durch Interessenabwägung anlässlich der Auslegung.

b. Klare Fälle: pragmatische Unantastbarkeit

In klaren Fällen (von Folter) ist die Interessenabwägung nicht erforderlich, weil immer davon ausgegangen werden kann, solche strikt verbotenen konkreten Handlungen seien nie geeignet, die Gesamtheit der betroffenen Grundrechte und anderen Lebensinteressen optimal zu verwirklichen (wobei zur Begründung des strikten Verbots bereits ausreichte, dass sie, soweit vorhersehbar, so oft unrichtig wären, dass die Folgen einer noch so partiellen Billigung klar schlimmer wären als aller Nachteil, der aus dem hypothetisch zu strikten Verbot resultierte).

In diesen Fällen kann man sagen, der Konflikt eines unantastbaren Grundrechts mit einem nicht unantastbaren Grundrecht sei keine Grundrechtskollision, weil eine verfassungs- und konventionsimmanente Schranke allen entgegenstehenden Grundrechten eine vor jeglicher Auslegung jener Grundrechte bereits klar sichtbare Grenze setzt. Das begrenzt unweigerlich auch bereits den Schutzbereich der übrigen konfligierenden Grundrechte. So greift der Staat nicht in die Berufsfreiheit eines Menschenhändlers ein, wenn er „Arbeitssitzungen“ abhören lässt und am „Arbeitsplatz“ eine Razzia durchführt, um menschenunwürdiger Freiheitsberaubung ein Ende zu setzen. Auch schuldet der Staat Angehörigen der Opfer schwerer Gewaltverbrechen keine Rechtfertigung dafür, warum er zur Verwirklichung des Rechts auf Aufklärung solcher Straftaten nicht einfach einen mutmasslichen Täter verprügeln lässt, bis dieser sich verzweifelt schuldig bekennt – oder gar tatsächliche oder fiktive (Mit-)Schuldige nennt.

Kurz: Diese unantastbaren grundrechtlichen Gehalte verbieten – auf Basis einer allen realistischen Szenarien Rechnung tragenden Ex-ante-Abwägung – spezifische Verhaltensweisen strikt. Sie können daher nicht Gegenstand noch zu lösender Grundrechtskollisionen sein. Sie sind Ausdruck der Erkenntnis bezüglich des Unwerts von Handlungen, deren Folgen sich erfahrungsgemäss in keiner Weise mit dem Ziel versöhnen liessen, Grundrechte optimal zu verwirklichen und damit das grösste Wohl möglichst aller Betroffenen zu erwirken. Die Begründung dieser Unantastbarkeit ist eine *pragmatische*, weil sie auf dem vorweggenommenen Folgenkalkül und auf Erfahrungen beruht, nicht auf einer strikt formalen, resultatbezogenen Unrechtsumschreibung wie die begriffslogische Unantastbarkeit – und noch weniger auf dem blossen Postulat.

c. Zur Möglichkeit von Höchstgüterkollisionen

Ein Sonderfall ist die Kollision beidseitig unantastbarer Güter, die nicht auslegungshalber gelöst werden kann. Das ist wohl der einzige im Bereich der Grundrechte denkbare wirkliche Fall einer Verfassungslücke (Regelungslücke der Verfassungsnormen).²⁰⁷⁶ Hier wäre selbst im Falle der Kollision von beidseitig klar unantastbaren Rechtsgütern eine Lösung auf Basis

2076 Vorne, Teil 2, B.III.1.c; siehe zur (per Auslegung zu vermeidenden) Kerngehaltskollision ferner: Teil 2, B.II.4.

allgemeiner ethischer Prinzipien notwendig – und damit in erster Linie eine auf Basis von höchst vorsichtigen Folgenabwägungen.

Offen ist, ob solche Fälle überhaupt eintreten können. Dazu müssten wohl gewisse, aus pragmatischen Gründen als unantastbar eingestufte Grundrechtsgehalte kollidieren. Konstruierte Beispiele sind denkbar: Eigenmächtig handelnde Mitglieder der Sicherheitskräfte foltern eine tatverdächtige Person an einem geheimen Ort; der einzige Weg, sie aufzuhalten, besteht darin, unschuldige Familienmitglieder der Folternden zu entführen, um die Befreiung des Folteropfers zu erpressen. Oder: Zur Therapieung des lebenslang verwahrten Straftäters wird ein Weg gefunden, der den Einsatz absolut verpönter Mittel vorsieht (Gehirnwäsche, Psychopharmaka etc.). Praktisch relevant sind diese Fälle nicht.

II Allgemeine Verortung der Kollisionslösung

Die Auflösung der Grundrechtskollision muss stets der verhältnismässigen und damit auch folgenoptimalen Aufhebung des Konflikts der betroffenen Rechtsgüter dienen (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Der zur Kollisionslösung verpflichtete Staat (Art. 35 Abs. 1 BV) und jede für ihn handelnde Person muss somit die durch die kollidierenden Grundrechte verbürgten Werte (nach Massgabe ihrer relativen Bedeutung) möglichst weitgehend verwirklichen.

Das zentrale Mittel zur Kollisionslösung ist die Interessenabwägung. Diese kann besonders bei Dringlichkeit knapp ausfallen und auf Heuristiken basieren; oder sie kann der umfassenden, gründlichen Einschätzung und Bemessung aller relevanten Folgen entsprechen.

1. Kollisionslösung durch Abwägung (Art. 36 Abs. 3 BV)

Der Normalfall einer Grundrechtskollision wird durch eine Interessenabwägung im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV) aufgelöst.²⁰⁷⁷ Die Kollisionslösung schränkt das im Kollisionsfall nachrangige Grundrecht ein. Dass Kollisionen in Einschränkungen münden, beeinträchtigt nicht die Schutzbereiche der kollidieren-

²⁰⁷⁷ Teil 2, C.IV.1.

den Grundrechte, sondern erst den sich aus diesen Schutzbereichen im Einzelfall ergebenden Schutz.²⁰⁷⁸

Das Verhältnismässigkeitsprinzip bietet Raum für die Prüfung, ob eine bestimmte Massnahme dem Ziel gerecht werden könne, die bestmöglichen Folgen für das Wohl möglichst aller Menschen zu bewirken; dieses Ziel findet Ausdruck in diversen materiellen Grundrechten und Verfassungsnormen sowie im Gebot der Grundrechtsverwirklichung des Art. 35 BV.²⁰⁷⁹ Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist daher der grundrechtsdogmatische Anker für folgenethische Erwägungen im Rahmen der Kollisionslösung.²⁰⁸⁰ Hier ist zu beachten, dass die Lösung nicht nur dogmatisch und formal korrekt ist, sondern auch gerecht. Die richtige Kollisionslösung ist jene, durch die alle kollidierenden grundrechtlichen Interessen so umfassend wie möglich verwirklicht werden und welche die gesamthaft erträglichsten Einschränkungen zur Folge hat.

2. Kollisionslösung durch Auslegung

a. Vorbemerkung

Zahlreiche Grundrechtskonflikte und auch einige (*prima facie*) Grundrechtskollisionen lassen sich per Auslegung lösen. Wird eine Grundrechtskollision durch Auslegung gelöst, suggeriert man damit, dass das sich im Rahmen der Lösung als nachrangig erweisende Interesse nur *prima facie* Grundrechtsschutz genoss. Das Auslegungsergebnis schränkt nicht das Grundrecht ein, sondern präzisiert den effektiven Gewährleistungsgehalt des betroffenen Grundrechts.

Dass die Auslegung der Grundrechte immer wieder erforderlich ist, hängt damit zusammen, dass immer wieder neue Fälle hervortreten, bei denen unklar ist, ob mit dem kasuistisch erfassten Verständnis der fraglichen Grundrechte eine plausible Lösung identifiziert werden kann; ob also eine Lösung semantisch, teleologisch und nach Möglichkeit vom historischen Grundkonsens her in der geltenden Grundrechtsordnung

2078 Vgl. Teil 2, C.I.4, zur Schrankenkonzeption der Bundesverfassung; ferner Teil 2, B.II.4.

2079 Teil 2, B.IV.1.

2080 Siehe Teil 3, D.I-III, für die Darlegung (I, II) und Verteidigung (III) der folgenethischen Gerechtigkeitstheorie.

enthalten ist.²⁰⁸¹ Zudem unterliegen die Grundrechtsnormen selbst dem Wandel. Dabei konkretisieren auch einzelne Kollisionslösungen, soweit sie überzeugen, indirekt die betroffenen Verfassungsnormen. Wird eine Grundrechtseinschränkung regelmässig gebilligt, da sie sich in allen Fällen als verhältnismässig erweist (oder Gerichte so befinden), bestimmt dies die Erwartungshaltung der Grundrechtsträger. Damit aber wird die Tragweite der Grundrechte selbst geprägt und entwickelt. Die permanent einschränkende Auslegung kann – genauso wie ihr extensives Gegenteil – dazu führen, dass sich der Schutzbereich der Grundrechtsnorm verschiebt. Denn die Grundrechte sind als Verfassungsnormen auch das Produkt der sie stützenden gesellschaftlichen Einigung und von sich wandelnden Konventionen.²⁰⁸² Das Ergebnis ihrer Auslegung, ihr Garantiegehalt, hängt folglich auch von dem ab, was man als Grundrechtsträger in Treu und Glauben in einem funktionierenden Rechtsstaat, der anderen Menschen dieselben Rechte gewährt, erwarten darf.²⁰⁸³

Aus diesen Gründen können jedenfalls scheinbare Kollisionen durch eine kollisionsvermeidende Auslegung gelöst werden.

b. Unantastbarkeit als Folge von Auslegung und Abwägung

Die Kollisionslösung durch Auslegung ist bei Kollisionen mit unantastbaren und damit uneinschränkbar Grundrechtsgehalten massgeblich, die begriffslogisch definiert sind.²⁰⁸⁴ Hier ist Abwägung erforderlich, aber nur im Rahmen der Auslegung möglich (Art. 36 Abs. 4 BV), die nicht bloss wortlautverhaftet ist, sondern vor allem auch die Normzwecke berück-

2081 Vgl. das in Teil 4, B besprochene *Rappaz*-Urteil, wo erstmals geprüft werden musste, ob die Einschränkung der per Patientenverfügung ausgeübten Selbstbestimmung des laut Arzt urteilsfähigen Hungerstreikenden zur paternalistischen Rettung sowie zur Wahrung der Haftordnung zulässig sein könne: BGE 136 IV 97; vgl. ferner das *Myozyme*-Urteil, betreffend die Möglichkeit einer Pflicht zur Sicherstellung höchst teurer Medikamente durch die Krankenkassen, wobei es für das Bundesgericht erstmals in dieser Deutlichkeit um die Frage nach der Zulässigkeit einer ressourcenbedingten Unterlassung der Rettung des Lebens ging: BGE 136 V 395. In anderen Fällen stand die klärungsbedürftige Frage nach der Möglichkeit eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes oder pränataler subjektiver Grundrechte im Vordergrund, vgl. BGE 129 I 302 E. 1.2, 306 ff.; BGE 115 Ia 234 E. 9c, 264; BGE 119 Ia 460 E. 12, 503.

2082 Vorne, Teil 1, B.II und vor allem, vertiefend, Teil 3, F.II.3 und 4.

2083 Vorne, Teil 2, B.III.3.

2084 Dazu Teil 2, C.V.5.

sichtigt.²⁰⁸⁵ Die kollisionslösende Auslegung erfolgt dann im spezifischen Einzelfall und vor dem Hintergrund der im Kontext feststellbaren Umstände.²⁰⁸⁶ Die unantastbaren Güter werden dabei nicht selbst gegen konfligierende Güter abgewogen; abgewogen wird das Interesse daran, zu sagen, ein bestimmter Sachverhalt stehe unter dem Schutz des uneinschränkbar Grundrechts – oder nicht.

Diese Art der kollisionslösenden Auslegung im Einzelfall ist materiell in vieler Hinsicht eine gewöhnliche Interessenabwägung, mit dem Unterschied, dass eine Einschränkung als Folge der Abwägung nicht zulässig ist, stattdessen aber die Feststellung, es rechtfertige sich nicht, den Schutzbereich des unbedingt schützenden Rechts auf den fraglichen Konflikt-sachverhalt zu erstrecken. Dabei wird nicht das unantastbare Gut selbst abgewogen, sondern es werden alle Interessen (semantische, teleologische, historische, aber auch einigungsbasierte und pragmatische Gesichtspunkte) für oder wider die Zuordnung des strittigen Sachverhalts zum unantastbaren Schutzbereich des fraglichen Grundrechts geprüft.

Das Ergebnis der Auslegung gibt Aufschluss über den Schutzbereich des unantastbaren Grundrechts. Die unantastbaren Schutzgüter dieser (begriffslogischen) Art sind insofern uneinschränkbar, als dass man die Einschränkung erst feststellen kann, wenn die Unrechtmässigkeit der Einschränkung erkennbar ist.

c. Zwischenfazit: Nähe der Auslegung zur Interessenabwägung

Die Kollisionslösung durch Abwägung und jene durch Auslegung unterscheiden sich nur begrenzt, beziehungsweise setzen sich gegenseitig voraus.²⁰⁸⁷ Beide Verfahren verlangen nach der Interpretation und Anwendung einer Norm auf einen Einzelfall. Im Falle von Unklarheiten (seien sie bloss semantischer oder materieller Art) kommt es zudem stets zur Interessenprüfung (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Konfligierenden Grundrechten stehen jeweils jene Schutzgehalte zu, für die von allen semantisch nicht haltbaren Hypothesen die besten Gründe sprechen.²⁰⁸⁸ Dass dabei in aller Regel am Wortlaut und an der durch die Gerichte etablierten Deutung positiver Normen festzuhalten ist, liegt dabei an indirekt pragmatischen Gründen:

2085 Vgl. Teil 2, III.2.a, zur pragmatischen Dimension der Grundrechtsauslegung.

2086 Vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.

2087 Vgl. vorne, Teil 2, B.II.1.a; ferner Teil 2, C.IV.

2088 Vgl. vorne, Teil 2, B.III.2.a.

an der Vermutung der Vorteilhaftigkeit der Respektierung des gesetzlich Vorgegebenen (im demokratischen Rechtsstaat). Ferner ist sowohl bei der Auslegung wie auch bei der Abwägung nach der möglichst gerechten Lösung zu suchen; nach der Kollisionslösung, welche optimale Folgen für das Leben der Betroffenen bewirkt.²⁰⁸⁹ Gerechtigkeitsabwägungen kommen bereits bei der Identifikation der relevanten Interessen, die von der Kollision betroffen sind, zum Tragen (also anlässlich der Ermittlung der betroffenen und womöglich geschützten Rechtsgüter). Zudem sind sie für die Bewertung der kollidierenden Güter und die Prüfung der Schwere der Einschränkungen bedeutsam; und damit auch für die zur klassischen Verhältnismässigkeitsprüfung gehörende Frage, ob eine andere Lösung ein milderes Mittel wäre.

3. Kollisionslösung ohne Interessenabwägung?

a. Allgemein

Während das Verhältnismässigkeitsgebot immer gilt, variiert das beste Mittel zur Gewährleistung von Verhältnismässigkeit. Die Durchführung einer Interessenabwägung ist nicht immer verhältnismässig. Es ist fallweise zu prüfen, ob und in welchem Umfang es verhältnismässig ist, abzuwägen. Herrscht Zeitdruck, kann das Unterlassen der Abwägung oder eine sehr kurze, summarische Form hiervon verhältnismässig sein. Steht wenig auf dem Spiel, sollte die Abwägung ebenfalls nicht zu viel Raum (Ressourcen) einnehmen. In anderen Fällen mögen zwar sehr wichtige Interessen betroffen, die Abwägung aber weitgehend obsolet sein, weil man sich auf eine tiefreichende Erfahrung in ähnlich gelagerten Fällen oder auf eine vorgelegte, abstrakte Abwägung abstützen kann, aus welcher der absolute Vorrang einer bestimmten Rechtsposition resultiert.

In all diesen Fällen lässt sich die verhältnismässige und gebotene Lösung ohne eigentliche Abwägung im Einzelfall hinreichend verlässlich identifizieren. Hiernach interessiert der bereits besprochene Fall des abwägungsgefestigten, erfahrungsbasierten strikten Vorrangs bestimmter grundrechtlicher Teilgehalte.

2089 Vgl. vorne, Teil 2, A.I.2 i.V.m. Teil 3, D und E.

b. Strikter Vorrang (pragmatisch-)unantastbarer Rechtsgüter

Im Falle des Vorrangs eines im pragmatischen Sinn unantastbaren Rechtsgutes folgt die gebotene Kollisionslösung nicht auf eine konkrete, umfassende Interessenabwägung, sondern basiert auf einer starken Vermutung der Vorrangwürdigkeit. Stark insoweit, als sie nicht nur für den konkreten Fall gilt, sondern für alle gleich gelagerten Fälle, und als sie auf besonders fundierten und erfahrungsbasierten abstrakten Abwägungen beruht. So dürfen die Sicherheitskräfte nicht in jedem einzelnen Fall mittels Abwägung prüfen, ob sie den Entführer nicht doch mit der Daumenschraube malträtieren dürfen, um sich damit an der Rettung der Geiseln zu versuchen. Das gilt auch für die Anwendung der Daumenschraube in allen anderen Konstellationen; und überhaupt für alle dem üblichen Verständnis der Folter entsprechenden Mittel, für welche die Daumenschraube nur platzhalterisch an dieser Stelle steht. Das gilt, weil Art. 10 Abs. 3 BV die Folter eindeutig absolut verbietet und dieses eindeutige Verbot somit *mindestens* alle Massnahmen beschlägt, die eindeutig Folter sind.

Kollidiert ein einschränkbarer grundrechtlicher Normalgehalt gegen klar uneinschränkbare Gehalte, gehen Letztere vor. Plausibel ist dies für jene grundrechtlichen Schutzgehalte, deren Vorzugswürdigkeit für praktisch alle Fälle im Vorfeld prognostiziert werden kann. Die Prognostizierung der ausnahmslosen Vorzugswürdigkeit einer strikten Wahrung des unantastbaren Schutzgutes ist in pragmatischer Hinsicht zur Begründung des strikten Vorrangs dieses Schutzgutes nicht erforderlich. Es genügt, dass eine allfällige punktuelle Inopportunität der Befolgung des absoluten Gebots weniger schadete als ein ausnahmefähiges Gebot, das etwa Irrtümern und Missbräuchen Vorschub leistete. Hieran zeigt sich der Vorzug der nicht-rigoristischen²⁰⁹⁰ Logik der in dieser Arbeit begründeten Unantastbarkeit gewisser Normgehalte. Diese Unantastbarkeit beruht nicht auf einem blossen Postulat. Sie ist dem Machtspiel und der Gefahr der stets auf Augenhöhe rivalisierenden metaphysischen Argumente und Gegenargumente entzogen. Als Ausdruck von Folgenerwägungen ist sie aufgrund ihres pragmatischen, logisch falsifizierbaren Charakters besonders gefestigt.²⁰⁹¹

2090 Zur Ablehnung rigoristischer Ansätze siehe oben, Teil 2, C.V.2.a und C.V.3.

2091 Teil 2, C.V.2 – 4.

c. Abwägung in Grenz- und unklaren Fällen

In Zweifelsfällen ist von der Betroffenheit einer abwägungsfähigen, nicht einer unantastbaren Norm auszugehen. Ein nur möglicherweise unantastbares Rechtsgut, dessen Zuordnung zur strikten Norm nicht etabliert ist und semantisch oder pragmatisch nicht restlos überzeugt, sollte nicht a priori allen kollidierenden Gütern vorgehen; wenn es vorzugehen verdient, wird sich dies im Rahmen der Abwägung zeigen müssen – und auch zeigen.

Ein Beispiel ist das Androhen eher schwerer Schmerzen im Rahmen eines Verhörs zum Zwecke der Beendigung eines Verbrechens und der Rettung der Opfer; es dürfte typischerweise unzulässig sein, ist es aber nicht zwingend.²⁰⁹² Es mag sogar sein, dass die Androhung von Schmerzen stets unverhältnismässig ist, weil es (wegen des Widerstands, den Drohungen auslösen, und der Effektivität leerer Drohungen) offensichtlich regelmässig weit wirksamere Mittel geben dürfte, die die Grundrechte des Betroffenen nicht schwerer einschränken. Der Schaden, den die Androhung bewirkt, ist aber kaum so schwer, dass man für die Summe aller denkbaren Konstellationen verlässlich vorhersagen könnte, selbst die streng begrenzte Billigung solcher Verhörmittel sei zweifellos niemals rechtfertigbar. Anders als beim Verbot von Massnahmen, die unstreitig unters Folterverbot fallen, kann hier zudem auch nicht von einer Einigung gesprochen werden, derzufolge die Drohung stets unzulässig wäre. Die Unzulässigkeit der Androhung von Schmerzen fliesst nicht aus unbedingten Verböten, sondern aus der (kurzen, weil einfachen) Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall.

Die Erforderlichkeit der Interessenabwägung in Fällen, die nur möglicherweise unantastbare Rechtsgüter betreffen, ist auch im Zusammenhang mit dem Gebot der symmetrischen Kollisionslösung zu sehen.²⁰⁹³ Wegen der Rechtsgleichheit ist in Fällen, bei denen unantastbare Rechtsgüter beidseitig betroffen sein könnten (es aber nicht sicher sind), eine symmetrische Prüfungsausgangslage zu ermöglichen. Dazu sind zwei unterschiedliche Prima-facie-Einschätzungen möglich:

- Steht fest, dass auf einer Seite der Kollision ein uneinschränkbares Rechtsgut betroffen ist, und dürften auf der anderen Seite ebenfalls eher unantastbare Güter gefährdet sein, ist sicherheitshalber davon aus-

2092 Vgl. vorne, Teil 4, C.IV.

2093 Vgl. vorne, Teil 2, B.IV.1.c.

zugehen, dass auf beiden Seiten der Kollision an sich uneinschränkbare Rechtsgüter bedroht sind. Dass auf einer Seite die unantastbaren Rechte womöglich mit grösserer Gewissheit betroffen sind, ist (erst) im Rahmen der vertieften Normauslegung und Interessenabwägung zu berücksichtigen. So ist im Falle der Androhung von Schmerzen gegen einen Entführer stets dann von einem Eingriff in unantastbare Schutzgehalte auszugehen, wo die Massnahme die Rettung der Geisel aus einer menschenunwürdigen Situation bezweckt – denn die Unantastbarkeit der Würde des Opfers darf nicht dazu führen, dass jedes nicht offensichtlich unzulässige Rettungsmittel unweigerlich zum Einsatz gelangen dürfte und der Staat nicht einmal zur Abwägung verpflichtet wäre.

- Wenn die mit einem eher einschränkbareren Schutzgut kollidierenden Ansprüche ihrerseits eher einschränkbar sind, ist im Zweifelsfall von der Einschränkbarkeit der betroffenen Schutzgüter auszugehen. Das Schutzgut, das der Unantastbarkeit näher schien, wird sich hier im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung als überlegen empfehlen müssen (was ihm i.d.R. auch gelingen dürfte).

Der symmetrische Ansatz verhindert sachwidrige Automatismen und dient dabei der optimalen und rechtsgleichen Verwirklichung der Grundrechte.

4. Zwischenfazit

Grundrechtskollisionen sind immer auf verhältnismässige Weise zu lösen. Eine Interessenabwägung ist in aller Regel vorzunehmen – im Rahmen einer eigentlichen grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung, gestützt auf Art. 36 Abs. 3 BV, oder aber im Rahmen der Auslegung der Grundrechte und der übrigen relevanten Normen im Kollisionsfall, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV. Wäre das Gebot der Verhältnismässigkeit nicht explizit in der Verfassung festgehalten, verstünde es sich gleichwohl von selbst – gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit) i.V.m. Art. 35 BV (Verwirklichung der Grundrechte). Der Umfang der gebotenen Interessenabwägung variiert. Erforderlich ist zumindest eine kurze Prüfung der Abwägungsnotwendigkeit – und damit bereits eine Art Abwägung.

Der Umfang der Abwägung untersteht selbst dem Verhältnismässigkeitsgebot; das heisst, es hängt vom Verhältnis zwischen dem (im Regelfall als erheblich zu vermutenden) Nutzen der Abwägung und dem Aufwand hierfür ab.

Auf eine konkrete Interessenabwägung kann verzichtet werden, wo eine abstrakte, umfassende Interessenabwägung stattfand, aus welcher der absolute Vorrang von spezifischen Grundrechtsgehalten oder gänzlich unantastbaren spezifischen Grundrechten hervorgeht. Im Falle der (sehr unwahrscheinlichen) echten Kollision unantastbarer Schutzgüter wäre aber gleichwohl abzuwägen.

B. Priorisierungsgründe ethisch fundierter Kollisionslösungen

I Vorbemerkungen

1. Nutzen von Priorisierungskriterien

Die Grundrechtskollision ist ein Konflikt, bei welchem eine harmonische Auflösung im Sinne der von den Grundrechten der Konfliktparteien abstrakt beabsichtigten vollen Schutzwirkung nicht möglich ist. Zumindest eines der Grundrechte muss weichen. Daher gilt es, Kriterien für die Priorisierung des Vorrangs festzulegen. Entsprechende Argumente für den Vorrang eines Grundrechts im Kollisionsfall werden hiernach als Priorisierungskriterien bezeichnet. Diese Kriterien, die kollisionslösende Prinzipien ausdrücken, tragen zur Klärung der Schutzgehalte bestimmter Grundrechte sowie zur Identifikation der im Sinne einer umfassenden Folgenbeurteilung überwiegenden Interessen bei.

Die nachfolgende Liste an Prinzipien und Kriterien liefern einen Überblick über zentrale Gesichtspunkte, die von allen mit Kollisionssituationen konfrontierten Behörden bedacht werden sollten. Die Pluralität der Priorisierungsgründe ist keine Vollmacht zur Beliebigkeit. Im konkreten Fall sind die unterschiedlichen Gesichtspunkte umfassend zu prüfen.

Will das Gericht eine Kollisionslösung durchsetzen, für die nur ein kleiner Teil der insgesamt aussagekräftigen Priorisierungsgründe zu sprechen scheint, hat es im Rahmen der Begründungspflicht darzulegen, warum die übrigen Gründe, die gemeinhin verlässliche Indizien sind, nicht überwiegen.

2. Gerechtigkeitserwägungen als Teil der Grundrechtsdogmatik

Die Priorisierungskriterien zur Lösung von Grundrechtskollisionen sind besonders Kriterien der Gerechtigkeit. Erst Gerechtigkeitserwägungen zei-

gen, warum bestimmte Interessen gegenüber widerstreitenden Interessen zu priorisieren sind. Zwar mag eine Höchstgerichtspraxis regelmässig eine plausible Lösung aufzeigen. Doch diese Praxis ist nur ein Autoritätsargument der (aufgrund der Qualifikation der Gerichtsmitglieder) besseren Sorte. Der Rückgriff auf Gerechtigkeitserwägungen mag dadurch teilweise an Dringlichkeit verlieren; erlasslich wird er aber selbst im Falle einer eindeutigen Gerichtspraxis nicht.

Gerechtigkeitsfragen durchdringen das Verfassungsrecht. Sogar die Legitimität des Verfassungsrechts lässt sich kaum ohne Gerechtigkeitserwägungen begründen. Obgleich man die Legitimität des Rechts und der Verfassung mit dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers in Verbindung setzen kann, griffe es zu kurz, zu sagen, die Verfassung gelte, weil der Verfassungsgeber sie gewollt habe (es wäre ein Zirkelschluss). Die Geltung der Verfassung in möglichst der vom Verfassungsgeber gewollten Form hat vielmehr pragmatische Gründe. Das Definieren des Rechts durch demokratische Verfahren ist Teil einer erfahrungsgemäss vernünftigen Gerechtigkeitsstrategie. Eine Verfassungsordnung, die auf kollektiv etablierten Werten errichtet ist, zeitigt bessere Folgen als die Ordnung, die nur gegen den Widerstand (oder unter Irreführung) der Rechtsunterworfenen durchzusetzen wäre.

Die Arbeit hat auch gezeigt, dass es nicht anginge, wenn sich jede verantwortliche Person zur Lösung der Grundrechtskollision einfach nur auf ihr persönliches Gerechtigkeitsgefühl beriefe. Da diese Arbeit ein Abstellen auf Gerechtigkeitserwägungen grundsätzlich befürwortet, ist die Identifikation typischer Fehler und Schwächen von Gerechtigkeitserwägungen besonders bedeutend. Es darf nicht zum unkritischen Pluralismus der Gerechtigkeitskriterien kommen, der im Effekt nichts als das Gutheissen all dessen bedeutet, was das jeweils subjektive eigene Gerechtigkeitsgefühl will. Damit wäre nichts gewonnen; man wäre dort, wo man immer ist, wenn die Möglichkeit objektiver Erkenntnis bestritten wird: Nichts ist wahr, alles ist erlaubt.²⁰⁹⁴

3. Vergleichsfähigkeit der Werte

Eine der berühmtesten Floskeln der Gerechtigkeit lautet, die Freiheit des einen endet, wo die Freiheit des anderen beginnt. Wer die Tragweite seiner Freiheit in Erfahrung bringen wollte, um nach diesem Satz zu leben,

2094 NIETZSCHE, Also sprach Zarathustra, Kap. 81, *Der Schatten*.

müsste vorher bereits wissen, wie weit die Freiheit des Nächsten reicht. Seine Fremdenkenntnis müsste somit seine Selbstkenntnis übertreffen. Aussagekräftig wird dieser Freiheitssatz, wenn Klarheit bezüglich der notwendigen Komponenten von Gerechtigkeitsaussagen herrscht. Das bedeutet: (i) man hat Kenntnis vom Kreis der Personen, die Anspruch auf Freiheit haben, und vom massgeblichen Verteilverhältnis²⁰⁹⁵; (ii) man verfügt über Mittel, die Freiheitsentfaltungen und anderen Grundrechtsgelände, deren Grenze es im Kollisionsfall zu regulieren gilt, auf vergleichsfähige Weise bewerten zu können.

In Grundrechtsdiskurs ist für die im ersten Punkt genannten Elemente vom Gebot der gleichen Berücksichtigung (Verteilverhältnis) aller Menschen (relevanter Kreis der Gleichheit) auszugehen.²⁰⁹⁶ Man kann sich insofern die philosophisch anspruchsvollen Diskussionen über eine Zulässigkeit engerer oder die Notwendigkeit weiterer Kreise der Gleichheit ersparen.²⁰⁹⁷

Für die Lösung von Grundrechtskollisionen von praktischer Bedeutung ist dagegen vor allem der zweite Punkt. Er setzt etwas Gemeinsames für die Bewertung voraus, einen Bezugspunkt. Die personenübergreifend plausible Bewertung des Gewichts grundrechtlicher Freiheiten und Interessen setzt ein für alle Betroffenen aussagekräftiges Beurteilungskriterium voraus. Damit erst lässt sich der Anspruch auf gleiche Berücksichtigung nachvollziehbar mit Inhalt und konkreten Forderungen füllen – und eruieren, wo die Freiheit des einen zugunsten der Freiheit des anderen vernünftigerweise aufhören sollte. Das bedeutet nun auch: Die Ermittlung der vorrangwürdigen Position bei Grundrechtskollisionen muss sich vom Subjektiven lösen, weil die entscheidenden Werte im Vergleich, im Gegenüberliegen und im Inbezugsetzen (zum Bezugspunkt) dessen hervortreten, was auf dem Spiel steht.

Wo also liegt die Erkenntnisquelle der bewertenden Vergleiche?

Aussagen, die für alle gleichermassen gelten können, lassen sich nur gewinnen, wenn kollidierende Interessen mithilfe von Gesichtspunkten gewichtet werden, die unmittelbar mit der empirisch begreifbaren menschlichen *Lebensrealität* zusammenhängen. Mit dem, was den Wert des Lebens für die Lebenden ausmacht, was objektiv aufgrund der naturwissenschaft-

2095 Siehe dazu insb. oben, Teil 3, A.I.3.-III.

2096 Teil 3, A.II.

2097 Ein Teil dieser sehr weiten Debatte wurde oben geführt, in der Gegenüberstellung einer perspektivischen und einer universalistischen Folgenethik: Teil 3, D.II.6.

lich fassbaren menschlichen Natur zum Kern eines Lebens gehört, das für ihn wertvoll ist. Die für den Menschen gültigen Werte sind empirisch als Elemente der menschlichen Natur und der Qualität eines menschlichen Lebens begreifbar. Vor allem die menschlichen Grundbedürfnisse geben dabei näher Aufschluss über ihren Gehalt.

4. Drei Typen von Priorisierungsgründen

Der Überbegriff der *Wertgründe* für die nachfolgenden Priorisierungsgründe im Kollisionsfall rührt daher, dass es sich dabei um Gründe handelt, die substanziell und folgenethisch begründet sind.²⁰⁹⁸ Dies im Unterschied zu den *Gleichheitsgründen*, die aus dem gleichen Anspruch auf Berücksichtigung aller Menschen, also aus dem gebotenen Kreis der Gleichheit und egalitären Verteilschlüssel, herrühren. Zudem werden von den Wertgründen die *Einigungsgründe* unterschieden, wenngleich diese jeweils – soweit überhaupt – selbst folgenethisch begründbar sind. Deren getrennte Darstellung drängt sich auf, weil dazu alle durch die Natur des demokratischen Rechts, das Legalitätsprinzip, die Gesellschaftsvertragsidee, den Gedanken der Selbstbestimmung und der Privatautonomie begründeten und prima facie legitimierten Gerechtigkeitsüberlegungen Platz finden.²⁰⁹⁹

II Wertgründe (unmittelbar folgenethische Gründe)

1. Allgemeines

Eingangs dieser Arbeit wurde dargelegt, warum das Recht – soweit es überhaupt wissenschaftlich greifbar ist (also im Ausmass, in dem es nicht nur Produkt von Macht, historischen Zufällen und anderen richtigkeitsunabhängigen Faktoren ist) – Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft sein kann.²¹⁰⁰ Auch zur Erkenntnis der Gerechtigkeit gelangt der Mensch genauso wie zu jeder naturwissenschaftlichen Erkenntnis: durch Beobachtung und Schlüsse aus Erfahrungen.²¹⁰¹

2098 Das heisst, unmittelbar i.S. der folgenethischen (Teil 3, D) und substanziellen (Teil 3, E) Gerechtigkeitskonzeption.

2099 Siehe dazu vorne, Teil 3, F.IV.

2100 Vgl. vorne, Teil 1, E.I.3.

2101 Vorne, Teil 3, E.II.

Nur rechtsethische Argumente, die in falsifizierbaren Seinsannahmen gründen, sind unabhängig von der eigenen Gesinnung und damit auch für Personen jenseits der eigenen Gesinnungsgruppe nachvollziehbar.

Priorisierungskriterien, die unmittelbar in ontologischen Tatsachen gründen, werden hier Wertgründe genannt. Dies im Unterschied einerseits zu den Gleichheitsgründen, deren folgenethische Begründung höchst schwierig sein kann (je nachdem, auf wen es überhaupt ankommen soll) und typischerweise nur indirekt möglich ist²¹⁰²; andererseits zu den Einigungsgründen, deren Berücksichtigung zwar im Ergebnis folgenethisch sinnvoll ist, die aber nicht beim Erörtern der Folgen unterschiedlicher Lösungen ansetzen.

In allgemeiner Hinsicht ist überdies hervorzuheben, dass folgenethisch fundierte Gründe hierarchiefähig sind. Es stehen nicht alle Werte (sei es auch nur *prima facie*) gleichwertig nebeneinander. Insbesondere folgt aus grundrechtsdogmatischen²¹⁰³ und gerechtigkeitstheoretischen²¹⁰⁴ Überlegungen, dass eine abstrakte Rangordnung und damit ein unterschiedlicher (durchschnittlicher) Erwartungswert der unterschiedlichen Grundrechte plausibel ist. Ginge man von der Unzulässigkeit der Annahme unterschiedlich wertvoller Grundrechte aus, wäre die Nachvollziehbarkeit der kollisionslösenden Abwägung geschwächt. Es müssten fortan stets die (ohne abstrakte Bezugswerte kaum objektiv erfassbare) Intensität des Eingriffs und die Umstände des Einzelfalls den Vorrang der einen Position vor der anderen erklären. Das Beharren auf der alleinigen Bewertung des Gewichts einzelner Grundrechte im Einzelfall litte auch daran, dass es eine feste Dichotomie zwischen konkreten und abstrakten Werten gar nicht gibt. Die rein abstrakte Bewertung gibt es ebenso wenig wie den rein konkreten Einzelfallentscheid. Überzeugende abstrakte Werte sind richtige Schlüsse aus konkreter Erfahrung. Dies ist kein Zufall, sondern Zeugnis der die Einzelfälle verbindenden abstrakten Beurteilungskriterien und Werte.²¹⁰⁵ Eine konfliktlösende Abwägung, die ohne abstrakte Werte auskäme, wäre der Beliebigkeit preisgegeben. Sie wäre so verlässlich wie ein Richterentscheid mit Würfeln. Kurz: Der vernünftige Richter entscheidet im Einzelfall stets auch abstrakt; gleichzeitig orientiert er sich im Abstrakten am Konkreten.

2102 Vgl. vorne, Teil 3, A.III.2.c und e.

2103 Vorne, Teil 2, C.IV.2.

2104 Vorne, Teil 3, D.I.2.b/e; vgl. zudem die Konkretisierung der Grundrechtsgehalte auf Basis der Erkenntnisse aus der (Maslowschen) Bedürfnishierarchie: Teil 3, E.I.5.

2105 Vgl. ZUCCA, Constitutional Dilemmas, 24.

Das hat mit Erfahrung und mit Folgenerwägungen zu tun, denn abstrakte Werte sind Werte, deren Schutz und Förderung sich immer wieder in unterschiedlichen Fällen als vorteilhaft für das Wohl all jener erwiesen – oder erweisen würden –, auf die es ankommt.

Hieraus folgt nicht, man könne alle in der Verfassung positivierten Grundrechte gewinnbringend in eine Rangliste zwingen. Das liegt daran, dass diese Grundrechte breit gefasst sind, deren Schutzbereiche sich überschneiden und sie überdies in der jeweiligen Form quasi „organisch“ in einem konkreten historisch-politischen Kontext heranwuchsen.²¹⁰⁶ Eine praktisch relevante Hierarchisierung (im Sinne einer Vorrangvermutung) müsste eher an einzelnen Grundrechtsgehalten anknüpfen. An dessen Spitze wäre etwa das Recht, nicht getötet zu werden – nicht aber zwingend auch das ebenfalls aus dem Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) fließende Recht, keiner Lebensgefährdung ausgesetzt zu werden – obwohl sich auch dieses Recht eher im oberen Teil der Hierarchie befinden dürfte. Eine wichtige Frage bei der abstrakten Differenzierung der Werte der Grundrechte ist die Frage nach der Lebensdienlichkeit der Wahrung bestimmter grundrechtlicher Schutzgüter und dem Rang der dabei befriedigten Grundbedürfnisse.

2. Höchststrangigkeit des Lebens

a. Lebenswert als ontologische Begründungsbasis

Alles Leben manifestiert sich als Wille zum Leben. Das ist evolutionär notwendig; das Leben ist, weil es über Jahrhunderte hinweg war. Darüber, dass man das eigene Leben als wertvoll empfindet, kann man daher gar nicht frei befinden.²¹⁰⁷ Die wichtigste Tatsache und Grundannahme ist daher jene des Lebens als Wert – für den Lebenden (im hier interessierenden Kontext der Mensch). Der Drang nach Überleben und nach einem als wertvoll erlebten Leben ist Teil der menschlichen Natur. Alle weiteren, allgemein nachvollziehbaren Werte haben im Leben ihren Ursprung, lassen sich als etwas erklären, das dem Leben (als Wert) dient. Dass diese Wertderivate in sehr vielfältigen Grundrechten, aber auch in ebenso vielfältigen Sitten, Moralvorstellungen und religiösen Normen Ausdruck finden, ist

2106 Zu Letzterem: J. P. MÜLLER, Bemerkungen, § 39 N. 6; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 9.

2107 Teil 3, E.I.2.b/3.

Ausdruck ebenso vielfältiger Umstände des menschlichen Daseins auf Erden. Weil vom Leben alle anderen Werte ausgehen und abhängen, ist das Leben das wertvollste Schutzgut der Grundrechtsordnung.

Ob das Leben anderer Menschen für den Menschen wertvoll ist, ist eine ethisch etwas schwierigere Frage, die aber aufgrund von Folgenerwägungen zumindest grundsätzlich bejaht werden muss: Das Wohlbefinden des Menschen setzt nicht die Einsamkeit des Bären, sondern für die meisten Naturen eine kooperative und bei aller Konkurrenz nicht auf Destruktion ausgerichtete Lebensweise voraus. Die Grundbedürfnisse des menschlichen Lebens sind in einer kooperativen Gemeinschaft eher gesichert als einsam in der rauen Wildnis. Also ist für den Menschen das Leben anderer Menschen zumindest indirekt wertvoll. Selbst wenn es so etwas wie Mitgefühl und genuine Nächstenliebe nicht gäbe, hätte der Mensch somit alleine aus Reziprozitätserwägungen oft genug allen Grund, die Interessen anderer Menschen zu achten.

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht bereitet diese Frage keine Probleme: Die Grundrechtsordnung hat grundsätzlich die Rechte aller Menschen zum Gegenstand. Auch steht der Staat als unabhängige Entität ohnehin über der subjektiven und individuellen Perspektive, aus der sich argumentieren liesse, nur das eigene Leben sei ein Höchstwert.

b. Grundgebot der Lebensdienlichkeit

Das Leben als Wert umfasst das Lebendigsein, soweit es von den Betroffenen als Wert erlebt oder angesehen werden kann, und alles am Leben, was als wertvoll erfahrbar ist. Die diesem Wert entsprechende Grundnorm ist das Gebot der Lebensdienlichkeit. Jedes Grundrecht kann als direkte oder indirekte Konkretisierung dieses Grundgebots begriffen werden: Das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) und das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) sind direkt lebensdienlich; eher indirekt lebensdienlich sind die übrigen Grundrechte, darunter die Verfahrensrechte (Art. 29 ff. BV), die politischen Rechte (Art. 34 BV), die Freiheiten der Arbeit (Art. 27 BV) und der Niederlassung (Art. 24 BV). Sie tragen alle auf ihre Weise zum Erhalt des Friedens und produktiver Kooperation in der Gesellschaft bei, die ihrerseits dem Leben dienen.

Die optimale Kollisionslösung ist jene, die ein möglichst gutes und erfülltes, so wenig wie nötig in seiner Qualität eingeschränktes Leben möglichst vieler Menschen zur Folge hat. Folglich kann man kollidierende

Interessen abwägen, indem man nach der Bedeutung fragt, die den Grundrechten im konkreten Kollisionsfall für die Fähigkeit der Betroffenen zu einem als wertvoll erfahrenen Leben zukommt.²¹⁰⁸

Darin mag man einen Schluss vom Sein zum Sollen erblicken. Das ist aber kein Fehlschluss, weil schon die Idee, es gebe eine von der ontologischen Welt unabhängige Wissensdimension „normativer“ Art, auf Spekulationen beruht. Wenn, wie hier vermutet, das Ontologische und das Normative zwei Modi der Darlegung und Zusammenfassung an sich gleicher Sachverhalte sind, greift der Fehlschluss-Einwand nicht.²¹⁰⁹

c. Grenzen: Möglichkeit eines fundierten Todeswillens

Der Höchstwert des Lebens kennt unechte Ausnahmen. In bestimmten Situationen kann es sich ergeben, dass ein Mensch – obwohl dessen nacktes Überleben zwar noch eine gewisse Zeit (vielleicht jahrelang) fort dauern könnte – aus vernünftigen Gründen zur Überzeugung gelangt, er wolle sterben.

Aus dem Höchstwert des Lebens folgt nicht, es könne nie im Interesse einer Person sein, den eigenen Tod in Kauf zu nehmen oder gar gezielt zu erwirken. Die Qualität des Lebens kann so gering sein, dass die betroffene Person ein überwiegendes Interesse hat, den Tod dem Lebendigsein vorzuziehen. Ist dies der Fall, gehen etwa die Rechte auf Selbstbestimmung und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) oder die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) – die alle drei einer Nötigung zum Erleiden unerträglicher Qualen entgegenstehen – dem Erhalt des nackten Lebens im konkreten Fall vor.

Solche Fälle widerlegen nicht den Höchstwert des Lebens, zeigen aber, dass das Leben nicht unter beliebigen Umständen als wertvoll empfunden wird. Der freitodwillige Mensch hat nicht am Leben an sich etwas auszusetzen, sondern am Leben, wie er es zuletzt leben musste oder hätte leben müssen.²¹¹⁰

2108 Siehe dazu auch der Befähigungsansatz SENS, der das Anliegen der Befähigung nicht als Selbstzweck versteht, sondern in Bezug zur Vorstellung eines Lebens setzt, das man mit vernünftigen Gründen wertschätzen kann: dazu vorne, Teil 3, D.II.5 und F.IV.3.c.

2109 Zur Kritik der Fehlschluss-These siehe oben, Teil 3, E.II.2.

2110 Vorne, Teil 3, E.III.

Man muss aus der Möglichkeit solcher Situationen die sich aufdrängen den Folgerungen ziehen. Jemand, der einen Menschen auf wohlüberlegtes Verlangen hin tötet oder dem Betroffenen dabei hilft, sich aus nachvollziehbaren Gründen zu töten, spricht weder dem Leben noch dem Betroffenen den Wert ab; vielmehr kann man sagen, er reagiere implizit lebensbejahend, da sein Handeln sich gegen lebensfeindliche Umstände richtet. Es fragt sich daher, was man in ethischer Hinsicht einem solchen Täter vorwerfen soll (und ob sein Mut zur aktiven Tat nicht in bestimmten Fällen gar Lob verdiente). Für den Staat steht der Imperativ fest: Die grösste Gefährdung aller Gerechtigkeit ist eine Situation, in der eine grössere Anzahl an Menschen, die an sich durchaus gesund und lebenswillig sein könnten (die nicht schwerverletzt oder schwerkrank sind), an Lebenswertschätzung verlieren. Hier ist der Zweck der anderen Höchstnorm, der Menschenwürde, anzusiedeln: Sie sichert die Flanke der ganzen Gerechtigkeits- und Grundrechtsordnung, die nur vor dem Hintergrund des Werts des Lebens schlüssig ist, indem sie den Staat anhält, allen Menschen ein zumindest nicht menschenwürdevidriges Leben zu ermöglichen.²¹¹¹

d. Differenzierungen der Werte innerhalb des Höchstwerts

Im Kollisionsfall kann es Leben gegen Leben stehen; oder es können existenzielle Interessen kollidieren, ohne dass auf der einen oder anderen Seite das unmittelbare Überleben auf dem Spiel stehen müsste. Die Abwägung der kollidierenden Güter setzt in diesen Fällen voraus, dass verglichen werden kann, wie viel (graduell) an Leben oder Lebensqualität für die jeweils Betroffenen auf dem Spiel steht. Ein Mittel zur Nuancierung wurde mit dem Kriterium der Befähigung zum Leben eines als wertvoll erfahrenen Lebens bereits identifiziert.²¹¹² Ein anderes ist der Gedanke der Lebensdienlichkeit an sich²¹¹³, konkretisiert auf der Basis von Erfahrungsdaten.²¹¹⁴ Für sachliche Vergleichskriterien sind zudem die Grundbedürfnisse der Menschen und deren Hierarchie zu konsultieren.²¹¹⁵ Allgemein

2111 Vorne, Teil 3, E.III.3.

2112 Vorne, Teil 5, B.II.2.c.

2113 Vorne, Teil 5, B.II.2.b.

2114 Dazu unten, Teil 5, B.II.4.b.

2115 Vorne, Teil 5, B.II.3.

gilt überdies das Prinzip der Gradualität, als Antithese zu jedem Versuch, rigoristische Schutzpositionen um jeden Preis aufzubauen.²¹¹⁶

Das Grundrecht, das dem ethischen Grundprinzip der Lebensdienlichkeit unmittelbar rechtlich Ausdruck verleiht – das Recht auf Leben –, lässt ebenfalls graduelle Bewertungen zu. So können bloss Lebensgefährdungen als eher reparabel, folglich nicht besonders schwere Einschränkungen des Lebensrechts eingestuft werden. Zur Bewertung einer Lebens Einschränkung durch Schaffen oder Dulden von Gefahren ist primär auf die Wahrscheinlichkeit der Todesfolge abzustellen (probabilistische Gewichtung); zudem sind die Folgen auf die körperliche Integrität und diverse Nachteile zu berücksichtigen, die nicht davon abhängen, ob es zum Lebensverlust kommt (z.B. die Einschränkung von Freiheiten, die man sich aus Angst oder Vorsicht selbst auferlegt, oder emotionales Unbill).

Die probabilistische Gewichtung der Einschränkung des Rechts auf Leben nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit einer Todesfolge dürfte eher unbestritten sein. Andere Aspekte der graduellen Lebensbewertung sind eher strittig; so die hier befürwortete Möglichkeit, auch Unterschieden in der geretteten Lebensdauer Rechnung zu tragen (was etwa im Rahmen der QALY-Kriterien getan wird²¹¹⁷). Dabei ist darauf zu achten, dass dies

2116 Vorne, Teil 5, B.II.4.

2117 Gemäss den umstrittenen QALY-Kriterien kann im Gesundheitswesen bei Ressourcenknappheit, wo nicht alle Menschen gerettet werden können, auf die sogenannten „*quality adjusted life years*“ abgestellt werden. Der Ansatz kalkuliert den Wert medizinischer Eingriffe auf Basis zweier Variablen: (i) die *verbleibende erwartbare Zahl Lebensjahre* und (ii) die *erwartete Lebensqualität in dieser Zeit*. Für eine konzise Erläuterung: CERI PHILLIPS, What is a QALY?, in: Health economics, April 2009, auffindbar auf <www.vhpharmsci.com/decisionmaking/Therapeutic_Decision_Making> (abgerufen am 11.6.2017): „QALYs provide a common currency to assess the extent of the benefits gained from a variety of interventions in terms of health-related quality of life and survival for the patient. When combined with the costs of providing the interventions, cost–utility ratios result; these indicate the additional costs required to generate a year of perfect health (one QALY). Comparisons can be made between interventions, and priorities can be established based on those interventions that are relatively inexpensive (low cost per QALY) and those that are relatively expensive (high cost per QALY).“; LUIS PRIETO/JOSÉ A. SACRISTÁN, Problems and solutions in calculating quality-adjusted life years (QALYs), in: Health Qual Life Outcomes 2003, 1:80, 19. Dezember 2003, auffindbar auf: <www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC317370/> (abgerufen am 28.10.2016); ZWEIFEL/BREYER/KIFMANN, Gesundheitsökonomie, 6. Aufl., Berlin e.a. 2013, 28.

nicht zu Diskriminierungen führt.²¹¹⁸ Auch erscheint es allgemein richtig, formalisierten Bewertungskriterien (wie den QALY) kritisch zu begegnen und jeweils im Rahmen eines Evaluationsverfahrens zu überprüfen, ob nicht subtile Vektoren der Lebensqualität vernachlässigt wurden; etwa die Fähigkeit einer Person, die lange an einer Krankheit litt, nach der Genesung an kleinen Dingen ungleich grosse Freude zu empfinden – etwa am Riechen des Frühlings, am Beobachten eines tosenden Gewitters, am Spaziergang im Wald, am Besuch des aus der Kindheit bekannten Jahrmarkts, am Glas Wein. Die Berücksichtigung der verbleibenden Lebenszeit ist allerdings nicht per se verwerflich. Betagte sind junge Menschen, die älter werden konnten; sie geniessen eine Lebensphase, die nicht allen vergönnt ist. Dies kann es sachlich rechtfertigen, die verbleibende Lebensdauer zu berücksichtigen.

Abgesehen von der noch verbleibenden Lebenszeit im Falle der Rettung können auch die bereits gelebten Jahre berücksichtigt werden. Wenn man einer Person ein zusätzliches Jahr sichern kann, die aufgrund einer angeborenen Krankheit nur 25 Jahre Lebenserwartung hat, ist das (vor dem Hintergrund der Wertgleichheit aller Menschen) nicht weniger, als wenn man einer Person, die bereits 75 Jahre lang lebte, drei zusätzliche Jahre sichert.

3. Gebot der bedürfnisorientierten Grundrechtsgewichtung

a. Erkenntnisse auf Basis der Bedürfnishierarchie Maslows

Die Grundbedürfnisse der Menschen sind für die Grundrechtsdogmatik von wohl unterschätzter Relevanz; noch harren sie auch in der Lehre ihrer Anerkennung.²¹¹⁹

2118 Vgl. in Bezug auf QALY-Kriterien: Verein Ethik und Medizin Schweiz (VEMS), Fact-sheet, Was ist das QALY-Konzept und was sind seine ethischen Probleme?, Stand Juni 2014: „Die Schwierigkeit liegt dabei in der Erfassung der Lebensqualität (LQ). Werden QALYs aufgrund standardisierter, objektiver Kriterien errechnet, dann meint Lebensqualität nicht das Wohlergehen, das der Patient selber empfindet, sondern den gesundheitlichen Durchschnittsnutzen, [...]. Darin liegt eine Gefahr der Benachteiligung von Behinderten, Alten und Polymorbiden“, auf <<http://physicianprofiling.ch>> (abgerufen am 11. Juni 2017).

2119 Bisweilen scheint der Massstab explizit zurückgewiesen zu werden: vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 Rz. 4: „Nicht alle Regungen des menschlichen Le-

Gemäss MASLOWS Motivationspsychologie befriedigt der Mensch seine Grundbedürfnisse nach einer bestimmten Prioritätenordnung.²¹²⁰ Die Maslowsche Bedürfnishierarchie liefert damit einen für die Beurteilung der grundrechtlich relevanten Interessen und Werte aller Menschen gültigen Referenzrahmen. Dieser Referenzrahmen ist an neue empirische Erkenntnisse anpassbar (d.h. falsifizierbar). Er kann dazu beitragen, Grundrechtskollisionen nachvollziehbar aufzulösen. Das ihm zugrunde liegende Vorrangprinzip lautet, dass vermutungsweise stets jene Grundrechtsposition vorgeht, die mit der Befriedigung der in der fraglichen Situation gewichtigsten Grundbedürfnisse verbunden ist. Dessen Beachtung dient auch der Nachvollziehbarkeit und damit Akzeptabilität der jeweiligen Lösung, da es auf ontologischen Tatsachen basiert und einen Massstab zur Wahrung der Rechtsgleichheit bildet. Dadurch, dass das Bedürfnisprinzip den Vergleich der Interessen verschiedener Personen auf einheitlicher Wertbasis ermöglicht, sichert es die Kommensurabilität der abzuwägenden Interessen. Damit gewinnt die Grundrechtsdogmatik an Aussagefähigkeit und Transparenz.

b. Vorrang gemäss der Bedürfnisrelevanz grundrechtlicher Ansprüche

MASLOW zufolge befriedigt der (nicht an erheblichen psychischen Defiziten leidende) Mensch seine Grundbedürfnisse tendenziell in folgender Reihenfolge: (i) Überlebensbedürfnisse (auch: physiologische Bedürfnisse); (ii) Sicherheitsbedürfnisse (i.w.S., auch zentrale, für die Selbstversorgung und den Selbstschutz elementare Freiheiten umfassend); (iii) soziale Bedürfnisse nach Anschluss und Teilhabe am Leben in der Gruppe; (iv) Bedürfnisse nach Wertschätzung durch andere (Ansehen) und dem damit verbundenen erhöhten Selbstwertgefühl; (v) Bedürfnisse nach Selbstverwirklichung (oder Selbsttranszendenz).²¹²¹

Diese absteigende Rangliste der Grundbedürfnisse ist aufschlussreich. Sie ist bei der Gewichtung der Grundrechte im Kollisionsfall zu beachten, da sich ihr Informationen bezüglich der tatsächlichen (empirisch erfassba-

bens sind Ausdruck elementarer Bedürfnisse; [...]. Es wäre darum verfehlt, die Grundrechte in ein System zu zwingen oder sie auf einen obersten Leitwert zurückführen zu wollen.“

2120 MASLOW, Human Motivation, 370–396.

2121 Ausführlich dazu, m.H., insb. Teil 3, E.I.5.

ren) Prioritäten der Menschen entnehmen lassen. Sie liefert damit objektive Bewertungsmaßstäbe.

So liegt es in der Natur des Menschen, prioritär danach zu streben, die eigenen existenziellen Bedürfnisse zu stillen – jenes nach unmittelbarem Überleben (Bedürfnis erster Stufe) und jenes nach Sicherheit im weiten Sinn (Bedürfnis zweiter Stufe), vor allem wo damit ebenfalls eine indirekte Überlebensrelevanz einhergeht. Hieraus folgt, dass der Schutz des Lebens in aller Regel kollidierenden nicht-existenziellen Anliegen vorzugehen hat.

Eine Gewichtung kollidierender Grundrechtsgehalte nach Massgabe der Bedürfnisrelevanz der kollidierenden Interessen liefert in jedem Fall ein empirisch plausibles – und zugleich diskussionsoffenes, weil falsifizierbares – Argument für eine Ersteinschätzung diverser Kollisionsfälle. Die Rangordnung der Grundbedürfnisse ermöglicht eine substantiell fundierte (nicht nur postulierte) Einstufung des relativen Werts kollidierender Grundrechtsinteressen. Der Massstab ist dabei in abstrakter Hinsicht eher einfach:

- Schutzbedürftig sind in erster Linie jene Lebensbereiche, deren Einschränkung auch eine unmittelbare Bedrohung des *Überlebens* an sich bedeutet. Infrage stehen dabei vor allem Bedrohungen des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV) sowie zentrale – für ein als lebenswert erlebtes Leben unverzichtbare – Elemente anderer Grundrechte; etwa das Folterverbot (Art. 10 Abs. 3 BV) und das Gebot der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV).
- An zweiter Stelle steht die Gewährleistung *elementarer Sicherheit* im Leben des Einzelnen; dazu gehören diverse Teilgehalte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), wie der Schutz der Gesundheit, der körperlichen und psychischen Unversehrtheit, der für ein würdiges Leben notwendigen Freiheit. Ebenfalls sicherheitsrelevant sind m.E. zentrale Gehalte des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV), da staatliche Eingriffe hierin ab einer gewissen Intensität und Frequenz von Misstrauen zeugt und eine konfrontative Einstellung des Staats gegenüber dem Bürger verrät; auch entfaltet die Kontrolle der Privatsphäre eine abschreckende Wirkung, was Einzelne daran hindern könnte, auf vernünftige Art für das eigene Wohl zu sorgen (z.B., bei Bedarf ein Spital aufzusuchen). Die meisten übrigen Freiheitsrechte (z.B. die Meinungsäusserungsfreiheit des Art. 16 BV) weisen ebenfalls sicherheitsrelevante Gehalte auf. Zudem ist der Schutz von Treu und Glauben auf der Vertikalebene (Art. 9 BV), anders als Treu und Glauben im (horizontalen) Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB), wegen der inhärenten

Gefährlichkeit eines unredlich oder anderweitig treuwidrig agierenden Staates ebenfalls sicherheitsrelevant.

- An dritter Stelle steht der *Schutz der sozialen Lebensräume* des Menschen, der nach Teilhabe am sozialen Dasein strebt und ein Gefühl der Zugehörigkeit erleben will. Zahlreiche Grundrechte schützen und befriedigen Elemente dieses Bedürfnisses (die Sprachenfreiheit [Art. 18 BV], die Vereinigungsfreiheit [Art. 23 BV], die Niederlassungsfreiheit [Art. 24 BV], die Wirtschaftsfreiheit [Art. 27 BV] und die meisten Teilgehalte des Rechts auf Privatsphäre [Art. 13 BV]).
- An vierter Stelle folgt das Bedürfnis nach *Ansehen*, also erhöhter Anerkennung (nicht nur als ein Mensch überhaupt, sondern als einer mit besonderen Werten), da dies einen Einfluss auf das Selbstwertgefühl und auf die Selbstachtung hat; dieses Bedürfnis dürfte vor allem peripher und indirekt durch gewisse Grundrechte geschützt sein und, soweit grundrechtlich überhaupt relevant, zugleich zusammen mit anderen Grundbedürfnissen betroffen sein (so etwa im Falle des Schutzes der Freiheit von Medienschaffenden, die im zunehmend autokratischen Umfeld nicht nur um des eigenen Ansehens willen gegen Korruption und Machtmissbrauch anschreiben, sondern dabei auch eine systemrelevante Funktion erfüllen und indirekt Sicherheitsbedürfnisse befriedigen).
- Schliesslich strebt der Mensch nach *Selbstverwirklichung* und (gemäss einer späteren Ergänzung MASLOWS) *Selbsttranszendenz*; Letzteres bedeutet das prioritäre Verfolgen von Daseinszwecken, welche über die Bedürfnisse der eigenen Existenz hinausgehen (z.B. durch Spiritualität oder genuinen Altruismus).²¹²²

Die Sicherstellung der Bedürfnisse der vierten und fünften Stufe (nach Ansehen und nach Selbstverwirklichung bzw. Selbsttranszendenz) ist m.E. nicht direkt ein Anliegen der Gerechtigkeit und bedarf nur in seltenen Konstellationen des unmittelbaren Schutzes auf Stufe der Grundrechte, wenngleich es diverse periphere Schutzgehalte betreffen könnte.²¹²³ Die der Befriedigung solcher Bedürfnisse dienlichen Ansprüche sind zwar an sich gegenüber den vorgenannten Bedürfnissen nachrangig, im Resultat können sie gleichwohl Vorrang geniessen, wo diese Bedürfnisse parallel zu grundlegenden Bedürfnissen verlaufen: so etwa dort, wo Selbstverwirkli-

2122 Vgl. MASLOW, Farther Reaches, 1–9; KOLTOKO-RIVERA M. E., Rediscovering the Later Version of Maslow's Hierarchy of Needs, Review of General Psychology 10/4 (2006), 302–317.

2123 Zu peripheren Grundrechtsgehalten siehe vorne, Teil 2, B.II.2.c.

chung oder Selbsttranszendenz sich in Form von Bemühungen Einzelner äussern, das Leben oder die Gesundheit anderer zu schützen; oder wo ein ehrgeiziges, vom Wunsch nach Ansehen motiviertes Projekt (z.B. ein Projekt zur Reinigung der Plastikmüll-Inseln im Ozean), den Schutz des Lebens oder der Sicherheit oder ein erleichtertes soziales Zusammensein anderer Menschen mitzubewirken geeignet ist.

Mit anderen Worten, das Bedürfnisprinzip liefert einen Referenzrahmen für die sachliche Bewertung der relevanten Interessen in Grundrechtskollisionen. Es ist ein begründungsstärkendes, nicht ein begründungsersetzendes Prinzip, mit welchem pauschal bestimmte steife Vorrangrelationen einhergingen.

c. Präzisierung und Vorbehalte

Konkret ist jeweils zu fragen, auf welcher Bedürfnisstufe das Interesse an der Bewahrung der kollidierenden Teilgehalte anzusiedeln ist. Aus den dargelegten Beurteilungskriterien lassen sich aber keine absoluten Massstäbe für die Priorisierung in jedem Fall gewinnen. Eine Einschränkung, die an sich nachrangige Bedürfnisse trifft, kann schwerer wiegen als eine leichte Einschränkung eines an sich vorrangigen Bedürfnisses: Die völlige Unterbindung der Freiheit, Zeit mit Mitmenschen seiner Wahl zu verbringen, belastet die Lebensqualität auf schwere Weise. Aus diesem Grund wiegt das Los von Haftinsassen (und erst recht von Isolationshaftinsassen) schwer: Selbst wenn man in Strafanstalten eines Rechtsstaates nicht um sein Überleben fürchtet und es an Sicherheit nicht mangelt, ist das Weggesperrtsein ein Los, an dem die Betroffenen so schwer leiden, dass es nachvollziehbar ist, wenn ab und zu einer im Rahmen eines Ausbruchversuchs seine Sicherheit (oder eines Selbstmordversuchs sein Leben) aufs Spiel setzt.

Der abstrakte Rang der Bedürfnisse lässt sich somit nicht immer vorbehaltlos auf kollidierende Grundrechte übertragen. Rigoristische Kollisionsregeln sind hier wie andernorts abzulehnen.²¹²⁴ Auch hier ist von der Gradualität der Werte auszugehen. Was im Kollisionsfall interessiert, ist die Frage, inwieweit infolge einer Kollisionslösung Grundbedürfnisse unbefriedigt blieben *und* inwiefern die Betroffenen dadurch in ihrem Leben und in der Lebensqualität getroffen wären.

2124 Dazu insb. Teil 3, B.III (insb. 3); vgl. vorne, Teil 2, C.V.5.

Letztlich bleibt der Grundwert des Lebens massgebend. Grundbedürfnisse sind Produkte des natürlichen Lebens. Die Bedürfnisse nach Sicherheit oder sozialem Anschluss haben ihren Ursprung darin, dass sie dem Überleben dienen (wären sie schädlich oder auch nur für das Leben irrelevant, dann hätte die Evolution sie nicht bis in die Gegenwart getragen). Schwerwiegende Einschränkungen der Sicherheit implizieren eine höhere Wahrscheinlichkeit, ungewollt zu sterben. Drastische Einschränkungen der sozialen Bedürfnisse können sich ebenfalls auf die Überlebenschancen auswirken. Wer keine Freunde hat und sich auch sonst kaum hilfesuchend an die Gesellschaft wenden kann, ist höchst vulnerabel; eine Notlage oder ein eigentlich kleineres Unglück kann den Tod zur Folge haben. Man denke an die greise Frau, die in ihrem Treppenhaus stürzt; oder an den verletzten HIV-Kranken, dem Mitmenschen aus irrationaler Angst (und Unkenntnis empirischer Fakten) die Hilfe versagen.

Kurz: Die Überlebenschancen der Menschen können von der Erfüllung der Bedürfnisse zweiter oder dritter Stufe abhängen. Es ist somit dem Grundwert des Lebens und der Grundnorm der Lebensdienlichkeit selbst geschuldet, dass die Bedürfnishierarchie nicht den absoluten Vorrang des Schutzes vor Gefährdungen des unmittelbaren Überlebens vor der Befriedigung aller anderen Bedürfnisse begründet, sondern ein solcher Vorrang lediglich zu vermuten ist.

Die Bedürfnisrelevanz ist letztlich eine wichtige Ausdrucksform des nächsten Prinzips, der Gradualität der Werte:

4. Gradualität statt Rigorismus

a. Gradualität als allgemeines Prinzip

Insgesamt ist von einer graduellen Konzeption der grundrechtlichen Werte auszugehen; nicht von einem binären Verständnis des Richtigen.²¹²⁵

Der Vorzug der graduellen Konzeption lässt sich an der Frage nach den Rechten ungeborenen Lebens darlegen: Ab wann genießt ein Nasciturus ein Recht auf Leben? Hat der Embryo Menschenwürde? Das graduelle Verständnis der Werte hält solche Fragen nach der Grenzlinie und Bemühun-

2125 Vorne, Teil 3, A.V, grundlegend zur Gradualität; vgl. vorne, Teil 2, B.I.2, betreffend Gradualität bezüglich Grenzfragen am Lebensanfang; Teil 3, C.I.2.b, für die Gradualität der freien Einigung; das Prinzip wurde vom Bundesgericht zumindest einmal explizit befürwortet: BGE 136 V 395 E. 7.4, 408.

gen um Entweder-oder-Unterteilungen für wenig zielführend. Die meisten rechtsethischen Problemfragen spielen sich nicht in der Nähe klarer Grenzen ab, sondern dort, wo Vagheit herrscht. Selbst wo eine einmal gesetzte normative Grenze klar und sichtbar ist, fließt ihr Nutzen nicht aus der apriorischen Richtigkeit ihrer ethischen Geographie, sondern vielmehr daraus, dass eine „klare“ Grenze Rechtssicherheit schafft und Orientierung bietet. Solche Grenzen schliessen Nuancierungen in der Regel nicht aus (es sei denn, die Nuancierung sei selbst zu gefährlich, wie im Falle der pragmatischen Unantastbarkeit gewisser Rechtsgüter).

Wenn wir bei der Frage zögern, ob ein Fötus ein Mensch sei, dann deshalb, weil er es mit Blick auf das, was den uns bekannten Menschen ausmacht (dem wir im Alltag oder Fernsehen begegnen), nicht ganz ist. Auch strikte Abtreibungsgegner bezweifeln kaum, dass es schlimmer ist, einen Säugling zu töten, als im zweiten Monat abzutreiben. Und umgekehrt dürften auch extreme Abtreibungsbefürworter, für die (zu Recht) eine Zwangsabtreibung in erster Linie gegenüber der Frau ein schwerer, inakzeptabler Eingriff ist, einräumen, dass auch das ungeborene Kind Opfer einer solch grauenhaften Tat wäre.

So gesehen kann angenommen werden, dass auch Vertreter von Extrempositionen oft im Grunde genommen mit dem Postulat einig sind, dass werdendes Leben einen Wert hat, der nicht ganz dem Wert des geborenen Kindes entspricht. Es kann daher von einem graduellen Erlangen der vollen Grundrechtsfähigkeit gesprochen werden. Die partielle Grundrechtssubjektivität werdender Menschen kann erklären, warum dem Fötus ein Recht auf Leben zukommen kann, das aber im Vergleich zum identischen Lebensrecht des geborenen Kindes in der Abwägung im Notfall weniger wäge und in aller Regel auch nicht justiziabel wäre.

Die Beurteilung einer Kollision dieses Rechts mit den Grundrechten der Mutter (insb. Selbstbestimmung) wird dadurch sachlicher. In gewissen Fällen wäre die Lage klar: Das Vergewaltigungsopfer, das fürchtet, im Gesicht des eigenen Kindes jenes des Peinigers wiederzusehen, kann in jedem Fall (eine plötzliche Meinungsänderung kurz vor der Geburt vielleicht ausgenommen) ein überwiegendes Interesse an der Abtreibung geltend machen. Auch im weniger extremen Fall der ungeplanten Schwangerschaft eines 14-jährigen Mädchens infolge freiwilligen Geschlechtsverkehrs bliebe die Vertretbarkeit eines Rechts auf Abtreibung auch etwas über die Fristenlösung hinaus m.E. denkbar. Ansonsten ist an einer Fristenlösung wenig auszusetzen, weil sie zu einem Nichtvertagen des Entscheids in der Sache animiert und damit unnötig schwere Eingriffe ins Leben eines zunehmend empfindungsfähigen und komplexen ungeborenen Kindes

verhindert; und weil die Fristenlösung verhindert, dass es zu einem Abtreibungsschwarzmarkt oder zu Abtreibungstourismus kommt.

b. Gebot probabilistischer Gewichtung von Einschränkungen

Um Einschränkungen von Freiheiten und anderer grundrechtlicher Schutzgüter im Kollisionsfall zu vergleichen, ist zu ermitteln, wie relevant die Wahrung der jeweiligen Schutzgüter für das Überleben und für die Lebensqualität der Betroffenen in objektiver Hinsicht ist. Hierbei sind nach Möglichkeit die Wahrscheinlichkeiten der relevanten Szenarien zu berücksichtigen.²¹²⁶ Dabei ist möglichst auf Erfahrungswissen in vergleichbaren Situationen abzustellen. Wo es an vergangenen Erfahrungen fehlt, ist Kreativität gefragt: Man muss sich den Lauf der Kausalitäten in Gedanken vorstellen und danach trachten, die noch nicht erlebte Erfahrung im Kopf durchzuleben; moderne computergestützte Simulationsmittel dürften heute dabei helfen.

Zur Illustration: Vor der Anordnung einer in Erwägung gezogenen Isolationshaft ist einzuschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass die Massnahme die Gesundheit des Betroffenen und damit dessen Sicherheit im weiten Sinn beeinträchtigt. Das lässt sich empirisch einigermassen verlässlich einschätzen, wenn die Gefängnisse ihre Erfahrungen mit der Isolationshaft dokumentieren und ein regelmässiger Austausch stattfindet. Weniger gut dokumentiert dürfte die Erfahrung bezüglich der Frage sein, ob sich die Isolationshaft negativ auf die Reintegrationsfähigkeit der Betroffenen auswirkt. Hier wird man datenfreier schätzen müssen oder vielleicht Experten (psychiatrische Ärzte, Psychologen, Therapeuten etc.) konsultieren können, deren Intuition aus einer relevanten Erfahrungsbasis schöpft und die daher die mittelfristigen Folgen der Isolationshaft eher ohne unverhältnismässigen Aufwand realistisch einschätzen können. Abgesehen von der Einschätzung der Folgen der Isolationshaft wäre auch der Verzicht hierauf in Erwägung zu ziehen. Hier käme es auf die Wahrscheinlichkeit an, mit der infolge der unterlassenen Isolationshaft Probleme einträten: schwere Selbst- oder Fremdverletzungen, gewichtige Sachbeschädigungen oder Disziplinosigkeit, die zu Sicherheitseinbussen in der Anstalt führte. Die Ergebnisse der Schätzungen sind im Rahmen der Interessenabwägung zu vergleichen.

2126 Dazu ausführlich oben, Teil 3, D.1.2.b-d.

Die Detailhaftigkeit der Wahrscheinlichkeitserwägungen hängt von der verfügbaren Informationslage und der Zeit ab, die man in verhältnismässiger Weise für solche Erwägungen aufbringen kann.²¹²⁷

5. Vorrang des Schutzes von Grundrechtsvoraussetzungen

Wenn ein Grundrecht für den Erhalt anderer oder gar aller anderen Grundrechte wichtig ist, ist dieses Grundrecht konsequenterweise von besonderem Wert. Das heisst, es ist abstrakt von höherem Gewicht und folglich vermutungsweise (aber nicht zwingend und in jedem Fall) vorrangig.²¹²⁸

Ein solches Grundrecht ist das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV); denn die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist nur jenen Personen möglich, die leben.²¹²⁹ Gleiches gilt für die Menschenwürde, unter Ausschluss strittiger extensiver Gehalte wie des Rechts, nie auch nur vorübergehend „blosses Objekt“ der Zwecke anderer Menschen zu sein. Auch der Schutz vor irreversiblen Schäden und schweren Körperverletzungen, ein Teilgehalt der Art. 10 Abs. 2 und 3 BV, ist Voraussetzung des Genusses zahlreicher Grundrechte und damit gegenüber diesen abhängigen Grundrechten im konkreten Kollisionsfall vermutungsweise vorrangwürdig. Die Verfahrensrechte sichern die Justiziabilität der materiellen Grundrechte.

Solche Kausalitäten sind bei der abstrakten wie auch konkreten Gewichtung von Einschränkungen zu beachten.

6. Vorrang der erkenntnisstiftenden Kollisionslösung

Obschon die Lebensdienlichkeit eines Verhaltens oder der menschliche Begriff der Lebensqualität grundsätzlich empirisch erfassbar sind, lassen sich die optimalen Massnahmen oft noch nicht exakt bestimmen. Zu

2127 Siehe dazu oben, Teil 3, D.I.2.b-d.

2128 SCHMIDT, Strafbefreiungsgründe, 117: „Allerdings kann bei der abstrakten Gewichtung Berücksichtigung finden, dass bestimmte Grundrechte ihre Voraussetzung in anderen Grundrechten haben.“; vgl. allg. zum Thema von Grundrechtsvoraussetzungen: ISENSEE, Grundrechtsvoraussetzungen.

2129 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, 132 mit Fn. 132; BOSSUYT, Distinction, 1975, 800; vgl. auch BGE 97 I 45 E.3, 50, betr. die persönliche Freiheit als notwendige Voraussetzung der Grundlage anderer Freiheitsrechte.

komplex ist das Leben, zu unvollständig die verfügbaren Daten. Hier ist im Zweifelsfall vom Wert eines Verfahrens von Versuch und Irrtum auszugehen, das den Motor der Erkenntnis bilden kann. Wenn man nicht weiss, welches die zur Grundrechtsverwirklichung optimale Lösung ist, kann man mit gutem Grund gezielt eine Lösung versuchen, die nicht der bisherig praktizierten und auch nicht der im umliegenden Ausland verbreiteten Lösung entspricht. So kann der Staat seine Erfahrungsbasis fortlaufend erweitern. Die Konsequenzen seiner Massnahmen zur Grundrechtsverwirklichung sind dabei sorgfältig zu dokumentieren, damit im Rahmen einer späteren Evaluation ein möglichst fruchtbarer Erkenntnisprozess von Versuch und Irrtum resultiert.²¹³⁰ Als Priorisierungskriterium formuliert bedeutet dies: Im Zweifelsfall (bei scheinbarer Gleichwertigkeit zweier Kollisionslösungen) ist jene Lösung vorzuziehen, die den grösseren empirischen Erkenntnisgewinn ermöglicht. Das dürfte oft die noch unerprobte Lösung sein. Im Organtransplantationswesen in der Schweiz ist dies etwa die Widerspruchslösung (mit dem entscheidenden Unterschied, dass sie der geltenden Zustimmungslösung nicht scheinbar gleichwertig, sondern allem Anschein nach klar überlegen ist, sodass es nur aus höchst skeptischer Warte auf das Argument des Erkenntnispotenzials ankommen müsste).²¹³¹

7. Ablehnung metaphysischer Vorrangkriterien

Nicht vergleichsfähig und damit nicht aussagekräftig sind, nebst blossen subjektiven Wertungen, alle aus rein metaphysischen Postulaten „hergeleiteten“ Werte. So sind völlig fiktive Kausalitäten als nicht stichhaltig zurückzuweisen, wie sie durch das regelethische Argument der Mitbetroffenheit der Würde aller Menschen (bzw. „des Menschen an sich“ oder „der Menschheit überhaupt“) bei Einschränkung der Würde eines Menschen versinnbildlicht werden.²¹³² Wie dargelegt, führen solche Argumente zur Verfälschung der Abwägung. Ebenfalls unzulässig ist es, da rein spekulativ und das Symmetriegebot verletzend, die Kollisionslösung auf eine einseitige Berücksichtigung unwahrscheinlicher „Dammbrüche“ abzustützen – ohne Prüfung möglicher Gegendammbrüche.²¹³³

2130 Teil 3, E.I.4; vgl. UFFER, Margin of Appreciation.

2131 Teil 4, E.

2132 Teil 3, B.III.3.b, m.H.

2133 Teil 4, C.III.4.c.

III Gleichheitsgründe

1. Vorrang der grösseren Zahl

Leben darf gegen Leben (und Würde gegen Würde) insofern abgewogen werden, als die Berücksichtigung der Zahl der bedrohten Güter bisweilen aus Gründen der Rechtsgleichheit gerade erforderlich ist.

Die zahlenmässige Abwägung ist nicht immer entscheidend, aber immer erlaubt und oft geboten. Sie kann dort das ausschlaggebende Kriterium sein, wo nicht nur Störer von einem belastenden Eingriff betroffen sind, so etwa beim Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs, das als Tatwaffe missbraucht würde. Für die Berücksichtigung der relativen Zahl Betroffener und die Abwägung von Leben gegen Leben sprechen einerseits die erwähnte Rechtsgleichheit der Menschen (und grundlegender: ihre Gleichwertigkeit). Es wäre rechtfertigungsbedürftig, fünf Personen so zu behandeln, als wäre deren Rettung nicht dringlicher als die Rettung einer einzigen Person. Andererseits spricht die Erforderlichkeit der vergleichenden Gegenüberstellung der betroffenen Güter zur Bewertung der Kollision und zur Ermittlung einer sachlich nachvollziehbaren Kollisionslösung für die Zulässigkeit auch dieser Form der Abwägung. Stützte sich die Kollisionslösung auf ein Verrechnungsverbot, stützte sie sich auf nichts.²¹³⁴

Die starke Intuition, man dürfe Leben nicht gegen Leben abwägen, lässt sich gut an bestimmten Problemfragen der Art demonstrieren: „Darf man den jungen und gesunden Grün töten, wenn sich mit seinen Organen fünf Menschenleben retten lassen?“ Unsere Intuition weist uns in Fällen dieser Art schnell darauf hin, dies sei falsch; mit Recht. Doch nicht immer liefert die Intuition die richtige Erklärung. Es droht der Fehlschluss, die aktive Tötung zur Rettung anderer Menschen sei per se absolut unzulässig und auch die relative Zahl an Personen sei irrelevant, was vorne aber widerlegt wurde.²¹³⁵ Die relative Zahl fällt ins Gewicht, durchaus zugunsten der fünf Personen, die auf ein Organ hoffen; aber trotzdem überwiegen die Interessen an der Tötung von Grün nicht. Man darf Grün keinesfalls töten, weil hier noch viel mehr auf dem Spiel steht als „nur“ ein Leben und die Verletzung des Verbots aktiver Tötungen: die Basis des zwischenmenschlichen Vertrauens, des Vertrauens in den Staat und ins Gesundheitswesen (wer ginge noch ins Spital, wenn ihm dort Organraub droht?). Gefährdet wäre ferner auch die Kultur der Selbstverantwortung – der Gesunde wäre

2134 Vgl. vorne, Teil 3, B.III.8.

2135 Vgl. Teil 3, D.III.3 (insb. b); zudem Teil 4, D.II.1 und insb. Teil 4, D.IV.1.a-b.

gut beraten, Kettenraucher oder Alkoholiker zu werden, zum „Schutz“ von Lunge und Leber.

Auch ist zu bedenken, dass der Staat, der nicht verrechnet, nicht automatisch jedes verpönte Rechnen verhindert; das Unterlassen eigener entscheidungsleitender Rechnungen entspricht der Segnung jener „Rechnung“ und Kollisionslösung, die andere Mächte und Faktoren (das Schicksal, ominöse private Akteure, vielleicht früheres Handeln des Staates) an den interventionsscheuen Staat herantragen. Selbst wenn wir daher entgegen dem vorher Gesagten davon ausgehen müssten, das Verrechnen von Menschenleben sei mit gutem Grund verwerflich, folgt hieraus noch nicht der Schluss auf die Nobilität staatlicher Untätigkeit.

2. Vorrang nach Massgabe der Vulnerabilität

Eine Facette der Rechtsgleichheit ist die Forderung, Ungleiches nach Massgabe der Unterschiede ungleich zu behandeln (Art. 8 Abs. 1 BV). Hieraus ergibt sich ein Gebot der besonderen Berücksichtigung vulnerabler Personen.²¹³⁶ Dazu zählen Kinder und Jugendliche, altersgeschwächte, sozial marginalisierte und behinderte Menschen und andere Menschen, deren Fähigkeit, für sich selbst zu sorgen, der Umstände halber begrenzt ist (z.B. Haftinsassen). Vulnerabilität wirkt faktisch benachteiligend, was auf Basis der Rechtsgleichheit die Verstärkung bestimmter Schutzansprüche begründet.

Diverse Verfassungsnormen sehen besondere Rechte verletzlicher Personen vor: Art. 8 Abs. 2 BV schützt Angehörige historisch angreifbarer Gruppen vor verpönten Ungleichbehandlungen; Art. 11 BV sagt Kindern und Jugendlichen einen besonderen Schutz ihrer Rechte zu; Art. 12 BV gewährt Hilfe in Notlagen jenen, die (fast) nichts haben. Diese Elemente zeugen von einem allgemeinen Vulnerabilitätsprinzip, das es rechtfertigt, natürliche Ungleichheiten durch qualifizierten Schutz auszugleichen und erhöhten Verletzlichkeiten Rechnung zu tragen.²¹³⁷ Es wirkt dabei gradu-

2136 Vgl. vorne, Teil 4, C.IV.2.d.

2137 Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N. 68: Schutzpflichten greifen, wo „ein strukturelles Machtgefälle und daraus folgend ein entsprechendes Schutzbedürfnis des schwächeren Partners auszumachen sind“, bspw. im Mietverhältnis oder im Arbeitsverhältnis.

ell: Je mehr jemand verletzlich ist, desto eher kommt es zu positiven staatlichen Schutz- und Leistungspflichten.²¹³⁸

3. Möglichst gleiche Befähigung

Geboten ist der Einsatz begrenzter Mittel prioritär dort, wo sich der grösste Unterschied mit Blick auf die Fähigkeit des Menschen zum Genuss des Lebens und der Freiheit erzielen lässt. Dies lässt sich mit dem Fähigkeitenansatz SENS und NUSSBAUMS begründen. Der Fähigkeitenansatz liefert eine wichtige Antwort auf die Frage, in Bezug worauf Menschen gleich behandelt werden sollten.

Gegenüber anderen Bezugsgrössen des Gebots der Gleichbehandlung (Rechte, Ressourcen, Glück, Lebensqualität etc.) hat der Fähigkeitenansatz den Vorzug, das Anliegen der Gleichheit mit jenem der Freiheit zu versöhnen: Der Mensch soll nicht gefüttert, sondern in die Lage versetzt werden, sich selbst zu ernähren. Gleichzeitig wird die Freiheit nicht dazu herabgewürdigt, Apologetik des Rechts des Stärkeren zu sein, weil gerade auch das Schaffen von Fähigkeiten im Zentrum steht, die jemand womöglich aus eigener Kraft noch nicht erlangen konnte.

Zu fragen ist, wer durch welche Handlung (des Staates) stärker befähigt oder vor grösseren Fähigkeitseinbussen bewahrt würde. Wenn Rettungskräfte vor der Wahl stehen, im Falle einer Lawine einem Menschen das Leben und einem anderen bloss das eingeklemmte Bein zu retten, ist das Leben zu priorisieren. Auch die Berücksichtigung persönlicher Umstände findet Raum: Verliert ein Pianist einen Finger, verliert er mehr als die Sängerin. Der Gewinn an Lebensqualität durch eine neue Hüfte ist bei einer 30-jährigen Person zumindest über die Jahre hinweg grösser als im Falle einer neuen Hüfte für eine 90-jährige Person. Ist ein Stipendium zu vergeben, kommt es eher einer Person zu, die es sich selbst nicht leisten kann, als einer, die es sich leisten kann und ohnehin würde (die eine Person wird zur Ausbildung, die andere nur zu Ersparnissen befähigt).

2138 Vgl. CHATTON, *pleine reconnaissance*, 10.

IV Einigungsgründe

1. Verfassungsgründe

a. Keine unmittelbar verfassungsbasierten Lösungen (echter) Grundrechtskollisionen

Die Lösung der Grundrechtskollision bedarf zumindest einer gewissen Grundlage in der Verfassung selbst. Die Erwartungen diesbezüglich dürfen aber nicht zu hoch sein. Denn die echte Grundrechtskollision ist eine Frage, die in der Verfassung zwar aufgeworfen, nicht aber beantwortet wird. Die Verfassung setzt Kollisionen als Möglichkeit voraus (Art. 36 Abs. 2 BV) und fordert ihre verhältnismässige Lösung (Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 36 Abs. 2–3 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip klärt indes nicht über das unterschiedliche Gewicht kollidierender Verfassungsgüter auf; welche Interessen im Konfliktfall Priorität geniessen, lässt sich ihm nicht entnehmen. Aussagekräftig wird das Verhältnismässigkeitsprinzip erst im konkreten Fall, wenn materielle Werte ermittelbar sind und in die Erwägung einfließen. Auch die übrigen Verfassungsnormen liefern nur abstrakte Lösungshinweise, in Form allgemeiner Prinzipien und Werte; diese fliessen etwa bei der Herstellung praktischer Konkordanz, eines schonenden Ausgleichs oder bei der Beachtung der Einheit der Verfassung in die Konfliktlösung ein.

b. Orientierungswerte aus anderen Verfassungsnormen

Die Verfassung drückt diverse Werte aus, die im Rahmen der Kollisionslösung zu beachten sind. So Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), Solidarität (vgl. Art. 6 und Art. 41 BV), Selbstverantwortung (Art. 6 BV), Priorisierung des Schutzes vulnerabler Personen (vgl. Art. 11 und Art. 12 BV), kulturelle Vielfalt (vgl. Art. 4, 18, 70 BV), geschonte Natur und Lebensvielfalt (Präambel, Art. 2 Abs. 2, 54 Abs. 2, 73, 76 Abs. 2, 77 Abs. 3 BV).²¹³⁹ Diese Werte können punktuell helfen, die am ehesten vom Verfassungsgeber gewollte Antwort zu identifizieren (vor allem, wenn mehrere solche Werte in dieselbe Richtung weisen).

²¹³⁹ Vgl. dazu insb. Teil 2, B.III.5, zu einigen der relevanten Verfassungswerte.

Weil Abwägung die Begreifbarkeit der abzuwägenden Güter voraussetzt²¹⁴⁰, kann die Grundrechtskollision gleichwohl nicht allein auf Basis der positivierten Verfassungsordnung gelöst werden.

Deswegen bedarf es ethisch fundierter Ansätze zur Kollisionslösung – was nach Meinung des Verfassers heisst: folgenethischer Ansätze. Die hier vertretene Folgenethik liefert, ausgehend von der Grundnorm der Lebensdienlichkeit und ihren Konkretisierungen, Mittel, dem sonst rein formalen Verhältnismässigkeitsprinzip Substanz zu verleihen und es zum funktionsfähigen Richter über die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen zu machen, den Art. 36 Abs. 3 BV vorsieht.

c. Bindung rechtsethisch fundierter Lösungen an die Verfassung

Um die mit diversen Vorteilen verbundene Autorität formalen Rechts nicht zu unterwandern und die demokratische Normgenese zu respektieren, sind Gerechtigkeitskriterien, wo möglich, einer formalen Basis zuzuführen oder in etablierte verfassungsrechtliche Konzepte einzuflechten. Mit Vorzug ist auf Werte zurückzugreifen, die im Verfassungswortlaut, in höchstrichterlicher Auslegung der Verfassung oder in bundesgesetzlichen Normen mit Querschnittcharakter (z.B. im Einleitungstitel des ZGB) Ausdruck finden. Die Anbindung ans Bestehende garantiert zwar keine Richtigkeit; aber sie diszipliniert und ritualisiert die Argumentation und macht sie dabei eher vorhersehbar (rechtssicher), transparent und falsifizierbar.

2. Respekt der Selbstbestimmung und dessen Grenzen

Bei Grundrechtskollisionen, bei denen auf beiden Seiten des Konflikts dieselbe Person betroffen ist, steht die Prüfung der Selbstbestimmung im Zentrum. Die Selbstbestimmung ist der Grund jeder Einigung. Sie ist ein Wert, den die Verfassung über Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit) und in Teilaspekten über die Menschenwürde (Art. 7 BV) schützt. Die Selbstbestimmung des Individuums ist zu achten, soweit dies im Resultat nicht zu unvermeidbaren Folgen führt; eine Grenze bilden Selbstschädigungen, die das Leben des Betroffenen schwer belasteten oder bedrohten.²¹⁴¹ Denn dann darf man aufgrund des Prinzips der Lebensdienlichkeit vermuten,

2140 UFFER, Mobilität, 20.

2141 Vgl. JARASS, Charta, Art. 1 N. 11.

das Unterlassen einer Intervention zum Schutz des Betroffenen sei nicht in dessen Interesse, entspreche nicht dessen Präferenzen, entspreche – um das Gleiche noch mit einem dritten Wort zu sagen – nicht dem ihm zusinnbaren mutmasslichen oder hypothetischen Willen.

Nicht jede explizite Willensäußerung ist ein verlässlicher Ausdruck des selbstbestimmt Gewollten. Es können Zweifel bestehen, ob Selbstbestimmungsfähigkeit in der Sache gegeben war und ob der Wille (noch) authentisch ist. Nicht authentisch ist er etwa dort, wo ein Hungerstreikender in einer Patientenverfügung zwar äusserst deutlich klarstellte, er nehme den Tod in Kauf, in Wirklichkeit aber überhaupt nicht mit dieser Eventualität rechnet.

Die Frage, ob man die selbstbelastende echte Selbstbestimmung des Betroffenen in einem konkreten Fall respektieren sollte, hängt aber auch von der Frage ab, wie sehr mögliche Nebenfolgen andere Menschen belasten. So wird man wohl selbst jene Person, die die besten Gründe zum Freitod hat, daran hindern dürfen, sich vor den Augen ihrer Kinder zu töten.

3. Einigung und Einigungsfähigkeit

Zentrales Kriterium der Richtigkeit eines im Wortlaut nicht vorgegebenen Auslegungsergebnisses ist dessen Einigungsfähigkeit. Weil niemals alles in Worte gefasst werden kann und die im Recht vorgesehenen Lösungen oft nur eingeschätzt werden können, ist das Recht nicht nur mit Blick auf den im Wortlaut ausgedrückten Gehalt auszulegen, sondern (vor allem wo der Wortlaut keine Lösungen bietet) auch immer unter Leitung der Frage, was der Normgeber vereinbart haben könnte (mutmasslich) oder im Falle der Beschäftigung mit dem Problem vereinbaren würde (hypothetisch). Was vereinbart wurde, worden sein könnte oder werden würde lässt sich oftmals nur mit einem bestimmten Grad an Gewissheit feststellen. Diese Gradualität der Einigung spielt bei der Güterabwägung im Rahmen der Kollisionslösung eine wichtige Rolle: Je höher die Qualität der Einigung, desto schwerer wiegen die entsprechenden Einigungsgründe in einer Abwägung.²¹⁴²

Trotz allem Wert der Einigung muss man sich vor der Schlussfolgerung hüten, die Einigung sei der letzte Grund aller Gerechtigkeit. Dass der Selbstbestimmung der Menschen Achtung gebührt, liegt auch an den vorzugswürdigen Folgen eines einigungsorientierten Rechtsverständnisses:

2142 Vgl. zur Bedeutung der Einigung allg. Teil 3, F.II.2 – 3.

Wer mit den Menschen urteilt, dient den Menschen in den meisten Fällen nachhaltiger als derjenige, der gegen den Willen der Menschen vorgeht. In Zeiten aber, in denen die allgemeine Moral Entartungssymptome zeigt (wenn die Masse mit einer Stimme dem Führer huldigt und dessen Aufrufe zur Zerstörung des Feindes mit Beifall und Jubel quittiert), sind die realen Einigungen der Menschen von geringer ethischer Aussagekraft – und die hypothetischen Einigungen schwer zu ermitteln. Hier ist ein anderer Massstab aussagekräftiger: jener der Lebensdienlichkeit. Dass die Vernichtung des Feindes nicht lebensdienlich ist, versteht sich von selbst.

4. Vertrauensprinzip

Das Vertrauensprinzip findet in verschiedener Gestalt Ausdruck in der Bundesverfassung. Zentral ist das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV), das vor allem im Verfahrensrecht seine Bedeutung entfaltet und einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens begründet. Schutzgut von Treu und Glauben ist das Vertrauen in der horizontalen (zwischenmenschlichen) und in der vertikalen Beziehung (zum Staat). Hierzu verbietet Treu und Glauben den Rechtsmissbrauch, sanktioniert falsche Auskünfte, begrenzt die belastenden Wirkungen überraschender Praxisänderungen, prägt Anforderungen an den formellen Verfügungsbegriff und verbietet die echte Rückwirkung.²¹⁴³

In der Idee von Treu und Glauben sammeln sich anerkannte Tugenden wie etwa Verlässlichkeit, Redlichkeit, Transparenz, Loyalität und Gewissenhaftigkeit. Es gibt zudem gute Gründe, im Prinzip von Treu und Glauben ein wichtiges Prinzip der Rechtsordnung zu erblicken, das Verträgen²¹⁴⁴, Gesetzen und anderen Grundstrukturen des Rechts erst seine Wirkfähigkeit verleiht. Vertrauen ist eine Grundbedingung des sozialen Daseins, im zwischenmenschlichen Verhältnis wie auch im Verhältnis zum Staat. Die Vertrauenswürdigkeit einer Gemeinschaft ist der unverzichtbare Hintergrund, vor welchem es überhaupt möglich wird, sich in Freiheit der eigenen Lebensgestaltung zu widmen. Dem Menschen bietet die organisierte Gesellschaft sich gegenseitig im Wesentlichen vertrauender Menschen eine stabilisierende Konstante, welche die natürlichen Un-

2143 Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARDT, Grundriss, 132.

2144 Vgl. FRIED, Contract, 83: „In general we can get the social, collective benefits of trust only if we are faithful for the sake of trust itself, not just for the sake of the resulting benefits.”

sicherheiten des Daseins ausgleicht. Weil Kooperation ohne Vertrauen kaum noch vorteilhaft ist, bedeutet die Zerstörung des Vertrauens die Zerstörung nahezu aller Gründe, überhaupt in einer organisierten Gemeinschaft zu leben. Eine der grössten Herausforderungen freiheitlich-demokratischer Staaten könnte gerade darin liegen, das Vertrauen der Bürger in Freiheit und Demokratie zu behüten.

Daher ist es wichtig, diesem Prinzip und Rechtsgut in seiner ganzen Breite bei der Lösung von Grundrechtskollisionen Rechnung zu tragen – etwa indem man bedenkt, wie eine Kollisionslösung sich auf das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat auswirkt. Zudem stärkt die Logik des Vertrauens das Bedürfnis, Grundrechte so zu verwirklichen, wie man sie als Grundrechtsträger verstehen kann und darf. Die Nichterfüllung zugesagten Schutzes oder die Missachtung zugesagter Schonung bedrohen das Vertrauen der Subjekte in den Staat. Je klarer die grundrechtliche Zusage formuliert ist und je eher sie aufgrund einer entsprechenden Praxis als wirksam betrachtet werden kann, desto eher würde eine Minderleistung das Vertrauen verletzen und die Grundlage späterer Grundrechtsverwirklichung gefährden.

5. Verantwortungsprinzip

Eigenverantwortung ist ein für bestimmte Fälle relevantes Verteilkriterium. Aus dem Verantwortungsprinzip fließt, dass in der Regel nicht Unrecht ist, worin man selbst frei eingewilligt hat.²¹⁴⁵ Ungleichheiten, die auf eigenverantwortliches Handeln zurückzuführen sind, verstossen in der Regel nicht gegen Gerechtigkeitsprinzipien.²¹⁴⁶ Voraussetzung des Verantwortungsprinzips ist ein Verständnis von Gerechtigkeit, das nicht Gleichheit im Resultat erstrebt, sondern der Gleichheit der eigenverantwortlichen Gestaltungsmöglichkeiten erhebliche Bedeutung zumisst; doch Eigenverantwortung bedeutet nicht, dass der Mensch, der scheitert, im selbstbewirkten Unglück alleine gelassen werden müsste.²¹⁴⁷

Bei der Begründung staatlichen Handelns, das sich gegen Störer richtet, besteht die Gefahr, dass man die richtige Lösung – *ceteris paribus* die Belastung des Störers – auf falsche Gründe stützt. Falsch sind diese,

2145 Vgl. HOBBS, *Leviathan*, 1. Teil, Kap. XV: “Whatsoever is done to a man, conformable to his own will signified to the doer, is not injury to him.”

2146 MAHLMANN, *Gerechtigkeit*, § 13 N. 29; vgl. ebd., N. 34.

2147 Vgl. MAHLMANN, *Gerechtigkeit*, § 13 N. 35.

wenn ein Vergeltungsbedürfnis bedient würde. Pönale Motive dürfen bei der Kollisionslösung keine Rolle spielen. Dass die Auflösung der Grundrechtskollision mit Grund tendenziell zulasten der Störer vorgenommen werden darf, liegt an den Anreizen: Nur eine Auflösung, die nicht etwa zur Wiederholung ähnlicher Kollisionen führt, ist nachhaltig. Der Störer (und seine Nachahmer) sollen daher nicht zur Wiederholung der Störung motiviert werden. Nebst Anreizen spielen Gleichheitserwägungen eine Rolle: Gewisse Störer begreifen ihre Freiheiten extensiv. Täte dies jeder Mensch, wäre Freiheit ein Euphemismus für den Kampf aller gegen alle. Den Störer auf ein gesellschaftsverträgliches Ausmass an Freiheit (inklusive gemeinverträglicher Narrenfreiheit) runterzubringen, entspricht dem Gedanken, wonach die Freiheit des einen endet, wo die Freiheit des Nächsten beginnt.