

JAN C. JOERDEN (FRANKFURT (ODER))

Das Versprechen der Menschenwürde – Konsequenzen für das Medizinrecht¹



Jan C. Joerden ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und Leiter des dortigen Interdisziplinären Zentrums für Ethik. Er forscht vorrangig auf den Gebieten Allgemeiner Teil des Strafrechts, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht, Medizinethik, Rechtsphilosophie und Juristische Logik.

Er hat diverse Bücher verfasst, zuletzt *Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch* (Duncker & Humblot, Berlin 2009) und *Logik im Recht*, 2. Aufl. (Springer Verlag, Heidelberg 2010), und gibt u. a. das *Jahrbuch für Recht und Ethik* (Duncker & Humblot, Berlin) mit heraus.

Kontakt: joerden@euv-frankfurt-o.de

1

Der Beitrag ist die gekürzte und überarbeitete Fassung einer Diskussionsgrundlage für einen *jour fixe* der Forschungsgruppe ›Herausforderungen für Menschenbild und Menschenwürde durch neuere Entwicklungen der Medizintechnik‹; er gibt nur die Auffassung des Autors wieder. Andere Interpretationen des Begriffs ›Menschenwürde‹ von Mitgliedern der Forschungsgruppe finden sich insbesondere in BIRNBACHER 1996 u. 2008, DÜWELL 2001 u. 2010, HILGENDORF 1999 u. 2001, HÖRNLE 2008, LINDEMANN 2004, LOHMANN 2004 u. 2010, POLLMANN 2005, ROTHHAAR 2008 u. 2009, SCHABER 2003, STOECKER 2003, 2004 u. 2010, jeweils m. w. N. zur Menschenwürde-Debatte.

I. Die Ausgangslage im Jahre 1945

›Du bist nichts, dein Volk ist alles.« Parolen wie diese und die damit verbundene Denkweise waren charakteristisch für die Zeit in Deutschland von 1933 bis zum Zusammenbruch 1945. Sie formulierten das Credo eines Staates, der nicht um seiner Bürger willen da war, in dem vielmehr die Bürger um des Staates willen existieren durften. Wie wenig sie wert waren, zeigte sich in der menschenverachtenden Vernichtung ganzer Bevölkerungsgruppen des eigenen Staates und im hemmungslosen ›Verbrauch‹ von ›Menschenmaterial‹ bei der Führung ungerechtfertigter Kriege. Nach dem Zusammenbruch eines so konzipierten Staates bedurfte es eines radikalen Neuanfangs. Auch sofern man sich auf die Zeit der Weimarer Republik stützen konnte, war es nicht hinreichend, einfach zur Tagesordnung vor 1933 zurückzukehren, zumal die Weimarer Republik und ihre Verfassung ja gerade nicht in der Lage gewesen waren, die Entstehung des Dritten Reiches zu verhindern.

II. Das Versprechen der Menschenwürde im Grundgesetz

Man kann Art. 1 des 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes² als ein *Versprechen* des sich formierenden neuen Staates an seine Bürger und zugleich an alle Menschen auf seinem Staatsgebiet inter-

pretieren, den Staat nicht länger als Selbstzweck zu verstehen, sondern vielmehr jeden einzelnen Menschen als Selbstzweck anzusehen, womit das Verhältnis zwischen Staat und Bürger um 180 Grad gewendet wurde, gleichsam eine ›kopernikanische Wende‹ des Staatsverständnisses. (Zu einer »versprochenen Menschenwürde« vgl. auch HOFMANN 1993, allerdings mit anderer Akzentsetzung als hier). Nicht mehr der Bürger sollte für den Staat, sondern der Staat für den Bürger da sein. Interpretiert man die ja nicht von ungefähr oftmals als Menschenwürdegarantie bezeichnete Aussage des Art. 1 GG als ein *Versprechen* des Staats an seine Bürger, so begründet das zunächst einmal zugleich die *juridische Verbindlichkeit* dieser Menschenwürdegarantie. Denn ein Versprechen, das angenommen wird (und davon wird man ausgehen können, wenn man die allgemeine Akzeptanz des Grundgesetzes in Deutschland in Rechnung stellt), muss gehalten werden: *pacta sunt servanda*.

Neben der Annahme juridischer Verbindlichkeit dieses Versprechens des (deutschen)³ Staates an die Menschen auf seinem Staatsgebiet bleibt zu klären, was denn eigentlich versprochen wurde, d. h. welchen *Inhalt* das Versprechen hatte und hat. Es liegt ja die These nicht ganz fern, dass die Menschenwürdegarantie letztlich inhaltslos ist (dazu etwa HOERSTER 2002, 11 ff.). In gewisser Hinsicht ist sie das auch, da sie erst mit Inhalt gefüllt werden muss. Wie noch zu zeigen sein wird, bilden diesen Inhalt primär die menschenrechtlichen Garantien (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Die Menschenwürdegarantie ist daher zunächst nur eine ausfüllungsbedürftige Hülle, aber schon diese Hülle als solche hat es gewissermaßen in sich, indem sie bereits den Rahmen für eine künftige Verfassungsrechtsordnung bereitstellt. Denn sie transportiert zumindest den Gedanken, dass nicht mehr das Volk als amorphe Masse bzw. der Staat selbst, sondern ab jetzt der Mensch als Individuum im Mittelpunkt der verfassten Gesellschaft stehen soll.

III. Die Formprinzipien des Menschenwürdeschutzes

Insoweit sind Gegenstand des Versprechens der Menschenwürde zwar noch nicht die einzelnen inhaltlichen Rechte des Individuums (sie füllen den genannten Rahmen erst adäquat aus), sondern primär die mit einem solchen Versprechen des Staates an die individuellen Menschen auf seinem Staatsgebiet verbundenen *Formprinzipien* für eine – wie beschrieben – verfasste Rechtsordnung. Und diese Formprinzipien haben zumindest in praktischer Hinsicht den Charakter von – kantisch formuliert – *Bedingungen der Möglichkeit* eines auf diese Weise anders und vollkommen neu konzipierten Staatswesens. Formprinzipien sind die Prinzipien, die nun näher zu benennen sein werden, deshalb, weil sie (in diesem Fall: vom Staat) bereits anerkannt sein müssen, bevor es überhaupt zu einem solchen Versprechen kommen kann, das diese Bezeichnung verdient (näher JOERDEN 1988, 307 ff.).

Als erstes dieser Formprinzipien ist hier das oben bereits kurz erwähnte Prinzip *pacta sunt servanda* zu nennen, bzw. auf das Versprechen (hier: des Staates) bezogen: Versprechen müssen gehalten werden. Denn die Erfüllung dieser Pflicht, Versprechen zu halten, kann nicht ihrerseits versprochen werden; diese Pflicht muss vielmehr immer schon vorausgesetzt werden, wenn man

2

Art. 1 GG lautet: »(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.«

3

Für andere Staaten, die den Begriff der Menschenwürde in ihrer Verfassung verwenden, kann meist eine ähnliche Motivationslage wie für Deutschland festgestellt werden, und zwar die vorangehende Erfahrung mit einem Unrechtsstaat.

4

Art. 79 Abs. 3 GG lautet: »Eine Änderung dieses 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, ist unzulässig.«

etwas versprechen will, sonst ist gar kein – jedenfalls kein ernstgemeintes – Versprechen vorhanden. So wie man auch den Satz *pacta sunt servanda* nicht vereinbaren kann, sondern ihn immer schon anerkannt haben muss, wenn man etwas vereinbaren will.

Man kann Art. 79 Abs. 3 GG⁴ als eine Bekräftigung deuten, dass für diesen neu zu gründenden Staat das Versprechen der Menschenwürde essentiell und daher dauerhaft bindend sein soll. Diese Norm, die eine Änderung des Grundgesetzes (u. a.) im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie ausschließt, ist teilweise als paradox, weil in gewisser Hinsicht selbstreferentiell, kritisiert worden. Insbesondere mag man etwas spitzfindig fragen, ob dann nicht wenigstens Art. 79 Abs. 3 GG geändert werden könne, um anschließend Art. 1 GG abzuschaffen. Dieser Frage wird man wohl nur unter Rekurs auf Sinn und Zweck einer solchen Ewigkeitsgarantie begegnen können. Entscheidend ist im vorliegenden Kontext jedenfalls, dass der Grundgesetzgeber mit der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG klargestellt hat, wie ernst er es mit der Menschenwürde meint und dass er nicht die Option eröffnen will, dieses Versprechen der Menschenwürde später einmal wieder zurückzunehmen (jedenfalls nicht im Rahmen *dieser* Verfassung). Hätte er der Sache nach geschrieben: ich verspreche, die Menschenwürde zu garantieren, dies kann aber später wieder geändert werden, wäre sein Versprechen von vornherein keines gewesen.

Weiterhin folgt bereits aus dem *Begriff* des Versprechens, dass der Staat seine Bürger als Individuen ansieht, denen man überhaupt ein Versprechen geben *kann*. Auch dies ist notwendige Bedingung schon der Abgabe eines Versprechens, welchen Inhalt dieses auch immer haben mag. Denn man muss den Versprechensempfänger bereits (als Person) anerkannt haben, weil anderenfalls schon die Abgabe des Versprechens sinnlos wäre. Ein Versprechen braucht einen (geeigneten und als solchen anerkannten) Adressaten. Einem Baum kann man nichts versprechen. Die *Anerkennung* der Staatsbürger als Personen ist damit ebenfalls qua Bedingung der Möglichkeit Gegenstand des Menschenwürde-Versprechens.

Darüber hinaus wendet sich das Versprechen des Menschenwürdeschutzes offenkundig an *alle* Staatsbürger (sogar an alle Menschen auf dem Staatsgebiet) *gleichermaßen*. Damit umfasst dieses Versprechen zugleich den Gedanken des *Gleichheitssatzes*, wonach alle Menschen in relevant gleicher Situation (d. h. hier: vor dem Gesetz) durch die Staatsorgane gleichzubehandeln sind. Auch dies ist wiederum eine notwendige Bedingung für ein Versprechen an eine Gruppe (von

Immanuel Kant, * 22. April 1724 in Königsberg; † 12. Februar 1804 ebenda – Radierung von Johann Leonhard Raab nach einem Original von Gottlieb Döbler (1791)

[http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/cd/Immanuel_Kant_\(portrait\).jpg](http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/cd/Immanuel_Kant_(portrait).jpg)



Menschen), zwischen denen der Versprechende keine Differenzierung einführt. Denn es wäre widersprüchlich, *allen* Menschen (ohne sonstige Spezifizierung) Würdeschutz zu versprechen, diesen Schutz dann aber Einzelnen aus dieser Gruppe vorenthalten zu wollen. Damit ist Formprinzip des Menschenwürde-Versprechens auch der allgemeine Gleichheitssatz, und zwar unabhängig davon, wann nun im Einzelfall die eine Situation einer anderen Situation als ›gleich‹ bzw. ›ungleich‹ anzusehen ist.

Jemandem etwas zu versprechen, bedeutet aber auch, den *Willen* des anderen grundsätzlich zu respektieren (*neminem laede*). Würde man dies nicht voraussetzen, wäre das Versprechen sinnlos, da man den anderen dann ohnehin allein dem eigenen Willen (hier: des Staates) gemäß traktieren könnte und gar nichts versprechen müsste. Ein jedes Versprechen als solches setzt damit bereits voraus, dass die Person, der gegenüber man das Versprechen abgibt, dessen Erfüllung auch soll einfordern können – und dies wieder unabhängig davon, was auch immer inhaltlich versprochen worden sein mag. Ein Versprechen generiert damit zugleich auch ein *Recht* (einen Anspruch) des Versprechensempfängers darauf, dass das Versprechen erfüllt wird. Hierin liegt nun auch zugleich der Kern des sog. *Instrumentalisierungsverbots* (vgl. DÜRIG 1956, dem das Verdienst zukommt, den ursprünglich von KANT stammenden Gedanken des Instrumentalisierungsverbots vom Zweipersonenverhältnis auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger übertragen zu haben). Denn mit der Abgabe des (dauerhaften) Menschenwürde-Versprechens ist das Recht des einzelnen Bürgers auf Einforderung der Achtung seines Willens notwendig verbunden.

Allerdings haben dieses Recht alle Bürger des Staates gleichermaßen (vgl. oben zum Gleichheitssatz). Damit aber ist die Ausübung der einzelnen Willen stets durch die Willen aller anderen begrenzt. Aufgabe und Sinn des Staates ist es gerade, diese wechselseitige Begrenzung der Einzelwillen zu sichern.⁵ Das bedeutet, dass (Instrumentalisierung oder besser:) staatlicher *Zwang* überhaupt nur dann ausgeübt werden darf, wenn er mit der Sicherung der (potentiellen) Rechte anderer Bürger gerechtfertigt werden kann. Nur insoweit, als Zwang in diesem Sinne notwendig (dies wird oft auch als ›verhältnismäßig‹ bezeichnet) ist, kann er als (legitimer) ›Rechtswang‹ auftreten.

Mit dem Versprechen eines Rechts sind zugleich zwei weitere allgemeine Rechtsprinzipien verbunden, die sich in der Rechtswissenschaft in seit langem bekannten Regeln widerspiegeln: *volenti non fit iniuria* und *vim vi repellere licet*. Die erste Regel ist deshalb zentral, weil kein Rechtsanspruch gegeben sein kann, wenn auf diesen explizit verzichtet wird. Und das Recht auf einen solchen Verzicht ergibt sich seinerseits aus der (dem Individuum versprochenen) Achtung seines Willens (vgl. oben). – Der zweite dieser beiden Sätze bringt das Notwehrrecht zum Ausdruck. Er bedeutet, dass man ein Recht, wenn es (rechtswidrig) angegriffen wird, verteidigen darf (sofern nicht der Staat in der Lage ist, kraft seines grundsätzlichen Gewaltmonopols die Verteidigung des Rechts selbst zu gewährleisten). Auch das Notwehrrecht ist insofern für eine Rechtsordnung zentral, als bei seinem Fehlen ein jedes Recht praktisch wertlos, weil im Notfall (d. h. bei Abwesenheit schutzbereiter Staatsorgane) nicht zu schützen wäre. (Ein Angreifer auf ein Recht müsste es sonst nur bewerkstelligen, dass der Schutz des Staates zu spät käme, um rechtmäßig das Recht eines Anderen beeinträchtigen zu können.)

IV. Zum Inhalt des Menschenwürdeschutzes

Während die vorstehend genannten Prinzipien (*pacta sunt servanda*, *Anerkennung*, *Gleichheitssatz*, *neminem laede*, *volenti non fit iniuria*, *vim vi repellere licet*) als Formprinzipien eines jeden Versprechens gelten können, weil sie bei jedem Versprechen bereits als gültig vorausgesetzt werden

5

Vgl. dazu schon KANTS »Allgemeines Princip des Rechts«: »Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann« (KANT 1797, 280).

6

Art. 3 Abs. 1 GG lautet: »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.«

7

Art. 2 Abs. 1 GG lautet: »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.«

8

Art. 20 Abs. 4 GG lautet: »Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.«

müssen, bedarf es bei der Ermittlung des *Inhalts* des Menschenwürde-Versprechens einer Interpretationsleistung: Es muss klargestellt werden, was denn nun konkret mit dem Menschenwürdeschutz im Grundgesetz gemeint ist (und auch, was nicht gemeint ist). Maßgebend ist bei einer solchen Interpretation zum einen das, was der Versprechende versprechen wollte, aber zum anderen auch das, was der Versprechensempfänger verstehen konnte bzw. durfte (sog. objektiver Empfängerhorizont).

Der Grundgesetzgeber hat indes selbst bereits wesentliche Interpretationshilfen für den *Inhalt* des Menschenwürde-Versprechens geliefert, indem er dieses als Grund dafür angibt, sich zu den Menschen- bzw. Grundrechten zu bekennen. Der Grundrechtskatalog wird damit zu rechtlichen Spezifizierungen des Menschenwürdebegriffs, so dass letzterer durchaus auch als (Rechts-)Quelle der Grundrechte verstanden werden kann. Damit ist zugleich die Möglichkeit eröffnet, dass durch Interpretation von Sinn und Zweck des Menschenwürdeschutzes (*ratio legis*) weitere, bisher nicht im Grundgesetz explizit erwähnte Grundrechte »entwickelt« werden. Ein Beispiel dafür ist das vom BVerfG vorwiegend aus Art. 1 GG (und Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitete (Grund-)Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Es lassen sich zudem im Hinblick auf die oben unter III. genannten Formprinzipien Reflexe auch im Kanon der Grundrechte identifizieren. So findet sich eine Garantie des Gleichheitsprinzips in Art. 3 Abs. 1 GG.⁶ Die Perpetuierung des Menschenwürde-Versprechens und damit dessen Ernsthaftigkeit wird (wie erwähnt) von Art. 79 Abs. 3 GG verbürgt. Die Anerkennung des Versprechensempfängers sowie der Satz *volenti non fit iniuria* lassen sich – neben anderen Inhalten dieser Vorschrift – in Art. 2 Abs. 1 GG (Freie Entfaltung der Persönlichkeit)⁷ wiedererkennen. Zumindest der Gedanke auch des Notwehrrechts kehrt in einer Bestimmung des Grundgesetzes wieder, wenn in Art. 20 Abs. 4 GG⁸ ein Recht auf Widerstand gegen Handlungen, die die Aufhebung der Grundrechte (und der verfassungsmäßigen Ordnung) betreiben, normiert wird. (Gerade diese Vorschrift ist ein Zeichen dafür, dass der Verfassungsgeber das Versprechen des Menschenwürdeschutzes ernst genommen hat; hätte er sonst dem Einzelnen jemals auch ein Recht zur Gewaltanwendung sogar gegen Staatsorgane eingeräumt?)

Schließlich wird man den Inhalt des Menschenwürde-Versprechens so deuten können, dass es auch einen Anspruch des Bürgers auf Sicherung seiner Existenz umfasst. Denn der Verfassungsgeber selbst interpretiert den Menschenwürdeschutz u. a. als die Möglichkeit zur »freien Entfaltung der Persönlichkeit« (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG). Diese Möglichkeit besteht indes dann nicht mehr, wenn es an den Mindestvoraussetzungen für eine Existenzsicherung fehlt. Man könnte das Versprechen der Möglichkeit zur »freien Entfaltung der Persönlichkeit« sogar so weitgehend interpretieren, dass der Staat eine Maximierung der Möglichkeiten zur freien Entfaltung der Persönlichkeit anzustreben hat. Diese Pflicht fände ihre Schranke dann nurmehr an der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Staates (denn auch hier gilt wie bei jeder Verpflichtung: *ad impossibilia nulla est obligatio*), da er ja diese Verpflichtung allen seinen Bürgern gegenüber gleichermaßen übernommen hat und dementsprechend auch dafür sorgen muss, dass er zur Pflichterfüllung überhaupt in der Lage bleibt.

Zumindest eine These schließt die Interpretation der Menschenwürde qua staatlichen Versprechens allerdings aus: Die These, aus dem Menschenwürdebegriff lasse sich auch eine *Verpflichtung* des Bürgers zu bestimmtem Verhalten ableiten. Zwar muss er die Etablierung einer Rechtsordnung dulden, die die Rechte (Interessenverfolgung) jedes Einzelnen gegen die Rechte aller anderen im Staat abgrenzt. Dieses ist gleichsam eine innere Schranke des Menschenwürde-Versprechens an alle Bürger und die Bedingung der Möglichkeit seiner Realisierbarkeit. Es gehen aber jedenfalls keine sonstigen Pflichten von dem Menschenwürde-Versprechen aus, und zwar schon

deshalb nicht, weil sich die Auferlegung von Pflichten nicht als Ausfluss eines *Versprechens* deuten lässt. Verpflichtet wird nur der Versprechende (zur Erfüllung seines Versprechens), aber nicht der Versprechensempfänger (allenfalls zur Annahme der versprochenen Leistung, sofern er das Versprechen akzeptiert hat, aber nicht zu eigenen Leistungen). Aus einem Versprechen lassen sich m. a. W. nur Rechte, nicht aber Pflichten des Versprechensempfängers ableiten. Wo der Staat Pflichten auferlegen will, muss er dies explizit tun (wie etwa hinsichtlich der Wehrpflicht in Art. 12a GG); aus dem Menschenwürde-Versprechen ergeben sie sich jedenfalls nicht. Das aber bedeutet auch, dass sich aus dem Menschenwürde-Versprechen auch keine Pflichten des Bürgers gegenüber dem Staat ableiten lassen, selbst wenn versucht wird, diesen über die Konstruktion von »(Rechts-)Pflichten gegen sich selbst« einen Weg zu bahnen.

V. Unabwägbarkeit und Unveräußerlichkeit

Daraus, dass das Menschenwürde-Versprechen die oben unter III. dargelegten *Formprinzipien* impliziert, lässt sich weiterhin ableiten, dass zumindest diese Formprinzipien (aus der Perspektive des Staates) unabwägbar sind. Denn jede Weise einer Einstellung dieser Prinzipien in ein Abwägungskalkül würde ihren Charakter als *Bedingungen der Möglichkeit* des Menschenwürde-Versprechens konterkarieren. Zumindest im Grundsatz kommt diese These mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der sog. *Wesensgehaltstheorie* der Grundrechte überein, wonach die Grundrechte jedenfalls nicht um der Interessen anderer Personen willen so eingeschränkt werden dürfen, dass von ihrer Schutzfunktion praktisch nichts mehr übrig bleibt (vgl. dazu auch die korrespondierende verfassungsrechtliche Interpretation von Art. 79 Abs. 3 GG, wonach die mögliche Einschränkung von Grundrechten jedenfalls an deren Wesensgehalt eine unüberschreitbare Grenze findet). Allenfalls zulässig ist die wechselseitige Begrenzung der Ausübung von Grundrechten verschiedener Personen im Sinne sog. praktischer Konkordanz. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, zwischen zumindest zwei Graden der Menschenwürdebeeinträchtigung (durch den Staat) zu unterscheiden: Zum einen Beschränkungen der Grundrechtsausübung, die den Wesensgehalt des Grundrechts unangetastet lassen; diese Beeinträchtigungen können (bei hinreichender Begründung) u. U. gerechtfertigt sein. Zum anderen Eingriffe in die Grundrechtsausübung, die das jeweilige Grundrecht als solches für den Betroffenen vollständig in Wegfall bringen; diese Eingriffe können in keinem Fall gerechtfertigt sein, weil sie bereits die o. g. Formprinzipien des Menschenwürdeschutzes negieren.

Eine Konsequenz der Thesen oben unter III. ist es weiterhin, dass das Stichwort von der *Unveräußerlichkeit der Menschenwürde* bzw. der Menschenrechte (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG) nur so interpretiert werden kann, dass der Staat den Bürger nicht seiner Menschenwürde berauben darf (und ihn vor entsprechenden Übergriffen Dritter zu schützen hat; vgl. dazu auch die These von der sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte). Denn anderenfalls würde der Staat sein Menschenwürde-Versprechen nicht halten. Andererseits ist damit aber nichts über die *Selbstentäußerung* der Menschenwürde (genauer: den Verzicht auf den Schutz der Menschenwürde) durch den Bürger gesagt. Sofern nicht Rechte Anderer entgegenstehen, gilt auch hier der Satz *volenti non fit iniuria*. Denn mehr ist aus einem Versprechen des Menschenwürdeschutzes nicht herleitbar. Jede andere These erforderte zusätzliche Argumente, etwa die Behauptung einer Pflicht zur Wahrung der Würde, für die sich aber keine überzeugende Begründung abzeichnet, jedenfalls dann nicht, wenn es um eine *Rechtspflicht* gehen soll (im Hinblick auf *Tugendpflichten* oder sonstige rein *ethische* Pflichten mag Anderes gelten).

VI. Konsequenzen des Menschenwürde-Versprechens für das Medizinrecht

Im folgenden Abschnitt sollen nun einige Konsequenzen der vorstehenden Konzeption eines juristischen Begriffs von Menschenwürde für das *Medizinrecht* angesprochen werden. Dabei kann es nur um eine Skizze gehen; und es werden hier auch *nur einige* der diskussionswürdigen Fallkonstellationen bzw. Problembereiche herausgegriffen.

1. Patientenautonomie

Dass es für die wirksame Rechtfertigung eines ärztlichen Eingriffs in die Körperintegrität eines Patienten der (informierten) Einwilligung dieses Patienten bedarf, folgt unmittelbar aus dem mit dem Versprechen der Menschenwürde durch den Staat anerkannten Prinzip, wonach der Wille des Individuums zu achten ist, soweit nicht durch seine Ausübung die Rechte anderer beeinträchtigt werden. Bei dem Eingriff in die Körperintegrität geht es allenfalls um Rechte desjenigen, in dessen Körper eingegriffen wird, weshalb es allein auf seine (informierte) Einwilligung ankommt, nicht aber etwa auf das (ggf. gut gemeinte) Behandlungsziel des Arztes. Dies ist für den Bereich des Medizinrechts der gleichsam klassische Fall des Verbots der Instrumentalisierung: Die Missachtung des Willens des Patienten würde diesen zu einem bloßen Objekt (einer Sache) für den Arzt machen. Dies durch entsprechende gesetzliche Vorschriften zu verhindern, hat der Staat mit der Menschenwürdegarantie versprochen.

Das bedeutet aber auch, dass die Einwilligung in den ärztlichen Eingriff von dem Patienten frei verweigert werden kann (mit der Wirkung, dass keine Rechtfertigung des Eingriffs erfolgt, dieser vielmehr als Körperverletzung bzw. Nötigung strafbar ist). Eine ›Vernünftigkeitkontrolle‹ der Entscheidung findet nicht statt, da gerade auch die freie Entscheidung zum Behandlungsverzicht Ausdruck des freien Willens (bei hier vorausgesetzter Zurechnungsfähigkeit) ist und dessen Beugung oder anderweitige Missachtung einen Verstoß gegen das Versprechen der Menschenwürde darstellen würde.

Dem entsprechend findet auch keine ›Vernünftigkeitkontrolle‹ bei der Erteilung der Einwilligung in einen körperlichen Eingriff statt. Zwar sagt § 228 StGB, wonach die Einwilligung unwirksam ist, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, auf den ersten Blick etwas anderes. Zu Recht geht indes die neuere Rechtsprechung davon aus, dass dieser unklare Rekurs auf die ›guten Sitten‹ durch eine objektive Grenzziehung (im Hinblick auf den Schweregrad des Eingriffs) abgelöst werden sollte. Wenn danach Eingriffe mit freiverantwortlicher Einwilligung etwa nur noch dann als rechtswidrig gelten, wenn durch den Eingriff eine schwere Körperverletzung nach § 226 StGB angerichtet wird, so ist die Begründung für diese Grenzziehung nur noch in der Wahrung von Rechten Dritter zu sehen, indem diese vor (abstrakten) Gefährdungen (z. B. durch Nachahmungstäter, die sich keine Einwilligung beschafft haben, oder durch Abwertung des Körperverletzungstabus etc.) ihres Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit geschützt werden sollen. Dies stellt jedenfalls den Grundsatz nicht in Frage, dass auch die ›unvernünftige‹ Einwilligung in einen körperlichen Eingriff (etwa bei einem Eingriff ins Gehirn für Zwecke des Enhancement oder bei exzessiven ›Schönheitsoperationen‹) grundsätzlich rechtfertigend wirkt, sofern nicht Zurechnungsunfähigkeit des Einwilligenden (oder ein sonstiger Freiheitsausschluss wie z. B. ein relevanter Irrtum) gegeben ist.

2. Sterbehilfe

Nichts prinzipiell anderes gilt auch bei der aktiven Sterbehilfe. Grundsätzlich umfasst das Versprechen der Menschenwürde auch hier die Pflicht des Staates, den (zurechenbaren) Willen

des Einzelnen zu achten, selbst wenn dieser Wille sich gegen den Einzelnen selbst wendet. Es wäre deshalb auch menschenwürdevidrig, einen Suizidenten (endgültig) von seinem Vorhaben abzuhalten oder dies Verhalten für den Fall, dass der Suizid im Versuch stecken bleiben sollte, mit Strafe zu bedrohen. Es mag sein, dass der Staat berechtigt (eventuell sogar verpflichtet) ist, den Suizidwilligen zu einer sorgsamem Überlegung über sein Vorhaben anzuhalten und ihn deshalb zumindest beim ersten Suizidversuch ggf. an dessen Vollendung zu hindern (etwa durch Wiederbelebungsmaßnahmen); auf Dauer darf er den (hier als freiverantwortlich vorausgesetzten) Willen des Betreffenden jedoch nicht ignorieren. (Bei in der Regel in solchen Fällen nahe liegender Zurechnungsunfähigkeit des Suizidwilligen gilt natürlich etwas anderes.)

Dass § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) nicht wegen Verstoßes gegen den Gedanken des Menschenwürdeschutzes verfassungswidrig ist, liegt daher nur daran, dass hier möglicherweise Rechte Dritter (abstrakt) gefährdet würden, wenn man ihn abschaffte (generelle Enttabuisierung von Tötungen; unzutreffende Behauptungen der Einwilligung des Tötungsopfers etc.). Das gilt erst recht auch für die aktive Sterbehilfe. (Die Behauptung, zwar sei der Suizid straflos, aber die verlangte Tötung durch einen Anderen müsse trotz der Einwilligung des Opfers stets strafbar sein, weil der Einwilligende eine ›Rechtspflicht gegen sich selbst‹ verletze, ist nicht plausibel; näher JOERDEN 2009, 448ff.) An sich ist der (freiverantwortliche) Wille des Sterbewilligen zu achten; in der Rechtspraxis ist er (vgl. § 216 StGB) nur deshalb unmaßgeblich, weil es sonst zu Gefährdungen für Dritte kommen könnte.

Besonders deutlich wird dies bei der allgemein für straffrei erachteten sog. indirekten Sterbehilfe. Diese könnte gar nicht straffrei sein, wenn man nicht auch hier die Achtung des Willens des Patienten (wie sie nach hier vertretener Ansicht durch den Menschenwürdeschutz gefordert wird) zur Grundlage der Beurteilung machte. Denn alle anderen Rechtfertigungsgründe (einschließlich der sog. *duplex effectus*-Doktrin oder der Bezugnahme auf § 34 StGB) tragen in diesem Fall nicht oder sind zirkulär begründet. Entscheidend für die Rechtmäßigkeit der indirekten Sterbehilfe ist vielmehr, dass – anders als im Grundfall der Tötung auf Verlangen (s. o.) – hier keine Gefährdungen von Rechten Dritter ersichtlich sind, wenn die Gabe des (möglicherweise) lebenszeitverkürzenden Schmerzmittels mit informierter Einwilligung des Patienten und durch den Arzt erfolgt. (Ob es parallele Fälle der aktiven Sterbehilfe geben könnte, mag hier offen bleiben; es spricht zumindest einiges dafür.) Mit Recht hat daher der Bundesgerichtshof in den Fällen der indirekten Sterbehilfe die Position vertreten, dass hier die Menschenwürde des Patienten sein Lebensrecht überwiegt. Entscheidend ist dabei allerdings – was der Bundesgerichtshof nicht sagt, aber sagen müsste –, dass es eine Menschenwürdeverletzung wäre, dem betreffenden Patienten gegen seinen Willen wegen des formalen Tötungsverbots das Schmerzmittel vorzuhalten.

3. Eingriffe bei mutmaßlicher Einwilligung

Sofern sich der wahre Wille des Patienten nicht feststellen lässt, etwa weil der Patient bewusstlos oder sonst zurechnungsunfähig ist, ist dessen mutmaßlicher Wille zu ermitteln. Auch dies geschieht gerade deshalb, um der Menschenwürde des Individuums gerecht zu werden, das nicht zu einem bloßen Mittel werden, sondern stets zumindest gemäß seinem mutmaßlichen Willen behandelt werden soll. Daher ist auch zunächst herauszufinden, ob sich Indizien für den wahren Willen des Individuums zum Zeitpunkt des ärztlichen Eingriffs ergeben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn dazu Zeugen (z. B. Angehörige) befragt werden können oder z. B. eine Patientenverfügung vorliegt etc. (Die Patientenverfügung beurkundet nur einen Willen des Patienten vor Eintreten der Zurechnungsunfähigkeit, ist also auch lediglich ein Indiz für seinen ›wahren‹ Willen.)

Der auf der Basis solcher Indizien ermittelte und *daher* zu vermutende Wille des Patienten ist dann der Entscheidung zugrunde zu legen.

Sind Indizien dieser Art nicht aufzufinden, muss als *ultima ratio* auf die objektive Interessenslage zurückgegriffen werden, in der sich der Patient befindet. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass der Wille des Patienten, dem Eingriff zuzustimmen, nur dann gemutmaßt werden kann, wenn der Eingriff ihm insgesamt einen Vorteil bringt, also der Interessensaldo positiv ist. Anders als bei der Ermittlung des wahren Willens steht die mutmaßliche Einwilligung unter dem Vorbehalt einer ›Vernünftigkeitkontrolle‹, und zwar indem der Interessensaldo gerade bereits nach ›vernünftigen‹ Maßstäben bestimmt wird, weil er ein *objektiver* Maßstab ist. Daher ist z. B. das Leben eines bewusstlosen Patienten stets zu retten, auch wenn dies nur durch einen erheblichen Eingriff in dessen körperliche Unversehrtheit (z. B. Amputation, Fremd-Bluttransfusion) geschehen kann. Sofern mithin keine Indizien für eine Operationsverweigerung (etwa eines Zeugen Jehovas) vorliegen, muss der Eingriff wegen des – objektiv betrachtet – positiven Interessensaldos erfolgen.

4. Reproduktives Klonen

Wenn man fragt, ob das (reproduktive) Klonen gegen die Menschenwürde verstößt, dann muss man zunächst festhalten, dass es dabei einerseits um die Menschenwürde des Originals und andererseits um die Menschenwürde des Klons gehen könnte. Die Menschenwürde des Originals wird indes dann nicht beeinträchtigt, wenn das Original dem Klonvorgang, für den eine seiner Zellen verwendet wird, seine informierte Zustimmung erteilt. (Die These, das Original dürfe nicht zustimmen, weil es sonst seine eigene Menschenwürde beeinträchtigt, ist schon deshalb für das Recht nicht überzeugend, weil das Menschenwürde-Versprechen keine Rechtspflichten generiert; s. o.) Hinsichtlich des Klons wiederum ist nicht zu erkennen, weshalb seine Menschenwürde durch eine Maßnahme beeinträchtigt werden könnte, die ihn allererst zur Existenz bringt, zumal – darüber besteht ja Einigkeit – ein tatsächlich einmal zur Welt gekommener menschlicher Klon den vollen Menschenwürdeschutz genießen würde. Auch eventueller Missbrauch, der mit dem Klon, wenn er denn einmal zum Leben gekommen ist, getrieben wird oder werden soll (z. B. Verwendung zum Aufbau der Armee eines Diktators etc.), erlaubt keine Rückschlüsse auf die Begründbarkeit eines (absoluten) Verbots seiner Entstehungsart (näher JOERDEN 2003, 11 ff., 17).

Gefragt werden muss allerdings, ob die Erzeugung eines Klons gegen dessen mutmaßlichen künftigen Willen verstoßen könnte, da dann seine Erzeugung eine Verwendung des Klons als bloßes Mittel darstellen könnte. Das ist aber im ›Normalfall‹ nicht anzunehmen, weil der Klon sicher sein Leben der Nicht-Existenz vorziehen würde, gleichgültig, welche psychischen Probleme eine Existenz, die genetisch von der eines Anderen abgeleitet ist, auch hervorrufen mag. Allenfalls dann, wenn die Existenz des Klons mit so erheblichen Leiden behaftet wäre, dass wir im Parallelfall eine Situation annehmen würden, in der Sterbehilfe diskutiert werden könnte, wird man davon auszugehen haben, dass es an einer mutmaßlichen Einwilligung fehlt. In einem solchen Fall wäre eine gleichwohl dieses Ergebnis in Kauf nehmende Klonierung menschenwürdewidrig. Da es zurzeit nicht ausgeschlossen werden kann, vielmehr sogar davon ausgegangen werden muss, dass erste Klonversuche Situationen wie die beschriebene hervorbringen, dürfte dies ein hinreichender Grund dafür sein, das Klonen vorerst ganz zu verbieten. Dies könnte sich allerdings dann ändern, wenn das Klonen (eventuell in einem anderen Land) als ›sichere‹ Technik etabliert wäre, bei der die Gefahr für das geklonte Wesen, von Geburt an schwersten Leiden ausgesetzt zu sein, minimiert werden könnte. Dies würde erst recht dann gelten, wenn die Technik des Klonens einmal hinsichtlich der möglichen Gefahren für den Klon dem bisherigen natürlichen Vorgang des Entstehens eines Menschen überlegen sein sollte.

5. Keimbahnintervention; Enhancement

Bei einer Keimbahnintervention ist es zumindest im Hinblick auf die später entstehenden Individuen (der ersten, aber auch nachfolgender Generationen) nicht möglich, eine informierte Einwilligung zu erlangen. In Betracht kommt daher nur eine mutmaßliche (künftige) Einwilligung, die aber auch erforderlich ist, soll es nicht zu einer menschenwürdevidrigen Behandlung dieser Individuen kommen. Dass es im (objektiven) Interesse der von der Keimbahnintervention betroffenen (künftigen) Individuen ist, dementsprechend behandelt zu werden, wird man nicht in jedem Fall sagen können. Sofern der Eingriff jedoch der Vermeidung schwerer Erbkrankheiten dient, liegt es nahe, eine solche mutmaßliche (künftige) Einwilligung zu bejahen. Schwieriger ist es dann, wenn der Keimbahneingriff der ›Verbesserung‹ (Enhancement) der Individuen dienen soll (höhere Intelligenz, gesteigerte körperliche Leistungsfähigkeit, besser sehen, besser hören, erheblich längeres Leben etc.). Hier wird man eine mutmaßliche (künftige) Einwilligung allenfalls dann annehmen können, wenn das betreffende Merkmal prinzipiell reversibel ist, d. h. wenn das Individuum, das mit der jeweiligen ›Verbesserung‹ zur Welt käme, diese ›Verbesserung‹ ohne gravierende Folgen auch wieder zurücknehmen könnte. Deshalb wäre z. B. ein Eingriff, um die Hörfähigkeit eines künftigen Individuums auszuschalten, nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung gedeckt (der Wunsch tauber Eltern, ein taubes Kind zu bekommen, ist daher menschenwürdevidrig). Sofern jedoch eine Verbesserung der Hörfähigkeit mit dem Eingriff verbunden wäre (auch über die ›übliche‹ Fähigkeit hinaus), könnte dies von einer mutmaßlichen Einwilligung zumindest dann gedeckt sein, wenn diese verbesserte Hörfähigkeit ggf. bei dem betreffenden Individuum durch einen Eingriff wieder auf das (heute) normale Maß reduziert werden könnte, sofern dieses Individuum das dann wünscht.

6. Organtransplantation

Eine Organtransplantation von einem lebenden Spender ist nur mit dessen Einwilligung menschenwürdekonform, da eine Explantation gegen seinen Willen ihn zum bloßen Objekt machen würde. (Entsprechendes gilt natürlich auch für den Organempfänger.) Geht es um ein nicht lebenswichtiges Organ, ist die Ex- und Transplantation mit Einwilligung des Spenders dagegen zulässig. Restriktionen durch ein Verbot der Entlohnung einer Organabgabe sind nur zulässig, soweit dieses Verbot zum Schutz *anderer* Individuen begründet ist (etwa: Gefahr des Missbrauchs bei allgemeinem Organhandel durch Übergriffe mit Gewalt oder Nötigung auf nicht zustimmungswillige Organträger etc.). Gegen das Modell eines Spender-Clubs oder gegen sog. Cross-over-Spenden gibt es jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürdeverletzung kein durchgreifendes Argument.

Besonders problematisch ist die Spende lebensnotwendiger Organe (Herz, Lunge) zu Lebzeiten. Hier sperren indes dieselben Argumente, die für eine Aufrechterhaltung von § 216 StGB sprechen (vgl. oben), auch die Freigabe einer solchen Form der Organspende. Allerdings wäre es kein Verstoß gegen die Menschenwürde des Spenders, wenn man diese Art der Spende zuließe. Denn das Menschenwürde-Versprechen generiert keine Pflichten, auch keine Pflicht zum Weiterleben (s. o.).

Bei der Organspende von nicht mehr Lebenden kommt es auf die mutmaßliche Einwilligung des (hirn-)toten Spenders an. Zwar kann es dabei nicht darum gehen, welchen Willen er aktuell äußern würde, wenn man ihn befragen könnte, denn als Toter kann er gar keinen Willen mehr haben. Es geht daher genauer um seinen Willen, den er (wie bei einem Testament) zu Lebzeiten geäußert hätte. Eine solche Einwilligung ist dann gegeben, wenn der Spender zu Lebzeiten ausdrücklich in eine Spende für den Fall seines Todes eingewilligt hat. Denkbar ist auch die Ermittlung seines mutmaßlichen Willens durch die Befragung von Zeugen (Angehörigen etc.) seiner Willensbildung. Dies spricht für die sog. erweiterte Zustimmungslösung. Aber auch die Wider-

spruchslösung erscheint zumindest dann nicht als menschenwürdewidrig, wenn man sich klar macht, dass nach dem Tode nur noch ein eingeschränkter Willensschutz des Verstorbenen erfolgen muss und man daher bei Fehlen eines dokumentierten Widerspruchs auch andere wichtige Rechtsgüter (das Leben der Organempfänger) in eine Abwägung einstellen kann.

7. Lebensrechtsschutz am Lebensende

Das Versprechen des Menschenwürdeschutzes umfasst auch den Lebensrechtsschutz, und zwar nicht nur, weil das Leben insofern das wichtigste Rechtsgut ist, als sein Bestehen die Wahrnehmung aller anderen Rechte bedingt, sondern deshalb, weil gerade auch die Tötung eines Menschen (im Regelfall, d. h. wenn dieser seinen Tod nicht verlangt) eine reine Instrumentalisierung dieses Menschen darstellt. Denn sein (Lebens-)Wille wird gerade durch den Tötungsakt als unmaßgeblich erachtet. (Wenn dieser Wille aktuell nicht ermittelbar ist, wird zumindest sein mutmaßlicher Wille missachtet.)

Es wäre deshalb verfehlt, einen solchen Unterschied zwischen Tötung und Menschenwürdeverletzung zu behaupten, der zur Heterogenität dieser beiden Verletzungsarten führen würde. Vielmehr ist eine Tötung der Spezialfall einer Menschenwürdeverletzung, und zwar in der Regel der verwerflichste (letzteres nun allerdings deshalb, weil die Tötung die Ausübung aller anderen Rechte unmöglich macht). Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man berücksichtigt, dass eine Tötung durch Notwehr gerechtfertigt werden kann. Denn in einer Notwehrlage fehlt es gerade an einer Instrumentalisierung des Angreifers, weil *dieser* das Geschehen durch seinen Angriff, den *er* jederzeit beenden könnte, beherrscht und nicht der Verteidiger. Der Verteidiger verhindert demnach nur einen Versuch des Angreifers, ihn (den Verteidiger oder einen Dritten) rechtswidrig zu instrumentalisieren. Daher gehört das Notwehrrecht (*vim vi repellere licet*) auch zu den unverzichtbaren Formprinzipien des Menschenwürde-Versprechens (vgl. oben Teil III.).

Die Frage bleibt, bis zu welchem *Zeitpunkt* das Lebensrecht qua Menschenwürdeschutz besteht. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es jedenfalls dann nicht mehr bestehen kann, wenn weder ein wirklicher (Lebens-)Wille noch ein mutmaßlicher (Lebens-)Wille festgestellt werden kann. Spätestens *nach* dem Eintritt des sog. Hirntodes ist zumindest kein wirklicher (aktueller) Wille mehr feststellbar. Es kann indes auch schon davor im Einzelfall (z. B. bei Komatösen, Teilhirntoten, aber auch schon bei Schlafenden und Bewusstlosen) an der Möglichkeit fehlen, einen aktuellen wirklichen (zurechenbaren) Willen festzustellen. Fehlt es jedoch an der Feststellung eines wirklichen Willens, kann unter Umständen ein Wille gemutmaßt werden (vgl. oben). Dazu ist es aber notwendig, dass dieser mutmaßliche Wille sich überhaupt auf etwas Mögliches bezieht. Was das Rechtsgut Eigentum betrifft, ist eine solche Mutmaßung auch nach dem Tod des Eigentümers möglich, weil auch der (bisherige) Wille eines Erblassers noch an seinem (bisherigen) Eigentum vollzogen werden kann (das Vermögen kann auf einen Erben übertragen werden). Auch sein Wille auf Achtung seiner Ehre kann noch realisiert werden, indem man bestimmte Pietätsrechte nach dem Tode respektiert.

Dies ist bei dem Willen, *weiterzuleben*, nach dem Hirntod jedoch offenkundig nicht mehr möglich, weil es dann an den physikalisch-physiologischen Voraussetzungen von so etwas wie Willensbildung überhaupt fehlt. Niemand kann ernsthaft wollen, nach seinem Tode noch weiterzuleben (ein solcher Wille wäre auf Unmögliches gerichtet, da ohne funktionsfähiges Gehirn schlechterdings kein Wille gebildet werden kann). Deshalb kann auch ein solcher Wille sinnvollerweise nicht gemutmaßt werden. Dies gilt natürlich nur dann, wenn es tatsächlich unmöglich ist, dass der Betreffende noch weiterlebt. Hat jemand daher nur einen Herzstillstand (sog. klinischer Tod) erlitten, so ist sein (gemutmaßter) Wille weiterzuleben, noch realisierbar, indem

er wiederbelebt wird (resp. zumindest versucht wird, ihn wiederzubeleben). Nach Eintritt des Hirntodes ist dies jedoch nicht mehr möglich, zumindest nicht nach heutigem Stand der Technik. Sollte sich dieser Stand der Technik einmal ändern (wofür allerdings nichts zu sprechen scheint), müsste diese Feststellung ggf. korrigiert werden. Es macht m. a. W. keinen Sinn, den Willen eines Hirntoten weiterzuleben zu mutmaßen, weshalb ein solcher gemutmaßter Wille auch keinen (Lebens-)Rechtsschutz mehr begründen kann.

8. Lebensrechtsschutz am Lebensanfang

Fraglich ist, wann der vom Staat versprochene Schutz der Menschenwürde beginnen sollte. Offenkundig hat sich das Versprechen des Grundgesetzes, die Menschenwürde zu schützen, nicht nur an die seinerzeit lebenden Menschen gerichtet, sondern auch an die zukünftig auf dem deutschen Territorium lebenden Menschen, demnach auch an diejenigen, die damals noch nicht einmal geboren waren. Ein solches Versprechen an künftige Generationen ist auch nicht etwa *a priori* unwirksam. Dies könnte dafür sprechen, dass alle, auch die erst künftigen Menschen (und damit auch die Embryonen vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an), in den vollen Genuss des Menschenwürdeschutz-Versprechens gelangt sind. Geht man indes mit den obigen Ausführungen unter III. davon aus, dass es primär um die Achtung des wahren Willens des Bürgers geht, so käme hinsichtlich künftiger Generationen von vornherein nur die Ermittlung des mutmaßlichen Willens dieser künftigen Individuen in Betracht. Da es hier indes um den vollen Lebensrechtsschutz gehen soll, d. h. um ein abwägungsfestes absolutes Verbot, den Embryo zu töten, kann nicht der bloß künftige Wille eines künftigen Individuums maßgeblich sein, sondern allenfalls der mutmaßliche Wille eines bereits existierenden Individuums. Die Ermittlung eines mutmaßlichen Willens setzt dann jedoch sinnvollerweise voraus, dass überhaupt ein physikalisch-physiologisches Substrat vorhanden ist, das als Träger eines (zu mutmaßenden) Willens in Betracht kommt, weil der mutmaßliche Wille ja nur an die Stelle des wahren Willens treten soll.

Ein solches physikalisch-physiologisches Substrat, das als Träger einer Willensbildung in Betracht kommt, ist nun beim Menschen frühestens mit Beginn der Gehirntätigkeit, d. h. dem ersten Fließen von Gehirnströmen, gegeben. Denn frühestens zu diesem Zeitpunkt kann man sagen, dass sich ein wahrer Wille (im weitesten Sinne) in diesem Menschen überhaupt bilden könnte, weshalb es auch frühestens ab diesem Zeitpunkt denkbar erscheint, dem betreffenden Individuum den mutmaßlichen Willen weiterzuleben zuzuschreiben. Für diese Zäsur spricht zudem die Überlegung, dass es dann, wenn man (vgl. oben) das Ende des Lebens (und damit auch des vollen Lebensrechtsschutzes) mit dem Eintritt des Hirntodes identifiziert, kaum plausibel zu machen ist, dass vor dem Beginn der Gehirntätigkeit bereits Leben existiert, das dem vollen Lebensrechtsschutz unterfällt. Das bedeutet allerdings nicht, dass man das menschliche Leben vor dem Beginn der Gehirntätigkeit etwa völlig schutzlos zu stellen hätte. Nur lässt sich eben der volle Lebensrechtsschutz (mit grundsätzlicher Unabwägbarkeit, wie diese aus dem Menschenwürde-Versprechen folgt; vgl. oben III.) für diesen Zeitraum nicht mehr sinnvoll aus dem Menschenwürde-Versprechen begründen.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass diese Thesen indirekt einen durchaus weitergehenden Schutz vorgeburtlichen (menschlichen) Lebens fordern, als dies die zurzeit geltenden Strafrechtsregeln vorsehen. Denn bei Maßgeblichkeit des Beginns der Gehirntätigkeit für den vollen Lebensrechtsschutz des Embryos bzw. Fötus wäre eine Abtreibung ohne spezifischen Grund nur noch in den ersten beiden Monaten nach dem Empfängnis rechtlich akzeptabel, da man nur innerhalb dieses Zeitrahmens (unter Berücksichtigung einer gewissen Sicherheitsmarge) davon ausgehen kann, dass eine Gehirntätigkeit des Embryos noch nicht eingesetzt hat. Nach diesem Zeit-

punkt entsteht der volle Lebensrechtsschutz. Deshalb kann eine Abtreibung jetzt nur noch dann (und zwar unter dem Gesichtspunkt des Defensivnotstands) rechtlich akzeptabel sein, wenn es anderenfalls zu einer erheblichen Gefährdung oder Schädigung für die körperliche Unversehrtheit der Mutter käme (medizinische Indikation).

Andererseits erscheinen aus der hier vorgeschlagenen Perspektive einige der viel diskutierten Eingriffe, die mit der Tötung eines Embryos (*in vivo* oder *in vitro*) verbunden sind, rechtlich hinsichtlich des Tötungsaspekts zumindest dann akzeptabel, wenn damit ein anderes berechtigtes wesentliches Interesse verfolgt wird, da vor Beginn der Gehirntätigkeit das Verdikt der Unabwägbarkeit noch nicht eingreift. Dies betrifft etwa das sog. therapeutische Klonen (soweit es die Tötung eines Embryos impliziert; im Übrigen vgl. oben), die Präimplantationsdiagnostik (auch hier nur im Falle der Tötung einer totipotenten Zelle zum Zweck der Untersuchung), die Forschung an embryonalen Stammzellen (soweit zu deren Herstellung die Tötung von frühen Embryonen erforderlich ist) und die »verbrauchende« Embryonenforschung vor Beginn der Gehirntätigkeit der betroffenen Embryonen.

The promise of human dignity—consequences for medical criminal law

This paper tries to point out how the incorporation of the principle of human dignity into the German Constitution (section 1, Basic Law) may be understood and indicates the resulting consequences for medical criminal law. The guarantee of human dignity is interpreted as a promise made by the state to all persons living on its territory. This promise is intended to reverse radically the understanding of the state prevailing during the period of the National-Socialist regime of injustice preceding Basic Law and which said that people only existed for the sake of the state: The individual and his/her will should now be in the center of the polity; the state no longer exists for its own sake but for the sake of the people. It is only from this basic assumption that human rights and basic rights (towards the state) can be established. The guarantee of human dignity thus turns into a source of human rights and, possibly, of further human rights that have so far not even been discussed. It is shown what kind of protective principles have to be distinguished in particular as well as their scope and the consequences those assumptions may have for humanely medical criminal law.

Literatur

- BIRNBACHER, DIETER (2008): Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot. In: BRUDERMÜLLER, GERD; SEELMANN, KURT (Hrsg.): *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg, S. 9ff.
- BIRNBACHER, DIETER (1996): Ambiguities in the Concept of Menschenwürde. In: BAYERTZ, KURT (Hrsg.): *Sanctity of Life and Human Dignity*. Dordrecht, S. 107ff.
- DÜRIG, GÜNTER (1956): Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 81, S. 117ff.
- DÜWELL, MARCUS (2010): Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte. In: *Zeitschrift für Menschenrechte* 1, S. 64ff.
- DÜWELL, MARCUS (2001): Die Menschenwürde in der gegenwärtigen bioethischen Debatte. In: GRAUMANN, SIGRID; RAU, JOHANNES (Hrsg.): *Die Genkontroverse. Grundpositionen*. Freiburg im Breisgau, S. 80ff.
- HILGENDORF, ERIC (2001): Klonverbot und Menschenwürde – Vom Homo sapiens zum Homo xerox? Überlegungen zu § 6 Embryonenschutzgesetz. In: GEIS, MAX-EMANUEL; LORENZ, DIETER (Hrsg.): *Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*. München, S. 1147ff.
- HILGENDORF, ERIC (1999): Die mißbrauchte Menschenwürde – Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion. In: *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Bd. 7 (Der analysierte Mensch), Berlin, S. 137ff.
- HÖRNLE, TATJANA (2008): Menschenwürde als Freiheit von Demütigungen. In: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, S. 41ff.
- HOERSTER, NORBERT (2002): *Ethik des Embryonenschutzes*. Stuttgart.
- HOFMANN, HASSO (1993): Die versprochene Menschenwürde. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 118, S. 353ff.
- JOERDEN, JAN C. (2009): Kants Lehre von der ›Rechtspflicht gegen sich selbst‹ und ihre möglichen Konsequenzen für das Strafrecht. In: KLEMME, HEINER F. (Hrsg.): *Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung*. Berlin, S. 448ff.
- JOERDEN, JAN C. (2003): *Menschenleben. Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts*. Stuttgart.
- JOERDEN, JAN C. (1988): Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 74, S. 307ff.
- KANT, IMMANUEL (1797): *Die Metaphysik der Sitten*. Werke, Akademie-Ausgabe, Band 6, Berlin (ab 1900).
- LINDEMANN, GESA (2004): Menschenwürde und Lebendigkeit. In: KLEIN, ECKART; MENKE, CHRISTOPH (Hrsg.): *Menschenrechte und Bioethik*. Berlin, S. 146ff.
- LOHMANN, GEORG (2010): Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenwürde. In: *Zeitschrift für Menschenrechte* 1, S. 46ff.
- LOHMANN, GEORG (2004): Unantastbare Menschenwürde und unverfügbare menschliche Natur. In: ANGEHRN, EMIL; BAERTSCHI, BERNARD (Hrsg.): *Menschenwürde. La Dignité de l'être humain*. Basel, *Studia Philosophica* 63, S. 55ff.
- POLLMANN, ARND (2005): Würde nach Maß. In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 53, S. 611ff.
- ROTHHAAR, MARKUS (2009): Menschenwürde und Menschenrechte in der Bioethik. In: FREWER, ANDREAS; KOLB, STEPHAN; KRÁSA, KERSTIN (Hrsg.): *Medizin, Ethik und Menschenrechte*. Göttingen, S. 97ff.
- ROTHHAAR, MARKUS (2008): Der Grundsatz der Menschenwürde und das Problem des ›Zwecks an-sich‹. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 94, S. 421ff.
- SCHABER, PETER (2003): Menschenwürde als Recht, nicht erniedrigt zu werden. In: STOECKER, RALF (Hrsg.): *Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff*. Schriftenreihe der Wittgenstein-Gesellschaft 32, Wien, S. 119ff.
- STOECKER, RALF (2010): Die Pflicht, dem Menschen seine Würde zu erhalten. In: *Zeitschrift für Menschenrechte* 1, S. 98ff.
- STOECKER, RALF (2004): Selbstachtung und Menschenwürde. In: ANGEHRN, EMIL; BAERTSCHI, BERNARD (Hrsg.): *Menschenwürde. La Dignité de l'être humain*. Basel, *Studia Philosophica* 63, S. 107ff.
- STOECKER, RALF (2003): Menschenwürde und das Paradox der Entwürdigung. In: STOECKER, RALF (Hrsg.): *Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff*. Schriftenreihe der Wittgenstein-Gesellschaft 32, Wien, S. 133ff.