

Angriff auf Artikel 1 GG

Im Zusammenhang mit den technologischen Neuerungen im Bereich der Gen- und Reproduktionstechnologien, aber auch in der Debatte über Folter sowie den Status und die Behandlung von Kriegsgefangenen ist in den letzten Monaten in der Bundesrepublik über den Art. 1 GG neu diskutiert worden. Die nicht zuletzt mit den Erfahrungen der NS-Zeit begründete „Garantie“ einer unbedingten, jedwede Abwägung ausschließenden Menschenwürde wird dabei auch von wachsenden Teilen der herrschenden Rechtslehre in Frage gestellt. Exemplarisch dafür steht die Neukommentierung des Art. 1 im tonangebenden Grundgesetzkommentar Maunz/Dürig durch Matthias Herdegen.

Im Kern kreist der Streit um die Frage: Darf die Menschenwürde als humanistisches Fundament unserer Verfassung tatsächlich einem Prozess der Abwägung unterworfen werden oder ist das Grundgesetz einem Menschenwürdeschutz verpflichtet, der keine Abwägung erlaubt?

Nachdem die „Blätter“ bereits in den vergangenen Monaten dieser zentralen Frage nachgegangen sind, zuletzt mit dem Beitrag von Heiner Bielefeldt über „Folter im Rechtsstaat“ (8/2004, S. 947-956), legen wir in dieser Ausgabe den Schwerpunkt auf die Diskussion über die Menschenwürde im Kontext der Gen- und Reproduktionstechnologien. Mit der Aufsehen erregenden Rede der Bundesjustizministerin Brigitte Zypries an der Berliner Humboldt-Universität im Oktober 2003 ist diese Debatte neu entbrannt, wie auch die widerstreitenden Auffassungen im Nationalen Ethikrat zeigen.

Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde setzt sich im Folgenden kritisch mit der Neukommentierung der Menschenwürde durch Matthias Herdegen auseinander. Er sieht hier einen „Traditionsbruch“ in der herrschenden Rechtsauslegung, ein „Rütteln am Fundament“ und eine epochale Veränderung des Verständnisses der Menschenwürdegarantie.

Die Richterin des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, Rosemarie Will, Mitherausgeberin dieser Zeitschrift, geht in Auseinandersetzung mit der Position Böckenfördes der Frage nach, ob der Menschenwürde des Grundgesetzes tatsächlich die christliche Mitgifttheorie zugrunde liegt oder aber die aufklärerische Tradition Immanuel Kants. – D. Red.

Bleibt die Menschenwürde unantastbar?

Von Ernst-Wolfgang Böckenförde

Der Inhalt der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes ist in den letzten Jahren lebhaft in die Diskussion geraten. Hervorgerufen wurde das nicht zuletzt durch die ungeheuren Fortschritte der Biomedizin und Biotechnologie vor allem im vergangenen Jahrzehnt. Symptomatisch für den Vorgang, der sich im rechtswissenschaftlichen Diskurs abspielt, ist die vor gut einem Jahr erschienene Neukommentierung von Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes im großen und lange tonangebenden Kommentar von Maunz/Dürig durch Matthias Herdegen.¹ Sie stellt nicht eine Ergänzung und Fortschreibung von Dürigs Kommentierung mit Blick auf neu aufgetretene Problemlagen und Herausforderungen dar, sondern eine völlige Neukommentierung – den Abschied von Günter Dürig.

Symptomatisch ist dieser Vorgang auch deshalb, weil die Erstkommentierung von Günter Dürig, die 1958 erschien, nahezu 45 Jahre unangetastet im Kommentar stehen blieb, obwohl fast alle anderen Artikel des Grundgesetzes in dieser Zeit eine Zweitkommentierung, teilweise sogar eine Drittkommentierung erfahren hatten. Diese Verspätung hatte ihren Grund. Die Kommentierung der Artikel 1 und 2 durch Dürig war gewissermaßen das ideelle und normative Grundgerüst, auf dem sich der Kommentar insgesamt entfaltete, sie gab ihm das Profil und war ein Stück seiner Identität. Davon wollte man nicht lassen, so lange es ging, auch wenn eine Ergänzung oder erneute Bearbeitung angesichts der Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur und neu aufgetretener Probleme schon länger angezeigt gewesen wäre.

Wie sah die Kommentierung durch Dürig aus?

Sie erwuchs aus der Gründungssituation der Bundesrepublik als ein Beitrag zur Entfaltung der neuen Ordnung, die das Grundgesetz nach den Erfahrungen des Machtmissbrauchs und der tausendfachen Missachtung der Menschenwürde im Dritten Reich aufrichten wollte. Dürig verstand die Menschenwürdegarantie, gedeckt durch die Beratungen des Parlamentarischen Rates, als Übernahme eines grundlegenden, in der europäischen Geistes-

* Überarbeitete Fassung des Vortrags auf der Veranstaltung „Rütteln am Fundament? Die Debatte um eine Neuinterpretation der Menschenwürde-Garantie des Grundgesetzes“ der Heinrich-Böll-Stiftung und des Instituts Mensch, Ethik, Wissenschaft (IMEW) am 11.6.2004 in Berlin.

1 Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 1 I, Stand 2003.

geschichte hervorgetretenen „sittlichen Werts“, wie er sich ausdrückte,² in das positive Verfassungsrecht, das damit bewusst und gewollt ein Fundament vor-positiver Art in sich aufnahm. Auch trat er für die allseitige Geltung dieser Garantie ein, bezogen auf die gesamte Rechtsordnung, nicht beschränkt auf das Verhältnis Bürger – Staat, dem traditionellen Geltungsbereich der Grundrechte. Dem entsprach die Qualifizierung des Art. 1 Abs. 1 als objektivrechtliche Norm und zwar Fundamentalnorm, „oberstes Konstitutionsprinzip allen Rechts“, das sich dann schrittweise im Wert und Anspruchssystem des Grundrechtsteils des Grundgesetzes entfaltet, ohne indes selbst – für Dürig – ein subjektives Grundrecht zu sein.³ Denn ein solches Grundrecht unterliegt im Zusammenhang der Rechtsordnung notwendig Begrenzungen und Abwägungen, will es Bestand haben, während das Achtungs- und Schutzgebot der Menschenwürde nach Intention und Formulierung des Textes universal und „unantastbar“ gelten soll, selbst durch Verfassungsänderungen nicht zu relativieren (Art. 79 Abs. 3 GG).

Die praktische positiv-rechtliche Bedeutung der Menschenwürdegarantie liegt mithin darin, dass sie einen verbindlichen Maßstab für alles staatliche Handeln aufstellt, Staatszweck und Staatsaufgabe einerseits bestimmt und andererseits begrenzt. Sie verpflichtet, nicht nur im Staat-Bürger-Verhältnis die Menschenwürde zu achten und zu schützen, sondern darüber hinaus die Gesamtrechtsordnung so zu gestalten, dass auch von außerstaatlichen Kräften, sprich aus der Gesellschaft heraus und dem Verhältnis der Einzelnen untereinander, eine Verletzung der Menschenwürde rechtlich nicht stattfinden darf.

Den Inhalt der Menschenwürde bestimmte Dürig in einer Weise, die das vor-positive Fundament, das Art. 1 Abs. 1 in das positive Recht transformiert – damals *communis opinio* –, klar zum Ausdruck bringt: „Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten.“⁴ Diese Freiheit zur Selbst- und Umweltgestaltung ist für alle Menschen gleich gedacht, sie ist dem Menschen an sich eigen; nicht die jeweilige Verwirklichung im konkreten Menschen, sondern die „gleiche abstrakte Möglichkeit“, das heißt die potenzielle Fähigkeit zur Verwirklichung ist entscheidend.

Auch dem ungeborenen Leben, dem *Nasciturus*, kommt die Menschenwürde einschließlich der daraus entspringenden Rechte zu: „Im Augenblick der Zeugung entsteht der neue Wesens- und Persönlichkeitskern, der sich hinfort nicht mehr ändert. In ihm ist alles Wesentliche und Wesenhafte [...] dieses Menschen beschlossen. Er treibt zur Entfaltung dessen, was keimhaft in ihm liegt und bewirkt, dass der Mensch, mag er wachsen oder vergehen, stets er selber bleibt.“⁵ Der *Nasciturus* ist deshalb kraft seiner Menschenwürde Inhaber des Grundrechts auf Leben im Sinne des Art. 2 Abs. 2 GG.

2 Günter Dürig, in: dies., a.a.O., Rdn. 1.

3 Ebd., Rdn. 4-10.

4 Ebd., Rdn. 18.

5 Ebd., Rdn. 24.

Den weiteren Inhalt der Menschenwürdegarantie als fundamentaler objektiv-rechtlicher Norm suchte Dürig von den Verletzungshandlungen her zu bestimmen, orientiert am Leitfaden der so genannten Objektformel, die weit hin Karriere bis in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hinein gemacht hat. Diese Objektformel sollte steuernde Leitlinie, nicht Subsumtionsformel sein.

Herdegens grundlegend veränderter Ansatz

Die neue Kommentierung von Herdegen stimmt zwar in etlichen Detailfragen im Ergebnis mit Dürigs Kommentierung überein, aber sie folgt, und darauf kommt es hier an, einem grundlegend veränderten Ansatz. Die Menschenwürdegarantie wird beweglich und anpassungsfähig, büßt ihren Charakter als Fels in der Brandung ein gutes Stück weit ein. Entscheidend ist die Absage an den Charakter der Menschenwürdegarantie als bewusster Übernahme eines vor-positiven geistig-ethischen Gehalts in das positive Recht, mit dem sie verknüpft bleibt. Die Absage ist deutlich: „Die im Parlamentarischen Rat herrschende Vorstellung, das Grundgesetz übernehme mit der Menschenwürdeklausel ‚deklaratorisch‘ einen Staat und Verfassung vorgeordneten Anspruch ins positive Recht hat noch beachtliche Suggestionskraft. [...] Für die staatsrechtliche Betrachtung sind jedoch allein die (unantastbare) Verankerung im Verfassungstext und die Exegese der Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts maßgebend.“⁶ Die Menschenwürde als rechtlicher Begriff wird so ganz auf sich gestellt, abgelöst (und abgeschnitten) von der Verknüpfung mit dem vorgelagerten geistig-ethischen Inhalt, der dem Parlamentarischen Rat präsent und für Dürig so wichtig war. Was hierzu zu sagen ist, wandert ab in den „geistesgeschichtlichen Hintergrund“, worüber kundig berichtet wird, aber ohne normative Relevanz. Die fundamentale Norm des Grundgesetzes geht der tragenden Achse verlustig.

Zum Leitfaden der Interpretation wird die Aufnahme und Mitteilung der Deutungsvielfalt, ein Abstellen auf das, was sich dabei als Konsens zeigt, und die zurückhaltend-skeptische Suche nach Evidenzurteilen. Die Option für den Grundrechtscharakter und den subjektiv-rechtlichen Würdeanspruch der Menschenwürdegarantie – anders als bei Dürig eher ein Detailproblem als eine grundlegend-strukturelle Alternative zum Verständnis als objektiv-rechtliche Fundamentalnorm – öffnet das Tor zur Abwägung, die bei kollidierenden Grundrechtsansprüchen unvermeidlich ist, und zu flexibler Handhabung. Als Schlüsselsatz für die Kommentierung kann folgende Formulierung gelten: „Trotz des kategorialen Würdeanspruchs aller Menschen sind Art und Maß des Würdeschutzes für Differenzierungen durchaus offen, die den konkreten Umständen Rechnung tragen.“⁷

Was ist zu diesem Satz zu sagen, ist er nicht aus sich heraus einleuchtend? Ja und Nein. Er trägt einerseits sinnvolle Differenzierungen, wenn von der Art

6 Herdegen, a.a.O., Rdn. 17.

7 Ebd., Rdn. 50.

des Würdeschutzes die Rede ist, andererseits trägt er ebenso das Auseinanderfallen von Würdeanspruch und Würdeschutz, wenn er auf das Maß des Würdeschutzes abstellt.

Letzteres wird sehr deutlich bei der Gegenüberstellung vom Würdeschutz geborener Menschen und pränatalem Würdeschutz. Während für jede geborene Person die volle Trägerschaft der Menschenwürde kraft Zugehörigkeit zur Spezies Mensch außer Frage steht, unabhängig von sozialen Merkmalen oder der Befähigung zu sinnhaftem Leben, kommt es beim pränatalen Würdeschutz zu einer gleitenden Skala variierender Disponibilität. Die Kommentierung verabschiedet bewusst den traditionellen Diskurs und nimmt Zuflucht zu einer „prozesshaften Betrachtung des Würdeschutzes mit entwicklungsabhängiger Intensität eines bestehenden Achtungs- oder Schutzanspruchs.“⁸ Das Ziel ist, einerseits künstliche Trennungslinien beim „Ob“ des Würdeschutzes zu vermeiden, die Menschenwürde also auf das früheste Stadium menschlichen Lebens rückerstrecken zu können, andererseits aber beim „Wie“ des Würdeschutzes im Hinblick auf dessen Intensität eine weite Flexibilität zu erhalten.

Das kann schwerlich aufgehen. Ein so gesehener Würdeschutz führt mit seiner eigenen Relativierung notwendig auch zur Relativierung der Unabdingbarkeit und Unantastbarkeit der Menschenwürde selbst, wiewohl der Anschein erweckt wird, diese bestünden fort. Die Rechtfertigung erfolgt durch die Rückbeziehung auf den schon erwähnten Schlüsselsatz: „Wenn sich der Würdeanspruch seinem Umfang nach überhaupt nach den konkreten Umständen richten darf, muss dies in besonderer Weise für die Entwicklungsstufen menschlichen Lebens gelten.“⁹ Letztlich geht es um die rechtsdogmatische Etablierung eines Freiraums für die Gewährung und den Abbau von Würdeschutz nach den Angemessenheitsvorstellungen des Interpreten.¹⁰ Das wird nicht zuletzt im Blick auf die aktuellen Probleme der Biomedizin und Humangenetik aktualisiert, wie sich an etlichen Stellungnahmen zu den näheren Ausprägungen der Menschenwürdegarantie, die einen festen Boden nicht erkennen lassen, belegen lässt.

Vorläufer der Neukommentierung

Die Neukommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG durch Matthias Herdegen und der darin sich dokumentierende Traditionsbruch kam nicht aus heiterem Himmel. Sie war nicht ohne Vorgänger, und sie steht auch gegenwärtig nicht allein. Ich greife einiges heraus.

Bereits 1985, veranlasst durch die heraufkommenden Probleme der Humangenetik, setzte sich Peter Lerche für ein eher restriktives statt ausdehnendes Verständnis der Menschenwürde ein.¹¹ Er tat das nicht zuletzt um des Erhalts der Vorbehaltlosigkeit und – in heutigen Termini gesprochen – Abwä-

8 Ebd., Rdn. 56.

9 Ebd., Rdn. 65.

10 Vgl. ebd., Rdn. 67.

11 Peter Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie, in: Rudolf Lukes und Rupert Scholz (Hg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, Köln, Berlin, Bonn und München 1986, S. 99 ff.

gungsresistenz der Menschenwürdegarantie willen. Insofern ist dagegen nichts einzuwenden, denn jede Ausweitung oder Fortentwicklung einer solchen Garantie, mögen dafür angesichts neuer Problemlagen auch gute Gründe sprechen, birgt zugleich die Gefahr der Relativierung in sich, indem einerseits kategoriale Verbote, andererseits aber davon dann wieder gewisse Ausnahmen postuliert werden.

Wichtig ist jedoch der Argumentationsansatz, den Lerche hierfür wählt. Als vorbehaltlos zu schützendes Gut kann die Menschenwürde, so heißt es, „ihre Konturen nur verteidigen, wenn sie auf jenen tendenziell engen Bereich fixiert wird, wo sich die Zustimmung der Rechtsgenossen als eine Art Selbstverständlichkeit einstellt, ein Schutzbereich, der ‚selbstverständlich‘ auch dann gelten, vorbehaltlos gelten müsste, wenn es einen Art. 1 Abs. 1 nicht ausdrücklich gäbe.“¹² Und er fügt hinzu: „In wichtigen Bereichen der Humangenetik wird diese Selbstverständlichkeit aber fraglich“. Sieht man genau hin, bedeutet das für die Inhaltsbestimmung der Menschenwürde ein Abstellen auf das Konsensprinzip, den allgemein vorhandenen Konsens, und zwar nicht einen einmaligen zu einer bestimmten Zeit, sondern den je zeitigen Konsens. Es habe einen sehr guten Sinn, so Lerche, den Schutzbereich der Menschenwürde auf jenem engen Raum festzuhalten, der sich auf selbstverständliche Übereinstimmung zu stützen vermag.¹³ Die Ablösung von einem fundierenden geistig-ethischen Gehalt, mit dem die Garantie verknüpft bleibt, liegt darin beschlossen.

Eine vergleichbare Ablösung findet sich wenig später bei Hasso Hofmann.¹⁴ Er wendet sich von der Mitgifttheorie ab, welche die Menschenwürde im Selbstsein und der Vernunftnatur des Menschen als ihm eigenen Qualitäten begründet sieht – sie bestimmte auch nach seiner Auffassung die große Mehrheit der Mitglieder des Parlamentarischen Rates bei der Schaffung des Grundgesetzes in der einen oder anderen Weise –, und ebenso von der Leistungstheorie Niklas Luhmanns.¹⁵ Ihnen stellt er seine soziale Anerkennungstheorie der Menschenwürde gegenüber. Würde des Menschen konstituiere sich – so seine These – in sozialer Anerkennung, durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen; sie sei im Rechtssinn kein Substanz-, Qualitäts- oder Leistungsbegriff, sondern ein Relations- oder Kommunikationsbegriff und könne nicht losgelöst von einer konkreten Anerkennungsgemeinschaft gedacht werden.¹⁶ Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde als Staatsfundamentalnorm zeigt sich so als wechselseitiges Versprechen der Teilhaber der verfassungsgebenden Gewalt, diesen Staat um der Würde des Menschen willen auf die gegenseitige Anerkennung als prinzipiell in gleicher Weise freie und würdige Mitglieder des Gemeinwesens zu gründen.¹⁷ Die universelle Menschenwürdeidee gibt dafür das Motiv, ist aber nicht selbst der Inhalt oder Gegenstand der Garantie.

¹² Ebd., S. 100.

¹³ Ebd., S. 110.

¹⁴ Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: „Archiv des öffentlichen Rechts“, 118/1993, S. 353-377.

¹⁵ Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 68 ff., 73 f. mit Anm. 54 u. 56.

¹⁶ Hofmann, a. a. O., S. 364.

¹⁷ Ebd., S. 369.

Die so verstandene Würdegarantie reduziert das Achtungs- und Schutzgebot der Menschenwürde von vornherein auf die Mitglieder dieser Anerkennungsgemeinschaft, sie sagt nichts, wie Hofmann selbst betont,¹⁸ über das vorgeburtliche oder erloschene menschliche Leben. Der Embryo ist als solcher, so wiederum Hofmann, kein mögliches Subjekts eines sozialen Achtungsanspruchs, er kann allerdings mögliches Schutzobjekt einer Rechtspflicht sein, welche sich die lebenden Menschen ihm gegenüber aus ihrem Willen und ihrer Selbstachtung heraus selbst auferlegen.

Wie weit die Menschenwürdegarantie reicht, hat 1996 auch Horst Dreier in seiner eingehenden Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG näher beschäftigt.¹⁹ Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der inzwischen immer deutlicher hervortretenden Herausforderungen der Humangenetik und Reproduktionsmedizin. Dreier hält einerseits an dem Unbedingtheitscharakter und der Abwägungsresistenz der Menschenwürdegarantie fest, andererseits plädiert er dafür, das ungeborene menschliche Leben von deren Reichweite auszunehmen. Der Embryo hat keinen Menschenwürde-Status. „Dem Embryo fehlt es an allen Voraussetzungen (Ich-Bewusstsein, Vernunft, Fähigkeit zur Selbstbestimmung), die für die Menschenwürde konstitutiv sind.“²⁰ Nur von der Mitgifttheorie in ihrer christlichen Variante könne die Hineinnahme des unbewussten und ungeborenen menschlichen Lebens in die Garantie des Art. 1 Abs. 1 argumentativ begründet werden, aber deren Tragfähigkeit sei im religiös-weltanschaulich neutralen Staat sehr begrenzt. Er empfiehlt, dessen Schutz von Art. 1 Abs. 1 auf Art. 2 Abs. 2 zu verlagern, wo wegen des Gesetzesvorbehalts gestufte Lösungen gemäß den verschiedenen Entwicklungsstadien des menschlichen Lebens möglich seien.²¹ Damit wird auf anderem Begründungsweg ein gleiches, wenn nicht gar höheres Maß an Flexibilität und Abwägungsspielraum für den Umgang mit Embryonen erreicht, wie bei der prozesshaften Betrachtung des Würdeschutzes durch Herdegen.

In die gleiche Richtung gehen – ganz Gegenwart – die Thesen von Frau Zypries, der amtierenden Bundesjustizministerin. Auch sie sieht den Embryo, jedenfalls bis zur Nidation, nicht als Träger der Menschenwürde an, denn er könne sich vor der Einnistung und Symbiose mit der Mutter nicht aus sich heraus zum Menschen und als Mensch entwickeln.²² Er ist danach insoweit, insbesondere als Embryo *in vitro*, worauf es angesichts der humangenetischen und biomedizinischen Problemlagen besonders ankommt, menschenwürdelos. Auch Frau Zypries erkennt ihm freilich einen – wiederum gestuften – Lebensschutz nach Art. 2 Abs. 2 GG zu.²³ Dieser macht Schutzvorkehrungen

18 Ebd., S. 375.

19 Horst Dreier, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 1 I.

20 Ebd., Rdn. 50. In der Neubearbeitung, 2. Aufl. 2004, fehlt dieser Satz, es wird aber daran festgehalten, dass auch das Vorliegen eines – freilich erst auszumachenden – personalen Trägers, dessen die Menschenwürde bedarf, nicht automatisch zur Anwendbarkeit des Menschenwürdesatzes führe und – wie in der Erstbearbeitung – sich eine Verlagerung der rechtlichen Beurteilung des Schutzes des ungeborenen Lebens von der Menschenwürde zum Lebensschutz, von Art. 1 I GG zu Art. 2 II 1 GG empfehle, vgl. ebd. Art. 1 I, Rdn. 67 und 70.

21 Ebd., Rdn. 51.

22 Brigitte Zypries, Vom Zeugen zum Erzeugen? Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Fragen der Bioethik. Rede beim Humboldt-Forum der Humboldt-Universität Berlin am 29.10.2003, Typoskript.

23 Ebd., S. 4 f.

möglich, etwa im Verhältnis zur Forschungsfreiheit, die aber nicht kategorialer Art sind. Auf diese Weise wird im Blick auf entstehende oder geforderte Gesetzesvorhaben, nicht zuletzt die Änderung des Embryonenschutzgesetzes, Beweglichkeit und Abwägungsflexibilität erreicht.

Dieser Ansatz – wie auch der von Horst Dreier – ist indes, um von anderem abzusehen, jedenfalls einem grundlegenden rechtsdogmatischen Einwand ausgesetzt. Wenn Art. 1 Abs. 1 GG die Achtung der Würde des Menschen und damit jedes Menschen, nicht nur bestimmter Menschen oder nur von Menschen mit bestimmten Eigenschaften und Fähigkeiten, garantiert, mithin allein an das Menschsein anknüpft, wie kann dann ein Wesen oder eine Entität, das oder die kein Mensch in diesem Sinne ist, keinen Anteil am Menschsein hat, gleichwohl ein „Jeder“ und Träger des Grundrechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG sein? Dieses Recht bezieht sich auf den Schutz *menschlichen* Lebens, nicht auf den Schutz lebender Säugetiere oder von Leben überhaupt, und er kann folglich nur menschlichen Wesen zukommen. Umgekehrt: Wer als „Jeder“ Träger des Grundrechts auf Leben ist, hat notwendigerweise, weil nur ein menschliches Wesen dieses Recht haben kann, auch Anteil an der Menschenwürde und ihrem Schutz. Das zeigt den dezisionistischen, rechtsdogmatisch kaum haltbaren Charakter der Verlagerung des Schutzes des ungeborenen menschlichen Lebens von Art. 1 Abs. 1 weg allein auf Art. 2 Abs. 2 GG; dies ist eine ergebnisbestimmte Zweckkonstruktion, um dem Unabdingbarkeitsscharakter, der der Menschenwürdegarantie eigen ist, zu entkommen.

„Rütteln am Fundament“ oder lebendige Fortentwicklung des Rechts?

Die Veränderungen im Verständnis des Inhalts und der Reichweite der Menschenwürdegarantie, die wir feststellen können, geben uns einige Fragen auf. Sind sie ein „Rütteln am Fundament“, auf dem unsere grundgesetzliche Ordnung beruht, oder sind sie ein Ausdruck lebendiger Fortentwicklung des Rechts angesichts neuer Problemlagen und Herausforderungen, die auch grundlegende Rechtsgarantien ergreift und ergreifen muss? Und ist weiter die Ablösung der Menschenwürdegarantie von ihrem vor-positiven Fundament, ihr Verständnis als „rein staatsrechtlicher Begriff“, wie Herdegen sagt, nicht eine Notwendigkeit, die Befreiung zum positiven Recht aus den Fesseln naturrechtlicher oder objektiver Wertordnungsargumentation, die nicht mehr konsensfähig ist? Ich möchte auf die letzte Frage zuerst und dann auf die erste Frage eingehen.

Der Hinweis auf das vor-positive Fundament der Menschenwürdegarantie, den ich in meinem FAZ-Aufsatz vorgenommen habe,²⁴ ist mehrfach als ein Rekurs auf das Naturrecht interpretiert worden, am entschiedensten von Hubert Markl.²⁵ Für ihn ist es erstaunlich, wie ein ehemaliges Mitglied des

24 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, in: „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, 3.9.2003, S. 33.

25 Hubert Markl, Wer bestimmt, wann das Leben beginnt? Zur Frage der Deutungshoheit über den Lebensbeginn, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2003.

Verfassungsgerichts heute noch mit dem Begriff Mensch oder Menschenwürde so naturrechtlich-ontologisch umgehen kann, als seien diese keine menschlichen kulturellen Schöpfungen, sondern platonische Ideen, die jedem Wandel von Denken und Verstehen der Menschen und dem Wandel ihrer Entscheidungen über den Bedeutungswandel von Begriffen unzugänglich sein sollen.²⁶ Dass die Würde des Menschen vor-positiv naturrechtlich gegeben sein soll, erscheint Markl als ein zurückzuweisender veritabler deutungshoheitlicher Anspruch von hoher Juristenwarte.²⁷ Dem vermag ich sogar zuzustimmen. Böckenförde, der immer für das volle Ernstnehmen des positiven Rechts, aber auch gegen seine Isolierung aus seinem historisch-politischen Kontext eingetreten ist, ist nicht auf seine alten Tage als Jurist zum Naturrechtler geworden. Ich schätze das Naturrecht und naturrechtliches Denken sehr, aber es ist nicht aus sich heraus Teil und Inhalt des geltenden positiven Rechts, sondern gehört in den Bereich der Rechtsethik, der Kritik und eventuell Delegitimierung des positiven Rechts und der Anstöße zur Änderung und Verbesserung dieses Rechts.

Der Verweis auf das vor-positive Fundament der Menschenwürdegarantie ist nichts anderes als ein notwendiger Teil der Inhaltsermittlung des Art. 1 Abs. 1 GG als positives Recht. Es geht dabei um das Erfragen und Feststellen dessen, was der Parlamentarische Rat als Verfassungsgesetzgeber mit der Festlegung dieses Achtungs- und Schutzgebots als fundamentaler Verfassungsnorm beabsichtigt und gewollt hat.

Was den Parlamentarischen Rat bewegte, war die Übernahme eines geistig-philosophisch geprägten Begriffs, der seine Konturen aus seinen Wurzeln in der christlichen Tradition und im Gedankengut der Aufklärung, insbesondere Immanuel Kants, gewonnen hatte, als Rechtsbegriff in das Verfassungsrecht, um ihn so als grundlegendes normatives Prinzip staatlichen Handelns verbindlich zu machen. Damit wurde etwas vor-positiv Vorhandenes in das positive Recht hineingenommen. Das lassen die Beratungen im Parlamentarischen Rat wie auch das Zeitumfeld deutlich erkennen.²⁸ Dann kann aber von dem inhaltlichen Profil, das den Begriff der Menschenwürde im Bewusstsein der Verfassungsväter und -mütter kennzeichnete, bei seiner juristischen Interpretation nicht einfach abstrahiert oder abgewichen werden. Dies umso weniger, als es sich bei der Aufnahme der Menschenwürdegarantie um einen bewussten Gründungsakt im Blick auf die neu zu errichtende Verfassungsordnung handelte. Der Parlamentarische Rat wollte nicht eine mehr oder weniger leere begriffliche Hülse, die je von neuem und interdisziplinär inhaltlich aufgefüllt werden soll, als normatives Prinzip verbindlich machen und mit Unabänderlichkeit (Art. 79 Abs. 3 GG) ausstatten, sondern ein inhaltlich

²⁶ Ebd., S. 11.

²⁷ Ebd., S. 13.

²⁸ Einschlägig sind vor allem die Beratungen im Ausschuss für Grundsatzfragen, vgl. Eberhard Pikart und Wolfram Werner (Hg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, Bd. 5, 1 u. 2, Boppard am Rhein 1993. Darin: 3. Sitzung vom 21.9.1948, S. 38-50; 4. Sitzung vom 23.9.1948, S. 62-82; 22. Sitzung vom 18.11.1948, S. 584-602; 23. Sitzung vom 19.11.1948, S. 603-609; 32. Sitzung vom 11.1.1949, S. 910-927. Zusammenfassend vgl. von Doemming, Fülleln und Matz, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, in: „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“ N.F., Bd. 1/1951, S. 41 ff., S. 48-53 (Art. 1), S. 54-66 (Art. 2).

näher bestimmtes Fundament legen. Das Festhalten dieses Fundaments und seiner Unantastbarkeit gegenüber möglichen Zeitgeistentwicklungen entspricht seinem positiven Normierungswillen, ist kein Interpretationsexzess aus usurpierter Deutungshoheit der Juristen. Die Verabschiedung dieses Fundaments in seiner Verbindlichkeit und seine Historisierung durch das Etikett „Mitgifttheorie“ bedeutet eine Desavouierung des Verfassungsgebers.

Damit sind wir bei der ersten gestellten Frage, der lebendigen Fortentwicklung und darin auch Veränderung, die dem Recht eigen ist. Friedhelm Hufen hat hierzu seine These sehr klar formuliert. In der Gegenwart zeige sich immer mehr, dass „die in einer bestimmten Situation formulierte Menschenwürdegarantie im nationalen und internationalen Kontext nicht auf den Stand von 1949 zu fixieren ist, dass sie sich – wie alles Verfassungsrecht – aufgrund neuer Herausforderungen fortentwickeln muss.“²⁹ Und weiter, um dem Nachdruck zu verleihen: „Immer mehr wird erkannt, dass die Menschenwürde als abstraktes Prinzip sich gegen den Menschen selbst richten kann, wenn sie als Blockade für Forschung und Medizin eingesetzt oder gegen die Selbstbestimmung des Menschen ausgespielt wird.“³⁰ Von vergleichbaren methodischen Prämissen aus argumentiert Frau Zypries.

Was ist dazu zu sagen? Gewiss kann sich das Recht als lebendiges Recht nicht vom Fortgang der Zeit und von neuen Herausforderungen abkoppeln und sich in seinem normativen Gehalt nicht entstehungszeitlich versteinern. Es muss, soll es seiner Ordnungsfunktion nicht verlustig gehen, in seinen Begriffen die gegebene und sich verändernde soziale und auch mentale Wirklichkeit normativ übergreifen, darf sich von ihr nicht isolieren und zu ihr beziehungslos werden. Die Rechtsordnung kennt deshalb nicht wenige offene Begriffe, deren konkreter Inhalt sich, ausgehend von einem festen Kern, fortentwickeln und auch verändern kann. Ja es gibt sogar, und damit ließe sich das Argument noch verstärken, normative Rechtsbegriffe, die selbst auf bestimmte soziale und ethische Anschauungen verweisen und diese in ihrem jeweiligen Gehalt in das Recht aufnehmen und rechtlich sanktionieren. Man kann hier von Schleusenbegriffen sprechen. Der bekannteste dieser Schleusenbegriffe ist der Begriff der öffentlichen Ordnung im Polizeirecht. Darunter werden jene sozialen Normen – nicht Rechtsnormen – verstanden, deren Beobachtung nach Auffassung der beteiligten Kreise zu den unerlässlichen Voraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens gehört.³¹ Diese Sozialnormen werden – in ihrem wechselnden Gehalt – in das Recht rezipiert.

Wäre es also nicht angemessen, auch in der Menschenwürde einen solchen Schleusenbegriff zu sehen, der als seinen normativen Gehalt jeweils das in sich einbegrift, was in der Gesellschaft und ihrem geistig-ethischen, ja interdisziplinären Diskurs darunter verstanden wird, in diesem Sinn von allgemeinem Konsens getragen ist? Und wäre dies nicht auch deshalb angemessen, weil der Begriff der Menschenwürde kein originärer Rechtsbegriff ist, in lan-

²⁹ Friedhelm Hufen, *Erosion der Menschenwürde?* In: „Juristen Zeitung“, 2004, S. 313.

³⁰ Ebd.

³¹ Bill Drews, Gerhard Wacke, Klaus Vogel und Wolfgang Martens, *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Bd. 2, Köln, Berlin, Bonn und München ⁸1977, S. 130.

ger Rechtstradition erwachsen, sondern ein geistig-philosophischer Begriff? Das mag manchen als Ausweg nahe liegen, es wäre auch ein bequemer Ausweg, aber es ist ein Irrweg.

Zwar ist der Begriff der Menschenwürde durchaus ein offener Begriff, der in seinen konkreten Auswirkungen nicht ein für alle Mal festgelegt ist, vielmehr eine gewisse Variationsbreite aufweist und auf neue Herausforderungen entsprechend reagieren kann und auch muss. Diese konkreten Auswirkungen fließen aber aus einem festen Kern, dem normativen Grundgehalt. Und dieser Grundgehalt lässt sich nicht im Sinne eines Schleusenbegriffs verstehen, das widerspricht seinem normativen Sinn. Schleusenbegriffe haben ihre auf Pragmatik und Praktikabilität gerichtete Funktionalität stets und nur im Rahmen der durch die Rechtsordnung vorgegebenen Grundlagen und Prinzipien. Diese Funktionalität lässt sich nicht auf die Grundlagen und Prinzipien selbst übertragen, ohne diese in ihrer normativen Qualität aufzulösen. Menschenwürde als Schleusenbegriff, das machte die fundamentale Norm der grundgesetzlichen Ordnung, die unverbrüchlich und unantastbar gelten soll, zu einer Variablen je wechselnder Zeitgeistvorstellungen. Art. 1 Abs. 1 GG würde zu einem bloßen Durchlauferhitzer für je wechselnde Vorstellungen, die er in ihrem Auf und Ab jeweils zur Unantastbarkeit und Unabänderbarkeit steigert. Das kann sein normativer Sinn nicht sein, und dies war vom Parlamentarischen Rat in keiner Weise gewollt.

Grundgehalt der Menschenwürdegarantie

Was beinhaltet dann aber die Menschenwürdegarantie, wenn sie integer bleiben und nicht wechselnden Bedürfnissen und Zeitgeistvorstellungen anheim gegeben werden soll?

Mir scheint, der Grundgehalt dieser Garantie, was ihren festen Kernbestand ungeachtet gegebener Offenheit ausmacht, ist weniger umstritten als es gegenwärtig den Anschein hat. Bei verschiedenen Ansätzen, den Inhalt der Menschenwürde zu bestimmen, lässt sich dieser Kernbestand mit der von Kant entlehnten Formel „Zweck an sich selbst“ oder der vom Bundesverfassungsgericht gegebenen Definition „Dasein um seiner selbst willen“ umschreiben. Darin sind die Stellung und Anerkennung als eigenes Subjekt, die Freiheit zur eigenen Entfaltung, der Ausschluss von Erniedrigung und Instrumentalisierung nach Art einer Sache, über die einfach verfügt werden kann, positiv gewendet, das Recht auf Rechte, die es zu achten und zu schützen gilt, eingeschlossen.

Der eigentliche Streit- und Angelpunkt in der Auseinandersetzung um die Relativierung und Antastbarkeit der Menschenwürde ist weniger dies als die Frage, ob und inwieweit diese Garantie neben geborenen Menschen auch dem noch ungeborenen Menschenleben zukommt. Das ist durch die Entwicklung der Humangenetik, Biotechnologie und Reproduktionsmedizin nahe gelegt. Um diese Frage aus dem normativen Gehalt von Art. 1 Abs. 1 heraus zu beantworten, ist es angezeigt, nicht nach Qualitätszuschreibungen für eine

vier- oder sechzehnzellige Zygote zu suchen, sondern von der Würde lebender, geborener Menschen auszugehen. Deren Trägerschaft der Menschenwürde ist ja unbestritten. Die Frage ist dann, wie weit sich diese Anerkennung menschlicher Würde in den Lebensprozess jedes Menschen hinein erstrecken muss, damit sie auch wahr bleibt. Genügt es, wie es vertreten wird, wenn die Anerkennung und Achtung der Würde erst an einer bestimmten Stelle im Lebensprozess des Menschen einsetzt, dieser Lebensprozess davor aber verfügbar bleibt, oder muss diese Anerkennung und Achtung vom Ursprung an, dem ersten Beginn dieses menschlichen Lebens, bestehen? Nur das letztere kann der Fall sein, wenn das Dasein um seiner selbst willen oder der Zweck an sich selbst wahr bleiben und nicht eine inhaltsleere Deklamation werden sollen. Die Würde, die ein fertiges Wesen auszeichnet, lässt sich nicht von dessen eigener Geschichte trennen, muss sie vielmehr mit umfassen.

Sucht man nämlich eine bestimmte Phase des Lebensprozesses von der Anerkennung und Achtung, die dem Menschen von seiner Würde her geschuldet ist, auszunehmen oder diese Achtung prozesshaft abzustufen, etwa weil es doch erst ein Acht- oder Sechzehnzeller oder es noch nicht zur ohnehin ungewissen Nidation gekommen sei, reißt man ein Loch in die Entwicklung des einzelnen individuellen Menschen selbst. Soll die Achtung seiner Würde für jeden Menschen als solchen gelten, muss sie ihm von Anfang an, dem ersten Beginn *seines* Lebens zuerkannt und darauf erstreckt werden, nicht erst nach einem Intervall, das er – gegen Verzweckung und Beliebigkeit nicht abgeschirmt – erst einmal glücklich überstanden haben muss.

Dieser erste Beginn eigenen Lebens des sich ausbildenden und entwickelnden Menschen liegt nun aber in der Befruchtung, nicht erst später. Durch sie bildet sich ein gegenüber Samenzelle und Eizelle, die auch Formen menschlichen Lebens sind, neues und eigenständiges *menschliches Lebewesen*. Es ist durch die Zusammenfügung eines so und nicht anders bestimmten Chromosomensatzes unverwechselbar individuell gekennzeichnet. Dies ist – naturwissenschaftlich unbestritten – das biologische Fundament des einzelnen Menschen. Die spätere geistige und psychische Entwicklung ist darin schon angelegt; der Mensch ist eine Leib-Geist-Seele-Einheit. Nachdem der individuelle Chromosomensatz fixiert ist, gibt es nämlich keinen Einschnitt mehr in die Qualität dessen, was sich entwickelt. Das genetische Programm der Entwicklung ist fertig vorhanden, bedarf keiner Vervollständigung mehr, es entfaltet sich im Zuge des Lebensprozesses von innen her, nach Maßgabe eigener Organisation. Freilich kann dies alles nicht geschehen ohne mannigfache und unabdingbare Hilfe und Förderung von außen, die auch ihrerseits prägend wirkt, wie die Zuführung von Nahrung, den Kontakt und Austausch mit dem mütterlichen Organismus und anderem mehr. Dies sind unzweifelhaft notwendige Bedingungen für die Möglichkeit der eigenen Entwicklung aus sich heraus, aber sie sind nicht etwa diese selbst; und sie bestehen nicht nur vor, sie bestehen zum Teil auch nach der Geburt noch längere Zeit fort. Dass die Natur auf den so sich vollziehenden Lebensprozess weiterhin einwirken, ihn auch – etwa auf dem Weg zur Nidation – abrupt beenden kann, ist eine Tatsache, sie hebt aber seinen Beginn mit der Befruchtung nicht auf. Das

ist auch lebensweltlich voll einleuchtend. Nicht selten wissen Eltern ja genau, aus welchem Zusammensein ihre Tochter oder ihr Sohn hervorgegangen ist. Von diesem Zeitpunkt an, der zustande kommenden Befruchtung, nicht etwa der späteren Nidation oder der Ausbildung der Hirnrinde, datiert für sie der Lebensbeginn ihres Kindes. Der Beginn des menschlichen Lebens mit der Befruchtung ist so keineswegs contra-intuitiv.

Ob dem menschlichen Embryo der Schutz der Menschenwürde und damit auch das Recht auf Leben zukommt, ist also nicht Ausfluss eines ontologischen Fundamentalismus, und davon abhängig, auch nicht davon, ob schon ein Acht- oder Sechzehnzeller empirisch als Person qualifiziert werden kann. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anerkennung der Würde des Menschen, wie das Grundgesetz sie ausspricht, nach ihrem normativen Gehalt, wird er nicht willkürlich verkürzt, auch die ersten Anfänge des Lebens eines jeden Menschen umgreift, auf sie zu erstrecken ist.

Anzeige

Demokratie hat ihren Preis

Die Gesellschaft zur Förderung
politisch-wissenschaftlicher Publizistik und
demokratischer Initiativen e.V., Bonn,
ist der „Blätter“-Förderverein.

Die Gesellschaft ist als gemeinnützig anerkannt.

Sie sichert unter anderem die Finanzierung des
Demokratiepreises der „Blätter“.

Vorstand: Prof. Dr. h.c. Karlheinz Koppe,
Dr. Corinna Hauswedell, Dr. Wolfgang Zellner



Treten Sie dem Förderverein bei: Die „Blätter“
erhalten Sie dann als kostenlose Mitgliederzeitschrift
(und die Beiträge – ab 10 Euro monatlich –
können Sie von der Steuer absetzen).

Fördern Sie

politisch-wissenschaftliche Publizistik
und demokratische Initiativen

Info: Tel. 0228/65 01 33, abo@blaetter.de, www.blaetter.de