

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 889**

**Das Menschenbild  
im weltweiten Wandel  
der Grundrechte**

**Herausgegeben von**

**Bernd Schünemann**

**Jörg Paul Müller**

**Lothar Philipps**



**Duncker & Humblot · Berlin**

# **Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 889**

# Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte

Herausgegeben von

Bernd Schünemann  
Jörg Paul Müller  
Lothar Philipps




Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte / Hrsg.  
Bernd Schünemann . . . – Berlin : Duncker und Humblot, 2002  
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 889)  
ISBN 3-428-10427-7**

Alle Rechte vorbehalten  
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-10427-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## Vorwort

Der vorliegende Sammelband geht auf ein Symposium zurück, das zu Ehren von *Heinrich Scholler* anlässlich seines 70. Geburtstages am 27. und 28. November 1999 vom Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Ludwig-Maximilians-Universität München veranstaltet worden ist und auf dem das Thema des „Menschenbildes im Recht“ von Freunden, Kollegen und Schülern Heinrich Schollers in kaleidoskopartiger Weise betrachtet worden ist. Die daraus entstandene, durch die interdisziplinären, internationalen und interkulturellen Perspektiven vielfältig facettierte Diskussion war nicht nur kongenial zu der ebenso weltbürgerlichen wie in ihrer bayerischen Heimat fest verankerten Persönlichkeit Heinrich Schollers und seines die Grenzen der juristischen Dogmatik immer wieder sprengenden, die philosophischen und geschichtlichen Grundlagen des Rechts ebenso wie die Rechtsethologie einbeziehenden und damit im besten Sinne umfassend hermeneutischen Lebenswerkes, sondern wurde auch von allen Teilnehmern als ein Musterbeispiel dafür empfunden, wie ein ebenso fundamentaler wie diffuser Begriff vom Schlage des „Menschenbildes im Recht“ erst und gerade dadurch klare Konturen erhält, dass man ihn ohne voreilige dogmatische Festlegungen aus allen in Betracht kommenden Richtungen analysiert.

Für die Veröffentlichung in dem vorliegenden Band konnte ich als geschäftsführender Herausgeber noch weitere Beiträge aus dem Kreis der Heinrich Scholler verbundenen und gleich ihm die Rechtswissenschaft in der Totalität ihrer Methoden und Perspektiven betreibenden Wissenschaftler gewinnen, darunter Arthur Kaufmann, dessen letzte Arbeit hier posthum veröffentlicht werden kann.

Durch die Gliederung und Anordnung der einzelnen Beiträge hoffe ich deutlich zu machen, dass und wie trotz der Verbesonderung vieler Themen die stets fortschreitende Erweiterung des Blickfeldes eine Familienähnlichkeit aller einzelnen Abhandlungen bewahrt, die dadurch auch in ihrer Gesamtheit einen eigenständigen Beitrag zur *conditio humana* im Recht erbringen wollen und sollen.

Bei der redaktionellen Arbeit, die bei der Edition so vielfältiger, aus zahlreichen Sprachen übersetzter Beiträge verhältnismäßig aufwändig war, bin ich von Frau *Petra Köpf*, der ich auch an dieser Stelle herzlich danke, in vorbildlicher Weise unterstützt worden.

München, im April 2002

*Bernd Schünemann*



# Inhaltsverzeichnis

## I. Zum Menschenbild unter dem Grundgesetz

Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“

Von *Bernd Schünemann* ..... 3

Was heißt „Wesensgehalt“ der Grundrechte? Überlegungen zu Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz

Von *Arthur Kaufmann* ..... 23

Die Begrenzung des Spenderkreises im Transplantationsgesetz als Problem der paternalistischen Einschränkung menschlicher Freiheit

Von *Ulrich Schroth* ..... 35

## II. Die europäische Perspektive

Der historische Entwicklungsweg der Menschenrechte als Erscheinung von Widerspruch und Notwendigkeit

Von *Danilo Castellano* ..... 47

Neue Formen der Grundrechtsgewährleistung in der Schweiz und in Großbritannien

Von *Jörg Paul Müller* ..... 63

Die Religionsfreiheit als Verfassungswert in Ungarn

Von *Antal Adam* ..... 73

Die gerichtliche Prüfung des slowenischen Verfassungsgerichts hinsichtlich des Legalitätsprinzips, der Verhältnismäßigkeit und des freien Ermessens

Von *Lovro Šturm* ..... 81



**III. Weltweite Entwicklung**

Die Tragweite der Gewissensfreiheit angesichts der Nationalhymne und Nationalflagge Von <i>Hiroshi Nishihara</i> .....	99
50 Jahre Menschenrechte in Taiwan: Rückblick und Prognosen Von <i>Chen Shan Li</i> .....	117
Sozialstaatlichkeit und soziale Grundrechte in Brasilien: zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit Von <i>Ingo Wolfgang Sarlet</i> .....	139
Wahlen und Regierungswechsel im Prozeß der Modernisierung Marokkos Von <i>Jürgen Theres</i> .....	163
Die Orientierung an dem passenden Rechtssystem als die Hauptaufgabe der mongoli- schen Rechtsreform Von <i>Biraa Tschimid</i> .....	179
Rechtsfamilien – ihre Widerspiegelung in der Mongolei Von <i>Jugneegiin Amaarsanaa</i> .....	199
<i>Homo Oeconomicus</i> as <i>Menschenbild</i> : Reforms in Indonesia By <i>Paul H. Brietzke</i> .....	205
Structure of Legal Education Reform in the Developing World: A Case Study from Indonesia 1993–2000 By <i>Cliff F. Thompson</i> .....	217

**IV. Die historische und rechtsethnologische Dimension**

Das Allgemeine Landrecht als Naturrechtssurrogat: Zur Behandlung des § 10 II 17 ALR in Rechtsprechung und Literatur im ausgehenden Konstitutionalismus (Die Kreuzbergurteile des Preußischen Oberverwaltungsgerichts) Von <i>Peter Krause</i> .....	233
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Gleichheit und Staatsangehörigkeit im jungen griechischen Nationalstaat	
Von <i>Michael Tsapogas</i> .....	259
International Human Rights versus National Sovereignty: The Challenges of Alexandre Garabédian's Case in Ethiopia	
By <i>Bairu Tafla</i> .....	265
Ausgleichsprinzipien in polykephalen Gesellschaften Afrikas	
Von <i>Hermann Amborn</i> .....	273
Familie und Individuum in der afrikanischen Gesellschaft: Zu Gewohnheitsrecht und modernem Recht in Kamerun und Südafrika	
Von <i>Ulrich Spellenberg</i> .....	291
Geschichten der Coquille	
Von <i>Irmgard und Wolfgang Fikentscher</i> .....	311
<b>V. Eine frühe Evolutionstheorie der menschlichen Gesellschaft</b>	
Jean-Jacques Rousseau, ein Memetiker avant la lettre	
Von <i>Lothar Philipps</i> .....	319
<b>Autorenverzeichnis</b> .....	327



## **I. Zum Menschenbild unter dem Grundgesetz**



# Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“

Von *Bernd Schünemann*

## I. Ein kritischer Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Ob es ein „Menschenbild des Grundgesetzes“ im Grundgesetz selbst gibt (und in welcher Weise man sich dessen Existenz vorstellen müßte), ist eine schwierige und auch sehr umstrittene<sup>1</sup> Frage. Ohne Zweifel existiert diese Denkfigur aber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und zwar in Gestalt einer ganzen Reihe von bald kumulativ, bald substituierend verwendeten Formeln, die möglicherweise nicht dem Sinn, sondern nur der Formulierung nach unterschiedlich sind und etwa folgendermaßen lauten: „Der Mensch ist eine eigenverantwortliche Persönlichkeit (im Sinne eines freien und selbstbestimmten Individuums), die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet (in der sozialen Umwelt und ihr gegenüber entwickelt). Der ein-

---

<sup>1</sup> Die heftigste Kritik findet sich bei *Ridder*: DuR 1979, 123 f.; *ders.*: Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 154. Vom Inhalt her kritisch bereits *Hamann*: BB 1955, 105 ff.; ferner *Nipperdey/Wiese* in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV/2, 1962, S. 741, 773; *Lerche*: Werbung und Verfassung, 1967, S. 139 ff. Kritisch zum methodologischen Nutzen *Forsthoff* in: Festgabe für Carl Schmitt, 1968, S. 185, 192; *Denninger*: Staatsrecht 1, 1973, S. 21; *Geis*: Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1990, S. 174. Umfassend kritisch auch *Becker*: Das 'Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 94 f., 125 ff. Freilich überwiegen die Befürworter, und inzwischen ist auch ein Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie des Europäischen Gemeinschaftsrechts ermittelt worden, vgl. *Geiger* in: FS für Faller, 1984, S. 3 ff.; *Häberle*: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988; *Kratzer* (Hrsg.): Das Menschenbild des Grundgesetzes, 1996; *Bergmann*: Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1995; *Brenner*: Rahmenbedingungen des Menschenbildes im Gemeinschaftsrecht, in: FS für Leisner, 1999, S. 19 ff.; ferner *H. Huber* in: *ders.* (Hrsg.), Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, 1971, S. 76 ff.; *Kopp* in: FS für Obermayer, 1986, S. 53 ff.; *Bumke* in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, S. 197 ff.; im Prinzip auch *P. Huber*: Jura 1998, 505 ff.

zelle ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Der Mensch ist kein isoliertes souveränes Individuum, sondern lebt in der Spannung zwischen Individuum und Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person. Er ist kein selbstherrliches Individuum, sondern eine in der Gemeinschaft stehende und ihr vielfältig verpflichtete Persönlichkeit. Das Wertesystem des Grundgesetzes findet seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde. Der Einzelmensch wird nach der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes nicht als isoliertes souveränes Einzelwesen, sondern als verantwortlich lebendes Glied der Gemeinschaft aufgefaßt. Er ist ein geistig-sittliches Wesen, das darauf angelegt ist, in einer gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Freiheit sich selbst zu bestimmen und zu entfalten, und muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, daß die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“<sup>2</sup>.

2. Es ist offensichtlich, daß die Probleme dieses „Menschenbildes“ bereits auf einer fundamentalen, nämlich der *methodologischen* Ebene beginnen und auf dieser Ebene abermals fundamental sind, weil schon die Einordnung dieses Gebildes enorme Schwierigkeiten bereitet. Nach Geiger<sup>3</sup> geht es dabei nicht um einen Rechtsbegriff, sondern um ein Strukturprinzip der Verfassung; nach Kopp<sup>4</sup> hingegen um einen zentralen Begriff des geltenden deutschen Rechts im Sinne einer verbindlichen Richtschnur für die Auslegung und Anwendung auch des einfachen Rechts; Pernthaler<sup>5</sup> sieht darin den „legitimierenden Einheitsbezug allen Rechts“. Einen ganzen Strauß von Umschreibungen finden wir schließlich bei Häberle, der darin einen Formalbegriff, eine kulturelle Kategorie, einen interdisziplinären Brückenbegriff, einen Synthese-Begriff, einen Typus, eine Schlüsselkategorie, einen Zentralbegriff, ein Leitbild (das dem Verfassungsgeber vorgeschwebt habe, von ihm aber auch in einzelnen Artikeln positiviert worden sei), eine verbindliche, zugleich dem Grundgesetz immanente und transzendente Gerechtigkeitsmaxime, eine unbewußte Kulturtradition, einen Konnex-Begriff mit dem positiven Recht, einen sowohl normativen als auch empirischen Begriff, eine rechtspolitische Maxime, einen juristischen In-

---

<sup>2</sup> Die Zahl der einschlägigen Entscheidungen ist Legion, vgl. nur BVerfGE 4, 7, 15 f.; 7, 198, 205; 7, 320, 323; 12, 45, 51; 45, 187, 227; 47, 327, 369; BVerfG DVBl. 1993, 601, 602; eingehende Darstellung bei Becker (Fn. 1), S. 80 ff., daselbst auch S. 49 ff. zur Verwurzelung der Judikatur im Konzept Wintrichs sowie eine Zusammenstellung der einschlägigen Entscheidungen auf S. 17 f.

<sup>3</sup> A.a.O. (Fn. 1), S. 8.

<sup>4</sup> A.a.O. (Fn. 1), S. 55.

<sup>5</sup> AöR 94 (1969), 31, 39 f.

terpretationsgesichtspunkt bzw. -topos, einen für die Verfassungsinterpretation offenen Begriff aus dem großen Vorrat an verschiedenen Menschenbildern und etwas „Fragmentarisches“ wie alle Juristenarbeit erblickt.<sup>6</sup> Zwar könnte nicht nur wegen des *Hölderlin*-Zitats am Ende dieser Charakterisierung<sup>7</sup> der Verdacht aufkeimen, daß es sich dabei weniger um eine methodologische Analyse als um Gedankenlyrik handele, aber dieses Verdikt wäre voreilig. Vielmehr ist Häberles Beschreibung sogar – vielleicht ungewollt – kritisch, denn wenn das „Menschenbild“ alles ist, so ist es nichts, oder, anders formuliert, ein Gemeinplatz.

3. Will man mehr daraus machen, müßte man dem Menschenbild probeweise eine spezifischere Stellung im Rechtssystem zuweisen, wofür eine Qualifikation als *Rechtsgrundsatz* in dem Sinne in Frage kommt, wie er von Esser als Gegenstück zur subsumtionsfähigen Rechtsnorm analysiert sowie von Dworkin und Alexy aufgegriffen und als „Optimierungsgebot“ ausgedeutet worden ist.<sup>8</sup> Ich halte es auch für durchaus möglich und aussichtsreich, ein Menschenbild des deutschen Verfassungsgebers von 1949 als fundamentales Rechtsprinzip zu konzipieren, und zwar im Sinne der auch in den Formeln des Bundesverfassungsgerichts immer wieder auftauchenden „sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit“, also im Sinne der *Selbstbestimmung und Mündigkeit*, wie sie als Erbe der *Aufklärung*<sup>9</sup> jedenfalls die abendländische Entwicklung geprägt haben und für das Grundgesetz historisch zusätzlich durch dessen Frontstellung gegen die Führerideologie des Dritten Reiches abgesichert sind. Ein solches Menschenbild wäre trotz seines hohen Abstraktionsgrades auch keinesfalls inhaltslos, sondern würde gegenüber dem mündigen Individuum jede *paternalistische* Bevormundung durch den Staat *ausschließen* und damit also ein Recht auf Freitod<sup>10</sup> ebenso einschließen wie ein Recht auf Rausch.<sup>11</sup> Dabei ist es selbstverständlich, daß der freie und mündige Mensch, der in der Gesellschaft mit anderen Menschen zusammenlebt, auf deren Freiheit und Mündigkeit, also

<sup>6</sup> A.a.O. (Fn. 1), S. 73–77.

<sup>7</sup> Häberle (Fn. 1), S. 77: „Was hier wir sind, kann dort ein Gott ergänzen“.

<sup>8</sup> Esser: Grundsatz und Norm in der Entwicklung des Privatrechts, 1990, S. 39 ff.; 93 ff.; 132 ff.; Dworkin: Bürgerrechte ernst genommen, 1984, S. 54 ff.; Alexy: Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.

<sup>9</sup> In kürzester Form verstanden im Sinne der Kantschen Umschreibung als Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit, s. Kant: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, 1784, Akademie-Ausgabe, Bd. VIII, S. 35.

<sup>10</sup> Sogar im Ergebnis für ein diesbezügliches Grundrecht *Bottke*: Suizid und Strafrecht, 1982, S. 55; *ders.*: GA 1982, 346, 350 ff.; *ders.* in: Bottke u. a. (Hrsg.), Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, 1995, S. 44, 96 und 106; *Günzel*: Das Recht auf Selbsttötung pp., 2000, S. 19, 99; w.N.b. *Lackner/Kühl*: StGB, <sup>29</sup>2001, Rn. 9 vor § 211; anders die h.M., siehe *Kunig* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, <sup>5</sup>2000, Art. 1 Rn. 36 und Art. 2 Rn. 50 m.w.N.

<sup>11</sup> Dazu näher sogleich anschließend im Text.