

Zusammenfassung

Rechtlich ist die Grundrechtskollision ein Konflikt höchster Individualgüter, die an sich umfassend geschützt werden sollten, wegen des Konflikts aber konkret nicht im vollen, aufgrund der Schutznorm (des Grundrechts) abstrakt erwartbaren Umfang gewahrt werden können. Weil die Grundrechtskollision in erster Linie allgemeine Fragen der Grundrechtsdogmatik betrifft – und man die Grundrechtsdogmatik ohne Beschäftigung mit ihrem Problemfall *par excellence* kaum begreifen könnte –, sind die Schlüsse dieser Arbeit nicht nur Teil der besonderen Kollisionsdogmatik, sondern auch der allgemeinen Grundrechtsdogmatik.

Als ein Unterfall ethischer Dilemmata ist die Grundrechtskollision zudem ebenso ein unausweichlich interdisziplinäres Problem, das Antworten erfordert, die den Rahmen einer „reinen“ Rechtsdogmatik überschreiten. Daher fand hier eine Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitstheorien statt, auf deren Basis die überzeugende Darlegung kollisionsdogmatischer Erkenntnisse erst möglich ist. Zur Prüfung und Präzisierung der grundrechtsdogmatischen und der gerechtigkeitstheoretischen Erkenntnisse wurden zudem vier Fallbeispiele untersucht.

Der Aufbau der Zusammenfassung der Ergebnisse entspricht nicht jenem dieser Arbeit; es wird hiernach vielmehr einer deduktiven Logik folgend vom Abstraktesten (Gerechtigkeitstheorien) über etwas weniger Abstraktes (Kollisionsdogmatik) zum Konkretesten (Fallbeispiele) geschritten. So lässt sich der Gesamtzusammenhang besser veranschaulichen.

I Gerechtigkeit

Die Ergebnisse des gerechtigkeitstheoretischen Teils der Arbeit sind für die hier behandelte Problematik der Grundrechtskollision in erster Linie Ergebnisse von Vorfragen. Die Überzeugungskraft der Gesamtergebnisse der Arbeit hängt dadurch von jener der gerechtigkeitstheoretischen Antworten ab, was die umfassende Auseinandersetzung mit ethischen Fragen erforderlich machte.

1. Kritik der Regelethik

Regelethische Konzeptionen der Gerechtigkeit sind aus mehreren logischen und ethischen Gründen abzulehnen:²¹⁴⁸

- Die Regelethik kann (ohne Rückgriff auf einigungs- oder folgenorientierte Argumente) nicht begründen, warum eine aufgrund irgendwelcher historischer Zufälle geltende oder als geltend postulierte Regel verbindlich sein soll – und nicht eine gänzlich andere. Mangels objektiv (überindividuell) greifbarer Gründe für die Geltung regelethischer Regeln stützen sich regelethische Gerechtigkeitsaussagen bestenfalls auf Autoritäten (Philosophen, Prinzen, Propheten; vorgegebenes Gesetz, heiliges Buch, herrschende Lehre etc.), die sich zu den fraglichen Regeln bekennen.
- Weil regelethische Lösungen ethischer Dilemmata vom absoluten Charakter des Gerechten ausgehen, soll der Wert der Werte nicht vom Vergleich mit anderen Lösungsmöglichkeiten abhängen. Die Leugnung der Relativität der Werte geht mit der Annahme ihrer Unfalsifizierbarkeit einher: Was über jeden Vergleich erhaben ist, lässt sich durch nichts widerlegen. Das macht nun aber auch die bloße Suche nach Gründen zur Gefahr für regelethische Prämissen: Wenn regelethische Werte einer Begründung bedürfen, gelten sie nicht „intrinsisch“. Das regelethische Bemühen, Gerechtigkeitsaussagen aus bloss postulierten, angeblich aus sich selbst heraus geltenden Werten und Regeln herzuleiten, führt zur Unfähigkeit konsequenter Regelethiker, sich auf einen ergebnisoffenen Diskurs einzulassen. Den Gefahren der Ideologisierung (bis hin zum Totalitarismus) ist die Regelethik daher stärker ausgeliefert als Gerechtigkeitsverständnisse, die in der für alle Menschen fassbaren Realität (z.B. der wirklichen Präferenzen oder Interessen der Menschen) ihren Anker werfen.
- Sogar die scheinbare Stärke der Regelethik – die Möglichkeit, ausnahmslos geltende Regeln wie das Verbot von Folter und Todesstrafe durch ein rigoristisches Verständnis der Unantastbarkeit dieser Regeln zu festigen – ist in Wahrheit eine Schwäche. Denn dieses Verständnis der Unantastbarkeit geht insofern übers Erforderliche weit hinaus, als es sogar in rein fiktiven, realitätsfremden Fällen gelten müsste. Der Rigorismus bringt den konsequenten Regelethiker in die unmögliche Lage, sagen zu müssen, eine Folterhandlung sei selbst dann verboten,

2148 Ausführlich vorne, Teil 3, B.III.

wo sich mit ihr (rein theoretisch) ein Genozid verhindern liesse. Hieran zeigt sich, wie der regelethische Rigorismus ohne Not bedeutsame Verbote schwächt, die sich durchaus als unantastbar verfechten lassen, wenn man sich pragmatischer Argumente bedient. Hinzu kommt die Schwäche, die aus der Autoritätsabhängigkeit solcher Regeln herrührt: Was in einem Tabu gründet, lebt faktisch vom Zuspruch diskursdominierender Kreise. Geht die Bereitschaft dieser Kreise verloren, die kategorische Geltung der fraglichen Norm zu verfechten, fällt die (scheinbare) Begründung der Norm sogleich dahin.

Kurz: Die regelethische Argumentation zeichnet sich aus durch das Verweigern einer Begründung bei gleichzeitiger Vortäuschung einer besonders starken Form von Begründung.

2. Kritische Würdigung der Einigungsethik

Wenn Gerechtigkeitsaussagen auf Basis der Idee der Einigung begründet werden, sind sie solider als bei bloss regelethischer (Schein-)Begründung. Wenn diskursdominierende Kreise eine wichtige Regel aufweichen, fällt die Durchsetzungsfähigkeit dieser Regel zwar teilweise dahin; die Begründung der Regel bleibt aber zunächst intakt, weil die herrschenden, diskursdominierenden Kreise nicht das repräsentieren, worauf alle Betroffenen sich am ehesten frei einigen würden, sondern im besten Fall Interpretieren dieses hypothetischen freien Willens aller Betroffenen sind, die für sich selbst nicht in Anspruch nehmen können, nie zu irren, und (da man den Willen der Betroffenen zumindest teilweise überprüfen kann) auch nicht die Unfalsifizierbarkeit ihrer Postulate aufstellen können.

Trotzdem hat auch die Einigungsethik als Theorie der Gerechtigkeitsbegründung ihre Schwächen:

- Einigungsethische Gerechtigkeitstheorien scheitern erstens daran, dass der echte Wille des Menschen keine fundamentale Bedeutung haben kann: Bloss dadurch, dass der Mensch frei und authentisch etwas will, wird der Gegenstand dieses Willens nicht unweigerlich moralisch wertvoll.²¹⁴⁹
- Der Konsens der Betroffenen ist in vielen sensiblen Belangen, die konfliktierende Interessen betreffen, eine Fiktion; es gibt ihn nur in hypothetischen Gedankenspielen, in denen ausgeblendet werden kann, dass in

2149 Oben, Teil 3, C.III.

Wirklichkeit nicht jeder sowohl Begünstigter als auch Belasteter (und dies im gleichen Umfang) der kollisionslösenden „Einigungen“ ist, und der Mensch weniger egoistisch und vernünftiger gedacht wird, als er es in Wirklichkeit ist.

- Je weniger der Wille als das begriffen wird, was er alltagssprachlich ist (dieser umfasst jedes begreifbare Begehren einigermaßen urteilsfähiger Personen), und je mehr der massgebliche „Wille“ alles umfassen soll, was freie, faire und vernünftige Menschen begehren würden, desto eher führt diese Ethik zu überzeugenden Lösungen (so unter der Annahme, unter solchen Umständen würde der Mensch wollen, was insgesamt zu optimalen Folgen führt). Allein, diese Einigungsethik definierte Gerechtigkeit nur noch deklaratorisch als Ausdruck des Willens der Menschen: Es käme vielmehr auf die Zusatzkriterien an, die man in den authentischen Willen des Menschen hineindenken muss, damit dessen Berücksichtigung nicht zu unhaltbaren Konsequenzen führt.

Kurz: Ausgerechnet im Kontext ethischer Dilemmata (und in jenem der Grundrechtskollision) ist die Lösung auf Basis von Einigungen etwas irreführend, weil sich dort das, was der vernünftige, faire und freie (oder sonstwie ideale) Mensch wollen sollte, stark von dem unterscheidet, was der Mensch wirklich will.

Dessen ungeachtet eignen sich einigungsethische Heuristiken zur approximativen Ermittlung der Gerechtigkeit; so etwa die Frage, welche Lösung eine Person gutheissen würde, wenn sie sich in einer Situation des Nichtwissens ob der eigenen Lage befände.²¹⁵⁰ Auch sind partizipative Verfahren ein oft wirksamer Weg zur Optimierung der Gerechtigkeit und des Wohls der Betroffenen. Ein Folgenethiker kann daher (und sollte m.E.) Bemühungen zur Stärkung des demokratischen Diskurses gutheissen, weil dies ein Mittel zur Förderung des friedlichen Zusammenlebens und des Gesamtwohls ist.

Grundlegend lässt sich gar das ganze Recht als Ausdruck einer (mehr oder weniger starken) Einigung der betroffenen Gesellschaft begreifen. Alles Recht basiert, ist es denn überhaupt des Rechts würdig, auf einer mindestens passiven, impliziten oder hypothetischen Form der Einigung. Was nicht einmal als Minimaleinigung einer Mehrheit eher aufgeklärter und widerstandsfähiger Personen angesehen werden kann, ist nicht Recht, so sehr es auch regelartig und wirksam sein mag. Als die wohl bedeutend-

2150 Oben, Teil 3, C.II.1, zu RAWLS' Schleier des Nichtwissens, sowie Teil 3, F.IV.3.d, zum Risikoausgleich-Test.

te praktische Gerechtigkeitsstrategie überhaupt zielt die demokratische Rechtsordnung darauf ab, auf der Basis des Grundprinzips der Einigung das Leben der Gemeinschaft auf eine dem Wohl aller Betroffenen optimal dienende Weise zu organisieren.

3. Überzeugungsfähigkeit der Folgenethik

In der hier befürworteten Folgenethik hängt die Richtigkeit eines Verhaltens von der Auswirkung dieses Verhaltens auf das Wohl aller ab, auf die es ankommt. Das Grundprinzip ist simpel, bei aller Prognoseschwierigkeit: Richtig ist die Handlung, von der im konkreten Fall zu erwarten ist, dass sie im Vergleich zu alternativen bewirkbaren Abläufen und unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeiten zu optimalen Folgen führt. Entscheidend ist die Vergleichsabhängigkeit der Wertungen. Das Gebotene ist es nie um seiner selbst willen, sondern angesichts dessen, was sonst zu sein drohte.

Zu den wichtigsten Vorzügen der Folgenethik gehören:²¹⁵¹

- Die Erkenntniswege der Folgenethik gründen in allgemeinen Regeln der Logik und der erfahrungsbasierten Erkenntnis, woraus folgt, dass deren Ergebnisse der kritischen Überprüfung niemals entzogen sind: Zwar kann auch der Folgenethiker Annahmen vorerst ohne hinreichende Begründung postulieren, doch schaffen solche Postulate nur provisorische Versuchsstandpunkte, nicht vermeintlich unanfechtbare Dogmen, die keiner Widerlegung fähig wären – kurz: Folgenethische Thesen sind falsifizierbar und damit diskursfreundlich und fortschrittsfähig.
- Besonders im Vergleich zur Regelethik weist die Folgenethik eine grosse Autoritätsresistenz auf: Solange eine wichtige Regel folgenethisch abgestützt ist, ändert ein fehlender Wille zur Durchsetzung der Regel seitens herrschender Kreise nichts an der Gültigkeit der Begründung. Damit bietet die Folgenethik in jeder Lage die Möglichkeit dazu, Missbräuche der Macht objektiv zu kritisieren: Die Gesetze der Logik und der Natur, auf die es ankommt, können nicht kurzerhand wegdekretiert werden; und an der Dringlichkeit existenzieller Grundbedürfnisse oder an anderen faktischen Grundlagen moralischer Werte ändern fluktuierende Moralvorstellungen nichts.

2151 Vgl. vorne, Teil 3, F.I.3.

- Die pragmatische Struktur folgenethischer Argumente ist ein weiterer wichtiger Vorzug, weil aus ihr folgt, dass die Schlüsse nur so präzise sein können, wie es das verfügbare Wissen und der verhältnismäßige Prognoseaufwand erlauben, und Gerechtigkeitsansprüche nicht auf beliebige Kosten der Gerechtigkeitsansprüche Dritter verwirklicht werden können, sondern die optimale – gegebenenfalls graduelle, schrittweise – Gesamtverwirklichung den vorhandenen Ressourcen und konkurrierenden Ansprüchen Rechnung tragen muss.
- Eine substantiell begründete Folgenethik, die der zumindest weitgehenden Determiniertheit der Kausalabläufe des Lebens Rechnung trägt, hat kein Letztbegründungsproblem. Was für den Menschen wertvoll ist, ist nur Ausdruck natürlicher Tatsachen seines Lebens und der Umstände dieses Lebens (es ist nicht so, dass der Mensch frei entschiede, ob er das Leben und diverse Dimensionen seiner Freiheit als wertvoll erleben will). Folgenethische Aussagen, die letztlich in den natürlichen Tatsachen des Lebens gründen (und nicht nur in einer normativen Nebenwelt), erkranken nicht am Problem bloss postulierter Grundnormen, die von ontologischen Tatsachen unabhängig sein sollen und daher genauso gut ganz anders lauten könnten.

Anders als universalistische Varianten der Folgenethik nimmt die hier vertretene (perspektivische) Form an, dass erst aus einer definierten Perspektive relevante Bewertungen möglich sind. Selbst bei umfassenden Kreisen der Gleichheit definiert in der Regel ein Aspekt der eigenen Identität (etwa als empfindungsfähiges Tier) den Ausgangspunkt der Betrachtung.²¹⁵² Geht es wie in Grundrechtsfragen – nur und immerhin – um alle Menschen, gehen Richtigkeitsaussagen in diesem Kontext stets mit der (i.d.R. ungesprochenen) Vorannahme einher, dass es dabei alle betroffenen Menschen sind, um die es geht.

II Ethisch fundierte Kollisionsdogmatik

1. Ziele der Kollisionslösung

Das Ziel der Lösung der Grundrechtskollision ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV). Verwirklichung bedeutet dabei sowohl die Optimierung der Fähigkeit der Men-

2152 Vgl. vorne, Teil 3, D.II.6.

schen zum Genuss der Grundrechte als auch die optimale Verteidigung bestehender Möglichkeiten zum Genuss der Grundrechte.²¹⁵³ Weil vom gleichen Wert (Art. 7 BV) und Anspruch auf Berücksichtigung (Art. 8 BV) aller Menschen auszugehen ist, sind gewisse Lösungstypen a priori unbefriedigend: Was etwa nur innerhalb der Grenzen des Staates optimal wirkt, ist nicht gut genug.

In ethischer Hinsicht geht es darum, die Grundbedürfnisse und Lebensinteressen der Betroffenen optimal zu verwirklichen. Optimal heisst: auf die dem grössten Wohl der grössten Zahl dienende Weise. Dieses Wohl, um dessen Wahrung und Realisierung es den Grundrechten gehen muss, ist das Leben als Wert – also die Möglichkeit, ein als wertvoll empfundenenes Leben zu leben. Die Grundnorm lässt sich entsprechend als Gebot der Lebensdienlichkeit bezeichnen. Stets möglichst lebensdienlich zu handeln und auf die optimale Förderung oder den Schutz des Lebens als Wert hinzuwirken, ist das Grundgebot, von der jede Kollisionslösung gezeichnet sein sollte.²¹⁵⁴

Was in der Verfassung als Ziel der Kollisionslösung (Art. 35 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) vorgegeben – von der verfassungstragenden Gesellschaft „vereinbart“ – worden ist, ist dem ethisch Gebotenen daher von Grund auf sehr nahe. Es geht in beiden Fällen darum, das für den Menschen Gute zu realisieren.

2. Auslegung im Kollisionsfall

Für die Berücksichtigung folgenethischer Kriterien bieten die offen formulierten Grundrechte Spielräume. Bei der Auslegung und Anwendung der kollisionsbetroffenen Verfassungs- und Gesetzesnormen ist die Interessenabwägung zentral. Diese umfasst eine Folgenabwägung: Entscheidend ist die Einschätzung der zu erwartenden Folgen der unterschiedlichen Lösungen. Dabei geht es auch um die Frage, wie sich die jeweils erwogene Deutung der Grundrechte und die Handhabung des Konflikts mittel- und längerfristig auf den Genuss anderer Grundrechte und der grundrechtlich verbürgten Lebensqualität der Menschen auswirken. Wo annähernd gleichwertige Güter betroffen sind, ziemt sich wegen der Rechtsgleichheit der Betroffenen ein unreflektiertes Anwenden starrer Vorrangregeln nicht.

2153 Vgl. vorne, Teil 2, A.II, zu den Funktionen der Grundrechte.

2154 Vgl. vorne, Teil 2, A.I.3; grundlegend zudem vorne, Teil 3, D.I.1 – 2, E.I und E.IV.

Aus dem Gedanken des Rechts als Einigung fließt eine andere (indirekt folgenethisch relevante) Frage: Welche Erwartungen können die von einer Kollision betroffenen Grundrechtsträger angesichts der Garantien der Verfassung und der bisherigen höchstrichterlichen Umsetzung dieser Garantien in Bezug auf die Auflösung der Kollision hegen?²¹⁵⁵ Grundrechtskollisionen schränken den Raum dessen ein, was die Grundrechtsträger vom Staat an prioritärer Rücksichtnahme vernünftigerweise erwarten können. Das kann zur Folge haben, dass schon der Schutzbereich gewisser Grundrechte im Kollisionsfall enger ist – dies wird durch die konkretisierende Auslegung der kollidierenden Grundrechtsgehalte im Lichte des konkreten Falls ermittelt. Diese Auslegung kann selbst bereits die Lösung der Kollision sein.

3. Abwägung im Kollisionsfall

Die in Art. 36 Abs. 3 BV geforderte Verhältnismässigkeitsprüfung entspricht im Rahmen einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik der Prüfung, ob das erwogene kollisionslösende Vorgehen zur optimalen Verwirklichung der Grundrechte aller betroffenen Menschen beizutragen vermag – und damit der Ermöglichung eines von den Betroffenen als (möglichst) wertvoll erlebbaren Lebens dient.

Die drei klassischen Kriterien der Verhältnismässigkeit sind daher im Grunde eins: Die *Eignung* der Kollisionslösung zeichnet sich dadurch aus, dass die Handlung optimal der Summe der zu wahrenen, grundrechtlich verbürgten Interessen dient. Die *Erforderlichkeit* ist Eignung, wobei aber im Zentrum der Betrachtung nicht unmittelbar die zu schützenden Güter stehen (z.B. freie Selbstbestimmung oder die physische Unverletzlichkeit), sondern die zu minimisierenden Nachteile (z.B. ein Grad an Unfreiheit im Rahmen der Selbstbestimmung oder an erlittenen körperlichen Schmerzen). Erforderlich sind Einschränkungen der Grundrechte, die insgesamt nicht schwerer wiegen als jene, die aus der schonendsten aller übrigen Lösungen resultieren würden. Die *Zumutbarkeit* ist bei folgenoptimalen Lösungen stets gegeben, während es an ihr fehlt, sobald eine kollisionslösende Massnahme ungeeignet ist, sich optimal auf die Gesamtheit der Grundrechte auszuwirken. Zumutbar ist unter Gleichberechtigten jeden-

2155 Vorne, Teil 2, B.I.1.a und insb. B.III.3, für die Relevanz der Erwartungen bei der Auslegung; vgl. zudem dort B.IV.3.e, zu den Erwartungen angesichts des privaten Gewaltverzichts unter staatlichem Gewaltmonopol.

falls immer das „geringste Übel“, denn dieses kann nur durch Hinnahme eines grösseren Gesamtübelns vermieden werden.²¹⁵⁶

Weil in einer ersten Prüfung der drei genannten Kriterien oft die Folgen für die Grundrechte der unmittelbar betroffenen oder geografisch und zeitlich nahestehenden Personen Beachtung finden dürften, ist vorsichtshalber bei anspruchsvollen Kollisionsfällen in einem getrennten Schritt die (auch zur Verhältnismässigkeit zählende) Nachhaltigkeit der Lösung zu prüfen. Dabei sind vor allem möglicherweise kontraproduktive und zielverfehlende Anreize zu bedenken, die von einer Kollisionslösung ausgehen könnten.²¹⁵⁷

Allgemein darf die Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Kollisionslösung nicht schablonenhaft erfolgen.²¹⁵⁸ Bei der Einschätzung der Schwere der jeweiligen Einschränkungen (und teilweise schon bei der Beurteilung des abstrakten Werts der geschützten Güter) ist daher stets danach zu fragen, in welchem Kontext die Grundrechte betroffen sind und welche Bedeutung sie situativ für die Betroffenen entfalten. Der Nutzen, den das Individuum an der Uneingeschränktheit spezifischer Grundrechte hat, variiert von Situation zu Situation: Gehen gewisse Grundrechtseinschränkungen nur mit geringfügigen Bedrohungen der Grundbedürfnisse einher – etwa weil die Befriedigung der fraglichen Grundbedürfnisse auf andere Weise umfassend gesichert ist –, weist die Verhinderung dieser Einschränkungen einen geringen Grenznutzen auf. Im Falle einer Kollision mit direkt lebensdienlichen grundrechtlichen Interessen (z.B. dem Interesse an jenem Grad an Sicherheit, das zur freien Lebensgestaltung unentbehrlich ist) gehen Letztere vor. Gerade bei der Frage nach der Allokation begrenzter Ressourcen ist die Frage nach dem relativen Nutzen für die Betroffenen zentral.²¹⁵⁹ Aus diesem Grund ist etwa auch der Dauer des bei Unterlassung oder Verhinderung einer Tötung verbleibenden Lebens Rechnung zu tragen.²¹⁶⁰

2156 Vorne, Teil 2, C.IV.1; vgl. zudem zur Folgenethik vorne, Teil 3, D.I.1 – 2 (insb. a, b, d) sowie ebd. D.III.3.

2157 Vorne, Teil 2, C.IV.4.c.

2158 Vgl. in Bezug auf die Zwangsernährung vorne, Teil 4, B.III.2.

2159 Vgl. zur Relevanz des Grenznutzens für die Folgenethik vorne, Teil 3, D.I.2.b und D.III.1.a, d; siehe auch vorne, zum *Bettler*-Fall, Teil 2, B.II.1.b.

2160 Vorne, Teil 4, D.IV.1.c.

4. Grenzen und Sonderfälle der Abwägung

In einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik ist die Abwägung geboten, solange sie selbst verhältnismässig ist. Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist nicht einfach ein Synonym der Interessenabwägung.²¹⁶¹ Die Abwägung dient dazu, innerhalb vernünftiger Zeit zu ermitteln, was schätzungsweise vorrangig Schutz verdient. Selbst wo eine umfassende Abwägung – bis hin zur exakten Folgenrechnung – unmöglich oder zumindest unverhältnismässig ist, bleibt das Ziel der Folgenoptimierung erhalten. Je weniger Raum und Zeit für die exakte Abwägung besteht, desto eher ziemt sich der Rückgriff auf allgemeine Erfahrungswerte, auf standardisierte Handlungsrichtlinien oder Heuristiken der Gerechtigkeit.²¹⁶² Kurz: Dringlichkeit verzeiht zwar Denkabkürzungen, nicht aber Gedankenlosigkeit. Aus den Gründen, aus denen der Folgenethiker nicht optimal handelte, wenn er sich jederzeit um eine höchst minutiöse Folgenrechnung bemühte²¹⁶³, muss der Staat bisweilen selbst bei Kollisionen wichtigster Güter mit einer Eilabwägung vorliebnehmen oder die Abwägung gar gänzlich unterlassen. Die Abwägung stösst in solchen Fällen an Grenzen; nicht aber das Gebot der Verhältnismässigkeit, das diese Grenzen selbst gebietet.²¹⁶⁴

Ausdruck hiervon ist auch die diese Arbeit durchdringende Erkenntnis, eine rigoristisch gedeutete Unantastbarkeit bestimmter Schutzgüter könne es nicht geben; diese hätte gelegentlich ein Gebot zu unverhältnismässigen Lösungen zur Folge (was dem Gebot der folgenoptimalen Grundrechtsverwirklichung widerspräche).²¹⁶⁵ Gewisse grundrechtliche Schutzgehalte können jedoch insoweit unantastbar sein, als im Konfliktfall eine Abwägung klar unnötig wäre. Die Unantastbarkeit einer Norm führt somit nicht zu einer rätselhaften unbedingten und kontextblinden Normgeltung, die keiner Begründung bedarf und für deren Geltung und Wirkung Kosten in beliebiger Höhe hinzunehmen wären (*fiat iustitia et pereat mundus*) – etwa der Tod Tausender Menschen, wenn sich dieser nur durch die vorübergehende Behandlung einer Person als blosses Objekt vermeiden liesse, was vermeintlich stets die unantastbare Menschenwürde verletzen soll.

2161 Vorne, Teil 2, C.IV.1.d.

2162 Vgl. vorne, Teil 3, F.IV.

2163 Vgl. vorne, Teil 3, D.III.2 und F.IV.1.

2164 Vorne, Teil 2, C.IV.1.d.

2165 Vorne, Teil 2, C.V.3; vgl. Teil 3, B.III.4 sowie D.I.2.a-d; Teil 4, C und D; vgl. Teil 5, A.I.4.a und 5.

Mit anderen Worten, soweit sich die Unantastbarkeit gewisser Schutzgüter begründen lässt, ist sie mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit kompatibel. Dies ist auf zwei Arten möglich: Erstens, gewisse Handlungen, durch die grundrechtliche Güter eingeschränkt wären, können ausnahmslos verboten sein, soweit davon auszugehen ist, es bestehe nie ein überwiegendes Interesse an einer Ausnahme vom Verbot. In diesen Fällen lässt sich die Unantastbarkeit dieser Güter *pragmatisch* begründen. Die Identifikation solcher Verbote setzt eine Prognose voraus: Es sind die Folgen der ausnahmslosen Normgeltung einzuschätzen und jenen der optimalen Ausnahmeregelung gegenüberzustellen; dabei ist den Risiken von Fehlanwendungen der Ausnahmeregelung Rechnung zu tragen.²¹⁶⁶ Zweitens kann die Unantastbarkeit insofern ein formales Attribut einer Norm sein, als gewisse grundrechtliche Schutznormen bisweilen gerade durch den Gedanken der Unhaltbarkeit einer Einschränkung definiert sind. So sind das Verbot willkürlicher Tötungen oder auch Aspekte der Menschenwürde zu begreifen: Nur was absolut unverhältnismässig ist, kann überhaupt Willkür oder eine Verletzung der Menschenwürde sein. In dieser Hinsicht ist das strikte Einschränkungsverbot *begriffslogisch* konzipiert.²¹⁶⁷

Sollte es trotz nicht-expansiver Definition unantastbarer Grundrechtsgelände und der Möglichkeit der kontextuellen Grundrechtskonkretisierung zu einer *echten Kerngehaltskollision* kommen, wäre diese durch Abwägung zu lösen. Unzulässig wäre es, einfach einseitig den Vorrang eines der Kerngelände zu postulieren. Aufgrund der Pflicht zur symmetrischen Kollisionslösung und optimalen Grundrechtsverwirklichung (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 BV)²¹⁶⁸ sowie wegen der Unmöglichkeit der kumulativen Kerngehaltswahrung²¹⁶⁹ ist abwägungshalber nach der möglichst lebensdienlicheren Lösung zu suchen.

5. Auswahl konkreter Kriterien der Kollisionslösung

In Grundrechtskollisionen, die das Leben eines oder mehrerer Menschen betreffen – wo also dessen Verlust droht –, ist stets von der Vermutung der *Höchstrangigkeit des Lebensrechts* auszugehen. Diese Vermutung bezeichnet

2166 Vorne, Teil 2, C.V.4.

2167 Vorne, Teil 2, C.V.5.

2168 Vorne, Teil 2, B.IV zum allgemeinen Verwirklichungsgebot und Teil 2, B.IV.1.c, zum Symmetriegebot.

2169 Vgl. vorne Teil 2, B.V.3.

den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen zur Kollisionslösung. Die Argumentationslast liegt in der Folge aufseiten jener, die andere Güter (oder weniger Leben) vorrangig schützen wollen.

Sind Leben auf beiden Seiten der Kollision bedroht, ist die *Abwägung von Leben gegen Leben* gestattet; zwar ist die relative Zahl bedrohter Leben nicht das einzige und alleinentscheidende Kriterium zur Lösung von „Leben gegen Leben“-Kollisionen. Doch die Berücksichtigung der Zahlenverhältnisse ist die logische Konsequenz aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).²¹⁷⁰

Alle Werte sind zudem grundsätzlich einer abgestuften Wertung zugänglich, was eine *graduelle Berücksichtigung* beispielsweise auch des Werts des zu rettenden Lebens, nach Massgabe namentlich der verbleibenden Dauer dieses Lebens, möglich macht.²¹⁷¹

In der folgenethischen Grundrechtsdogmatik ist von der *Vergleichbarkeit der Werte* auszugehen. Es muss folglich von der Existenz substantieller Werte ausgegangen werden, die einer vergleichenden Bewertung zugänglich sind. Einen Ansatzpunkt dafür bietet jeweils die Frage, inwieweit menschliche Grundbedürfnisse durch eine Grundrechtseinschränkung betroffen sind. Diese Grundbedürfnisse lassen sich zur Prüfung des abstrakten Geltungsanspruchs der Grundrechte und der Intensität von Einschränkungen unterschiedlicher Schutzgüter konsultieren. Die Hierarchie der Grundbedürfnisse liefert Hinweise auf eine für den Menschen nachvollziehbare Priorisierungsordnung innerhalb grundrechtlicher Ansprüche.²¹⁷²

Die Menschenwürde ist eines der Höchstgüter. Sie weist einen engen Bezug zu allem auf, was dem Menschen besonders wichtig ist, etwa zum Leben an sich und zum Schutz der Bedingungen, die es für den Einzelnen lebenswert machen.²¹⁷³ Sie begründet *kein absolutes Instrumentalisierungsverbot*.²¹⁷⁴

Bei der Prüfung von Kollisionslösungen – insbesondere dort, wo diese an sich nachvollziehbaren, durchs Recht veranlassten Erwartungen und Hoffnungen der Betroffenen entgegenstehen – ist jeweils zu prüfen, ob diese erwogenen Lösungen das *Vertrauen in staatliche Institutionen* nicht so sehr belasteten oder untergruben, dass daran die Funktionsfähigkeit

2170 Vorne, Teil 3, D.III.3.a.

2171 Vgl. vorne, Teil 3, A.V.

2172 Vgl. vorne, Teil 3, E.II.2.

2173 Vgl. vorne, Teil 3, E.III.

2174 Vorne, Teil 2, B.IV.4.c; vgl. auch Teil 3, D.III.3.b.

des Staates und die optimale Verwirklichung der Grundrechte Schaden nähme.²¹⁷⁵

Es gilt grundsätzlich die *Gleichwertigkeit der aktiven und passiven Grundrechtsverwirklichung*.²¹⁷⁶ Es besteht kein Privileg der grundrechtlichen Abwehrrechte vor Schutzansprüchen; auch nicht bei Höchstgüterkollisionen. Freilich kann das Abwehrrecht im konkreten Fall aus pragmatischen Gründen vorgehen.

III Lösung der Fallbeispiele

Das Erkenntnisziel der Arbeit erforderte es, Kriterien zu ermitteln, auf deren Basis sich echte Grundrechtskollisionen plausibel lösen lassen; daher war die Besprechung einzelner Fälle notwendig. Schilderte ich Nichtjuristen, worum es meiner Arbeit ging, nannte ich zur Illustration einige der hier diskutierten Problemfragen: Darf der Staat das von Terroristen gekaperte Zivilflugzeug abschiessen? Darf er den Entführer mit aggressiven Verhörmitteln zwingen, das Versteck des Opfers zu verraten? Ist Zwangsernährung zur Rettung des Hungerstreikenden legitim? Darf der Staat vermuten, der Mensch willige in die postmortale Spende seiner Organe ein?

Daraufhin wurde ich regelmässig nach *der* Lösung gefragt. Die gibt es nicht. Gleichwohl sei kurz zusammengefasst, zu welchen Ergebnissen ich bei den Falllösungen gelangte:

Es ist vernünftig, wenn der Staat die *Zwangsernährung* als letztes Mittel nicht ausschliesst, sondern vorsieht, um zu verhindern, dass er jemals in eine Lage gerät, in der er nur die Wahl zwischen der Billigung der schweren Selbstschädigung der betroffenen Person und seiner eigenen Erpressbarkeit hätte. Die Möglichkeit der Zwangsernährung und ihrer Androhung dürfte paradoxerweise die Chance erhöhen, dass es gar nie so weit kommen muss. Ein rechtmässig inhaftierter Haftinsasse hat bei fairen Haftbedingungen wenig Anlass, sich irreversiblen Gesundheitsschäden oder dem Hungertod auszusetzen. Die Zwangsernährung kann indes keine zulässige *Ultima Ratio* sein, wenn ein legitimes geringeres Mittel darin bestünde, auf berechnete Forderungen des Hungerstreikenden einzugehen.

2175 Vorne, Teil 5, B.IV.4; vgl. auch Teil 2, B.III.3 und B.IV.4.d (iii); Teil 3, F.IV.2.d und f; siehe zudem an konkreten Beispielfällen: Teil 4, B.I.3 sowie Teil 4, C.IV.1 und C.V.1.b.

2176 Vorne, Teil 2, B.IV.4.c; vgl. auch Teil 5, B.II.4.

Deswegen lässt sich die Frage nach der gebotenen Reaktion des Staates auf einen Hungerstreik hin nicht von der Frage nach der Legitimität der Haft oder der Akzeptabilität anderer hungerstreikauslösender Umstände prüfen.

Der *Abschuss des entführten Passagierflugzeugs* ist zulässig, weil und soweit der Erwartungswert der Intervention des Staates deutlich höher ist als der Erwartungswert bei Verzicht auf eine Intervention. Dies dürfte insbesondere dort und deshalb der Fall sein, wo der Abschuss des Flugzeugs zur Rettung einer deutlich grösseren Zahl (und Dauer) an Leben führte. Auch ist dabei zu berücksichtigen, dass die Kollisionslösung bei Unterlassung des Abschusses kaum nachhaltig wäre, weil sie dazu beizutragen geeignet wäre, dass der Kollisionsfall sich wiederholt ereignet. Ein striktes Verbot des Abschusses von Passagierflugzeugen drohte potenzielle Flugzeugentführer zu motivieren. Zuletzt muss auch ins Gewicht fallen, das man den hypothetisch betroffenen Passagieren nicht pauschal unterstellen kann, sie zögen den Schutz ihrer voraussichtlich letzten Lebenssekunden der Möglichkeit vor, dass der Staat ein Vielfaches an Leben und Lebenszeit rettet und dabei immerhin die Pläne der Flugzeugentführer durchkreuzt.

Nicht jedes *aggressive Rettungsverbör* ist unzulässig. Geht man von einer plausiblen Folterdefinition aus, ist dagegen jede Folter stets verboten. Das unbedingte Verbot sämtlicher Handlungen, die klar Folter sind, gilt aus pragmatischen Gründen. Wo erst die Analyse der konkreten Umstände und die Kenntnis der konkret konfligierenden Interessen den Schluss erlaubt, es liege Folter vor, gilt das Verbot begriffslgisch. Ein unbedingtes Verbot, die Zufügung erheblicher Schmerzen auch nur anzudrohen, kann indessen nicht plausibel begründet werden. Die Unzulässigkeit dieser Drohung ergibt sich vielmehr erst (aber dies wohl fast immer) im Rahmen einer Abwägung aus ihrer Unverhältnismässigkeit. Denn die Drohung, die der Staat nicht in die Tat umsetzen dürfte, ist von geringer Wirksamkeit, zugleich aber gefährlich, weil sie bei Widerstand dazu zu verleiten droht, das Verbotene gleichwohl zu tun – zum Schutze der Glaubwürdigkeit des Drohenden.

Die *Zustimmung zur postmortalen Organspende* darf gesetzlich vermutet werden, wie dies im Rahmen einer Widerspruchslösung möglich wäre. In der Schweiz ist der Gesetzgeber heute gehalten, die Zustimmungslösung, die für den Tod vieler Personen verantwortlich ist, endlich zu überwinden. Besser ist die Widerspruchslösung namentlich deshalb, weil sie höchstwahrscheinlich zur Rettung einer grösseren Zahl an Leben von auf Organe wartenden Personen führt, ohne dabei die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen mehr als nur peripher einzuschränken. Zudem führt die

Zusammenfassung

Widerspruchslösung zu mehr Leichenspenden, wodurch der Bedarf an Lebendspenden verringert wird; das ist ein Vorteil, weil die Lebendspende diverse Grundrechtseinschränkungen zur Folge zu haben neigt.