

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

384

EVA MARIA MOLINARI

Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung

Eine rechtsdogmatische und rechts-
vergleichende Untersuchung der
subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	LIII
Einleitung.....	1
Thematik und Begrenzung.....	3
Rechtsvergleichender Blick der Untersuchung.....	9
Struktur und Aufbau der Untersuchung	11
Grundlagen.....	17
Einleitung	19
Der vielfältige Gebrauch der Menschenwürde	19
Der Begriff der Menschenwürde	70
Die hierarchische Stellung der Menschenwürde als unantastbarer Höchstwert	95
Besondere Herausforderungen im Umgang mit der Menschenwürde	125
Die Funktionen der Menschenwürde im Allgemeinen	141
Einleitung	143
Der Begriff der Funktion im Allgemeinen.....	143
Die Funktionen der Menschenwürde: Der Stand in Lehre und Rechtsprechung	155

Die subjektiv-rechtliche Funktion der Menschenwürde....	225
Einleitung	227
Versuch der Ermittlung der subjektiv-rechtlichen Funktion durch Auslegung von Art. 7 BV und Art. 1 Abs. 1 GG	229
Voraussetzungen subjektiver Rechte	252
Konkretisierung der subjektiv-rechtlichen Funktion der Menschenwürdegarantie	298
Zusammenfassung der Ergebnisse	469
Teil I: Grundlagen	482
Teil II: Die Funktionen der Menschenwürde im Allgemeinen	483
Teil III: Die subjektiv-rechtliche Funktion der Menschenwürde	485
Stichwortverzeichnis	503

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	LIII
Einleitung	1
Thematik und Begrenzung	3
Rechtsvergleichender Blick der Untersuchung	9
Struktur und Aufbau der Untersuchung	11
I. Grundlagen.....	11
II. Die Funktionen der Menschenwürde im Allgemeinen.....	12
III. Die subjektiv-rechtliche Funktion der Menschenwürde.....	13
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	16
Grundlagen	17
Einleitung	19
Der vielfältige Gebrauch der Menschenwürde	19
I. Einleitung.....	19
II. Überblick über die Ideengeschichte der Menschenwürde	20
1. Die antike Stoa	20
2. Die christlichen Lehren	21
3. Die Renaissance	23
4. Das rationalistische Naturrecht.....	25
5. Die Aufklärung.....	26

6. Neuere philosophische Strömungen	29
7. Synthese	36
III. Die vielfältige Verankerung und der weite sachliche Anwendungsbereich der Menschenwürde im Recht	37
1. Die Rechtsquellen der Menschenwürde	37
1.1 Die Menschenwürde im Verfassungsrecht	37
a Schweiz	37
b Deutschland	43
1.2 Die Menschenwürde im Völkerrecht	47
a Dokumente der Vereinten Nationen	48
b Dokumente des Europarates	54
1.3 Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union	58
IV. Der sachliche Anwendungsbereich der Menschenwürde	60
V. Synthese: Unklarheit über die Bedeutung der Menschenwürde	66
Der Begriff der Menschenwürde	70
I. Einleitung	70
II. Der Begriff der Menschenwürde in der Lehre	70
1. Die Nichtdefinition der Menschenwürde	70
2. Die Offenheit des Menschenbildes für alle Menschen	72
3. Die negative Definition der Menschenwürde	74
3.1 Objektformel	74
3.2 Konkretisierung der Objektformel: drei Kernelemente	76
3.3 Das Subjekt in der Objektformel	79
4. Die positive Definition der Menschenwürde	80
4.1 Subjektqualität bzw. Selbstzweckhaftigkeit des Menschen	80
4.2 Wert-, Leistungs- und Anerkennungstheorie	81
a Werttheorie	81
b Leistungstheorie	82
c Anerkennungstheorie	82
d Konkretisierungsbedürftigkeit der «Subjektqualität»	84
III. Der Begriff der Menschenwürde in der Rechtsprechung	86
1. Objektformel und Subjektqualität	86
1.1 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts	86
1.2 In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	88

2.	Wert-, Leistungs- und Anerkennungstheorie.....	90
2.1	In der Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	90
2.2	In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	91
3.	Mitbeachtung kollektiver Anschauungen	92
IV.	Synthese: Unbestimmtheit und Konkretisierung über die Kerngehalte der anderen Grundrechte	93

**Die hierarchische Stellung der Menschenwürde als unantastbarer
Höchstwert 95**

I.	Einleitung.....	95
II.	Die Menschenwürde als rechtlicher Höchstwert	95
1.	Die normative Stellung der Menschenwürde	95
2.	Die Unantastbarkeit der Menschenwürde.....	97
2.1	Nach schweizerischem Recht.....	97
a	Dogmatische Herleitung	97
b	Bedeutung der Unantastbarkeit	101
aa)	Allgemeines	101
bb)	Die Theorie der absoluten und die Theorie der relativen Kerngehalte	102
cc)	Eine vermittelnde Position	104
2.2	Nach deutschem Recht.....	108
a	Dogmatische Herleitung	108
aa)	Das Verhältnis der Wesensgehalts- zur Menschenwürde- garantie.....	108
bb)	Das Verhältnis der Ewigkeitsgarantie zur Menschen- würde- und zur Wesensgehaltsgarantie	111
b	Bedeutung der Unantastbarkeit	112
III.	Die Menschenwürde als vor- oder überpositiver Höchstwert	117

**Besondere Herausforderungen im Umgang mit der
Menschenwürde 125**

I.	Einleitung.....	125
II.	Der Vorwurf des «argumentativen Fundamentalismus»	125
1.	Die Menschenwürde als «conversation stopper»	125
2.	Der Demokratieverlust bei Menschenwürdebelangen	127

III.	Der Vorwurf des «religiös-weltanschaulichen Fundamentalismus»	130
1.	Die Menschenwürde als (zivil-)religiöser Glaubenssatz oder die Sakralisierung des Rechts.....	130
2.	Die Gefahr der partikularen Vereinnahmung	131
IV.	Inflationierung: die Entwertung der Menschenwürde	134
V.	Überhöhung: Die Menschenwürde als «Allesproblemlöser»	135
VI.	Das Paradox der Menschenwürde	137
VII.	Synthese	139

Die Funktionen der Menschenwürde im Allgemeinen 141

Einleitung 143

Der Begriff der Funktion im Allgemeinen 143

I.	«Aufgaben innerhalb eines grösseren Zusammenhangs»	143
II.	Die einzelnen Aufgaben: Grundrecht und Verfassungsprinzip	145
1.	Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Funktion von Grundrechten.....	145
2.	Prinzipientheorie	149
III.	Abgrenzungen: Rechtsnatur, Dimension, Struktur, Normschicht, Zweck.....	152

Die Funktionen der Menschenwürde: Der Stand in Lehre und Rechtsprechung 155

I.	Einleitung.....	155
II.	Die Funktionen der Menschenwürde in der Lehre	156
1.	Die Funktionen der Menschenwürde in der Schweiz	156
1.1	Die Funktionen der Menschenwürde als Grundrecht.....	156
a	Programmatistische Funktion	156
b	Grundsatz- bzw. flankierende Funktion	157
c	Subjektiv- bzw. individual-rechtliche Funktion	158
d	Zusammenfassung der Grundrechtsfunktionen: Die Menschenwürde als (Grund-)Recht und als Verfassungsprinzip.....	165
1.2	Die Menschenwürde als umfassendes, ungeschriebenes Verfassungsprinzip jenseits der Grundrechte.....	166
1.3	Die Menschenwürde als Grundnorm	167
2.	Die Funktionen der Menschenwürde in Deutschland.....	168
2.1	Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Funktion	168
2.2	Streit um die subjektiv-rechtliche Funktion	168

2.3	Die Menschenwürde als formallogische Grundnorm.....	172
3.	Synthese	172
III.	Die Funktionen der Menschenwürde in der Rechtsprechung.....	173
1.	Einleitung.....	173
2.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	173
2.1	Von Würdigkeit zu Menschenwürde	173
2.2	Die Menschenwürde als subjektives Grundrecht.....	175
a	Explizite Bezeichnung der Menschenwürde als Grundrecht bzw. als Auffanggrundrecht.....	175
b	Sonderfälle des Rechts auf ein schickliches Begräbnis und des Verbots der Schuldverhaft	182
2.3	Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip.....	183
a	Explizite Bezeichnung als Verfassungsprinzip oder Grundsatz.....	184
b	Menschenwürde als Konkretisierungsprinzip für andere Grund- rechte	186
aa)	Menschenwürde und persönliche Freiheit.....	187
bb)	Menschenwürde und Hilfe in Notlagen.....	189
cc)	Menschenwürde und der Schutz vor Diskriminierung	191
dd)	Menschenwürde und andere Grundrechte	193
ee)	Menschenwürde und die unverzichtbaren und unver- jährbaren Rechte	195
2.4	Weitere Funktionen?.....	195
a	Schutz des Menschen vor der Geburt.....	196
b	Schutz des Menschen über den Tod hinaus.....	197
c	Menschenwürde als Gebot der Sittlichkeit.....	199
3.	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	202
3.1	Explizite Erwähnung als Grundrecht und als Verfassungsprinzip ..	202
3.2	Die Menschenwürde als subjektives Grundrecht	203
3.3	Die Menschenwürde als objektives Konkretisierungsprinzip	206
3.4	Weitere Funktionen.....	209
a	Schutz des Menschen vor der Geburt.....	209
b	Schutz des Menschen über den Tod hinaus.....	211
c	Menschenwürde als Gebot der Sittlichkeit.....	212
d	Menschenwürde als Wurzel von Rechtsprinzipien	214
4.	Synthese	215

IV. Synthese: Offene Fragen hinsichtlich der Funktionen der Menschenwürde216

1. «Allumfassend und doch genau bestimmt»216

2. Die Menschenwürde als subjektives Grundrecht219

2.1 Kaum kritische Auseinandersetzung mit der subjektiv-rechtlichen Funktion in der schweizerischen Lehre.....219

2.2 Spärliche Hinweise auf eigenständige Schutzgehalte der Menschenwürdegarantie219

2.3 Geringe Bedeutung der subjektiv-rechtlichen Funktion in der Rechtsprechung.....220

3. Unklarheiten betreffend die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip.....222

Die subjektiv-rechtliche Funktion der Menschenwürde....225

Einleitung 227

Versuch der Ermittlung der subjektiv-rechtlichen Funktion durch Auslegung von Art. 7 BV und Art. 1 Abs. 1 GG 229

I. Die grammatikalische Auslegung229

1. Art. 7 BV229

2. Art. 1 Abs. 1 GG230

II. Die systematische Auslegung.....231

1. Art. 7 BV232

2. Art. 1 Abs. 1 GG236

III. Die historische Auslegung240

1. Art. 7 BV240

2. Art. 1 Abs. 1 GG243

IV. Die teleologische Auslegung.....246

V. Synthese: Kein klares Auslegungsergebnis248

Voraussetzungen subjektiver Rechte 252

I. Einleitung.....252

II. Entwicklung subjektiver Rechte.....253

1. Einleitung253

2. Die subjektiven Rechte im Privatrecht254

2.1 Die Willentheorie254

2.2	Die Interessentheorie	255
2.3	Die Kombinationstheorie	257
3.	Das subjektive öffentliche Recht in Deutschland	259
3.1	Die Statuslehre nach JELLINEK.....	259
3.2	Die subjektiven öffentlichen Rechte nach BÜHLER.....	262
3.3	Die Schutznormtheorie	264
4.	Die Rezeption des subjektiven Rechts in der Schweiz	267
4.1	Einleitung.....	267
4.2	Die frühe Rezeption	268
a	Rezeption in der Lehre	268
b	Rezeption in der Rechtsprechung.....	270
c	Synthese.....	273
4.3	Die Weiterentwicklung subjektiver öffentlicher Rechte zu verfassungsmässigen Individualrechten	273
a	Einleitung.....	273
b	Subjektive öffentliche Rechte als verfassungsmässige Individualrechte	274
aa)	Allgemeines zu den verfassungsmässigen Rechten.....	274
bb)	Rechtsprechung des Bundesgerichts	275
cc)	Lehre	278
(1)	Explizite Verweise auf verfassungsmässige Rechte als subjektive Rechte	278
(2)	Kritik am Begriff subjektiver öffentlicher Rechte	280
(3)	Implizite Übernahme von Elementen subjektiver öffentlicher Rechte.....	287
c	Grundrechte als subjektive Rechte bzw. verfassungsmässige Individualrechte	289
4.4	Synthese	291
III.	Synthese: Die Voraussetzungen subjektiver bzw. verfassungsmässiger (Individual-)Rechte im Überblick	293
	Konkretisierung der subjektiv-rechtlichen Funktion der Menschenwürdegarantie	298
I.	Einleitung.....	298
II.	Die Ausrichtung der Menschenwürdegarantie auf Individualinteressen	298
1.	Das Individualinteresse: Begriff und Abgrenzungen.....	298
1.1	Begriff.....	298
1.2	Abgrenzungen.....	301

a	Rechtliche Interessen und faktische Interessen	301
b	Individualinteressen und öffentliche Interessen	302
c	Abgrenzung von Individualinteressen untereinander	302
1.3	Praktische Bedeutung der Abgrenzungen von Individualinteressen	303
2.	Die Ermittlung von Individualinteressen.....	306
2.1	Einleitung.....	306
2.2	Ermittlung durch Auslegung des Schutzbereichs.....	306
a	Bedeutung des Wortlauts und des Schutzzwecks.....	308
b	Bedeutung der systematischen und historischen Auslegung	310
2.3	Ermittlung durch Abgrenzung von Individual- und öffentlichem Interesse	310
a	Trennung von Individualinteresse und öffentlichem Interesse	310
b	Theorien zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht ..	312
c	Abgrenzung anhand der Trägerschaft des Interesses	313
2.4	«Kanon an Methoden und Regeln» zur Ermittlung des Individualinteresses in Deutschland.....	314
2.5	Synthese.....	318
3.	Die Menschenwürde als eine Individualinteressen schützende Norm.....	318
3.1	Schutzzweck der Menschenwürdegarantie	318
3.2	Sachlicher Schutzbereich: Schutz der Subjektqualität des Menschen.....	319
3.3	Persönlicher Schutzbereich: Individualrechtsschutz und Gattungsschutz.....	320
a	Individualrechtsschutz vs. Gattungsschutz.....	320
b	Gattungswürde als allgemeines Verfassungsprinzip	324
aa)	Das «Individuum» als Voraussetzung der objektivrechtlichen Grundrechtsfunktion.....	324
bb)	Anwendungsbereich der Gattungswürde als allgemeines Verfassungsprinzip.....	325
4.	Synthese: Der Schutz von Personen, nicht der Gattung Mensch.....	329
III.	Die Justiziabilität der Menschenwürdegarantie	330
1.	Bedeutung und Voraussetzungen der Justiziabilität	330
1.1	Justiziabilität: ein Begriff des Verfassungs- und des Völkerrechts.....	330
1.2	Voraussetzungen: genügende normative Bestimmtheit und Durchsetzbarkeit	332

2.	Die genügende normative Bestimmtheit	335
2.1	Bedeutung und Voraussetzungen der normativen Bestimmtheit	335
2.2	Die aktuell fehlende Bestimmtheit der Menschenwürdegarantie.....	338
	a Die Menschenwürdegarantie als Programmartikel oder Gesetzgebungsauftrag?	338
	b Mangelnder Bezug zu Rechten und Pflichten des Einzelnen?	339
	c Fehlender konkreter, eigenständiger Gehalt.....	340
	aa) Das Verbot der Schuldverhaft	341
	bb) Das Recht auf ein schickliches Begräbnis.....	342
	cc) Der postmortale Schutz des Menschen.....	344
	(1) Der Schutz der Persönlichkeit nach dem Tod	344
	(2) Die Rolle der Menschenwürde.....	348
	dd) Der vorgeburtliche Schutz des Menschen	352
	(1) Der Beginn der Grundrechtsträgerschaft im Allge- meinen	353
	(2) Die Menschenwürde als Rechtsfähigkeit, aber keine Grundrechtsträgerschaft des <i>Nasciturus</i>	355
	d Synthese.....	362
2.3	Die «Bestimmbarkeit» der Menschenwürdegarantie	363
	a Einleitung.....	363
	b Die Unbestimmbarkeit des Absoluten?.....	365
	aa) Trivialisierung der Menschenwürde als «kleine Münze».....	365
	bb) «Fehlender» Schutzbereich der Menschenwürde	368
	c Die Bestimmbarkeit des Absoluten!	369
	aa) Definitorischer Selbstwiderspruch	369
	bb) Gehaltsbestimmung als Voraussetzung der Schutzwir- kung der Menschenwürde	369
	cc) Kein «fehlender» Schutzbereich der Menschenwürde	370
	dd) Eine Frage des Verständnisses von «Unantastbarkeit»	371
	ee) Vermeidung beliebiger Einsetzbarkeit, Inflation und Ent- wertung der Menschenwürde	373
	d Das Verbot der Festlegung eines bestimmten Menschen- bildes der Verfassung.....	376
	aa) Partikulare Vorstellungen über den Menschen und seine Würde	376
	bb) «Offenheit» des Menschenbildes	378

	(1) Keine naturalistische oder essentialistische Wesensbeschreibung des Menschen	379
	(2) Keine Begründung der herausragenden Stellung des Menschen in der Welt	382
	cc) Grenzen der Offenheit.....	384
	(1) Rückgriff auf ein Menschenbild	384
	(2) Wenn innere Wertvorstellungen nach aussen treten	388
	e Synthese: Formulierung konkreter Schutzgehalte anstatt Ver- ordnung von Werten	390
2.4	Die eigenständigen subjektiven Gehalte der Menschenwürde- garantie	392
	a Einleitung.....	392
	b Bedeutung der Lückenlosigkeit des Grundrechtsschutzes	393
	c Bedeutung der Auffanggrundrechte für die Menschenwürde- garantie	395
	aa) Rechtslage in Deutschland	395
	bb) Rechtslage in der Schweiz	398
	d Verzicht auf Subsidiarität und Hinwendung zur Eigenständig- keit der Menschenwürdegehalte.....	401
	e Folgen für die Frage nach der «Eigenständigkeit» des Menschenwürdegehalts.....	404
3.	Die Durchsetzbarkeit der Menschenwürdegarantie	405
	3.1 Einleitung.....	405
	3.2 Die Bedeutung der Durchsetzbarkeit bzw. der Rechtsmacht	406
	a Anspruch, Klagemöglichkeit oder Erzwingbarkeit	406
	aa) Anspruch und Klagemöglichkeit.....	406
	bb) Erzwingbarkeit.....	410
	b Abhängigkeit vom materiellen Recht.....	411
	aa) Subjektive Rechte als Voraussetzung der Rechtsweg- garantie.....	413
	bb) Konkretisierung der Rechtsweggarantie in Art. 189 Abs. 1 lit. a BV, Art. 95 und Art. 116 BGG.....	416
	c Unterscheidung zwischen Begriffs- oder Entstehenselement.....	417
	d Synthese	419
3.3	Die Menschenwürde als einklagbares Recht.....	419
	a Einleitung.....	419
	b Die restriktive Praxis des Bundesgerichts bei der Legitimation der Willkürbeschwerde	421

c	Die Menschenwürde als «verfassungsmässiges Recht» zweiter Klasse?.....	423
d	Konsequenzen des Verständnisses subjektiver verfassungsmässiger Individualrechte für die Legitimationspraxis des Bundesgerichts.....	424
3.4	Exkurs: Auflösung der Kritik am subjektiven Recht im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation	424
IV.	Das Rechtsschutzbedürfnis	428
1.	Bedeutung: besonderer Verfassungsrang und Bestehen einer Rechtsschutzlücke	428
2.	Besonderer Verfassungsrang	429
3.	Bestehen einer Rechtsschutzlücke: die Notwendigkeit der subjektivrechtlichen Funktion der Menschenwürde.....	431
3.1	Eigenständige Gehalte und Anwendungsbereiche der Menschenwürde.....	431
3.2	Menschenwürde als Schranke der Verfassungsrevision	432
a	In Deutschland	432
b	In der Schweiz	433
c	Menschenwürde als Teil des regionalen ius cogens.....	438
d	Beispiele eines Rechtsschutzbedürfnisses betreffend Verfassungsrevisionen	439
3.3	Begründung der staatlichen Schutzpflicht bzw. Horizontalwirkung der Grundrechte	442
a	Schutzpflicht und Horizontalwirkung im Allgemeinen.....	442
aa)	Ausgangslage: Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte.....	442
bb)	Schutzpflichten und Horizontalwirkung.....	443
(1)	Horizontalwirkung.....	443
(2)	Schutzpflicht.....	447
b	Begründung der Schutzpflicht durch die Menschenwürdegarantie in Deutschland.....	452
c	Begründung der Schutzpflicht durch die Menschenwürdegarantie in der Schweiz.....	455
aa)	Keine Begründung der grundrechtlichen Schutzpflichten im Allgemeinen.....	455
bb)	Begründung einer allgemeinen subsidiären direkten Horizontalwirkung bzw. von subjektiv-rechtlichen Schutzansprüchen.....	457
cc)	Synthese	466

Zusammenfassung der Ergebnisse 469

Grundlagen..... 471

Die Funktionen der Menschenwürde im Allgemeinen 476

Die subjektiv-rechtliche Funktion der Menschenwürde 482

I. Auslegung von Art. 7 BV und Art. 1 Abs. 1 GG.....482

II. Voraussetzungen subjektiver Rechte.....483

III. Konkretisierung der subjektiv-rechtlichen Funktion der Menschenwürdegarantie.....485

 1. Die Ausrichtung der Menschenwürdegarantie auf Individualinteressen.....485

 2. Die Justiziabilität der Menschenwürdegarantie: Das Element der Bestimmtheit487

 3. Die Justiziabilität der Menschenwürdegarantie: Das Element der Durchsetzbarkeit.....494

 4. Das Rechtsschutzbedürfnis.....496

 5. Synthese500

Stichwortverzeichnis 503