

## Menschenwürde als Rechtsprinzip?

### Überlegungen zur Rolle der Menschenwürde als Argument in rechtlichen und politischen Verfahren

Andreas Kley\*

#### 1. Einleitung

Der Ausdruck «Menschenwürde» ist heute in aller Munde. Nicht nur Ethiker, Philosophen und Theologen führen den Begriff in ihrem Fachvokabular, sondern auch und gerade die Juristen verwenden ihn geläufig. Im Folgenden soll untersucht werden, woher der Begriff stammt (Ziff. 2), was er – am Beispiel der Medizinethik – zu leisten vermag (Ziff. 3–6), und schliesslich, welche Funktion er im argumentativen Prozess der Gesetzgebung und in der Politik tatsächlich besitzt (Ziff. 7–10).

#### 2. Die Herkunft der Menschenwürde

In den klassischen Menschenrechtserklärungen der Aufklärungszeit taucht die Menschenwürde nicht auf. Die *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* der Französischen Revolution (1789) spricht in Art. 1 lediglich davon, dass die Menschen frei und gleich an Rechten geboren werden und dies auch bleiben, und Art. 2 legt als Folgerung daraus fest, dass der Endzweck aller politischen Vereinigung die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte darstellt<sup>1</sup>. Mit

\* Professor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Ich danke Dr. theol. Christian Kissling, Assistent an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Zürich und Bern, für die Mitarbeit. Das Manuskript wurde im Sommer 2005 abgeschlossen.

<sup>1</sup> Vgl. den Text in: *Andreas Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, Bern 2004, S. 173–176, hier:

dieser Formulierung greift die französische Menschenrechtserklärung auf die amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776<sup>2</sup> zurück, die es in Ziff. 2 als «selbstverständliche» (*self-evident*) Wahrheit erachtet, dass alle Menschen gleich erschaffen und von ihrem Schöpfer mit gewissen unveräußerlichen Rechten ausgestattet worden sind, so unter anderem mit Leben, Freiheit und dem Streben nach Glück. Die 1791 in Kraft getretenen *Amendments I–X<sup>3</sup>* zur US-amerikanischen Unionsverfassung von 1787 enthalten eine Liste von Grundrechten, aber ebenfalls ohne Erwähnung einer zugrundeliegenden Menschenwürde.

Überlegungen zur Frage der Würde rationaler Wesen finden wir wohl erstmals in der Moralphilosophie Immanuel Kants. Im Reich der Zwecke als systematischer Verbindung vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche objektive Gesetze<sup>4</sup> besteht Moralität «in der Beziehung aller Handlung auf die Gesetzgebung, dadurch allein ein Reich der Zwecke möglich ist»<sup>5</sup>. Im Reich der Zwecke hat nun «alles entweder einen ›Preis‹, oder eine ›Würde‹. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent<sup>6</sup>, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstatet, das hat eine Würde»<sup>6</sup>. Gleichwohl spricht Kant aus drei Gründen nicht von Menschenwürde:

Erstens kommt diese Würde allein, aber dann auch wirklich allen rationalen Wesen zu, gegebenenfalls also auch solchen ausserhalb der Menschengattung.

Zweitens kommt sie den Menschen nur unter der Bedingung der Sittlichkeit zu. «Also ist Sittlichkeit und die Menschheit, so fern sie derselben fähig ist, dasjenige, was allein Würde hat»<sup>7</sup>.

S. 174. – Bekanntlich bezeichnete Jeremy Bentham (1748–1832) die Rede von natürlichen Rechten als «Unsinn auf Stelzen»: *Jeremy Bentham*, Nonsense upon Stilts or Pandora's Box Opened, in: *The Collected Works of Jeremy Bentham*. Rights, Representation, and Reform. Nonsense upon Stilts and other Writings on the French Revolution, hg. von Philip Schofield et al., Oxford 2002, S. 317–375, hier: S. 330.

2 Vgl. die deutsche Übersetzung in: *Herbert Schambeck* et al. (Hg.), *Dokumente zur Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin 1993, S. 114–118.

3 Vgl. die deutsche Übersetzung in: *Die Föderalist-Artikel*, hg. von Angela Adams und Willi Paul Adams, Paderborn/Zürich 1994, S. 568–572.

4 Vgl. *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785/1786), in: *ders.*, *Werke* in sechs Bänden, hg. von Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1983, Bd. 4, S. 7–102, hier: BA 75, S. 66.

5 Ebd., BA 75, S. 67.

6 Ebd., BA 77, S. 68.

7 Ebd., BA 77, S. 68.

Drittens ist Sittlichkeit an Selbstgesetzgebung, an Autonomie gebunden. «Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur»<sup>8</sup>.

Das ist ersichtlich nicht der Begriff der Menschenwürde, wie er heute verwendet wird. Begriffsgeschichtlich entscheidend ist, dass bei Kant «Menschenwürde nicht eine der Natur des Menschen inhärente Qualität ist, sondern vielmehr im vernünftigen Willen moralisch verantwortlich handelnder Personen selbst ihren Grund hat»<sup>9</sup>. Dies sollte beachtet werden, wenn man den heutigen Begriff der Menschenwürde auf Kant zurückzuführen sucht<sup>10</sup>. Bei Kant gibt es gerade keine bedingungslose Menschenwürde.

Die Proklamierung der universalen Menschenwürde geht zurück auf die Erfahrung der Barbarei apokalyptischen Ausmasses im Zweiten Weltkrieg. Die Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120) nimmt denn auch in ihrer Präambel gleich nach der Erinnerung an die «Geißel des Krieges» Bezug auf «unseren Glauben ... an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit». Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948<sup>11</sup> anerkennt dann in der Präambel die angeborene Würde aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen – was in dieser doppelten Bedingungslosigkeit, wie gesehen, nicht auf Kant zurückgeführt werden kann – und bestimmt in Art. 1, in Anspielung auf die *Déclaration* von 1789, aber mit dem Zusatz der Würde: «Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren».

Die Menschenwürde ist ein Kind der Vereinten Nationen, geboren aus der Erfahrung der Geißel des Krieges. Es stellt sich somit bereits hier die Frage, ob sich die Verwendung des Konzepts der Menschen-

<sup>8</sup> Ebd., BA 79, S. 69.

<sup>9</sup> *Karl-Heinz Lingg*, *Naturrecht und Sittlichkeit*. Begriffsgeschichtliche Studien (Sprache und Geschichte 7), Stuttgart 1983, S. 229.

<sup>10</sup> Vgl. etwa im Zusammenhang der ständerätlichen Debatte zum Embryonenforschungsgesetz, Amtliches Bulletin S 2003 166, S. 181 (Berti): zu Recht vorstichtiger ist *Philippe Mastorardi*, N. 2 zu Art. 7, in: Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, hg. von Bernhard Ehrenzeller et al., Zürich/Lachen 2002 (zitiert St. Galler Kommentar zu Art. 7); vgl. auch die weiteren Hinweise bei *Andreas Kley*, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: *Mélanges Pierre Moor*, hg. von Benoît Bovay und Minh Son Nguyen, Bern 2005, 95–114, hier: S. 99 mit Anm. 15.

<sup>11</sup> Vgl. den Text in deutscher Übersetzung unter [www.unhcr.ch/uhdr/lang/ger.htm], Stand 26.1.2007. Es handelt sich bei dieser Resolution 217 A (III) nicht um einen völkerrechtlich verbindlichen Text, sie stellt aber gleichwohl eine autoritative Interpretation des Begriffs der Menschenrechte dar; vgl. *Wälder Kälin* und *Jörg Kunzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel et al. 2005, S. 16.

würde nicht auch auf solche Extremsituationen (Begründung der Verbote der Folter, des Völkermords und der Sklaverei, Begründung der Grundzüge des humanitären Völkerrechts etc.)<sup>12</sup> beschränken sollte.

### 3. Die Aktualität humanmedizinischer Gesetzgebung

Die Aktualität des Themas soll im Folgenden am Beispiel der Humanmedizin erörtert werden. Der Bundesrat beabsichtigt, demnächst ein Bundesgesetz über die medizinische Forschung am Menschen vorzulegen. Angestossen wurde er dazu von einer am 21.3.2000 überwiesenen Motion, die ihn aufforderte, ein Bundesgesetz über die medizinische Forschung am Menschen auszuarbeiten, «in dem die ethischen und rechtlichen Grundsätze und Schranken festgeschrieben werden, die in diesem Gebiet befolgt werden müssen, damit einerseits der Schutz der Menschenrechte in möglichst hohem Masse gewährleistet ist und andererseits eine sinnvolle medizinische Forschung am Menschen nicht verhindert wird»<sup>13</sup>. Die ersten Arbeiten an diesem Gesetz wurden schon bald unterbrochen, um den dringlichen Bereich der Forschung an Embryonen vorzuziehen. Im Laufe der parlamentarischen Beratung verengte sich dann der Objektbereich des vorgesehenen Embryonenforschungsgesetzes noch einmal auf die Frage des Umgangs mit embryonalen Stammzellen. Gegen das in der Folge verabschiedete Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz StFG) vom 19.12.2003 wurde das Referendum ergriffen; in der Volksabstimmung vom 28.11.2004 wurde es mit über 66% Ja angenommen; es trat auf den 1.3.2005 in Kraft (AS 2005 947; SR 810.31). Noch im Zug dieser politischen Diskussionen und parlamentarischen Arbeiten rund um die Embryonenforschung nahm das Parlament eine Motion der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates an, die den Bundesrat beauftragte, «eine Verfassungsbestimmung zur Forschung am Menschen vorzubereiten. Damit soll der Bund eine ausdrückliche Zuständigkeit für das gesamte Gebiet der Forschung am Menschen erhalten. Zudem sollen unter Beachtung

des Grundrechtes der Wissenschaftsfreiheit wesentliche Grundsätze für die Forschung am Menschen verankert werden, mit denen die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit geschützt werden sollen»<sup>14</sup>. Es hatte sich nämlich gezeigt, dass die bestehenden Verfassungsgrundlagen für ein Bundesgesetz über die humanmedizinische Forschung zu schmal sind. Es war vorgesehen, diesen Verfassungartikel und das neue Humanforschungsgesetz gleichzeitig im Winter 2005/2006 in die Vernehmlassung zu geben.

Bezüglich medizinischer Forschung am Menschen ist weiter zu beachten, dass beim Europarat in Strassburg nun seit dem 25.1.2005 das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin betreffend die biomedizinische Forschung zur Unterzeichnung aufliegt<sup>15</sup>. Dieses Zusatzprotokoll wurde bereits von einem Dutzend Staaten unterzeichnet; die Schweiz hat erst die zu Grunde liegende Bioethikkonvention unterschrieben, aber bislang noch nicht ratifiziert<sup>16</sup>. Es kann aber kaum bezweifelt werden, dass dieses Zusatzprotokoll, das einen europäischen Mindeststandard für die medizinische Forschung am Menschen festschreiben will, die Ausarbeitung des Vorentwurfs für das schweizerische Humanforschungsgesetz beeinflusst.

Diese bereits etwas unübersichtliche gesetzgeberische Tätigkeit zur medizinischen Forschung am Menschen erfolgt im Kontext weiterer bioethisch relevanter Gesetzgebungen. Erwähnt seien hier nur:

- das Fortpflanzungsmedizinengesetz vom 18.12.1998 (FmedG, SR 810.11), in Kraft seit 1.1.2001, das seinerzeit den indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «für eine menschenwürdige Fortpflanzung» darstellte, welche am 12.3.2000 mit 72% Nein-Stimmen abgelehnt wurde;
- das Gentechnik-Gesetz vom 21.3.2003 (GTG, SR 814.91), in Kraft seit dem 1.1.2004;
- das Transplantationsgesetz vom 8.10.2004 (TransplG)<sup>17</sup>, gegen das das Referendum aus eher fundamentalistisch-lebensschützerischen Kreisen nicht zustande gekommen ist<sup>18</sup>.

12 Vgl. *Philippe Mastronardi*, St. Galler Kommentar zu Art. 7 (Anm. 10), N. 8.  
13 Text der Motion 98.3543 «Schaffung eines Bundesgesetzes betreffend medizinische Forschung am Menschen» von Ständerat Plattner, eingereicht am 1.12.1998, vom Ständerat am 16.3.1999 und vom Nationalrat am 21.3.2000 angenommen. Dieser Vorstoss griff eine gleichlautende Motion 97.3623 von Nationalrätin Dormann auf, die im Nationalrat am 22.12.1999 abgeschrieben worden war.

14 Text der Motion 03.03007 «Forschung am Menschen. Verfassungsgrundlage» der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates, eingereicht am 18.2.2003, vom Ständerat am 12.3.2003 und vom Nationalrat am 18.9.2003 angenommen.

15 Additional Protocol to the Convention of Human Rights and Biomedicine Concerning Biomedical Research (Strasbourg, 25.1.2005).

16 Vgl. NZZ Nr. 43 vom 21.2.2005, S. 7.

17 Vgl. Bundesblatt (BBl) 2004, 5453; In-Kraft-Setzung voraussichtlich auf den 1.1.2007.

- das Bundesgesetz über genteische Untersuchungen am Menschen vom 8.10.2004 (GUMG)<sup>19</sup>;
- das sich in Vorbereitung befindliche Humanforschungsgesetz.

#### 4. Der ethnische und gesetzgeberische Orientierungsbedarf

Nun ist unbestreitbar dieses gesetzgeberische Programm angesichts der Regelungsgegenstände von hoher ethischer Relevanz. Nicht nur können natürliche Vorgänge, die bis anhin kaum beeinflussbar und gleichsam schicksalhaft vorgegeben waren, in den Bereich des Mach- und Verfügbaren überführt werden (man denke etwa an die Fortpflanzungsmedizin), es können auch (durch genteische Untersuchungen) künftige Ereignisse wie etwa Krankheiten prognostiziert werden, was dann entsprechende Folgeprobleme aufwirft (sollen zum Beispiel private Lebensversicherer Zugang zu solchen Daten haben?), und es wird schliesslich auch unser Menschenbild durch neue medizinische Möglichkeiten verändert (etwa durch das Hirntodkonzept<sup>20</sup>). Die Fragen stellen sich also: Dürfen wir – in einem ethischen Sinne – das, was wir können? Und wenn wir es dürfen: Welche rechtlichen Leitlinien und Bedingungen sind diesem Können zu setzen?

Versuche zu reflektierten Antworten auf diese Fragen, welche einen Gültigkeitsanspruch für die ganze Gesellschaft und nicht bloss für Individuen oder weltanschauliche Gruppen erheben, stehen dabei vor einem doppelten Problem:

Zum einen sind solche bioethischen Fragen in dem Sinne ungewohnt, als zu ihrer Beantwortung nicht auf einen verlässlichen Bestand kultureller Traditionen zurückgegriffen werden kann. Sozialethische Fragen der Verteilungsgerechtigkeit beispielsweise sind uns vertraut, und zwar so sehr, dass wir uns auch damit abfinden können, dass es letztlich keinen gerechten Preis oder kein gerechtes Einkommen gibt, sondern der Markt an die Stelle der Gerechtigkeit tritt<sup>21</sup>. Dass es eine

<sup>18</sup> Vgl. NZZ Nr. 22 vom 27.1.2005, S. 13.

<sup>19</sup> Vgl. BBl 2004, 5483.

<sup>20</sup> Vgl. Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen. Medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW), in: Schweizerische Ärztezeitung 2005, S. 1859–1863.

<sup>21</sup> Vgl. aber die kritischen Bemerkungen zur fortlaufenden «Moralisierung des Privatrechts» bei Lorenz Engi, Recht und Moral. Herkunft und Aktualität einer Unterscheidung, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2005, S. 565–572, hier: S. 568f.

Verteilungsgerechtigkeit gibt, wie auch immer sie konkret jeweils zu bestimmen ist, wird kaum bezweifelt. Ebenso können wir mit dem Rechtsinstitut der Adoption, d.h. der Annahme einer fremden Person «an Kindes statt» unter Erlöschen des bisherigen natürlichen Kindesverhältnisses (Art. 267 Abs. 1 und 2 ZGB) umgehen, währenddem beispielsweise das Austragen eines Kindes, das mit fremden Keimzellen *in vitro* gezeugt wurde, grösste Probleme verursacht und dementsprechend auch verboten ist (Art. 4 FmedG). Dem fehlenden kulturellen Erfahrungswissen wird es auch zuzuschreiben sein, wenn die medizinische Gesetzgebung aus naturwissenschaftlicher Sicht Inkonsistenzen enthält, indem beispielsweise die Eispende verboten, die Samenspende aber erlaubt ist (Art. 4 und 18 ff. FmedG).

Zum anderen leben wir in einer pluralistischen Gesellschaft. Dies bedeutet, dass staatliches Recht nicht (mehr) durch Rückgriff auf weltanschauliche Traditionen wie etwa das Christentum legitimiert werden kann<sup>22</sup>, dass aber auf der anderen Seite das Recht den einzigen gesellschaftlichen Normenkomplex darstellt, der allgemein verbindlich und daher allen Bürgern gemeinsam sein soll<sup>23</sup>.

#### 5. Der Rekurs auf die Menschenwürde

##### 5.1 Die Menschenwürde in der Bundesverfassung

Welchen Beitrag kann die Rechtswissenschaft in dieser Situation leisten? Was geltendes Recht wird, entscheidet der Gesetzgeber, entscheiden in der Schweiz also Parlament und Stimmvolk. Aber immerhin darf von der Rechtswissenschaft erwartet werden, dass sie die laufende Rechtssetzung kritisch begleitet, ihre Einsichten erklärt und auf neue Problemstellungen anwendet.

Das vom Verfassungs- und Gesetzgeber reichlich eingesetzte Konzept der Menschenwürde verlangt nach einer Würdigung und Erklärung seitens der Rechtswissenschaft. Das Prinzip des Schutzes der Menschenwürde (zusammen mit dem Schutz der Persönlichkeit und der Familie) ist 1992 im Zusammenhang mit der Schaffung einer Bundeskom-

<sup>22</sup> Vgl. Hans-Martin Pawlowski, Schutz des Lebens. Zum Verhältnis von Recht und Moral, in: Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, hg. von Kurt Seelmann, Frankfurt am Main 2000, S. 9–27, hier: S. 12.

<sup>23</sup> Vgl. ebd., S. 16.

perenz für die Regelung der Fortpflanzungs- und Gentechnologie in die (alte) Bundesverfassung aufgenommen worden (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 ABV<sup>24</sup> = Art. 119 Abs. 2 BV). Für den ausserhumanen Bereich wurde gleichzeitig die «Würde der Kreatur» anerkannt (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 3 ABV = Art. 120 Abs. 2 BV). Der Schutz der Menschenwürde (zusammen mit dem Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit) wurde erneut 1999 bei der Schaffung einer Bundeskompetenz zur Gesetzgebung in der Transplantationsmedizin festgeschrieben (Art. 24<sup>decies</sup> Abs. 1 ABV = Art. 119a Abs. 1). Die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 enthält darüber hinaus in Art. 7, zu Beginn des Grundrechte-Kapitels, einen fundamentalen Satz über die Menschenwürde: «Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.»

### 5.2 Die Behandlung der Menschenwürde der alten Bundesverfassung durch das Bundesgericht

Allerdings fragt sich, welche kriteriale Bedeutung dem Prinzip des Schutzes der Menschenwürde zukommt. Vor der Annahme der erwähnten Verfassungsbestimmungen hat sich das Bundesgericht bereits in einem Entscheid von 1964 (BGE 90 I 36) «in unzweideutiger Weise zu einer Wertordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, «die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen.» (BGE 97 I 45 E. 3 S. 49, mit Zitat von Zaccaria Giacometti). Dies wird aber durch die persönliche Freiheit gewährleistet, auf die sich der Bürger, subsidiär zu den übrigen verfassungsmässig gewährleisteten Freiheitsrechten, «zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde» berufen kann (ebd., S. 50). Der Schutz der Menschenwürde wird hier also als Ziel beschrieben, dem die persönliche Freiheit als subsidiär anwendbares Grundrecht zu dienen hat. Dieses Verhältnis von persönlicher Freiheit als Grundrecht und Menschenwürde als Ziel kehrt auch noch in einem Entscheid von 1998 (BGE 124 I 40 E. 3a S. 42) wieder.

Ein direkteres Verständnis der Menschenwürde als Grundrecht findet sich 1995 in BGE 121 I 367 E. 2b S. 372, wo im Zusammenhang mit

dem Recht auf Existenzsicherung auf das «Verfassungsprinzip der Menschenwürde» rekurriert wird, «welches jeder Person garantiert, was sie in ihrem Menschseins willen vom Gemeinwesen erwarten darf».

In den beiden grossen Entscheidungen von 1989 und 1993 über kantonale Bestimmungen zur Fortpflanzungsmedizin spielt die Menschenwürde hingegen eine marginale Rolle. In BGE 115 Ia 234 steht, wie bereits gesehen, das Grundrecht der persönlichen Freiheit im Vordergrund, das durch eine Beschränkung der medizinisch assistierten Fortpflanzung tangiert wird, während die Menschenwürde nur dort direkt zum Zuge kommt, wo sie der Forschungsfreiheit entgegen steht (ebd., E. 10b S. 269). In BGE 119 Ia 460, der nach der Annahme von Art. 24<sup>novies</sup> ABV erging, erinnert das Bundesgericht noch einmal daran, dass das Prinzip der Menschenwürde und die Forschungsfreiheit kollidieren können (ebd., E. 12c S. 501) und verweist auch darauf, dass sich der Bundesrat 1989 noch in der Botschaft zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» («Beobachter-Initiative») gegen eine Sondernorm über die Menschenwürde ausgesprochen hat (ebd., E. 4b S. 468). Das Parlament hat dann anders entschieden und in seinem direkten Gegenvorschlag zur erwähnten Initiative, dem nachmaligen Art. 24<sup>novies</sup> ABV, das Prinzip der Menschenwürde eingefügt. Schliesslich hält das Bundesgericht unter dieser neuen Verfassungsbestimmung nunmehr fest, dass die Würde des Menschen auch dem Embryo *in vitro* zukommt, womit die verbrauchende, nicht aber die beobachtende Embryonenforschung ausgeschlossen ist (ebd., E. 12e S. 502f.).

### 5.3 Die Menschenwürde in der neuen Bundesverfassung

Unter der alten Bundesverfassung konnte dem Prinzip der Menschenwürde also kaum eine eigenständige kriteriale Bedeutung zugesprochen werden<sup>25</sup>. Es fragt sich nun, ob unter der neuen Bundesverfassung mit ihrem Art. 7 eine neue Situation besteht. Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996 nennt als Gehalt der Bestimmung, dass die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist, drei Punkte: (1) ihre Bedeutung für die anderen Grundrechte: Der Schutz der Menschenwürde ist Kern und Anknüpfungspunkt anderer Grundrechte, umreisst deren Gehalt und bietet eine Richtschnur für

<sup>24</sup> Zur Auslegung von Art. 24<sup>novies</sup> ABV vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 60/67 (1996), Nr. 67, S. 583. Die explizite Erwähnung der Menschenwürde ist im Wesentlichen von deklaratorischer Bedeutung; sie bestätigt ein in der ABV bereits inkorporiertes Rechtsprinzip und stellt weniger eine Rechtsnorm dar. Und schliesslich ist diesem Grundsatz keine genügende normative Bestimmtheit zuzuschreiben.

<sup>25</sup> Vgl. VPB 60/67 (1996), S. 584f.

deren Auslegung, Konkretisierung und Fortbildung: (2) ihre Bedeutung als selbstständig anrufbares Grundrecht: Die Menschenwürde ist ein subsidiäres Aufangrundrecht für den Fall, dass alle anderen Grundrechte nicht anwendbar sind. Die Botschaft weist aber auch darauf hin, dass das Bundesgericht und eine Minderheit der Lehre bis anhin die Menschenwürde als nicht direkt anwendbares Grundrecht verstanden hat; (3) ihre programmatische Bedeutung: Der Schutz der Menschenwürde fließt in alle Gebiete der Gesetzgebung ein. Insbesondere in den Bereichen der Haft, des Verhörs, der Auslieferung und Ausschaffung, der Medizin, in Umweltfragen, in der Ausländerpolitik, beim Freiheitsentzug und im Verfahrensentzug ist die Menschenwürde von zentraler Bedeutung<sup>26</sup>. Die Lehre hat diese Dreiteilung aufgegriffen<sup>27</sup>, und auch das Bundesgericht hat sie sich zu Eigen gemacht; es führt weiter aus:

«Art. 7 BV enthält nach seinem Wortlaut eine Handlungsanweisung ... . Die Menschenwürde ist nach Art. 7 BV ganz allgemein zu achten und zu schützen. Die Bestimmung hat insofern die Bedeutung eines Leitsatzes für jegliche staatliche Tätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung. In der Doktrin wird die neue Verfassungsbestimmung denn auch als oberstes Konstitutionsprinzip, als Aufangrundrecht sowie als Richtlinie für die Auslegung von Grundrechten bezeichnet» (BGE 127 I 6 E. 5b S. 14 mit weiteren Hinweisen).

Daran ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht nunmehr die mögliche Funktion der Menschenwürde als Aufangrundrecht anerkennt.

Der selbstständige kriteriale Gehalt der Menschenwürde bleibt aber nach wie vor diffus. Zwar referiert das Bundesgericht, ohne dazu explizit Stellung zu nehmen, dass «der Menschenwürde für besondere Konstellationen ein eigenständiger Gehalt zugeschrieben» wird, und weist auf die Botschaft zur neuen Bundesverfassung und auf Jörg Paul Müller<sup>28</sup>. Aber in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wird wiederum lediglich referiert, dass für eine überwiegende Lehrmeinung «die Menschenwürde ein im Rahmen der persönlichen Freiheit direkt anrufbares Grundrecht» darstelle<sup>29</sup>. Dem entspricht, dass Müller der Men-

<sup>26</sup> Vgl. BBl 1997 I 1, hier: S. 140f.

<sup>27</sup> Vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern <sup>31</sup>1999, S. 1f.

<sup>28</sup> BGE 127 I 6 E. 5b S. 14.

<sup>29</sup> BBl 1997 I 140.

schenwürde einen eigenen subjektiv-rechtlichen Gehalt zuspricht, «der sich in der Regel über den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder über ein Diskriminierungsverbot realisieren wird»<sup>30</sup>.

Es ist also nach dieser Position möglich, dass in Ausnahmesituationen die Menschenwürde als direkt anrufbares Grundrecht subsidiär zum Zug kommt, wenn kein anderes Grundrecht wie etwa das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) oder das Recht auf Existenzsicherung (Art. 12 BV) anwendbar ist. Philippe Mastroiardi grenzt den Bereich dieser möglichen Ausnahmesituationen systematisch ein:

«Die Menschenwürde tritt ... dort in Konkurrenz zur persönlichen Freiheit, wo es nicht um die körperliche und geistige Unversehrtheit oder die Bewegungsfreiheit des Menschen während seiner Lebensspanne geht»<sup>31</sup>.

Wenn als Lebensspanne eines Menschen hier die Zeit zwischen Geburt (ob man sie nun, wie im Strafrecht, bei den ersten Geburtswehen der Mutter oder, wie im Zivilrecht, beim vollendeten Austritt des lebenden Kindes aus dem Mutterleib ansetzt) und (Hirn-)Tod ansetzt, führt dies in Schwierigkeiten mit der jüngeren Entwicklung des Medizinrechts:

Auf der einen Seite hat das Bundesgericht 1993, wie erwähnt, in BGE 119 Ia 460 E. 12e S. 502f. festgehalten, dass die Würde des Menschen auch dem Embryo *in vitro* zukommt, wodurch die verbrauchende Embryonenforschung ausgeschlossen ist, was wohl auch den erst später ins Blickfeld getretenen Verbrauch von Embryonen zur Stammzellgewinnung umfasst. Der Gesetzgeber hat aber 2003 und 2004 mit dem Stammzellenforschungsgesetz (StfG, SR 810.31) für die überzähligen Embryonen anders entschieden (Art. 3 Abs. 2 Bst. a, Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 Bst. a StfG). Wenn die Menschenwürde kriteriale Bedeutung hätte, müsste grundrechtsdogmatisch erklärt werden können, warum einem «einpflanzbaren» Embryo ein anderer Schutz der Menschenwürde zukommen soll als einem «überzähligen» oder warum ein «überzähliger» Embryo wohl zur Stammzellgewinnung verbraucht, nicht aber zu diesem Zweck hergestellt werden darf (Art. 3 Abs. 1 Bst. a StfG mit Verweis auf Art. 29 Abs. 1 FmedG).

<sup>30</sup> Müller, Grundrechte (Anm. 27), S. 2; sowie jüngst ders., Die Menschenwürde ist nicht verhandelbar, in: Plädoyer 23/6 (2005), S. 42–45.

<sup>31</sup> Philippe Mastroiardi, St. Galler Kommentar zu Art. 7 (Anm. 10), N. 17.

Auf der anderen Seite kann dem Leichnam nach dem Hirntod Respekt und Pietät zwar sicher nicht versagt werden, aber er kommt doch nicht mehr in den Genuss und unter den Schutz der Menschenwürde, wie das neue Transplantationsgesetz zeigt.

Dieser Befund muss dahin gehend zusammengefasst und verallgemeinert werden, dass in heiklen und noch nicht entschiedenen Fragen der Humannmedizin eine Lösung nicht durch Rekurs auf die Menschenwürde von der Grundrechtsdogmatik gefunden werden kann, sondern dass solche Fragen auf politischem Weg entschieden werden müssen. Wenn sich die Entscheidungssträger – das Parlament oder in der Referendumsabstimmung das Volk – dem Grundsatz der Menschenwürde verpflichtet wissen, wird dieser wiederum nur, aber immerhin, in der Form bestimmend, wie dies das Bundesgericht bereits 1971 festgestellt hat, nämlich als Bekenntnis zu einer Wertordnung<sup>32</sup>, die freilich nicht abschliessend bestimmt ist und fortlaufend angewandt und konkretisiert werden muss.

#### 5.4 Weitere Versuche zur Bestimmung des kriterialen Gehalts der Menschenwürde

Auch andere Versuche, einen kriterialen Gehalt von Art. 7 BV zu bestimmen, der der politischen Diskussion und Konkretisierung entzogen wäre, erwecken Bedenken.

##### 5.4.1 Würde der Kreatur?

So kann etwa der Begriff der Würde der Kreatur (Art. 120 BV) nicht herangezogen werden, um den Begriff der Menschenwürde zu konkretisieren, weil hier zwei grundverschiedene Begriffe der ‚Würde‘ vorliegen. Zwar kann unter der Würde der Kreatur «ein inhärenter Wert verstanden [werden], der nichtmenschlichen Wesen eigen ist und der es verbietet, diese Lebewesen bloss als Mittel zum Zweck anzusehen»<sup>33</sup>. Allein, wenn die Würde der Kreatur einer Güterabwägung zugänglich ist, wenn die Würde der Kreatur ein Gut neben anderen Gütern (zum

Beispiel Wissensvermehrung, neue Heilmittel) darstellt<sup>34</sup>, steht sie auf einer anderen Stufe als die Würde des Menschen. Bei der Menschenwürde ist eine Güterabwägung schlechthin ausgeschlossen. Wenn beispielsweise der Eingriff in die physische Integrität eines Menschen durch andere Rechtsgüter, etwa in einer Notwehrsituation, gerechtfertigt ist, ist damit die Würde dieses betroffenen Menschen nicht missachtet. Wäre hingegen durch andere Rechtsgüter dieser Eingriff nicht gerechtfertigt, wie bei einer Tötung zwecks Organentnahme, läge automatisch eine Missachtung der Menschenwürde vor. Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die physische oder psychische Integrität eines Menschen umfasst also begriffsnotwendig die Achtung der Menschenwürde, was hingegen bei der Würde der Kreatur nicht der Fall ist<sup>35</sup>. Man kann deshalb mit Befriedigung registrieren, dass die geltende Bundesverfassung die Menschenwürde und die Würde der Kreatur in zwei verschiedenen Artikeln unterbringt (Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 Abs. 2 BV), im Unterschied zur alten Verfassung (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 und 3).

##### 5.4.2 Ethisches Minimum?

Weiter kann die Menschenwürde auch nicht als modernes Pendant zu Georg Jellinek's «ethischem Minimum» herangezogen werden. Jellinek meinte damit Folgendes:

«Das Recht ist nichts Anderes, als das «ethische Minimum». Objectiv sind es die Erhaltensbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbethätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird»<sup>36</sup>.

Ein Traditionsanschluss an Jellinek's Begriff vom ethischen Minimum muss für die Menschenwürde aber aus mehreren Gründen scheitern. Zum einen bezog Jellinek das ethische Minimum, das vom Recht zu ga-

<sup>34</sup> Vgl. ebd.

<sup>35</sup> Anderer Ansicht ist *Mastrorandi*, St. Galler Kommentar zu Art. 7 (Anm. 10), N. 11–13, wonach sich Würde der Kreatur und Menschenwürde in Programmenthalt und Grundsatzerhalten decken, nicht aber in den individuellen Rechtspflichten.

<sup>36</sup> *Georg Jellinek*, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, besonders S. 20ff., hier: S. 42.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 97 I 45 E. 3 S. 49.

<sup>33</sup> Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, vom 1. März 2000, BBl 2000, 2391, hier: S. 2405.

ranieren sei, auf das individuelle Verhalten der Angehörigen einer im Vergleich zu heute nicht-pluralistischen Gesellschaft. Die Medizin-Gesetzgebung von heute bezieht sich aber nicht in diesem Sinne direkt auf individuelles Verhalten, und sie kann sich auch nicht mehr auf ein einheitliches weltanschauliches Konzept abstützen. Zum anderen ist das Konzept der Menschenwürde von vornherein in diametralem Widerspruch zur Vorstellung, dass «dem Rechte der Zweck innewohnt, einen bestimmten Zustand zu erhalten, indem es ein zu dessen ungestörter Existenz notwendiges Gut durch befehlende oder verbietende Normen für das menschliche Handeln schützt»<sup>37</sup>; Jellinek kategorischer Imperativ «handle so, dass deine Handlungsweise die Gesellschaft erhält und fördert»<sup>38</sup>, müsste im Lichte der Menschenwürde gerade umgedreht werden: Handle so, dass du die Würde jedes Menschen erhältst und förderst, denn die Menschenwürde steht prinzipiell über jedem (vorgelassenen) Gemeinwohl. Und drittens schliesslich widerspricht Jellinek der Vorstellung einer liberalen Marktesellschaft:

«Denn eine Gesellschaft, welche aus lauter Mitgliedern besteht, die nur aus wohlverstandenen Interesse, aus fein berechnendem Egoismus sich freiwillig einschränken, ist auch ein Ding, das nur in der speculativen Phantasie seinen Platz hat, in der Wirklichkeit würde bei der geringsten Ershütterung das künstliche Räderwerk der Interessenharmonie in die Brüche gehen»<sup>39</sup>.

## 6. Die Menschenwürde in der aktuellen Medizin-Gesetzgebung

Art. 24<sup>novis</sup> Abs. 2 BV von 1992 (= Art. 119 Abs. 2 BV) schrieb «den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie» im Bereich der Fortpflanzungs- und Gentechnologie als Bundesaufgabe fest. Das Fortpflanzungsmedizinengesetz von 1998 übernimmt diese Formulierung beinahe wörtlich in seinem Art. 1 Abs. 2. Zum Verständnis des Prinzips der Menschenwürde führte die Botschaft zu diesem Gesetz aus, diese Maxime schütze den Menschen als Person vor jeder Instrumentalisierung und Herabwürdigung, die etwa darin läge, ihn als Mittel zu einem heteronom bestimmten Zweck zu betrachten<sup>40</sup>. Darauf stützt sich dann die Festschreibung des Kindeswohls als allgemeiner Richtlinie

<sup>37</sup> Ebd., S. 43.

<sup>38</sup> Ebd., S. 20.

<sup>39</sup> Ebd., S. 28.

<sup>40</sup> Vgl. BBl 1996 III 205, hier: S. 222 sowie S. 245.

für die medizinisch assistierte Fortpflanzung: «Die Interessen und Wünsche des zu behandelnden Paares haben ... hinter dem Kindeswohl zurückzutreten»<sup>41</sup>.

Das Stammzellenforschungsgesetz von 2003 schreibt in seinem Zweckerartikel bereits unbestimmter: «Es [scil. dieses Gesetz] soll den missbräuchlichen Umgang mit überzähligen Embryonen verhindern sowie die Menschenwürde schützen» (Art. 1 Abs. 2 StFG). Offensichtlich wird damit zum Ausdruck gebracht, dass der Schutz der Menschenwürde (gemeint ist wohl diejenige der Embryonen) nicht gleichbedeutend sei mit der Verhinderung des missbräuchlichen Umgangs mit Embryonen. Art. 3 verbietet sodann unter anderem die Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken oder die Verwendung überzähliger Embryonen zu anderen Zwecken als demjenigen der Gewinnung embryonaler Stammzellen. Damit fragt sich, welche Bedeutung der ausdrücklichen Erwähnung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 2 zukommt. Die Frage stellt sich um so dringlicher, als die Botschaft zum StFG bei der Frage, ob dem Embryo *in vitro* der Schutz der Menschenwürde zukomme, eine unbestimmte, so genannte «mittlere» Position einnahm: «Der Embryo *in vitro* hat am Schutz der Menschenwürde teil, diese kommt ihm aber (noch) nicht in gleichem Mass wie einem geborenen Menschen zu ...»<sup>42</sup>. Dabei beruft sich die Botschaft auf BGE 119 Ia 501 ff., wo aber eine Bestätigung für diese Position gerade nicht zu finden ist. Der genannte Bundesgerichtsentscheid differenziert in Erwägung 12e zwischen verbrauchender und beobachtender Embryonenforschung und erachtet erstere als unzulässig, wobei freilich die Frage «überzähliger» Embryonen, weil 1993 noch gar nicht zur Diskussion stehend, nicht speziell erwogen wurde. Das Parlament hat die mittlere Position der Botschaft übernommen. Die Botschaft konkretisiert den Anspruch des Embryos *in vitro* auf Schutz seiner Würde weiter dahingehend, dass er keine Sache sei und dass die Frage, ob an ihm geforscht werden dürfe, eine Frage der Güterabwägung darstelle. Es erfolgt somit eine Anlehnung an die offene und weitgehend ungeklärte Umschreibung des Status von Tieren (Art. 641a Abs. 1 ZGB, in Kraft seit 1.4.2003) und an die Würde der Kreatur (vgl. oben Abschnitt 5.4.1). Dieser mittleren, unbestimmten Position entspricht, dass die Botschaft für ein «Respektmodell» im Umgang mit Embryonen *in vitro* plädiert:

<sup>41</sup> Vgl. BBl 1996 III 205, hier: S. 249.

<sup>42</sup> BBl 2003, 1163, hier: S. 1187.



«Nach dem Respektmodell ist ein Embryo in vitro weder eine reine Sache ohne Schutzwürdigkeit noch eine Person mit derselben Schutzwürdigkeit wie ein geborener Mensch. Eine Instrumentalisierung des Embryos kann mit dem Respekt diesem gegenüber vereinbar sein, wenn sie nicht ohne wichtigen Grund erfolgt. Das Respektmodell schliesst demnach eine Güterabwägung, d.h. eine Abwägung zwischen der Schutzwürdigkeit des Embryos in vitro und anderen hohen Werten, nicht prinzipiell aus»<sup>43</sup>.

Diese kriteriale Unbestimmtheit wird noch dadurch bestätigt, dass auch auf dem Boden des Respektmodells unterschiedliche Lösungen bezüglich Zulässigkeit verbrauchender Embryonenforschung möglich sind<sup>44</sup>.

Der Schutz der Menschenwürde erscheint auch im Zweckartikel des neuen Transplantationsgesetzes (Art. 1 Abs. 3 TranspG). In den Erläuterungen zum Entwurf des Zweckartikels wird aber lediglich festgestellt, dass im Zusammenhang mit der Transplantationsmedizin die Menschenwürde des Spenders und des Empfängers «zentral angesprochen» sei<sup>45</sup>.

Man kann sich fragen, ob man angesichts dieses Gebrauchs des Konzepts der Menschenwürde von einer inhaltlichen Entleerung eines zentralen Verfassungsgrundsatzes innert weniger Jahre nach seiner expliziten Verankerung in der neuen Bundesverfassung sprechen muss oder ob es sich im Gegenteil um eine inflationäre Verwendung eines blossen Symbols handelt. Trifft letzteres zu, so wäre zu vermuten, dass der legislative Gebrauch der «Menschenwürde» so etwas wie einen «dilatatorischen Formelkompromiss»<sup>46</sup> darstellt: Gegen die Menschenwürde kann im Ernst niemand sein, und konkrete Konfliktlösungen lassen sich so elegant und ethisch korrekt verpackt auf später verschieben. Jedenfalls bleibt ein ungutes Gefühl zurück.

Eine mögliche Konsequenz aus diesem Unbehagen zieht die Botschaft zum neuen Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen. Zwar enthält auch dieses Gesetz in seinem Zweckartikel die Bestimmung, dass dieses Gesetz die Menschenwürde und die Persönlichkeit schützen soll (Art. 2 Abs. 1 GUMG); diese Formulierung wirft die Frage auf, ob es hier um zwei verschiedene Schutzobjekte gehe. Die

<sup>43</sup> BBl 2003, 1163, hier: S. 1209.

<sup>44</sup> Vgl. ebd.

<sup>45</sup> Vgl. BBl 2002, 29, hier: S. 132f.

<sup>46</sup> Der Ausdruck wurde von *Carl Schmitt* geprägt, vgl. Verfassungslehre, Berlin (1928) \*1993, S. 31f.; ders., Der Hüter der Verfassung, (Tübingen 1931) Berlin \*1996, S. 44 und 48.

Botschaft zum seinerzeitigen Gesetzesentwurf weist aber darauf hin, dass Art. 119 BV ja ein Missbrauchskonzept enthält. «Danach geht der Staat in einer pluralistischen Gesellschaft davon aus, dass die Bürgerinnen und Bürger von ihrer Freiheit einen verantwortungsvollen Gebrauch machen»<sup>47</sup>. Damit ist die Perspektive eröffnet, die Menschenwürde, solange sie nicht als individuelles Auffanggrundrecht zum Zuge kommt, nicht als Leitlinie für staatliche Gesetzgebung zu betrachten, sondern nur (aber immerhin) als Missbrauchsschranke bezüglich individuellen Handelns<sup>48</sup>. Es ist freilich weiterhin unklar, welches missbräuchliche Handeln die Menschenwürde konkret verbietet.

### 7. Menschenwürde in Politik und Gesetzgebung<sup>49</sup>

Man kann die Menschenwürde mit Art. 30 der polnischen Verfassung<sup>50</sup> als gemeinsames Grundprinzip aller Menschenrechte ansehen. Dies hat den Vorteil, die verschiedenartigen einzelnen Menschenrechte unter einem Dach zu versammeln. Der Nachteil aber ist, dass im Begriff der Menschenwürde disparate religiöse, philosophische und rechtliche Vorstellungen zusammen finden – ein «dilatatorischer Formelkompromiss»<sup>51</sup>, der in sich manche Vorstellung birgt und unterschiedliche Strömungen nur scheinbar eint. Er ist das vermeintliche «Konsensprinzip in einer offenen Gesellschaft»<sup>52</sup>. Damit ist jedoch nur ein abstrakter Begriff gewonnen; erst die Entscheidung über die hinein zu legenden Gehalte führt die wirkliche Normierung herbei<sup>53</sup>. Es scheint exakt diese Eigenschaft des «Rechtsprinzips» der Menschenwürde zu sein, die den eidgenössischen Gesetzgeber veranlasst hat, den Ausdruck in der gesamten

<sup>47</sup> BBl 2002, 7361, hier: S. 7376.

<sup>48</sup> Vgl. *Philippe Mastronardi*, Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, hg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller, Zürich 2001, S. 233–246, hier: N. 22.

<sup>49</sup> Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich um eine überarbeitete und ergänzte Fassung von: *Kley*, Sakralisierung (Anm. 10), S. 102–113.

<sup>50</sup> Verfassung der Republik Polen vom 2.4.1997, Text in: Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas, hg. von *Herrwig Roggemann*, Berlin 1999, S. 675ff.

<sup>51</sup> Vgl. oben Anm. 46.

<sup>52</sup> *Martin Borowsky*, N. 1 des Kommentars zu Art. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, hg. von Jürgen Meyer, Baden-Baden 2003, S. 48.

<sup>53</sup> Ähnlich *Schmitt*, Hüter (Anm. 46), S. 48.

medizinethischen Gesetzgebung zu verwenden, ohne ihm eine klare Begriffsbestimmung zu unterlegen<sup>54</sup>.

Es wird gewiss niemand gegen das Bestreben sein, ethisch reflektierte Gesetze zu erlassen. Allein, dieses Ziel lässt sich nicht dadurch erreichen, dass ethische Konzepte – und erst recht das prominenteste unter ihnen, die Menschenwürde –, welche nicht als operationalisierbare Kriterien zu gebrauchen sind, in die Gesetze aufgenommen werden. Einfache Gesetze haben auch nicht in dem Sinne für das politische Gemeinwesen identitätsstiftende Bedeutung, wie das die Bundesverfassung hat. Von da her kann argumentiert werden, dass Art. 7 BV als politische Selbstverpflichtung der Schweiz und als Grundsatznorm des Rechtsstaatsprinzips<sup>55</sup> am Eingang des Grundrechte-Kapitels durchaus am rechten Platz sein mag, dass der Rekurs auf die Menschenwürde im Mediztrecht hingegen deplatziert ist<sup>56</sup>. Die Menschenwürde ist im Mediztrecht genauso zu wahren wie in jedem beliebigen anderen Erlass. Die Anführung der Menschenwürde im Zweckartikel eines Gesetzes sagt aber noch nichts über die inhaltliche Bestimmung dieses Schutzes aus<sup>57</sup>. Auf jeden Fall aber ginge es nicht an, einfachgesetzliche Bestimmungen zur Konkretisierung offener grundrechtlicher Bestimmungen wie derjenigen von Art. 7 BV zu verwenden<sup>58</sup>.

Freilich ist der Rückgriff auf einen unbestimmten Begriff wie den der Menschenwürde verständlich in einem Rechtsgebiet, das sich in derart rasanter Entwicklung befindet und den Gesetzgeber laufend vor neue Fragen stellt, die ohne eingehende Spezialstudien kaum verstanden, geschweige denn beantwortet werden können. In dieser Situation gesetzgeberischer Überforderung die Menschenwürde als ethische Kosmetik einzusetzen, um die legislatorische Ratlosigkeit zu überbrücken, erweist der Sache freilich einen Bärendienst: Durch den übermässigen und unbestimmten Gebrauch droht die Entwertung des Konzepts der Menschenwürde.

<sup>54</sup> Einzig im Entwurf des Bundesrates vom 9.12.2002 zu einem neuen Tierschutzgesetz (BBl 2003, 692ff.) wird der Ausdruck «Würde des Tieres» in Art. 3 lit. a abstrakt definiert. Das geschieht freilich in derart einschränkender Weise («Eingewert des Tieres», der jedoch «durch überwiegende Interessen» überspielt werden kann), dass jedenfalls Kants Begriff der Würde (vgl. oben bei Anm. 6) in ihr Gegenteil, den Preis, verkehrt wird.

<sup>55</sup> *Mastroradi*, St. Galler Kommentar zu Art. 7 (Anm. 10), N. 21.

<sup>56</sup> Das gilt freilich auch für die Art. 119, 119a und 120 BV, die eigentlich auf die Gesetzesstufe gehören.

<sup>57</sup> Vgl. VPB 60 (1966) Nr. 67, S. 593.

<sup>58</sup> Vgl. VPB 60 (1966) Nr. 67, S. 578f.

## 8. Sakralisierung der Politik und des Staatsrechts

Die breite Verwendung des Ausdrucks «Menschenwürde» ausserhalb der Medizinethik lässt sich durch eine Internet-Recherche illustrieren. Hier einige Zitate und Sätze aus einer Suchanfrage mit den Begriffen «Menschenwürde» bzw. «menschenwürdig»:

«Im Frühjahr 2005 soll im Bistum Aachen ein Bündnis für Menschenwürde und Arbeit ausgerufen werden»; «Menschenwürde ja, Menschenklonen niemals»; «Keine Menschenwürde für Raubkopiierer?»; «Die Rede ist von den Bildern Saddam Husseins, der vor laufender Kamera von amerikanischen Soldaten u.a. intensiv an Gebiss und Rachen auf was auch immer untersucht wurde. Er sei bei dieser öffentlichen Darstellung auf eine Weise seiner Menschenwürde beraubt worden»; «Die Beratung zu Hartz IV und ALG II unter dem Titel Menschenwürde, ade?»; «EU-Kommission missachtet Menschenwürde von Embryonen»; «Mission ist Einsatz für Menschenwürde. Der Herr hat mich gesandt»; «Ein Pflegeheim im Dienste der Menschenwürde»; «Alle Mitarbeiter haben die folgende Erklärung freiwillig unterzeichnet: Erklärung zur Achtung der Menschenwürde. Ich versichere, dass ich keiner Partei und/oder Gruppierung angehöre, die sich ausländerfeindlich ... betätigt»; «Patentamt legt Menschenwürde auf Eis»; «Benetton-Werbung verletzt die Menschenwürde»; «Menschenwürde: Rechtsberatung per E-Mail und Telefon vom Anwalt»; «Die polizeiliche und justizielle Verfolgung Stüchtiger ist inhuman und grausam, sie verletzt die Menschenwürde»; «Verrenas Träume von Demut und Menschenwürde als Verarbeitung ihrer Kindheitserlebnisse»; «Von der Notwendigkeit, Geburtshilfe menschenwürdig zu gestalten»; «Ist der Zölibat menschenwürdig?»; «Menschenwürdig leben trotz Darmkrankheit»<sup>59</sup>.

Diese Zitate zeigen: Die Menschenwürde ist ein «beliebig» gebrauchtes Wort. Jedes politische Problem kann zu einem Problem der Menschenwürde (hochstilisiert) werden. Die ersten Bilder von der Verhatung

<sup>59</sup> Es ist interessant, dass eine Reihe weiterer Grundprinzipien des Verfassungsrechts in einem ähnlich beliebigen Sinne gebraucht werden so etwa die «Menschenrechte», «Diskriminierung» oder «Nachhaltigkeit» (vgl. *Andreas Kley*, Die Verantwortung gegenüber künftigen Generationen – ein staatsphilosophisches Postulat von Thomas Jefferson, in: Mensch und Staat. Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, hg. von Peter Hänni, Freiburg 2003, S. 505–523, insbesondere S. 519). Man kann die Vermutung wagen, dass sie eine ähnliche Funktion wie die «Menschenwürde» übernehmen.

Saddam Husseins im Dezember 2003 mochten, wie etwa gesagt wurde, eine Verletzung seiner Menschenwürde gewesen sein; aber was folgt daraus? Ist er deshalb zu bedauern, erhält er eine finanzielle Entschädigung oder ist er gar freizulassen? Der in den deutschsprachigen Ländern<sup>60</sup> festzustellende exzessive Gebrauch des Wortes «Menschenwürde» wirkt inflationär, wie auch der deutsche Bundesverfassungsrichter Winfried Hassemer feststellte<sup>61</sup> – und schwächt letztlich ihr Anliegen<sup>62</sup>.

Es gibt verschiedene Gründe für den beliebigen Einsatz der Menschenwürde als Argument. Erstens kann die Menschenwürde nur deshalb auf alles und jedes angewandt werden, weil ihr normativer Gehalt gering ist. Rechtsfragen werden immer mehr mit Berufungen auf die Menschenwürde untermauert, obwohl aus der Menschenwürde fast nichts folgt, ausser dass der Gebrauch eines hoch angesehenen Wortes allein schon für die Gewichtigkeit des Arguments bürgt<sup>63</sup>. Zweitens eröffnet dieser philosophisch-theologisch-juristische Grenzbezug den Philosophen und Theologen neue Arbeitsfelder. Denn rechtliche und politische Fragen sind stets menschenwürderelevant und damit Philosophen und Theologen zugänglich<sup>64</sup>. Die Politik hat diesem Trend bereit-

willing nachgegeben und zahlreiche ethische Kommissionen und Beratungsgremien für einzelne Spezialbereiche geschaffen<sup>65</sup>. Diese Kommissionen arbeiten nun mit juristisch-ethischen Instrumenten; bei ihren Texten handelt es sich um eigentliche *Mélanges* von Staatsrecht und Philosophie bzw. Theologie<sup>66</sup>. Diesem Vorgehen schliessen sich auch die entsprechend arbeitenden Autoren an<sup>67</sup>. Drittens entzieht der Rekurs auf die «Menschenwürde» die vertretene Meinung der gewöhnlichen politischen Diskussion und erhebt sie auf die höchste Ebene. Es ist selbstverständlich, dass auf dieser höchsten Ebene keine gewöhnlichen Staatsbürger tätig sein können. Hier amtiert vielmehr eine theologisch-philosophische Expertokratie, nämlich die theologisch arbeitenden Juristen und juristisch arbeitenden Philosophen bzw. Theologen. Es ist das eine «Theologie» in spezifischem Sinne: Einsatz von Gottes (griech. *theos*) Wort (griech. *logos*) in Politik und Staatsrecht. Es ist auch eine «Philosophie» in einem entsprechenden Sinn: die Liebe (griech. *philia*) zur Weisheit (griech. *sophia*), die doch die einzig richtige Lösung politisch-rechtlicher Probleme gebietet.

Neben diesen drei Gründen besteht ein besonderer weiterer Grund für die nicht inhaltliche Verwendung der «Menschenwürde» in politischen und rechtlichen Diskursen in der Vermischung von Politik und Religion<sup>68</sup>. Friedrich Dürrenmatt bezeichnete dieses Phänomen als «Theologisierung» der Politik<sup>69</sup>. Er kritisierte damit, was Carl Schmitt mit seiner «Politischen Theologie» noch als Generalthese aufstellte, dass nämlich «(a)lle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre ... säkularisierte theologische Begriffe» seien<sup>70</sup>, die jeweilige politische Ordnung mithin einen metaphysischen Hintergrund habe<sup>71</sup>. Ist die Menschenwürde ein derart säkularisierter theologischer Begriff, so erhalten im

<sup>60</sup> In der Schweiz ist eine merkwürdige Spaltung zwischen dem deutsch sprechenden und dem französisch und italienisch sprechenden Bevölkerungsteil festzustellen. Der Widerstand gegen den ausgesprochen deutsch wirkenden Würde-Exzess (so auch *Norbert Hoerster*, Haben Tiere eine Würde? Grundfragen der Tierethik, München 2004, S. 104) äussert sich zum Beispiel bei der «Würde der Kreatur» in der französischen Übersetzung von Art. 120 Abs. 2 BV: *l'intégrité des organismes vivants* (bis 1999 wurde die Formulierung *dignité de la créature* verwendet). Die textliche Änderung löste unter den philosophischen und theologischen Ethikern eine grosse Diskussion und Proteste aus, vgl. *Andreas Lötscher*, «Würde der Kreatur» – «intégrité des organismes vivants». Sprachanalytische Beobachtung zur Bedeutung und Auslegung zweier umstrittener Ausdrücke, in: *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation* 2 (2002), S. 137ff.

<sup>61</sup> Vgl. Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen, EuGRZ 2005, S. 300ff., hier: S. 301. – *Julian Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit, Stuttgart 2005, S. 128–131, diagnostiziert drei Krankheiten, welche die Menschenwürde befallen haben: Juridifizierung, Theologisierung und Ideologisierung.

<sup>62</sup> Eine ähnliche Überlegung zum undifferenzierten Gebrauch des Ausdrucks «Menschenrechte» stellen bereits *Wolfgang Imit*, Demokratisierung. Zur Problematik eines Begriffs, Köln und Opladen 1970, S. 15, und *Jörg Fisch*, Modemistischer Heiligenschein. Über Menschenrechte und Machtverhältnisse, NZZ vom 12.12.1998, S. 65, an.

<sup>63</sup> Vgl. *Hoerster* (Anm. 60), S. 37 und 41.

<sup>64</sup> Dementsprechend hat die philosophische Literatur betreffend die Menschenwürde einen gewaltigen Aufschwung erlebt. Siehe als jüngstes Beispiel das Schwerpunktheft Menschenwürde der Deutschen Zeitschrift für Philosophie,

53/4 (2005), S. 567ff.

<sup>65</sup> Zum Beispiel: Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH) [www.umwelt-schweiz.ch/buwalde/fachgebiete/fg-ekah/index.html], Stand vom 26.1.2007; Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) [www.nek-enc.ch], Stand vom 26.1.2007.

<sup>66</sup> Vgl. zum Beispiel den in Anm. 85 zitierten Bericht der EKAH über «Gentechnik fürs Essen» vom März 2003.

<sup>67</sup> Charakteristisch der Beitrag von *Beat Suter-Liver*, Eine Herausforderung der Menschenwürde, NZZ Nr. 175 vom 30.7.2004, S. 15.

<sup>68</sup> Vgl. auch die von *Engel* (Anm. 21) konstatierte gleichlaufende Vermischung von Ethik und Recht.

<sup>69</sup> Vgl. unten Anm. 95.

<sup>70</sup> *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, (München 1922) Berlin 1996, S. 43.

<sup>71</sup> Vgl. ebd., S. 50f.

Bereich des Staatsrechts und der Politik Argumentationsweisen und Strukturen Einzug, wie sie in den christlichen Kirchen bestehen und gepflegt werden. Der Ausdruck der ‹Theologisierung› ist meines Erachtens nicht zeitgemäss, denn heute sind nicht vornehmlich die Kirchen und ihre Theologen am Werk. Die Tatsache der Vermengung von Weltanschauung und Politik kann vielmehr, um einen gebrauchten Ausdruck zu verwenden<sup>72</sup>, als ‹Sakralisierung› von Staatsrecht und Politik bezeichnet werden. Der Ausdruck ‹sakral› (von lat. *sacer*: heilig) bezeichnet in aller Kürze den folgenden Vorgang: Die politischen Akteure und in deren Gefolge die Juristen versuchen ihre Interessen mit Argumenten zu stützen, welche ‹gegenüber Kritik immun› sind. Diese kritikerresistenten und insofern heiligen Argumente stammen vor allem aus dem Umfeld der Menschenwürde, der Menschenrechte sowie weiterer grundlegender Verfassungsprinzipien. Sie lassen sich im Rahmen theologischer oder philosophischer Argumentationen als Aussagen von letzter Instanz und daher als unumstösslich darstellen. Das zeigt sich offenkundig bei religiösen Begründungen. Aber auch philosophische Begründungen werden in dieser Absicht vorgetragen. Die blosser Erwähnung von Immanuel Kant im Zusammenhang mit einem politischen ethischen Problem und der Menschenwürde wirkt wie die Anrufung eines philosophischen Gottes: Die politische Diskussion muss angesichts dieser Autorität ehrfürchtig abgebrochen werden.

Die Sakralität zeigt sich im Staatsrecht und in der Politik in mehreren Punkten, nämlich (1) einem Grundbestand heiliger Sätze, (2) der Omnipräsenz des Sakralen sowie (3) der Stigmatisierung bei Widerspruch.

(1) Die sakralisierte Politik benötigt heilige Sätze, wie die Religionen aus den grundlegenden Primärtexten bestimmte Werte und Regeln als von Gott gesüftet herleiten. Es ist für den Grundwert der Menschenwürde, der vor allem in den deutschsprachigen Ländern eine Rolle

<sup>72</sup> Vgl. *Paolo Prodi*, Das Sakrament der Herrschaft. Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents, Berlin 1997, insbesondere S. 375ff. – Es handelt sich indes um eine historische Studie zum Eid und daher ist dieser Begriff der Sakralisierung mit dem hier verwendeten kaum zu identifizieren. Schon viel näher ist die hier verwendete Begriffwahl zu *Emilio Gentile*, *Le religioni della politica*. Fra democrazia e totalitarismo, Bari 2001, wo es Gentile auf einen Transiter religiöser Inhalte in die Politik ankommt. In dieser Abhandlung geht es nicht um die Inhalte, sondern um die Übertragung religiöser Strukturen auf politische Debatten. Diesen Aspekt berührt *Richard Herzinger*, In der Moral-schleife, NZZ vom 20.10.2001, S. 91, wenn er hinsichtlich der bioethischen Debatten vor einer Re-Sakralisierung der Debatten warnt.

spielt, kein Zufall, dass diese Werte im Bereich der christlichen Kirchen liegen. Statt Liebe, Nächstenliebe und sogar Feindsliebe<sup>73</sup> postuliert die sakralisierte Politik die Geltung des einen Grundprinzips aller Menschen- und Grundrechte, nämlich der Menschenwürde. Der Bestand grundlegender und heiliger Sätze wird von den Gläubigen geteilt und verehrt. Das zeigt sich daran, dass die Gläubigen diesen grundlegenden Sätzen ständig Reverenz erweisen.

(2) Die Sätze des sakralisierten Staatsrechts erfassen alle rechtlichen Probleme und sind somit allgegenwärtig. Es gibt wohl kein Rechtsproblem, das nicht auch einen Bezug zur Menschenwürde nehmen könnte. In den monotheistischen Religionen sagt man: ‹Gott sieht alles›<sup>74</sup>. In der sakralisierten Politik und Jurisprudenz könnte man umgekehrt sagen, dass die Menschenwürde alles betreffe und ihre Interpreten jedes politische oder rechtliche Problem damit lösen können.

(3) Wer gegen die heiligen Sätze verstösst, begeht ein Sakrileg und ist aus der Gemeinschaft auszuschliessen. Die mit Menschenwürdeargumenten arbeitenden Akteure in Staatsrecht und Politik unterstellen stillschweigend jeder widersprechenden Person ein besonders verwerfliches Tun: Jeder Widersprechende gerät in die Nähe der Nationalsozialisten, die auch die Würde der Menschen verletzen. Der instrumentelle Einsatz der Menschenwürde als struktureller Argumentationsverstärker macht aus jedem politischen Alltagsproblem ein Grundatzproblem, an dem sich Gut und Böse scheiden. Es ist klar, dass die juristischen und politischen Debatten dadurch verschärft werden, da sie die Gegner verteufeln. Die Auseinandersetzungen um eine angeblich neue Auslegung der Menschenwürde des Grundgesetzes in Deutschland durch Matthias Herdegen oder eine Rede der deutschen Justizministerin Brigitte Zypries zu Fragen der Bioethik legen ein deutliches Zeugnis dafür ab<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Vgl. zum Beispiel Lukas 6, 27ff.; Matthäus 5, 43ff.

<sup>74</sup> Vgl. *Michael Stolleis*, Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher, München 2004, S. 15ff. (mit Nachweisen).

<sup>75</sup> Siehe die interessanten Debatte um die Neukommentierung von Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz durch *Matthias Herdegen* (42. Lieferung vom Februar 2003) im Grundgesetzkommentar von *Theodor Mauz* und *Günter Dürig*, München 1949ff. (Loseblatt); *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar, in: FAZ Nr. 204 vom 3.9.2003, S. 33. – Sodann: *Brigitte Zypries*, Vom Zeugen zum Erzeugen? Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Fragen der Bioethik. Rede der Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries beim Humboldt-Forum der Humboldt-Universität zu Berlin am 29.10.2003 [www.zeit.de/reden/wissenschaft/Bioethik\_031030], Stand vom 4.10.2004; ausserst kritisch dazu zum Beispiel *Robert Spaemann*, Freiheit der Forschung oder Schutz des Embryos?, in: Die Zeit Nr. 48 vom 23.11.2003.

Dabei ist es interessant festzustellen, dass die Menschenwürde aufgrund ihrer Herkunft bestimmte politische Meinungen stützt. So lässt sich mit der Menschenwürde viel besser der politische Einsatz für Flüchtlinge oder die Gegnerschaft zur Gentechnologie und Biomedizin untermauern, als für die jeweils gegenteilige Position. Das legt jedenfalls etwa der Kontext des Wortgebrauchs in der oben erwähnten Suchanfrage nahe.

Im Grunde hat schon Jean-Jacques Rousseau ein solches Verfahren der Sakralisierung empfohlen; wenn es darum geht, «die weisen Grundsätze der Politik» der breiten Öffentlichkeit zu vermitteln, die dies von allein nicht verstehen wird: In einer solchen Situation muss sich der Gesetzgeber «auf eine Macht einer anderen Ordnung berufen, die ohne Gewalt mitreissen und ohne Überredung überzeugen kann.»<sup>76</sup>

«Diese erhabene Vernunft, die sich über das Verstehen der gewöhnlichen Menschen erhebt, ist jene, deren Entscheidungen der Gesetzgeber in den Mund der Unsterblichen legt, um durch göttliches Machtwort jene mitzureissen, die menschliche Klugheit zu nichts bewegen würde. Aber es ist nicht jedem Menschen gegeben, die Götter sprechen zu lassen oder Glauben zu finden, wenn er sich für ihren Deuter ausgibt. Die grosse Seele des Gesetzgebers ist das wahre Wunder, das seine Aufgabe legitimieren muss.»<sup>77</sup>

### 9. Sakralisierte Politik und sakralisiertes Staatsrecht in der Demokratie

Es gibt, vereinfacht, zwei mögliche Argumentationsweisen zur Entscheidung staatsrechtlicher und politischer Fragen: den (1) rein politisch-rechtlichen und den (2) politisch-theologisch-philosophischen Weg.

(1) Das rein politisch-rechtliche Verfahren kommt ohne die Anrufung sakraler Sätze aus. Die gesellschaftlichen Probleme werden in einem geregelten, öffentlichen Verfahren entschieden. Dabei wird der Darlegung der involvierten Interessen eine entscheidende Bedeutung zugemessen. Schliesslich setzt sich der Mehrheitsentscheid, als die grösstmögliche Annäherung an die politische Freiheit des Volkes<sup>78</sup>, durch. Die unterlegene Minderheit hat sich zu fügen, sie ist aber in

ihrem Wert nicht herabgemindert, ihre Auffassung war – vor welchem Wertesystem auch immer – nicht falsch, unethisch oder verwerflich.

(2) Das sakralisierte Verfahren setzt einen theologisch-philosophischen Überbau voraus. Dabei geht es nicht nur um den demokratischen Prozess, Interessen mit Mehrheiten zu verbinden. Vielmehr soll die Auslegung eines sakralen Satzes deduktiv die einzig richtige Antwort für ein rechtliches oder politisches Problem liefern. Dabei wird unterschlagen oder übergangen, dass es diese Deduktion nicht gibt, dass vielmehr der demokratische Mehrheitsentscheid eine Subsumtion vollzieht. Im Nachhinein lässt sich das stets als ein Vorgang der Deduktion aus den sakralen Sätzen darstellen<sup>79</sup>. Denn es ist nicht mehr zulässig, für seine Interessen zu kämpfen, sondern diese müssen sich hinter dem theologisch-philosophischen Argumentationsmuster verstecken. Auch die Rechtswissenschaft muss sich mit den theologisch-philosophischen Begriffen beschäftigen, weil diese Eingang in die Verfassung<sup>80</sup> und die Gesetzgebung finden und Akte der Rechtsanwendung durch vorgeschobene und behauptete Deduktionen aus grundlegenden Rechtsprinzipien wie der Menschenwürde begründet werden. Die Direktheit und die Öffentlichkeit der Auseinandersetzung um Interessen werden so geschwächt, weshalb sich für die Demokratie das politisch-theologisch-philosophische Verfahren als schädlich erweist. Es entzieht gesellschaftliche Probleme dem «ausschliesslich» politischen Diskurs und transfertiert sie in den Überbau, eben die höhere, sakrale Ebene: die Ebene – je nach Standpunkt der Argumentierenden – der Philosophie oder der Theologie.

Die gewöhnlichen rechtlichen und politischen Probleme widerspiegeln sich im Überbau, und damit ist stets auch eine Grundsatze Frage von höchster Wichtigkeit zu entscheiden. Die Debatte über die Grundsatze Frage zieht entsprechend interessierte Parteigänger und Experten an. Die jeweiligen rechtlichen oder politischen Gegner in einer Kontroverse vertreten nicht einfach eine andere Auffassung, sondern sie weichen in der Grundsatze Frage ab: Es sind Ungläubige. Diese Verfahrensweise bedient sich der erwähnten Stigmatisierung und erinnert an die Verdammungsurteile der römischen Päpste, so etwa aus der berühmten Enzyklika *Quanta Cura* von 1864:

«Deshalb verwerfen, ächten und verurteilen Wir kraft Unserer apostolischen Autorität samt und sonders die verkehrten Meinungen und Lehren, die im

<sup>76</sup> Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, übersetzt von Erich Wolfgang Skwara, Frankfurt am Main/Leipzig 1996, Abschnitt II,7, S. 61.

<sup>77</sup> Ebd., S. 62.

<sup>78</sup> Vgl. Kelsen (Anm. 88), S. 9.

<sup>79</sup> So auch Hassomer (Anm. 61), S. 301 und 304.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 7, 12, 119 II und 119a I BV.

einzelnen in diesem Schreiben erwähnt wurden, und wollen und gebieten, dass sie von allen Söhnen der katholischen Kirche als vollends verworfen, geächtet und verurteilt angesehen werden»<sup>81</sup>.

Die heutigen Menschenwürde-Experten und -Exegeten verstiegen sich nicht zu derartigen Formulierungen und schreiben sich nicht im *Pluralis maiestatis*. Dennoch gleichen sich die Anschuldigungen strukturell. Vermag eine ethisch-religiöse Position gar mehrheitlich zu werden, werden die Nichtzustimmenden zu Dissidenten, die aus der Gemeinschaft zu exkommunizieren sind<sup>82</sup>. Heute ist dieser Vorgang klar sichtbar und er besitzt einen Namen: *Political Correctness*<sup>83</sup>.

Auf dieser ›höheren‹ Ebene kann es nicht um die demokratische Bestimmung von Mehrheiten gehen. Die politisch-rechtlichen Verfahrensweisen gelten hier nicht, dafür kommt vielmehr die ›Orientierung an Autoritäten‹ zum Zug. Das zeigt sich deutlich an der jeweils benutzten Argumentationsstrategie von sakralisierten rechtlich-politischen Debatten. Die zu diskutierenden und zu entscheidenden Alltagsprobleme mögen alle etwas mit der Menschenwürde zu tun haben, aber die Menschenwürde ist beileibe kein Konzept, aus dem sich die Antworten logisch zwingend deduzieren liessen. Im sakralisierten Diskurs wird das freilich nicht zugegeben, sondern vielmehr behauptet, die Menschenwürde gebiete oder verbiete diese oder jene konkrete Lösung. Als Argumentationstheorie kommt dabei das so genannte ›Quellenargument‹

<sup>81</sup> *Papst Pius IX*, Enzyklika *Quanta cura* über verschiedene Irrtümer vom 8.12.1864, in: Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, hg. von Heinrich Denzinger und Peter Hünermann, Freiburg im Breisgau 2001, S. 797, Nr. 2890–2896, hier: Nr. 2896.

<sup>82</sup> Die Parallele zur römisch-katholischen Kirche trägt weit: «Der Apostat, der Häretiker oder der Schismatiker ziehen sich die Exkommunikation als Tatstrafe zu ...» Can. 1364 § 1 Codex Iuris Canonici, Lateinisch-deutsche Ausgabe, Kieverlaer 1984.

<sup>83</sup> Die Bewegung begann Ende der 1960er Jahre in den USA, als unter der Bezeichnung *Political Correctness* die Bürgerrechtsbewegung der Schwarzen und weiterer bisher marginalisierter Gruppen sich gegen den Gebrauch einer diskriminierenden Sprache wandte. Sie erreichte in den 1990er Jahren Europa und fand speziell in Deutschland aufgrund kollektiver Schuldgefühle starken Anklang. – Vgl. auch *Dieter Hasebach*, *Political Correctness*. Zur gegenwärtigen politischen Kultur in Nordamerika, in: *Neue Politische Literatur* 40 (1995), S. 116–133; *Roberth Hughes*, Nachrichten aus dem Jammertal. Wie sich die Amerikaner in political correctness verstrickt haben, München 1994 (erneute Ausgabe 1995 unter dem Titel *Political Correctness* oder die Kunst, sich selbst das Denken zu verbieten); *Viola Schenz*, *Political Correctness*. Eine Bewegung erobert Amerika, Frankfurt am Main 1994.

oder *argumentum ad hominem* zum Zug<sup>84</sup>. Es beruht auf der Voraussetzung, dass alle Aussagen aus der Quelle X wahr sind, weil diese Quelle höchste (Gott) oder hohe (zum Beispiel Kant) Autorität besitzt. Die Aussagen etwa über die Menschenwürde werden meist mit diesen Quellen in Verbindung gebracht und so dargestellt, als leiteten sie sich daraus ab. Die eigene Interpretation des sakralen Satzes wird so als sakraler Satz selbst ausgegeben. Damit tarnt die angebliche Deduktion eine ›autoritäre Behauptung des Interpreten‹<sup>85</sup>. Die göttliche oder philosophische Quelle wird nur angeführt, um sich so Autorität zu verleihen. Das Menschenwürde-Argument ist so verwendbar eben viel mehr als nur eine Leerformel oder Worthülse<sup>86</sup>. Argumentationstheoretisch wird das Quellenargument in einem spezifischen Sinne zugespielt: Der historische Ursprung der Menschenwürde (nämlich eine indirekte Folgenbewältigung des Zweiten Weltkrieges) manövriert jeden Widerspruch gegen eine mit der Menschenwürde unternahmte Position ins Abschießen. Wer nicht für die Menschenwürde eintritt, gerät in den Ruch eines Menschenwürdeverletzers, eines Schinders, eines Schergen des Totalitarismus.

Es ist wenig erstaunlich, dass der so gearbete instrumentelle Einsatz der Menschenwürde entsprechend heftige Gegenreaktionen provoziert und polarisiert. Gegenüber der überbordenden Menschenwürde-Diskussion und der damit verbundenen *Political Correctness*<sup>87</sup> grassiert der Populismus. Er zielt seine Erfolge gerade darauf, dass er laufend auf der Grenze balanciert und vereinzelt bewusst gegen die *Political*

<sup>84</sup> Vgl. *Hubert Schleicher*, *Wie man mit Fundamentalisten diskutiert, ohne den Verstand zu verlieren*. Anleitung zum subversiven Denken, München 2003, S. 43–46.

<sup>85</sup> Verschiedene Interpretationen der gleichen Grundsätze erzeugen unterschiedliche Auslegungen und damit Widersprüche. Dazu ein eindrückliches Beispiel: Die Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH) hatte die geltenden rechtlichen Regelungen zur Deklarationspflicht auf Nahrungsmitteln als ungenügend und täuschend kritisiert, vgl. den Bericht ›Gentechnik fürs Essen‹ vom März 2003. Das Bundesgericht hatte in einem beinahe gleichzeitig entschiedenen Fall eben dieselben Regelungen geschützt, vgl. BGer. vom 13.2.2003, Urteil 2A.357/2002 (nicht amtlich veröffentlicht).

<sup>86</sup> So aber *Hoerster* (Anm. 60), S. 33, 41 und 104, der zu kurz greift. Wäre die Menschenwürde wirklich eine leere Worthülse, so könnte sie instrumentell-argumentativ auch nicht genutzt werden.

<sup>87</sup> Die Zusammenhänge zwischen der Welle der *Political Correctness* und der neuen Rolle des Staates als Erzieher, der bemüht ist, «sozusagen rechtlich die Bürger zu guten (nichtdiskriminierenden, fremdenfreundlichen usw.) Menschen zu machen» (*Engel* [Anm. 21], S. 569), wären eine eigene Untersuchung wert.

*Correctness* verstösst. Die Berechtigung der heiligen Sätze der Menschenwürde beweist sich dadurch noch einmal. Die Sache dreht im Kreis und die ihrerseits autoritäre populistische Anfechtung offenbart den ebenso autoritären Charakter jeglicher *Political Correctness*.

Die Sakralisierung des Staatsrechts und der Politik schädigt die Demokratie. Denn die sakralen Verfahren beruhen auf autoritären Strukturen, drücken abweichenden Meinungen ein Schandmal (griech. *Stigma*) auf und polarisieren die politischen Akteure, indem sie die Gegner in einer Debatte (zum Beispiel über Gentechnologie) schlechthin verteufeln. Das läuft den demokratischen Verfahrensweisen, die eine relativistische Sicht jenseits des Sakralen erfordern<sup>88</sup>, zuwider. Der Gegner von heute ist in der Demokratie kein Feind, sondern der Partner von morgen. Die einzig richtige Lösung existiert nicht, und es gibt ohnehin keine überzeitlichen Lösungen, sondern nur Beschlüsse der aktuellen Mehrheit.

#### 10. Ausweg aus der Sakralisierung von Staatsrecht und Politik: die zwei Reiche

Das rein politisch-rechtliche und das sakralisierte Verfahren erinnern an die Zwei-Reiche-Lehre von Martin Luther<sup>89</sup>, der damit die Religion vom Recht und von der Politik freihalten wollte. Ihm lag es daran, dass die Juristen «unserm Herrgott nicht so sehr in den Bart greifen»<sup>90</sup>. Für Luther war das Tun der Juristen<sup>91</sup> der Welt, der Materie und dem Irrtum zugehörig und vor Gott unnützig<sup>92</sup>. Dieser Bereich sollte nicht die

<sup>88</sup> *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1929, S. 98ff. und dazu *Andreas Kley*, Hans Kelsen als politischer Denker des 20. Jahrhunderts, Liechtensteinische Juristen-Zeitung 21 (2000), S. 16–26. Es ist kein Zufall, dass Hans Kelsen als einer der wichtigsten Vertreter des Rechtspositivismus hier zu zitieren ist. Sein Rechtspositivismus hat eine ideologiekritische Funktion und liegt durchaus auf der nachfolgend skizzierten Linie der zwei Reiche, vgl. *Andreas Kley* und *Esther Topfink*, Überblick über die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen, in: Juristische Arbeitsblätter 33 (2001), Heft 2, S. 169–174.

<sup>89</sup> Entwickelt in: Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei (1523), in: Luther deutsch, hg. von Kurt Aland (Uni-Taschenbücher 1656), Göttingen 1991 (Nachdruck der Ausgabe von 1974–1990), Bd. 7, S. 9ff.

<sup>90</sup> *Martin Luther*, Tischreden, in: Luther deutsch (Anm. 89), Bd. 9, S. 196.

<sup>91</sup> Luther verstand «Juristen» weit dazu gehören nämlich nicht nur die Rechtskundigen, sondern auch alle Politiker und Verwaltungsbeamten.

<sup>92</sup> Vgl. *Kurt Flasch*, Das philosophische Denken im Mittelalter. Von Augustin zu Machiavelli, Stuttgart 2000, S. 655 und 658.

Kirche regieren dürfen. Dementsprechend ist sein Juristenbild nicht gerade positiv:

«Juristen wissen nicht, was die Kirche ist. Wenn sie ihre Bücher alle durchsuchen, so fänden sie nicht, was die Kirche sei; darum sollen sie uns auch hier nicht reformieren. Omnis Jurista est aut nequista aut ignorantia: ein jeglicher Jurist ist entweder ein Schalk oder ein Esel, der nichts kann in göttlichen Sachen. Und wenn ein Jurist darüber disputieren will, so sagt ihm: Hörst du, Gesell, ein Jurist soll hier nicht eher reden, es farze denn eine Sau. Dann soll er sagen: habe Dank, liebe Großmutter, ich habe lange keine Predigt gehört. Sie sollen uns nicht lehren, was Kirche heisst. Es ist ein altes Sprichwort: Ein Jurist, ein böser Christ. Und es ist wahr»<sup>93</sup>.

Luther wollte damit Übergriffe des Staates und der Politik auf die Kirche abwehren. Der Reformator hat den Dualismus von geistlicher und weltlicher Gewalt so weit radikalisiert, dass die politische Praxis eine günstige Gelegenheit sah, ihre Macht selbst auf die Religion zu erstrecken. Die Zwei-Reiche-Lehre Luthers wurde «zugunsten einer neuen unitarischen Monokratie suspendiert, die perfekter ausfiel als alles, was sich mittelalterliche Päpste erträumt hatten, aber jetzt in der Hand der weltlichen Gewalt lag. Daraus musste sich eine Art von Re-Sakralisierung des protestantischen Fürstentums ergeben»<sup>94</sup>. Damit konnte der Landesfürst sich nicht nur als Verkörperung des Gemeinwohls, sondern auch als ein Vertreter des weltbeherrschenden Gottes gerieren. Luthers Dualismus verkehrte sich in der politischen Praxis in das Gegenteil. Das Beispiel der Reformation macht deutlich, dass sowohl eine absichtliche Vermengung beider Reiche als auch ihre strikte Trennung keine wünschbaren Ziele darstellen.

Heute ist allerdings die Vermengung der beiden Reiche sowohl ein Bedürfnis der Politiker als auch der Theologen und Philosophen. Deren geistig-höhere Ebene greift nach dem Staat, welcher ihnen jene Positionen zuweist, die ihre gesellschaftliche Relevanz bewahren. Freilich fordert der Staat sie gleichsam dazu auf: Die Politiker rufen nach Ethik und Leitlinien und wollen wissen, worin das richtige und ethische Handeln besteht. Theologie und Philosophie haben diese Gelegenheit

<sup>93</sup> *Luther* (Anm. 89), Bd. 9, S. 197.

<sup>94</sup> Vgl. *Wolfgang Reinhard*, Die lateinische Variante von Religion und ihre Bedeutung für die politische Kultur Europas. Ein Versuch in historischer Anthropologie, in: Jahrbuch für Universalgeschichte 43 (1992), S. 231ff.

benutzt, können sie doch so als vor kurzem noch angefochtene Disziplinen ihre Nützlichkeit beweisen.

Friedrich Dürrenmatt würde bei diesem Vorgang von der «Kafkalisierung» der Politik sprechen. In seiner Interpretation des «Schlosses» von Kafka hält Dürrenmatt dafür, dass der Sinn der Welt bei Gott, nicht aber innerhalb der Welt ist. Die Welt sei deshalb für Kafka unbegreiflich. «Der Mensch weiss weder, wessen er schuldig geworden ist, warum ihm der Prozess gemacht, warum er zum Tode verurteilt und hingerichtet wird»<sup>95</sup>. Das Unheimliche des «Schlosses» wird auch bei den theologisch-philosophisch argumentierenden Juristen bzw. den rechtlich arbeitenden Theologen und Philosophen sichtbar. Auf das «Warum» gibt es nur die Antwort, dass Autoritäten (Gott, ein grosser Philosoph, «etwas Höheres») die sakralen Sätze auslegen und dass «deshalb zu glauben ist». Die Prinzipien für sich sind so einfach und klar wie Gott für die Gläubigen. Aber warum lassen sich aus den Prinzipien gerade diese Schlüsse ziehen? Gott ist unbegreiflich. Die Prinzipien sind unbegreiflich. Dürrenmatt hält demgegenüber an der Trennung von Theologie und Politik fest:

«Der Mensch ist nicht nur religiös oder nicht religiös, er ist auch politisch oder nicht politisch. Hier scheint mir der Grundsatz wichtig, dass der Mensch zwar religiös, aber nicht religiös politisch sein darf. Auf Kafka bezogen: Der Mensch darf sich zwar einem absurden Gott, aber nicht einer absurden Regierung unterwerfen, einer Administration, von der er nicht weiss, ob sie gerecht oder ungerecht handle, weil deren Beweggründe ihm entrückt sind. Die Grenzen zwischen dem, was Gottes, und dem, was des Kaisers ist, sind nur zu ziehen, wenn auch die Grenzen zwischen dem, was des Glaubens, und dem, was des Verstandes ist, gezogen werden»<sup>96</sup>.

Der einzuschlagende Weg erschiene klar. Luther und Dürrenmatt wollen die zwei Reiche «eingermassen» trennen<sup>97</sup>. Verfassung, Gesetze und Politik sollten von hochabstrakten Prinzipien und sakralen Sätzen frei

<sup>95</sup> Friedrich Dürrenmatt, Nachrichten vom Schloss, in: Friedrich Dürrenmatt, Politik. Essays, Gedichte, Reden (Werkausgabe in siebenbändiger Bänden 34), Zürich 1998, S. 119–122, S. 120.

<sup>96</sup> Ebd., S. 120f.

<sup>97</sup> In der politischen Ideengeschichte hat ferner Machiavelli, allerdings aus einer völlig anderen Sichtweise heraus, für die Autonomie der Politik gekämpft, vgl. *Fiasch* (Anm. 92), S. 641 und 646. Er hat ausserdem auch das Phänomen der Instrumentalisierung der Religion beschrieben, was in diesem Beitrag als «Sakralisierung» bezeichnet wird.

sein<sup>98</sup>. Das klingt wie eine Zumutung, aber diese Zumutung drückt nur die schon bestehende Herrschaft der *Political Correctness* aus. Lässt sich diese Trennung umsetzen?

Im Grunde genommen hat niemand ein Interesse daran. Die Regierungen und die Politiker versuchen sich mit der Sakralisierung der offenen Diskussion und Kontrolle zu entziehen. Dabei wissen sie allerdings, dass im Hintergrund die politische Mehrheit als Mittel zur Interessendurchsetzung unverzichtbar ist. Die populistischen Parteien beziehen durch die erfolgte Sakralisierung des Staatsrechts und der Politik beträchtlichen Protestschub. Die von ihnen inszenierten Verstösse gegen die *Political Correctness* rufen neue Anhänger herbei und stacheln sie an. Die Theologen und Philosophen erlitten in den vergangenen Jahrzehnten einen gesellschaftlichen Relevanzverlust. Der instrumentelle Einsatz sakraler Sätze in der Politik erlaubt es ihnen, den Bedeutungsverlust wettzumachen und ihre spezifischen Interessen zu verfolgen.

<sup>98</sup> Kelsen sieht die Trennung etwas anders, nämlich zwischen Rechtswissenschaft und Politik, vgl. *Kley/Topfink*, Reine Rechtslehre (Anm. 88).