

Karl Heinz Auer, Innsbruck

Das Menschenbild als rechtsethische Dimension¹

Abstract

This article deals with the conception of man as the critical foundation of legal ethics and of law itself, whereby three significant aspects are responsible for the direction and shape of this conception. First of all, a survey of philosophical approaches within the framework of cultural anthropology shows how man himself is the basis of law and jurisprudence. The second aspect explains that it is the understanding of man which unites ethics and law. And finally, the postulated conception of man is essentially constituted through human dignity and thus becomes the fundamental basis, guideline and limit of law. Embodied equally in law and the social awareness it contributes an important part to social peace.

Gliederung

A) Der Mensch als Vorgegebenheit des Rechts

1. Aspekte philosophischer Anthropologie
2. Der kulturanthropologische Kontext

B) Das Menschenbild als Einheitsbezug von Ethik und Recht

1. Im Kontext der Kulturdynamik
2. Strukturen des Menschenbildbegriffes
 - a) Der an Normen orientierte Mensch
 - b) Der Mensch, wie er sein soll?
 - c) Der Mensch, wie er ist?
 - d) Der Mensch als Person
3. Menschenbild-Elemente im Spiegel der Gesetze
 - a) Menschenbild-Elemente der einfachgesetzlichen Ebene
 - b) Menschenbild-Elemente im Kontext der Menschen- und Bürgerrechte

C) Die Menschenwürde als Fundament des Menschenbildes

1. Genese des Menschenwürdegedankens
2. Menschenwürde als Rechtsbegriff
3. Das personale Menschenbild als Paradigma des Rechts

Das Menschenbild ist zu einem Thema der Rechtswissenschaften geworden. Die Ereignisse zu Beginn des Jahres 2006 im Zusammenhang mit den Mohammed-Karikaturen und den in der Folge gewalttätigen Ausschreitungen verdeutlichen das ebenso wie das Urteil des BVerfG

¹ Dieser Artikel beinhaltet die wesentlichen Grundzüge meines Buches *Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz*, 2005. Zur vertiefenden Lektüre wird auf dieses ebenso verwiesen wie auf Konkretisierungen und Vertiefungen in Karl Heinz Auer, *Das Selbstbestimmungsrecht im Kontext der Patientenverfügung*, in: *Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus*, hg. von H. Barta / G. Kalchschmid, 2005, 107–131, sowie Karl Heinz Auer, *Die religiöse Valenz der Menschenwürdekonzepion*, in: *Recht: Bürge der Freiheit*, FS für Johannes Mühlsteiger, 2006, 19-41.

vom 15.2.2006², in dem jene Teile des deutschen Luftsicherheitsgesetzes 2005 nichtig erklärt worden sind, die es ermöglicht hatten, Luftfahrzeuge mit tatunbeteiligten Passagieren an Bord abzuschießen und deren vorsätzliche Tötung in Kauf zu nehmen, um eine größere Katastrophe zu verhindern. In beiden Fällen spielen die zugrunde liegende Menschenbilder eine ganz wesentliche Rolle. Für die Rechtswissenschaft ist es daher unabdingbar, sich über das vorausgesetzte Menschenbild einer Rechtsordnung Klarheit zu verschaffen und sich der Wandelbarkeit und Abhängigkeit der Rechtsordnung von den Prämissen des jeweiligen Menschenbildes bewusst zu sein.

Der Beitrag widmet sich zuerst der Frage nach dem Menschen als Vorgegebenheit des Rechts und unternimmt einen Streifzug durch Aspekte der philosophischen und der Kultur-anthropologie. Gerade das erste der eingangs erwähnten Beispiele kann nur unter Berücksichtigung kulturanthropologischer Überlegungen adäquat angesprochen werden. In einem zweiten Schritt wird das Menschenbild als Einheitsbezug von Ethik und Recht thematisiert; typische Strukturen des Menschenbildbegriffs kommen hier zur Sprache. Unterschiedliche Menschenbild-Elemente auf einfachgesetzlicher wie auch auf Ebene der Menschen- und Bürgerrechte verdeutlichen, dass es nicht ein einheitliches Menschenbild schlechthin gibt. Menschenbilder setzen sich aus verschiedenen Elementen zusammen und sind polyvalent. Die Ausführungen über die Menschenwürde legen diese als Fundament des personalen Menschenbildes dar. Dieses in der Grundnorm der Menschenwürde verankerte Menschenbild wird als jene rechtsethische Leitlinie und Dimension aufgezeigt, deren eine pluralistische und multikulturelle Sozietät bedarf. Verankert im Recht gleichermaßen wie im gesellschaftlichen Bewusstsein leistet es einen wesentlichen Beitrag zum sozialen Frieden.

A) Der Mensch als Vorgegebenheit des Rechts

1. Aspekte philosophischer Anthropologie

Was ist der Mensch? Die Klärung oder zumindest Annäherung an diese philosophisch anthropologische Fragestellung ist unabdingbare Voraussetzung, wenn man sich mit dem Menschenbild im Recht beschäftigt, sowohl in Bezug auf die instrumentelle Funktion des Rechts, dessen Aufgaben und Möglichkeiten mit den grundlegenden Bedingungen menschlicher Existenz zusammenzuführen, als auch in Bezug auf seine reflexive Funktion, die das Verhältnis

² BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006

zwischen Form und Substanz des Rechts und dem „Selbstbild der Menschen“ untersucht.³ Ein kursiver geschichtlicher Rückblick macht deutlich, dass der Mensch in den beiden Quellen abendländischer Geistesgeschichte, im Denken der griechischen Antike und in der jüdisch-christlichen Tradition, und auch schon in den Kulturen Ägyptens und Mesopotamiens⁴, eine zentrale Stellung einnimmt. Er ist nach Demokrit „Mikrokosmos“ in einer universalen Seinsordnung, hat als unterscheidendes Kriterium zu anderen Lebewesen Seele und ist nach Protagoras sogar das Maß aller Dinge. Aristoteles hebt als besondere menschliche Wesenseigenschaften die Sprache und die Sozialität hervor. Seine Überzeugung, dass der Mensch allen anderen Dingen überlegen ist, begründet Aristoteles mit der Vernunft. Im Gesamtgefüge der Seinsordnung begreift er den Menschen als verbindende Mitte aller Seinsstufen.⁵ In der jüdisch-christlichen Tradition nimmt der Mensch durch die beiden Schöpfungsberichte in Gen 1,1–2,4a und Gen 2,4b–25 eine hervorragende Stellung ein. Im ersten durch das Bild vom Menschen als Imago Dei, im zweiten durch das Einhauchen des Lebens, wodurch der Mensch zum Träger göttlichen Atems wird.⁶ Die Sonderstellung des Menschen durch die Konzeption der Imago Dei in der jüdisch-christlichen Tradition findet im Christentum in der Inkarnationslehre einen neuen Kristallisationspunkt. Im Spannungsfeld von Imago Dei und Inkarnation entwickelt sich ein dynamischer Würdebegriff, der für das Bild vom Menschen von tragender Bedeutung wird.

Die Neuzeit mit ihrem Paradigmenwechsel vom theozentrischen zum anthropozentrischen Weltbild stellt die Frage nach dem Wesen des Menschen erneut und verstärkt in den Mittelpunkt. Nach Kant sind alle Gebiete der Philosophie auf die anthropologische Frage hingebordnet.⁷ Die Frage, wodurch der Mensch ontologisch konstituiert ist, darf dabei den dynamischen Charakter des Wesensbegriffes nicht vernachlässigen. Denn was Menschsein eigentlich heißt, wird erst deutlich, wenn sich das Wesen des Menschen im eigenen Bewusstsein und im Einsatz eigener Freiheit, in geistig-sittlichen und geschichtlich-kulturellen Leistungen entfaltet.⁸ Will man ein umfassendes Menschenbild gewinnen, sind allgemein-konstante Grundbefindlichkeiten des Menschen ebenso zu berücksichtigen wie wandelbare Merkmale

³ Vgl. Peter Koller, Die Wissenschaften und das Menschenbild des Rechts, in: *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts*, hg. von F. Haft / H. Hof / S. Wesche, 2001, 477–491, hier 477.

⁴ Vgl. dazu den aufschlussreichen Band *Lebend(ig)e Rechtsgeschichte*, hg. von H. Barta / T. Mayer-Maly / F. Raber, 2005.

⁵ Vgl. Aristoteles, *Politik*, hg. von A. Gigon, ²1967, I,1–2, 1252a f., sowie Emerich Coreth, *Was ist der Mensch? Grundzüge einer philosophischen Anthropologie*, 1973, 22–25 und Arthur Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hg. von A. Kaufmann / W. Hassemer, ⁶1994, 30–178, hier 36, und Michael Landmann, *Philosophische Anthropologie*, ⁵1982, 30.

⁶ Vgl. Ulrich Barth, *Religion in der Moderne*, 2003, 348 f.

⁷ Immanuel Kant, *Logik, Werke* in 6 Bänden (hg. von W. Weischedel), Bd. 3, ⁶2005, 447 f.

⁸ Vgl. Coreth (Fn 5.), 140, 41.

und wechselnde Selbstentwürfe. Da das Wesen des Menschen durch Existentielles und Essentielles gleichermaßen konstituiert wird, ist für die Frage des Menschenbildes jede Einseitigkeit im Verhältnis von Realität und Idealität irreführend.

Das Wissen um die unterschiedlichen konstitutiven Elemente, die den Menschen determinieren, hat schon früh zu entsprechenden Spekulationen geführt und sich durch die Jahrhunderte als Leib-Seele-Problem artikuliert. Immer wieder ist von Dualismen und Schichten die Rede, vom altpersischen Dualismus zoroastrischer Prägung über Platons Teilung von Leib und Seele, die Lehre des Aristoteles, den Menschen als Summe einer vegetativen, animalischen und geistigen Schicht zu definieren, bis hin zur Tiefenpsychologie Sigmund Freuds und der Schichtenlehre von Nicolai Hartmann.⁹ Will man eine fundierte Rechtsanthropologie entwickeln, ist es unerlässlich, den Menschen in der Gesamtheit seiner Schichten, von der biologischen Bedingtheit bis hin zu seinen geistigen die Persönlichkeit in ihrem Kern betreffenden Vollzügen, in den Blick zu bekommen.

Mit der Betonung des Menschen als Vernunftwesen in der Aufklärung – pointiert auf den Punkt gebracht in Kants Appell „Sapere aude!“¹⁰ – kommt es zu einer Dominanz der Vernunft, die die weitere geistesgeschichtliche Entwicklung und damit das Bild vom Menschen nachhaltig prägt. Freilich unterliegt die Vernunft unterschiedlichen Interpretationsmustern. Ist es einmal ihre Instrumentalisierung als antagonistisches Prinzip gegenüber der Natur, wird sie ein andermal durch ihre Klassifizierung als abhängig von elementaren Seinsschichten in ihrer Bedeutung für das Menschenbild, wie z.B. im Materialismus und Biologismus, zurückgedrängt.¹¹ Rechtsanthropologisch erhebt sich die Frage, ob der Mensch ein „animal rationale vel irrationale“ ist.¹² Zippelius formuliert es metaphorisch und programmatisch zugleich: „Halb verstrickt in unsere animalische Natur, halb freigelassen, sind wir mit einer begrenzten Fähigkeit ausgestattet, unsere Lebensverhältnisse vernünftig zu ordnen, und sind zugleich damit belastet, diese Ordnung selber schaffen und erhalten zu müssen.“¹³ Dass Verhalten und Lebensweise der Menschen nicht nur von rationalen, sondern auch von starken irrationalen Momenten bestimmt ist, wird deutlich durch alltägliche Beobachtungen und im Blick auf Kriegsgräuel, Pogrome und Zerstörungen. Firmen und Institutionen, in denen der Kampf aller gegen alle Vater von Entscheidungen ist, veranschaulichen das ebenso wie die Ausschreitungen im Zusammenhang mit den Mohammed-Karikaturen und die Verletzung

⁹ Vgl. aaO, 145 und Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*,²1977, 241 f.

¹⁰ Kant, *Was ist Aufklärung?* *Werke* in 12 Bänden (hg von W. Weischedel), Bd. 11, 1977, 53

¹¹ Vgl. Landmann (Fn. 5), 93–96, 102.

¹² Vgl. Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*,⁴2003, 64.

¹³ aaO

von grundlegenden Menschenrechten auch durch Nationen, die gerade diese auf ihre Fahnen geheftet haben. Die Entwicklung der Vernunftseinsicht lässt den Menschen über sich hinaus blicken und eröffnet ihm „Sinn und Wert der überpersönlichen Ordnungen, in die er eingefügt ist“, insbesondere der sozialen Sollensordnungen von Sitte, Sozialethik und Recht.¹⁴ Max Scheler formuliert es pointiert: „Wer daher die Apriori-Einsicht (Wesenserkenntnis) beim Menschen leugnet, macht ihn, ohne es zu wissen, zum Tier.“¹⁵

Alle bisher angeführten philosophisch-anthropologischen Erklärungsversuche zielen letztlich auf ein umfassendes und nicht auf Einzelaspekte reduziertes Menschenbild. Für das Recht ist der Mensch als personale Ganzheit von zentraler Bedeutung. „Die Idee des Rechts ist die Idee des personalen Menschen – oder sie ist gar nichts“.¹⁶ Was aber heißt „personal“? Im Hellenismus ist *πρόσωπον* ein Begriff aus dem Bereich des Dramas und bedeutet „Maske“ bzw. „Rolle“, im weiteren Sinn „Gesicht“ oder „Antlitz“. Als philosophischer Begriff ist „Person“ aus theologischen Überlegungen der Patristik hervorgegangen, die für zentrale Inhalte wie Berufung, Begnadung, Freiheit, Verantwortung u.ä.m. den Menschen als Person im vollen Sinn voraussetzen. Die erste Definition von Person im engeren Sinn stammt von Boethius (480–525), der sie als „*rationalis naturae individua substantia*“ umschreibt und damit Geistwesen und Einzelsubstanz in ihr vereinigt. Über Jahrhunderte auf die Frage der formal-ontologischen Konstitution des Personseins konzentriert, fokussiert die neuere Anthropologie hingegen den realen Selbstvollzug und das Gesamtphänomen personalen Seins, um das Wesen der Person begrifflich zu fassen.¹⁷ Coreth schlägt in genauer Unterscheidung der Begrifflichkeit vor, „unter ‚Natur‘ alles zu verstehen, was uns leiblich und geistig vorgegeben ist, unter ‚Person‘ aber alles, was der Mensch in bewusster und freier Selbstgestaltung seines Daseins daraus ‚macht‘“. In diesem Sinn überzeugt Coreth, wenn er „Person“ als die „leiblich-geistige Gesamtwirklichkeit des Einzelmenschen“ postuliert, „der aus der Mitte seines Selbstseins die Ganzheit vollzieht und sich selbst als diese Ganzheit erfährt“. Der Mensch ist zwar schon Person, bevor er sich personal selbst verwirklicht, aber erst im Selbstvollzug bringt er die ursprüngliche Wesensverfassung zur Entfaltung.¹⁸ Diese anthropologische These ist kompatibel mit einer der grundlegendsten Prämissen der österreichischen Rechtsordnung, die den Menschen als personales Wesen im Blick hat: § 16 erster Satz ABGB. Dieser hebt unmissverständlich die vorausgesetzte Eigenschaft des Menschen hervor, „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ zu haben und normiert daher, dass er „als eine Person zu be-

¹⁴ Vgl. Henkel (Fn. 9), 247 f.

¹⁵ Max Scheler, *Philosophische Weltanschauung*, 1929, 101

¹⁶ Arthur Kaufmann (Fn. 5), 177.

¹⁷ Vgl. Coreth (Fn. 5), 165 f.

¹⁸ Vgl. aaO 166–168.

trachten“ ist. Aus der Personhaftigkeit resultiert die Sonderstellung des Menschen und seine Subjektstellung im Recht. Wer die Person rein normativ auf eine bloße Einheit von Rechtsbeziehungen reduziert¹⁹, sieht in der physischen Person letztlich nichts anderes als eine juristische Person und verliert damit den Menschen aus dem Auge.²⁰ Jede Form einer die Subjektstellung verletzenden Instrumentalisierung ist ein Verstoß gegen seine ontologische Grundverfassung und die unantastbare Menschenwürde.

2. *Der kulturanthropologische Kontext*

Der Mensch ist aber nicht nur individuell personales, sondern auch soziales Wesen. Während in der Aufklärung mit der Proklamation der autonomen Freiheit die individuelle Persönlichkeit an Bedeutung gewinnt und dem Individualismus der Primat gegenüber dem Allgemeinen zugesprochen wird, verhält es sich im Kollektivismus genau umgekehrt. Es macht einen Unterschied, ob sich die Menschen „als selbstbestimmungsfähige Individuen oder als bloße Glieder eines Kollektivs sehen, ob sie eher nach Freiheit oder nach Sicherheit streben und inwieweit sie sich füreinander verantwortlich oder voneinander unabhängig fühlen“.²¹ Der Prozess von ehemals sozialistischen Staaten zu einer westlich orientierten Staatsform bis hin zur Mitgliedschaft in der NATO und/oder der Europäischen Union ist nicht nur einer auf ökonomischer, militärischer und politischer Ebene, er vollzieht sich auch im individuellen und sozialen Bereich durch den Wechsel der Dominanzen. Der unversöhnlich scheinende Antagonismus von Kollektivismus und Individualismus verliert seine Schärfe aber, wenn man die gegenseitige Zuordnung von Einzelfem und Allgemeinem erkennt. Im Wechselverhältnis zwischen Einzelfem und Allgemeinem ist es der Einzelmensch, der auf die Sozietät angewiesen und dieser verpflichtet ist, während es Aufgabe der Allgemeinheit als menschlicher Gemeinschaft ist, den Einzelnen nicht zu unterdrücken und ihn als freie sowie verantwortlich urteilende und handelnde Person zu fördern.²² Die Rechtsordnungen haben darauf – gemäß dem Bild, das sie vom Menschen haben – entsprechend reagiert. So führt Radbruch in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung über den Menschen im Recht aus, dass der Rechtsordnung als ihr Adressat – zumindest für das „Rechtszeitalter des als personifizierter Egoismus aufgefassten Menschen“ – ein Mensch vorschwebt, „der zwar egoistisch genug ist, sich ausschließlich durch sein Interesse leiten zu lassen, aber doch nicht verständig genug, dieses Interesse auch selber zu erkennen“. Erst in Aufklärung und Naturrecht sieht er die Rechtsordnung auf jenen

¹⁹ Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 21960, 177, 193.

²⁰ Vgl. Franz Bydliniski, Die „Person“ in der Sicht der Jurisprudenz, in: *Personen. Ein interdisziplinärer Dialog*, hg. von Ch. Kanzian / J. Quitterer / E. Runggaldier, 2003, 332–367, hier 333–335.

²¹ Vgl. Koller (Fn. 3), 480.

²² Vgl. Coreth (Fn. 5), 178–180.

Menschentypus ausgerichtet, von dem schon das römische Recht ausging: vom eigennützigem und gleichwohl in seinem Eigennutz klugen Individuum.²³

Der kulturalanthropologische Kontext weist den Menschen als Schöpfer und Geschöpf der Kultur zugleich aus.²⁴ Die Kultur wird so zum Anthropinon schlechthin. Dass in diesem Prozess das Recht eine wesentliche Rolle einnimmt, ist unbestritten. Das *suum cuique*, die Goldene Regel, der kategorische Imperativ, der Grundsatz des *neminem laedere* oder des *fair trial* sind nur einige Beispiele von Hervorbringungen menschlicher Kultur im Umfeld des Rechts, die prinzipielle und überzeitliche Geltung beanspruchen. Gewichtung und Blickwinkel können variieren und sind wandelbar. Angesichts der Vielfalt wechselnder Selbstentwürfe des Menschen bleibt die Frage nach dem Spannungsverhältnis zwischen einem dem ontologischen Bereich zuzuordnenden „Kernbestand menschlicher Grundbefindlichkeiten“ und der Prägung des Menschen durch die ihn jeweils umfassende Sozietät ständig aktuell.²⁵ Genuine Anthropina einerseits und durch die jeweilige Gesellschaft und ihre Kultur erworbenen Dispositionen andererseits stehen in einem komplementären Verhältnis zueinander. Kulturelle Identitäten zeigen sich dabei als besonders ambivalent: einerseits haben sie als Ausdruck des menschlichen Bedürfnisses nach Orientierung Einheit stiftenden Charakter, andererseits führen sie auch zu massiven Konflikten und Kriegen, vor allem dann, wenn die eigene Kultur absolut gesetzt und als universal verbindlich buchstabiert wird. Trotz aller kulturbedingten Unterschiede menschlicher Denk- und Lebensweise gibt es normative Gehalte, „die in den stillschweigenden Präsuppositionen eines *jeden* auf Verständigung abzielenden Diskurses enthalten sind“.²⁶ Diese für Menschen fruchtbar zu machen, ist wesentliche Aufgabe für die Rechtsordnungen, sollen die Irrwege und Fehlentwicklungen, die das 20. Jahrhundert in besonderem Ausmaß hervorgebracht hat, vermieden werden.

²³ Vgl. Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, *Gesamtausgabe* (hg. von A. Kaufmann), Bd. 2, ²1993, 467-476, hier 469.

²⁴ Vgl. Landmann (Fn. 5), 183–193.

²⁵ Vgl. Henkel (Fn. 9), 239 f.

²⁶ Vgl. Jürgen Habermas, Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte, in: *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, hg. von H. Brunkhorst / W. Köhler / M. Lutz-Bachmann, 1999, 216-227, hier 226 f. Vgl. auch Habermas, Religion in der Öffentlichkeit. Kognitive Voraussetzungen für den „öffentlichen Vernunftgebrauch“ religiöser und säkularer Bürger, in: J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, 2005, 119–154.

B) Das Menschenbild als Einheitsbezug von Ethik und Recht

Es ist ein fast unmögliches Unterfangen, den Begriff des Menschenbildes im Sinne einer klar umrissenen Definition darzulegen. Bei einem „ebenso fundamental wie diffus“ empfundenen Menschenbildbegriff im Recht ist es unerlässlich, Konturen „ohne dogmatische Festlegungen aus allen in Betracht kommenden Richtungen“ zu erarbeiten.²⁷ Unter der Menschenbildmetapher wird in der Regel eine Betrachtung über den Menschen im Rahmen bestimmter Methoden- oder Denksysteme verstanden, meistens einen bestimmten Bereich mit entsprechenden Prämissen fokussierend. Derart spricht man beispielsweise von einem biologischen Menschenbild, das sich genuin unterscheidet von Menschenbildern mit anderen Prämissen und Zielvorstellungen, wie zB bei einem philosophischen, pädagogischen oder theologischen Menschenbild. Die Metapher „Bild“ dient systemtheoretisch der Reduzierung von Komplexität und damit der Orientierung. Häberle sieht in Bildern dieser Art im juristischen Gebrauch immer den „Versuch, eine *Ganzheit* zu benennen, die hinter den ‚positiven‘, oft diffusen und fragmentarischen Regelungen, Begriffen, Grundsätzen etc. vielfach unbewusst steht“²⁸, vergleichbar den Bemühungen im Bereich der philosophischen Anthropologie. Im vorliegenden Kontext soll das Menschenbild als rechtsethischer Begriff erhellt werden. Es geht um das Bild vom Menschen in der Schnittmenge von Recht und Ethik. Der Blickwinkel der rechtsethischen Perspektive für das Menschenbild ist nicht zuletzt deswegen von größter Bedeutung, weil die „Verengung der rechtstheoretischen Aufgabenstellung auf die analytische Betrachtung positiver Rechtsregeln“ sowie die „Reduktion des Rechtsbegriffs auf die aus einer beliebigen Quelle stammenden effektiven Zwangsnormen“ und die „Verbannung der Gerechtigkeitsfrage aus allen wissenschaftlichen Untersuchungen“ zu lange die Rechtstheorie dominiert hat.²⁹ „Das Menschenbild ist dem Menschen gewiss nicht alles – aber ohne das Menschenbild ist alles nichts!“³⁰ Dies gilt auch und gerade für das Menschenbild aus rechtsethischer Perspektive. In seinem Bemühen um die „Wiederer Streckung des Rechtsdenkens auf die rechtsethische Dimension“ plädiert Franz Bydlinski dafür, die rechtsethischen Prinzipien Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit als oberste, übergeordnete Rechtsschicht in den Rechtsbegriff aufzunehmen – als rechtsethische Dimension im Recht.³¹ Ganz in diesem Sinne

²⁷ Vgl. Bernd Schünemann, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“, in: *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, hg. von B. Schünemann / J.P. Müller / L. Philipps, 2002, 3-21, Vorwort.

²⁸ Vgl. Peter Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3²⁰⁰⁵, 25 unter Bezugnahme auf F.H. Tenbruck..

²⁹ Vgl. dazu Johann Braun, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit*, 2001, 121, sowie Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2003, 8 und Franz Bydlinski, Themenschwerpunkte der Rechtsphilosophie bzw. Rechtstheorie, *JBl* 6 (1994) 361-374 und *JBl* 7 (1994) 434-443, hier 364.

³⁰ E. Meinberg in Häberle (Fn. 28), 46, Fn 126

³¹ Vgl. Franz Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät*, 1988, 26.

ist auch das Menschenbild eine rechtsethische Dimension. Es vermag positivistische Engführungen zu sprengen und eröffnet eine Weite, die durch ihren transdisziplinären Charakter und durch Konkretisierungen gleichermaßen der zentralen Stellung des Menschen im Recht entspricht. Kulturanthropologisch geprägt, ist es durch die Subjektstellung des Menschen gegen jede – auch systemimmanente – Instrumentalisierung charakterisiert. Das Menschenbild, wie es uns im Verfassungsstaat begegnet, ist ein „generalklauselartiger *Rahmen-Begriff*“, der deswegen so allgemein sein muss, weil jede begriffliche Einengung der freiheitlich pluralistischen Demokratie widerspräche, die Raum braucht und Raum gibt „für variable Ausgestaltungen und Konkretisierungen“.³²

Die Überschrift dieses Abschnittes lehnt sich bewusst an die Menschenbildcharakteristik Pernthalers an, mit der er schon 1969 das Menschenbild als legitimierenden Einheitsbezug allen Rechts postuliert hat. In Ablehnung der „in ihrer Einseitigkeit längst als unrichtig erkannten Vorstellungen *G. Jellineks* und *Kelsens*“ greift Pernthaler die Konzeption des Personalismus auf, „die alle Freiheit und Ordnung in der Gemeinschaft auf ein konkretes *Menschenbild* – nämlich den freien Menschen in bestimmten elementaren Bindungen zu einer freien Gemeinschaft – bezieht“. Als Gegenstand von Rechtsnormen ist dieses Menschenbild selbst ein „rechtlicher Maßstab“. Ein Menschenbild, das als legitimierender Einheitsbezug allen Rechts definiert wird, impliziert von sich aus „eine gewisse Öffnung“ des Rechts gegenüber den gesellschaftlichen Wertauffassungen. Mehr noch, ein freiheitlicher Grundrechtsschutz ist undenkbar, wenn gesellschaftliche Wertvorstellungen vom Recht abgesondert würden, das damit zu einem „autoritär—mechanistischen“ Prozess zu erstarren drohte.³³ Damit postuliert Pernthaler zu einem Zeitpunkt, als der „etatistische Rechtspositivismus“³⁴ noch eine Vormachtstellung innehatte, die unabdingbare Verbindung von Ethik und Recht, deren Einheitsbezug im Menschenbild liegt. Damit wird dem Menschenbild in der rechtsethischen Perspektive eine zentrale und grundlegende Rolle eingeräumt, die geeignet ist, sowohl mit dem Wesen des Menschen als auch mit dem Wesen des Rechts zu korrelieren.³⁵

1. *Im Kontext der Kulturdynamik*

Dass der Jurist in der Regel erst a posteriori den Wandel der für ihn relevanten Bild-Elemente erkennt, ist in der „Verschichtung“ verschiedener Bildfragmente unterschiedlicher Epochen begründet, verbunden mit der spezifischen Statik und Dynamik der Entwicklungsprozesse des

³² Vgl. Häberle (Fn. 28), 60.

³³ Vgl. Peter Pernthaler, Die Grundrechtsreform in Österreich, *AöR* 94 (1969) 31-84, hier 39 f.

³⁴ Vgl. Bydlinski (Fn. 29), 361.

³⁵ Vgl. Häberle (Fn. 28), 76.

Rechts.³⁶ Das Menschenbild im Recht entwickelt sich nicht abseits, sondern im Kontext der historischen Prozesse abendländischer Kulturdynamik, als deren wesentliche Eckdaten der Paradigmenwechsel vom theozentrischen Welt-, Staats- und Menschenbild des Mittelalters hin zur Anthropozentrik der Neuzeit ebenso gilt wie die Entwicklung des vernunftrechtlichen Menschen- und Staatsbildes der Aufklärung und der Menschenrechte. Dass den präpositiven und vorkonstitutionellen Prozessen, die zum Menschenbild der freiheitlich demokratischen Staaten und der Europäischen Union führten, eine geschichtlich prägende Bedeutung zukommt, darf dabei nicht übersehen werden. Die Menschenwürde als heutiger Kern des rechtlichen Menschenbilds im Verfassungsstaat verbietet es einerseits, hinter 1789 und Kant zurückzugehen und gebietet es andererseits, auf diesem Grund behutsam weiterzugehen.³⁷ Andererseits ortet Böckenförde als Folge des Menschenbildes mit seiner als vorstaatlich gedachten individuellen Freiheit einen Schub zur Individualisierung aller Lebensverhältnisse, der letztlich zu einem „Verlust des Standhaften in jeder Hinsicht“ und durch die Entwicklung rein funktional orientierter ökonomischer und gesellschaftlicher Handlungsabläufe und Handlungssysteme, die sich dem Einzelnen gegenüber verselbständigen und diese unterwerfen, zu einer Verdrängung des Menschen als Person führt.³⁸ Damit in der Heterogenität unserer Rechtsordnung das Recht seine Orientierungskraft für die konkrete Lebensführung nicht verliert, ist es notwendig, der Verblässung des „Rechtsbildes der Menschen von sich selbst“ entgegenzuwirken, indem neben dem Bestand wandelbarer Merkmale und wechselnder Selbstentwürfe auch ein „Kernbestand allgemeinkonstanter Grundbefindlichkeiten des Menschen“ fokussiert und gepflegt wird.³⁹ In einer Zeit, in der der Mensch Gefahr läuft, durch Instrumentalisierungen in den verschiedenen Lebensbereichen seine Subjektstellung zu verlieren, gehören jene Elemente zum Kernbestand des Menschenbildes, die den Menschen für die gesamte Dauer seiner Lebensspanne als Person, frei und autonom, zugleich als gemeinschaftsbezogen und ökologisch eingebettet in das größere Ganze der Natur als Um- und Mitwelt sowie als mit unveräußerlicher und unantastbarer Menschenwürde ausgestattet charakterisieren.

2. *Strukturen des Menschenbildbegriffes*

Die Vielschichtigkeit des Menschenbildbegriffs veranlasst den Juristen, nach Strukturen, Elementen und Leitlinien zu suchen, die den Menschenbildbegriff qualifizieren, zur Erhellung

³⁶ Vgl. aaO, 25.

³⁷ Vgl. aaO, 64 f., 81 f.

³⁸ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, in: *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*, hg. von Gerda Henkel Stiftung, 2002, 193-224, hier 218 f., sowie E.W. Böckenförde, Verlust des Standhaften in jeder Hinsicht, *Das Bild des Menschen im gegenwärtigen Recht*, FAZ 172 (2001) 7.

³⁹ Vgl. Böckenförde (Fn. 38), Vom Wandel des Menschenbildes, 224, und Henkel (Fn. 9), 239 f.

von Zusammenhängen zwischen Mensch und Recht beizutragen.⁴⁰ Die Frage nach der Finalität des Menschenbildbegriffes beantwortet Bydlinski einfach und zutreffend zugleich mit dem besseren Verständnis des Rechts als Normenordnung. Darüber hinaus ist es Kritikmaßstab und Korrektiv, „wenn die geltendem Recht zugrunde liegende und eine bestimmte Regelung miterklärende Vorstellung vom Menschen sich anhand jenes Menschenbildes als unzutreffend erweisen lässt“.⁴¹ Beispiele dafür häufen sich einerseits dort, wo ein ausgeprägter Paternalismus die Subjektstellung des Menschen und sein Selbstbestimmungsrecht verdrängt.⁴² Andererseits sind solche Entscheidungen des Gesetzgebers gefährdet, mit dem in den Grund-, Freiheits- und Menschenrechten grundgelegten Menschenbild in Konflikt zu geraten, die als direkte Reaktion auf bestimmte Vorkommnisse und Anlässe entstanden sind. Der derzeit bekannteste und wohl auch umstrittenste Verrat am Menschenbild der eigenen einschlägigen Tradition und Verfassung ist mit den Namen „Abu Ghraib“ und „Guantánamo“ verbunden. Bei aller konkreten Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen darf nicht einfach das Menschenbild der Tagespolitik geopfert werden, auch wenn sie den Normunterworfenen und der Weltöffentlichkeit euphemistisch als „Patriot Act“ mit dem Ziel „Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism“ schmackhaft gemacht werden sollen.⁴³ Die *military order*, die Präsident Bush am 13.11.2001 erlassen hat⁴⁴, ist eine „Anordnung“, die den rechtlichen Status der betroffenen Individuen radikal auslöscht und damit gleichzeitig Wesen hervorbringt, die juristisch weder eingeordnet noch benannt werden können. Dies ist allenfalls vergleichbar „mit dem rechtlichen Status der Juden in den Nazi-Lagern, die mit der Staatsbürgerschaft jede rechtliche Identität verloren, aber wenigstens die jüdische noch behielten“.⁴⁵ Entgegen allen Brüchen mit dem in den Grund-, Freiheits- und Menschenrechten umrissenen Menschenbild, die wie im angeführten Fall auch ein Bruch mit der eigenen Verfassungsgeschichte und Verfassungsmoral sein können⁴⁶, muss vielmehr der Mensch als Person, mit unveräußerlicher Würde ausgestattet, Kritikmaßstab und

⁴⁰ In diesem Sinne äußert sich auch Zöllner, der jedoch – in diametralem Gegensatz zu den gegenständlichen Darlegungen zur Geschichte, Funktion und Bedeutung des Menschenbildes im Recht – meint, dass der Bildbegriff „nicht wirklich leistungsfähig“ ist. Vgl. Wolfgang Zöllner, Menschenbild und Recht, in: *FS Walter Odersky*, hg. von R. Böttcher / G. Hueck / B. Jähnke, 1996, 123-140, hier 132.

⁴¹ Vgl. Franz Bydlinski, Das Menschenbild des ABGB in der Rechtsentwicklung, in: *FS Bernhard Großfeld*, hg. von Hübner / Ebke, 1999, 119-128, hier 119 f.

⁴² Vgl. dazu meine Ausführungen über das Selbstbestimmungsrecht im Kontext der Patientenverfügung (Fn. 1).

⁴³ Vgl. HR 3162 Senate of the United States 24.10.2002 sowie USA Department of Justice, *Domestic Security Enhancement Act of 2003*. Dieses auch „Patriot Act II“ genannte Gesetz markiert den Übergang vom Rechts- zum Ausnahmezustand. Vgl. J.C. Paye, *Das Ende des Rechtsstaats. Demokratie im Ausnahmezustand*, 2005, 48.

⁴⁴ George W. Bush, *Military Order. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Online in Internet. URL: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (Stand: 14.03.2006)

⁴⁵ Vgl. Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand*, 2004, 10.

⁴⁶ Man denke nur an die Bill of Rights (Amendments 1–10) der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787.

Korrektiv sein und bleiben. Dieser Maßstab ist unteilbar, er gilt für alle Menschen, sogar für Terroristen.

Während der Menschenbildbegriff auf die ganzheitliche Erfassung des Menschen zielt, wollen Strukturen jene Elemente und Leitlinien offen legen, die das Menschenbild determinieren. Als dessen „Grammatik“ sind sie ein tragendes Element des Menschenbildes, aber nicht das Ganze. Strukturen sind wie die „Statik“, die das Gesamte zusammenhält, oder wie der Fokus, der den Blickwinkel und damit den aktuellen Erkenntnishorizont festlegt. In der Menschenbildliteratur des rechtswissenschaftlichen Bereiches haben sich einige Grundmuster herauskristallisiert, und es erhebt sich die Frage, ob deren Strukturen und Grundarten jeweils exklusiven Charakter haben und andere Menschenbildpostulate ausschließen oder ob diese zueinander auch komplementär sein können. Zwar liegt der Frage, ob für den Gesetzgeber ein Bild vom Menschen „maßgeblich“ sein soll, wie er ist oder wie er sein soll, eine Übereinstimmung in der Vorstellung eines „*Allgemeintypus des Menschen*“ zugrunde, jedoch ist damit noch keine Entscheidung für ein realtypisches oder idealtypisches Menschenbild impliziert.⁴⁷ Henkel plädiert in Ablehnung jeder Art von Dogmatismus für ein Menschenbild, das sich als Zusammenfassung der Einzelzüge sich wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe versteht.⁴⁸ Zöllner stellt als weitere Variante „das normative Menschenbild im Sinn dessen, wie der Mensch sein soll“, zur Diskussion.⁴⁹ Im Wesentlichen liegen vier Grundmuster ganzheitlich orientierter Menschenbilder vor: das normative, das in seiner soziologischen Begrifflichkeit auf Max Weber zurückgehende idealtypische, das realtypische und das hier postulierte *personale* Menschenbild, das von der grundlegenden Prämisse vom Menschen als Person ausgeht, an den Gedanken der Zusammenfassung der Einzelzüge sich wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe anknüpft und auch Elemente der anderen drei Theoreme sowie der Grund-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte inkludiert.

a) *Der an Normen orientierte Mensch*

Das normative Menschenbild geht von einem idealtypischen Menschen aus, „dessen Verhalten dem einer sinnvoll normativ geordneten menschlichen Gemeinschaft entspricht“. Die gesellschaftlichen und rechtlichen Normen sind Befolgungsmaßstab für den nach dem normativen Menschenbild gedachten Menschen.⁵⁰ Zöllner subsumiert die Entscheidungen des Bun-

⁴⁷ Vgl. Henkel (Fn. 9), 235.

⁴⁸ Vgl. aaO, 237.

⁴⁹ Vgl. Zöllner (Fn. 40), 127.

⁵⁰ Vgl. aaO, 128.

desverfassungsgerichts, in denen das Menschenbild des Grundgesetzes als „nicht das eines isolierten souveränen Individuums“ charakterisiert wird, sondern im Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft „im Sinn der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“⁵¹, der normativen Menschenbildstruktur und übt Kritik daran, dass das Bundesverfassungsgericht den Menschenbildbegriff hier nicht in einem ganzheitlichen, sondern in einem normativ-präskribierenden Sinn verwendet. Mit seiner These, ein Menschenbild mit auch nur annähernd ganzheitlichem Charakter habe bisheriger Gesetzgebung „explizit noch niemals“ zugrunde gelegen, und der Behauptung, es existiere „kein in juristischer Absicht kreierter Entwurf eines gesollten Menschenbildes“⁵², stößt Zöllner auf harsche Kritik. Denn sowohl das Straf-, als auch das Schadenersatzrecht setzen einen Menschen voraus, der zwischen Schuld und Unschuld unterscheiden kann und mit freiem Willen ausgestattet ist. In Zöllners Ausführungen selbst wird zudem wiederholt ein zur Selbstbestimmung fähiger und zur Selbstverantwortung bereiter Mensch vorausgesetzt, sodass die These von der Nichtexistenz eines in juristischer Absicht kreierten Entwurfs eines gesollten Menschenbildes schon in sich nicht stimmig ist.⁵³ Im Blick auf ein ganzheitliches Menschenbild normativer Art als Leitbild künftiger Gesetzgebung vertritt Zöllner die Auffassung, dass ein so verstandenes Menschenbild unter den Bedingungen einer pluralistischen Demokratie „nicht nur politisch unmöglich, sondern gar nicht erlaubt“ sei, weil eine normative Konzeption des Menschen den Prinzipien freiheitlicher Demokratie widerspricht. Von daher ist es dem Gesetzgeber verwehrt, den von den Grundrechten skizzierten Menschen „zu einem vollen Bild auszumalen“, um Wertepluralismus zu erhalten und um Totalitarismus zu vermeiden.⁵⁴ Auch Bydlinski erteilt dem normativen Menschenbild, „das die nach einer Normenordnung gesollten menschlichen Eigenschaften zusammenfasst“, eine klare Absage. Es könne nichts zum besseren Verständnis des Normensystems oder zu dessen Kritik beitragen und sei „schon deshalb untauglich, weil es in nichts anderem bestehen kann als in den menschenbezogenen Anforderungen des Normensystems selbst“.⁵⁵ Die Absage sowohl Zöllners als auch Bydlinskis an ein normatives Menschenbild in dieser absoluten Art ist insofern nicht stichhaltig, als sich der Aspekt der Normorientierung bei diesem auf menschenbezogene Anforderungen des Normensystems, bei jenem auf die negativ konnotierte menschliche Maßfigur reduziert, die sich einfach an vorgegebenen gesellschaftlichen und rechtlichen Normen orientiert. Normen sind aber im Sinne der Bewertungsnormentheorie geronnene Wertentscheidungen und damit auch Ausdruck einer Interdependenz von sozialer

⁵¹ Vgl. z.B. BVerfGE 4, 7 (15 f); 7, 305 (323); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 166 (175).

⁵² Vgl. Zöllner (Fn. 40), 128 f.

⁵³ Vgl. Theo Mayer-Maly, *Rechtsphilosophie*, 2001, 40.

⁵⁴ Vgl. Zöllner (Fn. 40), 129 f.

⁵⁵ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 120.

Wirklichkeit, Recht und Moral.⁵⁶ In diesem Sinn kann eine normative Menschenbildstruktur sehr wohl einen Beitrag zu einem ganzheitlichen Menschenbild leisten, weil Normen dergestalt nicht zu einer Einschränkung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechte führen, sondern über die der Gesetzgebung vorgelagerten gesellschaftlichen Wertungen Ergebnisse dieses Prozesses und eine positivierte Orientierung darstellen.

b) Der Mensch, wie er sein soll?

Das idealtypische Menschenbild hat einen Idealtypus des Menschen zum Inhalt, ein Bild, wie der Mensch sein soll, nicht wie er ist, ein Ideal, das der Mensch erreichen kann und soll, wenn er sich darum bemüht. Im Zusammenhang mit der idealtypischen Menschenbildstruktur wendet schon Henkel zutreffend ein, dass der Mensch immer auch mit der ihn umgebenden und ihn bestimmenden Realität gesehen werden muss. Als Idealität für das Recht darf nicht eine religiöse oder ethische Vollkommenheitsforderung maßgeblich sein, sondern die bescheidene Zielsetzung der Sozietät. Indes lehnt Henkel den idealtypischen Ansatz für ein Menschenbild nicht gänzlich ab. Es sind die idealtypischen Extreme und Absolutsetzungen, die geeignet sind, Totalitarismen zu fördern und den Pluralismus zu gefährden, denen Henkel zu recht eine klare Absage erteilt.⁵⁷ Auch Bydlinski erwartet vom idealtypischen Menschenbild keinen Erkenntnisgewinn, „soweit diese Darstellung realitätsfremd ist“. Dieser idealtypische Ansatz, der von einer Vorstellung vom Menschen ausgeht, „der zur sinn- und funktionsgerechten Normbefolgung typischerweise fähig ist“, provoziere falsche Begründungen und falsche Kritik gleichermaßen, wenn einerseits zB Gesetzgeber ein bestimmtes Menschenbild zur Rechtfertigung bestimmter Regelungen konstruieren oder wenn umgekehrt dem Gesetzgeber lediglich unterstellt wird, einer bestimmten Regelung realitätsfremd idealtypische Vorstellungen vom Menschen zugrunde gelegt zu haben. Daher eignen sich nach Bydlinski idealtypische Menschenbilder „weder als Argumente im Rahmen einer normativen Rechtfertigung noch als Kritikansatz, der ein solches Menschenbild dem Kritikobjekt unterstellt“.⁵⁸ Die Ablehnung der idealtypischen Menschenbildstruktur erfolgt hier unter der Voraussetzung, dass sie realitätsfremd ist und/oder missbräuchlich im Kontext der normativen Rechtfertigung oder als Kritikansatz verwendet wird. Im Gegensatz zu Henkel und Bydlinski, die ihre Ablehnung des idealtypischen Menschenbildes an konkrete Voraussetzungen binden, lehnt Zöllner diesen Ansatz als „noch weniger sinnvoll“ als den normativen ab und behauptet, dass der Gesetzgeber das idealtypische Menschenbild „bei der Schaffung von Normen ohne Rücksicht auf die

⁵⁶ Vgl. Franz Böckle, *Wiederkehr oder Ende des Naturrechts?* In: *Naturrecht in der Kritik*, hg. von F. Böckle / E.W. Böckenförde, 1973, 305.

⁵⁷ Vgl. Henkel (Fn. 9), 136.

⁵⁸ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 120 f.

Realität gleichsam implizite voraussetzt, damit die Normen funktionieren“.⁵⁹ Auf der Suche nach einer idealtypischen Menschenbildstruktur ist die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung nicht von der Hand zu weisen. Dennoch ist es falsch, ihr deswegen einfach eine Absage zu erteilen. Der Mensch braucht in seiner je konkreten sozialen Bedingtheit Ideale, die erreichbar sind und die anzustreben es sich lohnt, für ihn ebenso wie für die Sozietät, in der er lebt, und für die Völkergemeinschaft. In der Frage nach „*dem* richtigen Ideal“ gibt es hingegen keine allgemein gültige und für alle verbindliche Antwort. Der Pluralismus der Werte impliziert aber keineswegs, dass es keine richtigen Ideale gibt. Gerechtigkeit, Freiheit und Frieden finden sich ebenso in der Schnittmenge unterschiedlicher Wertvorstellungen wie die Grund- und Freiheitsrechte, wie die Menschenrechte. Das ist mehr als nur „ein Skelett“, wie es Zöllner im Kontext seiner Ausführungen zum normativen Menschenbild in negativer Konnotation beschreibt.⁶⁰ Es ist die Grundstruktur eines ganzheitlichen Menschenbildes, bestehend aus idealtypischen Elementen. Eingebettet in die den Menschen umgebenden und ihn bestimmende Realität ist diese idealtypische Struktur nicht nur Orientierung, sondern auch Anspruch, die je unzulängliche Wirklichkeit nach Kräften zu optimieren. Darin liegt der Grund, dass die staatlichen Erziehungsziele der Schule in der Regel nicht nur mit den Grund- und Freiheitsrechten korrelieren, sondern im Spannungsverhältnis zwischen Realität und Idealität auch darauf abzielen, Optimierungsbeiträge zu leisten und zu ermöglichen.

c) Der Mensch, wie er ist?

Ziemlich einig ist sich die rechtliche Menschenbildliteratur in der Notwendigkeit, dass sich der Normgeber an einem durch die Erfahrung gegebenen realen Menschenbild ausrichtet. Doch während im idealtypischen Entwurf eines Menschenbildes die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung und des Missbrauchs für eine normative Rechtfertigung durch den Gesetzgeber oder einen Kritikansatz dagegen und im normativen Menschenbild die Gefahr einer Reduzierung des Blickwinkels auf das Normensystem selbst, ohne dessen Interdependenz in den Blick zu bekommen, angesprochen werden muss, ist es in der realtypischen Menschenbildstruktur eine andere Gefahr, der begegnet werden muss, nämlich einen Allgemeintypus zu konstruieren und den Menschen in einer allgemeinen Realitätsformel auszudrücken. Aus den Gegensätzlichkeiten rationalistisch-naturrechtlicher Systeme, die den Menschen auf angeblich empirischer Grundlage von Natur aus einmal als böse, egoistisch und

⁵⁹ Vgl. Zöllner (Fn. 40), 131. Die Argumentation mit dem Hinweis auf Schuldrecht und Vertragsfreiheit, die Zöllner als Begründung für seine These der Inkompatibilität von idealtypischen Voraussetzungen der Normen und realen Gegebenheiten ins Treffen führt, subsumiert Bydlinski jenen Argumentationsmustern, die er als „banale Stereotype gängiger Sozial- und Rechtskritik“ bezeichnet. Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 121.

⁶⁰ Vgl. aaO, 129.

Rücksichtslos, dann wieder als ein zur Sozialität neigendes, vernünftiges und verträgliches Wesen darstellen, lässt sich nicht nur für Henkel „das Scheitern eines solchen Bemühens eindeutig“ erkennen. Gegen die realtypische Menschenbildstruktur führt er daher ins Treffen, dass schon aus dem „Wirrwarr dieser als Realauffassungen entworfenen Menschenbilder“ der Schluss auf die Verfehltheit dieser Methode der Rechtsgestaltung und Rechtsverwirklichung“ nach einem angeblich der Erfahrung abgewonnenen abstrakten Menschenbild zu ziehen sei.⁶¹ In seiner Heidelberger Antrittsvorlesung spricht Radbruch vom Menschen im Recht als einem „Menschen in der Gesellschaft“, einem „Kollektivmenschen“⁶², in den „ein Stück kollektives Ethos“ hineingedacht werden muss⁶³: „In der Tat muss nämlich jeder Gesetzgeber sein Gesetz so gestalten, als wäre der Mensch so eigennützig, dass er rücksichtslos seinem Interesse folgen würde, wären ihm nicht Rechtsschranken gesetzt, und so klug, dass er jede Lücke dieser Schranken sofort erkennen würde, sein Gesetz muss (mit Kant zu reden) auch für ein Volk von Teufeln passen, sofern sie nur Verstand haben.“⁶⁴ In der von Henkel genannten Bandbreite in Bezug auf Gegensätzlichkeiten rationalistisch-naturrechtlicher Systeme liegt Radbruch mit seinem pessimistischen Ansatz deutlich näher bei Thomas Hobbes als bei Hugo Grotius. Ähnlich wie das normative Menschenbild, das die Rechtsordnung widerspiegelt, erscheint Zöllner ein Menschenbild als ein realtypisch aufeinander bezogenes Gefüge teils biologisch, teils kulturell vermittelter Verhaltensmuster geeignet, zum „Korrelat einer empirischen Gesellschaftstheorie“ zu werden. Aus der Diffusität der unterschiedlichen Ansätze leitet Zöllner aber ab, „dass es kein intersubjektiv überzeugendes einigermaßen ganzheitliches Menschenbild realtypischer Art gibt oder in absehbarer Zeit geben wird, das geeignet wäre, dem Gesetzgeber als Leitbild zu dienen“.⁶⁵ So ist für Zöllner nach der Absage an das normative und idealtypische auch das realtypische Menschenbild ganzheitlicher Art nicht geeignet, sich dem Recht retrospektiv oder prospektiv gegenüber stellen zu lassen.⁶⁶ Er kann den Ausführungen Henkels mit dem Rückgriff auf die ontologischen Gesetzlichkeiten, die ontologischen und anthropologischen Schichtenlehren sowie die Kulturanthropologie ebenso wenig abgewinnen wie dem fiktiven pessimistischen Menschenbild Radbruchs und den für das Menschenbild im Verfassungsstaat erhellenden Ausführungen Häberles. Als Resultat der Auseinandersetzung mit der Menschenbildfrage – vor allem bei Henkel – bleibt für Zöllner nur die nicht weiter

⁶¹ Vgl. Henkel (Fn. 9), 236 f.

⁶² Vgl. Radbruch (Fn. 23), 472.

⁶³ Vgl. aaO, 474.

⁶⁴ AaO, 469 f. Angesichts solcher Aussagen muss die These Henkels, Radbruch habe „die Irrealität des Menschenbildes geradezu zur gesetzgeberischen Methode“ gemacht, als nicht zutreffend bezeichnet werden. Vgl. Henkel (Fn. 9), 327.

⁶⁵ Vgl. Zöllner (Fn. 40), 133 f.

⁶⁶ Vgl. aaO, 135.

begründete Schlussfolgerung, dass „so weder ein ganzheitliches Bild noch ein Leitbild“ zu gewinnen sei.⁶⁷

Differenzierter nähert sich Bydlinski dem realtypischen Menschenbild. Zwar betont auch er, dass in keiner Rechtsordnung ein alle Rechtsbereiche „umfassendes, abschließendes und einheitliches, d.h. widerspruchloses Menschenbild“ realtypischer Art nachweisbar sei⁶⁸, im Rekurs auf menschliche Dauereigenschaften ortet er aber realtypische Menschenbildstrukturen, Eigenschaften, die für das Recht als besonders wesentlich gelten. Dazu zählen „als durchaus ambivalente Züge der menschlichen Natur“⁶⁹ vor allem Menschenwürde und Freiheit im Sinne von Selbstbestimmung, Hilfsbedürftigkeit, das Streben nach einem friedlichen und geordneten Zusammenleben, das Bedürfnis nach Vervollkommnung und Vernunft einerseits, Selbstsucht und Machtgier, verbunden mit weiteren typischen menschlichen Schwächen und irrationalen Neigungen wie zB Neid andererseits. Den durch die Gegenläufigkeit normativer Tendenzen indizierten Grenzen eines rechtlich relevanten Menschenbildes will Bydlinski nicht mit der Preisgabe der „Möglichkeiten besserer rechtlicher Orientierung durch Rückgriff auf ein realistisches Menschenbild“ begegnen, sondern mit den Möglichkeiten der „Prinzipienoptimierung“, um auf der Suche nach einem kompromisshaften Ausgleich „etwa zwischen Freiheit und Hilfsbedürftigkeit oder zwischen Beachtung von menschlicher Selbstsucht und Herstellung einer friedlichen Ordnung“ erfolgreich zu sein.⁷⁰ Mit dieser Finalität wird einerseits der Gefahr begegnet, einen banalen Allgemeintypus zu konstruieren und den Menschen in einer allgemeinen Realitätsformel auszudrücken, und gleichermaßen der Blick auf die realtypischen Menschenbildstrukturen gelenkt, die für ein ganzheitliches Menschenbild unabdingbar, aber nicht das Ganze sind.

d) Der Mensch als Person

Auf der Suche nach dem Menschenbild als Regulator des Rechts⁷¹ erweisen sich das normative, das idealtypische als auch das realtypische Menschenbild als jeweils unzulänglich. Sie eignen sich zwar, um Strukturen des Menschenbildes aus der jeweiligen Perspektive zu erhehlen, versagen aber dort, wo das Menschenbild in seinem holistischen Charakter auf hohem Komplexitätsniveau fokussiert werden soll. Für den Gesetzgeber ist das Bild vom Menschen, wie er sein soll, ebenso *maßgeblich* wie das realtypische Menschenbild, das vom Menschen ausgeht, wie er ist. Beide Ansätze, der normativ-idealistische ebenso wie der realtypische,

⁶⁷ Vgl. aaO, 134.

⁶⁸ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 121.

⁶⁹ Böckle bezeichnet die Sicht vom Menschen, der „immer als Bedürfniswesen, als Aggressor und als Fürsorger zugleich“ erscheint, als „strukturelle Grundlage“ einer sittlichen Norm. Vgl. Böckle (Fn. 56), 310.

⁷⁰ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 123 f.

⁷¹ Vgl. Henkel (Fn. 9), 235.

stehen einander nicht kontradiktorisch gegenüber, sondern komplementär. Nur wenn man sie jeweils für sich alleine absolut setzt, wird ihre Unzulänglichkeit offenkundig. Dass der Mensch, wie er ist, und auch als solcher, wie er sein soll, in das positive Recht Eingang gefunden hat, wird nicht nur an den Grund- und Freiheitsrechten und den wertbezogenen Generalklauseln deutlich, zu der die guten Sitten ebenso zählen wie Treu und Glauben und diesen vorgelagert die Goldene Regel als präpositive Fundamentalnorm, sondern auch am Beispiel des objektivierten Schuldmaßstabs im Strafrecht, wo die Schuld als Vorwerfbarkeit der Tat nicht an der Individualität des Täters bemessen wird, sondern am maßgerechten Menschen in der Situation des Täters.⁷² So scheint jener Versuch eines Menschenbildes angemessen zu sein, der auf Absolutsetzungen von Menschenbildern verzichtet, der an die Zusammenfassung von Einzelzügen sich wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe anknüpft, ohne die Personalität des Menschen im Sinne des § 16 ABGB als „Kernbestand allgemeinkonstanter Grundbefindlichkeiten des Menschen“⁷³ aufzugeben, der aber auch Elemente der normativen, idealtypischen und realtypischen Menschenbildstrukturen mitberücksichtigt sowie die Grund-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde als tragendes Fundament. Bezogen auf den Geltungsbereich des ABGB sind vor allem dessen einleitenden Abschnitte und insbesondere das Personenrecht aufschlussreich. Über all den Einzelaspekten, dass der Mensch in Beziehung zu seinesgleichen steht (§§ 1, 26) und zugleich dem Gesetz Gehorsam und sorgfältige Aufmerksamkeit schuldet (§ 2), dass er zur Erreichung der allgemeinen Wohlfahrt Beschränkungen der natürlichen Rechte und Pflichten unterworfen werden kann (nach § 28 des Martini-Entwurfs 1797), dass Gesetze kundgemacht werden müssen, keine Rückwirkung haben und primär nicht nach richterlichem Ermessen, sondern „im Einklang mit allgemein erkennbaren natürlichen Rechtsgrundsätzen“ anzuwenden sind (§§ 3, 5, 6 f), dass es eine allgemein gleiche Handlungsfähigkeit und eine ebensolche Erwerbs- und Vertragsfreiheit gibt, über all diesen Einzelaspekten steht der § 16 ABGB, der als grundlegende Prämisse normiert, dass *jeder* Mensch „als Person zu betrachten“ ist, weil er „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ hat.⁷⁴ § 16 ABGB schützt damit die Person als Kristallisationspunkt der menschlichen Identität und einer sich lebenslang weiter entwi-

⁷² Vgl. § 10 Abs. 1 öStGB, wo von einem „mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“ die Rede ist. Als schuldhaft wird das Verhalten des Täters dann klassifiziert, wenn der maßgerechte Mensch in der Lage des Täters nach allgemeiner Erfahrung der Tatversuchung widerstanden hätte. Vgl. Diethelm Kienapfel / Frank Höpfel, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*,⁸2000, Z 13 Rz 8 f.

⁷³ Vgl. Henkel (Fn. 9), 239.

⁷⁴ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 124 f. Bydlinski verweist in diesem Zusammenhang auf Zeiller als „wichtigsten Redaktor des ABGB in der abschließenden Ausarbeitungsphase“, der zu diesen in § 16 ABGB normierten Rechten das „Urrecht“ der Persönlichkeit zählt im Sinne der Befugnis, „die Würde eines vernünftigen, frei handelnden Wesens zu behaupten“, somit die Respektierung der Menschenwürde, die erst viel später an die Spitze des GG gestellt wird. (Vgl. aaO.)

ckelnden Selbstdefinition (E.H. Erikson).⁷⁵ Die gleiche Personenhaftigkeit und damit Würde jedes Menschen ist zentrale Fundamentalnorm des personalen Menschenbildes. Sie zielt nicht auf gewaltsame Gleichmacherei in allem und jedem, sondern sie schließt normativ aus, „dass Menschen legitimerweise bloß als Mittel für fremde Zwecke behandelt oder hinsichtlich ihrer zentralen Persönlichkeitsgüter diskriminiert werden“.⁷⁶ Dass hier der Ansatz für die Bewältigung vieler, auch multikultureller Probleme der Gegenwart liegt⁷⁷, wird nicht nur deutlich im Zusammenhang mit den eingangs erwähnten Problembereichen rund um die Mohammed-Karikaturen und das deutsche Luftsicherheitsgesetz 2005, sondern überall dort, wo der Mensch als Person in Frage gestellt wird.

Im Mittelpunkt des personalen Menschenbildes steht der Mensch als Person. Das personale Menschenbild zielt nicht auf ein unwandelbar feststehendes Bild ab, sondern ist ein offenes und dynamisch-evolutionäres, geprägt sowohl vom Wissen um die geschichtliche Entwicklung als auch um die begrenzte Erkenntnis. Weil es offen ist, kann es Elemente unterschiedlicher Denkansätze in sich vereinigen und im Blick auf die großen Problembereiche der Gegenwart und der Zukunft seine Funktions- und Tragfähigkeit aktuell hinterfragen und anpassen. Weil es personal ist, bleibt die tragende Rolle des Menschen als Grund und Ziel allen Rechts (Radbruch) gewahrt. Das personale Menschenbild berücksichtigt den Menschen als „Phänomen, das *seinshaft und prozesshaft zugleich* ist“ sowie als Person und als „Ensemble der Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen Menschen oder zu Sachen steht“. Diesem Personbegriff unterlegt Kaufmann ein relationalontologisches Verständnis in Abgrenzung zur Person im moralischen oder anthropologischen Sinn, in Abgrenzung aber auch zum rein empirischen und zum rein noumenalen Menschen. In der Schlussfolgerung dieser Grammatik menschlicher Personalität, die sich aus dem Gleichsetzungspostulat von Person und Relation ergibt, wird der Mensch als Person nicht nur zum Zentralbegriff des Rechts und des Gerechtigkeitsdiskurses, sondern es zeigt sich darüber hinaus, dass der hermeneutische Zirkel allen Verstehens in der Person des Menschen begründet und daher unauflösbar ist.⁷⁸ Angesichts der Nationalismen und Ideologien, die das 20. Jahrhundert erschüttert haben, kommt der personalen Menschenbildstruktur eine weitere unabdingbare Funktion zu. Durch die personale Fundierung ist dieses Menschenbild resistenter gegenüber Instrumentalisierungen und Reduzierungsversuchen durch Ideologien und andere Interessensgruppen, und durch die evolutionäre Dynamik ist es zugleich offen und anpassungsfähig für geänderte gesellschaftliche Her-

⁷⁵ Vgl. Heinz Barta, *Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, 2004, 248.

⁷⁶ Vgl. Bydlinski (Fn. 41), 128.

⁷⁷ Vgl. aaO unter Bezugnahme auf Mayer-Maly.

⁷⁸ Vgl. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 1997, 292 f. Mit dieser meine These vom personalen Menschenbild als rechtsethischer Dimension stützenden Theorie geht Kaufmann weit über den Ansatz seines Lehrers Radbruch hinaus.

ausforderungen. Eine rein normativ ausgerichtete und damit reduzierte Sicht der natürlichen Person als bloßer Bezugspunkt personifizierter normativer Verhältnisse vermag das personale Menschenbild und damit den Menschen als Grund und Ziel allen Rechts nicht voll zu erfassen.⁷⁹

3. *Menschenbild-Elemente im Spiegel der Gesetze*

Aus den bisherigen Ausführungen hat sich gezeigt, dass „das Menschenbild“ nicht einfach schlechthin in dieser oder jener Form vorliegt. Vielmehr vereinigt die „Kategorie Menschenbild“ Eigenschaften und spezifische Verknüpfungen im hohen Komplexitätsniveau seiner Dimensionen, Geltungsebenen, Inhalte und Funktionen.⁸⁰ Es sind unterschiedliche Menschenbild-*Elemente*, aus denen sich ein Menschenbild zusammensetzt. Im Folgenden soll exemplarisch einigen Menschenbild-Elementen auf der einfachgesetzlichen Ebene von Zivil- und Strafrecht wie auch im Kontext der Menschen- und Bürgerrechte nachgespürt werden, um dies zu verdeutlichen.

a) *Menschenbild-Elemente der einfachgesetzlichen Ebene*

Im bürgerlichen Recht ist die Rechtsordnung aufgrund der heterogenen Beiträge „im Prozess der *rechtlichen* Gestaltwerdung von Menschenbildern“ ebenso heterogen und gemischt. Von supranationalem primärem Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union und nationalen Verfassungen determiniert, werden Menschenbild-Elemente bruchstückhaft umgesetzt.⁸¹ Für das deutsche Privatrecht konstatiert Bergmann eine deutliche Veränderung des ihm zugrunde liegenden Menschenbildes seit der Entstehung des BGB 1900. Anfangs vom Gedankengut des Liberalismus beeinflusst und daher von einem autonomen, freien und gleichen Bürger ausgehend, der seine Interessen selbst zu regeln imstande ist, zeichnet sich durch die Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat seit Weimar (1919) und dem Grundgesetz (1949) ein Anschauungswandel ab, der sich in der Entstehung und Ausgestaltung von Arbeits-, Sozial-, Miet- und Wettbewerbsrecht ebenso zeigt wie in der Begrenzung von Vertrags- und Eigentumsfreiheit auf einfachgesetzlicher Ebene. Trotz dieser „mehr als nur oberflächlichen Korrektur des ‚liberalen‘ Menschenbildes“ ist das Menschenbild des deutschen Privatrechts vom gedanklichen Ansatz geprägt, dass der einzelne Mensch in der Lage sei, seine privaten Lebensverhältnisse „in freier Selbstbestimmung und prinzipiell ohne staatliche Hilfe und Bevormundung“ zu gestalten.⁸² Die Anerkennung von Privatautonomie im Sinne der Möglichkeit des Menschen,

⁷⁹ Vgl. Bydlinski (Fn. 20), 335.

⁸⁰ Vgl. Häberle (Fn. 28), 71.

⁸¹ Vgl. aaO, 61.

⁸² Vgl. Jan Michael Bergmann, *Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1995, 37.

seine eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen, gehört unabhängig davon, welche gesellschaftspolitische Konzeption gerade dominant ist, zum Menschenbild des Rechts.⁸³ Um aber gesellschaftlich ungleiche Machtverhältnisse in bestimmten Bereichen auszugleichen, erlässt der Gesetzgeber Schutzgesetze, die in typischen ungleichen Rechtsverhältnissen den schwächeren Vertragsteil vor ungerechter Übervorteilung schützen sollen, so zB im Arbeits- und Mietrecht und in der Sozialgesetzgebung. Die mit der neben BGB und ABGB entstandenen Nebenrechtsordnung verbundene „Re-ethisierung“ des Rechts hat den schutzbedürftigen Menschen im Auge und damit ein Menschenbild, dem nicht mehr nur ein „genuin liberales Sozialmodell“ unterlegt wird.⁸⁴ Während in Deutschland der Schwerpunkt der Persönlichkeitsrechte im GG liegt und die Persönlichkeits- und Menschenbildrechtsprechung des BVerfG auch für das Privatrecht richtungweisend war, ist in Österreich § 16 ABGB die zivilrechtliche Grundlage der Persönlichkeitsrechte. Als Generalklausel wird § 16 ABGB nicht nur immer dann für den Persönlichkeitsschutz herabgezogen, „wenn bislang keine konkrete gesetzliche Norm diesen Schutz gewährt“, sondern sie dient auch als „Argumentationshilfe und Eingangstor für das Einfließen der Grundrechte“, was in der gegenwärtigen Gesellschaft mit ihren Gefahren für den Menschen als Person – man denke zB an bestimmte Auswirkungen der Gentechnik oder die Verschärfungen im Bereich von Wirtschaft und Arbeit – von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.⁸⁵ Die einzelnen ausgeprägten zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte im ABGB finden sich nach der Generalklausel des § 16 ABGB vor allem in § 17 (Rechtliche Vermutung der angeborenen Rechte; Gleichheit), in § 22 (Rechtsschutz Ungeborener ab der Empfängnis), in § 43 (Schutz des Namens), im Kontext des Schadenersatzes in den §§ 1325 – 1327 (Körperverletzung), in § 1328 (Geschlechtliche Selbstbestimmung), § 1328 a (Recht auf Wahrung der Privatsphäre), in § 1329 (Schutz der persönlichen Freiheit) und § 1330 (Schutz der Ehre, des wirtschaftlichen Fortkommens, der Kreditfähigkeit und vertraulicher Mitteilungen). Über das ABGB hinaus bieten im privatrechtlichen Bereich aber auch das Urheberrechtsgesetz, das Patentschutzgesetz und das Mediengesetz und im Verwaltungsrecht das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz Persönlichkeitsschutz.

Ein weiterer bedeutender Bereich für die Fokussierung von Menschenbild-Elementen auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Strafrecht. Wie für die einfache Rechtsordnung im Gesamten gibt es auch für das Strafrecht eine Reihe supranationaler und Verfassungsrechtlicher Normen, die dieses determinieren. Dazu gehören vor allem das Anklageprinzip, die Unschuldsvermutung, der Gleichheitsgrundsatz, das Proportionalitätsgebot und der Grundsatz

⁸³ Vgl. Mayer-Maly (Fn. 53), 41 f.

⁸⁴ Vgl. Böckenförde (Fn. 38), 212.

⁸⁵ Vgl. Barta (Fn. 75), 249 f.

des „fair trial“. Sie alle schützen den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten vor Willkür und ungerechtfertigten Anschuldigungen und geben dem Strafrecht den verbindlichen Rahmen vor. Im Blick auf die das Menschenbild tangierenden Normen ist zuerst der vermutlich auf *Feuerbach* zurückgehende Grundsatz „nulla poena sine lege“⁸⁶ zu nennen. Dieses strafrechtliche Legalitätsprinzip entspricht dem Gebot der Rechtssicherheit, dass jeder die rechtlichen Folgen seines Handelns voraussehen kann.⁸⁷ In den Strafgesetzbüchern Deutschlands, Österreichs und der Schweiz steht dieser Grundsatz jeweils an der Spitze, wodurch die Bedeutung, die die Strafgesetzgeber dieser Norm beimessen, besonders hervorgehoben wird. „Nulla poena sine lege“ beinhaltet nicht nur ein Rückwirkungsverbot, sondern auch ein Bestimmtheits- und ein Analogieverbot und schließt zudem strafbegründendes Gewohnheitsrecht aus.⁸⁸ Der Normunterworfenen soll sich darauf verlassen können, dass nur jene Handlungen bzw. Unterlassungen strafbar sind, die zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich mit Strafe bedroht waren.⁸⁹ „Nulla poena sine culpa“ beinhaltet als strafrechtliches Schuldprinzip den nächsten Grundsatz, der in direktem Zusammenhang mit dem Menschenbild zu sehen ist. § 4 öStGB normiert, dass nur strafbar handelt, „wer schuldhaft handelt“. Die Schuld muss vorwerfbar sein und ist strafrechtsdogmatisch nicht nur Voraussetzung, sondern auch Grenze der Strafe, sohin Maßstab der Strafe. Schuldstrafrecht ist daher nur sinnvoll möglich unter der Voraussetzung, dass es Entscheidungsfreiheit gibt. Die Positionen in Bezug auf diese Freiheit sind in der Lehre durchaus unterschiedlich. Während die Einen im Schuldprinzip das Bekenntnis zum zentralen Wert der menschlichen Persönlichkeit und Freiheit erblicken⁹⁰, sind andere wieder eher skeptisch. Verfehlt ist jene Auffassung, die aufgrund der Fortschritte in der Hirnforschung die Meinung vertritt, dass Schuld und Willensfreiheit im „neuen Menschenbild“ keinen Platz mehr hätten. Vielmehr trifft zu, dass Handeln mit erlebter Freiheit verbunden und einzig diese Perspektive angebracht ist, wenn es gilt, „den Menschen als Person und damit als verantwortliches Gemeinschaftswesen zu begreifen und zu behandeln“.⁹¹ Mayer-Maly geht vorsichtig davon aus, dass die Rechtswissenschaft nicht aussagen könne, ob der Wille des Menschen wirklich frei ist, sie könne aber „beobachten, dass die Rechtsordnungen die Menschen im Großen und Ganzen so behandeln, als wäre ihr Wille frei“.⁹² Der Streit zwischen Determinismus einerseits, der davon ausgeht, dass der Mensch durch Biologie, Erziehung,

⁸⁶ Vgl. Egmont Foregger / Gerhard Kodek, *Strafgesetzbuch Kurzkommentar*, 61997, Kommentar § 1 Anm. 1.

⁸⁷ Vgl. Zippelius (Fn. 12), 251.

⁸⁸ Vgl. Peter Lewisch, *Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung*, 1993, 53.

⁸⁹ Ausgenommen von diesem Grundsatz sind nach der Rechtsprechung des BVerfG Handlungen gegen die Menschlichkeit.

⁹⁰ Vgl. Lewisch (Fn. 88), 236.

⁹¹ Vgl. Mechsner, Wie frei ist unser Wille? In GEO 1 (2003) 6.

⁹² Vgl. Mayer-Maly (Fn. 53), 42.

Milieu etc derart geprägt ist, dass daraus letztlich seine Unfreiheit und damit Verantwortungs- und Schuldfreiheit resultiert, und Indeterminismus andererseits, der als Gegenposition die Freiheit des Menschen als Person und damit seine Verantwortungs- und Schuldfähigkeit postuliert, wird im Strafrecht prinzipiell zugunsten des Letzteren entschieden. Grundlegendstes materiales Element eines strafrechtlichen Menschenbildes ist sicherlich der Lebensschutz durch die Strafrechtsordnung. Durch den Wandel des dem Strafrecht zugrunde gelegten Menschenbildes ist es gerade im Bereich des Lebensschutzes zu Änderungen gekommen, die sich mit Personalität und Würde des Menschen nicht ohne weiteres vereinbaren lassen. Zwar schließen sich die Unwandelbarkeit von Prinzipien und die Wandelbarkeit von Rechtssätzen nicht gegenseitig aus⁹³, Böckenförde ortet aber im Kontext des Menschenbildwandels eine stärkere Subjektivierung der Rechtsordnung im Namen einer als vorstaatlich gedachten individuellen Freiheit, die zu einer „Entkriminalisierung des Strafrechts“ geführt habe. Im Gegensatz zur „Ableitung der Individualrechtsgüter aus einem allgemeine Pflichten auferlegenden Gemeinwohlgedanken“ wurden „sittliche Lebensordnungen als solche und Moralwidrigkeiten, die nicht unmittelbar Rechtsgüter Einzelner bedrohen oder verletzen, bis auf einzelne Restbestände aus dem Kreis der Strafdelikte herausgenommen, mithin der Freiheit der einzelnen überlassen“.⁹⁴ Während Böckenförde nach dem Kalten Krieg eine Rückbildung des politischen Strafrechts konstatiert⁹⁵, wird neuerdings eine Instrumentalisierung des Strafrechts im Kontext der Terrorismusbekämpfung in dem Sinn befürchtet, dass die Suspendierung des Rechts für alle terrorverdächtigen Ausländer in den amerikanischen und britischen Anti-Terror-Gesetzen der erste Schritt einer globalen Suspendierung der Rechtsordnung sein könne.⁹⁶ In dieser großen Bandbreite ist wiederum der Mensch als Person Maßstab, Grund und Ziel aller strafrechtlichen Normen.

b) Menschenbild-Elemente im Kontext der Menschen- und Bürgerrechte

Nicht nur für Deutschland, sondern für den gesamten deutschsprachigen Bereich und darüber hinaus für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union stellt das Bonner Grundgesetz einen Meilenstein dar. Einerseits haben sich die Menschenwürdegarantie des GG und die Persönlichkeits- und Menschenbildsprechung des BVerfG über die nationale Rechtsordnung Deutschlands hinaus auch in Österreich ausgewirkt⁹⁷, andererseits findet sich die grundlegende Prämisse der Unantastbarkeit der Würde des Menschen auch an der Spitze der Grund-

⁹³ Vgl. Günter Ellscheid, Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Fn. 5), 242.

⁹⁴ Vgl. Böckenförde (Fn. 38), 217 f.

⁹⁵ Vgl. aaO.

⁹⁶ Vgl. Paye (Fn. 43), 205.

⁹⁷ Vgl. Barta (Fn. 75), 249.

rechtscharta der Europäischen Union. Im Blick auf die Zeit der Grundgesetzgebung ging es darum, das Unrechtsregime des Nationalsozialismus zu überwinden und ein „Bewusstsein moralischer Wertmaßstäbe“ zu gewinnen, „deren Verlust erst jenes Vakuum an allgemeinen verbindlichen Ordnungsprinzipien hatte entstehen lassen, das der Nationalsozialismus dann auszufüllen in der Lage war“.⁹⁸ Im Gegensatz zu den Unzulänglichkeiten des Rechtsstaatsverständnisses Weimarer Herkunft, dessen neutralistischer Wertrelativismus und Pluralismus keinen Widerstand gegen den Nationalsozialismus zu setzen in der Lage war, nimmt mit dem Grundgesetz „folgerichtig eine *Weltanschauung*“ Gestalt an, die den Menschen wesentlich als Person auffasst.⁹⁹ Obwohl das BVerfG erst 1954¹⁰⁰ den Begriff des Menschenbildes in seine Rechtssprechung eingeführt hat, präsentiert sich schon davor¹⁰¹ eine Auffassung vom Menschen, deren normative Bedeutung darin liegt, dass der Mensch als Mensch vorstaatlich gedacht wird. Die Vorstellung vom selbständigen Wert des Menschen liegt „der Entscheidung des Verfassungsgebers bereits *zugrunde* und insofern dem Staat voraus“.¹⁰² Die Entwicklung der Auffassung des Menschen des BVerfG gipfelt in der Menschenbildformel im Investitionshilfe-Urteil vom 20.07.1954. Diese Menschenbildformel – „*prätorisch aus der Gesamtsicht des GG gewonnen*“¹⁰³ – wird zum klassischen Menschenbild-Postulat des BVerfG, auf das es sich auch später immer wieder bestätigend in seiner „Bilder-Jurisprudenz“ bezieht¹⁰⁴: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muss sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“¹⁰⁵ Auch in Österreich und der Schweiz finden sich Menschenbild-Elemente auf verfassungsrechtlicher Ebene vor allem im Kontext der Grundrechte der Person. Anders als in Deutschland und in der Schweiz gibt es in Österreich keine Generalklausel der Menschenwürde auf verfassungsrechtlicher Ebene. Dessen ungeachtet steht sie als „allgemeiner Wertungsgrund-

⁹⁸ Vgl. Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art.1 GG*, 1997, 25.

⁹⁹ Vgl. aaO, 30.

¹⁰⁰ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 2, 1 (12).

¹⁰² Vgl. Enders (Fn. 98), 44 f.

¹⁰³ Vgl. Häberle (Fn. 28), 47.

¹⁰⁴ Vgl. aaO, Fn. 129.

¹⁰⁵ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

satz unserer Rechtsordnung“ außer Diskussion und besagt, „dass kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden darf“. ¹⁰⁶ Die Konnexität des österreichischen Grundrechtskatalogs mit der europäischen Grundrechtsentwicklung des 19. Jahrhundert spiegelt sich wider in den Grundrechten im Allgemeinen sowie in den Grundrechten der Person im Besonderen. Vor allem die Letzteren sind Konkretisierungen des vom Verfassungsgesetzgeber vorausgesetzten Menschenbildes. Dazu zählt das Recht auf Leben ¹⁰⁷, das Folterverbot und das Verbot erniedrigender und unmenschlicher Behandlung und Strafe ¹⁰⁸, das Recht auf persönliche Freiheit ¹⁰⁹, die Freizügigkeit der Person ¹¹⁰, das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit ¹¹¹, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ¹¹², das Grundrecht auf Datenschutz ¹¹³, der Schutz des Hausrechts und des Brief- und Fernmeldegeheimnisses ¹¹⁴ sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit ¹¹⁵. Trotz des Mangels einer einheitlich in sich geschlossenen Verfassung, trotz des Fehlens einer Präambel, die Idealität und Realität miteinander verbindet und den Grundsatzcharakter einer Verfassung erläutert, trotz fehlender grundrechtlicher Generalklauseln erschließt sich in Österreich aus den einzelnen Grundrechten der Person und deren Schutzwürdigkeit ein Paradigma vom Menschen, das vor allem geprägt ist von Menschenwürde, Freiheit und Personalität. Im Blick auf die Menschenbild-Elemente im Verfassungsstaat zeigt sich ein Paradigma, das – ähnlich dem Wesen des Menschen selbst – seinshafte und prozesshafte Züge gleichermaßen in sich vereinigt. Jene beinhalten die Essentialien der Personalität und Dignität, während die Akzidentalien aus diesen hervorgehen und sich entsprechend dem Stand der geistes- und politikgeschichtlichen Situation darstellen. ¹¹⁶

Während Grundrechte als *leges fundamentales* je nach Normadressat entweder als Staatsbürger- oder als Jedermannsrechte verfassungsrechtlich durch den Staat garantiert und gewährt werden, handelt es sich bei Menschenrechten sowohl im Hinblick auf ihren Geltungsgrund wie im Hinblick auf ihren persönlichen Geltungsbereich um solche, die den Men-

¹⁰⁶ Vgl. VfGH 10.12.1993, G 167/92 unter wörtlicher Bezugnahme auf Franz Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, 176. Dieser Gedanke findet sich freilich schon in Kants Grundlegung der Metaphysik der Sitten, wo Kant das aus dem Prinzip der Autonomie des Willens folgende Gebot definiert, sich selbst und alle anderen „niemals bloß als Mittel, sondern jederzeit zugleich als Zweck an sich selbst“ zu behandeln. Vgl. Kant, *Grundlegung*, *Werke* in 12 Bänden (hg. von W. Weischedel), Bd. 7, 1977, 66.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 2 EMRK sowie Art. 1 6. ZP EMRK und Art. 85 B-VG (Abschaffung der Todesstrafe).

¹⁰⁸ Vgl. Art. 3 EMRK, die in Österreich Verfassungsrang genießt. Vgl. BVG 4.3.1964 BGBl 59.

¹⁰⁹ Vgl. BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684.

¹¹⁰ Vgl. Art. 4 StGG, Art. 6 StGG, Art. 2–4 4. ZP EMRK.

¹¹¹ Vgl. Art. 7 StGG, Art. 4 EMRK.

¹¹² Vgl. Art. 8 und 12 EMRK.

¹¹³ Vgl. § 1 DSGVO.

¹¹⁴ Vgl. Art. 9, 19 und 10a StGG, Art. 8 EMRK sowie Gesetz zum Schutze des Hausrechts RGBl 1862/88.

¹¹⁵ Vgl. Art. 14 StGG, Art. 63 Abs. 2 StVStGermain, Art. 9 EMRK, Art. 9a Abs. 3 B-VG.

¹¹⁶ Vgl. Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, ²2001, Rz 328.

schen unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit eigen sind¹¹⁷ und daher universellen Charakter haben. Im Rekurs auf die Menschenbild-Elemente ist wiederum eine ganzheitliche Sicht Zugangsvoraussetzung, um den Menschen als Menschen und als Träger der aus den Menschenrechten resultierenden Rechten und Pflichten – und nicht nur auf bestimmte Rollen und Zwecke reduziert – wahrnehmen zu können.¹¹⁸ Wie im Kontext des Grundgesetzes ist auch im Zusammenhang mit dem Menschenbild der Menschenrechte der Blick auf deren Genese ein Stück weit erhellend. Obwohl geistesgeschichtlich im antiken Humanismus, in der christlichen Lehre der Befreiung des Menschen, im germanischen Rechtsdenken und im rationalen Naturrecht des 18. Jahrhunderts wurzelnd¹¹⁹, sind Menschenrechte nie isoliert durch bloßes philosophisches Argumentieren entstanden, sondern vielmehr Ergebnis der Auseinandersetzung mit ganz konkreten gesellschaftlichen bzw. gesellschaftspolitischen Situationen, entweder erkämpft gegen übermächtige gesellschaftliche Kräfte oder als Folge katastrophaler Ereignisse. Die Katharsis, die solche leidvollen Erfahrungen immer auch mit sich bringen, trägt ein Stück zur Klärung der Frage nach dem Menschen und zum Bild, das er von sich macht, bei. Grundlegend in allen drei Menschenrechtsgenerationen – von den bürgerlichen und politischen über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte bis hin zum Recht auf Entwicklung und Solidarität – ist die fundamentale Überzeugung von der angeborenen Würde, Gleichheit und Freiheit aller Menschen. Im Blick auf die Menschenbild-Elemente der EMRK stellt sich diese gleichsam wie ein Spiegel der historischen Entwicklung der Menschenrechtsidee dar. Der personale Aspekt als wesentliches Element der Auffassung vom Menschen in der EMRK – obwohl eine Aussage wie in Art 1 Abs 2 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969 fehlt, wonach jeder Mensch „Person“ ist – zeigt sich durch die ganze Konvention. Vor allem aber ist der Mensch als Person hier „immer auch geistbegabtes und selbstbewusstes Einzelwesen im Sinne einer Einheit und eines Zentrums seiner Eigenschaften, Antriebe und Handlungen“.¹²⁰ Dem Menschenbild der EMRK liegt somit eine Auffassung zugrunde, die den Menschen als freie, gleiche, mit Würde begabte und autonome Person wahrnimmt, die als individuelles und soziales Wesen sowohl in der Lage als auch berechtigt ist, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten.¹²¹ Ganz in diesem Sinne finden sich die Menschenbild-Elemente auch in der Grundrechtscharta der Europäischen Union wieder und durch die Aufnahme derselben als Teil II auch im Verfassungsvertrag der Europäischen Union.

¹¹⁷ Vgl. Walter Berka, *Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*, 1999, Rz 27 f.

¹¹⁸ Vgl. Winfried Brugger, Das Menschenbild der Menschenrechte, in: *Rechtsstaat und Menschenrechte* (= Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 3), hg. von B.S. Byrd / J. Hruschka / J. Joerden, 1995, 121-134, hier 121.

¹¹⁹ Vgl. Peter Pernthaler, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 21996, 260–262.

¹²⁰ Vgl. Bergmann (Fn. 82), 237 Fn 271.

¹²¹ Vgl. aaO, 246 f.

Wenn auch durch die negativen Voten von Frankreich und den Niederlanden die Zukunft des Verfassungsvertrags, auf den sich der Europäische Rat am 18.06.2004 geeinigt hatte, ungewiss ist, bleibt doch das im Kontext der EMRK skizzierte Menschenbild als für die europäische Identität grundlegend bestehen. Angesichts der Vielfalt der europäischen Kulturen ist die akkulturierende Fähigkeit des Kontinents zur Synthese eine unabdingbare Voraussetzung für die Zukunft Europas. Im Menschenbild ist die Richtung vorgegeben.

C) Die Menschenwürde als Fundament des Menschenbildes

Schon in den bisherigen Ausführungen ist der Würdebegriff vor allem im Zusammenhang mit dem personalen Menschenbild immer wieder aufgetaucht. In der Tat ist die Menschenwürde das Fundament des personalen Menschenbildes schlechthin, mit ihr steht und fällt dieses Menschenbild. Mit der Menschenwürde steht und fällt das Grundgesetz und ebenso die anderen freiheitlich demokratischen Verfassungen. Mit der Menschenwürde stehen und fallen die Menschenrechtskodifikationen, die EMRK wie die Grundrechtscharta der Europäischen Union und all die anderen Pakte und Deklarationen. Mit der Menschenwürde steht und fällt der Mensch im Recht. Angesichts der zentralen und fundamentalen Bedeutung der Menschenwürde ist es angebracht, ihrem Wesen nachzuspüren. Wie aktuell und unabdingbar diese Beschäftigung ist, zeigt sich in concreto nicht nur in den Bereichen der hoch technisierten Biomedizin, wo an den Problemen der Embryonenforschung, der Präimplantationsdiagnostik oder auch im Kontext der Manipulation des Todeszeitpunktes¹²² die Herausforderung an die Menschenwürdegarantie und ihren Schutzzumfang besonders ins Auge sticht, sondern auch im rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Diskurs, wie er sich in der Kontroverse zwischen Matthias Herdegen und Ernst-Wolfgang Böckenförde zeigt. Böckenförde sieht in der Neukommentierung des Grundgesetzes durch Herdegen einen Epochenbruch. Weg von der Menschenwürdegarantie als Folge der Übernahme eines vorpositiven sittlichen Werts in das positive Recht, „das dieses mit jenem im Sinne einer Verankerung, die nicht auflösbar ist, verknüpft“, hin zu einer Interpretation, die „nach Art und Maß des Würdeschutzes“ für Differenzierungen offen ist.¹²³ Böckenförde wendet sich mit Entschiedenheit gegen solche Aufweichungen grundlegender Verfassungsnormen. Denn wenn Gesetze – in der Regel „pragmatische und politische Kompromisse im Horizont von Machbarkeit und Friedenswahrung“ – zum „Maßstab der Interpretation der tragenden Voraussetzungen des Rechtssystems“ werden,

¹²² Vgl. dazu auch Auer (Fn 1), Selbstbestimmungsrecht im Kontext der Patientenverfügung.

¹²³ Vgl. Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, FAZ 204 (2003) 33-35, hier 33.

„verliert dieses seine Kontur“. ¹²⁴ Schon viel früher hat Böckenförde in seiner viel zitierten These postuliert, dass der freiheitliche, säkularisierte Staat von „Voraussetzungen“ lebe, „die er selbst nicht garantieren kann“. ¹²⁵ Es ist gerade der Charakter der Vorstaatlichkeit der Menschenwürde, der sie auf rechtlicher Ebene vor einer je nach Kontext und Geisteshaltung variablen und beliebigen Differenzierung schützt.

1. *Genese des Menschenwürdegedankens*

Es ist kein Zufall, dass die Unantastbarkeit der Menschenwürde vor allem von jenen besonders verteidigt und geschützt wird, die sie im „Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes“ sehen, auf das sich Europa gründet: die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. ¹²⁶ In der Frage über die Herkunft der Menschenwürde steht aus rechtshistorischer Perspektive außer Streit, dass der Gedanke der Menschenwürde religiösen Ursprungs ist. Während Christoph Enders davon ausgeht, dass diese Ursprünge im christlichen Umfeld zu suchen sind ¹²⁷, und Josef Isensee die Würde des Menschen als „unmittelbares Derivat des Christentums“ bezeichnet ¹²⁸, betont Martin Kriele den allgemein-religiösen Ursprung des Menschenwürdegedankens und sieht diesen weder unilateral an das Christentum noch an den abendländischen Kulturkreis gebunden. ¹²⁹ Unter Berücksichtigung einer globalen Perspektive wird man Kriele folgen, im Hinblick auf die abendländische Entwicklung wird man Enders ebenso zustimmen wie Isensee. In der jüdisch-christlichen Tradition sind es vor allem die Vorstellung von der Imago Dei ¹³⁰ und die Inkarnation ¹³¹, die den Würdebegriff prägen. Anders als im antiken Rom, wo *dignitas* gleichermaßen an die Person und an die *res publica*, an Macht und an Freiheit gebunden ist ¹³², wird durch die Imago Dei jedem einzelnen Menschen eine eigene Würde zugesprochen, die ohne Rücksicht auf die politische oder soziale Stellung, die Zugehörigkeit zu einer Nation, einer Religion oder einer wie immer abgegrenzten Gruppe definiert wird. ¹³³ Dadurch wird die Menschenwürde jeder Diskussion entzogen, sie gehört zum Bereich des religiösen Tabus und

¹²⁴ Vgl. D. Mieth, *Laudatio* anlässlich der Ehrenpromotion von Ernst-Wolfgang Böckenförde an der katholisch-theologischen Fakultät der Universität Tübingen am 21.06.2005. Online in Internet: URL: http://www.kath-theol.uni-tuebingen.de/uploads/media/EP-Boeckenfoerde-Laudatio-Presses_01.pdf (Stand: 25.03.2006).

¹²⁵ Vgl. E.W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1991, 112.

¹²⁶ Vgl. Präambel GRC.

¹²⁷ Vgl. Enders (Fn. 98), 177.

¹²⁸ Vgl. Josef Isensee, Die katholische Kritik an den Menschenrechten. Der liberale Freiheitsentwurf in der Sicht der Päpste des 19. Jahrhunderts, in: *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis*, hg. von E.W. Böckenförde / R. Spaemann, 1987, 138–174, hier 165.

¹²⁹ Vgl. Martin Kriele (Fn. 29), 170.

¹³⁰ Vgl. Gen 1,27.

¹³¹ Vgl. Joh 1,14.

¹³² Vgl. Pöschl, *Der Begriff der Würde im antiken Rom und später*, 1989, 15 f., 22.

¹³³ Vgl. aaO, 43 f.

wird damit einerseits der Sphäre des Heiligen übereignet und gleichzeitig menschlicher Manipulation entzogen und damit *unantastbar*.¹³⁴ Bei Augustinus tritt dieser Gedanke wegen der theologischen Schwerpunktsetzung auf die Erbsündenlehre in den Hintergrund und führt im lateinischen Mittelalter zu einem die weitere Entwicklung dominierenden Spannungsverhältnis von Verlust und Wiederherstellung der Menschenwürde.¹³⁵ Der Paradigmenwechsel vom theozentrischen Weltbild des Mittelalters zum anthropozentrischen Weltbild der Neuzeit führt in der Folge zu einer Kultur, in deren Selbstgefühl die Würde des Menschen eine neue Rolle einzunehmen beginnt. In der Entwicklung vom italienischen Renaissancechristentum zur weltlichen Würde sind es vor allem vier Philosophen, die die weitere Entwicklung des Menschenwürdegedankens entscheidend mitgeprägt haben. Während Giannozzo Manetti (1396 – 1459) und Giovanni Pico della Mirandola (1463 – 1494) die Abkehr vom mittelalterlichen *Miseria-hominis*-Gedanken und das klassische Menschenwürdekonzept der italienischen Renaissance verkörpern, postuliert Samuel Pufendorf (1632 – 1694) im Kontext eines völlig von göttlichem Recht getrennten Naturrechts die Würde des Menschen „schon aufgrund seines Menschseins“.¹³⁶ Aus der Menschenwürde, die allen Menschen in gleichem Maß zukommt, leitet Pufendorf das Naturgesetz ab, dass jeder seinen Mitmenschen als einen ihm von Natur Gleichen achten und behandeln soll.¹³⁷ Mit Kant (1724 – 1804) ist dann die freiheitstheoretische Fassung des Menschenwürdekonzepts verbunden. Demnach ist der Mensch bereits seiner Natur nach „Person“ und „von absolutem Wert“¹³⁸, und eben darin liegt seine Würde¹³⁹. Ähnlich Pufendorf erkennt auch Kant den Kern der Menschenwürde in der Anlage und im Gebrauch der Freiheit, doch entwickelt er eine von den theologischen Anschauungen abgekoppelte Begründung, um die Geltung des universalistischen Charakters dieses Würdemodells zu belegen.¹⁴⁰ In der Grundlegung der Metaphysik der Sitten definiert Kant das aus dem Prinzip der Autonomie des Willens folgende Gebot, sich selbst und alle anderen „*niemals bloß als Mittel, sondern jederzeit zugleich als Zweck an sich selbst*“ zu behandeln.¹⁴¹ Dieser Gedanke findet sich dann rund 200 Jahre später in der „*Dürig'schen Objektformel*“ zum Art 1 Abs 1 GG wieder: „Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“¹⁴² Nach Kant

¹³⁴ Vgl. Barth (Fn. 6), 367.

¹³⁵ Vgl. aaO, 354 und Pöschl (Fn. 132), 48.

¹³⁶ Vgl. Enders (Fn. 98), 188.

¹³⁷ Vgl. Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 3. Buch, Kap 2, § 1.

¹³⁸ Vgl. Kant (Fn. 106), 60.

¹³⁹ Vgl. aaO, 68.

¹⁴⁰ Vgl. Barth (Fn. 6), 359.

¹⁴¹ Vgl. Kant (Fn. 106), 66.

¹⁴² Günther Dürig, Der Grundrechtsschutz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *AöR* 81 (1956) 177–157, 117, 127.

sind „die Autonomie des Willens, der freie Wille oder, gleichbedeutend, die Moralität“ grundlegend für die Würde.¹⁴³ Während Würde zunächst einen rein inneren Sachverhalt bezeichnet, mit dem der Begriff der Persönlichkeit korreliert, steht sie auf einer weiteren Stufe im Zusammenhang mit einer vernünftigen Bestimmung zur Sittlichkeit, die Kant mit dem Begriff der „Menschheit“¹⁴⁴ umschreibt, und bezeichnet schließlich einen äußeren Anspruch, nämlich „angeborene, zur Menschheit notwendig gehörende und unveräußerliche Rechte“¹⁴⁵.¹⁴⁶ Damit kündigt sich die neuzeitliche Idee der aus der Menschenwürde resultierenden Menschenrechte an, wie sie in der *Bill of Rights* 1776, in der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789, in der Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen 1948 sowie in darauf aufbauenden Kodifikationen und in nationalen Verfassungen proklamiert und normiert werden.

2. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*

Trotz der langen und umfassenden Geschichte des Menschenwürdegedankens ist die Menschenwürde als Rechtsbegriff in Gesetzeswerken und Kodifikationen eine Errungenschaft des 20. Jahrhunderts. Das hängt – im Gegensatz zu den Grundrechten, die rechtliche Ansprüche des Individuums statuieren – mit dem schon dargelegten Umstand zusammen, dass die Menschenwürde dem Recht voraus liegt. Die Explikation des rechtlichen Würdebegriffs läuft letztlich in einem vorrechtlichen In-sich-Prozess ab. Sie bezeichnet, was das Wesen des Menschen ausmacht, dies ist aber „das letztlich Unaussprechliche, die Wahrheit selbst“.¹⁴⁷ Die Bestimmung des Rechtsgehalts der Menschenwürde wird gerade dadurch erschwert, dass rechtlich zwangsläufig und durchaus in der Intention der Menschenwürde Abstand genommen werden muss von dem mehr bruchstückhaften Eindruck, den einzelne Rechtsansprüche vom Menschen vermitteln. In Kants Gebot, eines jeden Menschen Autonomie zu achten und niemanden „als bloßes Mittel zu irgendeinem Zweck“ zu gebrauchen¹⁴⁸, ist ein wesentlicher „Ursprung des Rechts auf Respektierung der Menschenwürde und der damit zusammenhängenden Ansprüche auf Gleichachtung und auf Glaubens-, Gewissens- und persönliche Entfaltungsfreiheit“ zu sehen.¹⁴⁹ In der Tat ist in der negativen Umschreibung des Grundsatzes der Person- und Menschenwürde „seine wohl immer noch beste Präzisierung“¹⁵⁰ zu finden. Der

¹⁴³ Vgl. Enders (Fn. 98), 195.

¹⁴⁴ Vgl. Kant (Fn. 106), 74, und Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Werke* in 12 Bänden (hg. von W. Weischedel), Bd. 8, 1977, 347.

¹⁴⁵ Kant, *Zum ewigen Frieden*, aaO, Bd. 11, 204 Fn 4.

¹⁴⁶ Vgl. Enders (Fn. 98), 198–201.

¹⁴⁷ Vgl. aaO, 17, 170.

¹⁴⁸ Vgl. Kant (Fn. 106), 66.

¹⁴⁹ Vgl. Zippelius (Fn. 12), 123.

¹⁵⁰ Bydlinski (Fn. 106), 176.

bekannteste Versuch, der Würde in negativer Formulierung normative Konturen zu verleihen, liegt in der „Dürig’schen Objektformel“ vor, auf die schon im Zusammenhang mit Kant Bezug genommen worden ist: „Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“¹⁵¹ Die Formel beinhaltet die Negativformulierung des Gebots, den Menschen als Selbstzweck zu achten, und bringt damit auch die Subjektqualität des Menschen zum Ausdruck. Ein weiterer Bezugspunkt, den Rechtsgehalt der Menschenwürde näher zu bestimmen, liegt in der teleologischen Betrachtungsweise vor. Dieser teleologische Ansatz findet sich häufig bei der Interpretation von Art 1 GG, wenn „die Frage nach Sinn und Zweck der Bestimmung letztlich mit dem Hinweis auf das Wesen des Menschen beantwortet“ wird, „um dann aus diesem und dessen Bedeutung für das Verfassungsganze zu argumentieren“.¹⁵² Das Bekenntnis des Art 1 GG zur Würde als dem Wesen des Menschen legt allem Recht „die wohl allgemeinste und umfassendste aller möglichen Aussagen über den Menschen“ zugrunde. Von daher lässt sich jenseits aller Meinungsverschiedenheiten feststellen, dass Art 1 Abs erster Satz GG kraft sachlicher Allgemeinheit seines Regelungsbereiches „alle anderen Aussagen zu bloßen Teilaussagen degradiert und als solche übergreift und umschließt“.¹⁵³ Eine begriffliche Offenheit der Menschenwürde bleibt aber dennoch erhalten und soll in einer gewissen Weise auch erhalten bleiben, will man nicht Gefahr laufen, den Menschen und seine Würde zu instrumentalisieren. Im Spannungsverhältnis der Diskrepanz zwischen Unbestimmtheit und normativem Anspruch der Menschenwürde wirkt ihr Begriff zumindest in der formalisierenden Betrachtungsweise der neueren Menschenwürdekonzptionen mehr als Korrektiv denn als primäre Erkenntnisquelle.¹⁵⁴ Welchem Ansatz man immer sich eher nähern mag, es ist wohl Kaufmann zuzustimmen, wenn er in der vielfachen Ratlosigkeit in der Frage, was denn Recht sei, nur einen „Reflex der noch tiefer liegenden Ratlosigkeit“ erblickt, „was denn überhaupt der Mensch ist“.¹⁵⁵ Das negative wie das teleologische Argumentationsmuster im Kontext der Menschenwürde ist daher nicht nur ein Versuch, diese begrifflich näher zu bestimmen, sondern auch Ausdruck der Frage nach dem Menschen in der Sinnperspektive und Ausdruck der Frage nach dem Menschenbild im Recht. Der Maßstab der Umsetzung

¹⁵¹ Dürig (Fn. 142), 117, 127.

¹⁵² Vgl. Enders (Fn. 98), 24.

¹⁵³ Vgl. aaO, 22 f. Das trifft durch die Menschenwürdenorm in Art. 7 BV gleichermaßen auch auf die Schweiz zu, in Österreich derzeit jedoch nur bedingt im Wege der Interpretation der Menschenwürde als Verfassungsprinzip. Vgl. VfGH 10.12.1993, G 167/92.

¹⁵⁴ Vgl. Enders (Fn. 98), 24.

¹⁵⁵ Vgl. Kaufmann (Fn. 78), 189.

durch den Gesetzgeber liegt „allein in der Menschenwürde, genauer: in dem an ihr orientierten Wertsystem der Verfassung“¹⁵⁶, dessen Kristallisationspunkt der Mensch als Person ist.

3. *Das personale Menschenbild als Paradigma des Rechts*

Die Rechtsidee im Sinne der Trias von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit ist als zentraler Bestandteil der Rechtsphilosophie – vor allem bei Radbruch, Henkel und Bydliniski – Ausdruck der Überzeugung, dass es im Akt der Rechtssetzung ebenso wie in der Rechtsanwendung dem Recht aufgegeben ist, gewisse Werte zu verwirklichen. Während die Vorgegebenheiten des Rechts die „*Bedingung für richtiges Recht*“ setzen, enthält die Rechtsidee die „aus dem *Ethos des Rechts* erwachsende *Verpflichtung*“, die Aufgegebenheiten des Rechts entsprechend diesem Leitgedanken zu lösen. Die Rechtsidee ist dem positiven Recht vor- und übergeordnet und ein „*Leitprinzip*, an dem das positive und zu positivierende Recht auszurichten ist“.¹⁵⁷ Sucht man den Einheitsbezug zwischen Vor- und Aufgegebenheiten des Rechts, den „dauernden Kerngehalt“ rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresses, sind wir wieder beim Menschen als Grund und Ziel allen Rechts angelangt, und damit beim personalen Menschenbild, das das Wesen des Menschen und dessen Bezug zum Recht im Allgemeinen sowie zur Jurisprudenz im Besonderen aufzuzeigen vermag. Auf der Suche nach *dem* Bild vom Menschen im Recht hat sich gezeigt, dass es dieses nicht gibt und wegen der offenen Begrifflichkeit wohl auch nicht geben kann. Es hat sich bestätigt, dass es nicht fertige und in sich abgeschlossene, gar statische Menschenbilder sind, die das Recht prägen und vom Recht geprägt werden, sondern viele unterschiedliche Einzelelemente, die letztlich ein Gesamtmosaik ergeben. Wie es in der Auseinandersetzung kontradiktorischer rechtstheoretischer Ansätze nicht möglich ist, der einen Seite nur die Wahrheit und der anderen nur den Irrtum zuzuordnen, ist auch die Absolutsetzung von Menschenbildern nicht möglich, zumal sie je nach Blickwinkel und Kontext sehr polymorphe Züge annehmen können. Wenn sich im Ergebnis dieser Auseinandersetzung dennoch das *personale* Menschenbild als zentrales Element der Rechtsordnung herauskristallisiert hat, dann nicht als doktrinäre These, sondern als Paradigma des Rechts. Es vereinigt in sich sowohl die aristotelische Bezogenheit auf die Sozietät als auch das freie und autonome Individuum der Aufklärung. Die Personhaftigkeit begründet die unantastbare Würde eines jeden Menschen und sein Recht auf Selbstbestimmung ebenso wie seine Pflicht zur Verantwortung gegenüber Sozietät und Mitwelt. War bei Protagoras noch vom Menschen als „Maß aller Dinge“ die Rede, kann die Gültigkeit dieses Satzes im Lichte der gegenständlichen Darlegungen nur im Sinne der der Personalität inhärenten Bedeutung

¹⁵⁶ Vgl. Enders (Fn. 98), 142.

¹⁵⁷ Vgl. Henkel (Fn. 9), 389 f.

des Ausschlusses jedweder Instrumentalisierung des Menschen sowie der Verortung des Menschen *in* der Mitwelt – nicht gegen die Mitwelt – postuliert werden. Als Fazit aus seinen problemgeschichtlichen Erörterungen hat Kaufmann den pointierten Schluss gezogen, dass die Idee des Rechts die Idee des personalen Mensch ist oder gar nichts.¹⁵⁸ Dieses Fazit kann ohne Wenn und Aber auch am Ende dieser Ausführungen stehen. Dieser Ansatz mit seiner intrinsischen Kritik an jenen rechtlichen Denkmodellen, die den Menschen aus den Augen verloren haben, ist notwendig auch für die Zukunft, wenn wir kein Defizit an Demokratie, Freiheit, Gerechtigkeit und ökologischer Substanz erleben wollen.¹⁵⁹

Angesichts der vielen von der Sozietät zu lösenden Probleme, von denen die eingangs erwähnten Probleme der Multikulturalität und der Terrorismusbekämpfung nur zwei Beispiele von vielen sind, bedarf es des personalen Menschenbildes als Leitlinie mit der Würde des Menschen als Grundnorm, verankert im Recht gleichermaßen wie im gesellschaftlichen Bewusstsein zum Schutz gegen menschenverachtende Tendenzen im Mikro- wie im Makrobereich, offen für Weiterentwicklungen im Zusammenspiel mit den soziokulturellen, wirtschaftlichen, ökologischen Veränderungen und Notwendigkeiten, mit Blick auf das Wesentliche.

Zum Autor:

Karl Heinz Auer, Mag.phil., Mag.theol., Dr.theol., Mag.iur., Dr.iur., studierte Germanistik, Fachtheologie und Rechtswissenschaften in Innsbruck und in Washington DC. Er ist Professor an der Pädagogischen Hochschule Tirol und übernahm Lehraufträge und Gastvorlesungen an der Universität Innsbruck, der Catholic University of America in Washington DC/USA, am „Foreign Study Program Innsbruck“ der University of Notre Dame, Indiana/USA, an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, an der Universität Split/Kroatien und an der Donau Universität Krems. Sein rechtswissenschaftlicher Forschungsschwerpunkt liegt in der Rechtsphilosophie und gilt im Besonderen dem Verhältnis von Ethik und Recht.

¹⁵⁸ Vgl. Kaufmann (Fn. 5), 177.

¹⁵⁹ Vgl. Wesel (Fn. 116), Rz 350.