

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

Schulthess § 2018

Inhaltsübersicht

InhaltsübersichtIX

InhaltsverzeichnisXI

AbkürzungsverzeichnisXXIII

LiteraturverzeichnisXXVII

MaterialienverzeichnisLIII

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 Allgemeinen141

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 Ergebnisse469

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	Programmatische 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 Rechte253

1. Einleitung253

2. Die subjektiven Rechte im Privatrecht254

2.1 Die Willenstheorie254

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 subjektiv-rechtlichen 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 Individual- interessen.....	485
2. Die Justiziabilität der Menschenwürdegarantie: Das Element der Bestimmtheit	487
3. Die Justiziabilität der Menschenwürdegarantie: Das Element der Durchsetzbarkeit.....	494
4. Das Rechtsschutzbedürfnis.....	496
5. Synthese	500
Stichwortverzeichnis	503