

### **3. Menschenbild-Elemente im Spiegel der Gesetze**

Während im 1. Kapitel der Mensch als Vorgegebenheit des Rechts Gegenstand des Erkenntnisinteresses war und mittels philosophischer Anthropologie, naturwissenschaftlicher Determinanten und kultur-anthropologischer Überlegungen erörtert wurde, ging es im 2. Kapitel um die Darlegung des Menschenbildes als rechtsethische Dimension. Es 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.<sup>1</sup> Die rechtsethische Dimension hat sich dabei am deutlichsten im personalen Menschenbild gezeigt, dessen Leitlinie die Personalität des Menschen ist, das aber auch die Elemente der normativen, ideal- und realtypischen Menschenbildstrukturen und ebenso die Grund-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde als tragendes Element berücksichtigt.<sup>2</sup> Es sind unterschiedliche Menschenbild-*Elemente*, aus denen sich ein Menschenbild zusammensetzt. Absolutsetzungen einzelner Aspekte sind zu vermeiden, sie führen zu Verzerrungen.<sup>3</sup> In diesem Abschnitt sollen unterschiedliche Menschenbild-Elemente auf einfachgesetzlicher Ebene ebenso wie im Kontext der Menschen- und Bürgerrechte dargelegt werden.

#### **3.1 Zur Personalität des Menschen**

Schon im Zusammenhang mit der philosophischen Anthropologie ist die Frage nach dem Wesen des Menschen behandelt und der Aspekt der personalen Ganzheit hervorgehoben worden.<sup>4</sup> Die philosophisch-anthropologische Fragestellung stellt auf den Menschen als geistiges Einzelwesen ab und fokussiert mit dem Personbegriff die dem Menschen spezifischen und für seine Sittlichkeit grundlegenden

---

<sup>1</sup> Vgl. Häberle 71.

<sup>2</sup> Vgl. oben 2.2.3.4.

<sup>3</sup> Vgl. ebenso Henkel 239.

<sup>4</sup> Vgl. oben 1.1.4.

Voraussetzungen und seine Autonomie. Diese Anthropina umfassen den Menschen als Individuum und Person zugleich.<sup>5</sup> Ein derartiger Personbegriff will die normative Dimension des Menschseins ebenso umfassen wie die deskriptive. Die Frage, ob alle Menschen oder nur solche mit bestimmten Fähigkeiten und/oder Eigenschaften Personen sind, ist von grundlegender Bedeutung und wird kontrovers diskutiert. Philosophisch muss der Begriff der Person „systematisch an die Einsichten unserer praktischen Vernunft zurückgebunden“ werden, um Verkürzungen und begriffliche Unklarheiten zu vermeiden, wie sie seit dem Verständnis von „Person“ bei *John Locke* die moderne Philosophie heimsuchen, wie zB auch jene Positionen zeitgenössischer Philosophie, „die die Personalität des Menschen als einen Zustand oder eine Fähigkeit begreifen, die der Mensch erst erwerben muss, aber auch wieder verlieren kann“.<sup>6</sup> „Wer Personalität aber an den aktuellen Zustand eines Bewusstseins, an die Zuschreibung von Interessen oder an die Artikulation von Selbstwertgefühlen bindet, der verfehlt deren praktischen Gehalt als Ausdruck der grundlegenden Freiheitsverfassung des Menschen.“<sup>7</sup> Die Rückbindung an die praktische Vernunft-einsicht lässt *Lutz-Bachmann* „mit Kant und aus der Perspektive einer intersubjektivitätstheoretischen Lesart der Freiheit“ zutreffend postulieren, „dass wir keinem Menschen absprechen können, Subjekt und das heißt Träger und Vollzieher von Freiheit zu sein“. Die Schlussfolgerung: „Person zu sein bestimmt jeden Menschen als solchen, unabhängig von seiner Herkunft, seinem Geschlecht, seinem Alter und seinen Fähigkeiten.“<sup>8</sup> Der Ansatz *Coreth's*, wonach der Mensch zwar schon Person ist, bevor er sich personal selbst verwirklicht, aber erst im Selbstvollzug seine ursprüngliche Wesensverfassung zur Entfal-

---

<sup>5</sup> Vgl Brockhaus 16, 696.

<sup>6</sup> Vgl *Lutz-Bachmann*, Menschen sind Personen. Über einen Grundsatz der praktischen Vernunft. In <http://www.information-philosophie.de/philosophie/gentechperson.html>.

<sup>7</sup> Ebd. *Lutz-Bachmann* weist zutreffend darauf hin, dass solche Positionen „folgerichtig“ nur noch „sekundäre Gründe“ nennen können, um das ethische Tötungsverbot von Menschen zu begründen. Dadurch werde „einer Konditionierung des von der praktischen Vernunft anerkannten Tötungsverbots“ Vorschub geleistet, die es ermöglicht, „die Rede von unbedingten Grundrechten des Menschen durch eine utilitaristische Kasuistik oder Güterlehre zu relativieren“. (Vgl ebd.)

<sup>8</sup> Ebd.

tung bringt<sup>9</sup>, berücksichtigt auch den dynamischen Charakter des Personseins und könnte eine vermittelnde Rolle einnehmen sowohl für die unterschiedlichen philosophischen wie auch rechtswissenschaftlichen Positionen. In der rechtsphilosophischen Perspektive klingen bei *Henkel* die Thesen *Lutz-Bachmanns* und *Coreths* gleichermaßen an. Unter Bezugnahme auf *N. Hartmann* buchstabiert *Henkel* „Person“ als ein „Wesen, das von der Seinsordnung darauf angelegt ist, sich aus sich selbst heraus zu entwickeln und zu verwirklichen, indem es sein Leben selbsttätig gestaltet, die Lebenssituationen, in die es hineingerät, durch seine Entscheidungen und dementsprechendes Verhalten bewältigt“.<sup>10</sup> *Henkel* ergänzt den Personbegriff mit der Sozialität des Menschen, indem er – ähnlich wie *Coreth*, der den eigenen Selbstvollzug des Menschen an den personalen Bezug mit anderen bindet<sup>11</sup> – betont, dass der Mensch in seiner Personalität „nicht nur in sich und für sich“ lebt, sondern „aus sich heraus und zu anderen Personen in Beziehung“ tritt.

Die „Personhaftigkeit“ ist nach *Henkel* eine ontologische Grundgegebenheit und kommt daher „allen Menschen in gleicher Weise“ zu, „ohne Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Nationalität, Standeszugehörigkeit“. Dieser ontologischen Sonderstellung des Menschen entspricht die Sonderstellung des Menschen im Recht.<sup>12</sup> Nur eine Person kann Rechtssubjekt und damit Träger von Rechten und Pflichten sein<sup>13</sup> – im Gegensatz zu allen anderen verfügbaren Wesenheiten, die „lediglich Rechtsobjekte“<sup>14</sup> sind. Auch *Savigny* postuliert „in seltsamem Widerspruch“ zur Leugnung der Existenz subjektiver Persönlichkeitsrechte durch die von ihm beeinflusste Historische Schule<sup>15</sup> und zu seiner „grundsätzlichen romantisch-überindividualistischen Einstellung“<sup>16</sup>, dass alles Recht vorhanden ist „um der sittlichen, je-

---

<sup>9</sup> Vgl. *Coreth* 168.

<sup>10</sup> Vgl. *Henkel* 263.

<sup>11</sup> Vgl. *Coreth* 168.

<sup>12</sup> Vgl. *Henkel* 263.

<sup>13</sup> Vgl. *Holzhammer/Roth* 31. Die aus Zweckmäßigkeitsgründen geschaffene juristische Person bleibt für die gegenständliche Fragestellung unberücksichtigt.

<sup>14</sup> *Henkel* 263.

<sup>15</sup> Vgl. *Barta* 249.

<sup>16</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie 126 f.

dem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen; darum muss der ursprüngliche Begriff der Person zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen“.<sup>17</sup> Das ABGB lässt in seinem § 16 als Generalklausel der Personenrechte und als „Sitz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts“<sup>18</sup> keinen Zweifel an der grundlegenden und hervorragenden Bedeutung des Menschen als Person: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“<sup>19</sup> § 16 ABGB schützt damit – formal auf einfachgesetzlicher Ebene – „die Person als Kristallisationspunkt der menschlichen Identität und einer sich lebenslang weiter entwickelnden Selbstdefinition“ (*E.H. Erikson*)<sup>20</sup> und gilt in Österreich „für das ganze Recht, nicht nur für das allgemeine Privatrecht“.<sup>21</sup>

Die Frage, ab welchem Zeitpunkt dem Menschen Personalität und damit der Schutz der Gesetze zukommt, ist von entscheidender Bedeu-

<sup>17</sup> Vgl *Savigny* zit n ebd 127.

<sup>18</sup> Vgl *Barta* 250.

<sup>19</sup> *Barta* weist darauf hin, dass in Österreich das bürgerliche Recht „deutlich früher“ als das öffentliche Recht die Bedeutung eines effizienten Persönlichkeitsschutzes erkannt hat und verweist auf die Einleitung des *Martini*-Entwurfs für ein bürgerliches Gesetzbuch 1796:

„§.1. Wenn Menschen in einer bürgerlichen Gesellschaft vereinigt sind, so hören deshalb die ihnen angebornen Rechte so wenig auf, als ihre natürlichen Pflichten; nur eine gewisse Richtung und Beschränkung derselben findet alsdann insoferne statt, als diese zur Erreichung des oben angeführten Endzweckes nöthig ist.

§.2. Zu den von dem Menschen untrennbaren Naturrechten gehört vorzüglich das Recht, sein Leben zu erhalten, und die dazu erforderlichen Mittel oder Sachen sich eigen zu machen, seine Geistes- und Leibeskräfte auszubilden und zu veredeln, sich und seine Sachen zu vertheidigen, einen unbescholtenen Leumund zu behaupten, und überhaupt mit dem, was ihm angehöret, nach freier Willkür schalten und walten zu können.“ (Vgl ebd 248.)

In der österreichischen Kodifikationsgeschichte waren die „angeborenen Rechte“ die „vom rationalen Naturrechtsdenken, dem Vernunftrecht, vehement geforderten Menschenrechte“. (Vgl ebd.) Allerdings hat es bis in die 1970er Jahre gedauert, bis – beeinflusst durch die Rechtsprechung in Deutschland von BGH und BVerfG – in Österreich „dieser normative ‚Schatz‘ judikativ gehoben“ und der Einfluss der Historischen Schule und der „überheblichen Geringschätzung naturrechtlichen Gedankenguts“ durch den Rechtspositivismus überwunden wurde. Es ist bemerkenswert, dass es in Österreich nach 1945 – anders als in Deutschland – zu keiner Renaissance des Naturrechts gekommen ist. (Vgl ebd 249 f.)

<sup>20</sup> Vgl ebd 248.

<sup>21</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 37 und 41.

tung und wird in den europäischen Rechtsordnungen unterschiedlich beantwortet.<sup>22</sup> Nach *Henkel* ist der Mensch „von Beginn seiner Existenz an“ Person, die *Persönlichkeit* entfaltet sich aus dieser in einem Entwicklungsprozess.<sup>23</sup> § 22 erster Satz ABGB normiert unmissverständlich: „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze.“ Art 29 des spanischen *Codigo Civil* „folgt wie § 22 ABGB der *Maxime nasciturus pro iam nato habetur*“. In Deutschland erlangt der Mensch nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit mit der Geburt, in der Schweiz beginnen *Persönlichkeit* und *Rechtsfähigkeit* gemäß Art 31 ZGB „mit dem Leben nach der vollendeten Geburt“<sup>24</sup>, Art 31 Abs 2 gewährt Rechtsschutz – wie § 22 ABGB und Art 29 des spanischen *Codigo Civil* – aber auch dem ungeborenen Kind. In Deutschland wird der Embryo nach dem strengen Embryonenschutzgesetz 1990 geschützt. Als Embryo gilt nach § 8 ESchG „bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Einzelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag“. Durch den vom Deutschen Bundestag mit Beschluss vom 30.01.2002 ermöglichten Import embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken ist eine Tendenz zur Aushöhlung des ESchG ebenso gegeben wie in der heftig kritisierten Rede der Justizministerin *Brigitte Zypries* vom 29.10.2003, die von einem „sich entwickelnden Recht des Embryos auf Leben“ sprach und die „Menschenwürde des Embryos gegen die Forschungsfreiheit“ aufwog.<sup>25</sup> Widersteht man dem Solipsismus naturwissenschaftlicher Einzeldisziplinen, gibt es im holistischen Horizont der praktischen Vernunft und der Rechtswissenschaften keinen Grund, ungeborenen Menschen den Personstatus nicht zuzuerkennen.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl ebd 37.

<sup>23</sup> Vgl *Henkel* 265.

<sup>24</sup> Vgl ebd 37 f.

<sup>25</sup> Vgl [http://www.ak-lebensrecht.de/info/gesetz\\_eschg.html](http://www.ak-lebensrecht.de/info/gesetz_eschg.html).

<sup>26</sup> Vgl *Lutz-Bachmann* oben 3.1.1 FN 6 und 7. Vgl auch *Barta* 252. *Barta* führt die unterschiedlichen Ergebnisse in dieser Frage auf die „gesellschaftliche und religiöse Einfärbung des jeweiligen Betrachters“ zurück und stellt fest, dass die Gegensätze „nicht mehr so schroff wie früher“ auftreten. In der Tat sind trotz aller gesellschaftspolitischen

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Recht ist ebenso unabdingbares Korrelat zur Personalität des Menschen wie Freiheit und Menschenwürde. In seiner Rechtsphilosophie von 1932 bezeichnet *Radbruch* den Begriff der Person als Gleichheitsbegriff.<sup>27</sup> Allerdings weicht die *Radbruch'sche* Definition von Person deutlich von der naturrechtlich geprägten Grundlegung in § 16 ABGB ab.<sup>28</sup> *Radbruch* versteht den Begriff der Person „als eine nicht auf die Rechtserfahrung gegründete und beschränkte, sondern denotwendige und allgemeingültige Kategorie der juristischen Betrachtung“. Während das Rechtsobjekt „als bloßes Mittel zu bedingten Zwecken behandelt“ wird, ist das Rechtssubjekt, die Person, ein „Wesen, das von einem bestimmten geschichtlich gegebenen Rechte im Sinne eines Selbstzwecks erachtet wird“.<sup>29</sup> Nicht aus der Personalität des Menschen, sondern auf dem Weg über deren Qualifikation als Selbstzweck – „Selbstzwecke schließen eine Rangordnung untereinander aus“ – definiert *Radbruch* den Personbegriff als „Gleichheitsbegriff, in dem der Mächtige und der Machtlose, der Besitzende und der Nichtbesitzende, die schwache Einzelperson und die mammutstarke Verbandsperson miteinander gleichgesetzt werden“.<sup>30</sup> In seinem Postulat, alle Personen, die natürlichen wie die juristischen, seien „Geschöpfe der Rechtsordnung“, zeigt sich, zumal in Bezug auf den Menschen als natürliche Person, ein rechtspositivistischer Fehlschluss, der nicht berücksichtigt, dass der Mensch als personales Wesen dem Recht nicht nur auf-, sondern auch vorgegeben ist. Die rechtliche Gleichheit gründet in der Personalität des Menschen und seiner Menschenwürde. Das Wesen der Person

---

Sprengkraft der Frage im deutschsprachigen Raum keine gewalttätigen Auseinandersetzungen bekannt, wie sie aus den USA zwischen *Pro Life*- und *Pro Choice*-Anhängern berichtet werden.

<sup>27</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie 124.

<sup>28</sup> Daraus abzuleiten, *Radbruch* sei vor 1933 Rechtspositivist gewesen, ist nach *R. Dreier/Paulson* deswegen nicht möglich, weil *Radbruch* schon davor „die Geltung des Rechts im Sinne seiner moralischen Verbindlichkeit definiert und für den Bürger im Blick auf ‚Schandgesetze‘ eingeschränkt“ hat. (Vgl. *R. Dreier/Paulson* in *Radbruch*, Rechtsphilosophie 241.)

<sup>29</sup> Vgl. ebd. 124.

<sup>30</sup> Vgl. ebd. 124 f.

bloß mit der gleichen Rechtsfähigkeit zu bestimmen<sup>31</sup>, ist eine Reduktion, die dem Menschen als personales Wesen nicht gerecht wird.<sup>32</sup>

Für *Arthur Kaufmann* ist die Person „Gegenstand des Gerechtigkeitsdiskurses“.<sup>33</sup> Da dieser Gegenstand weder „völlig außerhalb des Rechtsfindungsprozesses“ noch „völlig in ihm“ liegen kann, bedarf es eines Phänomens, „das *seinshaft und prozesshaft zugleich*“ ist. Dieses gesuchte Phänomen ist der „Mensch als Person“. 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“.<sup>34</sup> Der personale Mensch ist sohin „Ensemble der Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen Menschen oder zu Sachen steht“. *Kaufmann* geht noch weiter und identifiziert „den juristischen Diskurs als solchen“ mit den personalen Beziehungen der Menschen. Im Grunde lässt sich Recht immer nur dadurch legitimieren, „dass es einem jeden das ihm als Person Zustehende gewährt: *Das Suum Iustum*“.<sup>35</sup> Den relationalontologischen Charakter gewinnt *Kaufmann* aus der deskriptiv-normativen Erläuterung seines Gleichsetzungspostulats von Person und Relation. „Person ist ... die Struktureinheit von Relatio und Relata. In diesem Sinne ist Person das ‚Wie‘ und ‚Was‘, ‚Subjekt‘ und ‚Objekt‘ des normativen Diskurses *in einem*, sie ist ... Gegebenes und Aufgegebenes, sie ist nicht statisch und zeitlos, in ihrer dynamisch-geschichtlichen Gestalt aber nicht beliebig verfügbar.“<sup>36</sup> In der Schlussfolgerung dieser Grammatik menschlicher Personalität wird der Mensch als Person nicht nur zum

<sup>31</sup> Vgl ebd 125.

<sup>32</sup> Die zum Teil befremdlichen Aussagen *Radbruchs* über die Art der Wesenheit der Person rühren daher, weil er in seinen Ausführungen dem Personbegriff die physische wie die juristische Person subsumiert, statt die für die rechtsphilosophische Fragestellung notwendige und evidente Differenzierung vorzunehmen.

<sup>33</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 292.

<sup>34</sup> Vgl ebd.

<sup>35</sup> Vgl ebd. *Kaufmann* zieht zur Begründung seiner These in Bezug auf den Verhältnisscharakter sowohl *Thomas v. Aquin* heran („*Ordo non est substantia, sed relatio.*“ *Summa theologica* I, 116, 2.) als auch in Bezug auf den relationalontologischen Personbegriff *Hegel* („Das Rechtsgebot ist: ‚sei eine Person und respektiere die Anderen als Person‘.“). (Beide zit n ebd. 292 f.)

<sup>36</sup> Ebd 293.

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“.<sup>37</sup> Mit dieser Theorie geht *Kaufmann* weit über den Ansatz seines Lehrers *Radbruch* hinaus und kommt in der Gewichtung des Personbegriffes sehr in die Nähe des § 16 ABGB mit seiner naturrechtlichen Prägung. Aus dem „Gegenstand“ des Gerechtigkeitsdiskurses wird die Person zur Grundrelation des Rechts und zur Grundlage allen Verstehens.

Auch im Kontext des Spannungsverhältnisses von Subjektivität und Objektivität kommt der Personalität des Menschen eine zentrale Rolle zu. Als Subjekt wird das personale Wesen Mensch zum „Medium der Objektivität“, denn die „Idee des richtigen Rechts“ ist „nur da fassbar, wo sie die Wirklichkeit berührt“. Das geschieht allein in der Person des Menschen.<sup>38</sup> Oder, um noch einmal ein Zitat von *Kaufmann* aufzugreifen: „Die Idee des Rechts ist die Idee des personalen Menschen – oder sie ist gar nichts.“<sup>39</sup>

## 3.2 Menschenbild-Elemente auf einfachgesetzlicher Ebene

### 3.2.1 Menschenbild-Elemente im bürgerlichen Recht

Aufgrund der durchaus heterogenen Beiträge „im Prozess der *rechtlichen* Gestaltwerdung von Menschenbildern“ ist auch die einfachgesetzliche Rechtsordnung in diesem Bereich heterogen und gemischt.<sup>40</sup> Während in der Hierarchie der Rechtsordnung supranationales primäres Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union und nationale Verfassungen Rahmen und Leitlinie determinieren, werden Menschenbild-Elemente „bruchstückhaft“ in der einfachen Rechtsordnung

---

<sup>37</sup> Vgl ebd. Hervorhebung mit Kursivdruck durch den Verfasser.

<sup>38</sup> Vgl *Braun* 211.

<sup>39</sup> *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 177.

<sup>40</sup> Vgl *Häberle* 61. *Häberle* bezeichnet das verfassungsrechtlich normierte Menschenbild als „flexibel genug, um der Pluralität und Konkurrenz der vielen verschiedenen Menschenbilder Raum zu lassen“.



umgesetzt<sup>41</sup> - als Persönlichkeitsrechte und Normen, die diesen zuzuordnen sind. Persönlichkeitsrechte sind Rechte, die dem personalen Menschenbild und der Personalität des Menschen entspringen. Als solche sind sie absolut und beinhalten Ausgestaltungen des allgemeinen Rechts des Einzelnen auf Achtung und Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit auf verschiedenen Ebenen der Rechtsordnung.<sup>42</sup> Die zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte dienen dem „Schutz der menschlichen Persönlichkeit, ihrer Würde und Individualität“<sup>43</sup>, sie sichern die „Gewährleistung eines *rechtlich geschützten Verhaltensspielraumes der Person*“<sup>44</sup>.

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 Entstehung und Ausgestaltung von Arbeits-, Sozial-, Miet- und Wettbewerbsrecht ebenso zeigt wie in der „Begrenzung von Vertrags- und Eigentumsfreiheit auf einfachgesetzlicher Ebene“.<sup>45</sup> Auch die gewandelte Auslegung der Leistung nach Treu und Glauben nach § 242 BGB ist Ausdruck dieser Entwicklung. Trotz dieser „mehr als nur oberflächlichen Korrektur des ‚liberalen‘ Menschenbildes“ ist das Menschenbild des deutschen Privatrechts „von dem 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“.<sup>46</sup> Die Anerkennung von Privatautonomie im Sinne der Möglichkeit des Menschen,

---

<sup>41</sup> Vgl ebd.

<sup>42</sup> Vgl dazu Art 2 Abs 1 GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“ Vgl in Verbindung dazu auch die Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art 1 GG.

<sup>43</sup> Vgl *Barta* 250.

<sup>44</sup> Vgl *Henkel* 266.

<sup>45</sup> Vgl *Bergmann* 37.

<sup>46</sup> Vgl ebd.

seine eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen, gehört unabhängig davon, welche gesellschaftspolitische Konzeption gerade dominant ist, zum Menschenbild des Rechts.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> Im deutschen Privatrecht selbst finden sich die allgemeinen Persönlichkeitsrechte vor allem in § 12 (Namensrecht)<sup>49</sup>, § 253 (Immaterieller Schaden)<sup>50</sup>, in § 823 (Schadenersatzpflicht)<sup>51</sup>, § 824

<sup>47</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 41 f.

<sup>48</sup> Vgl *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 212.

<sup>49</sup> § 12 BGB: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.“

<sup>50</sup> § 253 BGB: „(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadenersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

<sup>51</sup> § 823: „(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

Eine bedenkliche Entwicklung liegt in der Rechtsprechung des BGH vor, die das Recht auf Schadenersatz dem Recht auf Leben unter bestimmten Umständen prävalieren lässt. Einer fünfundzwanzigjährigen Ehefrau, die den Freistaat Bayern auf Schadenersatz geklagt hatte, nachdem sie Zwillinge zur Welt brachte, obwohl sie sich in einem öffentlichen Krankenhaus einer – offensichtlich fehlerhaften – Sterilisation unterzogen hatte, wurde Schadenersatz mit der Begründung zugesprochen, dass der BGH in der Frage, „was hier Schaden für die Frau sei, nicht auf ‚christlich-humanistische Kulturvorstellungen‘ abstelle, sondern darauf, ‚welche Vorstellungen sie sich selbst von ihrem künftigen Leben gemacht habe‘. (Vgl *Wesel*, Juristische Weltkunde 196.) Ähnlich argumentiert der BGH

(Kreditgefährdung)<sup>52</sup> und § 1004 BGB (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch).

Während in Deutschland der Schwerpunkt der Persönlichkeitsrechte als Ausdruck des personalen Menschenbildes im GG liegt und die Persönlichkeits- und Menschenbildrechtsprechung des BVerfG richtungweisend war<sup>53</sup> auch für das Privatrecht, ist in Österreich § 16 ABGB die zivilrechtliche Grundlage der Persönlichkeitsrechte. Als Generalklausel wird § 16 ABGB nicht nur immer dann „für den Persönlichkeitsschutz herangezogen, 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 modernen Welt mit ihren Gefahren für den Menschen als Person – man denke zB an die Auswirkungen der Gentechnik, die Verschärfungen im Bereich von Wirtschaft und Arbeit – von großer Bedeutung sein kann.<sup>54</sup> Nach Interpretation des OGH ist „§ 16 ABGB nicht bloß Programmsatz, sondern *Zentralnorm unserer Rechtsordnung* mit normativem, subjektive Rechte gewährendem Inhalt und schützt in seinem Kernbereich die Menschenwürde“.<sup>55</sup>

---

in jenen Fällen, in denen Frauen behinderte Kinder zur Welt brachten, die aber – bei entsprechender ärztlicher Aufklärung während der Schwangerschaft – abgetrieben hätten. (Vgl dazu ua *Leicht*, Pervers, aber logisch: Schadensfall Kind. In *Die Zeit* 27 [2002], zit n [http://www.zeit.de/archiv/2002/27/200227\\_urteil.xml](http://www.zeit.de/archiv/2002/27/200227_urteil.xml).)

<sup>52</sup> § 824: „(1) Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss. (2) Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.“

<sup>53</sup> Vgl *Barta* 249. Die richtungweisende Rechtsprechung des BVerfG hat sich auch auf Österreich ausgewirkt.

<sup>54</sup> Vgl ebd 250.

<sup>55</sup> Vgl JBl 1990, 734, zit n ebd. Hervorhebung mit Kursivdruck durch den Verfasser. § 26 ABGB gewährt durch die grundsätzliche Gleichstellung juristischer Personen mit physischen Personen auch jenen einen Persönlichkeitsschutz. Im Sinn des Erkenntnisinteresses in Bezug auf das *Menschenbild* bleiben juristische Personen hier unberücksichtigt.

Anders als in Deutschland mit seinem programmatischen Art 1 GG ist die Menschenwürde in Österreich kein explizit verankertes Grundrecht. Der Grundsatz der Menschenwürde ist aber ein „allgemeiner Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“ und besagt, „dass kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet

Die einzeln ausgeprägten zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte im ABGB finden sich nach der Generalklausel des § 16 ABGB vor allem in § 17 (Rechtliche Vermutung derselben; Gleichheit), in § 22 (Rechtsschutz Ungeborener ab der Empfängnis)<sup>56</sup>, in § 43 (Schutz des Namens)<sup>57</sup>, im Kontext des Schadenersatzes in den §§ 1325 – 1327 (Körperverletzung), in § 1328 (Geschlechtliche Selbstbestimmung)<sup>58</sup>, 1328 a (Recht auf Wahrung der Privatsphäre)<sup>59</sup>, in § 1329 (Schutz der persönlichen Freiheit)<sup>60</sup> und § 1330 ABGB (Schutz der Ehre, des wirtschaftlichen Fortkommens, der Kreditfähigkeit und vertraulicher Mit-

---

und behandelt werden darf“ (Vgl VfGH 10.12.1993, G 167/92. Der VfGH zitiert damit *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 176. Vgl auch *Öhlinger* 260 FN 32.)

<sup>56</sup> Vgl oben 3.1 FN 21.

<sup>57</sup> § 43 ABGB: „Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.“ Der Name ist aber nicht nur durch § 43 ABGB geschützt, sondern darüber hinaus sind auch Decknamen, Künstlernamen, Namen juristischer Personen, Geschäfts- und Etablisementnamen sowie auch Domain-Namen im Internet durch § 43 ABGB und etwa §§ 12, 61, 68 UrhG, §§ 30, 37 HGB, § 9 UWG, §§ 12, 51 ff MarkSchG oder Art 1 § 3 MedG geschützt. (Vgl auch *Barta* 256.)

<sup>58</sup> § 1328 ABGB: „Wer jemanden durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht, hat ihm den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.“ Diese Fassung hat mit BGBl 1996/759 in einer dem personalen Menschenbild der Gegenwart entsprechenden Form dem vorangegangenen § 1328 ABGB derogiert, der die Geschädigten auf „Frauenspersonen“ und die Tathandlung im Wesentlichen auf „Gestattung der außerehelichen Beiwohnung“ einschränkte.

<sup>59</sup> § 1328 a Abs 1 ABGB: „Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.“

<sup>60</sup> § 1329 ABGB: „Wer jemanden durch gewaltsame Entführung, durch Privatgefängnisnahme oder vorsätzlich durch einen widerrechtlichen Arrest seiner Freiheit beraubt, ist verpflichtet, dem Verletzten die vorige Freiheit zu verschaffen und volle Genugtuung zu leisten. Kann er ihm die Freiheit nicht mehr verschaffen, so muss er den Hinterbliebenen, wie bei der Tötung, Ersatz leisten.“

teilungen)<sup>61</sup>. Der angeführte Persönlichkeitsschutz des ABGB bezieht sich sohin vor allem auf die Privat- und Intimsphäre.<sup>62</sup> Über das ABGB hinaus bieten im privatrechtlichen Bereich aber auch das Urheberrechtsgesetz (UrhG), das Patentschutzgesetz (PatG) und das Mediengesetz (MedG) und im Verwaltungsrecht das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) Persönlichkeitsschutz. Während erstere unter anderem den Schutz der Erfinderehre<sup>63</sup>, des Urheberpersönlichkeitsrechts<sup>64</sup> sowie den Schutz vor übler Nachrede, Verleumdung und vor Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches<sup>65</sup> beinhalten, sind im KAKuG jene Schutzrechte normiert, die den Menschen als Patienten und damit als besonders schutzbedürftig im Blick haben. Die Patientenrechte sind in § 5a KAKuG normiert und beinhalten das Recht auf Einsichtnahme in die Krankengeschichte ebenso wie unter anderem die Aufklärung über den Gesundheitszustand, Recht auf seelsorgliche Betreuung, psychologische Unterstützung und – was in Zeiten immer umfangreicherer medizinischer Möglichkeiten, den Tod hinauszuzögern, von eminenter Bedeutung ist – das Recht auf ein würdevolles Sterben.<sup>66</sup> Eng mit dem personalen Menschenbild auf

---

<sup>61</sup> § 1330 ABGB: „(1) Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schaden oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, den Ersatz zu fordern. (2) Dies gilt auch, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte und kennen musste. In diesem Falle kann auch der Widerruf und die Veröffentlichung desselben verlangt werden. ...“

<sup>62</sup> Vgl Brockhaus 16, 706.

<sup>63</sup> Vgl §§ 4 und 6 PatG.

<sup>64</sup> Vgl §§ 19 ff UrhG.

<sup>65</sup> Vgl §§ 6 f MedG.

<sup>66</sup> § 5a KAKuG: „Durch die Landesgesetzgebung sind die Träger von Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten, dass 1. Pflöglinge Informationen über die ihnen zustehenden Rechte erhalten sowie ihr Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte ausüben können; 2. Pflöglinge ihr Recht auf Aufklärung und Information über die Behandlungsmöglichkeiten samt Risiken ausüben können; 3. auf Wunsch des Pflöglings ihm oder Vertrauenspersonen medizinische Informationen durch einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt in möglichst verständlicher und schonungsvoller Art gegeben werden; 4. ausreichend Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten mit der Außenwelt bestehen und Vertrauenspersonen des Pflöglings im Fall einer nachhaltigen Verschlechterung seines Gesundheitszustands auch außerhalb der Besuchszeiten Kontakt mit dem Pflögling aufnehmen können; 5. auf Wunsch des Pflöglings eine seelsorgerische Betreuung möglich ist; 6. auf Wunsch des Pflöglings

einfachgesetzlicher Ebene ist die Frage der Organtransplantation durch lebende Spender verbunden. In Österreich ist dieses Thema gesetzlich noch nicht geregelt. Sehr wohl erlaubt aber § 62a KAKuG ausdrücklich, Verstorbenen, die zu Lebzeiten keine „Widerspruchserklärung“ abgegeben haben, einzelne Organe und Organteile zu entnehmen, um damit anderen Menschen zu helfen. Die Zustimmung von Angehörigen ist nicht erforderlich.<sup>67</sup> Gegensätzlich ist diese Frage in Deutschland durch das Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG) BGBl I 1997/2631 geregelt. Eine Organentnahme von Verstorbenen ist nur dann erlaubt, wenn der Tote dem zu Lebzeiten zugestimmt hat und dies in einem Organspendeausweis dokumentiert ist. Ist dies nicht der Fall, liegt die Entscheidung bei den nächsten Angehörigen.<sup>68</sup> Die Frage, welcher Ansatz der richtigere ist, kann nicht generell beantwortet werden. Es sind unterschiedliche Situationen denkbar, in denen unterschiedliche Vorgangsweisen angebracht sein können. Aus der Perspektive des personalen Menschenbildes gilt es aber auf alle Fälle, den postmortalen Persönlichkeitsschutz wahrzunehmen und in concreto dem – mutmaßlichen – Willen des Verstorbenen bestmöglich zu entsprechen.

In der Schweiz findet sich der Beitrag des Privatrechts zum Persönlichkeitsschutz vor allem im Zivilgesetzbuch 10.12.1907 und in Art 41 ff OR. Das Recht der Persönlichkeit wird im 1. Abschnitt ZGB in den Art 11 – 38 behandelt, beginnend mit Legaldefinitionen. Der Schutz der Persönlichkeit im engeren Sinn ist in Art 27 bis Art 38 normiert.

---

eine psychologische Unterstützung möglich ist; 7. auch in Mehrbeträumen eine ausreichende Wahrung der Intimsphäre gewährleistet ist; 8. neben der Erbringung fachärztlicher Leistungen auch für allgemeine medizinische Anliegen des Pfleglings ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt zur Verfügung steht; 9. ein würdevolles Sterben sichergestellt ist und Vertrauenspersonen Kontakt mit dem Sterbenden pflegen können; 10. bei der Leistungserbringung möglichst auf den im allgemeinen üblichen Lebensrhythmus abgestellt wird; 11. bei der stationären Versorgung von Kindern eine möglichst kindergerechte Ausstattung der Krankenzimmer gegeben ist.“ Diese Fassung wurde durch die Novelle zum KAKuG BGBl 1993/801 geschaffen.

<sup>67</sup> Vgl *Barta* 253.

<sup>68</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 39. *Mayer-Maly* vertritt die Meinung, dass nur der Verstorbene selbst das Recht haben soll, postmortale Organentnahmen zu untersagen. Dem Kriterium des Hirntodes als Todeszeitpunkt, auf den auch das TPG abstellt, steht *Mayer-Maly* kritisch gegenüber.

Gegen übermäßige Selbstbindung schützt Art 27 ZGB<sup>69</sup>, gegen die Verletzung durch Dritte Art 28 ff mit Unterlassungs-, Feststellungs-, Beseitigungs- und Gegendarstellungsansprüchen.<sup>70</sup> Allfällige Schadenersatzansprüche sind in Art 41 ff OR geregelt. Nach Art 31 Abs 1 ZGB beginnt die Persönlichkeit mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod. Ähnlich wie § 22 ABGB findet sich aber in Abs 2 *leg cit* der Grundsatz *nasciturus pro iam nato habetur*, indem die Rechtsfähigkeit des Kindes vor der Geburt unter der Bedingung der Lebendgeburt normiert ist. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz korreliert jeweils mit Normen anderer einfach- und verfassungsrechtlicher Gesetze. Der Mensch als Person wird in seiner Individualität, in seiner Privatheit und Intimsphäre durch die Rechtsordnung geschützt, denn in der Personalität ist „das Recht des Menschen auf sich selbst und auf Verfügung über sich selbst in seinen natürlichen Kräften und Fähigkeiten leiblicher, seelischer und geistiger Art enthalten“.<sup>71</sup>

### 3.2.2 Menschenbild-Elemente als Determinanten des Strafrechts

Ein bedeutsamer Bereich für die Fokussierung von Menschenbild-Elementen auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Strafrecht. *Henkel* leitet aus der ontologisch begründeten Personhaftigkeit des Menschen für das Recht „die grundlegende Aufgabe des Schutzes und der Sicherung der *existentiellen Freiheit*“ ab, und zwar sowohl durch Grund- und Freiheitsrechte als auch durch die einfache Rechtsordnung.<sup>72</sup> Im Gegensatz zur psychologischen Zwangstheorie des „Ahnherren der heutigen deutschen und österreichischen Strafrechtsdogmatik“<sup>73</sup>, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach*, die mit Strafdrohungen des Gesetzes „durch die Vorstellung des bei Tatbegehung bevorstehenden Übels

<sup>69</sup> Art 27 ZGB: „(1) Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. (2) Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.“

<sup>70</sup> Art 28 Abs 1 ZGB: „Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.“

<sup>71</sup> Vgl *Henkel* 264 f.

<sup>72</sup> Vgl ebd 265.

<sup>73</sup> Vgl *Kienapfel/Höpfel* Z 2 Rz 6.

und das dadurch hervorgerufene Unbehagen“ dem Antrieb zur Begehung von Straftaten entgegenwirken will, betont *Henkel*, dass der Schwerpunkt der Bestimmungsfunktion auch in den Strafrechtsnormen „nicht im Zwangsmoment, sondern im Vernunftappell“ liegt. Als zur Selbstbestimmung und Verantwortung befähigtes Wesen ist der Mensch gehalten, sich sowohl gegenüber seinem Gewissen als auch gegenüber der Sozietät und der Rechtsgemeinschaft zu „verantworten“. <sup>74</sup>

Ähnlich argumentiert *Radbruch*. Anhand seiner rechtsphilosophischen Erörterungen und Darlegungen kann man verfolgen, wie er um ein Strafrechtsverständnis ringt, das dem Bild vom Menschen in seiner sozialen Ausprägung entspricht. Er entwickelt die Idee der Strafe aus der „Rechtsidee und ihrer dreifachen Verzweigung in Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit“. <sup>75</sup> Sowohl „Einwilligungstheorie“ <sup>76</sup> als auch „Vergeltungstheorie“ <sup>77</sup> klassifiziert *Radbruch* – als Formen staatsfremder Rechtfertigung der Strafe – als zur Vergangenheit gehörig. <sup>78</sup> Weil die Unterstellung der Strafe unter den „Maßstab der ausgleichenden Gerechtigkeit“ in jene Zeit zurückführt, „in der Strafrecht noch Privatrecht war, in der der Staat an Stelle der dem Verletzten entzogenen Rache die Strafe vornehmlich handhabte, um dem Verletzten Genugtuung zu verschaffen“, ist sie für *Radbruch* letztlich nicht geeignet, ein Strafrecht zu begründen, das den konkre-

---

<sup>74</sup> Vgl ebd 268. Unter Bezugnahme auf *Schenck* definiert *Henkel* Verantwortlichkeit als „Einstehen-müssen für eine bestimmte Tat“.

<sup>75</sup> Vgl *Radbruch*, Rechtsphilosophie 152.

<sup>76</sup> Vgl ebd. 151. Die Einwilligungstheorie, die *Feuerbach* in seinen Anfängen vertreten hat, geht von der „Annahme tatsächlicher Einwilligung des wirklichen Verbrechers in seine Bestrafung“ aus.

<sup>77</sup> Vgl ebd 152. Die Begründung der Strafe nach der Vergeltungstheorie geht davon aus, dass die Strafe verdient sei, und beruht „auf autoritären Gedankengängen“. Für diese Theorie wird immer wieder *Kant* mit jenem berühmten Gleichnis zitiert, wonach sogar dann, „wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste“, „der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet“ werden müsste, „damit jedermann das widerfähre, was seine Taten wert sind und sie Blutschuld nicht auf dem Volke hafte“. (Zit n ebd.) *Radbruch* führt aus, dass hier das Volk „nicht als eine Summe der Einzelnen“ erscheint, wie man es von *Kant* erwarten würde, sondern als „Träger eines überindividualistischen Eigenwerts, der die individuellen Interessen der Einzelnen überdauert“.

<sup>78</sup> Vgl ebd.



ten Menschen im Blickfeld hat.<sup>79</sup> Die austeilende Gerechtigkeit wiederum, deren sich die Zwecktheorien des Strafrechts bedienen, indem sie die gerechte Strafe nicht als die der Straftat adäquate verstehen, sondern als die „Bestrafung des einen im Verhältnis zum anderen Verbrecher nach dem Verhältnis ihrer beiderseitigen Schuld“, gibt weder Auskunft über den Strafmaßstab noch über das Strafsystem und dessen Grenzen.<sup>80</sup> An der rechtsstaatlich-liberalen Vergeltungs- und Abschreckungstheorie kritisiert *Radbruch* die Loslösung der Tat vom Täter bzw. des Täters vom Menschen, wodurch das Strafrechtsverhältnis ein partielles Verhältnis wird, in das „nicht der ganze Mensch, sondern nur der Täter dieser Tat“ eintritt, und stellt dem die „*Sicherungs- und Besserungslehre* als Theorie des sozialen Strafrechts“ gegenüber. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht auf das „abstrakte und isolierte Individuum“ abstellt, sondern auf die „konkrete und vergesellschaftete Individualität“. Das soziale Strafrecht sieht das Verbrechen nicht als „etwas vom Verbrecher Loslösbares“, „nicht die Tat, sondern den Täter“, und zwar im Sinne des konkreten Menschen.<sup>81</sup> Letztlich schwebt *Radbruch* eine Entwicklung des Strafrechts vor, die „nicht in ein *besseres* Strafrecht ausmünden wird, sondern in ein Besserungs- und Bewahrungsrecht, das *besser* als Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre“.<sup>82</sup>

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<sup>83</sup>, die Unschuldsvermutung<sup>84</sup>, der Gleichheitsgrundsatz<sup>85</sup>, das Proportionalitätsgebot<sup>86</sup> und der Grundsatz des „fair trial“<sup>87</sup>. Sie alle schützen den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten vor

<sup>79</sup> Vgl ebd 152 f.

<sup>80</sup> Vgl ebd 153.

<sup>81</sup> Vgl ebd 154 f.

<sup>82</sup> Vgl ebd 157.

<sup>83</sup> Vgl Art 6 EMRK, Art 90 Abs 2 B-VG, Art 32 Abs 2 BV 1999.

<sup>84</sup> Vgl Art 6 Abs 2 EMRK, Art 32 Abs 1 BV 1999.

<sup>85</sup> Vgl Art 14 EMRK, Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG, Art 8 Abs 1 BV 1999, Art 3 GG.

<sup>86</sup> Vgl Art 3 EMRK.

<sup>87</sup> Vgl Art 6 EMRK.

Willkür und ungerechtfertigten Anschuldigungen und geben dem einfachgesetzlichen Strafrecht den verbindlichen Rahmen vor. Im öffentlichen Bewusstsein ist es das „Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz vor Übergriffen auf Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung, Hausfrieden“ uäm, das im Vordergrund steht.<sup>88</sup> Im Blick auf die das Menschenbild tangierenden Normen im Strafrecht ist zuerst der Grundsatz „nulla poena sine lege“ zu nennen.<sup>89</sup> Vermutlich zurückgehend auf die Magna Charta Libertatum 1215, stammt die Formulierung „nulla poene sine lege“ von *Feuerbach*.<sup>90</sup> Dieses strafrechtliche Legalitätsprinzip entspricht dem „Gebot der Rechtssicherheit“, dass jeder die rechtlichen Folgen seines Handelns voraussehen kann.<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> Der Normunterworfenen soll sich darauf verlassen können, dass nur jene Handlungen bzw. Unterlassungen strafbar sind, die zum

---

<sup>88</sup> Vgl. *Zippelius*, Rechtsphilosophie 247.

<sup>89</sup> Vgl. § 1 Abs 1 öStGB: „Eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.“ Diese Norm war ursprünglich als Verfassungsbestimmung konzipiert und hätte „noch nach der RV 1971 als Verfassungsbestimmung beschlossen werden sollen“. Der Grund, weswegen es nicht dazu kam, liegt im „Zerwürfnis der Großparteien in der Frage der strafrechtlichen Regelung der Abtreibung, das letztlich dazu führte, dass das StGB nur mit den Stimmen der SPÖ angenommen wurde“. (Vgl. *Lewis* 89.)

Art 1 schwStGB: „Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.“

§ 1 dStGB: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

Über die einfachgesetzliche Strafrechtsebene hinaus ist dieser Grundsatz auch in Art 103 Abs 2 GG verankert.

<sup>90</sup> Vgl. *Foregger/Kodek*, Kommentar § 1 Anm 1.

<sup>91</sup> Vgl. *Zippelius*, Rechtsphilosophie 251.

<sup>92</sup> Vgl. *Lewis* 53.

Zeitpunkt der Tat gesetzlich mit Strafe bedroht waren.<sup>93</sup> Das entspricht dem Gebot der Fairness und Rechtssicherheit. Vom Gesetzgeber wird der Normunterworfenen als Mensch vorausgesetzt, der die Einsicht hat, den Gesetzen gemäß zu handeln.

„Nulla poena sine culpa“ beinhaltet als strafrechtliches Schuldprinzip den nächsten Grundsatz, der in direktem Zusammenhang mit dem Menschenbild zu sehen ist. § 4 öStGB normiert unter der Überschrift „Keine Strafe ohne Schuld“, dass „nur strafbar“ ist, „wer schuldhaft handelt“. Die Regierungsvorlage erläutert dazu: „Die strafbare Handlung muss aus einer fehlerhaften Willensbestimmung des Täters erwachsen, die einen Vorwurf im Rechtssinn begründet.“<sup>94</sup> Die Schuld muss vorwerfbar sein und ist strafrechtsdogmatisch nicht nur Voraussetzung, sondern auch Grenze der Strafe, sohin also Maßstab der Strafe. Schuldstrafrecht ist daher nur sinnvoll möglich „unter der Voraussetzung, dass es Entscheidungsfreiheit gibt“.<sup>95</sup> 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“ erblicken<sup>96</sup>, sind andere wieder eher skeptisch.<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> Vielmehr begründet schon das subjektive Freiheitsbewusstsein Verantwortung. Zutreffend postuliert *Burckhard*, 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“.<sup>99</sup> Mayer-*Maly* geht davon aus, dass die Rechtswissen-

<sup>93</sup> Ausgenommen von diesem Grundsatz sind nach der Rechtsprechung des BVerfG Handlungen gegen die Menschlichkeit.

<sup>94</sup> EBRV 64, zit n *Lewis* 235. In Deutschland wird das strafrechtliche Schuldprinzip aus dem Rechtsstaatprinzip des GG abgeleitet. Im schwStGB werden die Art 18 – 20 (Vorsatz und Fahrlässigkeit; irrige Vorstellung über den Sachverhalt; Rechtsirrtum) der Überschrift „Schuld“ subsumiert.

<sup>95</sup> Vgl *Zippelius*, Rechtsphilosophie 249 f.

<sup>96</sup> Vgl *Lewis* 236 unter Bezugnahme auf EBRV 55, 58.

<sup>97</sup> Vgl dazu auch aus anthropologischer Perspektive *Coreth* 100-125.

<sup>98</sup> Vgl *Mechner*, Wie frei ist unser Wille? In *GEO* 1 (2003) 6.

<sup>99</sup> Vgl ebd.

schaft 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“.<sup>100</sup> Um einen sinnvollen Strafzweck zu erreichen, sei dies nun als Tadel, Generalprävention, Spezialprävention oder Reintegration, „muss der Mensch grundsätzlich die Fähigkeit haben, sich für wertkonformes oder wertwidriges Verhalten zu entscheiden und dieser Einsicht gemäß zu handeln“.<sup>101</sup> Der Streit zwischen Determinismus einerseits, der davon ausgeht, dass der Mensch durch Biologie, Erziehung, Milieu etc. derart geprägt ist, dass daraus letztlich seine Unfreiheit und damit Verantwortungs- und Schuldfreiheit resultiert, und Indeterminismus andererseits, der als Gegenposition dazu die Freiheit des Menschen als Person und damit seine Verantwortungs- und Schuldfähigkeit postuliert, wird im Strafrecht prinzipiell zugunsten des Letzteren entschieden. *Henkel* relativiert die Unversöhnlichkeit von Determinismus und Indeterminismus, indem er betont, dass beide Ansätze im „komplexen menschlichen Verhaltenssystem“ wirksam sind, jedoch nicht im Sinne einer „monistischen Alleinherrschaft eines einzigen Determinationstypus“.<sup>102</sup> Ein Ausweg aus der „Antinomie zwischen individuellem Können und sozialem Sollen“ liegt nach *Lewisch* im „objektivierten Schuldurteil“, „in dem der Vergleichsmaßstab eine normative Anforderung an den Bürger vorgibt“.<sup>103</sup> Dieser kann nur im personalen Menschenbild liegen.

Zentrales Element eines strafrechtlichen Menschenbildes ist der Lebensschutz durch die Strafrechtsordnung. Delikte gegen Leib und Leben sind im öStGB in den §§ 75 - 95 normiert, im dStGB in den §§ 211 - 233 und im schwStGB in den Art 111 - 136. Während Tathandlungen gegen das Leben auch dann mit Freiheitsentzug sanktioniert werden, wenn sie auf Verlangen des Opfers durchgeführt werden („Tötung auf Verlangen“<sup>104</sup>, „Mitwirkung am Selbstmord“<sup>105</sup>) und die

---

<sup>100</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 42.

<sup>101</sup> Vgl. *Lewisch* 237.

<sup>102</sup> Vgl. *Henkel* 254 unter Bezugnahme auf *N. Hartmann*, sowie 255-257.

<sup>103</sup> Vgl. *Lewisch* 238 f.

<sup>104</sup> § 77 öStGB: „Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

aktive Euthanasie (mit Ausnahme von Belgien und den Niederlanden) strafrechtlich sanktioniert wird, normieren die Strafrechtsordnungen andererseits im pränatalen Bereich die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs unter bestimmten Bedingungen.<sup>106</sup> In Deutschland konstituiert § 218a Abs 1 dStGB den Ausschluss des Tatbestandes nach dem Grunddelikt des § 218 dStGB. In der Schweiz und in Österreich schließen Art 119 schwStGB und § 97 Abs 1 Z 1 öStGB die Rechtswidrigkeit der Tat aus, der Tatbestand des Grunddeliktes bleibt

---

§ 216 Abs 1 dStGB: „Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.“

Art 114 schwStGB: „Wer aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet, wird mit Gefängnis bestraft.“

<sup>105</sup> § 78 öStGB: „Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

Art 115 schwStGB: „Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.“

<sup>106</sup> Vgl § 218a dStGB, § 97 öStGB und Art 119 schwStGB. In Deutschland ist der Tatbestand des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 dStGB seit 1995 unter der Voraussetzung ausgeschlossen, dass die Bestimmungen der Fristenlösung nach § 218a Abs 1 dStGB – Zwölf-Wochen-Frist ab Empfängnis und verpflichtendes Beratungsgespräch in einer gesetzlich anerkannten Beratungsstelle mindestens drei Tage vor dem Eingriff durch einen Arzt – eingehalten werden. Eine Abtreibung ist auch dann straffrei, wenn als Rechtsfertigungsgrund eine medizinische, kriminologische, medizinisch-soziale oder soziale Indikation vorliegt.

Seit 01.10.2002 gilt auch in der Schweiz eine Fristenregelung. Zwar stellt auch hier der Schwangerschaftsabbruch nach Art 118 schwStGB – ähnlich wie in Deutschland § 218 dStGB und in Österreich § 96 öStGB – ein Delikt gegen das Leben dar, doch normiert die Fristenlösung nach Art 119 Abs 2 schwStGB – Eingriff innerhalb einer Zwölf-Wochen-Frist ab Beginn der letzten Periode nach schriftlichem Antrag der Schwangeren mit Geltendmachung einer Notlage durch einen Arzt nach vorangegangenem obligatorischem Beratungsgespräch – Straffreiheit.

In Österreich ist die Fristenlösung nach § 97 Abs 1 Z 1 öStGB schon seit 01.01.1975 in Kraft. Bedingung für die Straffreiheit ist der Schwangerschaftsabbruch durch einen Arzt nach vorhergehender ärztlicher Beratung „innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft“. Bei „ernster Gefahr für das Leben oder eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren“, bei „ernster Gefahr, „dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“, oder wenn die Schwangere „zur Zeit der Schwängerung unmündig“ gewesen ist, kann nach § 97 Abs 1 Z 2 öStGB die Abtreibung ohne jede Einschränkung durch eine Frist von einem Arzt straffrei vorgenommen werden.

aber bestehen. Nur in der Schweiz hat der Gesetzgeber die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruches nach Art 119 Abs 2 schwStGB an die Geltendmachung einer Notlage geknüpft, in Deutschland und Österreich ist nach den Bestimmungen von § 218a Abs 1 dStGB und § 97 Abs 1 Z 1 öStGB die Tötung des ungeborenen Kindes ohne jede Konfliktsituation möglich. Gemessen daran, dass das Leben des Menschen der zentrale Wert unserer anthropozentrischen Rechtsordnung ist, gemessen an der im Strafgesetz selbst ausgedrückten grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit auch des ungeborenen Menschen, lässt sich eine Differenzierung des strafrechtlichen Lebensschutzes nicht rechtfertigen, zumal der Mensch am Beginn seines Lebens und am Ende seines Lebens des besonderen Schutzes durch die Rechtsordnung bedarf. Zutreffend formuliert *Lewis*, dass Menschsein keine Eigenschaft ist, „die man erwerben oder verlieren, die man in größerem oder kleineren Umfang besitzen kann: Mensch-sein bezeichnet unsere Existenz selbst. Deshalb und insoweit sind alle Menschen gleich.“<sup>107</sup> Während es dem Gesetzgeber durchaus möglich ist, in der Behandlung dieser gleichen Menschen sachliche Abstufungen vorzunehmen, zB nach Alter (Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Deliktsfähigkeit uvm) oder wirtschaftlichem Status (Steuerrecht), ist es ihm aber „verwehrt, dort zu differenzieren, wo der Mensch als Person und in seinem Wert und seiner Qualität als Mensch getroffen wird. Die Gleichheit aller Menschen als Menschen bildet eine normative Sperre gegenüber Differenzierungen, die den Menschen in diesem Menschsein ungleich behandeln.“<sup>108</sup> Daraus ergibt sich in logisch-zwingender Konsequenz, dass die Gleichheit der Menschen den Gesetzgeber dazu zwingt, „von den Ungleichheiten im Tatsächlichen zu abstrahieren“. Für die Frage des Lebensschutzes darf es nicht relevant sein, ob jemand jung oder alt, reich oder arm, gesund oder krank, männlich oder weiblich, In- oder Ausländer, geboren oder ungeboren ist.

Ein weiteres Menschenbild-Element der Strafrechtsordnung liegt im Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor. In diesem Bereich wird der Wandel des Menschenbildes und damit verbunden der Wandel der Rechtsnormen besonders augenfällig. In seiner Geschichtlich-

---

<sup>107</sup> Vgl *Lewis* 187.

<sup>108</sup> Vgl ebd.

keit und Kontingenz passt sich das Recht veränderten Gegebenheiten an, ohne dass jene Zielvorstellungen und Bewertungen aufgegeben werden, die vom „Wandel der Lebenswelt und der konditionalen Imperative“ nicht unmittelbar berührt werden. Das *suum cuique*, die Goldene Regel, der kategorische Imperativ, der Grundsatz des *neminem laedere* oder des *fair trial* uam sind „Prinzipien“, die ebenso überzeitliche Geltung beanspruchen wie die Menschenwürde oder – generell formuliert – der Mensch als Person. „Unwandelbarkeit von Prinzipien“ und „Wandelbarkeit von Rechtssätzen“ schließen einander nicht gegenseitig aus.<sup>109</sup> Böckenförde ortet im Kontext des Menschenbildwandels eine „stärkere Subjektivierung der Rechtsordnung im Namen einer als vorstaatlich gedachten individuellen Freiheit“. Durch die „deutliche Individual-Orientierung“ habe eine „Entkriminalisierung des Strafrechts“ stattgefunden.<sup>110</sup> 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“.<sup>111</sup>

Strafrechtliche Normen haben heute den Menschen als sexuell selbst bestimmtes Wesen im Blick. Das äußert sich schon in der Terminologie. Wurde früher der auf die Sittlichkeitsdelikte bezogene Abschnitt des deutschen Strafgesetzbuches mit „Straftaten wider die Sittlichkeit“ betitelt, lautet die Überschrift heute „Straftaten gegen die

---

<sup>109</sup> Vgl Ellscheid in Kaufmann/Hassemer 242. In der Problemgeschichte der Rechtsphilosophie kann man einen „Stufenbau im Prozess der Rechtsverwirklichung“ ausmachen, wobei „die abstrakt-allgemeinen, überpositiven und übergeschichtlichen Rechtsprinzipien“ die erste Stufe bilden. Auf der zweiten Stufe finden sich die „konkretisiert-allgemeinen, formell-positiven“ für einen bestimmten Zeitabschnitt „geltenden Rechtsregeln“, die dritte Stufe ist das „konkrete, materiell-positive, geschichtliche Recht“. Kaufmann leitet aus diesem Stufenbau zwei Thesen ab, deren erste besagt: „Keine Rechtsregel ohne Rechtsprinzip, keine Entscheidung ohne Rechtsregel.“ Die zweite lautet: „Keine Rechtsregel nur aus den Rechtsprinzipien, keine Rechtsentscheidung nur aus der Rechtsregel.“ (Vgl Kaufmann in Kaufmann/Hassemer 159.)

<sup>110</sup> Vgl Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 217 f.

<sup>111</sup> Vgl ebd 218.

sexuelle Selbstbestimmung“.<sup>112</sup> In Deutschland sind die strafrechtlichen Normen in den §§ 174 - 184f dStGB festgelegt, in Österreich sind die „strafbaren Handlungen gegen die Sittlichkeit“ in den §§ 201 - 220a öStGB normiert, in der Schweiz sind es die Art 187 - 200 schwStGB, die die „strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität“ bestimmen. Diesen Normen ist im Wesentlichen gemeinsam, dass sie Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung und Integrität des Opfers ebenso sanktionieren wie die Missachtung des festgesetzten Schutzalters<sup>113</sup> für sexuelle Handlungen, die Ausnutzung eines Abhängigkeits- bzw Autoritätsverhältnisses, die sittliche Gefährdung von Minderjährigen unter einer bestimmten Altersgrenze, Kinderpornographie uäm. Dem Gesetzgeber der gegenwärtigen Strafrechtsordnung schwebt ein Mensch vor, der ab einem bestimmten Alter seine Sexualität in seine Persönlichkeit integriert hat und in der Lage ist, selbst zu bestimmen, wie er seine Sexualität lebt. Dementsprechend schützt er

---

<sup>112</sup> Vgl ebd.

<sup>113</sup> In der Schweiz ist das sexuelle Schutzalter gemäß Art 187 Abs 1 schwStGB mit 16 Jahren festgesetzt. Abs 2 leg cit enthält eine Alterstoleranzklausel, die die Strafbarkeit der Tat aufhebt, „wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.“

In Österreich normiert § 206 öStGB das Schutzalter mit 14 Jahren. Eine Verletzung nach § 206 öStGB ist als „schwerer sexueller Missbrauch von Unmündigen“ normiert. Abs 4 leg cit beinhaltet eine Alterstoleranzklausel, die das Schutzalter mit 13 Jahren festlegt, wenn das Alter des Täters das der unmündigen Person „nicht um mehr als drei Jahre“ übersteigt. Ähnliches gilt für § 207 öStGB, der „sexuellen Missbrauch von Unmündigen“ normiert und geschlechtliche Handlungen an einer unmündigen Person unter Strafe stellt, die weder Beischlaf noch beischlafähnlich sind. Die Alterstoleranzklausel des Abs 4 leg cit legt das Schutzalter mit zwölf Jahren fest, wenn das Alter des Täters das Alter der unmündigen Person „nicht um mehr als vier Jahre“ übersteigt. Die Alterstoleranzklauseln zielen darauf ab, junge Menschen durch ihre ersten sexuellen Erfahrungen nicht zu kriminalisieren.

In Deutschland ist das sexuelle Schutzalter nach § 176 dStGB mit 14 Jahren bestimmt. Gemäß § 176a Abs 2 Z 1 dStGB wird die Untergrenze der Strafandrohung auf „nicht unter zwei Jahre“ Freiheitsstrafe angehoben, „wenn eine Person über achtzehn Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht“.

Die genannten strafrechtlichen Normen sind geschlechtsneutral formuliert und umfassen damit hetero- und homosexuelle Handlungen gleichermaßen. Gesetzliche Regelungen, die für sexuelle Handlungen unter Personen männlichen Geschlechts ein höheres Schutzalter festgesetzt hatten als für sexuelle Handlungen zwischen Personen weiblichen Geschlechts sowie zwischen Personen unterschiedliche Geschlechts, wurden aufgehoben, wie zuletzt § 209 öStGB durch den Verfassungsgerichtshof am 21.06. 2002.



den Menschen in seiner Entwicklung durch eine Reihe strafrechtlicher Normen, im Besonderen durch das sexuelle Schutzalter, überlässt ihn dann aber seiner individuellen Freiheit und setzt ihm nur dort Grenzen, wo er Rechtsgüter anderer Individuen gefährdet.<sup>114</sup> Selbstbestimmung – schon bei *Kant* eine Schlüsselfrage im Kontext von Recht und Freiheit<sup>115</sup> – ist wesentlicher Inhalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art 2 Abs 1 GG, soweit „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz“ verstoßen wird.

### 3.2.3 Menschenbild-Elemente als Determinanten staatlicher Erziehungsziele

Das Bild, das eine Sozietät als Ziel- oder Leitvorstellung vom Menschen hat, findet in besonderer Weise dort seinen Niederschlag, wo die staatlichen Erziehungsziele in der entsprechenden Gesetzgebung positiviert worden sind. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich Menschenbild-Elemente in der Schulgesetzgebung – vor allem in jenen Normen, in denen die Erziehungsziele der Schule festgehalten sind – in verdichteter Form finden. Zutreffend stellt *Häberle* fest, dass in den Erziehungszielen „Aspekte eines bestimmten Menschen-, Welt-, Gemeinschafts-, ja sogar Gottes-Bildes“ stecken.<sup>116</sup> „Sie formulieren und normieren einen Grundkonsens unserer freiheitlichen

---

<sup>114</sup> Klare Normen in diesem Bereich sind vor allem auch deshalb unabdingbar, um Normunterworfenen, Opfer *und* Täter, vor Entgrenzungen libertinistischer oder puritanistischer Prägung zu schützen. In Erinnerung ist noch der „Fall Raoul Würthrich“: In einer Kleinstadt in Colorado, USA, wurde der elfjährige (zur Tatzeit zehnjährige) Raoul am 30.08.1999 nachts in Handschellen und Fußfesseln „wegen des Verdachts der schweren Blutschande mit seiner fünfjährigen Schwester“ abgeführt und ins Jugendgefängnis gebracht. (Vgl. <http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/co/5865/1.html>.) Ein Vorfall, der in den deutschsprachigen Ländern – nicht zuletzt wegen deren Rechtsordnung – undenkbar ist.

Delikte gegen Ehe und Familie sind strafrechtlich in den §§ 192 – 199 öStGB, in den §§ 169 – 173 dStGB und in den Art 213 – 220 schwStGB geregelt. Der Schwerpunkt liegt – entsprechend der Entwicklung des Strafrechts zur von *Böckenförde* zutreffend so genannten Individual-Orientierung – nicht mehr so sehr in der Verletzung sittlicher Lebensordnungen und von Moralwidrigkeiten, sondern primär im Schutz unmittelbarer individueller Rechtsgüter. (Vgl. *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 217 f.)

<sup>115</sup> Vgl. auch *Graupner*, Bd 1, 45.

<sup>116</sup> Vgl. *Häberle* 46.

Demokratie, d.h. sie schreiben ihn für die Erziehung des *jungen* Menschen fest und vor.<sup>117</sup> Aus staatsrechtlicher Perspektive als „normative Verbindlichkeiten“ zu klassifizieren, stellen Erziehungsziele für den mündigen Bürger zum Teil „pluralistische, normativ nicht erzwingbare ‚Orientierungswerte‘“ dar. Der pluralistische Staat kann pluralistisch nur sein auf der Basis gemeinsamer Grundwerte, wie sie in den Grund- und Freiheitsrechten verfassungsrechtlich normiert sind und sich in den staatlichen Erziehungszielen widerspiegeln. In diesem Sinn hat das normativ Verbindliche in der Rechtsgemeinschaft einer freiheitlichen Demokratie durchaus *verbindenden* Charakter.<sup>118</sup> Es ist Häberle auch darin zuzustimmen, dass jene Elemente im Kanon der Erziehungsziele, die auf Ausgleich und Toleranz sowie Respekt vor dem Anderen und seiner Individualität ausgerichtet sind, „eine spezifische Leistung des Verfassungsstaates“ sind.<sup>119</sup> „Diese Erziehungsziele üben jenes *Miteinander* ein, das für das Zusammenleben in ‚offenen Gesellschaften‘ unverzichtbar ist. Darüber hinaus eröffnen sie die Chance zur weltweiten friedlichen Koexistenz ...“<sup>120</sup>

In Deutschland gehört die überwiegende Zuständigkeit für Bildung, Wissenschaft und Kultur entsprechend der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu den „Kernelementen der Staatsqualität der Länder“.<sup>121</sup> Aufgrund der bildungspolitischen Kompetenzregelungen für Bund und Länder<sup>122</sup> liegt auch die Definition der Bildungsziele im Zuständigkeitsbereich der Länder. In den Bundesländerverfassungen und in Schulgesetzen kommen die Länder dieser Verantwortung nach. Einen gemeinsamen Nenner für die Erziehungsziele der Schule in der Bundesrepublik Deutschland hat die Kultusministerkonferenz formuliert. „Die Schule soll Wissen, Fertigkeiten und Fähigkeiten vermitteln, zu selbständigem kritischem Urteil, eigenverantwortlichem Handeln und schöpferischer Tätigkeit befähigen, zu Freiheit und Demo-

---

<sup>117</sup> Ebd.

<sup>118</sup> Vgl ebd.

<sup>119</sup> Vgl ebd.

<sup>120</sup> Ebd.

<sup>121</sup> Vgl Homepage der Kultusministerkonferenz <http://www.kmk.org/aufg-org/home.htm?grund>.

<sup>122</sup> Vgl Art 30 GG, Art 74 Z 11 und 13 GG, Art 75 Abs 1 Z 1a GG, Art 91a GG und Art 91b GG.

kratie erziehen, friedliche Gesinnung im Geist der Völkerverständigung wecken, ethische Normen, sowie kulturelle und religiöse Werte verständlich machen, die Bereitschaft zu sozialem Handeln und zu politischer Verantwortlichkeit wecken, zur Wahrung von Rechten und Pflichten in der Gesellschaft befähigen, über die Bedingungen der Arbeitswelt orientieren.<sup>123</sup> Der Blick auf die Länderverfassungen zeigt dennoch unterschiedliche Ansätze und Schwerpunkte. In manchen alten Bundesländern finden sich deutliche Spuren eines christlichen Menschen- und Weltbildes und die Orientierung an sittlichen Werten, während dies in den Verfassungen der neuen Bundesländern kaum<sup>124</sup> zutrifft. In diesen findet sich dafür – anders als in den Zielbestimmungen der alten Bundesländern, so sie nicht entsprechend novelliert worden sind – eine stärkere Betonung der individualistisch orientierten Persönlichkeit sowie die Berücksichtigung des ökologischen Aspekts.<sup>125</sup>

In Baden-Württemberg normiert Art 12 Abs 1 LV 1953, dass die Jugend „in Ehrfurcht vor Gott, im Geiste der christlichen Nächstenliebe, zur Brüderlichkeit aller Menschen und zur Friedensliebe, in der Liebe zu Volk und Heimat, zu sittlicher und politischer Verantwortlichkeit, zu beruflicher und sozialer Bewährung und zu freiheitlicher demokratischer Gesinnung“ zu erziehen ist. In Abs 2 werden als Träger der Erziehung „in ihren Bereichen die Eltern, der Staat, die Religionsgemeinschaften, die Gemeinden und die in ihren Bünden gegliederte Jugend“ genannt. Unverkennbar ist die Nähe von Art 12 nicht nur zur Präambel des Grundgesetzes, sondern gleichermaßen auch zu Art 1 der LV 1953. In Nordrhein-Westfalen wurde im zuletzt am 03.07.2001 novellierten Art 7 LV 1950 dem Abs 1, der „Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor der Würde des Menschen und Bereitschaft zum

---

<sup>123</sup> Zit n *Weiss*, Probleme der österreichischen Schule. Innsbruck 1980, 38.

<sup>124</sup> In den Länderverfassungen der neuen Bundesländer scheint in den staatlichen Bildungs- und Erziehungszielen kein religiöser Bezug auf, in den Präambeln findet sich – und das ist angesichts der historischen Entwicklung bemerkenswert – ein Gottesbezug in der Verfassung von Sachsen-Anhalt und in der Verfassung von Thüringen.

<sup>125</sup> Aus den unterschiedlichen Fassungen der Bildungsziele kann man aus der Entstehungsgeschichte nicht nur den gesellschaftlichen Wandel im Allgemeinen wahrnehmen, sondern auch die unterschiedlichen Gesellschaftssysteme, die beide bis 1989 in Deutschland wirksam waren.

sozialen Handeln“ als „vornehmstes Ziel der Erziehung“ bezeichnet, Abs 2 hinzugefügt, der die Erziehung der Jugend „im Geiste der Menschlichkeit, der Demokratie und der Freiheit, zur Duldsamkeit und zur Achtung vor der Überzeugung des Anderen, zur Verantwortung für Tiere und die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, in Liebe zu Volk und Heimat, zur Völkergemeinschaft und Friedensgesinnung“ normiert.

Im Bundesland Brandenburg sind die Grundsätze der Erziehung und Bildung in Art 28 LV 1992 normiert. Diese haben die „Aufgabe, die Entwicklung der Persönlichkeit, selbständiges Denken und Handeln, Achtung vor der Würde, dem Glauben und den Überzeugungen anderer, Anerkennung der Demokratie und Freiheit, den Willen zu sozialer Gerechtigkeit, die Friedfertigkeit und Solidarität im Zusammenleben der Kulturen und Völker und die Verantwortung für Natur und Umwelt zu fördern“. Ähnlich formuliert Sachsen-Anhalt in Art 27 LV 1992 seine Erziehungsziele, allerdings werden hier sowohl der Toleranzbegriff als auch der Ethik- und Religionsunterricht im Kontext der Erziehungsziele beim Namen genannt.<sup>126</sup> Die Achtung von Flora und Fauna als eine Norm staatlicher Erziehungsziele entspricht zweifelsfrei den ökologischen Erfordernissen und ist ebenso ein Beispiel für die gelungene Konkretisierung einer Norm, die von ihrem Wesen her eher allgemein zu halten ist, wie die Verantwortung für künftige Generationen. Weitere Zielkataloge für Bildung und Erziehung beinhalten Art 22 Abs 1 LV Thüringen 1993<sup>127</sup>, Art 15 Abs 4 LV Mecklenburg-Vorpommern<sup>128</sup> und Art 131 LV Bayern 1946<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Art 27 LV Sachsen-Anhalt 1992: „(1) Ziel der staatlichen und der unter staatlicher Aufsicht stehenden Erziehung und Bildung der Jugend ist die Entwicklung zur freien Persönlichkeit, die im Geiste der Toleranz bereit ist, Verantwortung für die Gemeinschaft mit anderen Menschen und Völkern und gegenüber künftigen Generationen zu tragen. (2) Schulen und andere Bildungseinrichtungen haben auf die weltanschaulichen und religiösen Überzeugungen ihrer Angehörigen Rücksicht zu nehmen. (3) Ethikunterricht und Religionsunterricht sind an den Schulen mit Ausnahme der bekenntnisgebundenen und bekenntnisfreien Schulen ordentliche Lehrfächer. ...“

<sup>127</sup> Art 22 LV Thüringen 1993 ist fast wörtlich identisch mit Art 28 LV Brandenburg 1992.

<sup>128</sup> Art 15 Abs 4 LV Mecklenburg-Vorpommern 1993 ist fast wörtlich identisch mit Art 27 LV Sachsen-Anhalt 1992.

Ähnlich wie das Bundesland Nordrhein-Westfalen verbindet auch Bayern in seinem Katalog staatlicher Erziehungsziele traditionelle Werte mit den Erfordernissen der Gegenwart. Trotz aller Unterschiede im Detail entsprechen die staatlichen Erziehungsziele der deutschen Bundesländer dem Menschenbild des Grundgesetzes mit seinem Bekenntnis zur unantastbaren Menschenwürde und zur freien Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes.<sup>130</sup> Die Erziehungsziele bekennen sich zum Menschen als Individuum und soziales Wesen gleichermaßen und entsprechen damit auch der Menschenbildinterpretation des BVerfG.<sup>131</sup> Toleranz, Achtung Andersdenkender und Andersglaubender sowie die Verantwortung für die Umwelt und die Zukunft sind weitere Menschenbild-Elemente, die im Rahmen der Bildungs- und Erziehungsziele als anzustrebende normative Größen vorgegeben sind. Dieses Paradigma deutlicher zu beachten und zu verfolgen ist von ungleich größerer Bedeutung als die Diskussionen um den Grad von Fertigkeiten, die die Schule zu vermitteln in der Lage sein soll.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Art 131 LV Bayern 1946: „Die Schulen sollen nicht nur Wissen und Können vermitteln, sondern auch Herz und Charakter bilden. (2) Oberste Bildungsziele sind Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor religiöser Überzeugung und vor der Würde des Menschen, Selbstbeherrschung, Verantwortungsgefühl und Verantwortungsfreudigkeit, Hilfsbereitschaft, Aufgeschlossenheit für alles Wahre, Gute und Schöne und Verantwortungsbewusstsein für Natur und Umwelt. (3) Die Schüler sind im Geiste der Demokratie, in der Liebe zur bayerischen Heimat und zum deutschen Volk und im Sinne der Völkerversöhnung zu erziehen. (4) Die Mädchen und Buben sind außerdem in der Säuglingspflege, Kindererziehung und Hauswirtschaft besonders zu unterweisen.“

<sup>130</sup> Vgl Art 1 GG und Art 2 Abs 1 GG.

<sup>131</sup> Vgl ua BVerfGE 4, 7, 15 f.

<sup>132</sup> In Deutschland haben die Ergebnisse der PISA-Studie zu einer Reihe von Aktivitäten geführt, um den Standard im Bereich schulisch vermittelter Fertigkeiten zu heben. Gerade am „Program For International Student Assessment“ (PISA) kann man aber die Grenzen quantitativer Evaluierungen erkennen, zumal wenn der Anspruch erhoben wird, „die Qualität von Bildungssystemen zu beschreiben, Ursachen für die Feststellungen auszuweisen und Vorschläge zur Reform des Bildungswesens vorzubereiten“. Der Kompetenzbegriff im Rahmen von PISA zielt auf Kenntnisse, Fertigkeiten und Strategien. „Das Problem der PISA-Konzeption von Bildung ist nicht, dass sie – gegen die faktisch weit verbreitete zuvörderst immer noch wissenschaftslogisch strukturierte Schulpraxis – Wissen von Anwendungssituationen her ordnet, bewertet und evaluiert, sondern dass das Kriterium für das, was ‚Anwendung‘ heißt, ‚funktionalistisch‘ (d.h. sozialwissenschaftlich) und nicht sinnbezogen (d.h. pädagogisch) bestimmt wird.“ Zutreffend kritisiert *Ladenthin*, dass durch die Vorherrschaft mechanistischer und funktionalistischer Vorstel-

In der Schweiz liegt das Schulwesen gemäß Art 62 Abs 1 BV 1999 im Kompetenzbereich der Kantone, folgerichtig sind die Menschenbild-Elemente im Kontext der staatlichen Erziehungsziele in den Kantonsgesetzen verankert. An ausgewählten Beispielen soll dargelegt werden, wie die Kantone diese Kompetenz wahrnehmen. In St. Gallen hat der Gesetzgeber das staatliche Erziehungsziel in Art 10 Abs 2 KV 2001 normiert. Demnach fördert der Staat „insbesondere die geistigen, sozialen, schöpferischen, emotionalen und körperlichen Fähigkeiten der Kinder und Jugendlichen sowie die Zusammenarbeit von Schule und Eltern in Erziehung und Bildung. In Abs 3 wird normiert, „dass in Unterricht, wissenschaftlicher Lehre und Forschung Verantwortung gegenüber Mensch und Mitwelt wahrgenommen und vermittelt wird“. In Appenzell haben Bildung und Erziehung gemäß Art 36 KV 1995 „die Aufgabe, die Entwicklung zur selbstverantwortlichen Persönlichkeit, den Willen zur sozialen Gerechtigkeit und die Verantwortung für die Mitwelt zu fördern“. Abs 2 hält die unterstützende Funktion der Schule in der Erziehung *der Eltern* fest. Eine ausführliche Normierung der Bildungsziele enthält Art 2 Schulgesetz 24.09.2000 des Kantons Appenzell, gestützt auf Art 36 – 38 KV 1995.<sup>133</sup> Wissen und Können ist im Appenzeller Leitbild nur *ein* Element neben Werthaltungen und Lernfähigkeit und Lernbereitschaft. In diesem Menschenbild-Element zielt Bildung auf die Befähigung ab, „kulturelle, soziale und wirtschaftliche Leistungen zu erbringen“. Die Reihenfolge ist programmatisch und macht deutlich, dass der wirtschaftliche Kontext dem kulturellen und sozialen Aspekt des Menschenbildes untergeordnet ist. In Uri hat der Gesetzgeber gemäß Art 43 iVm Art 90 KV 1984 das

---

lungen bei empirischen Studien die Gefahr besteht, „dass die sich auf empirische Großstudien gründenden Bildungsreformen genau das herbeiführen, was sie kritisieren: Eine reduktionistische Beschulung“. (Vgl *Ladenthin* 10, 17, 12.)

<sup>133</sup> Art 2 Schulgesetz Appenzell: „(1) Bildung und Erziehung haben die Aufgabe, die Entwicklung zur selbstverantwortlichen Persönlichkeit, den Willen zur sozialen Gerechtigkeit, die Achtung vor dem Mitmenschen, insbesondere vor dem anderen Geschlecht, und die Verantwortung für die Mitwelt zu fördern. (2) Schulen vermitteln in Verbindung mit den Erziehungsberechtigten eine den Anlagen und Möglichkeiten der Lernenden entsprechende Bildung in einem möglichst gewalt- und suchtfreien Umfeld. (3) Ziel der Bildung ist die Förderung des Wissens, des Könnens, der Werthaltungen, der Lernfähigkeit und der lebenslangen Lernbereitschaft. Bildung soll Menschen befähigen, kulturelle, soziale und wirtschaftliche Leistungen zu erbringen.“

Schulgesetz 02.03.1997 erlassen und in dessen Art 2 die Bildungsziele normiert.<sup>134</sup> Nach Art 2 Abs 2 *leg cit* bestehen diese in der Unterstützung und Förderung „der ganzheitlichen Entwicklung der Schülerinnen und Schüler“, in deren Erziehung „zu selbstständigen und toleranten Menschen“, „die der Gemeinschaft und Umwelt gegenüber verantwortungsbewusst handeln“. Die Schule ist dabei „der christlich-abendländischen Kultur und den demokratischen Grundsätzen verpflichtet“ und arbeitet zur Erreichung dieser Ziele „mit Eltern, öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen, sozialen Institutionen und weiteren Fachgremien“ zusammen. Eine Besonderheit im Menschenbild der Bildungsziele des Kantons Uri liegt in der Bindung an die christlich-abendländische Kultur. Dieses christlich geprägte Menschenbild entspricht in dieser Deutlichkeit der Präambel der KV Uri vom 28.10.1984, an deren Spitze ein Gottesbezug steht, der von der „großen Mehrheit“ des Volkes von Uri im christlichen Sinn verstanden wird.<sup>135</sup> Das Bildungsziel der Erziehung zur Toleranz macht deutlich, dass die Bindung an die christlich-abendländische Kultur nicht im Sinne einer fundamentalistischen Engführung zu verstehen ist. Im Erziehungsziel der *ganzheitlichen* Entwicklung macht Art 2 Abs 2 Schulgesetz Uri klar, dass Bildung und Erziehung nicht nur auf Wissensvermittlung reduziert werden können, sondern *im Dienst des ganzen Menschen* stehen.

In Österreich sind die Menschenbild-Elemente als Leitbild und Ziel der österreichischen Schule in § 2 Abs 1 Schulorganisationsgesetz (SchOG) definiert.<sup>136</sup> Demnach hat die Schule eine *Mitwirkungsauf-*

---

<sup>134</sup> Art 2 Schulgesetz Uri: „(1) Die Schule dient der Bildung und Erziehung der Schülerinnen und Schüler. (2) Sie unterstützt und fördert die ganzheitliche Entwicklung der Schülerinnen und Schüler und bemüht sich, diese zu selbstständigen und toleranten Menschen zu erziehen, die der Gemeinschaft und der Umwelt gegenüber verantwortungsbewusst handeln. Sie ist der christlich-abendländischen Kultur und den demokratischen Grundsätzen verpflichtet. (3) Sie vermittelt den Schülerinnen und Schülern eine zeitgemäße und ihrer Begabung entsprechende Ausbildung. (4) Um diese Ziele zu erreichen, arbeitet die Schule mit Eltern, öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen, sozialen Institutionen und weiteren Fachgremien zusammen“

<sup>135</sup> Vgl oben 2.3.2.

<sup>136</sup> § 2 Abs 1 SchOG: „Die österreichische Schule hat die Aufgabe, an der Entwicklung der Anlagen der Jugend nach den sittlichen, religiösen und sozialen Werten sowie nach den Werten des Wahren, Guten und Schönen durch einen ihrer Entwicklungsstufe und ihrem Bildungsweg entsprechenden Unterricht mitzuwirken. Sie hat die Jugend mit

gabe an der „Entwicklung der Anlagen der Jugend nach den sittlichen, religiösen und sozialen Werten sowie nach den Werten des Wahren, Guten und Schönen“. Das *Mitwirkungsrecht* der Schule impliziert das primäre Erziehungsrecht der Eltern, wie es auch Art 2 erstes ZP EMRK entspricht.<sup>137</sup> Die Werte „des Wahren, Guten und Schönen“ stellen, ähnlich wie in Bayern<sup>138</sup>, die Verknüpfung mit dem klassischen europäischen Bildungsideal und damit die Wertbezogenheit von Bildung und Erziehung her.<sup>139</sup> Konkret umfasst diese Wertbezogenheit die sittliche, religiöse und soziale Dimension.<sup>140</sup> Die Werterzie-

---

dem für das Leben und den künftigen Beruf erforderlichen Wissen und Können auszustatten und zum selbsttätigen Bildungserwerb zu erziehen. Die jungen Menschen sollen zu gesunden, arbeitstüchtigen, pflichttreuen und verantwortungsbewussten Gliedern der Gesellschaft und Bürgern der demokratischen und bundesstaatlichen Republik Österreich herangebildet werden. Sie sollen zu selbständigem Urteil und sozialem Verständnis geführt, dem politischen und weltanschaulichen Denken anderer aufgeschlossen sowie befähigt werden, am Wirtschafts- und Kulturleben Österreichs, Europas und der Welt Anteil zu nehmen und in Freiheits- und Friedensliebe an den gemeinsamen Aufgaben der Menschheit mitzuwirken.“

<sup>137</sup> Art 2 erstes ZP EMRK: „Das Recht auf Bildung darf niemandem verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“ Vgl aber Art 17 letzter Satz StGG: „Dem Staate steht rücksichtlich des gesamten Unterrichts- und Erziehungswesens das Recht der obersten Leitung und Aufsicht zu.“

<sup>138</sup> Vgl oben 3.2.3 FN 129.

<sup>139</sup> In einem Vortrag zum Thema „Schule als Ort wertbezogener und personal orientierter Erziehung“ hat *Karl Lehmann* am 28.03.2003 auf den Punkt gebracht, worum es in dieser Trias im Kontext schulischer Erziehung geht: „Für den klassischen europäischen Bildungsbegriff, der freilich gar nicht so alt ist, ist es ganz unnötig, dass man seine Wertorientierung überhaupt betonen muss. Bildung ist so eng mit - wie immer näher zu verstehender - konkreter Humanität verbunden. Das Wahre, Gute und Schöne sind Maßstäbe, die man von Bildung nicht ablösen kann. Bildung und Kultur waren engstens mit einem Menschenbild verbunden, das für lange Zeit die Tugenden der Gerechtigkeit und der Tapferkeit, des Maßes und der Klugheit einschloss, manchmal auch Glaube, Hoffnung und Liebe. Aber auch später zehrte der Begriff beim Bildungsbürgertum stark von diesem Erbe, selbst wenn es verwandelt und ergänzt wurde.“ (Zit n <http://dbk.de/presse/pm2003/pm2003032802.html>.)

<sup>140</sup> Im österreichischen Staatskirchenrecht wird die religiöse Dimension weitgehend als konfessionelle verstanden, obwohl § 2 Abs 1 SchOG sie nicht als konfessionell gebunden determiniert. Der Religionsunterricht ist sohin nicht nur als Recht der anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften anzusehen, er entspricht auch einem Anliegen der Schule. (Vgl *Schwendenwein*, Religion in der Schule. Rechtsgrundlagen. Graz 1980, 117.)



hung stellt damit nicht nur ein primäres Bildungsziel der österreichischen Schule dar, darüber hinaus bindet die hohe Priorität, die der Gesetzgeber diesem Menschenbild-Element einräumt, die gesamte schulrechtliche Gesetzgebung an den Art 2 Abs 1 SchOG. Durch die Konkretisierung der Erziehungsziele nennt der Gesetzgeber die Elemente beim Namen, die wesentlicher Bestandteil jenes Menschenbildes sind, zu dem hin mitzuerziehen der Schule aufgetragen ist. Die Schule soll die jungen Menschen „zu selbständigem Urteil und sozialem Verständnis“ sowie zu politischer und weltanschaulicher Toleranz führen. Sie sollen zur Anteilnahme am „Wirtschafts- und Kulturleben Österreichs, Europas und der Welt“ gleichermaßen befähigt werden wie zur Mitwirkung an den „gemeinsamen Aufgaben der Menschheit in Freiheits- und Friedensliebe“. Die wertbezogene Bildung der selbständigen Persönlichkeit im Kontext der sozialen Verantwortung im Mikro-, Meso- und Makrobereich ist zentrales Element dieser am personalen Menschenbild orientierten Erziehungsziele. Diese Ziele haben Priorität gegenüber allen bildungspolitischen Engführungen und reduktionistischen Beschulungen, wie sie potenziell all jenen Projekten lauern, die Bildung im Kontext empirischer Studien mechanistischer und funktionalistischer Prägung mit Fertigungsstandards gleichsetzen.<sup>141</sup>

Der Streifzug durch die Erziehungs- und Bildungsziele in Deutschland, Österreich und der Schweiz bringt eine Fülle von Menschenbild-Elementen zu Tage, die dem personalen Menschenbild zuzuordnen sind. Durchwegs steht die Entwicklung der Persönlichkeit im Mittelpunkt der zitierten Normen<sup>142</sup>, die vom Menschen als personales und soziales Wesen ausgehen und im Kontext der Wertbezogenheit dessen soziale, sittliche und/oder religiöse Verantwortung für sich selbst, für die Umwelt und Mitwelt, für die Gesellschaft und für die Zukunft so-

---

Für jene Jugendlichen, die der Religionsunterricht in der Sekundarstufe II aus welchen Gründen immer nicht erreicht, ist seit 1997 – derzeit als Schulversuch an rund 120 Schulen – ein verbindlicher Ethikunterricht vorgesehen. (Vgl dazu *Auer* in ders, Ethikunterricht 41-70.)

<sup>141</sup> Vgl *Ladenthin* 12 sowie oben 3.2.3 FN 132.

<sup>142</sup> Vgl dazu auch *Auer*, *Personality Development In The Austrian School System in Tiroler Schule* 3 (2004).

wie für die Welt betonen.<sup>143</sup> Wenn *Ladenthin* das Ziel des Bildungssystems dahingehend bestimmt, dass es nicht darin liege, „die nachfolgende Generation an die gegenwärtige oder gemutmaßte zukünftige Situation anzupassen, sondern darin, selbständig ein gültiges Verhältnis zur Welt, zu den Anderen und zu sich zu finden“<sup>144</sup>, entsprechen viele der angeführten Erziehungsziele diesem Ansatz ebenso wie *Kants* Aufforderung „*Sapere aude!*“ in dessen Aufsatz „Was ist Aufklärung?“<sup>145</sup>. Die Bildungs- und Erziehungsziele scheinen prima facie von einem weltfremden Pathos geprägt zu sein. Doch ein kritischer Blick auf die gegenwärtige gesellschaftliche und politische Situation – Wiederkehr der Nationalismen, Aufkeimen des Rechtsradikalismus mit seiner Intoleranz gegenüber allem Fremden, fundamentalistische Strömungen, die vor Terroranschlägen großen Ausmaßes nicht zu-

<sup>143</sup> Die Ausbildung und Vorbereitung auf die Berufswelt ist natürlich auch ein wesentliches und unabdingbares Element der Bildungsziele. Während in den zitierten Normen dieser Aspekt jedoch immer gekoppelt ist mit dem personalen Menschenbild, lassen bildungspolitische Vorgaben der Gegenwart diesen Kontext oft vermissen. So heißt es zB in der Präambel zum Entwurf des Investitionsprogramms „Zukunft Bildung und Betreuung“ – das ist die Rahmenvereinbarung des Bundes mit den Ländern über die Vergabe der finanziellen Mittel bis zum Jahre 2007 in Deutschland – wörtlich: „Durch eine frühzeitige und individuelle Förderung aller Potenziale in der Schule wird ein entscheidender Beitrag für eine gute Qualifizierung für die zukünftige Erwerbsarbeit geleistet. Dadurch kann der steigende Bedarf an qualifizierten Erwerbspersonen besser gedeckt, zugleich kann das vorhandene Potenzial an gut ausgebildeten Arbeitskräften besser ausgeschöpft werden und es können neue zukunftssichere Arbeitsplätze entstehen.“ (Zit n <http://dbk.de/presse/pm2003/pm2003032802.html>.) Hier ist die Aufgabe der Schule abseits der staatlich vorgegebenen Bildungs- und Erziehungsziele auf die bloße Erwerbstätigkeit reduziert und, wie *Lehmann* richtig feststellt, „einseitig von den Erfordernissen des Arbeitsmarktes her bestimmt“. (Vgl ebd.)

<sup>144</sup> Vgl *Ladenthin* 14.

<sup>145</sup> Vgl oben 1.1.3. In diesem Sinn definiert *Ladenthin* Lernen als „die selbsttätige Einführung in das Selbstdenken“. Und er fügt erläuternd und zutreffend hinzu: „Lernen ist eine Art des Erkennens, das vom Lehrenden ausgelöst und angeleitet wird. Der Erkenntnisakt selbst liegt im Schüler. Er ist letztlich für sein Leben verantwortlich – nicht der Lehrer.“ (Vgl *Ladenthin* 15.) Gerade durch Entwicklung und Dominanz des Wirtschaftslebens ist die Subjektstellung der Person von eminenter Bedeutung. Zwar ist ein Zuwachs an erwerbsbezogener Freiheit zu verzeichnen, es wurde „aber auch die Grundlage geschaffen“, wie *Böckenförde* kritisch festhält, „für das Zustandekommen rein funktional orientierter ökonomischer und gesellschaftlicher Handlungsabläufe und Handlungssysteme, die sich dem Einzelnen gegenüber verselbständigen und diese, die ursprünglich als Subjekte des Wirtschaftslebens gedacht waren, ihren Funktionsbedingungen unterworfen“. (Vgl *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 216.)

rückschrecken, Gefährdung des Weltfriedens durch Nichtbeachtung völkerrechtlicher und ethischer Standards, ein Weltwirtschaftssystem, das die Kluft zwischen armen und reichen Ländern vergrößert statt verkleinert usw. – macht schnell die große gesellschaftspolitische Relevanz deutlich, die in der praktischen Umsetzung dieser Normen steckt. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass die Schule „stets ein maßgeblicher Faktor für Stiftung, Kontinuität, Veränderung oder auch Abbau bestimmter Grundeinstellungen“ bei den Menschen ist.<sup>146</sup> Daher konstatiert *Böckenförde* treffend, dass Erziehung nicht möglich ist „ohne verbindliche Orientierung, auf die hin erzogen wird, und selbstbestimmte Freiheit steht nicht an ihrem Anfang, sondern am Ende“. Wenn die Schule nur noch als „Spiegelbild der Gesellschaft“ verstanden wird, „was sie auch, aber keineswegs nur ist, und wird demzufolge ihre Erziehungs- und Orientierungsaufgabe in Abrede gestellt oder auf den kleinsten gemeinsamen Nenner minimalisiert, die Aufstellung von Erziehungszielen und Orientierungen für nicht machbar oder des Pluralismus wegen für nicht zulässig erklärt, liegt die Integrationsaufgabe der Schule brach“.<sup>147</sup> In diesem Sinn ist die Kohärenz der Menschenbild-Elemente in den Bildungs- und Erziehungszielen und in den Verfassungsnormen unabdingbar. Die „pädagogische Verfassungsinterpretation“ hat folgerichtig auch in die Rechtsprechung des BVerfG Eingang gefunden, wenn in BVerfGE 90, 1 (12) als „Erziehungsziel vor allem die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und ‚die Grundrechte der Art. 2ff. GG, insbesondere das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und die Prinzipien des demokratischen und sozialen Rechtsstaates“ genannt werden.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Vgl. *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 216 FN 70.

<sup>147</sup> Vgl. ebd. *Böckenförde* stellt im Rahmen seiner Ausführungen über den Wandel des Menschenbildes im Recht die Überlegung an, woher „für die staatlich getragene Schule, zumal im religiös-weltanschaulich neutralen Staat und einer pluralistischen Gesellschaft, verbindliche Orientierung und die Maßstäbe der Erziehung“ genommen werden und schließt die bange anmutende Frage an: „Trägt hier, und wie lange noch, ein kulturelles Erbe?“ (Vgl. ebd.)

<sup>148</sup> Vgl. *Häberle* 49, 86. BVerfGE 47, 46 (72) formuliert „ein erzieherisches Leitbild für die Schule, das immanent Bezüge zum ‚Menschenbild‘ aufweist“; BVerfGE 24, 119 (144) findet die Rechtfertigung der Elternverantwortung darin, „dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb

### 3.3 Menschenbild-Elemente im Kontext der Menschen- und Bürgerrechte

#### 3.3.1 Menschenbild-Elemente im Verfassungsstaat

Um die Menschenbild-Elemente im Bonner Grundgesetz 1949 und deren Genese adäquat erfassen zu können, ist es notwendig, einen Blick auf die Situation zur Zeit der Grundgesetzgebung zu werfen.<sup>149</sup> Die beiden Tendenzen „Überwindung und Erneuerung“<sup>150</sup> kennzeichnen die Zeit nach 1945 wohl am besten, denn einerseits ging es darum, den „Nationalsozialismus und das von ihm hervorgebrachte Unrechtsregime“ zu überwinden und andererseits neuerlich 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“.<sup>151</sup> Im Bemühen um die rechtliche Neuordnung musste „zunächst abendländische Sittlichkeit als Rechtsdenken wieder ‚ins Recht gesetzt‘ werden“. Der neue Rechtsstaat konnte aber nicht „der sittlich verarmte Staatsmechanismus der Weimarer Zeit sein, der im Zeichen der Wertrelativismus und eines formalistischen, d.i. positivistischen Rechtsverständnisses allem und jedem Raum gegeben“ hatte.<sup>152</sup> So war es nach den Erfahrungen des Naziregimes die Naturrechtsrenaissance, von der die Wertfundierung der rechtlichen Neuordnung „als Rückbesinnung auf abendländische Kulturwerte“ ausgegangen ist, um dem neuen Recht „Spannkraft und Widerstandsfähig-

---

der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbild des GG entspricht“.  
(Vgl ebd 49 FN 136.)

<sup>149</sup> Vgl dazu auch die Ausführungen über das Menschenbild im Wandel, oben 2.2.1.

<sup>150</sup> Vgl Enders 25.

<sup>151</sup> Vgl ebd .

<sup>152</sup> Vgl ebd unter Bezugnahme auf Radbruch und Coing. Radbruch hatte schon 1945 bemerkt, dass die positivistische Rechtsauffassung „die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht“ hätte „gehen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich, nur wo die Macht ist, ist das Recht.“ Und Coing: „Dass die Rechtswissenschaft sich vom Positivismus befreien und wieder einer an die Rechtsidee angebundenen Auffassung vom Recht zuwenden müsste, ist heute eine Selbstverständlichkeit geworden, die man sich beinahe scheut auszusprechen.“

keit gegenüber freiheitsfeindlichen Bestrebungen“ zu verleihen. In dieser geistesgeschichtlichen Situation ist das Grundgesetz entstanden, in dieser Prägung wurde es „vor allem interpretiert“.<sup>153</sup> Von daher lässt sich erklären, dass der „dem staatsrechtlichen Positivismus zuzurechnenden Auffassung, dass die einzelnen Grundrechte nichts weiter seien als Darlegungen eines Gesetzesvorbehaltes“, die den Gesetzgeber bloß an gewisse Formen bänden, durch Art 1 Abs 3 GG, der die Bindung „der nachfolgenden Grundrechte“ an Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung „als unmittelbar geltendes Recht“ normiert, sowie Art 20 Abs 3 GG, der die Gesetzgebung „an die verfassungsmäßige Ordnung“ und die vollziehende Gewalt und Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“ bindet, der Boden entzogen ist.<sup>154</sup> In diesem Geist und aus den Erfahrungen des Unrechtsregimes heraus wird das Volk in Art 20 Abs 2 GG als Souverän normiert<sup>155</sup> und die Kompetenz des Gesetzgebers in Art 79 GG deutlich eingeschränkt. Für den verfassungsändernden Gesetzgeber normieren Abs 1 und 2 „erhebliche“, Abs 3 „unüberwindliche Hindernisse“.<sup>156</sup> Im Gegensatz zu den „Unzulänglichkeiten des überkommenen Rechtsstaatsverständnisses Weimarer Herkunft, in dessen neutralistischem Wertrelativismus und Pluralismus der nationalsozialistische Extremismus keinen Widerstand fand“, nimmt mit dem Grundgesetz „folgerichtig eine *Weltanschauung*“ Gestalt an, die den Menschen wesentlich als Person auffasst.<sup>157</sup>

Die frühe Rechtsprechung des BVerfG bezieht die geistesgeschichtliche Basis in ihre Entscheidungen mit ein und versteht es, „unter Bezugnahme auf die Menschenwürde das Tor zu normativen Ge-

<sup>153</sup> Vgl ebd 26 f.

<sup>154</sup> Vgl ebd 27.

<sup>155</sup> Vgl oben 2.3.4.

<sup>156</sup> Vgl Enders 27. Während Art 79 Abs 1 und 2 GG Grundgesetzänderungen an die Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundesrates binden, erklärt Abs 3 eine Änderung des Grundgesetzes, „durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden“, für „unzulässig“.

<sup>157</sup> Vgl ebd 30 unter Bezugnahme auf Peters und Dürig. Vgl auch oben 1.1.4 und 3.1. Enders nennt als Herkunft der personalistischen Weltanschauung die wertphilosophischen Vorstellungen vor allem von Max Scheler und Nicolai Hartmann.

filiden aufzustoßen, die klassischen textorientierten Methoden der Auslegung verschlossen blieben“.<sup>158</sup> So festigt und vertieft die Rechtsprechung des BVerfG die Entscheidung des deutschen Grundgesetzgebers schon in BVerfGE 2, 1 (11), der Freiheitsordnung des Grundgesetzes „keine formalistisch wertneutrale Gestalt“, sondern ein „wertgebundenes Fundament“ zu geben.<sup>159</sup> „Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zugrunde, dass der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind.“<sup>160</sup> Die Entscheidung des Verfassungsgebers für eine wertgebundene Ordnung impliziert einerseits eine „Absage gerade an die Wertneutralität der Weimarer Reichsverfassung“ und andererseits eine „Hinwendung zu inhaltlichem (Rechts-)Denken“, das sich aus dem geistesgeschichtlichen Umfeld rechtfertigt. Die Legitimität der wertgebundenen Ordnung des GG leitet das BVerfG sowohl aus dem Umstand ab, dass sie „Ausdruck der sozialen und politischen Gedankenwelt ist, die dem gegenwärtig erreichten kulturellen Zustand des deutschen Volkes entspricht“, als auch aus der „ungebrochenen Tradition, die – aus älteren Quellen gespeist – von den großen Staatsphilosophen der Aufklärung über die bürgerliche Revolution zu der liberalrechtsstaatlichen Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts geführt ... hat“, deren Resultate als Wertsetzungen „von der übergroßen Mehrheit des deutschen Volkes aus voller Überzeugung bejaht“ werden.<sup>161</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung der Wertsetzung erfolgt im Kontext von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit, im Kontext des Menschenbildes.

Obwohl das BVerfG erst 1954 im Investitionshilfe-Urteil<sup>162</sup> den Begriff des Menschenbildes in seine Rechtsprechung eingeführt hat, präsentiert sich schon im SRP-Urteil<sup>163</sup> eine „im Einzelnen (normativ) noch wenig entfaltet(e), jedoch im Kern vollendet(e) ... Menschauf-

<sup>158</sup> Vgl ebd 41-43.

<sup>159</sup> Vgl ebd 43.

<sup>160</sup> BVerfGE 2, 1 (12), zit n ebd.

<sup>161</sup> Vgl Enders 43 f unter Zugrundelegung von BVerfGE 5, 85 (379).

<sup>162</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.).

<sup>163</sup> BVerfGE 2, 1 (12).

fassung“, 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 Staate voraus“. <sup>164</sup> Im KPD-Urteil <sup>165</sup> wird dieser Ansatz weiter ausgeführt. Demnach ist in der freiheitlichen Demokratie die Würde des Menschen „der oberste Wert“, aus der sich „der alle Ordnung grundlegende Begriff des Menschen“ ableitet, der als Persönlichkeit „mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung“ begabt ist. Die Folgen sind für den Menschen ein „Recht auf Freiheit und Gleichbehandlung durch den Staat“ und für den Staat „die Aufgabe, auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen“. Freiheit und Gleichheit sind jene der Menschenwürde zugeordneten Grundwerte, die dem Staatswesen „ein materiales Gepräge“ geben. <sup>166</sup>

Die Entwicklung der Auffassung des Menschen des BVerfG gipfelt in der „Menschenbildformel“ im Investitionshilfe-Urteil vom 20. 07.1954. Diese Menschenbildformel – „*prätorisch aus einer Gesamtsicht des GG gewonnen*“ <sup>167</sup> – wird zum klassischen Menschenbild-Postulat des BVerfG, auf das es sich auch später in anderen Zusammenhängen immer wieder bestätigend in seiner „Bilder-Jurisprudenz“ bezieht <sup>168</sup>: „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 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.“ <sup>169</sup> Aus dem Menschen-

<sup>164</sup> Vgl. Enders 44 f.

<sup>165</sup> BVerfGE 5, 85 (197, 204 f.).

<sup>166</sup> Vgl. Enders 45.

<sup>167</sup> Vgl. Häberle 47.

<sup>168</sup> Vgl. ebd. FN 129.

<sup>169</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.)

bild des Grundgesetzes ergibt sich durch die Verknüpfung menschlicher Freiheit mit dem Eigenwert und der Eigenständigkeit der Person „ein allseitiger Achtungsanspruch“ und eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit gleichermaßen. Die Menschenbildformel nimmt erstmals eine Differenzierung im Verhältnis von Schutzbereichs- und Schrankenbestimmung vor<sup>170</sup> und bestimmt die Eigenständigkeit der Person *inhaltlich* „gemäß einer vorstaatlichen, jedoch vom Grundgesetz rezipierten Menschenauffassung“.<sup>171</sup> Die Menschenbildformel muss im Kontext mit den da selbst angeführten Normen des Grundgesetzes gesehen werden, im Besonderen mit Art 1 Abs 1 GG, in dessen objektiver Schranke die „Verknüpfung von weltanschaulich-materialer und normativ-dogmatischer Sicht vollzogen“ ist.<sup>172</sup> Der Begriff der Freiheit spielt dabei eine zentrale und unabdingbare Rolle. *Alexy* verleiht diesem Aspekt dadurch besonderes Gewicht, indem er postuliert, dass dann, „wenn er keine Rolle spielt, es sich nicht um eine Würde-Konzeption handelt“.<sup>173</sup>

Die in der Menschenbildformel selbst angeführten Normen des Grundgesetzes, aus denen sich nach Rechtsprechung des BVerfG „das Menschenbild des Grundgesetzes“ ergibt, bestimmen dieses durch: Unantastbarkeit der Menschenwürde; freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Unverletzlichkeit der Freiheit der Person; Recht auf freie Wahl des Berufs, des Arbeitsplatzes sowie der Ausbildungsstätte, Verbot der Zwangsarbeit; Schutz von Eigentum und Erbrecht, Sozialbindung des Eigentums;

<sup>170</sup> Vgl. *Enders* 46 f. unter Bezugnahme auf *Wintrich* und *v. Mangoldt*. „Aufgrund der Inkongruenz“ der beiden Begriffe ist nach *Wintrich* das Verhältnis zwischen Schutzbereichs- und Schrankenbestimmung ein „keineswegs unproblematisches“. (Vgl. ebd. 47.)

<sup>171</sup> Vgl. ebd. *Enders* erkennt im normativen Aussagewert der Menschenbildformel einerseits eine Begrenzung dadurch, dass sie „Bestandteil eines Ansatzes“ ist, „dessen weitere Bedeutung für die Interpretation der Persönlichkeitsentfaltung völlig offen“ bleibt und „keinen eigenständigen normativen Ort“ hat. Andererseits ist sie funktionell begrenzt durch Art 2 Abs 1 GG. (Vgl. ebd. 48.)

<sup>172</sup> Vgl. ebd. 51.

<sup>173</sup> Vgl. *Alexy* 323 unter Bezugnahme auf *Dürig* ua. Diese Freiheit ist nach *Alexy* als „äußere Freiheit“ zu verstehen, die den Einzelnen nicht durch äußeren Zwang an der Wahl zwischen Entscheidungsalternativen hindert. Nur in diesem Verständnis kann in einem rechtlichen Zusammenhang von „Eigenständigkeit der Person“ (BVerfGE 4, 7 [16]) und einer „selbstverantwortlichen Persönlichkeit“ (BVerfGE 45, 187 [228]) die Rede sein.



Entschädigungsanspruch für Überführung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum; Wesensgehaltgarantie, Demokratie- und Sozialverständnis, Bindung der Gesetzgebung an die Verfassungsordnung sowie Bindung von Vollzugsgehalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht.<sup>174</sup> Diese Grundrechte als auch die Bindung von legislativer, judikativer und exekutiver Gewalt an Verfassungsordnung, Gesetz und Recht sind logische Konsequenzen aus einer Auffassung vom Menschen, die diesen als freies personales und soziales Wesen postuliert.

Die Menschenbildformel des BVerfG ist zu einem „Urtext“ in allen Fragen geworden, die mit dem Menschenbild zusammenhängen.<sup>175</sup> Durch die in ihr enthaltenen Schutzbereichs- und Schrankenbestimmungen können sowohl „aus der Verfassung nicht direkt ablesbare *Schranken* für grundrechtliche Freiheiten“ als auch Erweiterungen und Intensivierungen des Schutzbereichs abgeleitet werden.<sup>176</sup> Dass dies besonderer Vorsicht und Behutsamkeit bedarf, ist evident und zudem durch die Wesensgehaltgarantie des Art 19 Abs 2 GG determiniert. In der Literatur hat sich die Menschenbildformel des BVerfG durchgesetzt, wenn auch kritische Stimmen zur Menschenbildformel selbst als auch neuerdings zum Aspekt des Menschenbildwandels nicht zu überhören sind.<sup>177</sup> Häberle sieht im „Kampf um parlamentarische Mehrheiten, mit denen das einfache Recht ‚reformiert“ und ‚gegenreformiert‘ werden kann“, nicht zu Unrecht einen „Kampf um die Kompetenz, das *relativ offene* Menschenbild des GG auf *Gesetzesstufe* spezifisch ‚auszufüllen‘“. Dergestalt spiegelt sich die Pluralität der

---

<sup>174</sup> Vgl Art 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dass im klassischen Menschenbild-Postulat des BVerfG Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot<sup>174</sup>, Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit<sup>174</sup>, Meinungs- und Pressefreiheit sowie Freiheit der Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre<sup>174</sup>, Schutz von Ehe und Familie<sup>174</sup>, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit<sup>174</sup> und Recht auf Freizügigkeit<sup>174</sup> trotz ihrer Konnexität zum Menschenbild, wie es vorstaatlich grundgelegt, im GG rezipiert und in der BVerfG-Rechtsprechung entfaltet ist, nicht aufgelistet sind, resultiert aus der begrenzten Zielsetzung, die das BVerfG in der Investitionshilfe-Entscheidung verfolgt. (Vgl auch Enders 48.)

<sup>175</sup> Vgl Häberle 48.

<sup>176</sup> Vgl ebd.

<sup>177</sup> Vgl ebd 48 f. FN 130 sowie oben 2.2.1, Schönemann in Schönemann/Müller/ Philipps 3-21 und Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 193-224.

Menschenbilder in der „insofern ‚pluralistischen Rechtsordnung‘“ wider, wodurch „Konsens und Koexistenz in der offenen Gesellschaft mit ihren *vielen* Menschen- (und Welt-)Bildern möglich“ sind. Aber selbst im Menschenbild des Verfassungsstaates ortet *Häberle* auf verfassungsrechtlicher Ebene ein „Konglomerat‘ sehr heterogener Menschenbildelemente der an der Verfassunggebung Beteiligten, das *kompromisshaft* zustande kam“.<sup>178</sup>

Auch in Österreich und der Schweiz finden sich Menschenbild-Elemente auf verfassungsrechtlicher Ebene vor allem im Kontext der Grundrechte der Person, weil diese Konkretisierungen dessen sind, was dem vom Verfassungsgesetzgeber vorausgesetzten Bild vom Menschen entspricht bzw widerspricht. Anders als das ABGB, das in § 16 eine Generalklausel der Persönlichkeitsrechte kennt, und anders als die Generalklauseln der Menschenwürde und der Entfaltung der Persönlichkeit, die in Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 2 GG an der Spitze der Grundrechte des deutschen Grundgesetzes stehen, anders auch als die Generalklausel der Menschenwürde in Art 7 der Schweizer Bundesverfassung, gibt es eine solche nicht für den Bereich der Grundrechte im österreichischen Verfassungsrecht.<sup>179</sup> Dessen ungeachtet steht die Menschenwürde in Österreich außer Diskussion. Der VfGH betont denn auch, dass der Grundsatz der Menschenwürde ein „allgemeiner Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“ ist und besagt, „dass kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden darf“.<sup>180</sup> Verfassungsrechtlich positioniert ist der Schutz der Menschenwürde in Österreich derzeit aber nicht. Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich ist eng mit der Entwicklung des Verfassungsstaates verbunden. Die im Gefolge der bürgerlichen Revolution 1848 erstellten Verfassungsentwürfe der Jahre 1848/49 knüpften an die europäische Grundrechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts an und orientierten sich in ihren Grundrechtskatalogen an der Belgischen Verfassung von 1831, der preußischen Verfassung von 1848 und der Frankfurter Paulskirchenverfassung 1848. Die

<sup>178</sup> Vgl *Häberle* 62.

<sup>179</sup> Vgl *Barta* 251.

<sup>180</sup> Vgl VfGH 10.12.1993, G 167/92 unter Bezugnahme auf *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 176.

fortschrittlichste Konzeption enthielt der Grundrechtsentwurf des Kremsierer Reichstages, der schon künftige Entwicklungen vorwegnahm, indem er zB die Pflicht des Staates für einen effektiven Grundrechtsschutz betonte und Möglichkeiten für eine effektive Rechtsdurchsetzung fokussierte.<sup>181</sup> 1867 wurde das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte und Pflichten der Staatsbürger (StGG) verabschiedet, in dem der österreichische Grundrechtskatalog zusammengefasst ist.<sup>182</sup> Dieser wurde –wie überhaupt das StGG gemäß Art 149 Abs 1 B-VG – in die neue Verfassung des B-VG aufgenommen. Zum österreichischen Verfassungsbestand der Grundrechte gehört eine ganze Reihe unterschiedlicher gesetzlicher Normen, von denen neben dem StGG RGBI 1867/142 vor allem zu nennen sind Art 7 und Art 83 Abs 2 B-VG 1920<sup>183</sup>, Art 62-69 StVStGermain<sup>184</sup> und Art 7 Z 2-4 und Art 8 StVWien, § 1 Datenschutzgesetz (DSG) BGBl 1978/565<sup>185</sup>, BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684, sowie vor allem die EMRK, die in Österreich gemäß BVG 04.03.1964 BGBl 59 mit Verfassungsrang ausgestattet ist, und deren Zusatzprotokolle, von denen das 1., 4., 6. und 7. ZP grundrechtliche Bestimmungen beinhalten.<sup>186</sup>

Die Konnexität des österreichischen Grundrechtskatalogs mit der europäischen Grundrechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts 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

---

<sup>181</sup> Vgl *Berka* Rz 57 f.

<sup>182</sup> Vgl ebd Rz 59.

<sup>183</sup> Neuerliche Verankerung des Gleichheitsgrundsatzes und des Rechts auf den gesetzlichen Richter

<sup>184</sup> Art 62 StVStGermain: Minderheitenschutz

Art 63 StVStGermain: Schutz von Leben, Freiheit, Religionsbekenntnisfreiheit

Art 64 und 65 StVStGermain: Bestimmungen bzgl der Staatsbürgerschaft

Art 66 StVStGermain: Gleichheitsgebot für alle Staatsangehörigen; Berücksichtigung von nicht deutsch sprechenden Staatsangehörigen

Art 67 StVStGermain: Minderheitenschutz nach Rasse, Religion oder Sprache

Art 68 StVStGermain: Sprachlicher Minderheitenschutz im Unterrichtswesen

Art 69 StVStGermain: Durchführungsbestimmungen.

<sup>185</sup> Grundrecht auf Datenschutz

<sup>186</sup> Vgl *Berka* Rz 67 und 74 sowie unten 3.3.3.

Menschenbildes. Dazu zählen das Recht auf Leben<sup>187</sup>, das Folterverbot und das Verbot erniedrigender und unmenschlicher Behandlung und Strafe<sup>188</sup>, das Recht auf persönliche Freiheit<sup>189</sup>, die Freizügigkeit der Person<sup>190</sup>, das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit<sup>191</sup>, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>192</sup>, das Grundrecht auf Datenschutz<sup>193</sup>, der Schutz des Hausrechts und des Brief- und Fernmeldegeheimnisses<sup>194</sup> sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit und das Grundrecht auf Wehrdienstverweigerung<sup>195</sup>. Trotz des Mangels einer einheitlichen in sich geschlossenen Verfassung<sup>196</sup>, trotz des Feh-

<sup>187</sup> Vgl Art 2 EMRK sowie Art 1 6. ZP EMRK und Art 85 B-VG (Abschaffung der Todesstrafe). Schutzbereich ist das Lebensrecht jedes Menschen, „vom Beginn seiner körperlich-geistigen Existenz bis zu seinem Tod“. *Berka* weist unter Berufung auf *Adamovich/Funk* darauf hin, dass das StGG das Recht auf Leben „nicht ausdrücklich garantiert, wohl aber stillschweigend vorausgesetzt“ hat. (Vgl *Berka* Rz 364 und 368.) In der Vereinbarkeit der Straffreiheit der Abtreibung (Vgl oben 2.2.2.) mit dem gewährleisteten Recht auf Leben erblickt *Berka* „die schwerwiegendste Problematik ..., die dieses Grundrecht gegenwärtig aufwirft“. Aktive Euthanasie und Entwicklungen der Gentechnik sind weitere Bereiche im Kontext des Grundrechts auf Leben, die die Menschenwürde gefährden und die Frage aufwerfen, „wieweit der Staat die physische Integrität des Menschen vor den Bedrohungen der modernen Industriegesellschaft wirksam zu schützen verpflichtet ist“. (Vgl *Berka* Rz 365.)

<sup>188</sup> Dieses die Menschenwürde und die physische und psychische Integrität schützende Verbot ist in Österreich nicht durch ein nationales österreichisches Grundrecht geschützt, sondern durch Art 3 EMRK.

<sup>189</sup> Vgl BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684.

<sup>190</sup> Vgl Art 4 StGG, Art 6 StGG, Art 2-4 4. ZP EMRK.

<sup>191</sup> Vgl Art 7 StGG, Art 4 EMRK.

<sup>192</sup> Vgl Art 8 und 12 EMRK. Das nationale österreichische Verfassungsrecht hat die Privatsphäre der Person nur punktuell vor gewissen Eingriffsakten geschützt. Dem gegenüber beinhaltet Art 8 EMRK einen umfassenderen Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens. (Vgl *Berka* Rz 454.)

<sup>193</sup> Vgl § 1 DSGVO.

<sup>194</sup> Vgl Art 9, 10 und 10a StGG, Art 8 EMRK sowie Gesetz zum Schutze des Hausrechts RGBI 1862/88. Nach der Rechtsprechung des VfGH dient dieses Grundrecht der Wahrung der Intimsphäre, weil „ein die persönliche Würde und Unabhängigkeit verletzender Eingriff in den Lebenskreis des Wohnungsinhabers“ und in „Dinge, die man im Allgemeinen berechtigt und gewohnt ist, dem Einblick Fremder zu entziehen“ verhindert werden soll. (Vgl VfSlg 10.897/1986, zit n *Berka* Rz 489.) Daraus folgt, dass der „Bereich der geschützten Räumlichkeiten“ weit auszulegen ist. (Vgl ebd.)

<sup>195</sup> Vgl Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StVStGermain, Art 9 EMRK, Art 9a Abs 3 B-VG und § 2 Zivildienstgesetz BGBl 1986/679.

<sup>196</sup> Vgl oben 2.3.2 FN 355.

lens einer Präambel, die Idealität und Realität miteinander verbindet und den Grundsatzcharakter einer Verfassung erläutert<sup>197</sup>, 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.<sup>198</sup>

Mit der neuen Bundesverfassung 1999 hat die Schweiz die Bundesverfassung 1874 aufgehoben und verfügt nun über eine Verfassung, die die aktuelle und „heute gelebte Verfassungswirklichkeit“ beinhaltet. Ihre Wesensmerkmale sind die „direkte Demokratie, Föderalismus, Schutz der Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit“.<sup>199</sup> Die für das Erkenntnisinteresse an verfassungsrechtlichen Menschenbild-Elementen bedeutenden Grundrechte sind als eigener Grundrechtskatalog in die BV 1999 aufgenommen worden, wodurch „aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis und des internationalen Rechts gültige Grundrechte und Grundrechtsgehalte“ Verfassungsrang erhalten haben.<sup>200</sup> Sie sind dem „2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele“ subsumiert und stehen dort im 1. Kapitel in den Art 7-36 BV 1999. Aus der Teilhabe an der internationalen Grundrechtsentwicklung, vor allem im Kontext der EMRK, erklären sich – trotz aller Unterschiede in Genese und Aufbau der Verfassungen - die Ähnlichkeiten der Menschenbild-Elemente der Schweizer BV 1999 mit jenen in Deutschland und Österreich.

---

<sup>197</sup> Vgl. *Schambeck* ebd.

<sup>198</sup> Die Arbeitsergebnisse des Österreich-Konvents, dessen Aufgabe es ist, Vorschläge für eine Staats- und Verfassungsreform auszuarbeiten (Vgl. ebd.), werden zeigen, inwiefern es gelingt, das Paradigma des Menschen als freies, personales und soziales Wesen in einer neuen Verfassung zu verankern und vor ungerechtfertigten Angriffen und Eingriffen zu schützen. Wie aktuell und unerlässlich dieser Schutz ist, zeigen nicht nur die vielfachen Instrumentalisierungsversuche ökonomischer wie ideologischer Prägung und die Untergrabung völkerrechtlicher, grundrechtlicher und menschenrechtlicher Standards sub titulo Terrorismusbekämpfung, sondern auch staatliche Deregulierungsmaßnahmen, denen – bei allem Verständnis für volkswirtschaftspolitische Notwendigkeiten – der Blick auf den Menschen verstellt zu sein scheint.

<sup>199</sup> Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement - Bundesamt für Justiz, Was bringt die neue Bundesverfassung? In <http://www.ofj.admin.ch/themen/bvreform/bv-errung-d.pdf>, 3.

<sup>200</sup> Vgl. ebd. 5.

Die in der Präambel normierte Verantwortung des Schweizer Volkes gegenüber künftigen Generationen und gegenüber der Schöpfung, der Gottesbezug, die Freiheit und mit ihr verbunden die Überzeugung, „dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht“, die Maßnahme der „Stärke des Volkes“ am „Wohl der Schwachen“, das Bekenntnis zur Pluralität „in der Einheit“<sup>201</sup> sowie die Förderung der Chancengleichheit gemäß Art 2 Abs 3 BV 1999 sind zwar nicht Teil der personalen Grundrechte, stehen aber dennoch in unmittelbarer Konnexität zum Menschenbild der neuen Schweizer Bundesverfassung. In Art 6 BV 1999<sup>202</sup> werden die grundlegenden Ideen der Subsidiarität und der Solidarität zum Ausdruck gebracht und das Verhältnis von Individuum, Staat und Gesellschaft in dem Sinn dargelegt, „dass der Einzelne nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten hat“.<sup>203</sup> Die Ähnlichkeit zur Menschenbildformel des BVerfG ist augenfällig. Der Mensch wird, noch vor dem Grundrechtskatalog, als Person vorausgesetzt, die Verantwortung für sich selbst und für die Sozietät wahrnimmt. Die programmatische Sprache des Art 6 BV 1999 hat sowohl potenziellen als auch hortativen bzw imperativen Charakter: die Person ist sowohl in der Lage als auch angehalten, ihre Verantwortung wahrzunehmen. Der Grundrechtskatalog selbst beginnt mit der Generalklausel des Menschenwürdeschutzes in Art 7 BV 1999, der allen anderen Grundrechten vorangestellt ist. Unter der Überschrift „Rechtsgleichheit“ beinhaltet Art 8 leg cit das Gleichheitsgebot, das Diskriminierungsverbot, die „rechtliche und tatsächliche Gleichstellung“ von Mann und Frau und „Maßnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten“. Der Verfassungsgesetzgeber verbietet mit diesen Kon-

<sup>201</sup> Präambel BV 1999: „Im Namen Gottes des Allmächtigen! *Das Schweizervolk und die Kantone*, in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung, im Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben, im Bewusstsein der gemeinsamen Erregenschaften und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen, gewiss, dass nur frei ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen, *geben sich folgende Verfassung...*“

<sup>202</sup> Art 6 BV 1999: „Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.“

<sup>203</sup> Vgl Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement – Bundesamt für Justiz, Was bringt die neue Bundesverfassung? (oben 3.3.1 FN 199) 5.

ketisierungen diskriminierende Differenzierungen zwischen Menschen in ihrem Menschsein. Weitere auf das Menschenbild bezogene Grundrechte der Person sind Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben<sup>204</sup>, Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit in Art 10 *leg cit*, der auch das Verbot der Todesstrafe, der Verletzung der körperlichen und geistigen Integrität sowie der Folter und „grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Bestrafung“ enthält<sup>205</sup>, Schutz der Kinder und Jugendlichen auf Unversehrtheit und Förderung ihrer Entwicklung<sup>206</sup>, Recht auf Hilfe in Notlagen<sup>207</sup>, Schutz der Privatsphäre, der auch den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten inkludiert<sup>208</sup>, Recht auf Ehe und Familie<sup>209</sup>, Glaubens- und Gewissens-, Meinungs- und Informationsfreiheit<sup>210</sup>, Sprachenfreiheit, Versammlungs-, Vereinigungs-, Koalitions- und Niederlassungsfreiheit<sup>211</sup>, Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit<sup>212</sup>, Allgemeine Verfahrensgarantien und Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren<sup>213</sup>, Begrenzung des Freiheitsentzugs<sup>214</sup>, Garantien für das Strafverfahren<sup>215</sup> sowie Gewährleistung des Petitionsrechts und politischer Rechte<sup>216</sup>. Art 36 Abs 4 BV 1999 normiert die Unantastbarkeit des Wesensgehaltes der Grundrechte und schützt diese damit gegen Aushöhlungen jeder Art.

Das Menschenbild, das durch die Bestimmungen der Schweizer BV 1999 gezeichnet und von dieser gleichermaßen vorausgesetzt wird, ist der freie mit Menschenwürde und Verantwortung ausgestattete personale und soziale Mensch. Mit der neuen Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 liegt nicht

<sup>204</sup> Vgl Art 9 BV 1999.

<sup>205</sup> Vgl Art 10 BV 1999.

<sup>206</sup> Vgl Art 11 BV 1999.

<sup>207</sup> Vgl Art 12 BV 1999.

<sup>208</sup> Vgl Art 13 BV 1999.

<sup>209</sup> Vgl Art 14 BV 1999.

<sup>210</sup> Vgl Art 15 f BV 1999.

<sup>211</sup> Vgl Art 18, 22-24 und 28 BV 1999.

<sup>212</sup> Vgl Art 26 f BV 1999.

<sup>213</sup> Vgl Art 29 f BV 1999.

<sup>214</sup> Vgl Art 31 BV 1999.

<sup>215</sup> Vgl Art 32 BV 1999.

<sup>216</sup> Vgl Art 33 f BV 1999.

nur eine Verfassung vor, die Normen der BV 1874 als überholt aufgehoben bzw als nicht verfassungswürdig auf die einfachgesetzliche Ebene übertragen sowie einfachgesetzliche Normen in Verfassungsrang gehoben hat<sup>217</sup>, sondern auch eine, der die Verbindung zwischen traditionellen Elementen mit den Erfordernissen der Gegenwart und Zukunft geglückt ist. Das Paradigma des freien mit Würde und Personalität begabten Menschen ist zentrales Element dieser Bundesverfassung.

Im Blick auf die Menschenbild-Elemente im Verfassungsstaat zeigt sich ein Paradigma, das 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. Am Beginn des 3. Jahrtausends sind die Menschenbild-Elemente im Verfassungsstaat *programmatisch* auf hohem Niveau angelangt. Indes erscheint das Bewusstsein der Notwendigkeit humanadäquater Normen bei Gesetzgeber wie Normadressaten entwicklungsbedürftig. Sicherheits- und Überwachungsgesetzgebung mit der Ermöglichung von Lauschangriff, Schleier- und Rasterfahndung sind nur *ein* Beispiel für die gefährliche „Tendenz zur Einschränkung von Grundrechten“<sup>218</sup>, der mit größter Vorsicht begegnet werden muss.

### 3.3.2 Menschenbild-Elemente der Menschenrechte

Im vorangegangenen Abschnitt war mehrfach von den Grundrechten die Rede. Als *leges fundamentales* werden sie – je nach Normadressat entweder als Staatsbürger- oder als Jedermannsrechte – verfassungsrechtlich durch den Staat garantiert und gewährt.<sup>219</sup> Nun sollen Menschenbild-Elemente im Kontext der Menschenrechte – *Human Rights, Droits de l'homme* – fokussiert werden. Diese gehören zum

<sup>217</sup> Vgl Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement – Bundesamt für Justiz, Was bringt die neue Bundesverfassung? (oben 3.3.1 FN 199) 9 f.

<sup>218</sup> Vgl *Wesel*, Geschichte des Rechts Rz 328.

<sup>219</sup> Vgl *Berka* Rz 28 sowie auch *Koller* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 49-68. *Koller* plädiert „angesichts bestimmter tiefgreifender Veränderungen unserer Welt“ die überkommene Differenzierung zwischen Bürger- und Menschenrechten einer Revision zu unterziehen. (Vgl ebd 50.)



Wesen des Menschen und sind ihm gleichsam angeboren. Der Staat ist „verpflichtet, diese Rechte unabhängig von ihrer positivrechtlichen Anerkennung zu achten und zu respektieren“. Ihr Geltungsgrund wurzelt entweder im Naturrecht oder im Völkerrecht. Sie kommen dem Menschen unabhängig von seiner Staatszugehörigkeit zu, folglich gewähren die verschiedenen völkerrechtlichen Menschenrechtsdokumente „durchgehend Jedermannsrechte“, die den Menschen unabhängig von seiner Staatszugehörigkeit und vor allem auch gerade gegen den eigenen Staat schützen. Daher handelt es sich „sowohl im Hinblick auf ihren Geltungsgrund wie im Hinblick auf ihren persönlichen Geltungsbereich“ um Menschenrechte.<sup>220</sup> Weil sie allen Menschen „unabhängig von deren zufälligen Lebensumständen zukommen“, sind sie „universelle Rechte“; weil sie „gegenüber jedermann und gegenüber jeder staatlichen Autorität gelten“, sind sie auch „generelle Rechte“.<sup>221</sup> Im Rekurs auf die Menschenbild-Elemente der Menschenrechte ist wiederum eine ganzheitliche Sicht angebracht, 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 – wahrzunehmen.<sup>222</sup> Menschenrechte stehen über ideologischen Konkurrenzen von Menschenbildern, die an bestimmte Sozietäten gebunden sind.<sup>223</sup>

Die Reflexion auf das Menschenbild der Menschenrechte erfordert die „Berücksichtigung einerseits der wichtigsten Stadien der Menschenrechtsentwicklung, andererseits des gegenwärtig bestehenden Spektrums an Menschenrechtspakten und -deklarationen“.<sup>224</sup> Schon in der Antike klingen im Bemühen, das Wesen des Menschen zu erfassen, menschenrechtliche Töne an.<sup>225</sup> So hat schon *Cicero* die Gleichheit aller Menschen aufgrund ihres Menschseins postuliert. Aus dem Rekurs auf die Weltvernunft, an der alle Menschen teilhaben, leiten *Seneca*, *Epiktet* und *Marc Aurel* „die unbedingte Achtung gegen

<sup>220</sup> Vgl. *Berka* Rz 27.

<sup>221</sup> Vgl. *Koller* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 53.

<sup>222</sup> Vgl. *Brugger* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 121.

<sup>223</sup> Vgl. oben 2.3, im Besonderen 2.3.5.

<sup>224</sup> Vgl. *Brugger* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 122.

<sup>225</sup> Vgl. oben 1.1.1. Als ethisches Postulat ohne Rechtscharakter können sie aber nicht im Sinne moderner Menschen- oder Grundrechte verstanden werden.

jeden Menschen“ ab. *Augustinus* verbindet die stoische Naturrechtslehre mit dem Gedanken der Gottabbildlichkeit<sup>226</sup>, *Thomas v. Aquin* entfaltet „auf der Grundlage eines theonom verankerten Vernunftrechts seine Lehre von der Freiheit und Würde des Menschen“. *Magna Charta Libertatum* (1215), *Habeas-Corpus-Akte* (1879), *Bill of Rights* (1689), die Trennung von Religion und Politik im Investiturstreit, Toleranz und Bekenntnisfreiheit als Folge von Reformation und Konfessionskriegen<sup>227</sup> sind ebenso weitere Stationen in der Entwicklung der Menschenrechte wie die philosophischen, rechtstheoretischen und politischen Impulse des Humanismus, des rationalistischen Naturrechts und der Aufklärung, die zu einem Paradigmenwechsel im Verständnis des Rechts auf Freiheit und Gleichheit geführt haben.<sup>228</sup> Die Begründung der fundamentalen Rechte Leben, Freiheit, Eigentum liegt bei *Thomas Hobbes*, *John Milton* und *John Locke* in den „native rights“, die als angeborene Rechte „für alle Menschen“ gelten. In den USA führen naturrechtlich-theologische Argumente zum von *Jefferson* formulierten Postulat in der Unabhängigkeitserklärung vom 04.07.1776: „We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.“<sup>229</sup> *Jean-Jacques Rousseau* hebt Freiheit und Gleichheit als Zentralwerte der Gesellschaft hervor: „Wenn man untersucht, worin das höchste Wohl aller genau besteht, das den Endzweck jeder Art von Gesetzgebung bilden soll, so wird man finden, dass es sich auf jene zwei Hauptgegenstände Freiheit und Gleichheit zurückführen lässt.“<sup>230</sup> In Frankreich ist die Idee der Menschenrechte radikalisiert

<sup>226</sup> Vgl dazu oben 1.1.1 FN 10.

<sup>227</sup> Vgl dazu oben 2.2.1.

<sup>228</sup> Vgl *Ernst* in *Rotter/Virt* 481-483.

<sup>229</sup> Zit n <http://www.ushistory.org/declaration/document/>. Zwei Tage nach der Verabschiedung der Unabhängigkeitserklärung erschien die erste deutsche Übersetzung in einer deutschsprachigen Zeitung in Philadelphia: "Wir halten diese Wahrheiten für ausgemacht, dass alle Menschen gleich erschaffen worden, dass sie von ihrem Schöpfer mit gewissen unveräußerlichen Rechten begabt worden, worunter sind Leben, Freiheit und das Streben nach Glückseligkeit." (Zit n [http://www.uni-protokolle.de/Lexikon/US-amerikanische\\_Unabhängigkeitserklärung.html](http://www.uni-protokolle.de/Lexikon/US-amerikanische_Unabhängigkeitserklärung.html).)

<sup>230</sup> *Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts*. Stuttgart 1997.

worden, in der Französischen Revolution „gewinnt die emanzipative individualistische Revolution ihre erste weltgeschichtliche Wirkung“. In der deutschen geistesgeschichtlichen Entwicklung – *Johannes Althusius, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius und Christian Wolf* – werden die angeborenen Rechte des Menschen „aus seiner Natur abgeleitet“, bevor mit *Kant* der Mensch als Individuum in den Mittelpunkt der Überlegungen rückt und die Menschenrechte Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit als „transzendente Bestimmungen der politisch-sozialen Freiheit“ klassifiziert werden.<sup>231</sup>

Von Menschenrechten im modernen Sinn ist erst ab dem 18. Jahrhundert zu sprechen. Ab dieser Zeit sind drei Stadien in der Entwicklung der Menschenrechtsidee zu unterscheiden: die Menschenrechte der ersten, der zweiten und der dritten Generation. Die Gewährleistung negativer Abwehrrechte gegen den Staat und demokratische Mitwirkungsrechte im Staat sind Gegenstand der ersten Menschenrechtsgeneration, wie sie „vor allem in den amerikanischen und französischen Menschenrechtskatalogen des ausgehenden 18. Jahrhunderts“ gefordert werden. Die Menschenrechte der zweiten Generation sind eine Folge der durch die industrielle Revolution ausgelösten Probleme, die „von Sozialisten und Kommunisten analysiert und bekämpft“ wurden, und umfassen wirtschaftliche und soziale Rechte „zur Befriedigung der materiellen Grundbedürfnisse angesichts drohender Verelendung weiter Teile der arbeitenden Bevölkerung“.<sup>232</sup> Während die Rechte der ersten Menschenrechtsgeneration in der auf *Georg Jellinek* zurückgehenden Terminologie dem *status negativus* und dem *status activus* zugeordnet werden, steht bei den wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten der *status positivus* im Mittelpunkt.<sup>233</sup> Das 20. Jahrhundert führt zu zwei weiteren „Bedeutungsverschiebungen“ in der Entwicklung der Menschenrechtsidee. Einerseits kommt es nach dem Zweiten Weltkrieg zur „Universalisierung des

<sup>231</sup> Vgl. *Ernst* in *Rotter/Virt* 483.

<sup>232</sup> Vgl. *Brugger* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 122 f.

<sup>233</sup> Neben seiner Klassifizierung der Menschenrechte als universelle und generelle Rechte (Vgl. oben 3.3.2 FN 221.) führt *Koller* weiter aus, dass Menschenrechte grundsätzlich als „Anspruchs-, Freiheits-, Kompetenz- oder Immunitätsrechte“ auftreten können, die meisten aber „die Form von Anspruchs- und Freiheitsrechten“ haben. (Vgl. *Koller* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 53 f.)

Menschenrechtsgedankens“ in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, die sich „als das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal“<sup>234</sup> versteht. Andererseits kommt es zu einer Ausdehnung des Menschenrechtsgedankens, indem nicht nur mehr Individuen als Menschenrechtssubjekte angesehen werden, sondern auf Drängen von Staaten der Dritten Welt nun auch Volksgruppen und Staaten selbst als Menschenrechtssubjekte verstanden und behandelt werden. Diese Menschenrechte der dritten Generation beinhalten vor allem „die von den ärmeren Staaten eingeklagten Rechte auf Entwicklung, Frieden und Schutz der Umwelt sowie das Recht auf Teilhabe am ‚gemeinsamen Erbe der Menschheit‘“.<sup>235</sup> Dazu gehören die „Reichtümer des Tiefseegrundes“ ebenso wie „das sonstige natürliche und kulturelle Erbe der Welt und die Nutzung des Weltraums“.<sup>236</sup> Will man die Umsetzung der Menschenrechtsidee auf ihrem langen historischen Weg am gegenwärtigen „Stand der Positivierung von Menschenrechten“ messen, steht man einer „Fülle von Erklärungen und Pakten“ gegenüber, die teils universalen, teils regionalen Charakter haben.<sup>237</sup>

<sup>234</sup> Vgl. Präambel AEMR 10.12.1948. Die Universalität der Menschenrechte bedarf ohne Zweifel eines interkulturellen Diskurses. *Habermas* postuliert treffend, dass es im Streit um die angemessene Interpretation der Menschenrechte „nicht um die Wünschbarkeit der ‚modern condition‘“ geht, sondern um eine „Interpretation der Menschenrechte, die der modernen Welt *auch aus der Sicht anderer Kulturen* gerecht wird“. (Vgl. *Habermas* in *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann* 219 sowie oben 1.3.3.) Für die Universalität der Menschenrechte trotz ihrer abendländischen Genese spricht vor allem, dass sie nicht exklusiv in einer bestimmten Kultur oder Religion gründen und ihre Rechtmäßigkeit im säkularen Recht wurzelt. Individualrechte, von Kulturen mit kommunitaristischem Ansatz eher beargwöhnt, implizieren kein individualistisches Menschenbild. Und das Ethos der Menschenrechte deckt sich in vielen Bereichen mit dem Ethos der Weltreligionen. (Vgl. auch *Koller* in *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann* 228-245 sowie oben 2.2.4.1.)

<sup>235</sup> Vgl. dazu oben 2.3.5.3.

<sup>236</sup> Vgl. *Brugger* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 123.

<sup>237</sup> Vgl. ebd. 123 f. Inhaltlich teilen *Simma/Fastenrath* die Texte ein in „(1) allgemeine Regelungen, (2) das Selbstbestimmungsrecht und den Gedanken der Entwicklung, (3) das Verbot von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, (4) Diskriminierungsverbote, (5) das Verbot von Sklaverei, Zwangsarbeit und Menschenhandel, (6) Flüchtlinge, Asyl, Staatenlosigkeit, Mehrstaatigkeit und Ausländer, (7) die Behandlung von Einzelnen, insbesondere von Inhaftierten und Gefangenen durch Verwaltung und Justizbehörden, (8) Soziales, (9) Arbeit, einschließlich Vereinigungsfreiheit und Freizügigkeit, (10) Heirat und Familie, Rechte des Kindes, (11) Presse- und Informations-

Im Versuch, das Menschenbild der Menschenrechte näher zu bestimmen, ist schon einmal der Blick auf die historische Genese und der Zusammenhang mit der soziokulturellen Situation erhellend. Geistesgeschichtlich im antiken Humanismus, in der christlichen Lehre der Befreiung des Menschen, im germanischen Rechtsdenken und im rationalen Naturrecht des 18. Jahrhunderts wurzelnd<sup>238</sup>, sind Menschenrechte nie isoliert durch bloßes philosophisches Argumentieren postuliert worden, 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 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 ist dabei die fundamentale Überzeugung von der angeborenen Würde, Gleichheit und Freiheit aller Menschen. In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen 1948 ist davon unter Bezugnahme auf „Wert und Würde der menschlichen Person“ der Charta der Vereinten Nationen schon in der Präambel<sup>239</sup> und im ersten Artikel<sup>240</sup> die Rede, ebenso in den Präambeln der Menschenrechtspakte 1966 über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR), die „in der Erwägung,

---

freiheit, (12) Datenschutz, (13) das Recht auf Kriegsdienstverweigerung und (14) das Kriegsrecht“. (Zit n ebd 124 FN 10.)

<sup>238</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre 260-262.

<sup>239</sup> Präambel AEMR 1948: „Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, ... da die Völker der Vereinten Nationen in der Charta ihren Glauben an die grundlegenden Menschenrechte, an die Würde und den Wert der menschlichen Person und an die Gleichberechtigung von Mann und Frau erneut bekräftigt und beschlossen haben ...“ Der Begriff der „menschlichen Person“ wird in manchen Übersetzungen auch mit „menschliche Persönlichkeit“ wiedergegeben, es empfiehlt sich daher, das englische Original zu konsultieren, wo sowohl in der Charta der Vereinten Nationen 1945 als auch in der AEMR 1948 von „dignity and worth of the human person“ die Rede ist. (Vgl <http://www.un.org/Overview/rights.html>.)

<sup>240</sup> Art 1 erster Satz AEMR 1948: „Alle Menschen sind frei und gleich an Rechten und Würde geboren.“

dass ... die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnenden Würde und der Gleichheit und Unveräußerlichkeit ihrer Rechte die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet“, und „in der Erkenntnis, dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten ...“, vereinbart worden sind. Der Personbegriff ist in der Charta der VN 1945 wie in der AEMR 1948 sowie anderen darauf Bezug nehmenden bzw aus diesen resultierenden Erklärungen ein substantieller, der die Selbständigkeit, Individualität, Freiheit, Autonomie und Würde des Menschen betont.<sup>241</sup> Der geistesgeschichtlich vor allem auf Aufklärung und *Kant* zurückreichende Begriff ist vom Gedanken der dem Menschen eigenen Würde und seiner Autonomie geprägt und findet in den angesprochenen Dokumenten seine Entfaltung, indem er den „unverlierbaren und unantastbaren Eigenwert der Person im Unterschied zu ihrer Verzwecklichung und Vernutzung“ durch welche fragwürdigen Kräfte immer normiert.<sup>242</sup>

In der Absicht, eine Menschenbildformel der Menschenrechte zu schaffen, lehnt sich *Brugger* an die Rechtsprechung des BVerfG und an dessen Menschenbildformel an. Wie diese das Menschenbild aus der Gesamtheit des Grundgesetzes herauskristallisieren will, ist dies auch eine gangbare Methode im Bereich der Menschenrechte.<sup>243</sup> Derart definiert *Brugger* das Menschenbild der Menschenrechte „als eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebensführung“.<sup>244</sup> Diese Formel beinhaltet die Elemente: Eigenständigkeit, Sinnhaftigkeit, Verantwortlichkeit, Leben und Lebensführung. Die *Eigenständigkeit* beschreibt *Brugger* als die Möglichkeit des Menschen, „sich Ziele zu setzen, einen individuellen Lebensplan zu entwickeln, zu verfolgen und zu verteidigen“. Wahlfreiheit auf allen Ebenen menschlichen und gesellschaftlichen Lebens und Selbstverantwortlichkeit als „Rückseite der Wahlfreiheit“ sind wesentliche Elemente der Eigenständigkeit.<sup>245</sup> Der Aspekt der *Sinnhaftigkeit* entspricht der Kultur mit ihrem „Hori-

<sup>241</sup> Vgl *Schmid* in <http://www.pfs-online.at/papers/paper-lexikon.htm>.

<sup>242</sup> Vgl auch *Lehmann*, Das Recht, ein Mensch zu sein. In <http://dbk.de/presse/pm2001/pm2001092401.html>.

<sup>243</sup> Vgl *Brugger* in *Byrd/Hruschka/Joerden* 125 f.

<sup>244</sup> Vgl ebd 126.

<sup>245</sup> Vgl ebd 126 f.

zont von Entfaltungsperspektiven“. Die *Verantwortlichkeit* beinhaltet nach *Brugger* nicht nur das Prinzip der Gegenseitigkeit in Bezug auf Inanspruchnahme und Gewährung von Rechten und Freiheiten, sondern auch das „*Einstehenmüssen für Rechtsverstöße*“ und „*soziale Verantwortlichkeiten*“. Während *Lebensführung* ein „Mindestmaß an Freiheit für einen individuellen Lebensstil“ impliziert, beinhaltet *Leben* den Schutz des Lebens und Überlebens.<sup>246</sup> Zutreffend stellt *Brugger* fest, dass in der verantwortlichen Selbstbestimmung die Würde des Menschen zum Ausdruck kommt. Zutreffend ist auch die These, dass die Rechte und Freiheiten der drei Menschenrechtsgenerationen den Elementen der von *Brugger* postulierten Menschenbildformel der Menschenrechte zugeordnet werden können und eine „ideologische Verwendung des Menschenrechtsgedankens“ vorliegt, „wenn eine Sichtweise alle anderen Positionen dominieren oder ausschalten will“.<sup>247</sup> Indes wird die Menschenbildformel von *Brugger* dem Menschenbild der Menschenrechte nur fakultativ gerecht. So sehr die „eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebensführung“ elementare Menschenbild-Elemente der Menschenrechte treffen, ist das Ganzheitliche des Menschenbildes, das eine Menschenbildformel zum Ausdruck bringen will, schon deswegen nicht getroffen, weil die Formel nicht zwischen Essentialien und aus diesen sich ableitenden Akzidentalien unterscheidet. Zum fundamentalen Kern des menschenrechtlichen Menschenbildes gehört der Mensch als Person, dessen angeborene Würde, Gleichheit und Freiheit anzuerkennen sind. Das Recht auf eine „eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebensführung“ ergibt sich daraus.

### 3.3.3 Menschenbild-Elemente der EMRK

„In Erwägung der Universellen Erklärung der Menschenrechte, die von der Allgemeinen Versammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündet wurde...“ und „unter erneuter Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bil-

---

<sup>246</sup> Vgl. ebd. 127 f.

<sup>247</sup> Vgl. ebd. 129, 131.

den...“<sup>248</sup> wurde am 04.11.1950 in Rom von Belgien, Dänemark, Frankreich, Island, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, der Türkei, von Großbritannien, der Bundesrepublik Deutschland und dem Saarland die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) unterzeichnet, welche am 03.09.1953 nach der Ratifizierung durch zehn Staaten in Kraft getreten ist.<sup>249</sup> Sie gründet einerseits in der AEMR, andererseits in der nach dem Zweiten Weltkrieg entstandenen europäischen Einigungsbewegung, der führende Politiker wie *Sir Winston Churchill*, *Alcide de Gasperi*, *Konrad Adenauer* ua angehörten.<sup>250</sup> Im Gegensatz zur AEMR, die in Rücksichtnahme auf die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen mit unterschiedlicher Prägung multiple Wesenszüge trägt und eine sehr allgemeine Basis ohne völkerrechtliche Verbindlichkeit darstellt, haben die Beratende Versammlung und das Ministerkomitee des Europarates mit der EMRK ein Menschenrechtsschutzdokument ausgearbeitet, das im Einklang mit der AEMR steht, im Umfang der Rechte enger gefasst und nicht zuletzt durch die Errichtung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>251</sup> und die unmittelbare Anwendbarkeit der im ersten Abschnitt angeführten Konventionsrechte ein „lebendiges Rechtsschutzinstrument“ ist.<sup>252</sup> Zwischenzeitlich von über 40 Staaten unterzeichnet, ist die EMRK mit ihren Zusatzprotokollen nicht nur zum Herzstück des europäischen Menschenrechtsschutzes geworden, sie hat auch gewaltige Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung in den Unterzeichnerstaaten gezeitigt.<sup>253</sup>

<sup>248</sup> Präambel EMRK.

<sup>249</sup> Gemäß Art 59 EMRK tritt die Konvention für jene Staaten, die ihr später beitreten, mit dem Tag der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Kraft. Österreich ist 1958 der EMRK beigetreten, mit BVG 04.03.1964 BGBl 59 wurde sie rückwirkend mit Verfassungsrang ausgestattet. (*Berka* Rz 66 f.) Die Schweiz ist, als letztes Land des Europarates, erst 1974 der EMRK beigetreten, nachdem sie 1971 das Frauenstimmrecht – seit 1968 vehement unter Bezugnahme auf die EMRK von Frauenorganisationen gefordert – eingeführt hat. Mit der neuen BV 1999 hat die Schweiz die Vorgaben der EMRK im nationalen Verfassungsrecht umgesetzt.

<sup>250</sup> Vgl *Bergmann* 64 FN 90.

<sup>251</sup> Vgl Art 19 ff EMRK.

<sup>252</sup> Vgl *Bergmann* 64 sowie *Tretter*, Menschenrechte in Europa. In <http://humanrights.at/root/images/doku/menschenrechtsschutzineuropa.pdf>.

<sup>253</sup> So weist *Berka* zB darauf hin, dass „anfangs die inhaltliche Tragweite der durch die EMRK bewirkten Rechtsänderungen drastisch unterschätzt“ wurde und der VfGH und



In der Herausarbeitung von Menschenbild-Elementen stellt sich die EMRK wie ein Spiegel der historischen Entwicklung der Menschenrechtsidee dar. So finden sich die drei „Freiheitsrechte“ des Mittelalters, die Freiheit des Eigentums, der Person und des Lebens, in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen wieder. Während das Recht auf Eigentum erst im 1. ZP EMRK Eingang in die von der Konvention garantierten Rechte gefunden hat, stellt die Konvention das „Recht auf Leben“ in Art 2 EMRK<sup>254</sup> an die Spitze des Abschnittes „Rechte und Freiheiten“ und räumt dem menschlichen Leben damit besondere Priorität ein.<sup>255</sup> In Art 3 und 4 EMRK klingt durch das Verbot der Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Bestrafung sowie durch das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit der „Menschenwürdeschutz des Personalismus“ an, das durch Art 5 EMRK geschützte Recht auf Freiheit und Sicherheit erinnert gar an die *Magna Charta Libertatum* 1215, wenn sie auch damals keine Menschen-, sondern ein Standesrecht zum Inhalt hatte. Die Verfahrensrechte in Art 5 und 6 EMRK reichen in die angelsächsische Rechtstradition zurück, während Unschuldsvermutung und der in Art 7 EMRK normierte Grundsatz „nulla poena sine lege“ aus dem römischen Recht stammen. Der Schutz der Privatsphäre in Art 8 und 12 EMRK findet seine Wurzeln in der Aufklärung, ebenso wie die politischen Grundrechte in den Art 10 und 11 EMRK und die „demokratische Verwurzelung“. Gedanken-, Gewissen- und Religionsfreiheit in Art 9

---

die anderen Höchstgerichte in Österreich erst „mit einer gewissen Verzögerung“ die Judikatur der Strassburger Instanzen zu berücksichtigen begannen. (Vgl *Berka* Rz 68.)

<sup>254</sup> Das Verbot der Todesstrafe erfolgt erst in Art 1 6. ZP EMRK. Eine Aufhebung von Art 2 Abs 1 zweiter Satz EMRK ist aber durch das 6. ZP EMRK nicht erfolgt, sodass die Möglichkeit der Todesstrafe nach Art 2 EMRK für jene Staaten erhalten bleibt, die sie in Kriegszeiten oder in unmittelbarer Kriegsgefahr beibehalten. (Vgl *Bergmann* 134 unter Bezugnahme auf EuGRZ 1983, 270 f.)

<sup>255</sup> Allerdings hat in der rechtspolitisch heftig umstrittenen Frage nach dem Lebensschutz des nasciturus die EKMR die Einschränkung des Lebensschutzes „durch Abtreibungsnormen zum Schutz der Mutter“ für „konventionsgemäß“ erklärt. (Vgl EKMR in EuGRZ 1981, zit n *Bergmann* 136.) Der „Schutz der Mutter“ ist als „Indikation“ Bestandteil des Art 119 Abs 1 schwStGB, § 218a Abs 2 dStGB und des § 97 Abs 1 Z 2 und 3 öStGB. Dies trifft aber nicht auf die Fristenregelungen in Art 119 Abs 2 schwStGB, § 218a Abs 1 dStGB und § 97 Abs 1 Z 1 öStGB zu, weswegen sie unter diesem Gesichtspunkt nicht als konventionskonform einzustufen sind. (Vgl dazu auch oben 3.1 und 3.2.2.)

EMRK sind Folgen der Reformation und Konfessionskriege.<sup>256</sup> In all diesen Rechten und Freiheiten entfaltet sich das der Konvention zugrunde gelegte Menschenbild, das geprägt ist durch eine Auffassung vom Menschen als personale Ganzheit in der Trias von Leib, Seele und Geist.<sup>257</sup>

Obwohl im Gegensatz zur AEMR oder zu Art 1 GG in der EMRK eine Menschenwürdeformel als „Fundament aller Rechtspositionen“ fehlt, ist die personale Würde des Menschen integrierter und unabdingbarer Bestandteil der Konvention, wie sich insbesondere aus den Art 3, 4, 6, 7 und 8 EMRK sowie aus der Judikatur des EGMR und der Anknüpfung an die AEM in der Präambel der EMRK ergibt.<sup>258</sup> Der personale Aspekt als wesentliches Element der Auffassung vom Menschen in der EMRK zeigt sich in „vielfältiger Weise“<sup>259</sup>, 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. Als Person erscheint er als unteilbare Substanz des vernünftigen Wesens“, womit einerseits die Persondefinition des Boethius in Erinnerung gerufen und gleichermaßen der „Zusammenhang zwischen Person, Würde und Freiheit“ veranschaulicht wird.<sup>260</sup> Eine Aussage wie in Art 1 Abs 2 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969<sup>261</sup>, wonach im Sinne der Konvention jeder Mensch „Person“ ist, fehlt in der EMRK, obwohl dies der grundsätzlichen Auffassung der EMRK entspricht.<sup>262</sup> Dessen ungeachtet liegt dem Menschenbild der EMRK eine Auffassung zugrunde, die den Menschen als freie, gleiche, mit Würde

<sup>256</sup> Vgl. *Bergmann* 65 f.

<sup>257</sup> Vgl. ebd. 119 sowie oben 1.1.4.

<sup>258</sup> Vgl. ebd. 119 f.

<sup>259</sup> Vgl. Art 3 (Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung), Art 4 (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit), 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit), 6 (Recht auf ein faires Verfahren), 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), 9 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), 12 (Recht auf Eheschließung und Familiengründung), 13 (Recht auf wirksame Beschwerde), 17 (Verbot des Missbrauchs der Rechte) EMRK.

<sup>260</sup> Vgl. *Bergmann* 237.

<sup>261</sup> Art 1 Abs 2 AMRK 1969: „For the purposes of this Convention, “person” means every human being.“

<sup>262</sup> Vgl. *Bergmann* 237 FN 271.

begabte und autonome Person wahrnimmt, die als individuelles und soziales Wesen sowohl in der Lage als auch berechtigt ist, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten.<sup>263</sup>

### 3.3.4 Menschenbild-Elemente in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Ogleich die EMRK bis zur Ratifizierung des Verfassungsvertrages der Europäischen Union (EUVerfV)<sup>264</sup> noch nicht formell zum Rechtsbestand der Europäischen Union gehört, hat der Europäische Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg (EuGH) „in seiner Rechtsprechung stets Maß an der EMRK und der Praxis des EGMR genommen“.<sup>265</sup> Alle 25 Mitgliedstaaten der Union haben jedoch ihre eigenen nationalen Grundrechtskataloge und sind Mitgliedstaaten der EMRK<sup>266</sup>, unterliegen also der Rechtsprechung des EGMR. Seit dem Vertrag von Amsterdam normiert Art 6 EUV, dass die Union die Grundrechte achtet, wie sie in der EMRK gewährleistet sind.<sup>267</sup> Am 07.12.2000 hat der Europäische Rat in Nizza die Charta der Grundrechte der Europäischen Union feierlich proklamiert und

<sup>263</sup> Vgl ebd 246 f. Zutreffend postuliert *Bergmann*, dass das Menschenbild der EMRK „in der Stufenfolge Individualismus – Kollektivismus zwar grundsätzlich ‚die mittlere Linie‘“ hält, „im Zweifelsfall allerdings dem Individualismus den Vorrang“ gibt und in der „Bewertungsskala Optimismus – Pessimismus“ als „eher optimistisch“ einzustufen ist. (Vgl ebd 305.)

<sup>264</sup> Der Europäische Rat hat sich am 18.06.2004 auf den Verfassungsvertrag der Europäischen Union geeinigt. Gemäß Art IV-447 Abs 2 EUVerfV (in der konsolidierten Fassung CIG 87/04) tritt er „am 1. November 2006 in Kraft, sofern alle Ratifikationsurkunden hinterlegt worden sind, oder andernfalls am ersten Tag des zweiten auf die Hinterlegung der letzten Ratifikationsurkunde folgenden Monats“. Damit ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verfassungsvertrages sehr offen. Vgl dazu auch oben 2.3.3 FN 370.

<sup>265</sup> Vgl *Tretter*, Menschenrechte in Europa (oben 3.3.3 FN 252) 6 f.

<sup>266</sup> Mitgliedstaaten der EU und deren Beitritt zur EMRK mit Ratifizierungsdatum: Belgien 14.06.1955, Dänemark 13.04.1953, Deutschland 05.12.1952, Estland 16.04.1996, Griechenland 28.11.1974, Finnland 10.05.1990, Frankreich 03.05.1974, Irland 25.02.1953, Italien 26.10.1955, Lettland 27.06.1997, Litauen 20.06.1995, Luxemburg 03.09.1953, Malta 23.01.1967, Niederlande 31.08.1954, Österreich 03.09.1958, Polen 19.01.1993, Portugal 09.11.1978, Schweden 04.02.1952, Slowakei 18.03.1992, Slowenien 28.06.1994, Spanien 04.10.1979, Tschechische Republik 18.03.1992, Ungarn 05.11.1992, Vereinigtes Königreich 08.03.1951 und Zypern 06.10.1962. (Quelle: <http://conventions.coe.int/treaty/>.)

<sup>267</sup> Vgl *Tretter*, Menschenrechte in Europa (oben 3.3.3 FN 252) 7.

damit einen wichtigen Schritt gesetzt, um zivile und politische, soziale, wirtschaftliche, kulturelle und Solidaritätsrechte auf der supranationalen Ebene der Europäischen Union zu verankern, wenn ihr auch der Mangel an rechtlicher Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit anhaftet. Vom Odium des bloßen Deklarationscharakter wird die Grundrechtscharta durch Aufnahme als Teil II in den Verfassungsvertrag der Europäischen Union, auf den sich der Europäische Rat am 18.06.2004 geeinigt hat, befreit. Art I-9 EUVerfV normiert nicht nur, dass die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Grundrechtscharta anerkennt, sondern sie tritt auch der EMRK bei und erklärt deren Grundrechte sowie die der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ als Grundsätze und Teil des Unionsrechts. Die Grundrechtscharta der Europäischen Union wird damit integrierter und grundsätzlicher Bestandteil des Verfassungsvertrages der Europäischen Union.<sup>268</sup>

Die Menschenbild-Elemente des Europäischen Verfassungsvertrages sind somit identisch mit jenen der EMRK und der Grundrechtscharta. Auf letztere gilt es in diesem Abschnitt näher einzugehen, zumal die Grundrechtscharta deutlich macht, dass die Union mehr ist als nur ein großer Binnenmarkt mit der Freiheit des Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehrs. Als Wertegemeinschaft auf der Grundlage von Menschenwürde, Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit hat sie eine nicht zu unterschätzende pazifizierende Wirkung. Voraussetzung ist freilich, dass die Grundrechte und Grundfreiheiten mehr sind als nur eine feierliche Proklamation. Das Menschenbild der Grundrechtscharta eröffnet sich schon in der Präambel der Charta. „Auf der Grundlage gemeinsamer Werte eine friedliche Zukunft zu teilen“ wird denn auch schon im ersten Satz der Präambel als Zielvorgabe formuliert und ist angesichts der desaströsen Geschichte des 20. Jahrhunderts von fundamentaler Bedeutung. Gerade deswegen betont die Charta in kaum zu überbietender Deutlichkeit, dass sich die Union „im Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sitt-

---

<sup>268</sup> Angesichts möglicher weiterer Konsolidierungen des EUVerfV und des unbestimmten Zeitpunktes des Inkrafttretens beziehen sich die weiteren Ausführungen auf die Grundrechtscharta und deren Artikelbezeichnungen.

lichen Erbes<sup>[269]</sup> ... auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“ gründet.<sup>270</sup> Dieses kulturelle Erbe Europas setzt sich vor allem zusammen aus der griechischen Philosophie, dem Christentum und dem römischen Rechtsdenken. Die Union „beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Sie stellt die Person in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.“<sup>271</sup> Um zur Erhaltung und zur Entwicklung dieser gemeinsamen Ziele beizutragen, achtet die Union „die Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie der nationalen Identität der Mitgliedstaaten“. Die Charta nimmt Bezug auf und bekräftigt die „Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und den Gemeinschaftsverträgen, aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben“.<sup>272</sup> Der Grundrechtscharta liegt demnach eine Grundauffassung vom Menschen zugrunde, die durch Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Personalität geprägt ist. Die Finalität in den feierlich programmatischen Sätzen der Präambel impliziert ein dynamisches Menschenbildverständnis, das mit einer statischen Interpretation der Präambel im Allgemeinen und der Menschenbild-Elemente im Besonderen nicht vereinbar ist. Das Paradigma der Vielfalt in der Einheit ist Voraussetzung der Überwindung von Arroganz und nur möglich im Bewusstsein der Traditionen und der regionalen Identitäten. In den sieben Kapiteln der Charta werden entsprechend der Auffassung vom Menschen als ihrem Grund und Ziel die Rechte und Freiheiten einzeln normiert und entfaltet. Das Kapitel I hat die Würde des Menschen zum In-

---

<sup>269</sup> Vgl dazu oben 2.3.2 FN 353.

<sup>270</sup> Vgl Präambel GRC.

<sup>271</sup> Vgl ebd.

<sup>272</sup> Vgl ebd.

halt<sup>273</sup>, Kapitel II die Freiheiten<sup>274</sup>, Kapitel III die Gleichheit<sup>275</sup>, Kapitel IV die Solidarität<sup>276</sup>, Kapitel V die Bürgerrechte<sup>277</sup>, Kapitel VI justizielle Rechte<sup>278</sup> und Kapitel VI die allgemeinen Bestimmungen<sup>279</sup>.

<sup>273</sup> Vgl Art 1 (Unantastbarkeit der Menschenwürde), Art 2 (Recht auf Leben), Art 3 (Recht auf Unversehrtheit), Art 4 (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) und Art 5 (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit) GRC. Art 1 bis 5 GRC entsprechen Art II-61 bis II-65 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>274</sup> Vgl Art 6 (Recht auf Freiheit und Sicherheit), Art 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art 8 (Schutz personenbezogener Daten), Art 9 (Recht auf Ehe und Familie), Art 10 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), Art 11 (Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit), Art 12 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit), Art 13 (Freiheit von Kunst und Wissenschaft), Art 14 (Recht auf Bildung), Art 15 (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten), Art 16 (Unternehmerische Freiheit), Art 17 (Eigentumsrecht), Art 18 (Asylrecht) und Art 19 (Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung) GRC. Art 6 bis 19 GRC entsprechen Art II-66 bis II-79 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>275</sup> Vgl Art 20 (Gleichheit vor dem Gesetz), Art 21 (Diskriminierungsverbot), Art 22 (Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen), Art 23 (Gleichheit von Männern und Frauen), Art 24 (Rechte des Kindes), Art 25 (Rechte älterer Menschen) und Art 26 (Integration behinderter Menschen) GRC. Art 20 bis 26 GRC entsprechen Art II-80 bis II-86 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>276</sup> Vgl Art 27 (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen), Art 28 (Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen), Art 29 (Recht auf unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst), Art 30 (Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung), Art 31 (Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen), Art 32 (Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz), Art 33 (Schutz von Familien- und Berufsleben), Art 34 (Soziale Sicherheit und Unterstützung), Art 35 (Schutz der Gesundheit), Art 36 (Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse), Art 37 (Umweltschutz) und Art 38 (Verbraucherschutz) GRC. Art 27 bis 38 GRC entsprechen Art II-87 bis II-98 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>277</sup> Vgl Art 39 (Aktives und passives Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament), Art 40 (Aktives und passives Wahlrecht bei den Kommunalwahlen), Art 41 (Recht auf eine gute Verwaltung), Art 42 (Recht auf Zugang zu Dokumenten), Art 43 (Recht auf Bürgerbeauftragte), Art 44 (Petitionsrecht), Art 45 (Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit) und Art 46 (Diplomatischer und konsularischer Schutz) GRC. Art 39 bis 46 GRC entsprechen Art II-99 bis II-106 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>278</sup> Vgl Art 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht), Art 48 (Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte), Art 49 (Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen) und Art 50 (Grundsatz *ne bis in idem*, Verbot mehrmaliger Strafverfolgung und Bestrafung derselben Straftat) GRC. Art 47 bis 50 GRC entsprechen Art II-107 bis II-110 EUVerfV idF CIG 87/04.

Die Grundrechtscharta ist trotz der Kritik, die da und dort an ihr geübt wird<sup>280</sup>, ein Meilenstein in der Entwicklung der Grund- und Freiheitsrechte der Europäischen Union. Mit der Charta kann sich die Union in der Tat als Wertegemeinschaft profilieren und mit der Integration in den Verfassungsvertrag einen Schritt zur Identitätsstiftung setzen, und damit vielleicht auch so manchen Eindruck einer rein wirtschaftlichen Kriterien verhafteten und aus pragmatischem Kalkül geschaffenen Union korrigieren.<sup>281</sup> Es wird sich zeigen, wie weit es gelingt, Worten Taten folgen zu lassen und zB das Phänomen der Globalisierung von der Einengung auf den ökonomischen Aspekt zu befreien und auf die proklamierten Werte auszuweiten.

Im Blick auf jene Elemente, die das Menschenbild der Grundrechtscharta prägen, ist nach der Präambel die Menschenwürdeformel in Art 1 GRC als Generalklausel zu hervorzuheben, die den einzelnen Rechten und Freiheiten programmatisch – ähnlich Art 1 GG – vorangestellt ist. Ist in Art 1 GG die Achtung und der Schutz der unantastbaren Menschenwürde als „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ normiert, fasst Art 1 GRC diese Generalklausel umfassend: „Sie ist zu achten und zu schützen.“<sup>282</sup> Während die ersten Kapitel der Charta von einem freiheits- und abwehrrechtlichen Ansatz geprägt sind, werden im Kapitel über die Solidarität Schutz- und Leistungsrechte gewährleistet. Im Gegensatz zu den eher allgemeinen Kodifikationen, auf die die Grundrechtscharta Bezug nimmt, ist sie detaillierter gestaltet und bezieht auch Quellen mit ein, die in der Präambel der Charta nicht eigens angeführt sind. So sind in Kapitel I über die Menschenwürde gleich in Art 2 Abs 2 GRC das Verbot der Todesstrafe normiert<sup>283</sup> und in Art 3 Abs 2 GRC demonstrative Beispiele aus dem

<sup>279</sup> Vgl Art 51 (Anwendungsbereich), Art 52 (Tragweite der garantierten Rechte), Art 53 (Schutzniveau), und Art 54 (Verbot des Missbrauchs der Rechte) GRC. Art 51 bis 54 GRC entsprechen Art II-111 bis II-114 EUVerfV idF CIG 87/04.

<sup>280</sup> So spricht zB *Tretter* von „schwerwiegenden systematischen, dogmatischen und Formulierungsfehlern. (Vgl *Tretter*, Menschenrechte in Europa [oben 3.3.3 FN 252] 8.)

<sup>281</sup> Vgl *Mühlstädt*, Eine Lanze für Europa! In *Berliner Republik* 04 (2000). Zit n [http://www.b-republik.de/artikel.php?is=200&akt\\_year=2000&akt\\_issue=4](http://www.b-republik.de/artikel.php?is=200&akt_year=2000&akt_issue=4).

<sup>282</sup> Art 1 zweiter Satz GRC.

<sup>283</sup> Aufgrund Art 52 Abs 3 GRC liegt Art 2 Abs 2 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite zugrunde wie in der EMRK, sodass deren Ausnahmebestimmungen in Art 2 Abs 2 EMRK und Art 2 6. ZP EMRK auch für die Charta Geltung haben.

Bereich von Medizin und Biologie für das Recht auf Unversehrtheit aufgelistet, die sich im Grundsatz an der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin 1997 und deren Zusatzprotokoll orientieren.<sup>284</sup> Art 9 GRC gewährleistet nach den einzelstaatlichen Gesetzen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Im Gegensatz zu Art 12 EMRK, der das Recht, gemäß den innerstaatlichen Gesetzen eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, auf „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter“ bezieht, ist Art 9 GRC geschlechtsneutral und damit weitreichender formuliert.<sup>285</sup> So ist das Menschen-

<sup>284</sup> Art 3 Abs 2 GRC: „Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: – die freiwillige Einwilligung der betroffenen Person nach vorheriger Aufklärung ..., – das Verbot eugenischer Praktiken, insbesondere derjenigen, welche die Selektion von Personen zum Ziel haben, – das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen, – das Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen.“

<sup>285</sup> Die Ehe ist in den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union an zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts gebunden. In Österreich ist sie gemäß § 44 ABGB als Vertrag von zwei Personen verschiedenen Geschlechts definiert, verbunden mit dem „Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten“. In zivilrechtlichen Normen von Staaten, die keine Legaldefinition der Ehe aufweisen, wird die Heterosexualität der Ehepartner zumindest impliziert, wenn zB von „Braut“ und „Bräutigam“ die Rede ist (Vgl Art 98 Schweizer ZGV.). In den Niederlanden ist die standesamtliche Verehelichung homosexueller Partner oder Partnerinnen seit 2001 möglich, in Belgien seit 2003. Nahezu gleiche Rechte wie in der Ehe sind mit den „eingetragenen Partnerschaften“ gleichgeschlechtlicher Partner oder Partnerinnen verbunden, wie sie in Deutschland, Dänemark, Island, Norwegen und Schweden eingeführt worden sind. Die Adoption von Kindern ist in diesen Ländern im Rahmen der eingetragenen Partnerschaften ausgeschlossen. Auch Finnland und Frankreich haben „eingetragene Partnerschaften“ für gleichgeschlechtliche Personen ermöglicht, allerdings mit deutlich geringeren Rechten, als mit der Ehe verbunden sind. Ungarn und Portugal ermöglichen homosexuellen Personen zwar keine „eingetragenen Partnerschaften“, aber eine Gleichstellung mit verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Österreich, Nordirland, Spanien, die Schweiz und Großbritannien haben punktuelle Gleichstellungen mit verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen Partnerschaften eingeführt. Keine Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare gibt es in den meisten osteuropäischen Ländern sowie in Irland und Italien. (Vgl Der Standard, 13.08.2004 in <http://derstandard.at/?url=/?id=1758957>.) In Summe zeigt sich in dieser gesellschaftspolitisch heftig diskutierten Situation eine Entwicklung, die die Dismembration von Ehe, Sexualität und Reproduktion vollzogen hat. Anstelle der Bindung menschlicher Sexualität an Ehe und/oder Nachkommenschaft rückt der kommunikative Aspekt in den Vordergrund, wofür das Abwehrrecht des Art 8 EMRK ebenso in Anspruch genommen wird wie das Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Ausrichtung gemäß Art 21 Abs 1 GRC. (Vgl dazu *Auer* in *Auer/Frantsits* 5-24 sowie *Aigner* in ebd 115-140.)



bild, das der Europäischen Union zugrunde liegt und auf dessen Verwirklichung stets sie bedacht sein muss, nach Menschenwürde, Personalität und Sozialität, Freiheit und Gleichheit besonders auch durch das Element der autonomen Selbstbestimmung und der freien Persönlichkeitsentwicklung geprägt, das mit seinem Entscheidungsfreiraum im Rahmen seiner Selbstverwirklichung ebenso korreliert wie mit seiner kulturellen und regionalen Prägung und Identität. Die akkulturierende Fähigkeit des Kontinents zur Synthese ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Zukunft Europas. Im Menschenbild ist die Richtung vorgegeben.