Der würdevolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam

von

Stephanie Trieglaff

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemster 2010 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Dezember 2009 berücksichtigt werden.

Für die Anregung des Themas und die Betreuung der Arbeit möchte ich Herrn Prof. Dr. Detlev W. Belling herzlich danken. Frau Prof. Dr. Carola Schulze danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern Ulrike und Taimo Trieglaff und meinem Freund Alexander Wahsner für die fortwährende Unterstützung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Mai 2010 *Stephanie Trieglaff*

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung 1
II. Wesentliche Regelungen der geltenden Bestattungsgesetze 9
A. Weltliches Bestattungsrecht 9
1. Friedhofszwang und Arten der Bestattung 9
2. Tieftemperaturbehandlung 14
3. Sargzwang 15
4. Tot- und Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen 18
5. Sozialbegräbnis 21
6. Totenkonservierung 21
7. Anatomie 22
8. Gefallene Soldaten 23
B. Kirchliches Bestattungsrecht 24
1. Katholisches Kirchenrecht 24
2. Evangelisches Kirchenrecht 27
III. Behandlung des menschlichen Leichnams im abendländischen Kulturkreis 29
A. Animistisch geprägte Gesellschaft 30
B. Griechisch-römische Antike 31
C. Juden- und Christentum 34
D. Die Israeliten und das Alte Testament 34
E. Das Christentum und das Neue Testament 36
1. Die erste apostolische Gemeinde Jerusalems 36
2. Die folgenden Jahrhunderte 38
a) Vor der Reformation 38
b) Nach der Reformation 49
3. Auf dem Weg in die Gegenwart - Aufklärung und Industrialisierung 51
4. Zwischenergebnis 62
IV. Menschenwürde des menschlichen Körpers über den Tod hinaus 65
A. Der menschliche Leichnam und der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG 65
1. Mensch im Sinne des Art. 1 GG 66
a) Wortlaut 66
(1) Menschsein 68
(2) Ende des Menschseins 70
(a) Ende durch Eintritt des Todes 70
(b) Fehlen von Teilen des menschlichen Leichnams 75
(c) vollständige Verwesung 76
(d) Asche des menschlichen Leichnams 78
b) systematische Auslegung 79
c) historische Auslegung 79
d) teleologische Auslegung 79
(1) Gottesebenbildlichkeit 80
(2) Leistungstheorie 81

(3) Kommunikationstheorie 82
(4) Fähigkeit zur Selbstbestimmung 83
(5) Gattungszugehörigkeit 86
(a) potentielle Fähigkeit zur Selbstbestimmung 87
(b) Anknüpfungspunkt der potentiellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung 89
(c) Sein-Sollens-Fehlschluss 91
(d) Leichnam und Lebensbild des Verstorbenen 95
(e) Schutz eines Menschenbildes 97
2. Schutz des menschlichen Leichnams durch die Würdegarantie 98
a) Der Leichnam als Grundrechtsträger 98
(1) Art. 1 GG objektives Verfassungsprinzip oder eigenes Grundrecht? 98
(a) Wortlaut und Systematik 98
(b) historische Auslegung 99
(c) teleologische Auslegung 99
(2) Der menschliche Leichnam als Grundrechtsträger 101
(a) Die Rechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams - der menschliche Leichnam als Rechtssubjekt 103
(b) Die Teilrechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams 108
(3) Die Menschenwürde als subjektloses Recht 109
(4) Rechtssubjektivität 113
(5) Treuhänderische Geltendmachung durch die Angehörigen 114
(6) Würde des Leichnams - Schutz der Interessen der Lebenden? 115
b) Schutz des menschlichen Leichnams durch eine Schutzpflicht 115
B. Verletzung der Würde 121
1. Verletzung der Würde des lebenden Menschen 122
2. Verletzung der Würde des menschlichen Leichnams 123
a) Selbstbestimmungsrecht des Lebenden 126
b) Allgemeines Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 GG als Schranke des Selbstbestimmungsrechts 131
c) Grundlagen des Grundgesetzes 137
d) Kulturspezifische Auslegung des Rechts 139
(1) Kultur 141
(2) Recht als Kulturerscheinung 143
e) Die Bundesrepublik Deutschland als Kulturstaat 149
(1) Wortlaut des Grundgesetzes 153
(2) Wille der Verfassungsgeber und Systematik 153
(3) Ableitung aus den kulturbezogenen Kompetenznormen 157
(4) Ableitung aus Sozialstaatsprinzip 157
(5) Ableitung aus der Qualifizierung der Kultur als Existenzbedingung des Staates 158
f) Bindung der Verfassung an eine abendländische Kultur 164
(1) Historische Auslegung im engeren Sinn 165
(2) Vorverfassungsmäßiges Gesamtbild 166

(3) Abendländische Ausrichtung des Grundgesetzes - humanistisches Menschenbild 168
(4) Auslegung der Verfassung durch einfaches geltendes und vorkonstitutionelles Rechts 170
(5) Bindung an die abendländischen Totenriten aufgrund verfassungsrechtlichen Gewohnheitsrechts 173
(6) Art. 1 GG als kulturspezifisches Grundrecht 174
(a) Religiös-weltanschauliche Neutralität 181
(b) Neutralität gegenüber den Traditionen des Abendlandes 181
(c) Das Grundgesetz als abendländisch-humanistische Wertordnung 187
g) Sich wandelnde gesellschaftliche Anschauungen im Rahmen der Verfassungsauslegung 206
(1) Zeitgeist und Rechtsbewusstsein 208
(2) Einfluss des Rechtsbewusstseins auf das Recht 209
(3) Soziale Wirklichkeit und Verfassung 217
(a) klassisch-hermeneutische Methode 219
(b) rechtssoziologische Auslegung 221
(c) Kann Wandelbares Schranke der postmortalen Würde sein? 228
h) Staatliche Schutzpflicht zugunsten der abendländischen Kultur 249
i) Zwischenergebnis 251
V. Inhalt, Umfang und Umsetzung der rein objektiv-rechtlichen Schutzpflicht 261
A. Allgemeines 261
B. Untermaßverbot 262
C. Pflicht zur Nachbesserung der Bestattungsgesetze 264
D. Kollision von Grundrechten und postmortalen Würdegarantie 265
1. auch objektiv-rechtliche Schutzpflicht 267
2. nur objektiv-rechtliche Schutzpflicht 268
VI. Die Regelungen der Bestattungsgesetze und ihre Vereinbarkeit mit der postmortalen Würdegarantie 271
A. weltliches Bestattungsrecht 271
1. Sarg-, Bestattungs- und Friedhofszwang 271
2. Sozialbegräbnis 279
3. Anatomische Museen 281
4. Leichenversuche, Crashtests mit Leichen 282
5. Ausstellung „Körperwelten"/Plastination 285
6. Entgeltliches Überlassen von Plastinaten 292
7. Umgang mit Mumien 293
8. Nur beschränkte Ruhezeiten - ewige Grabruhe 295
9. Fehlgeburt/Totgeburt/ Leibesfrucht aus Schwangerschaftsabbruch 296
10. Einführung von Strafnormen 301

11. Nichtbestattung eines toten Menschen - Nichtbestattung von Tot- und Frühgeburten sowie Leibesfrüchten aus Schwangerschaftsabbrüchen 302
12. Sektion 303
13. Leichenversuche 303
14. Entgeltliche Leichenschau/Ausstellung „Körperwelten" 304
B. Kirchliches Bestattungsrecht - Bindung des kirchlichen Bestattungs- und Friedhofsrechts an die postmortale Würdegarantie und das geltende Bestattungsrecht 305
VII. UNESCO-Konvention vom 17.10.2003 zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes 317
VIII. Zusammenfassung 321
Abkürzungsverzeichnis 325
Literaturverzeichnis 327

I. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung

Der Tod ist mit existentiellen Fragen verbunden und damit für die gesamte Rechtsordnung von elementarer Bedeutung. Dennoch finden sich auch in der Verfassung keine ausdrücklichen Regelungen der mit dem Tod verbundenen Rechtswirkungen, mit der Folge, dass sich Fragen von erheblicher Relevanz stellen. Sie berühren vor allem den verfassungsrechtlichen Status und Schutz des Toten. Denn insbesondere wenn man bedenkt, dass der Tote gegenüber jeder Verletzung seiner Überreste vollkommen unempfindlich geworden ist, liegt zunächst die Vermutung nahe, dass er eventuell gar nicht mehr des Schutzes der Verfassung bedürfe. Dies scheint allerdings der Tatsache entgegenzustehen, wonach es wohl niemandem gleichgültig ist, was nach seinem Tod mit seinen sterblichen Überresten oder der Erinnerung an seine Person geschieht, auch wenn der Leichnam für den ausschließlich diesseitsorientierten, atheistischen Menschen eigentlich nur faulendes, verwesendes Material ist, obgleich zu vermuten ist, dass auch dieser nicht wie ein Hund hinter dem Haus verscharrt werden will. Insoweit lässt sich jedenfalls feststellen, dass die Achtung der Verstorbenen seit Jahrtausenden zur Kultur der Völker gehört und ungeachtet jeder Religion und subjektiver Vorstellungen offensichtlich aufgrund eines Respekts oder gar der Furcht vor dem Tod und den Toten von Generation zu Generation weitergegeben wird. Seit jeher hält sich bei einer Vielzahl von Menschen der - wenn auch vernunftwidrige - Glaube, dass der Verstorbene mit seinem Körper auferstehen wird. Entsprechend hat diese Vorstellung eine entscheidende Bedeutung, wenn es um den Umgang mit dem menschlichen Körper geht.

Aus den Sitten, Bräuchen und vor allem sittlichen Empfindungen bildeten sich im Laufe der Zeit rechtliche Normen heraus, die den Umgang mit dem Toten regeln. Zu denken ist nur an die Bestattungsgesetze und die Regelungen des Strafgesetzbuches. Auch wenn sich in der Verfassung eine

solche Schutznorm nicht findet, besteht heute weitestgehend Einigkeit darüber, dass der Tote auch einen verfassungsrechtlichen Schutz genießen muss. Allein die dogmatische Herleitung ist bisher nahezu ungeklärt. An dieser Stelle soll daher untersucht werden, inwieweit der Verfassung tatsächlich Anhaltspunkte für den Umgang mit Toten entnommen werden kann.

Auszugehen ist dabei von folgendem: Die Verfassung ist die oberste Wertentscheidung unserer Rechtsordnung. Sie schreibt den gesamtgesellschaftlichen Minimalkonsens über ethische Rahmenbedingungen des menschlichen Miteinanders fest. Geht es nun um die Festlegung verfassungsrechtlicher Kriterien für den Umgang mit den nicht mehr Lebenden, können allein die im Grundgesetz enthaltenen ethischen Wertentscheidungen herangezogen werden. Da die Verfassung jedoch weder den Tod noch dessen Rechtswirkungen ausdrücklich regelt, stellt sich die Frage, ob sie als das Fundament der gesamten Rechtsordnung den Tod möglicherweise als endgültige Zäsur begreift und damit den Toten aus ihrem Schutzbereich ausschließt oder aber den Tod voraussetzt und hinsichtlich seiner Rechtsfolgen von der Anknüpfungsfähigkeit der bestehenden Regelungen ausgeht. Wie sich das Grundgesetz zum Tod verhält, kann nur durch eine Auslegung der Verfassungsnormen ermittelt werden.

Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen müssen die Mephisto-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichtes sein, in denen erstmalig ausführlich zum Schutz des Toten Stellung bezogen wurde. Die Gerichte hatten über die Frage zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie lange die Persönlichkeit eines Toten zu schützen ist. Klaus Mann schrieb unter dem Titel „Mephisto - Roman einer Karriere" einen seiner berühmtesten Romane, in dem er den Romanhelden Hendrik Höfgen mit den Nationalsozialisten taktieren und sexuelle Perversionen ausleben lässt. Ganz offensichtlich diente dem

Schriftsteller der Schauspieler und Intendant Gustav Gründgens als Vorbild. Daher wandte sich nach dem Tode Gründgens dessen Adoptivsohn mit der Begründung gegen eine weitere Veröffentlichung des Buches in der Bundesrepublik, das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen sei durch die Romanschilderungen verletzt.

Der zunächst zur Entscheidung berufene Bundesgerichtshof und das in der Folge angerufene Bundesverfassungsgericht waren sich im Ergebnis einig: Das Ansehen des Verstorbenen steht unter dem Schutz der Verfassung. Auch nach dem Tod besteht der Schutz des Lebensbildes des Verstorbenen gegen grob ehrverletzende Entstellungen weiter. Allein über die dogmatische Begründung bestand keine Einigkeit: Nach der damaligen Auffassung des Bundesgerichtshofs folgt der Schutz des Ansehens des Toten unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG.[1] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht erfahre zwar mit dem Tod „eine einschneidende Einschränkung", da eine handelnde Person nicht mehr existiert, es erlösche aber nicht vollständig. Der Verstorbene hinterlasse neben materiellen Werten auch immaterielle Güter, die auch nach dem Tod noch schutzwürdig seien. Die Menschenwürde und die freie Entfaltung seien zu Lebzeiten nur dann ausreichend gewährleistet, wenn der Einzelne auf einen Schutz seines Lebensbildes gegen grob ehrverletzende Entstellungen nach dem Tod vertrauen und in dieser Erwartung leben kann.[2]

Anders das Bundesverfassungsgericht, das den Schutz des Lebensbildes des Verstorbenen ausschließlich aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG herleitet: „Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personenseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch

[1] BGHZ 50, 133, 138; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1053.
[2] BGHZ 50, 133, 139; so schon vorher h.M., vgl. umfangreiche frühere Literatur und Rechtsprechung in Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 340ff.

nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode. Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht erkennen darüber hinaus auch nach Art. 2 Abs. 1 GG Ausstrahlungswirkungen für den zivilrechtlichen Schutzbereich um die Person des verstorbenen Schauspielers Gründgens an [...]. Die Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tod ist jedoch zu verneinen, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist, mit ihrem Tod erlischt der Schutz aus diesem Grundrecht."[3]

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hatte weitreichende Folgen und entwickelte eine ganz erhebliche Eigendynamik. Während noch vor allem in den frühen Jahren nach Inkrafttreten des Grundgesetzes überwiegend zwar eine pietätvolle Behandlung des Toten befürwortet, der Schutz des Toten durch Art. 1 GG jedoch mit der Begründung verneint wurde, dass der Tote eine Sache oder zum Werterlebnis nicht mehr fähig sei,[4] gilt der Tod seit der Mephisto-Entscheidung nicht mehr als absolute Zäsur. Seitdem wird der verfassungsrechtliche Schutz des Toten stets unter Berufung auf die Mephisto-Entscheidung aus Art. 1 GG begründet. Ob es im konkreten Fall um den Schutz des Ansehens des Verstorbenen oder aber des Leichnams geht, spielt keine Rolle mehr für die Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG, zu denken ist nur an einige Entscheidungen zur Störung der Totenruhe[5] oder Obduktionen[6]. Rechtsprechung und Literatur bedienen sich ungeprüft der Argumentationsfigur der Verweisung, ohne zu erkennen, dass eine ständige Rechtsprechung noch lange keine wohlbegründete oder gar überhaupt begründbare Rechtsprechung ist. Vor allem im Rahmen der überaus emotional und lebhaft geführten Diskussionen um die Ausstellung „Körperwelten" erreichte die

[3] BVerfGE 30, 173, 194; bestätigt in BVerfGE 75, 369, 380; so auch der BGH in späteren Entscheidungen: BGH GRUR 1984, 907, 908; BGHZ 107, 384, 391.
[4] Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 1 Anm. III 3c); Nipperdey, Grundrechte, S. 4, Fn. 9.
[5] OVG Münster NWVBl. 1992, 261, 262.
[6] BVerfG NJW 1994, 783f.

„Totenwürde" Hochkonjunktur. So war in zahlreichen Artikeln der Tagespresse nicht selten zu lesen, dass der Aussteller von Hagens „[...] den Leichen die Würde raubt [...]"[7]. Aber nicht nur in der Presse, sondern auch in zahlreichen Urteilen finden sich ähnliche Formulierungen. So formuliert beispielsweise der 1. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg in seiner Entscheidung vom 29.11.2005, Rn. 52, in der es um die Bewertung der Ausstellung der Plastinate ging: „Eine wissenschaftsneutrale oder gar fremde Zweckrichtung würde [...] eine Missachtung der Würde des Verstorbenen darstellen, [...]." Auch der Gesetzgeber greift die Würde der Toten auf. So ist in § 7 Abs.1 des Bestattungsgesetzes Nordrhein-Westfalen zu lesen: „Jede Frau und jeder Mann haben die Ehrfurcht vor den Toten zu wahren und die Totenwürde zu achten."[8]

Grund für die häufige Heranziehung des Art. 1 GG im Hinblick auf den Umgang mit Toten ist wohl die Tatsache, dass Menschenwürde heute populärer ist denn je. Kaum eine Debatte in unserem Land wird - zu Recht oder Unrecht - ohne Berufung auf sie geführt. Zu denken sei nur an die Diskussion um die Gentechnologie, Patientenverfügungen oder Mindestlöhne. Hinzu kommt die beängstigende Vorstellung eines jeden einzelnen, nach seinem Tod könne etwas Ungewolltes, Entwürdigendes mit dem eigenen Leichnam oder Lebensbild geschehen. Der innige Wunsch nach größtmöglichem Schutz durch die Fundamentalnorm unserer Verfassung liegt dann nicht mehr fern. Unsere gesellschaftlichen und moralischen Wertvorstellungen scheinen uns jedenfalls keine ausreichende Sicherheit im Hinblick auf einen angemessenen Umgang mit dem sterblichen Überrest geben zu können. Manche Sitten und Bräuche im Umgang mit Toten haben in unserer von Gleichgültigkeit und Werteverfall geprägten Zeit ihre Gültigkeit und Akzeptanz verloren. Dies fördert die allgemeine Unsicherheit im Umgang mit dem Leichnam und lässt immer

[7] so Kopp, Mit dem Leichenwagen zur Ausstellung Körperwelten, Chrismon Aktuell, September 2003.
[8] so oder ähnlich auch andere Bestattungsgesetze, bspw. § 9 Abs. 1 FBG Hessen, § 1 Abs. 1 BestattG LSA, § 2 BestattG Bln.

neue Möglichkeiten des Umgangs mit dem Toten entstehen. Die Totenwürde ist heute also ein allgemein üblicher Begriff geworden, der den angemessenen Umgang mit einem Toten oder Verstorbenen beschreiben soll.

Obgleich ist die Rechtswissenschaft eine umfassenden Antwort auf die Frage der rechtlichen Anerkennung einer Würde der Toten bisher - bis auf vereinzelte Ausnahmen[9] - schuldig geblieben. So wird überwiegend angenommen, dass irgendwelche Wirkungen der Würde des lebenden Menschen auch nach seinem Tod noch gegeben seien, sei es dass die Würde des Menschen noch über den Tod Wirkungen ausstrahle[10] oder sie noch in gewisser Hinsicht in seinem Leichnam zu achten sei[11] oder gewisse Wirkungen auch über den Tod hinaus äußere[12]. Dogmatische Begründungen liefern diese Ansätze zumeist nicht. Dabei ist für die ethische Diskussion um einen angemessenen Umgang mit Toten eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit Art. 1 GG entscheidend, weil es allein das Recht ist, das für eine Gesellschaft verbindlich ist, den Rahmen des gesellschaftlich Möglichen und damit auch gesellschaftliche Realitäten schafft. Damit avanciert das Recht zum Garanten gesellschaftlicher Stabilität, es soll die geeigneten Mittel bereitstellen, um eine kollektiv geteilte Wirklichkeit moralischer Vorstellungen nicht nur anzubieten, sondern auch durchzusetzen.[13]

Ein Grund für das bisherige Schweigen der Rechtswissenschaft liegt sicherlich in der Erkenntnis, dass es sich bei dem Gebot des „würdevollen Umgangs mit Toten" um eine Selbstverständlichkeit unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens handelt, die auf eine lange Tradition zurückblicken kann und im Wesentlichen ethische und soziologische Fragen aufwirft. Insoweit schien bisher kein allzu großes Bedürfnis für eine

9 vgl. nur: Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung.
10 Lindemann, DVBl. 1957, 37ff., 40.
11 Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 25.
12 Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 11.
13 Ahrens, Rechtswissenschaft als Anthropotechnik, KritV 4 (2006), 368ff., 376.

nähere Bestimmung des Inhalts des Begriffs der Totenwürde aus juristischer Sicht bestanden zu haben. Ein weiterer Grund für das bisherige Schweigen der Rechtswissenschaft scheint in der Unsicherheit um den zugrundeliegenden, hochabstrakten Begriff der Menschenwürde selbst zu gründen. Dabei erscheint eine dogmatische Begründung der - wohl überwiegend gewollten - Heranziehung des Art. 1 Abs. 1 GG dringend erforderlich. Denn wird zur Begründung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Toten unter Berufung auf die Mephisto-Entscheidung auf Art. 1 Abs. 1 GG zurückgegriffen, bleibt unberücksichtigt, dass das Bundesverfassungsgericht eine nähere Begründung dafür schuldig geblieben ist, warum der Schutz der Menschenwürde, anders als der des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ohne ein lebendes Rechtssubjekt eingreifen kann. Fehlt es an einer rechtsfähigen Person, ist jedoch anerkannt, dass ein Recht grundsätzlich nicht auf sie bezogen werden kann.

Wird zur Begründung des verfassungsrechtlichen Schutzes des *Leichnams* auf die Mephisto-Entscheidung und damit auf Art. 1 GG zurückgegriffen, wird übersehen, dass das Bundesverfassungsgericht in der Mephisto-Entscheidung nur über den Schutz des *Ansehens des Verstorbenen* entschieden und nur in diesem Zusammenhang ausgesprochen hat, dass „[...] die in Art. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode" endet. Denn in dem zugrundeliegenden Fall ging es allein um die Frage, ob und inwieweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines bereits Verstorbenen die Kunstfreiheit eines Dritten beschränken kann.

Dass Art. 1 Abs. 1 GG auch den toten Körper des Verstorbenen schützt, ist durchaus möglich, folgt aber jedenfalls nicht unmittelbar aus der Mephisto-Entscheidung.[14] In einzelnen Entscheidungen, in denen das

[14] so auch Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, S. 18.

Bundesverfassungsgericht über die Rechtmäßigkeit von Obduktionen zu entscheiden hatte, hat es lediglich festgestellt: „Die Leichenöffnung nach § 87 StPO [...] würdigt den Toten in seinem allgemeinen Achtungsanspruch, der ihm kraft seiner Menschenwürde zukommt und auch noch nach dem Tod Schutz genießt, nicht herab und erniedrigt ihn nicht."[15] Davon ausgehend, dass das Bundesverfassungsgericht hier mit dem Toten wenig differenzierend den menschlichen Leichnam meint, hat es weder in dieser noch in einer früheren oder späteren Entscheidung begründet, warum sich die Würdegarantie auch auf den menschlichen Leichnam erstreckt. Darüber hinaus ist es überaus fraglich, wie weit der Schutz durch Art. 1 GG überhaupt reichen kann. Denn fest steht, dass dieser Schutz nur so weit reichen kann, wie es die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zulassen. Insoweit erscheinen die Grenzen zur religiösen oder kulturellen Achtung an dieser Stelle fließend.

Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden. Zunächst soll ein Überblick über die wesentlichen Regelungen des geltenden Bestattungsrechts gegeben und der bereits in den obigen Ausführungen angedeuteten Frage nachgegangen werden, inwieweit der geltende Umgang mit dem menschlichen Leichnam in einer kulturellen Tradition, gar der Tradition des Abendlandes, gründet. Im folgenden ist zu klären, inwieweit ein Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG zum Schutz des menschlichen Leichnams überhaupt möglich ist. In einem weiteren Schritt soll dann geprüft werden, wie weit der verfassungsrechtliche Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG - unter Berücksichtigung des geltenden Bestattungsrechts - tatsächlich reichen kann.

[15] BVerfG NJW 1994, 783 und NJW 1994, 783f., 784.

II. Wesentliche Regelungen der geltenden Bestattungsgesetze

Einheitliche Regelungen zum Umgang mit dem menschlichen Leichnam gibt es nicht. Die Regelungskompetenz für das Bestattungs- und Friedhofswesen liegt bei den Bundesländern, die entsprechend einzelne Bestattungsgesetze, vereinzelt durch Bestattungsverordnungen und Sektionsgesetze ergänzt,[16] erlassen haben. Demzufolge haben sich unterschiedliche landesrechtliche Regelungen herausgebildet, in deren Mittelpunkt der würdevolle, ehrfürchtige Umgang mit dem menschlichen Leichnam steht.[17] Was darunter genau zu verstehen ist, lassen jedoch auch die Bestattungsgesetze offen.

A. Weltliches Bestattungsrecht

1. Friedhofszwang und Arten der Bestattung

Ein zusammenhängender Normenkomplex zum Schutz des Leichnams existiert in unserer Rechtsordnung nicht. Einzelne Vorschriften zum Schutz des Leichnams bzw. von Leichenteilen finden sich im Strafgesetzbuch (StGB). Zu nennen sind insoweit der Straftatbestand der Störung der Totenruhe gem. § 186 StGB sowie die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener gem. § 189 StGB. Die Eigentumsdelikte der §§ 242, 246, 263 StGB sollen nach allgemeiner Auffassung nur dann Anwendung finden, wenn anatomische Institute oder Museen Eigentum begründet haben.[18]

Umfassende Regelwerke für den Umgang mit dem menschlichen Leichnam sehen allein die Bestattungsgesetze der Länder vor. In allen Ländern besteht ein Bestattungszwang für Leichen. Dieser wird mit der

[16] bspw. BestattVO BW, SektionsG Bln.
[17] vgl. nur § 7 Abs. 1 BestattG NRW, § 1 BestattG Nds.
[18] Stellpflug, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, S. 30f.

Notwendigkeit gerechtfertigt, die Lebenden vor gesundheitlichen Gefahren, die von Leichen ausgehen können, zu schützen. Zudem geht man davon aus, dass es als allgemein unerträglich empfunden würde, wenn menschliche Leichen unbestattet der natürlichen Verwesung überlassen würden.[19]

Eine Bestattung ist die mit religiösen oder weltanschaulichen Gebräuchen verbundene Übergabe des menschlichen Leichnams an die Elemente, und zwar traditionell als Erd- oder Feuerbestattung. Die Erdbestattung erfolgt durch das Versenken der Leiche in der Erde, die Feuerbestattung durch die Einäscherung des Leichnams und die Übergabe der Aschereste in die Erde oder einen anderen dafür bestimmten Platz.[20] Als eine Sonderform der Feuerbestattung sehen die Bestattungsgesetze darüber hinaus die Möglichkeit der Seebestattung vor, allerdings nur dann, wenn der Verstorbene dies verfügt hat.[21]

Die Bestattungsgesetze sehen bei der Frage, welche Art der Bestattung durchzuführen ist, keine strikte Bindung an den Willen des Verstorbenen vor. Einzelne Länder haben sich für die Aufnahme einer Soll-Vorschrift entschieden,[22] unter anderem mit der Begründung, dass andernfalls der Friedhofsträger gegen seine religiöse Überzeugung zur Durchführung der gewünschten Bestattungsart verpflichtet werden könnte, was ihm jedoch nicht zumutbar sei.[23] Andere Bestattungsgesetze sehen hingegen eine grundsätzliche Berücksichtigung des Willens des Verstorbenen vor, und zwar solange Belange der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht entgegenstehen.[24]

---

[19] Engelhardt, Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: Listl/Pirson, HdbStKiR, Bd. II, S. 108.
[20] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 100.
[21] vgl. nur § 15 Abs. 7 BestattG NRW.
[22] vgl. nur § 12 Abs. 1 BestattG NRW, § 10 Abs. 1 S. 2 BestattG Nds.
[23] LT-Nds., Drs. 15/2584, S. 12.
[24] § 16 BestattG SA, § 8 Abs. 3 BestattG BW, Art. 1 Abs. 2 BestattG Bayern.

Eine Öffnungsklausel für die Zulassung neuer Bestattungsarten - wie die Diamantpressung - sieht keines der Bestattungsgesetze vor. Bei der Neufassung des niedersächsischen Bestattungsgesetzes scheiterte die Einführung einer entsprechenden Klausel an den Stimmen der CDU-Fraktion, die sich für die Bewahrung der „überkommenen Bestattungskultur" einsetzte.[25]

In der Bundesrepublik besteht grundsätzlich ein gesetzlich angeordneter Friedhofszwang.[26] Sowohl Erd- als auch Feuerbestattungen haben demnach grundsätzlich auf öffentlichen Bestattungsflächen, also auf kommunalen oder kirchlichen Friedhöfen zu erfolgen.[27] Begründet wird dies zum einen mit hygienischen Gründen, die zwingend eine Bestattung auf Friedhöfen erforderlich machen würde.[28] Hinzu komme, dass eine angemessene und geordnete Leichenbestattung sowie eine pietätvolle Behandlung des Leichnams und die Totenruhe am besten auf Flächen gewährleistet werde, die diesem Zweck gewidmet sind und gleichsam im Schutz der Allgemeinheit stehen,[29] zumal angenommen wird, dass nur die dortige Bestattung dem sittlichen Empfinden weiter Bevölkerungskreise entspreche.[30] Zudem handele es sich bei der Totenbestattung um eine öffentliche Aufgabe, entsprechend bestehe auch bereits deshalb die Pflicht, öffentliche Friedhöfe zu nutzen.[31] Unter Berufung auf Interessen der Volksgesundheit und die zwingend für Leichen vorgesehene Ruhezeit,[32] die eine anderweitige Nutzung des Bodens auf lange Zeit unmöglich macht, werden daher auch Erdbestattungen auf privaten Bestattungsplätzen nur ganz ausnahmsweise zugelassen.[33] Diese Ausnahmemöglichkeiten sind zudem derart eng gefasst sind, dass sie

---

25 LT-Nds., Drs. 15/2584, S. 12.
26 vgl. nur § 18 Abs. 1, 2 BestattG Bln, § 25 Abs. 1 BestattG Brbg.
27 Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 20.
28 Grasser, Totenbestattung als öffentliche Aufgabe, BayVBl. 1972, 291ff.
29 BVerwGE 45, 224, 230; Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 18, 245.
30 BVerwGE 45, 224, 230; VGH Kassel MDR 1967, 72f.
31 BVerwGE 45, 224, 230.
32 für Kinder, die vor Vollendung des 6. Lebensjahres verstorben sind: mind. 6 Jahre, vor Vollendung des 10. Lebensjahres: mind. 10 Jahre; im Übrigen mind. 15 Jahre, was auch für Aschereste gilt (vgl. dazu nur § 5 BestattG Saarland).
33 Spranger, BestattG NRW, S. 132.

praktisch keine Rolle spielen.[34] So können die Gemeinden nur in besonderen Fällen des Vorliegens eines wichtigen Grundes und mit Zustimmung der unteren Gesundheitsbehörde ein Privatbegräbnis, also eine Erdbestattung außerhalb des Friedhofs, zulassen.[35] Gem. Art. 12 BestattG Bayern ist ein Privatbegräbnis auch dann zulässig, wenn es dem Herkommen entspricht. Bisher wurde die allgemeine Ausnahmeregelung sehr restriktiv ausgelegt. So hat die Rechtsprechung das Vorliegen eines entsprechenden Interesse an einem Privatbegräbnis im Falle eines orthodox Gläubigen, in dessen Stadt es keinen orthodoxen Friedhof gibt,[36] ebenso verneint wie bei dem Einwand einer zu kurzen Ruhezeit ohne Verlängerungsmöglichkeit[37] sowie bei einer Berufung auf die innere Verbundenheit zum eigenen Grundstück[38]. Verlangt werden vielmehr Gründe, die in atypischen Gegebenheiten oder Härtefällen gründen, die eine Einhaltung des Friedhofszwangs unzumutbar erscheinen lassen. Als ausreichend anerkannt wird jedenfalls das Interesse der Bestattung einer besonderen Persönlichkeit auf einem Privatgrundstück, um ihr besondere Ehre zuteil werden zu lassen.[39] Weitere Ausnahmen vom Friedhofszwang für Erdbestattungen sieht § 11 Abs. 2 BestattG Nds. vor, der unter Bezugnahme auf c. 1242 CIC die Beisetzung einzelner kirchlicher Würdenträger in ihren eigenen Kirchengebäuden gestattet.

Einige wenige der neueren Bestattungsgesetze sehen darüber hinaus Ausnahmen für die auch für die Feuerbestattungen geltende Urnen- und Friedhofspflicht vor, wonach die Asche grundsätzlich auf dem Friedhof in einer Urne beizusetzen ist. Neu ist, dass gem. § 15 Abs. 6 S. 1 BestattG NRW die Asche auch auf einem festgelegten Bereich des Friedhofs

---

[34] vgl. näher Kahler, Die Zulässigkeit von Privatgrabstätten, NVwZ 1983, 662ff.; Jacobs, Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, S. 95.

[35] vgl. nur § 14 Abs. 1 BestattG NRW: Gem. § 19 Abs. 1 S. 3 BestattG Nds. kann eine entsprechende Genehmigung sogar nur für Erdbestattungen auf vor dem Inkrafttreten des reformierten Bestattungsgesetzes zum 01.01.2006 bereits vorhandenen und mit behördlicher Duldung belegten Bestattungsplätzen erteilt werden.

[36] VGH Mannheim, Urteil vom 22.01.1979, Az.: I 2888/78.

[37] OVG Lüneburg, Urteil vom 18.10.1966, Az.: II A 45/64.

[38] VG Stuttgart, Urteil vom 20.09.1972.

[39] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 36.

verstreut werden darf, wenn dies durch Verfügung von Todes wegen bestimmt ist. Das Land Nordrhein-Westfalen hat allerdings in Ergänzung der „Hinweise zur Auslegung und Durchführung des Bestattungsgesetzes NRW" vom Dezember 2003 mitgeteilt, dass bei der Wahl dieser Beisetzungsart die Verstreuung der Totenasche angesichts ihres relativen hohen Salzgehaltes möglichst gleichmäßig und auf einer nicht zu kleinen Fläche erfolgen sollte, „um Schäden an der Vegetation und ein Anlocken von Wildtieren (z.B. Kaninchen) zu vermeiden. Ggf. kann eine Beregnung der Aschefelder sinnvoll sein."[40] Darüber hinaus gestattet § 15 Abs. 6 S. 1 BestattG NRW auch die Ausstreuung der Asche außerhalb des Friedhofs und § 15 Abs. 6 S. 2 und § 15 Abs. 5 S. 2 iVm Abs. 9 BestattG NRW sehen sogar die Möglichkeit vor, die Urne außerhalb des Friedhofs beizusetzen oder aufzubewahren.[41] Die Aufnahme der Möglichkeit, die Urne außerhalb des Friedhofs aufzubewahren, stellt die weitestgehende Lockerung des bisher geltenden Bestattungsrechts dar. Allerdings scheidet wohl trotz dieser Lockerung des Friedhofszwangs bspw. die Aufbewahrung der Urne im Wohnzimmerschrank aus, da ein öffentlicher Zugang zu der Urne auf diese Art und Weise nicht sichergestellt wäre.

Erforderlich für die Erteilung einer entsprechenden Ausnahmegenehmigung ist in jedem Fall das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen, die Sicherstellung der Wahrung der Totenwürde, der Totenruhe sowie eines öffentlichen Zugangs zum Bestattungsort, der die jederzeitige Ermittlung des Verbleibs der Urne ermöglichen soll. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 6 S. 2 BestattG NRW ist die bodennutzungsrechtliche Zulässigkeit weitere Genehmigungsvoraussetzung. Das Land Nordrhein-Westfalen hat jedoch in Ergänzung der „Hinweise zur Auslegung und Durchführung des Bestattungsgesetzes NRW" vom Dezember 2003 mitgeteilt, dass eine

[40] StGB NRW-Mitteilung 90/2005 vom 11.01.2005, Az.: IV/2-873-00, Punkt 1.

[41] Strenger bspw. § 19 Abs. 1 S. 3 BestattG Nds., wonach eine Urnenbestattung nur auf privaten Bestattungsplätzen möglich ist, die vor Inkrafttreten des Gesetzes vorhanden waren und mit behördlicher Duldung belegt worden sind.

Beteiligung der unteren Bodenschutzbehörde nicht erforderlich sei. „Da die Asche nur in Kleinstmengen auf- und eingebracht wird, können hierdurch schädliche Bodenveränderungen im Sinne von § 2 Abs. 3 Bundesbodenschutzgesetz in der Regel nicht hervorgerufen werden."[42]

Gem. § 1 Abs. 4 BestattG NRW besteht die Möglichkeit der Übertragung der Errichtung und des Betriebes des Friedhofs auf private Dritte, wenn auf diesem Friedhof Baumbestattungen (sog. Friedwälder), eine Sonderform der Feuerbestattung, bei der die Totenasche im Wurzelbereich von Pflanzen beigesetzt wird, damit die Toten im Baum „weiterleben" können, vorgenommen werden.[43]

2. Tieftemperaturbehandlung

Eine neue Bestattungsform lässt zudem § 8 Abs. 2 BestattG Nds. zu, der das zuständige Ministerium ermächtigt, die Pulverisierung des Leichnams durch eine Tieftemperaturbehandlung und die anschließende Beisetzung der dabei entstehenden Substanz in einem kompostierbaren Sarg als weitere Bestattungsart zuzulassen.

Ziel dieses in Schweden entwickelten Verfahrens ist die Umwandlung des Leichnams in umweltverträglichen Humus, um Pflanzen als Nährstoff zu dienen und auf diesem Weg wieder harmonisch in den Kreislauf der Natur eingegliedert zu werden. Dazu muss dem Leichnam zunächst das Wasser, aus dem der menschliche Körper zu 70% besteht, durch Gefriertrocknen entzogen werden. Dazu wird der zuvor anderthalb Wochen lang auf -18°C heruntergekühlte Körper in flüssiges Stickstoff getaucht, was ihn zerbrechlich macht. Anschließend wird der tiefgefrorene Leichnam einer Erschütterung ausgesetzt, infolge dessen er in grobes Pulver zerfällt.

[42] StGB NRW-Mitteilung 90/2005 vom 11.01.2005, Az.: IV/2-873-00, Punkt 2.
[43] Zulassung auch gem. § 1 Abs. 2 BestattG Saarland und gem. § 1 Abs. 4 BestattG Nds. durch Verzicht auf Einfriedung der Friedhöfe.

Anschließend wird in einer Vakuumkammer das Wasser entfernt und sodann Fremdstoffe, etwa Zahnfüllungen oder künstliche Gelenke aussortiert. Der verbleibende Rest wird in einem kompostierbaren Sarg aus Maisstärke in geringerer Tiefe als herkömmlich beigesetzt. Binnen weniger Monate soll sich der sterbliche Überrest völlig aufgelöst haben und nicht mehr nachweisbar sein. Alternativ soll auch eine Kremation möglich sein, was aufgrund des nur noch pulverisiert vorhandenen Leichnams einen wesentlich geringeren Energieeinsatz erforderlich machen soll. Vor dem Hintergrund dessen, dass einzelne Wissenschaftler zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die traditionelle Verbrennung von Leichen aufgrund eines Ausstoßes von ca. 50 Kilogramm Kohlendioxid zur Klimaerwärmung beiträgt, handelt es sich insoweit um einen erheblichen energiewirtschaftlichen Vorteil dieser Bestattungsart.[44]

3. Sargzwang

In der Bundesrepublik herrscht in den meisten Ländern ein grundsätzlicher Sargzwang. Zwar findet sich in den wenigsten der geltenden Bestattungsgesetze die ausdrückliche Anordnung einer Bestattung im Sarg[45], eine ausdrückliche Manifestation des Sargzwangs wird jedoch ganz überwiegend auch nicht für erforderlich erachtet, da es sich beim sog. Sargzwang um einen Gewohnheitsrechtssatz zum Schutz des Grundwassers und des Bodens vor Verunreinigung sowie der Sicherstellung der Verwesung der Leiche innerhalb der Ruhezeit handeln soll.[46]

Diskutiert wird, ob das reformierte BestattG NRW erstmals gänzlich auf die Notwendigkeit der Bestattung im Sarg verzichtet. Entsprechende Frage muss sich auch im Rahmen des reformierten BestattG SA stellen. Ein

---

[44] „Was bleibt", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.

[45] § 11 Abs. 1 BestattG Nds., § 10 BestattG Bln, § 1 I BestVO HH, § 16 BestattG Sachsen, § 15 Abs. 1 BestattG SA, § 9 LeichenVO SH.

[46] vgl. näher Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 127ff.

ausdrücklicher Verzicht auf den Sargzwang findet sich in den beiden genannten Bestattungsgesetzen nicht. § 7 Abs. 2 BestattG NRW sieht jedoch vor, dass, soweit dies möglich ist, die Bestattung unter Berücksichtigung des Empfindens der Bevölkerung und der Glaubensgemeinschaft des Verstorbenen vorgenommen werden soll. § 1 BestattG SA bestimmt, dass sich die Bestattung nach den sittlichen, weltanschaulichen und religiösen Vorstellungen des Verstorbenen zu richten hat,[47] sofern nicht Belange der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, wozu vor allem die öffentliche Gesundheit zählen soll, entgegenstehen.[48] Vor allem Spranger schließt aus der Beibehaltung der Genehmigungsbedürftigkeit der Sargöffnung während einer Trauerfeierlichkeit[49] auf die Beibehaltung des gewohnheitsrechtlich anerkannten Sargzwangs.[50]

Überzeugen kann diese Argumentation indes nicht, handelt es sich bei dieser genehmigungsbedürftigen Sargöffnung doch lediglich um eine Sonderregelung für den Fall des unmittelbaren Kontaktes der Lebenden mit dem Leichnam, die bezweckt, die Teilnehmer einer Trauerfeier zum einen vor Gesundheitsgefahren, die im Einzelfall von einem Leichnam aufgrund einer Infektion o.ä. ausgehen können, oder aber zum anderen vor dem Anblick eines bereits verwesten oder durch einen Unfall entstellten Leichnams zu schützen. Entsprechend wäre bei einer Bestattung ohne Sarg bei einer analogen Anwendung des § 11 Abs. 3 S. 1 BestattG NRW eine Aufbahrung des Leichnams bei der Trauerfeier aus selbigen Gründen zu verweigern, so dass der ohne Sarg zu bestattende Leichnam bei der Trauerfeier genau wie beim Transport[51] in einem geschlossenen Sarg aufzubahren wäre. Da die Anwendung der Norm also nicht zwingend eine Sargbestattung voraussetzt, könnte aus dem

[47] Anders bspw. § 34 Abs. 1 S. 2 BestattG Saarland, der nur eine Entbindung von der Sargpflicht aus religiösen Gründen vorsieht, sofern medizinische oder polizeiliche Gründe nicht entgegenstehen.
[48] Barthel, BestattG SA, S. 36 zu § 1.
[49] § 11 Abs. 3 S. 1 BestattG NRW.
[50] Spranger, Das neue Bestattungsgesetz NRW, NWVBl. 2004, 9, 13.
[51] vgl. nur § 16 Abs. 1 BestattG NRW.

geltenden Bestattungsrecht nur dann auf eine grundsätzliche Beibehaltung des Sargzwangs geschlossen werden, wenn grundsätzlich gesundheitliche Gefahren von einem Leichnam ausgehen. Dass dies jedoch nicht der Fall ist, steht heute fest.[52] Sind entsprechende Gefahren ausnahmsweise doch gegeben, werden die Gesundheitsbehörden durch die Generalklausel der Bestattungsgesetze[53] oder des Infektionsschutzgesetzes verpflichtet, geeignete Schutzvorkehrungen zu treffen,[54] also unter anderem auch bei entsprechenden gesundheitlichen Gefahren die Sargbestattung anzuordnen.

Aus dem eindeutigen Wortlaut der reformierten Bestattungsgesetze in Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt ist vielmehr eine grundsätzliche Freigabe des Sargzwangs bei Vorliegen entsprechender religiöser oder sittlicher Gründe zu folgern. Die Freigabe aus religiösen Gründen ist vor allem als Reaktion auf die hohe Anzahl muslimischer Einwohner in den jeweiligen Ländern zu werten, deren religiös begründete Bestattungsriten sich mit den bisherigen deutschen Bestattungsvorschriften kaum in Einklang bringen lassen. Denn islamische Bestattungsvorschriften sehen das Verbot der Bestattung von Moslems unter Nichtmoslems, eine ewige Grabruhe, eine Ausrichtung der Grabstellen nach Mekka sowie das Verbot einer Bestattung im Sarg vor. Da ein Sarg die innere Verbundenheit mit diesem heiligen Ort stören würde, darf der Leichnam grundsätzlich lediglich eingehüllt in ein Tuch bestattet werden.[55] Durch die Berücksichtigung der Empfindungen der Bevölkerung bzw. sittlicher Empfindungen ist auch Nichtmuslimen nunmehr eine Bestattung ohne Sarg möglich. Voraussetzung ist allein, dass auch an dieser Stelle der Gehalt jener Empfindungen empirisch zu ermitteln ist. Nur wenn eine entsprechende Untersuchung zu dem Ergebnis käme, dass sittliche

---

52 vgl. auch Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 96.

53 vgl. nur § 7 Abs. 3 BestattG NRW.

54 so auch § 6 LeichenVO Hessen: Schutzmaßnahmen bei Ansteckungsgefahr.

55 näher Hertlein, Der rechtliche Rahmen für Bestattungen nach islamischen Vorschriften, NVwZ 2001, 890ff.; Allerdings wurde von der Akademie für islamisches Recht auch die Erlaubnis für eine Bestattung im Sarg erteilt, wobei es sich um einen schlichten und dekorierten Sarg handeln sollte: Abdullah, Islam für das Gespräch mit Christen, S.98.

Interessen einer Bestattung ohne Sarg entgegenstehen, wäre von einer gänzlichen Freigabe des Sargzwangs abzusehen.

Die Beschränkung der Freigabe der Sargpflicht im BestattG NRW durch die Einschränkung „soweit möglich" ist jedoch als zu unbestimmt zurückzuweisen. Dem Friedhofsträger ist es nach dem Wortlaut möglich, sich unter Berufung auf jeden mutmaßlichen Grund gegen eine Bestattung ohne Sarg zu wenden. Belange der öffentlichen Gesundheit werden der Bestattung ohne Sarg grundsätzlich nicht entgegenstehen. Denn nach wissenschaftlichen Erkenntnissen genügt eine Bestattung im Tuch, wenn eine Infektion ausgeschlossen ist, zumal der Verwesungsprozess beschleunigt wird.[56] Enger ist § 11 Abs. 1 BestattG Nds. gefasst, der eine Ausnahme von der Sargpflicht nur zulässt, wenn in der zu bestattenden Person ein wichtiger Grund vorliegt und ein öffentlicher Belang nicht entgegensteht. Angesichts der Unbestimmtheit des Wortlautes stellt sich die Frage, ob diese Ausnahmemöglichkeit auf religiös begründete Wünsche beschränkt ist. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde jedenfalls zum einen eine vom Gesetzgeber zunächst beabsichtigte Beschränkung auf die religiösen Wünsche von Angehörigen anerkannter Religionsgemeinschaften für zu eng erachtet, zum anderen wandte sich jedoch die CDU-Fraktion erneut mit dem Argument der Wahrung der überkommenen Bestattungskultur gegen eine zu weite Lockerung der Sargpflicht.[57]

4. Tot- und Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen

Erhebliche Einschränkungen erfährt der Friedhofs- und Bestattungszwang in allen Bundesländern für Tot- und Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen. Die Bestattungsgesetze enthalten keine

[56] Höpp/Jonker, In fremder Erde, S. 72.
[57] LT-Nds., Dr. 15/2584, S. 13.

eigenen Begriffsbestimmungen, sondern greifen überwiegend auf jene des Personenstandsrechts zurück.[58] Neugeborene, bei denen nach vollständigem Verlassen des Mutterleibes kein Lebenszeichen festzustellen war, bei denen das Geburtsgewicht jedoch mindestens 500 Gramm betrug, gelten gem. § 21 Abs. 1 und 2 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes als Totgeburt und damit als Leiche. Leibesfrüchte mit einem Gewicht unter 500 Gramm[59], bei denen nach vollständigem Verlassen des Mutterleibes kein Lebenszeichen festzustellen war, gelten gem. § 21 Abs. 3 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes als Fehlgeborene und damit nicht als Leichen. Entsprechend unterliegen Totgeburten in den meisten Bestattungsgesetzen der Bestattungspflicht[60], nicht hingegen Fehlgeborene und Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen. Sie sind entsprechend der übereinstimmenden Regelungen der einzelnen Bestattungsgesetze unverzüglich hygienisch einwandfrei unter Rücksicht auf das sittliche Empfinden zu beseitigen, sofern sie nicht zu medizinischen, pharmazeutischen oder wissenschaftlichen Zwecken aufbewahrt werden.[61]

Damit stand die Bestattung der Fehlgeborenen und Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen in nahezu allen Ländern im Ermessen des Friedhofsträgers. Das Ermessen wurde überwiegend wie folgt ausgeübt: Üblich ist eine Entsorgung mit dem Krankenhaussondermüll (Abfälle der Gruppe E) oder eine Sammelverbrennung mit anschließender Sammelbeisetzung.[62] Überwiegend wird den Krankenhäusern von den Landesregierungen zwar durch unverbindliche Empfehlungen nahegelegt,

---

58 Gem. § 18 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BestattG Sachsen sind Fehlgeborene - offensichtlich in Anlehnung an § 218 a Abs. 1 Nr. 3 StGB - nur dann zur Bestattung zuzulassen, wenn die Fehlgeburt später als zwölf Wochen nach der Empfängnis stattgefunden hat, allerdings ohne eine Begründung für die Anknüpfung an diese Maßangaben zu enthalten.

59 Die 500 Gramm-Grenze wurde dem Personenstandsrecht entnommen, § 29 Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes.

60 bspw. § 2 Abs. 1 S. 2 BestattG Nds., anders: §§ 8 Abs. 2, 14 Abs. 2 BestattG NRW.

61 vgl. nur § 1 BestattG Nds.

62 Rheinischer Merkur vom 09.11.1990, zitiert aus: Das Bestattungsgewerbe 1991, 75f., Donau-Kurier vom 11.02.1991, zitiert aus: Das Bestattungsgewerbe, S. 156.

die Feten zu sammeln, in einem gemeinsamen Sarg zu verbrennen und anschließend die verbleibenden Aschereste ohne Urne in eine Gemeinschaftsanlage einzustreuen oder in einer Gemeinschaftsanlage beizusetzen.[63] Gebunden sind die Krankenhäuser bei der Beseitigung von Feten und Fehlgeburten an diese unverbindlichen Empfehlungen jedoch nicht.

Eine geringfügige Verbesserung der Rechtslage sehen die reformierten Bestattungsgesetze nunmehr für Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen vor. Danach sind Fehlgeborene sowie die aus einem Schwangerschaftsabbruch stammenden Leibesfrüchte zu bestatten, wenn dies die Eltern oder mindestens ein Elternteil wünscht,[64] in Nordrhein-Westfalen gilt dies auch für Totgeburten, was im Vergleich zum bisherigen Bestattungsrecht, das eine Bestattungspflicht vorsah, einen Rückschritt darstellt.[65] Regelmäßig vorgesehen ist, dass die Eltern von der Einrichtung oder dem Arzt, in der oder dessen Gegenwart die Geburt oder der Schwangerschaftsabbruch erfolgte, auf diese Möglichkeit hinzuweisen sind.[66] Liegt eine Erklärung der Eltern nicht vor, sind Tot- und Fehlgeburten von den Einrichtungen unter würdigen Bedingungen zu sammeln und zu bestatten. Lehnen die Eltern eine Bestattung der Tot- oder Fehlgeborenen ab und liegt bei Schwangerschaftsabbrüchen keine Erklärung vor, erfolgt eine Verbrennung entsprechend dem sittlichen Empfinden der Bevölkerung. Problematisch ist der Fall, dass beispielsweise der Täter einer Vergewaltigung entgegen dem Willen der Mutter die Bestattung verlangt. In diesen Fällen geht zumindest der niedersächsische Gesetzgeber von einer rechtsmissbräuchlichen Rechtswahrnehmung aus, mit der Folge, dass auf das Schikaneverbot des § 226 BGB zurückgegriffen werden kann und eine Bestattung unterbleibt.[67] Wird eine Bestattung der

---

[63] vgl. nur Rundschreiben 2/2001 des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales, Gesundheit, Jugend und Familie, Verfahren bei der Bestattung von Fehlgeburten und abgetriebenen Leibesfrüchten.

[64] vgl. nur §§ 8 Abs. 2, 14 Abs. 2 BestattG NRW, § 8 Abs. 2 BestattG Nds.

[65] so auch Art. 6 Abs. 1 BestattG Bayern.

[66] vgl. nur § 8 Abs. 2 S. 2 BestattG Nds., § 14 Abs. 2 S. 2 BestatG NRW.

[67] Entwurf eines Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Niedersächsischen Landtages, Drs. 15/2584, S. 9.

Fehlgeburt nicht von den Eltern gewünscht, werden die Fehlgeburten nicht sofort beseitigt. Sowohl der Wortlaut der Bestattungsgesetze als auch die Handhabung in der Praxis bestätigen, dass Fehlgeborene vor ihrer Beseitigung unmittelbar an medizinische Einrichtungen zur Vornahme experimenteller Handlungen übergeben werden können. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 14 Abs. 2 BestattG NRW liegt für Nordrhein-Westfalen die Annahme nahe, dass der Friedhofszwang für Tot- und Fehlgeboren aufgehoben wurde.

5. Sozialbegräbnis

Die Bestattungspflicht obliegt grundsätzlich den Hinterbliebenen. Sind diese jedoch nicht (rechtzeitig) festzustellen, veranlasst die Gemeinde die Bestattung. Sie soll bei der Auswahl der Bestattungsart die Willensbekundungen des Verstorbenen berücksichtigen (sog. Sozialbegräbnis).[68] Im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren wurde es als unverhältnismäßig erachtet, dem Friedhofsträger im Falle des Nichtvorliegen eines Bestattungswunsches stets die Pflicht zur Durchführung einer Erdbestattung aufzuerlegen.[69]

6. Totenkonservierung

Vor dem Hintergrund der umstrittenen Ausstellung „Körperwelten" hat sich das BestattG NRW in § 11 für eine Regelung der Totenkonservierung entschieden. Eine Konservierung von Toten bedarf gem. § 11 Abs. 1 BestattG NRW der Genehmigung der Ordnungsbehörden. Eine anschließende Ausstellung des konservierten Leichnams bedarf gem. § 11 Abs. 3 S. 2 BestattG NRW neben der entsprechenden behördlichen

[68] vgl. nur § 12 Abs. 1 BestattG NRW, § 10 Abs. 1 S. 4 BestattG Nds., vgl. auch § 74 SGB XII, der die Übernahme der Bestattungskosten durch die öffentliche Hand vorsieht, sofern den Pflichtigen nicht zugemutet werden kann, diese Kosten zu tragen.

[69] Entwurf eines Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Niedersächsischen Landtages, Drs. 15/2584, S. 12.

Genehmigung die zu Lebzeiten schriftlich erklärte Einwilligung des Verstorbenen. Die Mehrzahl der Bestattungsgesetze der Länder enthält hingegen keine Regelung zur Totenkonservierung; der niedersächsische Gesetzgeber hat sich ausdrücklich gegen die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in das BestattG Nds. entschieden.[70]

7. Anatomie

Eine der wesentlichen Aufgaben der Anatomie ist das Zergliedern des toten menschlichen Körpers sowie der Präparation.[71] Die präparierten Leichen werden für die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses, Versuche in der Grundlagenforschung und der angewandeten Forschung[72] oder als nicht dauerhaft haltbare und wenig ästhetische Präparate für anatomische sowie naturkundliche Museen verwendet. Nur die wenigsten Bestattungsgesetze sehen ausdrückliche Regelungen für die Voraussetzungen der Übergabe des Leichnams an anatomische Institute vor. Nur in einigen Ländern wird die Zulässigkeit der Übergabe des Leichnams an ein anatomisches Institut an eine ausdrückliche Zustimmung des Verstorbenen gebunden.[73] In jenen Ländern, in denen sich keinerlei Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Übergabe des Leichnams an anatomische Institute finden,[74] wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Übergabe des Leichnams an ein anatomisches Institut bereits dann zulässig ist, wenn eine Zustimmung der Angehörigen des Verstorbenen vorliegt oder aber sich diese nicht um die Bestattung kümmern, so dass davon auszugehen ist, dass berechtigte Pietätsgefühle nicht verletzt werden, oder aber die Angehörigen nicht innerhalb der Bestattungsfrist zu ermitteln sind. Die Übergabe soll aber in jedem Fall

---

[70] Entwurf eines Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Niedersächsischen Landtages, Drs. 15/2584, S. 10.

[71] vgl. nur § 7 SektionsG Bln.

[72] Landtag Baden-Württemberg, Drs. 11/2978.

[73] so § 9 Abs. 1 Nr.1 BestattG SH, § 8 Abs. 1 Nr. 2 SektionsG Bln, § 15 Abs. 1 Nr. 2 BestattG Brbg., § 13 Nr. 2 SektionsG HH, § 49 BestattG Saarland.

[74] so in Bremen, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen.

dann unzulässig sein, wenn diese dem Willen des Verstorbenen entgegenliefe.[75]

In der Praxis werden aufgrund dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen vor allem in Kranken- oder Strafanstalten Verstorbene anatomischen Instituten übergeben.[76] Wird der Leichnam nicht mehr für anatomische Zwecke benötigt, ist er als Leiche im Sinne der Bestattungsgesetze von dem Institut zu bestatten oder aber zum Zwecke der Bestattung an die Angehörigen zu übergeben. Es besteht insoweit also eine aufschiebend bedingte Bestattungspflicht,[77] für die wohl überwiegend die Vorschriften der Bestattungsgesetze über Leichenteile Anwendung finden.

8. Gefallene Soldaten

Seit Mitte des 19. Jahrhunderts ist der Umgang mit gefallenen Soldaten v.a. durch eine systematische und staatlich gelenkte Stilisierung als Symbol eines sinnhaften Todes gekennzeichnet. Dieser Gefallenenkult steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Entwicklung moderner Kriegsführung. Bis zur Ablösung der Söldnerheere beschränkte sich das gesellschaftliche Interesse an dem Soldaten auf seine Kampffähigkeit. Fiel diese infolge seines Todes aus, erlosch auch das Interesse an dem Soldaten. Gefallene Soldaten wurden infolge dessen in anonymen Massengräbern beerdigt oder auf Scheiterhaufen verbrannt.

Diese Praxis änderte sich im 19. Jahrhundert mit der Einführung der in der allgemeinen Wehrpflicht fußenden Bürgerheere. Der Tod von Soldaten in Kriegseinsätzen ließ sich aufgrund der nunmehr zurückbleibenden gesellschaftlichen Wunden staatlich nicht mehr allein durch die

---

[75] Dietz/Arnold, Bestattungsgesetz in Baden-Württemberg, zu § 42; Seeger, Bestattungsrecht in Baden-Württemberg, zu § 42; so auch in Nordrhein-Westfalen: Runderlass des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 04.04.1985 „Überlassung von menschlichen Leichen für den Anatomieunterricht für Medizinstudierende“.

[76] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 105f.

[77] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 105f.

kriegerischen Handlungen rechtfertigen. Die Bergung gefallener Soldaten vom Schlachtfeld und ihre Ehrung rückten in den Mittelpunkt des Interesses. Es entstanden große Soldatenfriedhöfe, mystifizierende Kriegsdenkmäler und der Versuch der Dokumentation des Todes auf dem Schlachtfeld anhand von Personalunterlagen, die Tod und Sterben der Soldaten verzeichneten. Die ungeheuren Verluste in den beiden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts führten zu einem vorläufigen Höhepunkt der Entwicklung.

Ein Blick auf den Umgang mit den Soldaten der Bundeswehr, die im Verlauf von Auslandseinsätzen getötet werden - zu denken ist insoweit nur an die im Fernsehen übertragenen Überführungen der Getöteten und Trauerfeiern -, bestätigt die fortdauernde gesellschaftliche Bedeutung des staatlichen Gefallenenkults für die gesellschaftliche Akzeptanz kriegerischer Einsätze[78].

B. Kirchliches Bestattungsrecht

Sowohl das katholische als auch das evangelische Kirchenrecht sehen eigene Regelungen zur Durchführung von Bestattungen vor. Während die staatlichen Bestattungsgesetze vor allem gesundheitspolizeiliche Aspekte der Bestattung in den Fokus nehmen, regeln die Kirchen deren geistigen Aspekte.

1. Katholisches Kirchenrecht

Das katholische Kirchenrecht regelt im Codex des kanonischen Rechts in der Fassung von 1983 (CIC) sowohl die Bestattung als auch die Einrichtung kirchlicher Friedhöfe. Die Bestattung wird dabei den

[78] vgl. näher: Rass, Tote Soldaten auf den Schlachtfeldern der Weltkriege, S. 66ff.; Fischer, Norbert, Tod und Bestattung, 5. Kapitel, 4: Kriegstod, www.n-fischer.de.

Sakramentalien (cc. 1176-1185), die Friedhöfe werden den heiligen Orten (cc. 1240-1243) zugeordnet. Jeder verstorbene Gläubige erwirbt mit seiner Taufe gem. cc. 213, 1176 § 1 einen Anspruch auf ein kirchliches Begräbnis, durch das der Verstorbene Gott anempfohlen wird. Die Gemeinde erweist dem Toten dabei einen Dienst der brüderlichen Liebe, ehrt seinen mit der Taufe zum Tempel des Heiligen Geistes gewordenen Leib im Gedenken des Todes und der Auferstehung.[79] Das kirchliche Begräbnis zeichnet sich entsprechend gem. c. 1176 § 2 durch besondere liturgische Feierlichkeiten, die sog. Exequien, aus, bei denen die Kirche v.a. geistigen Beistand für den Verstorbenen erfleht. Sie beginnen mit der Überführung des Leichnams in die Kirche und einer dortigen Eucharistiefeier und enden mit der Besetzung des Leichnams auf dem Friedhof.[80] Zulässige Bestattungsart ist gem. c. 1176 § 3 neben der dem Begräbnis des Herrn ähnlichen Erdbestattung auch die Feuerbestattung, sofern sie nicht aus Gründen der Ablehnung christlicher Glaubensinhalte gewählt wird. Gem. c. 1183 § 1 werden die Katechumen den Getauften gleichgestellt. Stirbt ein ungetauftes Kind, dessen Taufe beabsichtigt war, kann gem. c. 1183 § 2 der Ordinarius die Bestattung gestatten. Eine Definition des Kindes enthält der CIC nicht, jedoch ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch Tot- und Fehlgeburten sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen ungetaufte Kinder in diesem Sinn sein sollen.

Auch Getauften anderer nicht katholischer Gemeinschaften kann der Ordinarius gem. c. 1183 § 3 ein kirchliches Begräbnis gewähren, sofern der gegenteilige Wille des Verstorbenen nicht feststeht und ein eigener Amtsträger nicht erreicht werden kann. Darunter soll sowohl eine physische als auch eine moralische Unerreichbarkeit verstanden werden.[81] Ungetaufte haben grundsätzlich kein Recht auf ein kirchliches Begräbnis.

---

[79] Bischofskonferenzen Deutschlands u.a., Die kirchliche Begräbnisfeier in den katholischen Bistümern des deutschen Sprachgebiets, S. 13.

[80] Reinhardt, Das kirchliche Begräbnis, in: Listl (Hrsg.), HdbkathKR, S. 840ff., 843.

[81] Althaus, in: v. Camphausen u.a. (Hrsg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, Bd. I, Stichwort: Begräbnis, S. 211.

Anders als c. 1239 § 1 CIC/1917 enthält der CIC/1983 zwar keinen ausdrücklichen Ausschlusstatbestand, der Ausschluss der Ungetauften ergibt sich aber bereits aus dem Wortlaut des c. 1176 § 1 sowie aus der Natur des christlichen Begräbnisses als Anempfehlung des verstorbenen Gläubigen an Gott. Getauften offenkundigen Apostaten, Häretikern, Schismatikern sowie jenen, die sich aus Gründen, die der christlichen Glaubenslehre widersprechen, für die Feuerbestattung entschieden haben und anderen „öffentlichen Sündern", denen ein kirchliches Begräbnis nicht ohne öffentliches Ärgernis bei den Gläubigen gewährt werden kann, ist gem. cc. 1184 § 1, 1185 sowohl ein kirchliches Begräbnis als auch eine Begräbnismesse zu verweigern, wenn sie nicht vor dem Tod ein Zeichen der Reue gegeben haben. Zu den „öffentlichen Sündern" werden beispielsweise die wiederverheirateten Geschiedenen und die Katholiken, die jahrelang ihrer österlichen Pflicht nicht nachgekommen sind, sowie aus der katholischen Kirche Ausgetretene gezählt.[82] Der Selbstmord ist im CIC in der Fassung von 1983 kein Grund mehr für die Verweigerung eines kirchlichen Begräbnisses. Nach kirchlicher Auffassung besteht bei einem Selbstmörder, der aus der Kirche ausgetreten ist, jedoch die widerlegbare Vermutung, dass er kein kirchliches Begräbnis wünscht.[83] Die Frage, ob dann, wenn „öffentlichen Sündern" ein kirchliches Begräbnis gewährt wird, ein öffentliches Ärgernis entstehen könnte, ist im Einzelfall zu entscheiden und hängt entscheidend von dem Bekanntheitsgrad des Verstorbenen sowie der Einstellung der Gläubigen zu den genannten Tatbeständen ab, die in städtischen und ländlichen Regionen variieren werden. Das Recht zur Entscheidung über die Gewährung eines kirchlichen Begräbnisses wird damit quasi auf die Gemeinde übertragen.[84]

In Zweifelsfällen entscheidet gem. c. 1184 § 2 der Ortsordinarius. Gem. c. 18 sind diese Verweigerungsnormen jedoch restriktiv auszulegen. Andere

[82] Reinhardt, Das kirchliche Begräbnis, in: Listl (Hrsg.), HdbkathKR, S. 840ff., 841.
[83] Althaus, in: v. Camphausen u.a. (Hrsg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, Bd. I, Stichwort: Begräbnis, S. 212.
[84] Reinhardt, Das kirchliche Begräbnis, in: Listl (Hrsg.), HdbkathKR, S. 840ff., 841.

Ausschlussgründe, insbesondere bei der Wahl einer anonymen Bestattung, sieht der CIC nicht vor.

Der Entzug des kirchlichen Begräbnisses ist, wenn keine persönliche Schuld vorliegt, bloße Ordnungsmaßnahme, andernfalls gem. c. 2291 n. 5 Sühnestrafe, die erst nach dem Tod verbüßt wird. Der Verstorbene gilt für die Rechtsordnung insoweit noch als fortlebend. Wird das kirchliche Begräbnis in rechtswidriger Weise erzwungen oder gewährt, sieht c. 2339 entsprechende Strafen vor.

Der Gläubige hat gem. cc. 1177 § 2, 1180 § 2 das grundsätzliche Recht, selbst die Kirche für die Exequien und den Friedhof für das Begräbnis frei zu wählen. Gem. c. 1242 dürfen nur die Leichname de Päpste, der Kardinäle und der Diözesanbischöfe (auch emeritierter) im Kirchengebäude bestattet werden. Gem. c. 1181 werden für das kirchliche Begräbnis sog. Stolgebühren erhoben, wobei Armen eine gebührende Begräbnisfeier nicht vorenthalten werden darf.

2. Evangelisches Kirchenrecht

Die evangelische Kirche hat amtliche Verlautbarungen zur kirchlichen Bestattung erlassen. Für die der VELKD angeschlossenen lutherischen Landeskirche ist der Abschnitt VII, Art. 67ff. der „Ordnungen des kirchlichen Lebens" maßgeblich; für die in der Arnoldshainer Konferenz zusammengeschlossenen Landeskirchen gilt die Ordnung „Bestattung". Inhalt beider Ordnungen sind neben theologischen Ausführungen zu Tod und Auferstehung Verhaltensmaßregeln. Grundsätzlich wird danach gem. Art. 68 ein kirchliches Begräbnis nur Mitgliedern der evangelischen Kirche gewährt. Ungetaufte und tot geborene Kinder sollen auf Wunsch der Eltern kirchlich bestattet werden. Verstorbenen, die nicht (mehr) Mitglied sind, kann aus Rücksicht auf die kirchlichen Angehörigen ein kirchliches Begräbnis gewährt werden. Zudem hat der Pfarrer die Möglichkeit,

Angehörigen des aus der Kirche ausgetretenen Verstorbenen eine Andacht anzubieten, die sich allerdings nach Art, Ort und Zeit von einem kirchlichen Trauergottesdienst unterscheiden muss. Bei Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses kann Beschwerde eingelegt werden.

III. Behandlung des menschlichen Leichnams im abendländischen Kulturkreis

Ein Blick auf das geltende Bestattungsrecht wirft die Frage nach den kulturellen Wurzeln des darin zum Ausdruck kommenden Umgangs mit dem menschlichen Leichnam auf. Unsere kulturelle Herkunft legt einen Rückgriff auf die sog. Kultur des Abendlandes nahe. Ob tatsächlich eine abendländische Bestattungskultur anzuerkennen ist, soll im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung stehen.

Unter dem Abendland versteht man herkömmlich die geistesgeschichtliche Bezeichnung für jenen Teil Europas, der sich im Mittelalter - in Abgrenzung zur östlichen Welt des Morgenlandes - aufgrund der Einflüsse der antiken Kultur, des römischen Christentums und germanischer Elemente als einheitlicher Kulturkreis formierte.[85]

Wiehardt-Howaldt hat sich mit seiner Kritik der Abendlandkonzeption gegen die Existenz eines solchen einheitlichen abendländischen Kulturkreises gewandt.[86] Es gebe weder *die* eine Antike, noch *das* eine Christentum, die sich über Epochen einheitsstiftend erhaltend hätten. Jede Epoche habe den Überlieferungsbestand mit ihrem eigenen Geist erfüllt, so dass sich daraus nicht ein bis heute erhaltener einheitlicher Kulturkreis habe entwickeln können.[87] Einer umfassenden Prüfung soll der Ansatz Wiehardt-Howadts angesichts der Weite eines jeden Kulturbegriffs an dieser Stelle nicht unterzogen werden. Im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung soll allein die Frage stehen, ob sich im Hinblick auf den Umgang mit dem menschlichen Leichnam eine gesamteuropäische abendländische Tradition feststellen lässt.

---

[85] Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 1, S. 56, Stichwort: Abendland.

[86] Wiehart-Howaldt, in Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, S. 71ff.

[87] Wiehart-Howaldt, in Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, S. 72ff.

Fest steht, dass sich der Umgang mit dem menschlichen Leichnam in den verschiedenen Kulturkreisen aufgrund der verschiedensten Jenseitsvorstellungen unterschiedlich entwickelt hat. Vom Ahnenkult der Steinzeit über die Lehre der Seelenwanderung der Buddhisten bis zur biblischen Prophetie: Wie mit dem menschlichen Leichnam verfahren wird, hängt vor allem von der Vorstellung über das dem Tod Folgende ab. Allen Kulturen ist jedoch gemein, dass der Ahnenkult eine Brücke zum Übergang ins Jenseits ist. So wurden die toten Herrscher der Inka in ihren Palästen belassen, während ihre Diener weiter die Arbeiten verrichteten, da man von einem Weiterleben der Toten ausging. In anderen Kulturen bemächtigte man sich Teile der Toten und verspeiste sie, um die Lebenskraft der Verstorbenen zu übernehmen. In wiederum anderen Kulturen war es aus diesem Grund üblich, den Schädel des Verstorbenen in der Wohnhütte oder einem Schädelhaus aufzubewahren.[88] So haben die Menschen in Papua-Neuguinea noch bis vor 50 Jahren die Gehirne ihrer verstorbenen Angehörigen verzehrt, um für deren Seelen ein Überleben zu sichern. Die Ägypter mumifizierten ihre Toten und legten ihnen Grabbeilagen bei - in frühen Zeiten auch lebende Menschen, die ihnen in der Unterwelt zur Verfügung stehen sollten.[89] Angesichts jener Vielfalt der Bestattungsformen, die in unserem Kulturkreis unbekannt und unangewendet sind, liegt in jedem Fall die Vermutung nahe, dass es sich bei der Art und Weise des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam um eine kulturspezifische und nicht einheitliche Erscheinung handelt.

A. Animistisch geprägte Gesellschaft

In den frühen Gesellschaften entledigte man sich der Leichen, indem man sie im Wasser versenkte oder sie schlicht den Einflüssen der Luft aussetzte. Jedoch setzte sich bereits in der Steinzeit eine ritualisierte Bestattung der Toten durch, und zwar zunächst als Erdbestattung, seit der

[88] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, Sp. 272f., Stichwort: Totenkult.
[89] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. II, Sp. 303, Stichwort: Bestattung.

Bronze- und Eisenzeit auch in Gestalt der Leichenverbrennung.[90] Heute geht man davon aus, dass die einsetzende Ritualisierung des Todes sowohl Folge des natürlichen, dem Menschen innewohnenden Pietätgefühls als auch der abergläubischen Angst vor der Kraft der Toten war.[91] Der Totenkult beruht also auch auf der Vorstellung, dass der Tote in irgendeiner Weise weiterlebt und über Fähigkeiten verfügt, die den Lebenden fehlen.[92] Entsprechend sollte die Totensorge zum einen die Gunst des Toten sicherstellen, zum anderen aber auch seine Wiederkehr verhindern, sei es durch die Beschwerung des Leichnams mit einem Stein[93] oder aber das Zerbrechen seiner Knochen. Man geht davon aus, dass vor allem diese Furcht sowie der Wunsch der nichtsesshaften Völker, ihre Toten zu transportieren, die Entwicklung der Feuerbestattung begünstigt hat.[94] Infolge der zunehmenden Sesshaftigkeit der Menschen, spiritueller und religiöser Vorstellungen von einem Leben nach dem Tod sowie erhöhten Anforderungen an Hygiene und Reinlichkeit verfestigten und entwickelten sich die Bestattungsbräuche.[95]

B. Griechisch-römische Antike

Die Bestattung und Ehrung der Toten galt sowohl bei den Griechen als auch bei den Römern als höchste Pflicht, um das Fortleben des Verstorbenen zu sichern.[96] Entsprechend hatte in der griechischen Antike ein jeder ein durch Moral, Religion und die allgemeinen Gesetze gebotenes Recht auf Bestattung.[97] Aristoteles geht davon aus, dass die Bestattung, Teil der Ehre ist, die einem Menschen zukommt: „Die Ehrung besteht [...] in Grabmälern"[98] bzw. „Teile der Ehrung sind: [...] Leichenfeiern."[99] Auch

[90] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 2.
[91] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. II, Sp. 303, Stichwort: Bestattung.
[92] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, Sp. 272, Stichwort: Totenkult.
[93] dies gilt als Ursprung der heutigen Grabplatten.
[94] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche Bd. VI, Sp. 915, Stichwort: Leichenverbrennung.
[95] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 2f.
[96] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 1, 4.
[97] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 36, 39.
[98] Übersetzung Gohlke, Aristoteles, Rhetorik, Buch 1, 1361 a.
[99] Übersetzung Sievke, Aristoteles, Rhetorik, Buch 1, 1361 a.

in Rom wurde die Versagung der Bestattung als Unglück verstanden.[100] Als Ausdruck einer besonders schweren Strafe wurde die Bestattung daher grundsätzlich nur Vaterlandsverrätern, Tempelräubern, zum Tode Verurteilten und Selbstmördern versagt.[101] Zudem zeugt bereits die römische Antike von einem schwierigen Umgang mit dem Leichnam früh verstorbener Kinder. Wohl aus Angst vor einer schadbringenden Wiederkehr des Kindes heißt es in Vergil, Äneis VI, Vers 426 ff., dass „Weinernde(r) Seelchen, die schon an der Schwelle des heiteren Lebens, Ach dem Lichte entrafft, vom Busen der Mutter gerissen" am Eingang zur Unterwelt platziert würden.[102]

Sowohl die griechische als auch die römische Antike verfügten über umfassende Regelungen zur Art und Weise des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam, sei es im Hinblick auf die erste Totenfürsorge, die Festlegung der Bestattungspflichtigen oder den Zeitpunkt des Begräbnisses.[103] In der griechisch-römischen Antike war sowohl die Erd- als auch die Feuerbestattung bekannt, die Erdbestattung wurde aber bevorzugt - wohl um die Ablösung der Seele vom Körper und ihren Flug in das Reich der Toten, den Hades, zu ermöglichen.[104] In Rom ging man sogar davon aus, das nur eine Erdbestattung die Bestattungspflicht vollständig erfüllen könne.[105] Entsprechend wurde dem Leichnam gemäß der römischen Verordnung des Jus Pontificum vor seiner Verbrennung ein Körperteil abgetrennt und in der Erde begraben.[106] Zunächst glaubte man in Rom nicht an ein Fortleben der Seelen, man ging jedoch davon aus, dass die Toten den inneren Familienfrieden schützen würden. Erst später glaubte man an einen Eintritt der Seelen in den sog. Kreis der Manen.

---

[100] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 40.
[101] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 42.
[102] Vergil, Aeneis.
[103] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 7, 14.
[104] vgl. für Rom XII-Tafel-Gesetz (Cic. de Leg. 2, 23, 58), Kurtz/Boardman, Thantos. Tod und Jenseits bei den Griechen, S. 55-58, S. 83f., 120f.; Isemeyer, Freireligiöse und Feuerbestattung, S. 2; Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 2.
[105] Danwerth, Tod und Jenseits in Europa, in: Köpke/Schmelz (Hrsg.), Das Gemeinsame Haus Europa. Handbuch zur europäischen Kulturgeschichte, S.895ff.
[106] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 24.

Die Feuerbestattung wurde sowohl bei den Römern als auch den Griechen vor allem in Zeiten des Krieges praktiziert, um in der Fremde Verstorbene einfacher in die Heimat überführen zu können, und um zu verhindern, dass die auf dem Schlachtfeld Gefallenen den Feinden in die Hände fielen.[107] Kam eine Verbrennung nicht in Betracht, wurden die Gefallenen sofort auf dem Schlachtfeld begraben, denn auch in Kriegszeiten galt die Bestattung der Gefallenen als oberste Pflicht.[108] Entsprechend wurden nach jeder Schacht gesonderte Verträge und Waffenstillstandsabkommen geschlossen, um die Toten zu bestatten, und zwar auch die der Feinde. Wurde diese Ehrung der Gefallenen versäumt, hatte dies für die Feldherren schwere Strafen zur Folge.[109]

Die Bestattung war in der Antike Privatangelegenheit, öffentliche Friedhöfe gab es nicht. Die Griechen begruben ihre Toten zunächst in den eigenen Wohnungen. Angesichts hygienischer Bedenken und der Angst der Lebenden vor einer Rückkehr der Toten,[110] enthielten jedoch bereits das Zwölftafel-Gesetz und der theodosianische Codex das grundsätzliche Verbot der Bestattung innerhalb der Bannmeile der Stadt, ausgenommen waren nur herausragende Persönlichkeiten, die weiterhin innerhalb der Stadt begraben werden durften.[111] Entsprechend bestattete man die Toten außerhalb der Städte und zwar in mit Grabinschriften versehenen Grabmauern oder Sarkophagen.[112] Sklaven waren von der Religion sowie vom Totenkult ausgeschlossen.[113] Als Ausdruck der besonderen Ehrerbietung bevorzugte man in Rom die repräsentative Bestattung entlang der viel befahrenen Ausfahrtstraßen,[114] wobei der Grund und Boden für die Grabstelle käuflich erworben werden musste. Wer es sich

[107] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 22 Fn.3.
[108] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 61.
[109] Petrakakos, Die Toten im Recht, S. 32ff.
[110] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 25f.
[111] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 11.
[112] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 40.
[113] Danwerth, Tod und Jenseits in Europa, in: Köpke/Schmelz (Hrsg.), Das Gemeinsame Haus Europa. Handbuch zur europäischen Kulturgeschichte, S. 895ff.
[114] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 2.

dies nicht leisten konnte, wurde von der Gemeinde zentralisiert und auf unheiligem Boden und damit nicht an Stätten der Verehrung begraben.[115] Gemeinhin bestattete man die Freien in Einzelgräbern, Sklaven entweder mit ihren Herren oder in Gemeinschaftsgräbern.[116] Die prunkvolle Gräberkultur der Antike erklärt sich aus der religiösen Vorstellung, dass die Zahl der Seelen weder größer noch kleiner werden kann, sondern die Götter eine gleichbleibende Zahl von Seelen geschaffen haben, so dass die Lebenden alle von den Toten kommen.

C. Juden- und Christentum

Geht es um den Umgang des Christentums mit dem menschlichen Leichnam, kann der des Judentums als Mutterreligion des Christentums[117] nicht außer Betracht bleiben. Daher soll zunächst das Alte Testament und der Umgang mit dem menschlichen Leichnam bei den Israeliten im Mittelpunkt der Untersuchung stehen, im Anschluss daran das Neue Testament und schließlich das gelebte Christentum des Mittelalters. Vorweggenommen sei, dass weder dem Alten noch dem Neuen Testament zwingende Bestattungsvorschriften zu entnehmen sind, beide Schriften jedoch eindeutige Hinweise auf den Willen Gottes nach einer angemessenen Behandlung der Toten enthalten.

D. Die Israeliten und das Alte Testament

Die Wahrung der Ehre der wehrlosen Toten galt bei den Israeliten als religionsethisches Grundgebot[118]: „Erweise auch den Toten deine Freundlichkeit." (Sir 7, 37; ähnlich: Ez 39, 14; 2 Sam 21, 10; Tob 1, 18; 2, 8) Die Bestattung in der Erde war die einzig anerkannte und

---

[115] Kretschmer, Der Grab- und Leichenfrevel als strafrechtliche Missetat, S. 139f.
[116] Danwerth, Tod und Jenseits in Europa, in: Köpke/Schmelz (Hrsg.), Das Gemeinsame Haus Europa. Handbuch zur europäischen Kulturgeschichte, S. 895ff.
[117] Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. XIII, S. 207, Stichwort: Judentum.
[118] Theobald, Der jüdische Friedhof und seine religiöse Bedeutung, in: ders. (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, S. 39ff., 42.

praktizierte Bestattungsform, da die Toten auch aus dieser gemacht wurden: „Denn Staub bist du, zum Staub musst Du zurück." (Gen 3, 19) Entsprechend galt die Bestattung eines jeden Toten als gutes Werk (Tob 1, 18, aber auch 3 Mose 26, 30, 1. Samuel 17, 46), das Nichtbegraben des Leichnams hingegen als Unglück (Am 2, 1; 1 Kön 14, 11, 16, 4) und Schande (Jes 14, 29; Jer 25, 33; Ez 29, 5), so dass auch dem Feind (2 Sam 21, 13f.), dem zum Tode Verurteilten (Dtn 21, 22f.)[119] und grundsätzlich auch dem Selbstmörder[120] die Bestattung in der Erde nicht versagt werden durfte. Da der menschliche Leichnam jedoch als unrein galt, musste er mit Ausnahme besonderer Würdenträger wie bereits in der Antike außerhalb Jerusalems begraben werden, um den Ort des Heiligen Tempels nicht zu verunreinigen (2 Kön 15, 7; 23, 30; 21, 18). Da der Boden für die Gräber wie in der Antike erworben werden musste, Arme sich dies aber regelmäßig nicht leisten konnten (1 Kön 13, 22; Jes 53, 9), geht man heute aufgrund dessen, dass das Begraben der Toten als heilige Pflicht galt, davon aus, dass frühzeitig öffentliche Begräbnisstätten eingerichtet wurden (Jer 26, 23, 2 Kön 23, 6).[121]

Die Feuerbestattung lehnten die Israeliten aufgrund ihres Glaubens an die *leibliche* Auferstehung der Toten ab.[122] Entsprechend bestand die Hoffnung, dass trotz der einsetzenden Verwesung zumindest ein Knochen des menschlichen Leibes erhalten bleibt, der am Ende der Tage dem Wiederaufbau des Leibes dienen würde. Daher musste der tote Leib um seiner selbst willen geehrt werden: Jede Verletzung des Leichnams war zu verhindern, seine rasche Bestattung zu besorgen und jede Schändung oder Störung des Grabes zu unterlassen.[123] Entsprechend galt die

[119] im Neuen Testament kommt auch der Frevler hinzu (Apg 5, 6).
[120] Theobald, Der jüdische Friedhof und seine religiöse Bedeutung, in: ders. (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, S. 39ff., 42.
[121] Levinson, Zeugnis einer Religion - Zeuge der Religion, in: Theobald (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, S. 55ff., 58.
[122] Theobald, Der jüdische Friedhof und seine religiöse Bedeutung, in: ders. (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, S. 39ff., 42.
[123] Kretschmer, Der Grab- und Leichenfrevel als strafrechtliche Missetat, S. 184 Rn. 434.

Verbrennung des Leichnams - außer in Pestzeiten[124] - als Schädigung des Toten (Am 2, 1, Gen. 33, 19; 25, 9, 35, 8).[125]
Sie wurde als Sünde (Dtn 18, 10), menschliche Entehrung und Strafgericht
(Gen 38, 24, Lev 20, 14, Lev 21, 9, Jos 7, 25) abgelehnt und entsprechend nur als Strafe für eine besonders schwere Schuld angewandt.

E. Das Christentum und das Neue Testament

1. Die erste apostolische Gemeinde Jerusalems

Die christliche Lehre betrachtete es von Anfang an als die allgemeine Pflicht der Kirche, ihre Toten zu bestatten (Apg 5, 6; 5, 10; 8, 2), wobei die Erfüllung dieser Pflicht zumindest nach der Apostelgeschichte jedes Opfer als erlaubt erscheinen lässt (Apg 8, 2).

Die Behandlung des Leichnams Jesu nach seinem Tod am Kreuz war das maßgebliche Vorbild für den Umgang mit dem menschlichen Leichnam: Der Leichnam des Herrn wurde Joseph ausgeliefert (Mt 27, 58) und nach jüdischen Sitten gewickelt in einem Leinentuch in einem neuen Felsengrab bestattet
(Mt 27, 59, 60; Mk 15, 42ff.; Lk 23, 52ff.). Zudem brachte das Christentum eine neue Antwort auf die Frage nach dem Tod: Durch das Sterben Jesu und seine Auferstehung war der Tod überwunden und verhieß den Gläubigen so Unsterblichkeit, im Sinne einer Wiedererweckung der Leiber aller Menschen nach dem Tod. Die Erdbestattung war wie bei den Israeliten die einzige Bestattungsart der ersten Christen, da auch das Neue Testament nur das Begraben (Mt 14,

[124] 1. Sam 31, 12, Am 6, 10.
[125] Wie die Teilverbrennung des Königs Saul (1 Samuel, 31, 12) und die in Jeremia 34, 5 geschilderte Verbrennung zu bewerten sind, ist umstritten, vgl. dazu Levinson, Zeugnis einer Religion - Zeuge der Religion, in: Theobald, Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, S. 57.

12; Lk 16, 22, Joh 11, 9, 44 Apg 2, 29; 5, 6) erwähnt, zumal Jesu selbst die Erdbestattung durch seine Äußerungen (Joh 12, 7: Da sprach Jesu: Lasst sie mit Frieden, solches hat sie behalten zum Tage meines Begräbnisses) sowie die spätere Behandlung seines Leichnams zur einzigen Bestattungsart erhoben hatte. Im Übrigen lehnten die Christen ihre Bräuche und Totenriten an die ihrer heidnischen Umwelt an. Bei Augustinus heiß es dazu: „Mir scheint, der Evangelist hat nicht umsonst sagen wollen, (Jesus ist begraben worden), wie es beim jüdischen Begräbnis Sitte ist; so hat er nämlich, wenn ich nicht irre, dazu ermahnt, beim Dienst, den man den Toten erweist, den Brauch eines jeden Volkes zu wahren." (Augustinus, In Io tract. 120,4) Von den Bestattungsgepflogenheiten ihrer heidnischen Umwelt distanzierten sich die Christen nur dann, wenn sie ihrem Glauben an die leibliche Auferstehung entgegenstanden. Entsprechend wurde die Leichenverbrennung strikt abgelehnt.

Allerdings war die Bestattung des menschlichen Leichnams anders als im Alten Testament noch nach der Auffassung der christlichen Moraltheologie nicht zwingend erforderlich. Insoweit ging die stark von Augustinus und Thomas von Aquin geprägte kirchliche Lehre davon aus, dass im Tod nicht ein menschlicher Leib, sondern etwas zurückbleibt, das nur äquivok Leib genannt werden kann.[126] Entsprechend sei die Existenz eines körperlichen Substrats für die Auferstehung nur von untergeordneter Bedeutung, da der einzelne in verklärter Form auferweckt werde (1 Kor 15, 52-53) und damit die Identität des Menschen nach dem Tod allein durch seine Seele gesichert sei. Entsprechend ging Augustinus davon aus, dass „die Bestattung oder Nichtbestattung für das künftige Ergehen an sich ohne Bedeutung" sei. „Pflege des Leichnams, Bestattungsart und Prunk des Leichenbegräbnisses (sind) mehr Tröstung für die Lebenden als Hilfe für die Toten. Nützte dem Gottlosen eine kostbare Bestattung, so würde es dem Frommen schaden, wenn man ihn armselig oder gar nicht

[126] angelehnt an das Gleichnis Paulus' 1. Kor. 15, 35-49, wonach Tod und Wiederaufstehung einem gesäten Weizenkorn gleichen, dessen Schale abgeworfen wird und eine neue Frucht hervorbringt.

bestattet."[127] (De civitate dei I, 12) Ungeachtet dessen erklärte Augustinus den ehrfurchtsvollen Umgang mit dem Leichnam in seinem Werk „De civitate dei" als Werk der Barmherzigkeit und der Pietät (Tob 4, 3; 12, 12-13)[128], das letztlich in der Überzeugung gründet, dass der Leib des Menschen Konkretisierung der Ebenbildlichkeit Gottes[129] und Tempel des Heiligen Geistes (1. Kor. 3, 16; 6, 15, 19) ist.[130] Der tote Leib des Menschen ist nicht nur Hülle, sondern gehört zur Personalität des Menschen. Entsprechend ist es die philosophisch-anthropologisch sowie theologisch begründete Unantastbarkeit menschlichen Lebens, die über den Tod hinaus einen respektvollen Umgang mit dem Leichnam einfordert.[131]

2. Die folgenden Jahrhunderte

Geht es um den Umgang des Christentums mit dem menschlichen Leichnam während der folgenden Jahrhunderte - also im Wesentlichen während des Mittelalters - ist zwischen der Zeit vor und nach der Reformation sowie der Zeit nach der Aufklärung und Industrialisierung zu differenzieren, da jene Ereignisse die Totenriten unseres Kulturkreises einschneidend verändert haben.

a) Vor der Reformation

In der frühen mittelalterlichen Ordnung germanischen Ursprungs war der Leichnam nicht nur Rückstand der verstorbenen Persönlichkeit, der

[127] Dies entspricht auch noch der heutigen Lehre der katholischen Moraltheologie.
[128] dt. Fassung, Bd. 1 Kap. 13.
[129] Volgger, Totenliturgie der großen christlichen Kirchen des deutschsprachigen Raumes, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 191.
[130] vgl. auch im Katechismus der Katholischen Kirche S. 364: „Er (der Leib) ist deswegen menschlicher Leib, weil er durch die geistige Seele beseelt wird. Die menschliche Person als ganzes ist dazu bestimmt, im Leib Christi zum Tempel des Heiligen Geistes zu werden."
[131] Volgger, Totenliturgie der großen christlichen Kirchen des deutschsprachigen Raumes, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 191.

Leichnam war vielmehr im selben Umfang Person und Mensch wie zu Lebzeiten. Man ging davon aus, dass der Leichnam hören, sprechen und empfinden könne, deshalb erhielt der Leichnam Nahrung.[132] Zudem ging man von der Fähigkeit des Leichnams aus, Verbrechen verüben zu können. Dafür wurde er geköpft und gepfählt, präventiv bei der Beerdigung mit Pfahl und Dornen festgehalten.[133] Der Leichnam wird rechtlich dem Schlafenden gleichgestellt, ist demnach weiterhin Rechtssubjekt, seine Rechtsverhältnisse knüpfen wie zu Lebzeiten an seinen Körper an.[134] Auch die Ächtung des Leichnams wird damit der Ächtung des Lebenden gleichgestellt. Entsprechend ist dem Volksfeind die ehrenvolle Bestattung versagt, die Bestrafung eines Verbrechens wird über den Tod hinaus durch Preisgabe oder schimpfliche Beseitigung des Leichnams fortgesetzt, sei es durch Vierteilung, Hängung oder aufs Rad flechten der Leiche.

Tod, Bestattung und Totenriten gehörten über Jahrhunderte hinweg zur Tradition der Kirchen. Die Einheitlichkeit dieser Tradition rechtfertigt sich durch die christliche Prägung des mittelalterlichen Staates, 391 n.Chr. erklärte Theodosius das Christentum zur Reichsreligion. Entsprechend ist der Umgang mit dem menschlichen Leichnam bis zur Reformation nur vor dem Hintergrund der christlichen Lehre zu verstehen: Die gesamten Totenriten waren angesichts des bevorstehenden jüngsten Gerichts auf das Seelenheil der Verstorbenen ausgerichtet. Allerdings entfernten sich die Riten zunehmend von ihren moraltheologischen Wurzeln. Der Glaube an eine Gleichheit durch den Tod wurde zum Mythos; sozialer Status und wirtschaftliche Möglichkeiten entschieden über die Totenrituale und damit die angemessene Behandlung der Toten.

---

[132] Schreuer, Das Recht der Toten, ZVglRWiss Bd. 33/34, S. 1ff., 333ff., 348ff.

[133] Schreuer, Das Recht der Toten, ZVglRWiss Bd. 33/34, S. 1ff., 333ff.; Brunner, Das rechtliche Fortleben des Toten bei den Germanen, in: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte. Gesammelte Aufsätze II, S. 340ff., ders.: Die Strafe des Pfählens im älteren deutschen Recht, ZRG GA 26 (1905), 258ff.

[134] bspw. Lex Salica, 14, § 7; näher bei Schreuer, Das Recht der Toten, ZVglRWiss Bd. 33/34, S. 1ff., 351f.

Die Erdbestattung war wie bei den Israeliten und in der apostolischen Gemeinde weiterhin die einzige Bestattungsform. Vermögend Verstorbene wurden zunächst in Steinsarkophagen, später in Holzsärgen bestattet[135]. Die bloße Bestattung des Leichnams in einem Leichentuch wurde anders als in den Ländern des Islam - wohl aufgrund der Angst, der Tote könnte von der Erde gedrückt werden[136] - als unehrenhaft oder als Armenbestattung abgelehnt und nur bei der Bestattung von Kindern und Armen praktiziert.[137] Die Feuerbestattung lehnte die Kirche aufgrund des Auferstehungsglaubens weiter ab. 785 n. Chr. wurde die Einäscherung der Toten und die altrömische Tradition des Begrabens allein von Körperteilen sogar als Ausdruck heidnischen Denkens infolge der Christianisierung durch Karl den Großen mit der „Capitulatio de patribus saxoniae" unter Todesstrafe gestellt.[138] Neu war, dass das Christentum die Toten in das Zentrum der Städte holte, aus denen sie über Jahrtausende aus Gründen der Hygiene und des Aberglaubens ferngehalten wurden. Am Beginn dieser Entwicklung stand das zunehmende Bedürfnis der Menschen, in der Nähe der Grabstellen der Märtyrer und Heiligen bestattet zu werden, um deren Schutz zu erwirken.[139] Da die Zahl der Heiligengräber jedoch beschränkt war, wuchs der Glaube an die Notwendigkeit, jene Persönlichkeiten auf verschiedene Orte zu verteilen, um eine größere Anzahl von Menschen an ihrem Schutz teilhaftig werden zu lassen. Nachdem die Stadt Rom das Verbot der Gräberöffnung freigab, begann der Reliquienkult um die Gebeine der Märtyrer.[140] Entsprechend verlagerten sich die Begräbnisstätten mit den Heiligen und Märtyrern in die Kirchen, zumal der oströmische Kaiser Leo um 800 n. Chr. das Verbot aufhob, Tote innerhalb der Siedlungen zu begraben. Allerdings hatten im weströmischen Reich bereits die Synoden des 6. Jahrhunderts erlaubt, die Toten um die Kirchen zu bestatten. Infolgedessen wurden zwischen dem

[135] Ariès, Geschichte des Todes, S. 264f.
[136] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, Sp. 272, Stichwort: Totenkult.
[137] Ariès, Geschichte des Todes, S. 264f.; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 76.
[138] in: Capitularia Regum Francorum, Kap: Karoli Magni capitularia, Nr. 6.
[139] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 26; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 12.
[140] Koetting, Der frühchristliche Reliquienkult und die Bestattung im Kirchengebäude; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 12.

8. und 11. Jahrhundert die außerhalb der Städte und Dörfer gelegenen Friedhöfe in die Nähe der Kirchen geholt.

Bevorzugter Ort der Bestattung blieb allerdings über Jahrhunderte der Schoss, also der Innenraum der Kirchen.[141] Denn man glaubte fest, dass die Fürbitten der Heiligen und der Lebenden die Aussicht auf ein ewiges Leben erheblich verbessern könnten. Allerdings brachte erst das Decretum Gratiani um 1140 den Kirchen eine Trennung von Sakral- und Bestattungsraum, indem es die Bestattung im Bereich, in dem die Eucharistie gefeiert wurde, untersagte.[142] Während die Bestattung in der Kirche im 7. Jahrhundert nur eine auf Kleriker beschränkte Ausnahme war, wurde sie im 12. Jahrhundert auch für Laien zugelassen. Zugleich lässt sich dem kanonischen Recht seit dem 9. Jahrhundert die Tendenz entnehmen, das Begräbnis der Christen an das unmittelbare Umfeld der Kirche zu binden.[143] Auf der Synode von Tribur im Jahr 895 wurde für die Kirche die Bestattung der Gläubigen zur Pflicht erklärt, sofern jene ihren Zehnten entrichtet hatten. Eine der wenigen weltlichen Quellen, die ausdrücklich die Bestattung der Toten in der Nähe der Kirchen als äußeres Zeichen der Unterwerfung unter den christlichen Glauben einforderte, war das „Capitulatio de partibus saxoniae", welches Karl der Große erließ.[144]

Hintergrund der Bindung der verstorbenen Gläubigen an die Kirchen war die christliche Lehre von der Gemeinschaft der Gläubigen über den Tod hinaus. Gemeinsam sollten die verstorbenen Christen in der Nähe der Lebenden die Auferstehung erwarten. Spätestens mit der Verlagerung der Begräbnisstätten war die Bestattung nicht länger Privatangelegenheit, sondern wurde nicht nur nach der Heiligen Schrift (Apg 8, 2), sondern auch tatsächlich Aufgabe der Gemeinden. Nachdem die Toten allerdings zunächst noch in den Gewölben der Kirchen bestattet wurden, entstanden

[141] Sauer, Zur Geschichte des Friedhofs und der Totenbestattung, AKKR 78 (1898), 171ff.
[142] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 13.
[143] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 13.
[144] in: Capitularia Regum Francorum, Kap: Karoli Magni capitularia, Nr. 22.

aufgrund der hygienischen Probleme durch austretende Verwesungs- und Fäulnisgase sowie der schnell erschöpften räumlichen Kapazitäten um die Kirchen herum und zum Zwecke der Bestattung die ersten Kirchhöfe. Diese waren während des Mittelalters angesichts der christlichen Prägung des Staates die einzigen ordnungsgemäßen Begräbnisstätten.[145] Angesichts des Glaubens an die Auferstehung von den Toten war das kirchliche Begräbnis, nicht nur Ziel eines jeden Gläubigen, sondern angesichts des Staatskirchentums des Mittelalters Ziel eines jeden Menschen und damit letztlich Ausdruck des würdenvollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam schlechthin. Unter einem kirchlichen Begräbnis verstand man die Bestattung eines verstorbenen Kirchenangehörigen in geweihtem Boden und im Rahmen einer von einem Seelsorger geleiteten gottesdienstlichen Feier mit speziellen gottesdienstlichen Handlungen.

Ihre eigentliche Rechtfertigung fand die Notwendigkeit des kirchlichen Begräbnisses in seiner mittelalterlichen Ausgestaltung in der Verkündung des Fegefeuers auf dem im Jahr 1274 stattfindenden Konzil von Lyon. Nach damaliger christlich-römischer Lehre war das Fegefeuer ein Ort der Läuterung, in dem die Seele eines Verstorbenen auf den Himmel vorbereitet wurde. Nicht geläuterte Seelen gelangten in die Hölle, nicht getaufte Kinder in den Limbus, eine Art Vor-Hölle/Vor-Himmel für nicht getaufte Kinder. Die Lehre vom Fegefeuer gab den Menschen die Möglichkeit, sich und ihre Angehörigen vor der ewigen Verdammnis der Hölle zu retten. Um die Leidenszeit der armen Seelen zu verkürzen, konnten entsprechend der Lehre der Kirche und gegen ein entsprechendes an die Kirchen zu entrichtendes Entgelt zugunsten der Verstorbenen Ablässe erworben, Seelenmessen gelesen, Gebete gesprochen und Almosen gegeben werden. Entsprechend war die kirchliche Bestattung und das spätere Totengedenken mit erheblichen, an die Kirchen zu entrichtenden Kosten verbunden.

[145] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 3f.

Eine Pflicht der Seelsorger, *alle* Gläubigen einer Gemeinde zu bestatten, fand sich in den Pfarrordnungen allerdings nur selten, so dass Armen das ordentliche Begräbnis und die folgenden Totendienste regelmäßig verwehrt blieben.[146] Allerdings war ein kirchliches Begräbnis für die Armen die einzige Möglichkeit, überhaupt würdig bestattet zu werden, wollten sie nicht auf dem Schindanger und ohne jede Fürbitte verscharrt werden. Entsprechend wiesen die weltlichen Herrscher ab dem 14. Jahrhundert die Kirchen an, auch die Armen kirchlich zu bestatten.[147] Diese Bestattungen wurden aufgrund des Gebots zur Nächstenliebe zumeist durch sog. freiwillige Kassen, die sich aus Spenden speisten, finanziert.[148] Zwar war es damit allen sozialen Schichten grundsätzlich möglich, ein kirchliches Begräbnis zu erlangen, allerdings unterschieden sich die kirchlichen Begräbnisrituale in den sozialen Schichten des Mittelalters und damit auch die nach damaligem Verständnis würdevolle Behandlung des Leichnams erheblich. Kleriker und die vermögende Oberschicht genossen in der Liturgie der Kirche einen besonderen Totenkult. Zugunsten der Seele der Verstorbenen waren - mit einzelnen Differenzierungen - Totenwachen, pompöse Leichenprozessionen zur Kirche sowie verschiedene Messen in den Kirchen vorgesehen. Üblich war es zudem, den Leichnam im Hinblick auf sein Erscheinen vor dem Jüngsten Gericht zu waschen, zu rasieren, anzukleiden und ihm die Haare zu schneiden.[149]

Die Totenriten in den Mittelschichten fielen bescheidener aus. Es gab regelmäßig nur einen einfachen Leichenzug zur Kirche, eine einfache Grabeslegung und später eine bescheidene Seelenmesse. Angesichts der erheblichen Kosten für eine kirchliche Bestattung boten Priesterbruderschaften und Zünfte zunehmend Sterbeversicherungen an, die ein kirchliches Begräbnis sicherstellten.[150] Wie zahlreiche

[146] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 67f.
[147] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 67f.
[148] Petrakakos, Das Recht der Toten, S. 95f.; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 68.
[149] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 80ff.
[150] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 98ff.

Zunftordnungen dieser Zeit sahen die Statuten der Kölner Drechslerbruderschaft aus dem 12. Jahrhundert unter Androhung von Strafen vor, dass beim Tod eines Mitgliedes die Gemeinschaft Wachs für Kerzen spendete, sechs Männer für die Totenwache zur Verfügung stellte und geschlossen an der Totenmesse teilnahm.[151]

Bei den kirchlichen Begräbnissen in der Unterschicht gab es zunächst weder Totenopfer noch Totenwachen oder Messen.[152] Erst mit der Gründung der Bruderschaften kamen den Seelen jener Verstorbenen Fürbitten und Gebete zugute. Auch die Orte der Grablegung hingen vom sozialen Stand der Verstorbenen ab. Während die Wohlhabenden an jenen Plätzen bestattet wurden, die den heiligen Reliquien des Gottesdienstes am nächsten waren, blieb den Armen nur der äußerste Rand des Kirchenbezirkes oder das Gemeinschaftsgrab, da ihrem Wunsch nach einer Kirchenbestattung schon aus Platzgründen nicht entsprochen werden konnte.[153] Allerdings wurden die Körper aller Gläubigen nach Osten in Richtung Jerusalem ausgerichtet und die Arme vor der Brust zum Gebet verschränkt, um betend der Auferstehung entgegenzusehen.[154]

Die kirchlichen und damit allgemeinverbindlichen auf das Seelenheil der Verstorbenen ausgerichteten Totenriten des Mittelalters entwickelten sich also diametral zur Moraltheologie der Kirche und lassen sich in ihrer Existenz wohl nur durch die erheblichen Einnahmen der Kirchen und in der Dauer ihrer Praktizierung wohl nur mit der allgemein akzeptierten Ständestruktur des mittelalterlichen Staates erklären.

Neben dem dominierenden christlichen Bestattungsmodell gab es auch vereinzelt abweichende Todeskulturen. Denn die Kirche nahm für sich das Recht in Anspruch, einzelne Tote von der Benutzung der Kirchen und

[151] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 102.
[152] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 104.
[153] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 12; Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 138.
[154] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 18f.

Kirchhöfe auszuschließen. Föten oder zu früh verstorbene, ungetaufte Kinder mussten nach dem Kirchenrecht auf nicht geweihtem Boden, also außerhalb der Kirchhöfe bestattet werden, auch hatte eine Ausrichtung nach Osten zu unterbleiben. Denn insoweit ging die kirchliche Lehre davon aus, dass diese Kinder ohnehin nicht an der Gottesschau des Jüngsten Tages teilhaben würden. Entsprechend schloss die Lehre auch die Bestattung einer verstorbenen schwangeren Frau in der Kirche aus und ließ sie nur auf dem Kirchhof zu.[155] Allerdings zeugen archäologische Funde von Föten und Kleinstkindern auf Kirchhöfen dieser Zeit von einer anderen Praxis. Dies lässt sich wohl nur damit erklären, dass man zwar seit der Antike die schadbringende Wiederkehr des toten Kindes fürchtete, dass aber dennoch der Volksglauben an die besondere Unschuld dieser Kinder und die Hoffnung auf einen besonderen Schutz ihrer Leiber durch die Nähe zu einem Gotteshaus überwogen hat.[156] Zudem hat auch die Kirche - wohl auf Druck der Bevölkerung - die Bestattung ungetauft verstorbener Kinder dann zugelassen, wenn sie noch nach ihrem Tod getauft wurden. Dies war vor dem Hintergrund des Glaubens, dass die Seele noch drei Tage nach dem Tod um den Körper schwebe, dann zulässig, wenn das Kind nach seinem eigentlichen Tod noch durch ein Wunder ein „Lebenszeichen" von sich gab. Entsprechende „Lebenszeichen" wurden den Verstorbenen in den Kirchen entlockt: durch Kerzenschein erschienen die Wangen gerötet, durch mithilfe eines Kohlebeckens erzeugte Luftströme schien das Kind zu atmen.[157]

Aufgrund der Laterankonzilien des 12. und 13. Jahrhunderts blieb das kirchliche Begräbnis nur Getauften und „wahrhaft Gläubigen" vorbehalten; Andersgläubigen, Exkommunizierten, Angehörigen „unehrlicher" Berufe und Verbrechern sowie Selbstmördern blieb es verwehrt.[158] Die Juden hatten ihre eigenen Friedhöfe, die Übrigen „Randgruppen" wurden auf

[155] Höfer/Rahner (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. VI, Sp. 1057-1059.
[156] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 57f.
[157] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 58.
[158] Sauer, Zur Geschichte des Friedhofs und der Totenbestattung, in AKKR 78 (1898), 172ff.

dem Schindanger verscharrt oder auf den zu Seuchezeiten außerhalb der Städte angelegten Pestfriedhöfen bestattet. Während Pest- oder Seucheepidemien wurden die Toten auf Weisung der städtischen Obrigkeiten zunächst noch in Gemeinschaftsgräbern auf den Kirchhöfen bestattet. Erst seit dem 15. und 16. Jahrhundert wurden sowohl aus hygienischen und gesundheitlichen Gründen als auch aufgrund der erschöpften räumlichen Kapazitäten der Kirchhöfe auch gesonderte Pestfriedhöfe außerhalb der Städte angelegt.[159] Auch Leprakranke wurden von der Kirche und Gesellschaft gemieden und nach ihrem Tod auf Sonderfriedhöfen bestattet. In Kriegszeiten errichtete man gesonderte geweihte Massengräber.[160]

Auch für Hingerichtete galten besondere Regelungen. Es kam sowohl ein bloßes Verscharren des Leichnams als auch eine kirchliche Bestattung in Betracht, letztere allerdings nur bei einer Tötung durch das Schwert. Mit allen anderen Hinrichtungsarten war mit der Todesstrafe stets auch eine Ehrenstrafe oder Exkommunikation verbunden, die ein ehrenhaftes Begräbnis ausschloss. In diesem Fall wurden die Getöteten zumeist außerhalb der Städte verscharrt, vereinzelt wurde ihr Leichnam mit einem Stein beschwert, um ihre Wiederkehr zu verhindern. Ausnahmsweise durfte ein Hingerichteter auch dann kirchlich bestattet werden, wenn er vor seiner Hinrichtung Reue gezeigt und das Abendmahl in Empfang genommen hatte.[161]

Auch im Fall der Selbsttötung forderte das Kirchenrecht grundsätzlich eine Bestattung des Leichnams in nicht geweihter Erde. Ausnahmsweise durfte der Suizident allerdings vor allem dann kirchlich bestattet werden, wenn er vor seinem Tod die Sakramente empfangen hatte oder bei der Vornahme der Selbsttötung verwirrt war.[162] Diese Sonderbehandlungen

[159] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 75, 58f.
[160] Schweizer, Kirchhof, S. 26.
[161] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 62f.
[162] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 64.

waren jedoch nicht nur Folge des geltenden Rechts, sondern ganz überwiegend auch Ausdruck einer besonderen abergläubischen Angst der Bevölkerung vor der Wiederkehr jener Toten, die einem solch schlimmen Tod erlegen waren.[163]

Anders als das Judentum und der Islam war in den christlichen Kirchen bereits im Mittelalter die Wiederbenutzung der Erdgräber und Grüfte nicht unbekannt. Die Überreste der Knochen wurden bei Bedarf ausgegraben und in sich in der Nähe der Kirchen befindlichen Beinhäusern aufbewahrt, die nicht selten auch gleichzeitig als Getreidespeicher genutzt wurden.[164] Dieses Schicksal traf sowohl die Gemeinschaftsgräber der Armen als auch die Einzelgräber der Wohlhabenden und traf auf die Zustimmung der Gläubigen, solange die Gebeine nur in der Nähe der kirchlichen Heiligtümer ihre Ruhe fanden und die Lebenden vor dem Hintergrund des drohenden Fegefeuers dadurch zur Andacht und Fürbitte für die Seelen der Verstorbenen ermahnt wurden.[165] Im 18. Jahrhundert wurden die in den Beinhäusern verwahrten Knochen einer neuen Bestimmung zugeführt und zu barocken Kunstwerken wie Ornamenten, Mosaiken und Lüstern verarbeitet.[166]

Im spätmittelalterlichen Umgang mit dem Leichnam kam den Beginen, Frauen, die ein Leben zwischen Laien- und Ordensstand führten, eine besondere Bedeutung zu. Nach kirchlichem Verständnis waren sie Nachfolgerinnen von Maria und Martha, so dass ihnen vor allem die Versorgung des Leichnams und das Trauern um den Verstorbenen zufiel. Während des Todeskampfes und nach Eintritt des Todes schützten sie die Seelen vor dem Zugriff der Dämonen und beteten für ihre Erlösung aus dem Fegefeuer. Zudem pflegten sie die heidnische, von der christlichen

[163] Höfer/Rahner (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, Sp. 272, Stichwort: Totenkult.
[164] Metken, Seelkerker, Schädel und Totengebein, in: dies. (Hrsg.): Die letzte Reise, Sterben, Tod und Trauersitten in Oberbayern, S. 330ff.; Ariès, Geschichte des Todes, S. 486f.; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 38.
[165] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 29; Illi, Wohin die Toten gingen, S. 18.
[166] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 29.

Lehre daher abgelehnte Totenklage,[167] sofern sie noch nicht gänzlich von kirchlicher oder weltlicher Seite untersagt war. So verbot die Nürnberger Polizeiordnung aus dem 14. Jahrhundert die rituelle Totenklage auf den Gräbern und in den Kirchen und die Bezahlung und Speisung der Beginen an den Gräbern.[168] Im 15. Jahrhundert wurde auch das schlichte Verweilen der Beginen an den Gräbern auf wenige Tage beschränkt.[169]

Hygienischen Aspekten kam auf den Kirchhöfen nur eine nachrangige Bedeutung zu. Da die Kirchhöfe noch im Mittelalter die alleinigen ordentlichen Bestattungsplätze waren, war die Anzahl der sich aufgrund der jahrhundertelangen Tradition dort befindlichen Leichname enorm. In den vorhandenen Steinsarkophagen häuften sich die Mehrfachbelegungen, bei den Erdbestattungen wurden die Ruhezeiten rapide verkürzt.

Als besonders problematisch stellte sich angesichts der häufigen Gemeinschaftsgräber auch die teilweise nur sehr geringe Bestattungstiefe von ca. 40-75 cm dar,[170] so dass die Leichen dicht übereinander lagen, was die Verwesungszeit verlängerte. War der Friedhof mit Leichen gefüllt, wurde für neue Bestattungen oft nur Erde aufgefüllt.[171] Abscheu oder Ekel in der Bevölkerung hatte dies allerdings nicht zur Folge. Seuchen, Kriege und Missernten hatten zu erheblichen Sterblichkeitsraten und einem gleichgültigen Umgang mit den Toten geführt.[172] Hinzu kam, dass die Kirche und ihr Umfeld aufgrund des Glaubens an ein Weiterleben der Toten traditionell eine öffentliche Örtlichkeit war, an der sich Händler, Künstler und Gaukler trafen oder Gerichtsverhandlungen stattfanden.[173] Respekt vor den Toten, wie wir ihn heute kennen, gab es nicht. Man lebte in vertrauter Weise mit den Toten zusammen. Erst in den Jahren 1231

[167] Höfer/Rahner (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, Sp. 266.
[168] Baader, Nürnberger Polizeiordnungen, S. 68.
[169] Baader, Nürnberger Polizeiordnungen, S. 111.
[170] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 74.
[171] Caspary, Klassizistische Grabmäler auf dem Mainzer Hauptfriedhof, in: Mainzer Zeitschrift 67/68 (1972/73), 274ff.
[172] genauer hierzu Imhof, Die gewonnenen Jahre, S. 201.
[173] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 37.

und 1405 untersagten zwei Konzile das Tanzen und Aufführen sonstiger Kunst auf dem Friedhof.[174]

b) Nach der Reformation

Die Lehren Zwinglis und Luthers haben den Umgang mit dem menschlichen Leichnam nachhaltig verändert. Gemein ist den hergebrachten Totenriten und dem reformierten Umgang mit den Toten allein, dass beides durch Theologen bestimmt wurde. Anders als die bis dahin geltende Lehrmeinung und radikaler als Luther lehnte Zwingli die Existenz eines die Seele des Menschen reinigenden Fegefeuers ab. Nach seinem Tod trete der Mensch ohne Zwischenstadium vor Gott.[175] Er ging weiter davon aus, dass die Entscheidung über die Gewährung des ewigen Lebens allein bei Gott liege. Weder die Heiligen noch die Lebenden könnten dies durch Fürbitten oder Totenopfer beeinflussen.[176] Entsprechend lehnten protestantische Seelsorger in den von Zwinglis Lehren geprägten Gebieten - also vor allem der Schweiz - Seelenmessen, Totengebete und den Ablass kategorisch ab.

Der Reformation gelang es zu weiten Teilen, die sozialen Unterschiede im Umgang mit dem Leichnam zu beseitigen, so ließ sich die soziale Stellung des Verstorbenen im Wesentlichen nur noch anhand der Größe des Trauerzuges und einer Bestattung am Sonntag erkennen.[177] Dies gilt umso mehr, als die Lehre Zwinglis die Entfernung bzw. Nichtverwendung von Grabsteinen und -inschriften forderte.[178]

Anders entwickelte sich der Totenkult im lutherischen Deutschland. Luther schloss sich der Vorstellung vom Zwischenzustand der Seele zwischen

---

[174] Ariès, Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, S. 29f.
[175] Zwingli, Sämtliche Werke, Bd. 4, S. 154f.; Kunz, Protestantische Eschatologie von der Reformation bis zur Aufklärung, Bd. 4, Fasz. 7 c (1.Teil), S. 3f.
[176] Zwingli, Sämtliche Werke, Bd. 2, S. 166ff., 593.
[177] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 113.
[178] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 115.

dem Tod des Menschen und seinem Erscheinen vor dem Jüngsten Gericht an[179]. Entsprechend ging es ihm weniger um die Abschaffung des kirchlichen und höfischen Brauchtums, als um die des wirtschaftlichen Kults an den armen Seelen in Gestalt der finanziellen Hilfe für die Verstorbenen in Form des Ablasses und der Totenobligationen.[180] Im Übrigen aber ließ Luther die soziale Differenzierung des mittelalterlichen Begräbniswesens unangetastet. Kerzen, Kreuze und wertvolle Bahrentücher waren immer noch entscheidende Elemente des Leichenzuges. In den lutherisch geprägten Regionen sahen die Kirchenordnungen je nach Stand des Verstorbenen ein bestimmtes Bestattungszeremoniell zwingend vor. Dies unterschied sich vor allem in der Liturgie und der Größe des Leichenzuges.[181]

Infolge der Reformation und der damit verbundenen Ablehnung der Reliquienverehrung und der Bedeutung der Heiligen als Mittler für das Seelenheil verloren die Kirchen und Kirchhöfe ihre bisherige religiöse Bedeutung.[182] Um mit dem überlieferten Totenkult radikal zu brechen, wurden die Friedhöfe weitab von den Kirchen neu angelegt und ihre Zweckentfremdung als Markt- und Gerichtsplätze untersagt. Zum Zwecke der Wahrung der Totenruhe wurden die Friedhöfe langsam zu ruhigen und sauberen Orten des Gedenkens.[183] Auch gegen die Existenz der Beinhäuser wandten sich die Reformatoren, da das Ausgraben menschlicher Knochen der Aussage der Bibel „Denn du bist Erde und sollst zu Erde werden." (1. Mose 3,19) widerspreche. Entsprechend wurden die Beinhäuser ab dem 17. Jahrhundert zunächst in protestantischen, später dann auch in den katholischen Regionen geräumt und die Knochen bestattet.[184]

[179] Peiter, Der evangelische Friedhof von der Reformation bis zur Romantik, S. 51ff.
[180] Peiter, Der evangelische Friedhof von der Reformation bis zur Romantik, S. 94.
[181] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 118.
[182] vgl. allg. Blum, Studien zur Thematik des Todes im 16. Jahrhundert.
[183] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 133f.
[184] Illi, Wohin die Toten gingen, S. 133.

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR) manifestierte einen Bestattungsanspruch des Einzelnen und nahm den Kirchen das Recht, jemandem ohne Kenntnis des Staates das kirchliche Begräbnis zu versagen.[185]

3. Auf dem Weg in die Gegenwart - Aufklärung und Industrialisierung

Infolge der Aufklärung veränderte sich der Umgang mit den Toten erneut entscheidend: Erstmals traten kirchliche Lehren in den Hinter- und Fragen der Hygiene in den Vordergrund. Die medizinischen Fortschritte der Aufklärung, die großen Pestepidemien des 16. Jahrhunderts sowie das rapide Bevölkerungswachstum und die damit einhergehende Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse[186] führten auch im Hinblick auf den Umgang mit dem menschlichen Leichnam zu einem Umdenken. Die bisherigen Friedhöfe wurden zunehmend als hygienisch bedenklich empfunden,[187] der Staat war zu einem Eingriff in das Bestattungswesen gezwungen. Dies verdeutlicht folgende Schilderung: „Welche das Herz empörende Anblicke werden wir fast wöchentlich auf unserem Gottesacker gewahr. Särge, die noch unversehrt sind, (werden) ausgegraben und zerstoßen, und die darin noch nicht halb vermoderten Gebeine unserer Vorfahren heraus geworfen, um nur Platz zu kriegen. Bey den Haaren werden sie oft noch herausgerissen, so daß man vor Gestank vergehen möchte."[188]

Entsprechend kam es im 18. Jahrhundert aufgrund der katastrophalen hygienischen Verhältnisse und infolge des medizinischen Fortschritts und

---

[185] Sperling, Der Rechtsstatus der kommunalen und kirchlichen Friedhöfe; Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 5f.

[186] Lichtenthaeler, Geschichte der Medizin, Bd. II, S. 468; allg. Barthel, Medizinische Polizey und medizinische Aufklärung, Bd. I, S. 335.

[187] Corbin, Pesthauch und Blütenduft, S. 44f.; Vigarello, Wasser und Seife, Puder und Parfum, S. 174ff.

[188] Zitat eines Kaufmanns über die Verhältnisse in der Kleinstadt Versmold um 1810, zitiert aus: Westheider: Kein Platz für Leichen, Bestattungsprobleme in einer ostwestfälischen Kleinstadt um 1800, in: Friedhof und Denkmal 38 (1993) Nr. 2, 38ff., 40f.

des damit verbundenen Wissens um Ansteckungsgefahren und der Furcht vor Leichengasen, denen man gesundheitsgefährdende oder tödliche Risiken zusprach, europaweit zu einem grundsätzlichen Verbot der Bestattung in den Kirchen - mit Ausnahmen der Würdenträger -, und zwar sowohl gegen den Widerstand der katholischen als auch der protestantischen Kirche. Die katholische Kirche berief sich insoweit auf die aus religiösen Gründen erforderliche Nähe von Grab und Reliquie,[189] die reformierte Kirche auf die so angeblich ehrenhaftere Versammlung der Gläubigen in den Gotteshäusern.[190] Tatsächlich aber fürchteten die Kirchen um ihre Einnahmen aus dem Gräberverkauf, auf die sie nicht verzichten wollten.[191] Dies war der Beginn der Verlagerung der innerstädtischen Friedhöfe an den Stadtrand[192] und entsprach der allgemeinen gesellschaftlichen Tendenz, den Tod zu entzaubern und ihn aus der Öffentlichkeit zu verbannen. Die Bestattungsplätze wurden dem Medizinalwesen zugeordnet, um der als gefährlich erachteten Verwesungsausdünstungen Herr zu werden. In Österreich trat Kaiser Joseph II. den hygienischen Problemen mit den josephinischen Begräbnisreformen entgegen, infolge derer nicht nur das Bestatten in Kirchengrüften und auf Kirchhöfen untersagt, sondern auch das Begraben der Toten im Sarg zwingend vorgeschrieben wurde sowie verboten wurde, Verstorbene bei ihren Familien zu bestatten, was häufig zum Aus- und Aufgraben nur halb verwester Leichname geführt hatte.[193]

Zudem wurden die Leichname fortan in auf Dauer der Ruhezeit eingerichtete Reihengräber bestattet, bei denen sich bereits aus der Lage des Grabes der Todeszeitpunkt ergab und die Einhaltung der Ruhezeiten möglich war.[194] Nach Ablauf der Ruhezeit wurden die Gräber geräumt und

[189] Ariès, Geschichte des Todes, S. 623.
[190] Peiter, Der evangelische Friedhof, S. 200ff.
[191] Polley, Bestattungsreformen, in: Boehlke (Hrsg.), Vom Kirchhof zum Friedhof, S. 109ff., 115.
[192] Ariès, Geschichte des Todes, S. 614ff.
[193] näher Polley, Bestattungsreformen, in: Boehlke (Hrsg.), Vom Kirchhof zum Friedhof, S. 109ff., 110f.; Gutkas, Die „Todtentruhe“ in der Josephinischen Begräbnisreform. in: Neumann (Red.), Vom Totenbaum zum Designersarg, S. 75.
[194] Happe, Gottesäcker gegen Mitnacht und freyer Durchzug der Winde, in: Jahrbuch des Instituts für Geschichte der Medizin der Robert Bosch Stiftung 7 (1988), S. 205ff., 226.

neu belegt. Das Reihengrab setzte sich im 19. Jahrhundert gegenüber dem zuvor üblichen individuellen Grab durch und wurde damit Wegbereiter für das anonyme Grab. Im Laufe des 19. Jahrhunderts trat neben das Reihen - auch das Wahlgrab, bei dem die Ruhezeiten anders als beim Reihengrab verlängerbar sind.[195]

Infolge der Verlagerung und Umgestaltung der Friedhöfe entstanden im Hinblick auf den Umgang mit den Toten Utopien, die von der Idee ästhetischer Begräbnisplätze geprägt waren. So plante der Architekt Pierre Giraud im Jahr 1796 eine fabrikartige Bestattungsanlage, in der mithilfe eines chemischen Verfahrens die Gebeine der Toten in eine feste, glasartige Substanz umgewandelt werden sollten. Realisiert wurde das Projekt nie, hätte aber den Umgang mit den Toten entscheidend geprägt.[196] Zu einer tatsächlich entscheidenden Veränderung im Umgang mit dem menschlichen Leichnam trug allerdings die im Europa des 18. Jahrhundert grassierende Angst vor dem Scheintod bei.[197] Aufgrund mystischer Geschichten über Klopfzeichen oder Bewegungen vermeintlich Toter herrschte überall in der Bevölkerung die Angst, lebendig begraben zu werden. Die Bevölkerung wehrte sich gegen ihre Angst mit eigentümlichen Weckversuchen: In den Testamenten wurde verfügt, dass man sich vor der Bestattung zunächst mit Messerstichen zu vergewissern habe, ob der vermeintlich Tote tatsächlich tot ist.[198] Der Staat reagierte mit dem Erlass von Vorschriften über den Ablauf der Bestattung und ordnete Leichenschauen an.[199] Die Bestattung durfte erst drei Tage nach Eintritt des Todes erfolgen, auch heute noch darf eine Bestattung erst 48 Stunden nach Eintritt erfolgen.[200] Es entstanden die uns heute noch bekannten Leichenhäuser, in denen die vermeintlich Toten bis zum Eintritt der sicheren Todesanzeichen und der folgenden Leichenschau hygienisch

[195] Schweizer, Kirchhof, S. 215f.
[196] Harten/Harten, Die Versöhnung mit der Natur, S. 197f.
[197] Ariès, Geschichte des Todes, S. 508.
[198] Ariès, Geschichte des Todes, S. 516.
[199] Hilsheimer, Die Geschichte des Leichenbestattungswesens der Stadt Mannheim, S. 31.
[200] vgl. nur § 9 Abs. 1 BestattG Nds.

aufgebahrt werden konnten.[201] Erste wichtige Schritte zur Wahrung der Totenwürde durch den Staat waren damit getan. Im weiteren Verlauf entstanden erste gemeindliche Friedhöfe, und schließlich wurde die Bestattung gänzlich zu einer staatlichen Aufgabe.[202]

Während der Körper des Verstorbenen im christlichen Mittelalter, ohne dass dies durch einen entsprechenden päpstlichen Erlass belegt ist, als grundsätzlich unantastbar galt, änderte sich auch dies mit dem Aufkommen der Naturwissenschaften. Am Beginn dieser Entwicklung standen die von der Anatomie praktizierten Leichenöffnungen, die seit dem 15./16. Jahrhundert in entsprechend eingerichteten Auditorien vor Zuschauern stattfanden. Im 15. Jahrhundert erlaubte Papst Sixus IV. das Studium der Anatomie am menschlichen Leichnam ausdrücklich.[203] Vereinzelt wurden in diesen Schauräumen auch die Skelette und die konservierten Körper(teile) ausgestellt.[204] Allerdings verselbständigte sich diese Entwicklung. Zunehmend wurden auf Rummelplätzen in sog. Gruselkabinetten in Alkohol eingelegte Körperteile zur Schau gestellt.[205] Präpariert wurden aufgrund entsprechender hoheitlicher Erlasse vor allem Tote aus Spitälern oder den unteren sozialen Schichten.

Mit dieser Entwicklung geht das Aufkommen des Begräbnisses in zwei Etappen und der sog. Mumienfriedhof des 17. Jahrhunderts einher. Dabei wurde der Leichnam - überwiegend der berühmter weltlicher und kirchlicher Persönlichkeiten - zunächst für einen gewissen Zeitraum provisorisch bestattet. Das endgültige Grab ist das der Knochen und des verwesten Leichnams. Dahinter steht die Idee, den Toten nicht endgültig zu verlassen, sondern ihn in seiner Umwandlung infolge der Verwesung zu

[201] Burkel, Über die Verhütung des Scheintodes, S. 23f.
[202] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 6.
[203] Stefenelli, Ablehnungen von Lehrsektionen, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 519f.
[204] Gisel, Amphitheater, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 643f.; Rácek, Versuche der Vergangenheit und Gegenwart, den toten Körper möglichst unverändert zu erhalten, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 746ff., 748.
[205] Gisel, Amphitheater, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 643f., 647.

begleiten, um dann die Mumie oder das Skelett auszustellen.[206] Auch im Übrigen war und ist die Ausstellung von Mumien in den Kirchen nicht unüblich. Auf den Altären befanden sich in den Reliquienschreinen nicht nur die Knochen der Heiligen, sondern auch angekleidete Mumien verstorbener Heiliger.[207] Die Vorliebe für ausgestellte Mumien zeigte sich aber nicht nur in den Kirchen. So bediente sich auch eine Ordensbruderschaft für die Inszenierung eines lebenden Bildes unter anderem echten Leichen.[208]

Die fortschreitende Industrialisierung, Technisierung, Entchristianisierung und Säkularisierung und letztlich die Enttabuisierung des Todes infolge der beiden Weltkriege[209] begründete im Laufe der Zeit einen moderneren Umgang mit dem Leichnam. Die wachsende Skepsis gegen das Christentum spiegelt sich in der Reduzierung der traditionellen Todesbräuche wieder. Funktionalität trat an die Stelle christlich geprägter Traditionen. In der Reformbewegung des Humanismus erlangte im Laufe des 19. Jahrhunderts auch die Feuerbestattung wieder an Bedeutung.[210] Zum Durchbruch verhalf der Feuerbestattung schließlich das rapide Bevölkerungswachstum, das Bemühen der Großstädte, die innerstädtischen Friedhöfe aus hygienischen Gründen aus dem Innenstadtbereich zu verlagern, sowie die Notwendigkeit, der Arbeiterschaft eine billige Bestattungsform zur Verfügung zu stellen. 1878 wurde in Gotha das erste deutsche Krematorium eröffnet. Anders als die Prostanten stand die Katholische Kirche der Feuerbestattung bis zum Jahr 1963 weiter streng ablehnend gegenüber. Man war der Auffassung, „dass die Leichenverbrennung von den Feinden des christlichen Namens in Wirklichkeit in der Absicht gelobt und verbreitet werde, dass, nachdem sich die Herzen allmählich von der Betrachtung des Todes und der

[206] Ariès, Geschichte des Todes, S. 486ff.
[207] Ariès, Geschichte des Todes, S. 490.
[208] Ariès, Geschichte des Todes, S. 491.
[209] Danwerth, Tod und Jenseits in Europa, in: Köpke/Schmelz, Das gemeinsame Haus Europa. Handbuch zur europäischen Kulturgeschichte, S. 805ff.
[210] Isemeyer, Freireligiöse und Feuerbestattung, S. 1f.

Hoffnung der Auferstehung der Leiber abgewandt haben, dem Materialismus der Weg geebnet wird."[211] In der Instruktion „Piam et constantem" des Heiligen Offiziums vom 5. Juli 1963 wurde dann aber letztlich, die Leichenverbrennung für religiös zulässig erachtet, sofern ihr im Einzelfall keine antireligiösen Tendenzen entgegenstehen. Insoweit gelangte man zu der Überzeugung, dass die Einäscherung weder objektiv die Seele berühre, noch Gott in seiner Allmacht daran gehindert sei, den verbrannten Leib wiederherzustellen. Entsprechend werden heute auch die Sterbesakramente erteilt und die kirchliche Einsegnung vorgenommen.[212] Allerdings wird die Erdbestattung zur Wahrung christlicher Traditionen weiterhin bevorzugt.[213] Dem gesetzestreuen Judentum ist hingegen die Feuerbestattung weiterhin untersagt, während es im liberalen Judentum möglich ist, eine solche vorzunehmen.[214]

Ihren Durchbruch erlebte die Feuerbestattung angesichts der Zurückdrängung kirchlicher Bestattungsriten im 20. Jahrhundert. Während dies in der ehemaligen DDR auf dem staatlich verordneten Sozialismus und der zielgerichteten Förderung der Feuerbestattung zum Zwecke der Minimierung der Kosten für die Unterhaltung der Friedhöfe beruhte,[215] lag die Ursache in der Bundesrepublik in dem allgemeinen Trend zur Säkularisierung. Die Feuerbestattungsquote in der DDR lag bei 85%. In Deutschland liegt sie heute bei 38,8%.[216] Zunehmende Beliebtheit genießt auch die anonyme Bestattung, die sich aus der Feuerbestattung heraus entwickelt hat. Darunter versteht man eine Aschebeisetzung, bei der die Urne für die Hinterbliebenen nicht konkret zu lokalisieren ist. Möglich ist dies in einer gemeinschaftlichen Anlage ohne individuelle Grabzeichen und ohne Möglichkeit zur individuellen Grabpflege, auf Aschestreuwiesen, anonymen Bestattungsfeldern, in Urnenwänden oder auf hoher See. Die

[211] Instruktion des Hl. Offiziums vom 19.06.1926, DH 3680.
[212] Pastorale Anweisungen verschiedener Ordinariate, Juli 1964, in: AKKR 133 (1964), 127f.
[213] Can. 1176 § 3 CIC 1983.
[214] Simon, Leben im Judentum.
[215] Groschopp, Weltliche Trauerkultur in der DDR, humanismus aktuell, Zeitschrift für Kultur und Weltanschauung, Berlin 6 (2002) 11, 41f.
[216] Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 209.

Beisetzung erfolgt regelmäßig in Abwesenheit der Angehörigen, so dass nur der Friedhofsverwaltung der exakte Beisetzungsort der Urne bekannt ist[217]. In städtischen Regionen steigt der Anteil der anonymen Beisetzungen stetig, in norddeutschen Städten liegt er inzwischen bei 20-50%. In den neuen Bundesländern trifft die anonyme Bestattung traditionell auf weniger Vorbehalte als in den alten Bundesländern, da sie dort schon seit den 60er Jahren von der Regierung gefördert wurde. Die Gründe für den Anstieg der anonymen Bestattungen gründet höchstwahrscheinlich in der geringen Kostenlast, dem Verlust der familiären Bindungen, dem Wunsch, den Angehörigen mit der andernfalls erforderlichen Grabpflege nicht zur Last zu fallen, und der steigenden Mobilität.[218] In Teilen des heutigen Bundeslandes Mecklenburg-Vorpommern besteht seit Mitte der 80er Jahre die Möglichkeit, die Asche des Verstorbenen oberirdisch zu verstreuen.

Vor allem die beiden großen Kirchen sprechen sich vehement gegen die anonyme Bestattung aus. Nach christlichem Verständnis gehören die namentliche und örtliche Bezeichnung der letzten Ruhestätte unter Berufung auf Jesaja 43, 1: „[...] ich habe dich beim Namen gerufen, [...]" zur Würde eines jeden Menschen.[219] Nach einer Umfrage der Landwirtschaftskammer Rheinland unter kommunalen und konfessionellen Friedhofsträgern in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2002 werden trotz abnehmender Tendenz über 70% der Bestattungen in Nordrhein-Westfalen als traditionelle Erdbestattungen durchgeführt. Der Anteil der Feuerbestattungen lag bei zunehmender Tendenz bei 20%, auf kommunalen Friedhöfen lag der Anteil der anonymen Bestattung bei 12%, wobei diese eher in Ballungsgebieten als in ländlichen Regionen zu verzeichnen waren. Es wird geschätzt, dass im Bundesdurchschnitt ca.

[217] Fischer, Auf dem Weg zum modernen Grab, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 261.
[218] Fischer, Auf dem Weg zum modernen Grab, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 261, 262; Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur, S. 10.
[219] Amtsblatt der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsens, Jahrgang 2004-Nr.12/ B 25, 30.06.2004, S. 5.

59% der Bestattungen Erdbestattungen sind.[220] Es wird aber erwartet, dass die Anzahl dieser angesichts der erheblichen Kosten in den folgenden Jahren weiter zurückgehen wird.[221]

Infolge der allgemeinen Modernisierung entstanden aber nicht nur mehr und mehr Krematorien, Leichenhallen und städtische Friedhöfe, sondern privatwirtschaftliche Bestattungsunternehmen übernahmen die bisherigen Aufgaben der Familien und besiegelten damit letztlich einen zunehmend distanzierten, technisierten und ökonomisch effizienten Umgang mit dem Leichnam. Der Leichnam ist damit nach seinem Ableben längst nicht mehr Teil der Familie, sondern ein gesellschaftlich verwaltetes Problem, dass vor allem hygienisch und ökonomisch gelöst werden muss.[222] War der Umgang mit dem menschlichen Leichnam ursprünglich von Zauber und Mystik geprägt, ist es heute nur noch eine praktische Handhabung von Technikern, Bestattern und Friedhofsbürokratie. Hinzu kommt, dass die religiösen und traditionellen Hintergründe der Bestattungsriten heute nur noch den wenigsten Menschen bekannt sind und entsprechend keinerlei Bedürfnis an der Wahrung von Traditionen besteht. Entsprechend haben in jüngerer Zeit neben den traditionellen Bestattungsformen der Erd- und Feuerbestattung weitere Bestattungsarten wie die Wald- oder Baumbestattung Eingang in die Bestattungsgesetze gefunden.

Ein neuerer Trend bei der Feuerbestattung geht dahin, die Urnen nicht mehr in der Erde zu versenken, sondern sie in Kolumbarien, steinerne Regale, zu stellen. Ganze Kirchen wurden bereits zu sog. Urnenkirchen umfunktioniert, indem Steinquader aufgestellt wurden, in deren Inneren Aschekapseln versenkt werden.[223] Wachsender Beliebtheit genießen zudem sog. Ruhegemeinschaften, bei denen sich die Verstorbenen die

[220] so auch Stellungnahme der Gartenverbände NRW an Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2171, S. 8, Umfrage S. 6.
[221] Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur, S. 9; „Stumme Revolution“, Der Spiegel 13/2008.
[222] Fischer, Auf dem Weg zum modernen Grab, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 261, 266.
[223] „Friede ihrer Asche im Kirchenschiff“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 27.04.2008.

Kosten und das Grab teilen.[224] Hinzu kommen zahlreiche virtuelle Friedhöfe und Gedenkseiten im Internet, auf denen Biographien der Verstorbenen dauerhaft gespeichert werden können, sowie ein vom Bundesverband deutscher Bestatter geplanter Trauersender, auf dem Nachrufe platziert werden können.[225] Auch diese digitalen Entwicklungen legen die Vermutung nahe, dass, obgleich ein Grab für die Trauernden wichtig ist,[226] der tatsächliche Verbleib des Leichnams immer unwichtiger wird.[227] Dies scheint auch eine Umfrage des Instituts TNS Forschung zu bestätigen: Danach gehen 64% der zwischen 18- und 29-Jährigen weiterhin davon aus, dass mit dem Tod nicht alles vorbei ist, 52% der Befragten glauben sogar an eine Unsterblichkeit der Seele, jedoch nur 35% glauben an eine leibliche Auferstehung.[228]

Hinzu kommen die aus anderen (außer-)europäischen Ländern stammenden und zum Teil dort schon realisierten Ideen der Diamantpressung, Weltraumbestattung, Pulverisierung und Tiefkühlung. Die Möglichkeit der Diamantpressung sehen bisher lediglich das niederländische und das Schweizer Recht vor, deren Anwendung allerdings nur dann in Betracht kommt, wenn die Kremation dort stattfindet oder die Asche dorthin verbracht wird. Nach der erfolgten Einäscherung des Leichnams wird ein Teil der Asche entnommen und in einem Transformationsprozess Asche und Kohlenstoff voneinander getrennt (der Kohlenstoffanteil liegt bei 1-3%, wobei der Großteil dessen nicht vom Verstorbenen, sondern vom Holzsarg stammt). Der extrahierte Kohlenstoff (ca. fünf Gramm) wird per Hochtemperatur-Hochdrucksynthese in Graphit umgewandelt. Anschließend erfolgt eine Entkristallisierungssynthese, bei der ein Saatkristall für den Zeitraum von vier bis acht Wochen unter einem Druck von 55 Gigapascal und einer Temperatur von 1600 °C gepresst wird. Es entsteht ein Rohdiamant von bis zu einem Karat, der

[224] „Stumme Revolution“, Der Spiegel 13/2008.
[225] „Eine Beisetzung lässt sich nicht wiederholen“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 14.06.2007.
[226] „Stumme Revolution“, Der Spiegel 13/2008.
[227] Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur, S. 8.
[228] „Die Reise ins Licht“, Der Spiegel 15/2007.

anschließend nach Wunsch der Hinterbliebenen zu einem Schmuckstein geschliffen werden kann. Die Kosten liegen zwischen 4.500 und 14.000 Euro. Der übrige Ascherest wird regelmäßig bestattet.[229]

In Russland und den USA ist zudem das Verfahren der Kryonisierung verbreitet. Dabei werden der menschliche Körper, oder nach Wunsch auch nur der Kopf, sofort nach Eintritt des Todes bei Tiefsttemperaturen heruntergekühlt, um sie für die Zukunft zu erhalten. Dazu wird das Blut durch sog. Kryoprotektiva ersetzt, um biologische Zersetzungsprozesse zu stoppen. Die Anhänger der Kryonik sind davon überzeugt, dass es der Medizin der Zukunft möglich sein wird, die Verstorbenen zu reanimieren und ihre u.U. tödlichen Krankheiten zu heilen. Die Kosten für eine Ganzkörpertiefkühlung liegen derzeit bei 150.000 $.[230]

Auch die Weltraumbestattung genießt in den USA eine große Beliebtheit. Ca. 4,7 Gramm der Asche des Verstorbenen werden dabei in eine kleine Hülse gefüllt, um sie dann mit einer Rakete in die Erdumlaufbahn zu schicken[231]. Geplant ist zudem ein Service, bei dem die Asche von Verstorbenen mit einer Rakete auf den Mond geschossen wird, wobei der Preis für die Beförderung von einem Gramm Asche bei 6.370 Euro liegen soll. Vor zehn Jahren wurde bereits die Asche des Astronomen Eugene Shoemaker auf dem Mond verstreut.[232] In Frankreich ist es auch möglich, die Asche eines Verstorbenen aus einem Hubschrauber oder Heißluftballon über einem Waldgebiet zu verstreuen.[233]

Diese unstreitig festzustellende „Modernisierung der Bestattungskultur" lässt sich wohl auf dreierlei gesellschaftliche Entwicklungen zurückführen: Auf der einen Seite macht es die Zunahme der Einpersonenhaushalte und die dem Einzelnen abgeforderte Mobilität schwieriger, Gräber zu pflegen,

[229] „Was bleibt", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.
[230] „Was bleibt", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.
[231] „Was bleibt", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.
[232] „Letzte Ruhestätte auf dem Mond", Berliner Morgenpost, 31.03.2008.
[233] „Was bleibt", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.

so dass sich der Trend zur anonymen Bestattung verstärkt. Zum anderen wächst der Wunsch nach einer zunehmend individuellen Gestaltung der Bestattung.[234] Insoweit geht es nicht nur um bunte Särge oder aufheiternde Musik bei den Bestattungsfeierlichkeiten, sondern eben auch um jene neuen Bestattungsformen. Hinzu kommt der doch als problematisch zu qualifizierende Umgang der Gesellschaft mit dem Thema Tod. Immer wieder ist zu lesen, dass sich die Berührungsängste des Einzelnen mit dem Tod gelegt hätten, der Tod wäre längst kein gesellschaftliches Tabuthema mehr. Richtig ist sicher, dass Sterben, Tod und vor allem das menschenwürdige Sterben mittlerweile zu einem gesellschaftsfähigen Gesprächsthema geworden sind.[235] Dass damit jedoch auch in der Praxis die konkrete Scheu vor dem Tod und entsprechend vor dem menschlichen Leichnam verloren gegangen ist, muss wohl eher bezweifelt werden.[236] Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Scheu vor dem Tod noch genauso groß ist wie seit Menschengedenken, auch wenn sie möglicherweise eine andere Form gefunden hat, sich auszudrücken. Aufgrund der sich stetig erhöhenden Lebenserwartung der Menschen wird der Einzelne immer seltener mit dem Eintritt eines Todesfalls in seinem engeren Umfeld konfrontiert, so dass auch die Bewältigung dieser Erfahrung immer weniger geübt werden kann.[237] Hinzu kommt, dass sich der traditionelle Sterbeort der häuslichen Umgebung verlagert hat. Während vor ca. 100 Jahren nur rund 5% der Menschen in Krankenhäusern starben, sterben dort heute ca. 50% der Menschen und weitere 20-30% in Alten- und Pflegeheimen.[238] Der Tod begegnet dem Einzelnen nicht mehr, entsprechend konnte dieses Thema

---

[234] Zeichen der Hoffnung setzen: Zur christlichen Bestattungskultur angesichts neuer Herausforderungen, Amtsblatt der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsen, Jahrgang 2004, Nr. 12/B 25 Dresden, 30.06.2004, S. 2.

[235] Seidler, „Vado mori“, in: Sich u.a. (Hrsg.), Sterben und Tod - Eine kulturvergleichende Analyse, S. 15ff., 17.

[236] so auch Seidler, „Vado mori“, in: Sich u.a. (Hrsg.), Sterben und Tod - Eine kulturvergleichende Analyse, S.15ff., 17; Veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen von Sterben, Tod und Trauer, Amtsblatt der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsen, Jahrgang 2004, Nr. 12/B 32 Dresden, 30.06.2004, S. 1.

[237] Veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen von Sterben, Tod und Trauer, Amtsblatt der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsen, Jahrgang 2004, Nr. 12/B 32 Dresden, 30.06.2004, S. 1.

[238] Veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen von Sterben, Tod und Trauer, Amtsblatt der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsen, Jahrgang 2004, Nr. 12/B 32 Dresden, 30.06.2004, S. 2; Seidler, „Vado mori“, in: Sich u.a. (Hrsg.), Sterben und Tod - Eine kulturvergleichende Analyse, S. 15ff., 17.

als Abstraktum auch seinen Schrecken verlieren, nicht jedoch seine Handhabung im konkreten Einzelfall.

Ob die oben beschriebene, in der deutschen Bestattungskultur zu verzeichnende Tendenz Ausdruck eines neuen gesellschaftlichen Zeitgeistes ist, kann heute nicht mit letzter Sicherheit entschieden werden - die Anschauungen in der Bevölkerung zum Umgang mit dem menschlichen Leichnam wurden - soweit von hieraus ersichtlich - bisher weder wissenschaftlich noch repräsentativ untersucht. Es finden sich lediglich einzelne Stellungnahmen, die im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren in den Ländern eingeholt wurden, sowie einzelne Umfragen in der Bevölkerung, die allein als Grundlage der folgenden Auswertung herangezogen werden können. Allerdings wird wohl eine abschließende Stellungnahme erst rückblickend in einigen Jahren möglich sein.[239] Erst dann steht fest, ob sich der Konsens der Bürger im Hinblick auf die von ihnen mehrheitlich gewünschten und anerkannten Bestattungsformen gewandelt hat. Vielleicht lässt sich dann auch feststellen, dass es sich bei der abendländischen Bestattungskultur um einen Kernbereich des kulturellen Bewusstseins handelt, der sich durch die Epochen verfolgen lässt und entsprechend als Grundlage der europäischen Bestattungskultur Beseitigungsbemühungen nicht zugänglich ist.

4. Zwischenergebnis

Der ehrfurchtsvolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam gehört seit Menschengedenken zur Kultur einer jeden Gesellschaft. Je nach Todes- und Jenseitsvorstellungen haben sich in den verschiedenen Kulturkreisen verschiedene Bestattungsriten entwickelt. Im hiesigen Kulturkreis kann nicht geleugnet werden, dass die Traditionen des Juden- und Christentums das Maß geschaffen haben, an dem wir heute den Umgang mit dem

[239] so auch Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 47, 49.

menschlichen Leichnam messen. Insofern kann man mit Recht von einer abendländischen Bestattungskultur sprechen. Diese Kultur wurde von den Israeliten, im alten Hellas und alten Rom geformt und schließlich entscheidend vom Christentum geprägt. Die Totenriten wurden im Laufe der Jahrhunderte reicher und vielfältiger, die Aufklärung brachte eine Öffnung der bis dahin streng religiös geprägten Bestattungsriten, obgleich sich die frühmittelalterliche Gleichstellung des Leichnams mit dem lebenden Menschen insoweit erhalten hat, als auch heute noch der Leichnam gewaschen und angekleidet sowie respektvoll behandelt wird. Entsprechend liegt die Annahme auf der Hand, dass die Anerkennung einer postmortalen Würdegarantie des menschlichen Leichnams und damit auch die Ausgestaltung der geltenden Bestattungsgesetze durch die Rechtsprechung und Literatur entscheidend - wenn nicht gar ausschließlich - in dieser Entwicklung der abendländischen Bestattungskultur gründen und von dieser bis heute beeinflusst werden. Insoweit stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine solche tatsächlich bestehende Bindung der Würdegarantie an eine bestimmte kulturelle Tradition, nämlich die des Abendlandes, verfassungsrechtlich zulässig ist. Bevor dies näher zu untersuchen ist, soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit der Leichnam überhaupt unter den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG fällt.

IV. Menschenwürde des menschlichen Körpers über den Tod hinaus

A. Der menschliche Leichnam und der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG

Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 1 die Unantastbarkeit der Menschenwürde. Fest steht damit nicht nur ein ethisch-moralischer Halte- und Orientierungspunkt für das Handeln des Einzelnen. Sie zu achten und zu schützen, ist vielmehr auch verbindliches, normatives Prinzip für alles staatliche Handeln und das Zusammenleben in der Gesellschaft.[240] Mit dieser anthropologischen Prämisse unserer Verfassung ist der Mensch das Maß von Staat und Recht.[241] Damit ist die menschliche Würde das Leitbild unserer Verfassung; geltendes Recht muss dementsprechend stets mit den Prämissen der Menschenwürde im Einklang stehen. Dass die Wahrung der Menschenwürde als rechtlich verbindliche Garantie festgeschrieben wurde, ist kein Zufall. Es waren die bitteren Erfahrungen der NS-Zeit, die zu dieser Proklamation führten und die Achtung der Menschenwürde bewusst an den Anfang des Grundgesetzes stellten, um das Fundament der neu zu errichtenden staatlichen Ordnung zu verdeutlichen. Obwohl das Grundgesetz selbst nicht definiert, was unter der Menschenwürde zu verstehen ist, steht die außerordentliche Bedeutung des Artikels außer Frage. Die Wahrung der Menschenwürde ist der „oberste Wert im System der Grundrechte"[242] und der „höchste Rechtswert"[243] unseres Gemeinwesens.[244]

Trotz dieser Einigkeit hinsichtlich der herausragenden Bedeutung des ersten Artikels unseres Grundgesetzes ist es höchst ungewiss, was diese

---

[240] Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 809ff., 810.
[241] so auch Häberle, Menschenwürde und Verfassung, in: Engisch (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, S. 389ff., 410.
[242] BVerfGE 33, 23, 29; ähnlich auch BVerfGE 5, 85, 204.
[243] BVerfGE 45, 187, 227.
[244] so im Ergebnis auch: Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs.1 Rn. 9: „oberstes Konstitutionsprinzip"; BVerfGE 54, 341, 357: „oberstes Verfassungsprinzip".

Menschenwürde, die unantastbar ist, eigentlich genau zu bedeuten hat. Entsprechend sind die Deutungsversuche weit gestreut. Und das nicht umsonst: Die Menschenwürde ist ein Begriff, auf dem eine zweieinhalbtausend Jahre alte Philosophiegeschichte lastet.[245] Eine allgemein akzeptierte, dogmatisch präzise Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, die über die feststehende herausragende Bedeutung der Menschenwürde hinausginge, gibt es infolgedessen genauso wenig wie Klarheit darüber, wie weit der Schutz durch Art. 1 GG reicht und ob auch der Tote unter den Schutz der Menschenwürde fällt. Letztere Frage soll im Mittelpunkt der folgenden Untersuchungen stehen. Da sich weder Art. 1 GG noch eine andere Norm des Grundgesetzes zum Tod und seinen Folgen äußert, muss die Auslegung der Fundamentalnorm unserer Verfassung im Mittelpunkt der folgenden Untersuchungen stehen.

Geht es um die Frage, wer unter den Schutzbereich der Würde des Menschen fällt, ist entscheidend, wer Mensch im Sinne dieser Norm ist, und damit letztlich, welches Bild vom Menschen dem Grundgesetz zugrunde liegt.[246]

1. Mensch im Sinne des Art. 1 GG

a) Wortlaut

Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG „Die Würde *des Menschen* ist unantastbar" ist weit gefasst und spricht nicht ausdrücklich nur von der Würde des *lebenden* Menschen. Dies könnte durchaus den Schluss zulassen, dass der Mensch an sich, also sowohl der Lebende als auch der Verstorbene, unter den Schutzbereich der Norm fällt. Allerdings könnte

[245] Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 353.

[246] die Existenz eines dem GG zugrunde liegenden Menschenbildes unzutreffend verneinend: Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 168ff. Auszugehen ist richtigerweise davon, dass, da das Recht das menschliche Verhalten ordnen will, keine Rechtsordnung ohne ein - wenn auch nur implizit - zugrunde liegendes Bild vom Menschen auskommt, so auch Mayer-Maly, Gedanken über das Recht, S. 20.

der offene Wortlaut genauso gut die Annahme des scheinbar Selbstverständlichen nahe legen: Menschsein endet mit dem Ausfall der Vitalfunktionen, also mit dem Tod.

Entscheidend für die Frage, ob der Tote Mensch ist, ist also letztlich allein, wer Mensch im Sinne von Art. 1 GG ist. Auf den ersten Blick eine der überflüssigsten Fragen nach dem offensichtlich so Selbstverständlichen, ist doch allein eine Abgrenzung des Menschlichen zur belebten und unbelebten Umwelt zu finden. Doch so banal die Frage auch zunächst erscheinen mag, so schwierig ist doch ihre Beantwortung. Weder Art. 1 GG noch eine andere Vorschrift der Verfassung bestimmt, was unter Menschsein zu verstehen ist. Sowohl der Begriff „Mensch" als auch Beginn und Ende des Menschseins werden ganz offensichtlich als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt. Angesichts dessen bietet sich an dieser Stelle eine Untersuchung der übrigen Rechtsordnung auf ihre Verwendung des Begriffs „Mensch" an. Denn auch wenn das Grundgesetz nicht definiert, wer Mensch ist, ist doch ungeachtet der Frage, ob eine Auslegung der Verfassung mittels des einfachen Rechts überhaupt zulässig ist, zu vermuten, dass die Verfassung von einer gebräuchlichen gesetzlichen Terminologie ausgeht.

Dabei zeigt sich jedoch schnell, dass auch die übrige Rechtsordnung keine Anhaltspunkte für die Auslegung von Art. 1 GG liefern kann. Denn auch das einfache Recht definiert weder Menschsein, noch verwendet es den Begriff „Mensch" einheitlich. In einzelnen Rechtsgebieten wird „Mensch" sowohl für den lebenden als auch den toten Menschen verwandt, überwiegend jedoch nur für den lebenden. So gilt beispielsweise im Strafrecht auch der tote Mensch noch als „Mensch": Wegen einer Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB macht sich strafbar, wer den Körper eines „verstorbenen Menschen" wegnimmt. Die gleiche Wertung ist dem Personenstandsgesetz zu entnehmen. Gem. § 16 S. 1 PersstG muss die Geburt eines Kindes dem zuständigen Standesbeamten angezeigt werden,

und zwar nach Satz 2 auch die eines totgeborenen Kindes. Diese Regelung wird ergänzt durch § 21 Abs. 1 und 2 PersstG, wonach sowohl lebende als auch totgeborene Kinder in das Geburtenbuch einzutragen sind. Demnach sind auch totgeborene Kinder Menschen. Anders die Strafprozessordnung: Vorschriften, die den verstorbenen Menschen in ihrem Tatbestand aufgenommen haben, sprechen nicht von toten Menschen, sondern von „Leichen" oder „Leichnam", so beispielsweise die Vorschriften der §§ 87 ff. StPO, die das Verfahren der *Leichen*öffnung regeln, oder § 159 StPO, dem eine Anzeigepflicht bei einem *Leichen*fund zu entnehmen ist. Auch die Bestattungsgesetze der Länder sprechen nicht vom toten Menschen, sondern vom „Toten", vgl. nur § 1 BestattG NRW, oder der „Leiche", vgl. nur § 7 Abs. 3 BestattG NRW.

Angesichts dessen, dass Mensch in unserer Rechtsordnung offensichtlich nicht gleich Mensch ist, muss an dieser Stelle der Versuch einer eigenen Bestimmung dessen, wer Mensch im Sinne von Art. 1 GG ist, unternommen werden. Eine Herausforderung höchster rechtspolitischer Relevanz, betrifft sie doch den genauen Umfang des wichtigsten unserer Grundrechte.

(1) Menschsein

Wer ist Mensch? Eine Frage mit großen Herausforderungen, liegt es doch nahe, die Grenzen des Juristischen zu verlassen und Bereiche der Theologie, Philosophie und Medizin zu betreten. Entsprechend stößt man auf die verschiedensten Versuche, Menschen von Nichtmenschen abzugrenzen. So knüpft die katholische Theologie Menschsein an die Beseelung des Leibes,[247] die evangelische Theologie an die Annahme des Menschen durch Gott und den Menschen.[248] Ein weit verbreiteter, rein gesellschaftlicher Ansatz knüpft hingegen die existenzielle

[247] Höfer/Rahner, Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. II, S. 294.
[248] Jüngel, Annahme oder Abtreibung, Evangelische Kommentare 4 (1971), 452ff.

Lebensrechtsfähigkeit des Menschen und damit das eigentliche Menschsein an die gesellschaftliche Relevanz des Einzelnen.[249]

Überzeugen kann keiner dieser Ansätze. Jeder Versuch, Menschsein religiös oder philosophisch zu fassen, ist in der jeweiligen geisteswissenschaftlichen Tradition von Wertungen geprägt, die Menschsein zwangsläufig willkürlich einengen. Denn folgt man jenen Ansätzen, gibt es nicht mehr nur Menschen, sondern eben auch zwar vom Menschen geborene, letztlich aber doch nur Nicht-Menschen-Wesen. Die Auswirkungen dieser grotesken Differenzierung wären gravierend. *Menschen*rechte verlören ihre Verbindlichkeit, bliebe es doch staatlichen, kirchlichen oder philosophischen Schöpfern überlassen, zu bestimmen, wer überhaupt als Menschenrechtsträger in Betracht kommt.[250] Daher kann Menschsein nicht zur beliebigen Disposition kultureller Zuschreibung stehen.[251] Entsprechend verbietet sich eine Bestimmung dessen, wer Mensch ist, anhand irgendeines normativen Elements. Allein die rein deskriptive Bestimmung anhand von Kriterien, die für jedermann wahrnehmbar sind, verhindert eine Deklassierung einzelner menschlicher Wesen.

Geht es nun um die Frage, an welches wertungsfreie Kriterium anzuknüpfen ist, ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Eigenschaft handeln muss, die allen menschlichen Wesen gemein ist,[252] über deren Existenz Einigkeit besteht[253] und die ohne Heranziehung von Wissenschaftlern der verschiedensten Disziplinen feststellbar ist.[254] Vor diesem Hintergrund liegt die Antwort auf der Hand: Mensch ist, wer der

---

[249] Rüpke, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsabbruch, ZRP 1974, 73ff.; a.A. Spaemann, Haben Ungeborene ein Recht auf Leben?, ZRP 1974, 114ff.

[250] Spaemann, Haben Ungeborene ein Recht auf Leben?, ZRP 1974, 114ff.

[251] Honnefelder, Die Frage nach dem moralischen Status des Embryos, in: Höffe u.a. (Hrsg.), Gentechnik und Menschenwürde, S. 83.

[252] Dusik, Grenzprobleme der Menschenwürde, S. 16.

[253] Lübbe, Wer ist Mensch?, in: Marquard/Staudinger, Anfang und Ende des menschlichen Lebens, Medizinethische Probleme, Bd. IV, S. 44ff., 46.

[254] ähnlich Lübbe, Wer ist Mensch?, in: Marquard/Staudinger, Anfang und Ende des menschlichen Lebens, Medizinethische Probleme, Band IV, S. 44.

Spezies homo sapiens angehört , also über das menschliche Genom verfügt.[255] Allein eine solche Naturalisierung des Menschseins verhindert die willkürliche Differenzierung und Abwertung einzelner Menschen. Damit steht an dieser Stelle sicher fest, dass in jedem Fall jedes lebende menschliche Wesen auch Mensch ist. Ob dies auch für den Toten gilt, kann allerdings an dieser Stelle noch nicht gesagt werden. Entscheidend ist insoweit allein, ob Menschsein irgendwann endet.

(2) Ende des Menschseins

(a) Ende durch Eintritt des Todes

Insoweit könnte zunächst die Annahme nahe liegen, dass Menschsein mit Eintritt des Todes endet. Nach ganz überwiegender Meinung wird heute in Deutschland zur Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts des Todes nicht auf den Stillstand des Herz- und Kreislaufsystems abgestellt, sondern auf den Eintritt des Hirntods, also den vollständigen Ausfall des Gehirns einschließlich des Hirnstamms.[256] Mit Eintritt des Todes endet ganz unstreitig das menschliche Leben.[257] Die Frage, ob mit Eintritt des Todes auch das Menschsein endet, wurde sowohl von der Philosophie als auch der Rechtswissenschaft bisher kaum behandelt. Dies ist um so erstaunlicher, wenn man bedenkt, dass doch eigentlich der Mensch im Zentrum beider Disziplinen steht. Die wenigen, die sich bisher mit der Frage des Endes des Menschseins befasst haben, gehen wohl mit der auch in unserer Zeit noch weit verbreiteten Anschauung, dass mit dem Tod die

---

[255] Lübbe, Wer ist Mensch?, in: Marquard/Staudinger, Anfang und Ende des menschlichen Lebens, Medizinethische Probleme, Band IV, S. 44ff., 46; Dusik, Grundprobleme der Menschenwürde, S. 16; so auch das BVerfG in einer Entscheidung zum Schutz des Embryos durch Art. 1 GG: BVerfGE 39, 1, 38.

[256] Tröndle/Fischer, StGB, § 168 Rn. 14.

[257] Im Zivilrecht geht die ganz h.M. dahin, dass Leichen ihrer Gestalt nach körperliche Gegenstände sind (Seeger, Bestattungsrecht in Baden-Württemberg, S. 95); Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 7; Ruß, in: LK, StGB, § 242 Rn. 5, Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 120). Aus ethischen Gründen werden sie aber - mit Ausnahme von Mumien sowie Museums- und Anatomieleichen, die mangels Pietätsbindung als verkehrsfähige Sachen anzusehen sind (LK-Ruß, § 242 Rn. 5) - dem Rechtsverkehr entzogen, so dass sie nicht Gegenstand von Eigentumsrechten werden können.

fortlebende Seele aus dem Körper entweicht und nur eine völlig belanglose Hülle zurücklässt, davon aus, dass Menschsein mit Eintritt des Todes endet.[258]

Diese Annahme der Endlichkeit des Menschseins und damit der Verobjektivierung des sterblichen Körperüberrestes beruht auf der auf den französischen Philosophen René Descartes zurückgehenden Aufteilung des Menschen in einen körperlich-materiellen Körper und einen geistigen Denk- und Erkenntnisbereich: „Ich, d.h. die Seele, durch die ich das bin, was ich bin, völlig verschieden ist vom Körper, ja dass sie sogar leichter zu erkennen ist als er, und dass sie, selbst wenn er nicht wäre, doch nicht aufhörte, alles das zu sein, was sie ist."[259] Nach Descartes ist es also nicht der Körper, sondern der Geist, was den Menschen vom Tier unterscheidet, und letztlich ist es diese Annahme, die das Ende des Menschseins des Körpers mit Eintritt des Todes wegen des damit einhergehenden Endes der geistigen Tätigkeit rechtfertigt. So ist auch Birnbacher der Ansicht, dass der menschliche Leichnam von seinem ontologischen Status her weder eine Person noch ein Lebewesen oder ein Mensch sei. Denn nur wer Lebensfunktionen habe, könne ein Lebewesen sein, und schließlich könne auch nur ein Lebewesen ein Mensch sein. Der Tod sei der irreversible Übergang von der Person zur Sache, womit der menschliche Leichnam lediglich noch ein materieller Gegenstand sei.[260]

Überzeugen kann dieser Ansatz nicht. Ungeachtet dessen, dass sich aus der Verfassung keine Anhaltspunkte für eine Trennung von Leib und Seele entnehmen lassen, woraus - außer aus dem allgemeinen Sprachgebrauch - lässt sich entnehmen, dass nur ein Lebewesen ein Mensch sein kann? Eine Antwort darauf liefern die wenigen vorhandenen Ansätze nicht. Klinge stellt in diesem Zusammenhang lediglich darauf ab, dass sich die

[258] Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, S. 43.
[259] Descartes, zitiert aus: Hauser-Schäublin u.a.(Hrsg.), Der geteilte Leib, S. 80.
[260] Birnbacher, Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 927ff.

menschlichen Zellen als Träger des menschlichen Genoms mit Eintritt des Todes in Auflösung befinden und damit Menschsein endet.[261] Warum damit aber Menschsein letztlich mit menschlichem Leben gleichzusetzen ist, erläutert auch Klinge nicht. Kern aller weiteren Überlegungen zum Ende des Menschseins ist letztlich allein die Frage, in welchem Bezug der menschliche Leichnam zu dem Menschen steht, der gestorben ist. Insoweit ergibt sich folgendes: Zwar ist der menschliche Leichnam in der Tat kein Mensch mehr im eigentlichen Sprachsinn. Denn reden wir heute vom Menschen, meinen wir in der Regel ein Lebewesen, das sich durch seine Beziehungen und Interaktionen zur Außenwelt auszeichnet. In diesem Sinn ist der menschliche Leichnam selbstverständlich kein Mensch mehr, da infolge des Eintritt des Todes keinerlei Bewusstseinsvorgänge mehr aktiv sind und das Individuum damit nicht mehr in Austausch mit seiner Umwelt treten kann. Der Tod ist damit das definitive Ende des Daseins. Tritt er ein, ist das Lebewesen nicht mehr existent. Was übrig bleibt, ist in der Tat lediglich der immobile tote Körper, ein Objekt, das mit dem einst lebendigen Menschen kaum vergleichbar scheint.[262]

Würden diese Überlegungen allerdings an jener rein vitalen Betrachtung des Begriffs „Mensch" stehenbleiben, würden wir letztlich nichts anderes tun, als Menschsein mit menschlichem Leben gleichzusetzen. Aber mit welcher Berechtigung? Insoweit ist allein entscheidend, dass auch der Tote weiterhin unverkennbar menschlich ist,[263] war er doch einmal ein lebender Mensch. Denn der tote Leib ist eben nicht nur die „von der Seele zurückgelassene leere Hülle", sondern er ist vielmehr - untechnisch gesprochen - direkter Nachfolger des früheren vernunftbegabten Individuums, das vom Menschen gezeugt wurde und als funktionierendes Herz-Kreislauf-System gelebt hat. Dass in dem toten Leib keinerlei Regungen oder Gehirnströme mehr vorhanden sind, steht dem nicht

[261] Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, S. 43.
[262] LG Bonn VersR 1970, 715ff.
[263] Birnbacher, Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 927ff.

entgegen. Denn ohne auf philosophische oder theologische Traditionen zurückgreifen zu müssen, steht fest, dass auch *Leiblichkeit* zur Menschlichkeit gehört, sogar in ihrem Mittelpunkt steht. Denn der menschliche Leib ist nicht nur ein minderwertiger Bestandteil des Menschen, sondern verkörpert alles Menschliche und ist damit der Mensch selbst. Damit ist der mit dem Tod verbleibende Körper der gestorbene Mensch selbst und nicht nur eine unbedeutende zurückgelassene Schale.[264] Zwar befindet sich das menschliche Genom in Auflösung, jedoch ist es vorhanden, bis die natürliche Verwesung vollständig abgeschlossen ist.

Neben der Identität des menschlichen Leichnams mit dem zuvor gelebten Menschen ist entscheidend, dass in jedem lebenden Menschen aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Gattungsfamilie Mensch die Sterblichkeit angelegt ist. Der Tod ist zwingender Bestandteil der menschlichen Natur. Der lebendige menschliche Leib entwickelt sich also aufgrund seiner genetischen Veranlagung - überspitzt formuliert - von seiner Geburt an kontinuierlich hin zu dem zurückbleibenden leblosen Leib. Entscheidend sind also Identität und Kontinuität. Zwei Aspekte, die die Zugehörigkeit des menschlichen Leichnams zur menschlichen Spezies begründen. Damit kann es auch nicht darauf ankommen, ob die menschliche Gestalt im Wesentlichen im Leichnam noch vorhanden oder gar seine Individualität noch erkennbar ist. Entscheidend ist allein, dass das menschliche Genom noch vorhanden ist.

Im Übrigen kann entgegen Birnbacher allein aus der Tatsache, dass mit Erlöschen des menschlichen Lebens die *Person* entfällt - dies natürlich nur, sofern man die Existenz der Person an sich überhaupt anerkennen möchte -, nicht geschlossen werden, dass der Mensch zur Sache wird. Ungeachtet dessen, dass die zivilrechtliche Einordnung des menschlichen Leichnams

[264] Klun, Beziehungen zum verstorbenen Anderen, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 914ff.

als nicht eigentumsfähige Sache[265] keinerlei Einfluss auf die ethische oder gar verfassungsrechtliche Einordnung des menschlichen Leichnams haben kann, ist der Mensch mehr als eine Person - wieder vorausgesetzt, man erkennt die Existenz einer solchen überhaupt an.

Geht es um Fragen der Menschenwürde, trifft man häufig auf eine solche Differenzierung zwischen den Begriffen Mensch und Person. Der Personenbegriff an sich hat eine ehrwürdige philosophische Tradition. So heißt es in der Kantschen Theorie zu der Abgrenzung der Person von der Sache: „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anderes als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen; woraus dann folgt, dass eine Person keinen anderen Gesetzen als denen die sie sich selbst gibt, unterworfen ist. [...] Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist. Ein jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, heißt daher Sache." [266] Von dieser ursprünglichen Bedeutung hat sich die heutige Verwendung des Begriffs „Person" weit entfernt. Die Anhänger der Personalität differenzieren heute zwischen menschlichem und personalem Leben. Person ist nicht bereits der Träger menschlichen Lebens, denn menschliches Leben wird erst durch bestimmte Eigenschaften und Qualitäten wie Vernunft, Selbstbewusstsein und Selbstachtung zu personalem Leben und sein Träger damit zur Person.

Ungeachtet der erheblichen Bedenken gegen diesen Ansatz, die sich aus der anmaßenden und willkürlichen Differenzierung des moralischen Status´ einzelner Menschen ergeben, kann auch nach der Personalitäts-Theorie Menschsein nicht mit Eintritt des Todes entfallen. Denn tritt der Tod ein, enden nur die besagten Eigenschaften, nicht aber die ursprüngliche Zugehörigkeit zur Art Mensch. Mag also die Person gehen, der Mensch bleibt bestehen. Damit steht fest, dass auch der menschliche

[265] h.M., vgl. nur Palandt, BGB, vor § 90 Rn. 11.
[266] Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), S. 23f.

Leichnam weiterhin ein Mensch ist, eben nur ein solcher mit einem leblosen Körper. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist an dieser Stelle noch auf folgendes hinzuweisen: Mit der Einordnung des Toten als Mensch ist noch nicht über die Rechtsnatur des Leichnams oder seine Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, entschieden. Steht fest, dass auch der Tote ein Mensch ist, steht zunächst nur sein besonderer Rechtswert fest. Damit steht die Einordnung des menschlichen Leichnams als Mensch einer zivilrechtlichen Einordnung als Sache nicht entgegen, sondern erklärt vielmehr erst, warum der Leichnam aus ethischen Erwägungen heraus mit der heute ganz herrschenden Meinung dem Rechtsverkehr entzogen bleibt, warum also die Rechtsordnung den besonderen moralischen Status des Leichnams wahrt.

In einem zweiten Schritt stellt sich nun die Frage, wie lange der menschliche Leichnam ein Mensch ist. Dass er solange Mensch ist, wie sein Leichnam vollständig erhalten ist, steht nach dem oben Gesagten außer Frage. Ob dies allerdings auch dann gilt, wenn der Leichnam von Beginn an nicht mehr vollständig erhalten ist, so wenn infolge eines Unfalls oder durch Kriegshandlungen Arme oder Beine fehlen oder wenn er infolge der natürlichen Verwesung zunehmend zerfällt, bedarf einer näheren Untersuchung.

(b) Fehlen von Teilen des menschlichen Leichnams

Fehlen einzelne Teile des Körpers, wäre es nur dann gerechtfertigt, dem verbleibenden Leichnam die Menschenqualität abzusprechen, wenn es sich um solche Körperteile handelt, deren Fehlen auch beim Lebewesen das Menschsein entfallen ließen. Wird zur Bestimmung dessen, wer Mensch ist, richtigerweise allein auf die Zugehörigkeit zur Gattung homo sapiens abgestellt, steht fest, dass es keinerlei das Menschsein begründende Körperteile geben kann. Dementsprechend ist auch ein menschliches

Wesen, dem Arme und Beine fehlen, genau wie sein späterer Leichnam ein Mensch, da auch dieses Wesen über das menschliche Genom verfügt.[267] Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn einem menschlichen Wesen der Kopf fehlt. Hier stellt sich angesichts dessen, dass auch ein solches Wesen über das menschliche Genom verfügt, weniger die Frage nach dem Menschsein des lebendigen und toten Wesens, als danach, ob dieser vom Kopf getrennte Körper überhaupt noch in der Welt, also lebensfähig, oder vielmehr von Anbeginn an ein menschlicher Leichnam ist.

(c) vollständige Verwesung

Steht fest, dass Menschsein nicht mit Eintritt des Todes endet und auch nicht entfällt, wenn einzelne Körperteile fehlen, stellt sich unweigerlich die Frage, ob Menschsein damit unendlich ist. Dass dies nicht der Fall sein kann, wird deutlich, wenn man sich noch einmal vor Augen hält, dass Menschsein des menschlichen Leichnams vor allem aus der Identität zwischen dem toten und dem zuvor lebendigen Leib folgt. Ein menschlicher Leichnam kann entsprechend nur solange Mensch sein, wie er nicht vollständig verwest ist. Denn mit vollständigem Abschluss der Zersetzung des menschlichen Körpers ist keine Substanz mehr vorhanden, die einem einmal lebenden Menschen zugeordnet werden könnte. Insoweit kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob die Fleischhülle noch vorhanden ist. Demgegenüber wird vor allem im Strafrecht überwiegend davon ausgegangen, dass von einer Leiche nur solange gesprochen werden kann, wie der Zusammenhang ihrer Teile zur Einheit einer menschlichen Gestalt im Wesentlichen noch vorhanden, ihre Individualität noch nachweisbar ist.[268] Dementsprechend wäre ein Skelett kein menschlicher Leichnam mehr, da der Zusammenhang des menschlichen Körpers durch den Verwesungsprozess aufgehoben wäre. Auch wenn diese

[267] so auch Dusik, Grenzprobleme der Menschenwürde, S. 45.
[268] vgl. nur Lackner/Kühl, StGB, § 168 Rn. 2.

Differenzierung im Strafrecht aufgrund der dann nur beschränkten Strafbarkeit ihre Berechtigung haben mag, kann dies an dieser Stelle nicht mehr überzeugen. Denn entscheidend kann auch hier nicht sein, ob noch ein leiblicher Zusammenhang feststellbar ist, sondern dass auch das menschliche Skelett aus Zellen besteht und damit genau wie der Leib Träger des menschlichen Genoms ist. Erst, wenn also auch das Skelett vollständig zersetzt ist und keine Knochen mehr vorhanden sind, existiert endgültig kein Mensch mehr. Dementsprechend sind auch Moor- und Anatomieleichen sowie Mumien, wie der im Jahr 1991 in den österreichischen Alpen entdeckte Gletschermann Ötzi, noch Menschen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese menschlichen Leichname als Mumien oder Anatomieleichen nach heute herrschender Meinung zivilrechtlich in erlaubter Weise zum Gegenstand des Rechtsverkehrs gemacht werden und im Eigentum eines Dritten stehen können.[269] Entscheidend ist allein die Abstammung von der Gattung Mensch und das noch vorhandene menschliche Genom.

Der Schutz des menschlichen Leichnams nimmt auch nicht mit der Zeit, die seit dem Eintritt des Todeseintritts vergangen ist, ab. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar im Hinblick auf das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen festgestellt hat, dass der Schutzumfang der eigenen Ehre des Verstorbenen in dem Maße mit der Zeit abnehme, wie auch die Erinnerung an den Verstorbenen je nach Bekanntheitsgrad mehr oder weniger schnell mit der Zeit verblasse[270]. Diese zeitliche Begrenzung folgt also daraus, dass das Persönlichkeitsrecht eines Verstorbenen nicht von jedermann, sondern nur von dem Kreis der überlebenden Wahrnehmungsberechtigten geltend gemacht werden kann, so dass das Rechtsschutzbedürfnis für einen persönlichkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch in dem Maße schwindet, wie auch die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst; denn je mehr der Todeszeitpunkt in die Vergangenheit entrückt, desto weniger verlangt die Ehre des Verstorbenen

[269] h.M. im Strafrecht, vgl. nur Dippert, in: LK, StGB, § 168 Rn. 23.
[270] BVerfGE 30, 173, 194.

Respektierung.[271] Nach alledem liegt die Vermutung nahe, dass Schutzobjekt des postmortalen Persönlichkeitsrechts weniger der personale Achtungsanspruch der Person, sondern eine bestimmte Erinnerung der Lebenden ist.[272] Diese Konstruktion abnehmenden Schutzes lässt sich jedoch auf den Schutz des menschlichen Leichnams nicht übertragen. Anknüpfungspunkt des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist der Grad der Erinnerung der noch Lebenden an den Verstorbenen. Der Schutz des Leichnams hingegen knüpft anders als das Persönlichkeitsrecht nicht an eine Wahrnehmung der Lebenden, sondern an das Vorhandensein einer materiellen Substanz an. Entsprechend muss dem Leichnam auch solange Schutz zukommen, wie Substanz vorhanden ist. Eine Differenzierung nach wenig, viel, gut- oder schlechterhaltener Substanz ist nicht gerechtfertigt, da dies dem verbleibenden Menschrest nicht gerecht würde. Entscheidend ist allein, dass noch ein menschlicher Rest vorhanden ist.

(d)Asche des menschlichen Leichnams

Problematischer erscheint insoweit die Frage, ob auch die Asche des Verstorbenen noch Mensch ist. Die Asche des Verstorbenen sind die Verbrennungsreste seines Körpers, wie sie vor allem bei der Feuerbestattung zurückbleiben. Zwar tritt die Asche damit an die Stelle des menschlichen Leichnams und steht somit in einer Tradition zum zuvor gelebten Menschen, doch ist sie nicht mehr mit diesem identisch. Da weder der Leib noch das menschliche Genom weiterhin vorhanden sind, ist auch der Mensch nicht mehr existent.

Folglich ist nur der menschliche Leichnam auch Mensch und steht entsprechend bereits nach dem Wortlaut von Art. 1 GG unter den Schutz der Würdegarantie.

[271] vgl. nur Hirsch, Ehre und Beleidigung, S. 128.
[272] Enders, Menschenwürde, S. 470; Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 463f.

b) systematische Auslegung

Eine Auslegung mit Blick auf die folgenden Grundrechte ergibt schon deshalb kein eindeutiges Ergebnis, weil auch diese den „Mensch"- oder „Jeder"-Begriff lediglich zugrundelegen, ohne ihn allerdings näher zu bestimmen. Allerdings ergibt sich aus der Tatsache, dass die Art. 1 GG nachfolgenden Grundrechte für Tote wohl kaum realisierbar sind und daher anzunehmen ist, dass Art. 2 ff. GG nur das menschliche Leben bis zum Tod erfassen, noch nicht, dass dies auch für die fundamentale Norm unserer Rechtsordnung gilt. Denn wer oder was in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ist für jedes Grundrecht gesondert zu bestimmen.[273]

c) historische Auslegung

Auch die historische Auslegung hilft nicht weiter, denn ob neben den lebenden Menschen auch der Tote durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, war nicht Gegenstand der Beratungen des Parlamentarischen Rates.[274]

d) teleologische Auslegung

Die Frage, ob auch dem Toten die verfassungsrechtliche Würdegarantie zugute kommt, lässt sich daher nur anhand einer an Sinn und Zweck der Norm orientierten Auslegung abschließend beantworten. Bei allen Schwierigkeiten, den Inhalt der Menschenwürdegarantie konkret zu bestimmen, lässt sich eindeutig feststellen, dass es den Verfassungsgebern nach den bitteren Erfahrungen des Nationalsozialismus

[273] Kunig, in: v. Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19 Rn. 7; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 48.
[274] vgl. nur Darstellungen in JöR 1951, 48ff.

darum ging, den Wert des Menschseins als höchstes Gut unseres staatlichen Systems in der Rechtsordnung zu manifestieren. Geht es also um die Frage, wer in den Genuss der Würdegarantie kommt, ist dieser besondere Wert des Menschseins näher zu untersuchen. Steht dieser fest, wissen wir also, woran die Menschenwürde anknüpft, steht auch der personelle Schutzbereich von Art. 1 GG fest. Die Formulierung „die Würde *des Menschen*" impliziert, dass sich die Würde des Menschen aus dem Wesen des Menschen ergibt, also an eine bestimmte menschliche Eigenschaft anknüpft. Bei der Frage, wer in den Genuss der Würdegarantie kommt, geht es weniger um die Frage, wer Mensch ist, als vielmehr darum, demjenigen auf die Spur zu kommen, das den Menschen zum Menschen macht. Die Suche nach dem Wesen des Menschen darf allerdings nicht mit der philosophischen Anthropologie und ihrer prekären Frage nach der Stellung des Menschen sowie seiner Aufgabe und Bedeutung in der Welt, also nach dem Sinn des Menschen verwechselt werden. An dieser Stelle geht es allein um die Frage, welche menschliche Eigenschaft Wurzel der verfassungsrechtlichen Würdegarantie ist. Dies soll im Folgenden näher untersucht werden. Es ist eine Aufgabe von besonderer Bedeutung, denn sie betrifft den konkreten Anwendungsbereich der Fundamentalnorm unseres Rechtssystems, aber auch eine mit erheblichen Risiken, birgt sie doch die Gefahr, über ein bestimmtes Würdekonzept Wert oder Unwert über einzelne bzw. bestimmte Menschen zu sprechen.

(1) Gottesebenbildlichkeit

Der Jahrtausende alten abendländischen Kulturgeschichte entsprechend, könnte der Anknüpfungspunkt der Würde des Menschen in seiner Gottesähnlichkeit gesehen werden: „Dann sprach Gott: ‚Laßt uns Menschen machen als unser Abbild, uns ähnlich. [...]' Gott schuf also den

Menschen als sein Abbild, als Abbild Gottes schuf er ihn."[275] Jeder Mensch ist als Geschöpf Gottes zugleich Gottes Ebenbild. Ungeachtet der Tatsache, dass diese Konzeption wohl nur von jenen akzeptiert werden kann, die an die christliche Schöpfungsgeschichte glauben, wäre eine unreflektierte Übernahme der christlichen Tradition mit der Pflicht des Staates zur weltanschaulichen und konfessionellen Neutralität nicht vereinbar. Die staatliche Neutralitätspflicht ergibt sich aus einer Zusammenschau des Grundrechts der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 GG, der Ablehnung einer Staatskirche gem. Art. 140 GG, Art. 137 WRV sowie dem Diskriminierungsverbot aus religiösen Gründen gem. Art. 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 GG. Auf eine bestimmte geisteswissenschaftliche Tradition kann es infolgedessen bei der Auslegung eines Verfassungsbegriffs nicht ankommen. Dies hat schon der Abgeordnete und spätere Bundespräsident Dr. Theodor Heuss während der Beratungen des Parlamentarischen Rates zu Art. 1 GG erkannt. Gegen die Annahme, Art. 1 GG wurzele im Naturrecht, wandte er sich mit seinem vielzitierten Ausspruch von der „[...] Würde des Menschen [...] als nicht interpretierte These".[276] Die Bestimmung der Menschenwürde als normativer Begriff hat also allein von der positivierten Wertentscheidung des Grundgesetzes her zu erfolgen. Nur was das Grundgesetz unter Menschenwürde versteht, kann Gegenstand rechtlicher Anknüpfungen und Folgerungen sein.

(2) Leistungstheorie

Die sog. Leistungstheorie verzichtet auf jeden metaphysischen Ansatz und sieht das Entscheidende der Menschenwürde in der Leistung der Identitätsbildung. Was die Würde des Individuums ausmacht, liegt damit in der Hand eines jeden Einzelnen.[277] Ob der Tote nach diesem Ansatz

[275] Gen. 1, 26f.; so bspw. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 17f.
[276] vgl. Wiedergabe der Stenographischen Berichte in JöR 1951, 48ff., 49.
[277] Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 53ff.

unter den Schutz der Würdegarantie fällt, erscheint problematisch; wohl nur dann, wenn die selbst hervorgebrachte personale Identität den Tod in irgendeiner Art und Weise überdauert. Vertieft werden müssen diese Überlegungen an dieser Stelle jedoch nicht, da auch dieser Ansatz nicht überzeugen kann. Denn die Leistungstheorie knüpft anders als das Grundgesetz und damit in unzulässiger Weise nicht an den Menschen, sondern an die Person an und respektiert die Würde jener Menschen nicht, die handlungs- oder willensunfähig und folglich zur Identitätsbildung außerstande sind.

(3) Kommunikationstheorie

Die sog. Kommunikationstheorie stellt auf die Staatsgründungsfunktion der Menschenwürde ab. Würde meine Solidarität, die auf einem wechselseitigen, der ständigen Erneuerung bedürfenden Versprechen der Mitglieder einer nationalen Solidargemeinschaft, einander zum Zwecke eines gemeinsamen Lebens gegenseitig anzuerkennen, beruhe.[278] Allen Menschen, die nicht Teilhaber der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes sind, d.h. allen Nichtdeutschen, und jenen Menschen, die zur sittlichen Selbstbestimmung und damit der Abgabe eines Würdeversprechens nicht in der Lage sind, käme ein abstrakter Würdeschutz zu, da die Anerkennungsgemeinschaft ihren Mitgliedern verwehre, anderen im selben Gemeinwesen lebenden Menschen eine unwürdige Behandlung zuteil werden zu lassen. Auch das erloschene menschliche Leben gehöre nicht mehr der Anerkennungsgemeinschaft an. Dennoch gehöre die Ehrung des Andenkens derjenigen, die einmal unter uns waren, zur eigenen, wechselseitigen Identität und Selbstachtung.[279]

[278] Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353ff., 368; Frankenberg, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, KritJ 2000, 325, 328f.; Seelmann, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Zaczyk (Hrsg.), FS für E.A. Wolff, S. 481ff., 496f.

[279] Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353ff., 375f.

Jedoch kann auch dieser Ansatz nicht überzeugen. Es stellt sich bereits die Frage, wie das Erfordernis der ständigen Erneuerung des Anerkennungsversprechens mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG zu vereinbaren ist, mit der gerade die Geltung der Menschenwürde für alle Zeiten festgeschrieben werden sollte. Zudem erscheint es mehr als problematisch, bestimmten Bevölkerungsteilen nur einen abstrakten Würdeschutz zuzusprechen. Denn Art. 1 Abs. 1 GG geht vor allem vor dem Hintergrund der Geschehnisse des Nationalsozialismus und dessen Bekenntnis zu „Untermenschen" von einer absoluten und gleichen Würde aller Menschen aus. Dieser verfassungsrechtlich garantierte Schutz verlöre sich in ethischer Unverbindlichkeit, wollte man Einzelnen Würde absprechen.

(4) Fähigkeit zur Selbstbestimmung

In Betracht käme weiterhin, das Entscheidende des Menschseins und damit den Anknüpfungspunkt der Menschenwürde in der aktuellen Fähigkeit des Menschen zur freien und vernunftgeleiteten Selbstbestimmung[280] oder, wie vereinzelt, in der Fähigkeit zur Selbstkontrolle[281] zu sehen. Zu den Merkmalen eines solchen Vernunftgebrauchs zählt man das Ichbewusstsein über einen längeren Zeitraum und von der eigenen Zukunft. Nur ein Individuum mit Personalität verfüge über solche Interessen, entsprechend könne auch nur dieses Wesen eine Kompetenz zum Innehaben von Rechten haben.[282] Auch nach diesem individualistischen Ansatz käme dem Toten die Menschenwürdegarantie nicht zugute, da ihm diese Eigenschaften unstreitig fehlen. Diese Würdekonzepte haben sich offensichtlich durch die

[280] allg. Merkel, Forschungsobjekt Embryo; ähnlich Starck, in: Mangoldt/Klein Art. 1 Anm. III c); Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 25, die auf die Fähigkeit zu einem „geistig-seelischen Werterlebnis" abstellen.
[281] Hruschka, Utilitarismus in der Variante von Peter Singer, JZ 2001, 261ff., 263f.
[282] Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, S. 69ff.

Kantsche und Lockesche Theorie[283] sowie die Beratungen des Parlamentarischen Rates leiten lassen wollen. Doch macht sie dies nicht plausibler.

In der Kantschen Philosophie liegt der Grund der Würde der menschlichen Natur in der Autonomie des Menschen. Das Prinzip der Autonomie des Willens geht davon aus, dass der Mensch, indem er durch seine Pflicht an ein ihn moralisch nötigendes Gesetz gebunden ist, doch dabei „nur seiner eigenen und dennoch allgemeinen Gesetzgebung" unterworfen ist und nur gebunden ist, seinem eigenen „allgemein gesetzgebenden" Willen gemäß zu handeln. Lebewesen, die diese Fähigkeit zum vernünftigen und moralischen Handeln haben, bezeichnet er als Personen. „Allein der Mensch als Person betrachtet, d.i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als solcher (homo noumenon) ist er nicht bloß Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d.i. er besitzt eine Würde (einen absoluten inneren Wert), wodurch er allen anderen vernünftigen Weltwesen Achtung für ihn abnötigt, sich mit jedem anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann." „Nun ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann; weil nur durch die es möglich ist, ein gesetzgebendes Glied im Reich der Zwecke zu sein. Also ist Sittlichkeit und die Menschheit, sofern sie derselben fähig ist, dasjenige, was allein Würde hat."[284]

Dass Würde an die Fähigkeit zur Selbstbestimmung, also letztlich an Personalität gekoppelt ist, ist der Kantschen Theorie allerdings nicht zu entnehmen. Auch kein anderer namhafter, die Menschenwürde prägender Philosoph nimmt eine solche Differenzierung vor. Kant geht davon aus, dass die Eigenschaften, die die Moralfähigkeit des Menschen ausmachen, im Menschen angelegt sind. Sie müssen nicht in jedem Fall und zu jedem

[283] Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785); Locke, An Essay Concerning Human Understanding, 1690, Book II, Cap. 27, S. 112; Hufen, Erosion der Menschenwürde?, JZ 2004, 313ff., 316.
[284] Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785), S. 60.

Zeitpunkt verwirklicht werden. Die Menschenwürde zeichnet wegen der Potentialität, ein Moralsubjekt zu sein, den Menschen als Menschen aus. Würde ist also die angeborene Qualität aller Vernunftwesen. Der Mensch ist also Person, insofern ihm die Natur eines vernünftigen Wesens eigen ist. Für die Zuschreibung der Würde genügt nach Kant der Besitz der Menschheit, d.h. der Besitz der mit dem Vernunftvermögen ausgestatteten menschlichen Natur. „Unter Anlagen eines Wesens verstehen wir sowohl die Bestandstücke, die dazu erforderlich sind, als auch die Formen ihrer Verbindung, um ein solches Wesen zu sein. [...] Alle Naturanlagen eines Geschöpfes sind bestimmt, sich einmal vollständig und zweckmäßig auszuwickeln." Zu den Anlagen des Menschen gehört u.a. die moralische Anlage, d.h. „nach dem Freiheitsprinzip unter Gesetzen gegen sich und andere zu handeln."[285]

Auf eine klare philosophische Tradition kann sich eine an die aktuelle Fähigkeit zur Selbstbestimmung gekoppelte Würdekonzeption jedenfalls nicht berufen. Aber auch die Verfassungsgeber können nicht als Gewährsmänner dienen. Auch wenn die Beratungen des Parlamentarischen Rates unstreitig vor dem Hintergrund der bitteren Erfahrungen des Nationalsozialismus erfolgten und dementsprechend das freie und selbstbestimmte Leben eines jeden Einzelnen die leitende Idee war, kann die Menschenwürdegarantie doch nicht nur als Reaktion auf die Zeit von 1933 bis 1945 verstanden werden. Dies wäre zu kurz gegriffen. Menschenwürde ist mehr als Freiheit und Selbstbestimmung. Sie ist ein umfassender Respekt vor dem Menschen. Damit ergibt sich der grundsätzliche Einwand gegen eine Kopplung der Menschenwürde an die aktuelle Entfaltung des Menschen als Vernunftwesen aus der Tatsache, dass dies auf nichts anderes als auf eine erhebliche Relativierung der obersten Wertentscheidung unserer Verfassung hinausliefe. Denn wer Menschenwürde an bestimmten Eigenschaften festmacht, definiert nicht mehr Menschenwürde, sondern die Würde von Wesen, die diese

[285] Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, „Berlinische Monatszeitschift" November 1784, 385ff.

Eigenschaften haben. Ein erheblicher Unterschied, wirft diese Anmaßung eines abgestuften moralischen Status doch die Frage auf, ob beispielsweise kleine Kinder, Geisteskranke, unmündige Verbrecher oder aber auch Schlafende und Komatöse noch eine solche Personenwürde haben. Denkt man den individualistischen Ansatz konsequent zu Ende, lautet die klare Antwort nein, denn all jene Menschen sind zu einer freien und vernunftgeleiteten Selbstbestimmung aktuell gerade nicht in der Lage. Hinzu kommt folgendes: Würden Menschen erst dann, wenn sie zur Selbstbestimmung fähig sind, in den Kreis der Personenwürdeträger aufgenommen, liegt es auch in der Hand der Mehrheit, jene Eigenschaften anders zu definieren, aufgrund deren irgendjemand Träger der sogenannten Menschen- oder besser Personenwürde ist.[286] Bereits diese bizarren Beispiele verdeutlichen die Gefährlichkeit eines auf bestimmte Fähigkeiten festgelegten Ansatzes, wären doch die Auswirkungen solch absurder Differenzierungen gravierend. Wollte man die Würdegarantie nur jenen zuerkennen, die zur Selbstbestimmung oder zum Werterlebnis fähig sind, ließe Art. 1 GG gerade das Verletzlichste schutzlos und verfehlte seine Funktion und verlöre Menschenwürde damit ihre absolute Verbindlichkeit.

(5) Gattungszugehörigkeit

Bei der Suche nach dem Anknüpfungspunkt der Menschenwürde ist also davon auszugehen, dass sich jeder Versuch, Menschenwürde willkürlich einzuengen, verbietet. Konsequenterweise kann damit auch das Wesen des Menschen als Anknüpfungspunkt der Menschenwürde weder religiös noch philosophisch gefasst werden. Denn der jeweiligen geisteswissenschaftlichen Tradition entsprechend sind diese Ansätze zwangsläufig von Wertungen geprägt, die Menschenwürde beschränken.

[286] Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, in: Böckenförde/Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, S. 295ff.

Folgerichtig kann eine Bestimmung des Wesens des Menschen allein deskriptiv, d.h. ohne jede Berücksichtigung normativer Kriterien erfolgen.

Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen muss also die Frage sein, welche wertfreie Eigenschaft alle Menschen eint. Nur das Minimum, dass jeder Beliebigkeit einer gesetzgebenden Gewalt entzogen ist und nicht annulliert werden kann, verhindert eine Differenzierung und Abwertung einzelner Menschen. Nur diese Vorpositivität rechtfertigt es dann auch, von *Menschen*würde zu sprechen. Das bedeutet, dass es allein die natürliche Zugehörigkeit zur biologischen Art Mensch sein kann, die, weil sie unentziehbar allen Menschen gemein ist, Anknüpfungspunkt der Würdegarantie sein darf. Die dem Menschen eigene Würde kommt also jedem Menschen als Menschen zu, allein weil er der Spezies Mensch angehört.[287] Entsprechend unterfiele auch der menschliche Leichnam der Würdegarantie. Zwar kann er seinen Mitmenschen nicht mehr gegenübertreten, er gehört aber dennoch bis zu seiner vollständigen Verwesung - wenn auch nicht als aktives Mitglied - der Spezies Mensch an.

(a) potentielle Fähigkeit zur Selbstbestimmung

Überwiegend ließt man jedoch Folgendes: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Würde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen."[288] Das ist auch die Sicht des Bundesverfassungsgerichts, das die Menschenwürde anlehnend an die Kantsche Philosophie an die potentielle Fähigkeit zur Selbstbestimmung knüpft und damit das Recht auf Leben von Anfang an mit der

[287] so auch BVerfGE 87, 209, 228.
[288] BVerfGE 39, 1, 41f.; Benda, Gefährdungen der Menschenwürde, S. 16; zuletzt BVerfG NJW 2006, 751, 757.

Anerkennung der Würde verbindet. Stellt man jedoch streng auf dieses Vorhandensein einer potentiellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung ab, käme der Tote nicht in den Genuss der Würdegarantie des Art. 1 GG, da selbstverständlich nur der lebende Mensch über dieses Potential verfügen kann. Dürig hat es offen so formuliert: „Wer Mensch war, nimmt an der Würde des Menschen teil."[289] Dem folgt auch die heute überwiegende Auffassung, die entsprechend davon ausgeht, dass es die Würde des lebenden Menschen ist, die fortdauert, die also über den Tod des Menschen hinaus als schützenswert erachtet wird. Denn nicht der Tote habe ein Interesse an einem würdevollen Umgang, sondern allein der lebende Mensch. Nur dieser habe ein Interesse daran, dass sein Persönlichkeitsbild auch nach seinem Tod nicht verfälscht, über seinen Körper nicht beliebig verfügt und er nicht entwürdigend behandelt werde.[290]

Klarzustellen ist, dass ein Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht dem Bundesverfassungsgericht und den übrigen Vertretern des eingeschränkt-individualistischen Ansatzes mit ihrer Rezeption der Kantischen Theorie nicht entgegengehalten werden kann. Denn auch wenn der Verfassungstext philosophisch neutral zu interpretieren ist, bedeutet dies nicht, jeden wertphilosophischen Ansatz auszublenden. Gewiss darf sich die Auslegung nicht auf eine bestimmte geisteswissenschaftliche Tradition festlegen; Neutralität ist jedoch stets im kulturellen Kontext zu verstehen.[291] Die heutigen Verfassungen unseres Kulturkreises verdanken ihre Existenz nicht zuletzt den Jahrtausende alten theologischen und philosophischen Erkenntnissen über den Menschen, seine Rolle im Staat

[289] Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 123ff., 126.

[290] so auch Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71. Die Verfasserin verneint unter Zugrundelegung des Kantschen Würdebegriffs eine Fortwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG über den Tod hinaus. Sie bejaht aber eine solche des Art. 2 Abs. 1 GG. Weiterhin für eine Fortwirkung: Kübler, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, S. 69; Häberle, Menschenwürde und Verfassung, in: Engisch (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, S. 389ff., 499; Lindemann, Körper und Name des Menschen, DVBl. 1957, 37ff., 40; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 7; auch - allerdings ohne Begründung: Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 1 Abs. 1 Rn. 22; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 54; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1046.

[291] Häberle, Menschenwürde und Verfassung, in: Engisch (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, S. 389ff., S. 404 Rn. 79.

und in der Gesellschaft. Die Menschenwürde unseres Grundgesetzes hat ihre Wurzeln vor allem in den westlich-abendländischen Traditionen der Antike, des Christentums und der Aufklärung. Entsprechend ermöglicht es erst ihre Kenntnis, den Gehalt der verfassungsrechtlichen Würdegarantie begreifbar zu machen.

(b) Anknüpfungspunkt der potentiellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung

Das vom Bundesverfassungsgericht herangezogene Kriterium der Fähigkeit zur potentiellen Selbstbestimmung ist im folgenden, einer näheren Prüfung zu unterziehen. Auszugehen ist davon, dass sowohl die Zugehörigkeit zur Art Mensch als auch die Vernunftbegabtheit des Menschen untrennbar mit der Würde des Menschen verbunden sind. Jedoch ist bei der Bestimmung des Verhältnisses der einzelnen Aspekte zueinander Genauigkeit geboten: Der Mensch ist vernunftbegabt, weil er Mensch ist; und nicht Mensch, weil er vernunftbegabt ist. Die potentielle Fähigkeit zur Selbstbestimmung gründet also in der Zugehörigkeit zur Art Mensch. Erst aufgrund der Zugehörigkeit zur Spezies „homo sapiens", also weil es von Menschen gezeugt wurde und damit über eine entsprechende Genetik verfügt, hat ein Lebewesen ein entsprechendes Entwicklungspotential und das Vermögen, Vernunft zu gebrauchen. Allein aufgrund der Zugehörigkeit zur Art Mensch gehört die Fähigkeit, sowohl körperliche als auch geistige und vernünftige Funktionen wahrzunehmen, zur Natur des menschlichen Lebewesens.

Wenn Seelmann gegen diesen Ansatz einwendet, bei einer Kopplung der menschlichen Würde an die genetische Ausstattung des Menschen statt an eine besondere menschliche Eigenschaft, sei nicht zu begründen, warum der Mensch gegenüber dem Tier über ein Mehr an Würde verfügt, so dass der hier vertretene Ansatz zu nichts anderem als einer Vorrangbildung

wegen der Spezieszugehörigkeit führe,[292] kann dies bereits angesichts der eindeutigen Entscheidung des Verfassungsgebers, die Würde des Menschen zu schützen, nicht überzeugen. Als entscheidend kommt hinzu, dass der Mensch als funktionierender Gesamtorganismus in seiner natürlichen Verbundenheit aufgrund seiner untrennbaren Einheit von Körper, Seele und Geist seinen besonderen Schutz erhält. Diese Besonderheit unterscheidet den Menschen von Tieren und Pflanzen und verleiht ihm Menschenwürde. Mag eine wissenschaftliche Untersuchung zu dem Ergebnis kommen, dass auch Tieren Würde zukommt, spricht wohl nichts dagegen, diese auch verfassungsrechtlich zu schützen.

Stellt man auf die Zugehörigkeit zur Art Mensch ab, hat Würde nicht nur der, der seine Vernunft aktuell realisieren kann, sondern auch der, der am Gebrauch der Vernunft gehindert ist, wie der kranke Mensch, oder der noch nicht geborene Mensch, der noch nicht zum Gebrauch der Vernunft gekommen ist. Etwas anderes kann auch nicht für denjenigen gelten, der einmal vernunftbegabt war, es nun aber wie der Tote nicht mehr ist.[293] Denn eine Differenzierung zwischen dem Vorhandensein einer potentiellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung und dem Fehlen einer solchen kann nicht überzeugen. Letztlich müssen gegen einen Ansatz, der stets eine zumindest potentielle Fähigkeit fordert, genau die gleichen Bedenken wie gegen einen rein individualistischen Ansatz erhoben werden. Zu denken ist nur an einen schwer missgebildeten Embryo, dessen Gehirn zwar die notwendigen Lebensfunktionen aufrecht erhält, aufgrund schwerster Schädigungen aber nicht einmal die abstrakte potentielle Fähigkeit besitzt, Selbstbestimmung zu entwickeln. Konsequenterweise müsste man auch diesem Menschen, obwohl er lebt, Würde absprechen, alles andere wäre ein Trugschluss.[294] Überzeugen kann auch nicht, in diesen Fällen

[292] Seelmann, Rechtsphilosophie, S. 211.

[293] a.A. bspw. Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, S. 29ff., der mit Picco della Mirandola eine Menschenwürde des Toten ablehnt, da ihm das Entwurfsvermögen fehlt; Birnbacher, Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: Stefenelli (Hrsg.), Körper ohne Leben, S. 927ff., 928.

[294] so auch Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, S. 215.

schwerster Missbildung darauf abzustellen, dass das, was sich in einer bestimmten Spezies meistens zeigt, ein Indiz dafür ist, was für diese Spezies immer gilt, weil es gewöhnlich ein wesentliches Merkmal ihrer ist. Denn Menschenwürde kann entsprechend jeder Theorie nur jenen Wesen zugeschrieben werden, die das bestimmte Merkmal auch zeigen, andernfalls könnte auf Begründungsansätze gänzlich verzichtet werden. Damit kann allein die Zugehörigkeit zur Art Mensch entscheidend sein. Nur dann kann auch schwerst Geschädigten Menschenwürde zuerkannt werden. Jeder andere Versuch der Bestimmung des Anknüpfungspunktes der menschlichen Würde und damit der Frage, wem menschliche Würde zukommt, stellt eine Anmaßung dar und hebt das Prinzip der allen Menschen zukommenden Würde auf.[295]

(c) Sein-Sollens-Fehlschluss

Der in anderem Zusammenhang so beliebte Vorwurf des Sein-Sollens-Fehlschlusses[296] kann gegen diese rein naturalistische Würdebestimmung anhand der Zugehörigkeit zur Art Mensch nicht erhoben werden. In der normativen Ethik ist der Grundsatz anerkannt, dass Normen als Sollensaussagen oder normative Sätze nicht direkt durch Tatsachen als Seinsaussagen oder deskriptive Sätze kritisiert oder begründet werden können. Den Versuch, normativ-moralische Aussagen durch deskriptive Aussagen, die Naturzusammenhänge beschreiben, zu legitimieren, bezeichnet man in diesem Zusammenhang als Sein-Sollens-Fehlschluss.[297] Ein solcher Schluss ist unzulässig, da sich ethische und moralische Ge- sowie Verbote des menschlichen Handelns nicht als Resultate naturwissenschaftlicher Erkenntnisse begreifen lassen. Das Recht, Ge- und Verbote zu begründen, können allein die Philosophie, die Ethik und da, wo

[295] Lorz, Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants, S. 290.
[296] Das Argument des naturalistischen Fehlschlusses wird insb. bei der Frage danach, ob auch der Embryo schon unter den Schutz der Menschenwürde fällt, herangezogen, vgl. nur Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353ff., 361, 376.
[297] der Sein-Sollens-Fehlschluss geht auf den schottischen Philosophen und Historiker David Hume (1711-1776) zurück.

ein Gesetzgeber vorhanden ist, auch das Recht für sich in Anspruch nehmen.[298]

Die scharfe Trennung der Seins- und Sollensurteile ist auf die Lehre Humes und Kants zurückzuführen[299] und wurde in der Rechtswissenschaft entscheidend durch Kelsen geprägt. Kant geht von folgendem Gedankengang aus: „Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommen. Der Verstand kann von dieser nur erkennen, was da ist oder gewesen ist oder sein wird [...] Das Sollen, wenn man bloß den Lauf der Natur vor sich hat, hat ganz und gar keine Bedeutung. Wir können gar nicht fragen, was in der Natur geschehen soll, [...] sondern was darin geschieht. Dieses Sollen nun drückt eine mögliche Handlung aus, davon der Grund nichts anderes als ein bloßer Begriff ist."[300] Kelsen formuliert diesen Gedanken insofern weiter, als der Unterschied zwischen Sein und Sollen zwar nicht erklärt werden könne; es sei unserem Bewusstsein aber unmittelbar gegeben, dass das Sein eine Aussage über ein tatsächliches Geschehen enthalte, das Sollen über ein Gebotensein. Entsprechend sei das Sein dann richtig, wenn es mit den Tatsachen übereinstimmt, das Sollen, wenn es aus einem geltenden Gebot folgt. Aufgrund dieser verschiedenen Aussagewerte komme eine Vermengung beider Betrachtungsweisen nicht in Betracht, entsprechend könne aus dem Gebotensein einer Handlung nicht auf ihre tatsächliche Vornahme geschlossen oder aus einer beobachteten Tatsache das Gebotensein eines entsprechenden Verhaltens abgeleitet werden.[301] Denn schließlich könne bei einem logischen Schluss der Gehalt der Konklusion nicht über den der Prämisse hinausgehen. „Daher kann man nicht unmittelbar von dem, was

[298] so Böckenförde zutreffend im Hinblick auf Embryonen, Menschenwürde: „Dasein um seiner selbst willen", Deutsches Ärzteblatt 2003, 100(19): A 1246f.
[299] Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 97.
[300] Kant, Kritik der reinen Vernunft, AA III 371.
[301] Kelsen, Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 3, S. 119; ders., Reine Rechtslehre, S. 5f.; so auch: Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 78ff.; Nelsen, Kritik der praktischen Vernunft; Myrdal, Das Wertproblem in den Sozialwissenschaften; Rickert, Vom Begriff der Philosophie, Logos I (1910/11), 1ff.; Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte.

ist, auf das, was sein soll, schließen; ebenso wenig von der Richtung, die das Geschehen tatsächlich nimmt, auf die, die es nehmen soll, und schließlich auch nicht von dem, was der Verwirklichung irgendwelcher Werte infolge der in der Erfahrungswelt herrschenden gesetzlichen Zusammenhänge nützlich ist, auf das, was aus sich heraus unmittelbar Wert hat."[302] Entsprechend könne das Sollen weder auf ein der Kategorie des Sollens angehörendes Wollen noch auf ein Verhalten desjenigen, der soll, zurückgeführt werden. Ein Sollen könne immer nur auf ein anderes Sollen, eine Norm auf eine ranghöhere Norm zurückgeführt werden.

Dem Ansatz ist grundsätzlich zuzustimmen. Tatsächlich liegt die Differenz von deskriptiven und präskriptiven Sätzen sowie die Unmöglichkeit der Ableitbarkeit eines Satzes der einen Art aus Sätzen der anderen Art nahe. Ob ein entsprechender Fehlschluss, wie Kelsen meint, auch bei der Ableitung eines Sollens aus einem Wollen vorliegt, also bei einer Ableitung der Würde des menschlichen Leichnams aus dem Willen der Bevölkerung, kann an dieser Stelle allerdings offen bleiben. Denn bereits angesichts der Uneinigkeit in Literatur und Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage, wer Mensch im Sinne des Art. 1 GG ist, kann insoweit von einer von allen Bevölkerungsschichten geteilten Prämisse nicht ausgegangen werden. Entsprechend könnten Pflichten nur für jene begründet werden, die der Prämisse folgen. Die Ableitung eines Sollens aus einem Wollen ist im Hinblick auf die Würde des menschlichen Leichnams also nicht möglich.

Entscheidende Bedeutung kommt allerdings der Frage zu, ob der naturalistische Fehlschluss im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdegarantie überhaupt anwendbar ist. Spaemann weist insoweit auf die Zweideutigkeit der Formulierung des Art. 1 GG „Die Würde des Menschen ist unantastbar" hin, die sowohl den Schluss zulässt, dass die Würde des Menschen nicht angetastet werden *kann*, also eine Seinsbeschreibung enthält als auch, dass sie nicht angetastet werden *darf*, also ein Sollen

[302] Weisser, Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, S. 121.

postituliert. Entsprechend scheint es so, als wäre der Begriff der Menschenwürde dem Dualismus von Sein und Sollen vorgelagert,[303] mit der Folge, dass dem naturalistischen Fehlschluss im Rahmen der Würdegarantie kein Anwendungsbereich eröffnet wäre. Doch auch, wenn man davon ausgeht, dass jede normative Bestimmung des normativen Gehaltes der Menschenwürde von einer logischen Unableitbarkeit eines Sollenssatzes aus einer Seinsaussage ausgeht, gelangt man zu selbigem Ergebnis. Denn einem Sein-Sollens-Fehlschluss unterliegt der Rechtsanwender nicht, wenn mithilfe biologischer Eigenschaften lediglich der Anknüpfungspunkt der Würdegarantie definiert wird, da es bei der Kopplung der Würdegarantie an die Zugehörigkeit zur Art Mensch nicht um eine Bestimmung des normativen Gehalts der Menschenwürde, sondern lediglich um die Frage, welcher Gruppe die Garantie der Menschenwürde zugute kommen soll, geht. Naturalistisch bestimmt wird also lediglich der Anwendungsbereich von Art. 1 GG, was nicht zu beanstanden ist. Menschsein als Anknüpfungspunkt der Würde kann rein naturalistisch bestimmt werden, da es sich um einen allein deskriptiven, nicht normativen Begriff handelt. Unter normativen Begriffen versteht man solche Begriffe, die der Wertausfüllung bedürfen.[304] Eine solche normative Kategorie ist eindeutig die Menschenwürde im Sinne von Art. 1 GG, denn wir haben keine Möglichkeit, empirisch festzustellen, was Menschenwürde ist.

Anders der Begriff „Mensch". Zwar ist „Mensch" ein hochgradig unbestimmter Begriff,[305] fällt es uns doch schwer, genau zu fassen, was Menschsein ist, wann es beginnt und wann es endet. Dennoch handelt es sich um einen deskriptiven Begriff, denn „Mensch" bezeichnet ein wirkliches, gegenständlich wahrnehmbares Wesen mit bestimmten biologischen Eigenschaften.[306] Daran ändert auch die Tatsache nichts,

[303] Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, in: Böckenförde/Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, S. 295ff., 297.
[304] Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort: Normative Tatbestandsmerkmale und Rechtbegriffe.
[305] Hilgendorf, Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion, NJW 1996, 758ff., 759.
[306] ähnlich Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 109.

dass der deskriptive Begriff „Mensch" in seiner heute üblichen Verwendung - anders beispielsweise als der Begriff „Pflanze" - aufgrund des besonderen Wertes des Menschen auch eine normative Bedeutungskomponente hat: Menschsein ist die Grundlage unserer moralischen Urteile. Der Mensch ist ein Gut, ein Werturteil, das wir allen anderen Gütern vorziehen,[307] und das sich dementsprechend darauf bezieht, welche Behandlung derjenigen Wesen, die Menschen sind, als angemessen oder unangemessen gewertet werden kann. Diese normative Bedeutung ist jedoch nicht originärer Bestandteil des Begriffs „Mensch", sondern erst Folge des deskriptiven Menschseins. Man ist nicht Mensch, weil man Würde hat, sondern man hat Würde, weil man Mensch ist. Wäre Mensch tatsächlich ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff, bestünde die Gefahr der Differenzierung von Menschen, die allerdings mit der in Art. 1 GG manifestierten Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren wäre.[308]

(d) Leichnam und Lebensbild des Verstorbenen

Steht nun damit fest, dass Anknüpfungspunkt der menschlichen Würde allein die Zugehörigkeit zur Art Mensch ist, lässt sich der personelle Anwendungsbereich der Würdegarantie ohne weiteres bestimmen. Nicht nur jeder lebende Mensch kann sich damit auf den Schutz durch Art. 1 GG berufen, sondern auch der menschliche Leichnam aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Art Mensch. Den Verfechtern einer über den Tod hinaus fortwirkenden Würde der Lebenden ist zwar zuzugeben, dass der Tote in der Tat kein eigenes Interesse an dem Schutz der ihm zukommenden Würde hat, da er keinen Willen und keine Bewusstseinsbildung mehr hat. Insoweit ist in der Tat davon auszugehen, dass das Interesse der

[307] Honnefelder, Die Frage nach dem moralischen Status des Embryos, in: Höffe u.a. (Hrsg.), Gentechnik und Menschenwürde, S. 79ff., 85.
[308] Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 211.

Lebenden an einem würdevollen Umgang nach ihrem Tod postmortal fortwirkt. Allerdings führt dies auch nicht, wie überwiegend angenommen, zu einer postmortal fortwirkenden Würde des lebenden Menschen, sondern zu einer eigenen Würde des menschlichen Leichnams.

Fraglich ist aber, ob auch das Ansehen des Verstorbenen unter die eigene Würdegarantie des Leichnams fällt. Dass sowohl der menschliche Leichnam als auch das Lebensbild des Verstorbenen in irgendeiner Art und Weise unter die verfassungsrechtliche Würdegarantie fallen müssen, ist zwingend, wenn man bedenkt, dass das Grundgesetz von der Ganzheitlichkeit des Menschen ausgeht. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt das Recht auf Leben. Leben ist die unserer Rechtsordnung vorgegebene biologisch-physische Existenz des Menschen. Die physische Existenz ist insoweit die Voraussetzung für die geistige Existenz des Menschen.[309] Erst die physische Existenz ermöglicht menschliche Selbstbestimmung und Eigenverantwortung. Geht man davon aus, dass das Leben die vitale Basis der Menschenwürde ist,[310] steht außer Frage, dass, wenn es um den Schutz der lebenden Menschen geht, die Würdegarantie sowohl dem Leib als auch der Persönlichkeit des Menschen Schutz gewährt. Damit schützt Art. 1 GG nicht nur vor Brandmarkung und Stigmatisierung, sondern selbstverständlich auch vor Folter und anderen grausamen Strafen.[311] Daher muss auch eine postmortale Würdegarantie sowohl die Persönlichkeit als auch den Leichnam des verstorbenen Menschen umfassen.

Es stellt sich nur die Frage der einschlägigen Würdekonzeption. Dass dem menschlichen Leichnam eine eigene Würde zukommt, steht nach dem oben Gesagten außer Frage. Geht es also um Fragen des würdevollen Umgangs mit dem toten Körper, ist auf die eigene Würde des Leichnams abzustellen. Fraglich ist also nur, wie sich dies im Hinblick auf das

[309] Dreier, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 10.
[310] BVerfG 39, 1, 42.
[311] vgl. nur Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 80ff.

Lebensbild des Verstorbenen darstellt. Insoweit auf die eigene Würdegarantie des Leichnams abzustellen, erscheint wenig sinnvoll, geht es doch nicht um die Persönlichkeit des Leichnams, sondern gerade um die des Verstorbenen. Geht es um den Schutz des Lebensbildes des Verstorbenen, ist daher mit der überwiegenden Auffassung auf einen fortwirkenden, postmortalen Persönlichkeitsschutz des Verstorbenen abzustellen.

(e) Schutz eines Menschenbildes

Geht es um die Frage der Würde des Leichnams, steht letztlich mit dem Bundesverfassungsgericht fest, dass die postmortale Menschenwürdegarantie anders als das postmortale Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG keiner zumindest potentiell handlungsfähigen Person bedarf[312] - wobei allerdings erst mit einer an die Gattungszugehörigkeit anknüpfenden Würdekonzeption verständlich wird, warum auf eine zumindest potentiell handlungsfähige Person verzichtet werden kann. Vereinzelt wird diesem Verzicht auf das Vorhandensein eines zumindest potentiell handlungsfähigen Menschen entgegengehalten, dass dies nicht mehr den Schutz der Würde eines konkreten Individuums meine, sondern zu dem Schutz eines bestimmten Menschenbildes führe.[313] Ungeachtet der Frage, ob unser Grundgesetz und damit auch Art. 1 GG ein unserer Verfassung immanentes Menschenbild schützt, kann dieser Einwand nicht verfangen. Denn geht es um die postmortale Würdegarantie, geht es nicht abstrakt um einen würdevollen Umgang mit Toten, sondern immer konkret um die Würde eines bestimmten Toten.

[312] BVerfGE 30, 173, 194ff.
[313] so Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 70f.

2. Schutz des menschlichen Leichnams durch die Würdegarantie

Steht nun fest, dass auch der menschliche Leichnam Mensch im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG ist, stellt sich die Frage, ob der Leichnam selbst aus Art. 1 GG grundrechtsberechtigt ist, oder lediglich durch den objektiven Gehalt der Würdegarantie geschützt wird.

a) Der Leichnam als Grundrechtsträger

Ob der Tote selbst Träger des Grundrechts aus Art. 1 GG ist, ist umstritten. Bevor dieser Frage nachgegangen werden kann, ist zunächst jedoch entscheidend, ob Art. 1 GG selbst überhaupt ein Grundrecht oder vielmehr nur ein objektives Verfassungsprinzip enthält. Ein zufriedenstellendes Ergebnis lässt sich erneut nur durch eine Auslegung der Norm finden.

(1) Art. 1 GG objektives Verfassungsprinzip oder eigenes Grundrecht?

(a) Wortlaut und Systematik

Weder dem Wortlaut des Art. 1 GG noch seiner Stellung im Grundgesetz kann ein eindeutiges Ergebnis hinsichtlich des Gehalts der Norm entnommen werden. Vielmehr kann mit Hilfe der grammatikalischen und systematischen Auslegung sowohl ein objektiver als auch ein subjektiver Gehalt in die Norm hineingelesen werden. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 2 GG schweigen zur Bedeutung der Norm. Auch kann allein aus der in Abs. 1 S. 2 enthaltenen Schutzpflicht noch nicht auf die Grundrechtsqualität der Norm geschlossen werden, da Schutzpflichten

sowohl mit als auch ohne subjektive Rechte denkbar sind. Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, der von den „nachfolgenden" Grundrechten spricht, scheint sogar gegen den Grundrechtscharakter der Menschenwürdegarantie zu sprechen. Aus der Stellung der Norm am Beginn des Abschnitts „I. Die Grundrechte" könnte sich hingegen ergeben, dass auch Art. 1 Abs. 1 GG ein subjektives Recht enthält. Allerdings enthält das Grundgesetz auch außerhalb des ersten Abschnitts Grundrechte, nämlich die Prozessgrundrechte aus Art. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1-3, 104 GG, was wiederum den Schluss zulassen könnte, dass nicht alle Normen des ersten Abschnitts zwingend Grundrechte sei müssen.

(b) historische Auslegung

Auch die historische Auslegung liefert kein eindeutiges Ergebnis, da im Rahmen der Beratungen des Parlamentarischen Rates zwar die objektiv herausragende Bedeutung der Norm herausgestellt wurde, allerdings nicht diskutiert wurde, ob Art. 1 GG auch ein eigenes Grundrecht zu entnehmen sein sollte. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass es den Verfassungsgebern nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus vor allem darum ging, durch das Grundgesetz umfassende subjektive Rechte zu garantieren. Insoweit spricht einiges dafür, dass Art. 1 Abs. 1 GG als „Wurzel und Quelle aller später formulierten Grundrechte"[314] auch ein materielles Grundrecht enthalten sollte.

(c) teleologische Auslegung

Bleibt also nur eine am Sinn und Zweck der Norm orientierte Auslegung. Auszugehen ist von der anthropologischen Prämisse der Menschenwürde. Die Menschenwürde will jeden einzelnen Menschen schützen und jedem

[314] Nipperdey, Grundrechte, S. 12.

Einzelnen auch die Möglichkeit geben, seine Würde selbst zu verteidigen.[315] Mit diesem Anspruch einhergehen muss zwingend eine subjektiv-rechtliche Gewährleistung der Menschenwürde.[316] Nur so kann dem Schutzgehalt der Menschenwürde zu einer umfassenden Geltung für jeden einzelnen verholfen werden. Es kann nicht überzeugen, wenn vereinzelt die Grundrechtsqualität mit der Begründung abgelehnt wird, dass Art. 1 GG anders als die Grundrechte in Art. 2 ff. GG weder über einen typischen Schutzbereich verfügt, noch einschränkbar ist.[317] Eine solche Schlussfolgerung aus der in der Tat gegebenen Eigenart der Norm wäre, wenn überhaupt, nur dann zulässig, wenn davon ausgegangen werden könnte, dass der Schutzgehalt der Menschenwürde in den folgenden Grundrechten vollständig aufgeht und sie damit durch Art. 2 ff. GG ausreichend geschützt ist.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar ist anerkannt, dass das Bekenntnis zur Würde des Menschen auf alle folgenden Grundrechte ausstrahlt und damit auch ihren Schutzgehalt prägt,[318] und dass angesichts der Weite und Offenheit der Grundrechte sowie dem Gebot der maximalen Grundrechtseffektivität neben eine reine Interpretation der Grundrechte aus Art. 2 ff. GG häufig auch eine darüber hinausgehende Konkretisierung des Grundrechtsgehalts treten muss.[319] Jedoch folgt daraus noch nicht, dass der Gehalt des Art. 1 GG in den übrigen Grundrechten vollständig aufgeht. Vielmehr geht Menschenwürde - auch dann, wenn sie nur als Tabugrenze begriffen wird - weit über das hinaus, was in den folgenden Grundrechten garantiert ist. Trotz einer weiten Auslegung der Grundrechte sind immer wieder Konstellationen denkbar, die eine umfassende Würdigung des Falls durch Art. 2 ff. GG nicht ermöglichen.[320] Zu denken

[315] Löw, Ist die Menschenwürde im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, DÖV 1958, 516ff., 520.
[316] so auch die ganz h.M., vgl. nur: Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 1 Rn. 30; Nipperdey, Die Grundrechte, S. 1ff., 11; Stern, Staatsrecht III/1, S. 26f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 350; im Ergebnis auch das BVerfG, ohne dies aber zu begründen: BVerfGE 1, 332, 343; 12, 113, 123; 15, 283, 286.
[317] Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 127; ablehnend bspw. auch: Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 4 Fn. 141, Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 167ff. (Fn. 49).
[318] so das BVerfG für Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfG 27, 1, 6; für Art. 2 Abs. 2 GG: BVerfGE 39, 1, 41, 43, 46.
[319] Katz, Staatsrecht, Rn. 564f.
[320] im Ergebnis so auch: Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 28.

ist nur an das bekannte Beispiel der Folter: Sicherlich wäre eine Gesundheitsbeeinträchtigung oder gar die Tötung des Gefolterten von Art. 2 Abs. 2 GG erfasst. Allerdings ließe sich die damit einhergehende Erniedrigung in ihrem ganzen Unrechtsgehalt schwerlich unter dieses oder ein anderes Grundrecht fassen, zumal die folgenden Grundrechte - und dies ist entscheidend - in jedem Fall einer Rechtfertigung zugänglich wären. Art. 1 GG ist also zwingend ein subjektives Recht zu entnehmen, um den Bedeutungsgehalt der Menschenwürde umfassend garantieren zu können.

(2) Der menschliche Leichnam als Grundrechtsträger

Der menschliche Leichnam wäre dann Träger der Würdegarantie, wenn er grundrechtsberechtigt wäre. Grundrechtsberechtigung bezeichnet die Fähigkeit, Zuordnungsobjekt der im Grundgesetz enthaltenen Grundrechtsnormen zu sein.[321] Schon mit einem Blick in das Grundgesetz fällt auf, dass nicht alle Grundrechte allen denkbaren Grundrechtsberechtigten zugeordnet sind. Vielmehr muss die Frage der Grundrechtsträgerschaft für jedes einzelne Grundrecht gesondert beantwortet werden.[322] Auszugehen ist also allein von Art. 1 Abs. 1 GG; ob der Leichnam auch Träger der übrigen Grundrechte sein kann, ist damit völlig unerheblich. Grundrechtsberechtigter aus Art. 1 Abs. 1 GG als Jedermannsrecht ist jeder Mensch. Dass dies zunächst die Lebenden sind, versteht sich von selbst. Ob dies auch der Tote ist, ist umstritten.

Dass auch der menschliche Leichnam Träger des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG ist, lässt sich allerdings noch nicht mit dem Grundsatz begründen, dass „im Zweifelsfall diejenige Auslegung zu wählen ist,

[321] Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn. 109.
[322] Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn. 7; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 48.

welche die juristische Wirkungskraft am stärksten entfaltet."[323] Zwar ließe sich als Konsequenz der Annahme eines umfassenden Würdekonzeptes des Grundgesetzes durchaus vertreten, dass neben dem lebenden Menschen auch der Tote Träger der Würdegarantie ist. Allerdings setzt eine entsprechende Auslegung voraus, dass sowohl ein Grundrecht als auch ein Rechtsinhaber existiert und lediglich der genaue Umfang der grundrechtlich gewährleisteten Freiheit fraglich ist. Grundrechtlichem Schutz kann über diesen Ansatz also zu weitestmöglicher Geltung verholfen werden, er kann aber damit nicht erst begründet werden.[324] Denn das Gebot der maximalen Grundrechtseffektivität hat allein den Zweck, die Schutz- und Gewährleistungsfunktion der Grundrechte unter den gewandelten technischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen optimal und offen zu gestalten, um die Lösung zeitbezogener und damit wandelbarer Probleme zu gewährleisten,[325] nicht aber für einzelne, neue Grundrechte zu schaffen.

Einige wenige bejahen die Grundrechtsfähigkeit des Toten unter Berufung auf einen umfassenden Grundrechtsschutz.[326] Dürig meint, es sei „[...] eine unrichtige Fragestellung zivilrechtlichen Anspruchsdenkens, wenn man danach fragt, von wann ab und bis wann der konkrete Mensch im juristischen Sinne als Träger eigenen Rechts am Wertschutz des Art. 1 I GG teilhat."[327] Dem kann jedoch so uneingeschränkt nicht gefolgt werden, da zunächst davon auszugehen ist, dass es dem Verfassungsrecht genau wie dem einfachen Recht vorrangig um den Schutz der Lebenden geht. Überwiegend wird daher auch die Grundrechtsfähigkeit des Toten - zumeist allerdings ohne Begründung - abgelehnt.[328] Das Bundesverfassungsgericht hat sich zur Grundrechtsfähigkeit des Toten

[323] so das BVerfG zur Begründung einer extensiven Auslegung von Art. 2 Abs. 2 GG für den Schutz des Embryos: BVerfGE 39, 1, 38.
[324] so Merkel für die Frage der Rechtsinhaberschaft, in: Merkel, Forschungsobjekt Embryo, S. 33f.
[325] Katz, Staatsrecht, Rn. 565.
[326] Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, S. 218ff.
[327] Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 123ff., 126.
[328] Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 69, der zur Begründung darauf verweist, dass schon zu Lebzeiten kein Grundrecht aus Art. 1 I GG bestehe, folglich auch keines über den Tod hinaus bestehen könne.

bisher nicht geäußert. In zwei neueren Entscheidungen zur Rechtmäßigkeit von Leichenöffnungen zur Klärung der Todesursache stellt das Bundesverfassungsgericht fest: „Die Leichenöffnung nach § 87 StPO [...] würdigt *den Toten in seinem allgemeinen Achtungsanspruch, der ihm kraft seiner Menschenwürde zukommt und auch noch nach dem Tod Schutz genießt*, nicht herab und erniedrigt ihn nicht."[329] Dass das Bundesverfassungsgericht von der Grundrechtsfähigkeit des Toten bzw. des Leichnams ausgeht, ist diesen allgemeinen Formulierungen jedenfalls nicht zu entnehmen. Eher lassen sie den Schluss zu, das Bundesverfassungsgericht gehe nur von einer Schutzpflicht zugunsten des Toten aus. Insoweit ist an dieser Stelle die Grundrechtsfähigkeit des Leichnams näher zu untersuchen.

(a) Die Rechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams - der menschliche Leichnam als Rechtssubjekt

Auszugehen ist davon, dass die Grundrechtsberechtigung die Fähigkeit umschreibt, Zuordnungsobjekt der im Grundgesetz enthaltenen Grundrechtsnormen zu sein. Anders als das Bürgerliche Gesetzbuch enthält das Grundgesetz jedoch keine allgemeine Regelung zur Rechts- bzw. Grundrechtsfähigkeit. Vereinzelt wird daher die Grundrechtsberechtigung des Toten mit der Begründung abgelehnt, dass auch im einfachen Recht die Rechtsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB) und mit dem Tod endet.[330] Warum ein Rückschluss von der allgemeinen Rechtsfähigkeit auf die Grundrechtsträgerschaft möglich sein soll, wird jedoch nicht erläutert. Eine Begründung wäre jedoch erforderlich. Denn die Anknüpfung an die

[329] BVerfG NJW 1994, 783 und NJW 1994, 783, 784.
[330] vgl. nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 118; Heun, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen, JZ 1996, 213ff.; Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 60.

Regelung des § 1 BGB bedeutet letztlich nichts anderes als die Auslegung der Verfassung mittels des einfachen Rechts.

Ob eine solche Verfassungsauslegung zulässig ist, ist mehr als fraglich.[331] Denn auszugehen ist davon, dass sich der Kreis der rechtsfähigen Subjekte für die Rechtsordnung nicht einheitlich bestimmen lässt. Der Menschbegriff des Art. 1 Abs. 1 GG der Verfassung kann als das Fundament der gesamten Rechtsordnung selbstverständlich eine andere, umfassendere Bedeutung haben, als das einfache Recht es annimmt. Geht das einfache Recht also davon aus, dass der Tote nicht mehr Inhaber von Rechten sein kann, sagt dies über den Schutz des Toten durch die fundamentalste Norm unserer Rechtsordnung noch nichts aus. Ob eine solche Interpretation des Grundgesetzes zulässig ist, muss an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden. Denn auch wenn ein entsprechender Auslegungsansatz zu verneinen wäre und sich damit die Grundrechtsberechtigung nicht mit der Rechtsfähigkeit gem. § 1 BGB begründen ließe, spielt das Argument der Rechtsfähigkeit zumindest doch eine große Rolle für die Frage der Grundrechtsträgerschaft.[332] Entscheidend ist die Idee, die hinter den Grundrechten steht. Das Bundesverfassungsgericht formuliert es so: „Im geschichtlichen Verlauf der Anerkennung und Positivierung von Grundrechten stand seit jeher der einzelne Mensch als private, natürliche Person im Mittelpunkt. [...] Ihre Sinnmitte (die der Grundrechte) bildet der Schutz der privaten natürlichen Person gegen hoheitliche Übergriffe; darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung des Gemeinwesens.“[333] Diese Ausführungen machen folgendes deutlich: Im Zentrum der Grundrechte steht die natürliche Person, und sie ist daher in jedem Fall grundrechtsberechtigt.

[331] dagegen: Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 103; dafür: Häberle, Wesensgehaltgarantie, S. 167, 210ff.; Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53ff., 62ff.; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 98ff., 300.

[332] so auch Stern, Staatsrecht III/1, S. 1002.

[333] BVerfGE 61, 82, 100f.; 21, 362, 370.

Wird nach einer weiteren Begründung für die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen gesucht, fällt folgendes auf: Entscheidendes Merkmal natürlicher Personen ist ihre Rechtsfähigkeit. Was Rechtsfähigkeit ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Ganz allgemein wird darunter aber die generelle Fähigkeit einer Person oder eines sozialen Substrats verstanden, Rechtssubjekt zu sein.[334] Dieser Ansatz wird sowohl im privaten als auch öffentlichen Recht herangezogen. Weil auch die Grundrechte subjektiv-öffentliche Rechte sind, muss aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person folgen, dass sie auch generell grundrechtsberechtigt ist.[335] Wird aber die Weite der Rechtsfähigkeit dafür herangezogen, die generelle Grundrechtsberechtigung der natürlichen Personen zu begründen, liegt es auch mehr als nahe, deren zeitliche Grenzen auf die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte und damit auf die Grundrechtsberechtigung zu übertragen. Entscheidend für das Ende der Grundrechtsträgerschaft ist damit das Ende der Rechtsfähigkeit. Wann die Rechtsfähigkeit des Menschen endet, ist im deutschen Recht anders als im schweizerischen Recht[336] nicht geregelt. Dies beruht wohl auf der Annahme des Gesetzgebers, das Selbstverständliche müsse nicht geregelt werden. Das Selbstverständliche ist in diesem Fall, dass die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, mit dem Tod endet.[337] So stand es auch noch in § 1 des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch. „Wegen der Überflüssigkeit einer solchen Vorschrift wurde in der II. Kommission ihre Streichung beantragt, zuerst abgelehnt, dann aber der Redaktionskommission überlassen, welche sie verfügte."[338] Begründen lässt sich das Ende der Rechtsfähigkeit mit dem Tod auch mit einem Umkehrschluss aus § 1 BGB, aus dem Regelungsgehalt des § 1922 Abs. 1 BGB, wonach das Vermögen mit dem Tod des Inhabers auf einen anderen übergeht,[339] oder aber der Tatsache, dass eine Mitgliedschaft in einer

[334] so oder ähnlich: Schmitt, in: MüKo, BGB, § 1 Rn. 6; Heinrichs, in: Palandt, BGB, vor § 1 Rn. 1.
[335] Stern, Staatsrecht III/1, S. 1002.
[336] Gem. Art. 31 Abs. 1 ZGB endet die Persönlichkeit mit dem Tod.
[337] Strätz, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten, S. 13ff.
[338] Weick, in: Staudinger, BGB, Vorb. 1 vor §§ 13-20, mit Hinweis auf den I. Entwurf zum BGB, Protokolle der Komm. für die zweite Lesung, Bd. 1 S. 106; Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 42.
[339] Brox, BGB AT, Rn. 661.

Gesellschaft oder einem Verein gem. §§ 38 S. 1, 727 Abs. 1 BGB mit dem Tod endet. Der Tote kann also keine eng mit seiner Persönlichkeit verbundenen Rechte innehaben. Damit ist davon auszugehen, dass der Leichnam nicht mehr über die Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person verfügt. Dies erkennend, wurde vereinzelt vertreten, der Tote sei dennoch weiterhin rechtsfähig, da er unter die Definition der juristischen Person falle: Unsere Rechtsordnung erkenne den Leichnam „als fiktive, ‚mystische' Person", mithin als Rechtssubjekt an, denn der Leichnam sei „nicht nur gedachtes, sondern reales Etwas".[340] Auch dieser Ansatz ist jedoch abzulehnen, der er mit der heute herrschenden Definition der juristischen Person nicht vereinbar ist. Unter einer juristischen Person versteht man eine Zusammenfassung von Personen oder Sachen zu einer rechtlich geregelten Organisation, der die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit verliehen und dadurch als Träger eigener Rechte und Pflichten verselbständigt hat. Ungeachtet dessen, dass es sich bei einem Toten nicht um eine Zusammenfassung von Personen oder Sachen handelt, hat unsere Rechtsordnung dem Toten gerade keine Rechtsfähigkeit verliehen.

Dem Wunsch, dem Toten über die Anerkennung als juristische Person Rechtsfähigkeit zu verleihen, liegt wohl die Tatsache zugrunde, dass der beherrschende Grundsatz des Leichenrechts der Wille des Verstorbenen ist: Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG folgt das Recht des Einzelnen, Anordnungen für den Fall seines Todes zu treffen - zu denken ist nur an die gesetzliche Anerkennung testamentarischer Verfügungen[341] - und über seinen eigenen Körper zu verfügen.[342] So ist beispielsweise eine Sektion einer Leiche oder auch eine Organentnahme zum Zweck der Transplantation grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Einzelne zu Lebzeiten oder später seine nächsten Angehörigen darin eingewilligt haben.[343] Auch die Bestattungsart richtet sich grundsätzlich

[340] Kießling, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge?, NJW 1969, 536.
[341] vgl. nur Starck, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 2 Rn. 97; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 29.
[342] Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 226; Kübler, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, S. 59.
[343] BVerfG NJW 1999, 3399.

nach dem Willen des Verstorbenen. Hinzu kommen einige Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach denen vom Lebenden gesetzte Rechtsakte zum Zwecke der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes des Erklärungsgegners auch noch nach dessen Tod ihre Wirkung entfalten: Gem. § 130 Abs. 2 BGB sind dem Erklärungsgegner zugegangene Willenserklärungen auch dann wirksam, wenn der Erklärende nach der Abgabe gestorben ist. Gem. § 153 BGB wird das Zustandekommen eines Vertrages nicht dadurch gehindert, das der Antragende vor der Annahme stirbt, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Die Anerkennung eines fortwirkenden Willens beruht auf dem Interesse des lebenden Menschen, seinem zu Lebzeiten geäußerten Willen auch nach seinem Tod Geltung zu verschaffen. Dieses Interesse wird auch von der Rechtsordnung geschützt, weil sie nur auf diese Weise dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Lebenden aus Art. 2 Abs. 1 GG umfassend gerecht werden kann. Aus dem Fortleben des zu Lebzeiten geäußerten Willens kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, der Tote könne auch weiterhin Träger von Rechten und Pflichten sein. Denn das Bestehen von Rechten ist nicht identisch mit dem Vorhandensein der durch ihre Ausübung geschaffenen Wirkungen.[344] Die Fähigkeit, ein Recht innezuhaben, setzt einen gestaltenden Willen und ein Interesse an der Durchsetzung des Rechtes voraus. Lebende Menschen verfügen darüber, nicht jedoch Tote. Stirbt ein Mensch, stirbt auch der Wille und jedes andere Interesse. Tote Menschen nehmen nicht mehr am Leben teil. Sie werden weder mit Rechten und Pflichten konfrontiert, noch könnten sie sich Gedanken über die Durchsetzung einzelner Rechte machen oder gar ihren Willen äußern.[345] Damit steht fest, dass sich eine Rechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams nicht begründen lässt.

[344] Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S.44.
[345] so ähnlich auch Trockel, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 44.

(b) Die Teilrechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams

Eine Grundrechtsfähigkeit des Leichnam ließe sich dogmatisch noch mit einer zumindest eingeschränkten Rechtsfähigkeit - nämlich gerade im Hinblick auf die postmortale Würde - begründen. Allerdings ist der Rechtsordnung der Begriff der eingeschränkten Rechtsfähigkeit im Wesentlichen fremd. Lediglich im Zusammenhang mit einigen Personenzusammenschlüssen[346] und dem nasciturus sind Ausnahmen anerkannt. Davon ausgehend wurde vereinzelt vorgeschlagen, diese von der Rechtsordnung anerkannten Ausnahmen auf den Toten zu übertragen.[347]

Doch auch dieser Ansatz ist abzulehnen. Zunächst ist die Situation des Toten nicht mit der des nasciturus vergleichbar. Zwar könnte durchaus der Gedanke nahe liegen, dass, so wie dem nasciturus Schutz zukommt, weil er mit seiner Geburt ein voll rechtsfähiger Mensch sein wird, dem Toten zumindest ein abgestufter Schutz zukommt, weil er einmal Inhaber der vollen Rechtsfähigkeit war. Jedoch hat der Tote, anders als der nasciturus, kein Interesse an der Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit. Die Teilrechtsfähigkeit des nasciturus wird angenommen, um die Vermögensinteressen eines künftigen Rechtssubjekts, das bereits über einen eigenen Lebensraum - nämlich im Körper der Mutter - verfügt, schützen zu können. Denn auszugehen ist davon, dass eine Verletzung des nasciturus bereits die Rechte des später geborenen Menschen beeinträchtigt. Daher kann der nasciturus etwa gem. § 1923 Abs. 2 BGB Erbe sein oder gem. § 844 Abs. 2 S. 2 BGB Ersatzansprüche wegen der Tötung eines Unterhaltspflichtigen erlangen.[348] Ein entsprechender Schutz des Toten ist nicht erforderlich. Anders als der nasciturus wird er nicht

[346] und zwar: Personengesellschaften des Handelsrechts: OHG, KG: §§ 124 I, 161 II HGB, Partnerschaften: § 7 II PartGG, politische Parteien: § 3 PartG, nichtrechtsfähiger Verein: § 50 II ZPO; darüber hinaus ist die Parteifähigkeit von Gewerkschaften anerkannt (BGHZ 50, 325).

[347] Hirsch, Ehre und Beleidigung, S. 131, Fn. 19.

[348] vgl. weitere Rechte: §§ 823 Abs. 1, 1963, 2141 BGB.

mehr am Leben teilnehmen. Die Situation des Toten ist auch nicht mit der eines Personenzusammenschlusses vergleichbar. Personenzusammenschlüsse haben allein deshalb die Möglichkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu werden, weil sie aktiv am Rechtsverkehr teilnehmen. Der Tote tut dies gerade nicht mehr. Daher kann er auch gar kein Interesse daran haben, (zumindest teil-) rechtsfähig zu sein. Es steht also fest, dass die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Tod endgültig endet und sich seine Grundrechtsberechtigung auf diesem Wege nicht begründen lässt.

(3) Die Menschenwürde als subjektloses Recht[349]

In Betracht käme daher weiter die Möglichkeit, die Grundrechtsfähigkeit des menschlichen Leichnams über die so genannten subjektlosen Rechte zu konstruieren.

Bei den subjektlosen Rechten handelt es sich um Rechte ohne Rechtssubjekt, deren Ausübung anderen Personen als dem Träger des Rechts übertagen ist. Entwickelt wurden die subjektlosen Rechte im Bereich des Vermögensrechts, um Unterbrechungen in der Rechtszuständigkeit zu erfassen. Die subjektlosen Rechte werden herangezogen, wenn ein unmittelbarer Rechtsübergang von dem früheren Rechtsgutsinhaber auf den neuen Rechtsträger nicht erfolgt, beispielsweise bei der Dereliktion von Grundstücken. Über das Vermögensrecht hinaus haben sie bisher keine Anerkennung gefunden.[350] Dennoch könnte man darüber nachdenken, eine Grundrechtsträgerschaft des Toten auf diese Weise zu begründen, und die Wahrung der Würde des

[349] Die folgenden Ansätze wurden vor der Mephisto-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur dogmatischen Begründung des postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG entwickelt. Man ging bereits damals überwiegend davon aus, dass Träger des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG nur eine natürliche handlungsfähige Person sein könnte. Da mit dem Tod allerdings kein Rechtssubjekt mehr vorhanden ist, suchte man nach Ansätzen zur Herleitung einer postmortalen Geltung der Norm.

[350] vgl. nur Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 341f. m.w.N.

Toten treuhänderisch den nächsten Angehörigen zu übertragen.[351] Schließlich scheint auch der Bundesgerichtshof in der Mephisto-Entscheidung von der Annahme ausgegangen zu sein, dass es sich beim postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrecht um ein subjektloses Recht handelt. Denn nichts anderes bedeutet es, wenn das Gericht ausführt, die Rechtsordnung könne „Gebote und Verbote zum Schutz verletzungsfähiger Rechtsgüter und auch sonst unabhängig vom Vorhandensein eines lebenden Rechtssubjekts vorsehen und [...] durch jemanden wahrnehmen lassen, der nicht selbst Subjekt des entsprechenden Rechts ist, wenn der ursprüngliche Träger dieses Rechts durch den Tod die Rechtsfähigkeit verloren hat."[352]

Doch überzeugen kann dies nicht. Geht es um den Schutz des Leichnams, geht es weder um einen Rechtsübergang, noch handelt es sich um einen vorübergehenden, zu überbrückenden Zustand. Der Tod ist endgültig. Auch die vereinzelt im Rahmen des postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrechts vertretene Auffassung, beim Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG handele es sich um einen vorübergehenden Zustand, abgesteckt durch den Tod des Rechtsinhabers einerseits und das Erlöschen des Rechts andererseits, kann unabhängig von ihrer Überzeugskraft im Rahmen des postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrechts keinesfalls auf Art. 1 Abs. 1 GG übertragen werden.[353] Denn wie noch zu zeigen sein wird, ist der Schutz des Toten durch Art. 1 Abs. 1 GG zeitlich weder begrenzt noch abgestuft. Alles andere wäre mit der Bedeutung dieses Grundrechts nicht zu vereinbaren.

Hingegen ist überaus fraglich, ob subjektlose Rechte überhaupt anzuerkennen sind. Denn sie sind bereits mit der ganz herrschenden

---

[351] Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 48; für das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Larenz/Canaris, Schuldrecht Besonderer Teil, Bd. 2 Halbband 2, § 80 VI 2, S. 534; BGHZ 50, 133, 136;107, 384, 388f., 395.

[352] BGHZ 50, 133, 137.

[353] so aber Bender für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht, VersR 2001, 815ff.

Definition des subjektiven Rechts nicht vereinbar. Nach der Kombinationstheorie versteht man unter einem subjektiven Recht die dem Einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Macht zur Befriedigung von Interessen.[354] Realisierung von Macht setzt zwingend ein ausübendes Subjekt voraus. Fehlt ein Rechtssubjekt, kann es auch keine subjektiven Rechte geben. Der Tote kann damit nicht mehr Träger subjektiver Rechte sein, da mit dem Tod das Rechtssubjekt und damit die Möglichkeit der Machtausübung entfällt. Auch die Anhänger der subjektlosen Rechte erkennen dies, sind aber der Auffassung, dass auch ein vergangenes Subjekt - hier also der lebende Mensch - Anknüpfungspunkt dieser Macht sein könne.[355] Denn bei Macht im Sinne der Definition der subjektiven Rechte handele es sich nicht um eine tatsächliche Macht, sondern lediglich um eine juristische Konstruktion, also nur um eine Rechtsmacht.[356] Begründet wird dies unter anderem mit einem Verweis auf ein Ruhen von Rechten. Die Tatsache, dass Rechte ruhen können, zeige, dass es nicht erforderlich sei, dass das Recht auch im konkreten Augenblick ausgeübt werden könne.[357]

Doch überzeugen kann das nicht. Aus der Möglichkeit des Ruhens von Rechten kann nicht gefolgert werden, dass zur Begründung subjektiver Rechte stets auf die konkrete Machtausübung verzichtet werden kann. Ruht ein subjektives Recht, gibt es immer noch ein Subjekt, dem die Macht zugeordnet ist. Es ist lediglich über einen - und das ist entscheidend - vorläufigen Zeitraum daran gehindert, diese Macht auszuüben. Fällt der Grund des Ruhens weg, kann das Subjekt sein Recht wieder wahrnehmen. Anders dann, wenn ein Rechtssubjekt gänzlich fehlt. Hier besteht keinerlei Möglichkeit, dass eine Macht in einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt wieder ausgeübt wird. Es gibt schlicht niemanden, der dies tun könnte.

---

354 so die h.M., Einzelheiten aber umstritten, vgl. m.w.N. Hohner, Subjektlose Rechte, S. 64, Fn. 1.

355 so aber Bender für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht, VersR 2001, 815 ff.

356 so aber Bender für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht, VersR 2001, 815 ff.

357 Hohner, Subjektlose Rechte, S. 40.

Eine Vorverlagerung der Machtausübung läuft letztlich nur auf eine Umgehung der Subjektvoraussetzung hinaus, ohne dafür eine dogmatische Erklärung liefern zu können. Auch wenn man subjektlose Rechte anerkennen wollte, wäre die besondere Eigenart der Menschenwürde mit einer Subjektlosigkeit nicht zu vereinbaren. Zwar ist die Menschenwürde auch eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes. Doch vor allem gehört sie zum unmittelbaren Rechtsbestand eines Menschen und ist von ihm nicht ablösbar, sondern eben untrennbar mit ihm verbunden. Demzufolge kann die Übertragung der Rechtswahrnehmung auf Dritte einen umfassenden Schutz des Toten nicht sicherstellen. Die Durchsetzung des Schutzes hinge in einem zu starken Maß, als dass es noch mit der Menschenwürde vereinbar wäre, vom Willen der Angehörigen ab.[358] Für die Intensität des Schutzes ist es nicht dasselbe, wenn jemand seine eigene Würde verteidigt oder eben nur für die Abwehr von Eingriffen in die Würde eines anderen verantwortlich ist. Substanzverluste der Würde des Verstorbenen sind unvermeidbar. Zudem stellt sich folgendes Problem: Sollen allein die nächsten Angehörigen berechtigt werden, stellt sich die Frage, was dann ist, wenn keine Angehörigen mehr vorhanden sind. Entfällt dann der Würdeschutz des Toten? Wird eine sozialethische Auffassung geschützt - und um eine solche handelt es sich bei der Totenwürde - , müsste es eigentlich allen Mitbürgern obliegen, diese zu schützen. Doch ungeachtet der Unübertragbarkeit der Totenwürde könnte der Schutz letztlich auch nicht auf diese Weise realisiert werden. Unabhängig von den praktischen Umsetzungsschwierigkeiten würde die Annahme einer Verantwortungsgemeinschaft letztlich die Verantwortungsübernahme eines jeden einzelnen Menschen bedeuten. Angesichts der zunehmenden Individualisierung wäre eine solche Konstruktion als zu idealistisch abzulehnen.

[358] für das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561ff., 565.

Abzulehnen ist auch die Forderung Kehls nach Einführung eines sog. Totenanwalts. Dieser würde amtlich bestellt und hätte die Aufgabe, hinterlegte Anordnungen des Verstorbenen geltend zu machen.[359] Erneut ungeachtet der Unübertragbarkeit der Totenwürde und ungeachtet dessen, dass die Einführung und Schulung eines solchen Amtes erhebliche Kosten und einen nicht zu unterschätzenden Aufwand hervorrufen würde und ein pflichtgemäßes Handeln wohl nie garantiert werden kann, liegt das Hauptproblem wohl darin, wie und von wem ein solcher Totenanwalt dann im konkreten Todesfall letztlich finanziert werden soll. Hat der Verstorbene genug Geld hinterlassen oder sind die Angehörigen bereit zu zahlen, entstehen keine Probleme. Was aber ist, wenn dies in sozialschwachen Schichten nicht der Fall ist? Dass der Staat eine umfassende Finanzierung übernähme, ist wohl nicht zu erwarten. Vielmehr liegt der Verdacht nahe, dass eine dem Sozialbegräbnis entsprechende Lösung gefunden würde. Dies würde letztlich darauf hinauslaufen, den Umfang der Totenwürde vom sozialen Stand der Betroffenen abhängig zu machen. Das dies nicht mit Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar wäre, steht wohl außer Frage.

(4) Rechtssubjektivität

Zur Begründung dessen, dass der Leichnam Grundrechtsträger ist, könnte schließlich noch der Begriff der Rechtssubjektivität herangezogen werden. Rechtssubjektivität wird angenommen, wenn es mindestens einen Rechtssatz gibt, der einem Subjekt Rechte und Pflichten zuordnet.[360] Danach sei auch der Tote ein Rechtssubjekt, da beispielsweise § 88 UrhG dem ausübenden Künstler auch nach dessen Tod das Recht zugesteht, entstellende Darbietungen zu verbieten. Doch auch dieser Ansatz kann nicht überzeugen. Denn letztlich bedeutet Rechtssubjektivität nichts

[359] Kehl, Rechte der Toten, S. 55ff.
[360] für das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Buschmann, Zur Fortentwicklung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, 2081ff., 2087; Wolff, Organschaft und juristische Person, §§ 7-11, insb. § 7 III.

anderes als (zumindest (Teil-)) Rechtsfähigkeit.[361] Eine solche ist jedoch für den Toten nicht begründbar. Darüber kann auch eine andere Wortwahl nicht hinweghelfen.

Auch dem Ansatz Bielers kann nicht gefolgt werden, der von einer Rechtssubjektivität von Sachen ausgeht. Der Leichnam und das als Rest des Persönlichkeitsrechts vorhandene Recht auf Achtung und Schutz der Totenwürde seien als eine Rechts- und Sachgesamtheit zu betrachten, bei der das eine nicht vom anderen zu trennen sei, sondern bei der der Rest des Persönlichkeitsrechts unmittelbar den Leichnam gleichsam wie ein schützender Mantel umgebe.[362] Eine solche Konstruktion ist unserer Rechtsordnung jedoch völlig fremd. Damit steht fest, dass sich eine Grundrechtsfähigkeit des Leichnams in keinem Fall begründen lässt. Der Leichnam selbst ist also aus Art. 1 GG nicht berechtigt.

(5) Treuhänderische Geltendmachung durch die Angehörigen

Vereinzelt wird vorgeschlagen, die Angehörigen seien dazu berufen, den Schutz des Verstorbenen und damit auch des Leichnams treuhänderisch geltend zu machen.[363] Überzeugen kann dieser Ansatz nicht, da auch hier eine Übertragung der Rechtswahrnehmung auf Dritte einen umfassenden Schutz der Würde des Verstorbenen nicht sicherstellen kann.

---

[361] Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 77.

[362] Bieler, Persönlichkeitsrecht, Organtransplantationen und Totenfürsorge, JR 1976, 224ff., 225.

[363] Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71: Die Verfasserin verneint unter Zugrundelegung des Kantschen Würdebegriffs eine Fortwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG über den Tod hinaus. Sie bejaht aber eine solche des Art. 2 Abs. 1 GG; weiterhin für eine Fortwirkung: Häberle, Menschenwürde und Verfassung, in: Engisch (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, S. 389ff., 499; Lindemann, Körper und Name des Menschen, DVBl. 1956, 37ff., 40; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG; Art. 1 Rn. 7.

(6) Würde des Leichnams - Schutz der Interessen der Lebenden?

Insoweit ist über weitere Anknüpfungspunkte des Schutzes der Würde des Leichnams nachzudenken. Ausgehend davon, dass der Leichnam selbst keinerlei Interesse an dem Schutz seiner Würde hat, könnte zur Begründung des Schutzes der Würde des Toten auf die Würde der Lebenden abzustellen sein. Vereinzelt wird daher auch vertreten, bei Eingriffen in die Würde des Toten lediglich eine Verletzung des Rechts der Angehörigen auf Totengedenken anzunehmen.[364] Dieser Ansatz mag zwar über das Problem der Wahrnehmung der Würde durch Dritte hinweghelfen; gefolgt werden kann aber auch ihm nicht. Denn es kann schwerlich angenommen werden, dass das Recht auf Totengedenken in seinem Umfang und Schutzgehalt dem der Würde des Verstorbenen entspricht. Zudem entstehen auch hier Probleme, wenn der Verstorbene keine Angehörigen hinterlassen hat, die ihm gedenken könnten. Entsprechend kann vorliegend ein verfassungsrechtlicher Schutz der Würde des Leichnams allein durch eine staatliche Schutzpflicht begründet werden.

b) Schutz des menschlichen Leichnams durch eine Schutzpflicht

Grundrechtliche Schutzpflichten begründen die Pflicht des Staates, grundrechtsbewehrte Rechtsgüter seiner Bürger vor Gefährdungen zu schützen. Die Bezeichnung der Schutzpflichten als „grundrechtliche" rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass bei allen Uneinigkeiten im Hinblick auf die dogmatische Herleitung dieser Pflichten übereinstimmend die Grundrechte als Anknüpfungspunkt der Schutzpflichtenlehre

[364] Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561ff.

angesehen werden.[365] Eine staatliche Verpflichtung zum Schutz der Würde des Menschen ergibt sich unmittelbar aus der Anordnung des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Heute ist ganz überwiegend anerkannt, dass jener staatliche Schutzauftrag als Bestandteil des positiven Verfassungsrechts unmittelbar rechtsverbindliche Wirkung entfaltet und den Staat unmittelbar verpflichtet.[366] Ungeachtet des eindeutigen Wortlauts der Verfassungsnorm erscheint im Hinblick auf den Schutz des menschlichen Leichnams allein problematisch, dass bisher lediglich grundrechtsbezogene, d.h. mit subjektiven Rechten des jeweiligen Grundrechtsträgers korrespondierende objektiv-rechtliche Schutzpflichten anerkannt sind.

Dass der menschliche Leichnam jedoch keine Rechtssubjektivität besitzt, steht nach dem oben Gesagten fest. Wenn der menschliche Leichnam sich also auf eine staatliche Schutzpflicht berufen kann, dann kann es sich dabei nur um eine rein objektiv-rechtliche, also eine Schutzpflicht, die allein gegenüber dem objektiv-rechtlichen Gewährleistungsinhalt des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG besteht, handeln. Ob eine solche von einem Grundrechtsträger völlig unabhängige Schutzpflicht anzuerkennen ist, wurde bisher kaum diskutiert. Die wenigen, die die Frage der Anerkennung einer rein objektiv-rechtlichen Schutzpflicht bisher dogmatisch untersucht haben, lehnen ihre Existenz überwiegend ab.[367] Zur Begründung wird angeführt, dass im Zentrum des Grundrechtsschutzes der Grundsatz der Subjektivität stehe und entsprechend auch der Grundrechtsschutz nicht unabhängig von einem Grundrechtssubjekt gewährt werden könne.[368] Anders offensichtlich das Bundesverfassungsgericht; ohne ausdrücklich dazu Stellung zu nehmen, scheint das Gericht eine rein objektiv-rechtliche Schutzpflicht im Hinblick

[365] Starck, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders. (Hrsg.), Praxis der Verfassungsauslegung, S. 64f.
[366] vgl. nur Stern, Staatsrecht III/1, S. 22; a.A. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 425.
[367] Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 67ff.; a.A. Merkel, Forschungsobjekt Embryo.
[368] Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 493; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 78f.

auf den Schutz der Würde der Toten anzuerkennen, wenn es in der Mephisto-Entscheidung meint: „Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode."[369] In seinem ersten Schwangerschaftsurteil scheint das Gericht seinen eingeschlagenen Weg fortzusetzen. Das Gericht hatte über die Frage zu entscheiden, inwieweit bereits dem Embryo der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG zugute kommt und im Folgenden erstmals ausdrücklich eine rein objektiv-rechtliche Schutzpflicht anerkannt. Wörtlich heißt es: „Hingegen braucht die [...] Frage nicht entschieden zu werden, ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit ‚nur' von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt [...] Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Staat zu rechtlichem Schutz des werdenden Lebens von Verfassungs wegen verpflichtet ist, kann deshalb schon aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen geschlossen werden."[370]

Auch wenn der Heranziehung einer staatlichen Schutzpflicht im Ergebnis zuzustimmen ist, kann wie oben gesehen die Berufung auf die Wertordnung nicht überzeugen. Das Bundesverfassungsgericht liefert eine umfassende dogmatische Begründung für die Existenz einer von der Grundrechtssubjektivität und Grundrechtsfähigkeit abgekoppelten Schutzpflicht weder in dieser noch in einer späteren Entscheidung. Dass es einer solchen jedoch bedurft hätte, wird deutlich, wenn man die frühere

[369] BVerfGE 30, 173, 194.
[370] BVerfGE 39, 1, 41, 42.

Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und deren Rezeption in der Literatur berücksichtigt. In dieser Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht zunächst klar, dass die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt sind, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Weiter heißt es dann jedoch: „Ebenso richtig ist aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung eingerichtet hat und dass hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt."[371] Hieraus haben nun vor allem Enders und Geddert-Steinacher gefolgert, dem objektiven Gehalt der Grundrechte käme nur eine auf das Grundrechtssubjekt bezogene, verstärkende Funktion zu, so dass sowohl das erste Schwangerschaftsurteil als auch die Mephisto-Entscheidung dem Lüth-Urteil widersprechen würden.[372]

Diese Annahme ist jedoch zurückzuweisen. Im Rahmen der Lüth-Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht allein über die Frage zu entscheiden, inwieweit die Wirkung der Grundrechte auch auf das Privatrecht ausstrahlt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies bejaht, und nur in diesem Zusammenhang auf die verstärkende Wirkung der objektiven Wertordnung abgestellt, die eben dazu führt, dass Grundrechte auch zwischen Bürgern Wirkung entfalten. Zu der Frage, ob die Wahrung der objektiven Wertordnung das Vorhandensein eines Grundrechtssubjekts voraussetzt, hat das Bundesverfassungsgericht nicht Stellung bezogen. Anders als Enders meint, widerspricht sich das Bundesverfassungsgericht auch innerhalb seiner Mephisto-Entscheidung nicht, wenn es zunächst einen Schutz des Toten durch Art. 2 Abs. 1 GG mit der Begründung ablehnt, dass „Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist, mit ihrem Tod erlischt der Schutz aus diesem

[371] BVerfGE 7, 198, 205.
[372] Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung.

Grundrecht",[373] im Folgenden aber eine rein objektiv-rechtliche Schutzpflicht im Hinblick auf die Würde des Toten aus Art. 1 GG anerkennt. Denn völlig zu recht hat das Bundesverfassungsgericht einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch des Toten aus Art. 2 Abs. 1 GG abgelehnt, da der Tote mangels Rechtssubjektivität tatsächlich kein Grundrechtsträger sein kann. Anders die staatliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, die zutreffenderweise auch dem Toten zugute kommt, denn sie knüpft nicht an das subjektive Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG, sondern an die Würde als Verfassungswert an.

Entscheidend ist also, dass die Schutzpflicht eine objektive Pflicht des Staates und damit schutzgut- und nicht grundrechtsträgerorientiert ist.[374] Die staatliche Schutzpflicht besteht also bereits dann, wenn einem grundrechtlichen Schutzgut als Verfassungswert Gefahr droht. Ob auch ein Grundrechtsträger betroffen ist, kann nur für die sich im zweiten Schritt stellende Frage Bedeutung erlangen, ob dem Einzelnen aus der objektiv-rechtlichen Aufgabe des Staates auch ein subjektives Recht auf Schutz zufließt. Dass auch die staatliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG schutzgutbezogen ist, legt bereits der Wortlaut der Würdegarantie nahe, denn es heißt: „Die Würde *des Menschen* ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Formuliert ist die Pflicht des Staates, den einzelnen Menschen als solchen und nicht nur als konkreten Grundrechtsträger zu schützen. Denn die Menschenwürdegarantie ist gerade nicht nur ein subjektives Recht des Einzelnen, sondern auch und vor allem das fundamentale objektive Verfassungsprinzip und damit die Grundlage unseres Verfassungsstaates. Aufgrund dieses Grundsatzcharakters der Menschenwürde ist die Abstraktion der staatlichen Schutzpflicht von einem konkreten Grundrechtssubjekt konsequent.

---

[373] BVerfGE 30, 173, 194; bestätigt in BVerfGE 75, 369, 380; BGH GRUR 1984, 907, 908; BGHZ 107, 384, 391.

[374] so auch Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S.126.

Die dem widersprechende Auffassung Enders, auch die staatliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG beruhe auf dem Grundsatz der Subjektivität, folgt aus der Annahme, dass alleinige Aufgabe des Rechts der Schutz der menschlichen Selbstbestimmung sei.[375] Grundlage dessen wiederum ist eine Würdekonzeption, die davon ausgeht, menschliche Würde gründe allein in der Vernunft des Subjekts. Geht man allerdings mit der hier vertretenen weitergehenden Würdekonzeption davon aus, dass Anknüpfungspunkt der menschlichen Würde allein die Zugehörigkeit zur Gattung Mensch ist, ist eine staatliche Schutzpflicht nicht von der Existenz eines vernünftigen Subjekts abhängig. Dass der Grundsatz der Subjektivität im Rahmen der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG nicht entscheidend sein kann, wird auch deutlich, wenn man sich Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Würdegarantie vor Auge hält. Es ist die Erkenntnis, dass die Würde des Menschen für das gesamte staatliche und gesellschaftliche Leben Maßstäbe setzt, an denen sich alles menschliche Verhalten innerhalb der Rechtsgemeinschaft orientieren soll. Wäre die aus diesem Programm resultierende staatliche Schutzpflicht nicht auf das grundrechtliche Schutzgut, sondern auf einen Grundrechtsträger bezogen, würde dieser verfassungsrechtliche Orientierungsrahmen letztlich leerlaufen, blieben dann doch die Schwächsten schutzlos. Denn wenn die staatliche Schutzpflicht tatsächlich an einen Grundrechtsträger gebunden wäre, bestünde an sich kein rechtlicher Anlass, Embryonen - sofern man deren Grundrechtsfähigkeit verneint - und menschliche Leichname - sofern man, wie vereinzelt, nicht eine postmortal fortwirkende Schutzpflicht gegenüber dem lebenden Menschen annehmen möchte - vor würdeverletzenden Behandlungen zu bewahren, da schließlich niemand betroffen wäre. Die grundrechtlichen Schutzgüter der Schwächsten würden zur bloßen Verfügungsmasse der Exekutive. Entsprechend ist allein die vom konkreten Rechtsträger abstrahierte Schutzpflicht geeignet, die Würde des Menschen umfassend zu schützen.

[375] Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 491.

Im Hinblick auf den Schutz von Embryonen hat das ungarische Verfassungsgericht dies wie folgt formuliert: „Beim Staat besteht wiederum für die Erfüllung seiner Garantiepflicht die Notwendigkeit, neben der Garantie der einzelnen subjektiven Grundrechte die damit verbundenen Werte und Lebenssituationen auch an sich, also nicht nur in Verbindung mit den einzelnen individuellen Ansprüchen zu schützen und im Zusammenhang mit den übrigen Grundrechten zu handhaben."[376] Eine auch in diesem Zusammenhang ergangene spanische Entscheidung formuliert diesen Gedanken wie folgt: „So folgt aus dem Gebot der Unterordnung der Gewalten [...] auch die positive Verpflichtung, zur Effektivität besagter Rechte und der in ihnen verkörperten Werte beizutragen, auch dann, wenn ein subjektiver Anspruch von seiten des Bürgers nicht geltend gemacht wurde. [...] eine Verpflichtung, die insbesondere dort Bedeutung erlangt, wo ein fundamentales Recht oder ein fundamentaler Wert leerlaufen würde, wollte man nicht die Voraussetzungen zu seiner Verteidigung schaffen."[377] Anders als überwiegend angenommen, bedeutet die Heranziehung einer rein objektiven Schutzpflicht auch nicht die Begründung des von Art. 1 Abs. 1 GG nicht umfassten Schutzes der Würde der Gattung Mensch oder eines bestimmten Menschenbildes. Denn auch wenn die objektive Pflicht des Staates, die Würde des Einzelnen zu schützen, vom Bestehen eines subjektiven Schutzanspruchs unabhängig ist, ist Schutzgut dennoch die Würde des konkret betroffenen Einzelnen und nicht die Subjektqualität als solche.

B. Verletzung der Würde

Im folgenden ist der Gehalt der Würde des menschlichen Leichnams näher zu bestimmen. Auszugehen ist dabei von der Würde des lebenden Menschen.

[376] Ungarisches Verfassungsgericht, zitiert aus Rensmann, Wertordnung und Verfassung, S. 281.
[377] EuGRZ 1985, 611, 614.

1. Verletzung der Würde des lebenden Menschen

Geht es um die Verletzung der Würde des lebenden Menschen, wird überwiegend und ganz zu recht auf die auf Günter Dürig zurückgehende Objektformel abgestellt.[378] Die Objektformel nimmt die Thesen Kants[379] in sich auf, ohne sich jedoch auf sie festzulegen, und nimmt eine Verletzung der Menschenwürde an, wenn „der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird",[380] wenn eine „Behandlung [...] die Achtung des Werts vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt."[381] Das Bundesverfassungsgericht hat die Objektformel in seinem Abhör-Urteil konkretisiert und eine Verletzung der Menschenwürde dann angenommen, wenn die Behandlung die menschliche „Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt oder [...] im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen" beinhaltet. „Die Behandlung des Menschen [...] muss also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Werts, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine verächtliche Behandlung sein."[382]

Eine Beschränkung der Objektformel auf die willkürliche Missachtung der Menschenwürde erscheint nicht sachgerecht. Eine Festlegung auf Willkür verstanden als subjektiv beabsichtigte Verletzung[383] verkennt, dass ein Verstoß gegen die menschliche Würde auch vorliegen kann, wenn er in „guter Absicht" erfolgt.[384] Die Festlegung auf Willkür verstanden als eine

[378] vgl. nur BVerfGE 9, 89, 95; 50, 166, 175; BVerfG NJW 2006, 751ff.
[379] „Der Mensch [...] existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauch für diesen oder jenen Willen.": Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), S. 52.
[380] Stern, Staatsrecht III/1, S. 24ff.; Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HdbStR, Bd. I, § 20 Rn. 43; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 20, Fn. 15.
[381] BVerfG NJW 2004, 999, 1002.
[382] BVerfGE 30, 1, 25f., 39ff.; 96, 375, 399.
[383] so in BVerfGE 30, 1, 26; 47, 239, 247f.
[384] BVerfGE 30, 33, 39f. SoVo v. Schlabrendorff u.a.

objektiven Finalität[385] würde nicht berücksichtigen, dass auch dann, wenn eine Handlung nicht die objektive Zielrichtung hat, die Menschenwürde zu verletzen, dennoch ein Verstoß gegen selbige vorliegen kann. Auszugehen ist daher von der weitgehend unbeschränkten Objektformel, wie sie Dürig formuliert hat. Angesichts der Weite der Objektformel und der gleichzeitigen Komplexität und Einfachheit des Begriffs der Würde kann die Frage, wann der Mensch zu einem Objekt gemacht wird, nur beispielhaft von Fall zu Fall entschieden werden, mit der Folge, dass der Schutz der Würde ein in die Zukunft offener Begriff ist, der fähig ist, immer neue Gefahren für die Würde in sich aufzunehmen.[386] Einigkeit besteht heute jedenfalls insoweit, als die Menschenwürde als Schutz vor vollständiger Leugnung der Subjektqualität vor allem als Schutz vor Missachtung, Folter, Schmähung und extremer staatlicher Willkür zu begreifen ist.[387] Bereits diese Beispiele zeigen allerdings auch, dass eine Verletzung der Menschwürde nur in extremen Ausnahmefällen angenommen werden kann. Sie ist also nichts anderes als eine Tabugrenze, die sparsam zu gebrauchen ist, dadurch aber auch zu einem scharfen Schwert wird.[388] Denn entscheidend ist insoweit, dass es - obwohl die Menschenwürde in unserer Verfassung verankert ist - Fragen gibt, die sich nicht allein an Juristen richten, sondern auch an Theologen, Philosophen und Mediziner. Entsprechend sind auch heute nicht alle ethischen oder moralischen Fragen mit Hilfe der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG bezwingbar.

2. Verletzung der Würde des menschlichen Leichnams

Auch wenn es um den Umgang mit dem menschlichen Leichnam geht, müssen wir uns also von der Vorstellung verabschieden, mit Hilfe der

---

[385] so aber Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 24.
[386] so auch Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, in: Böckenförde/Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, S. 295ff., 297.
[387] BVerfG JZ 2003, 622; BVerfGE 1, 97, 104.
[388] so auch Albrecht, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, KritV 2006, 295ff., 297.

Menschenwürdegarantie die Lösung aller Problemstellungen finden zu können. Eine Verletzung der Würde des menschlichen Leichnams ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn ihm - die menschliche Herkunft miss- oder verachtend - eine Behandlung gleich einem Objekt zukommt. Allerdings ist anders als beim lebenden Menschen völlig unbestimmt, was unter der Behandlung des menschlichen Leichnams als Objekt zu verstehen ist, wann also die menschliche Herkunft des Leichnams missachtet wird. Denn strenggenommen wird der Leichnam doch bereits durch das Vergraben in der Erde oder durch das Verbrennen im Rahmen der Feuerbestattung zum Objekt.[389] Dennoch wird wohl niemand darin einen Verstoß gegen die Würde des Toten sehen. Aber warum nicht? Offensichtlich ergibt sich dies aus einer Wertungsentscheidung zugunsten eines bestimmten Umgangs mit dem menschlichen Leichnam, um deren inhaltliche Bestimmung es im Folgenden gehen muss, für die aber die Objektformel keine sachgerechte Lösung zu bieten scheint. Eine umfassende wissenschaftliche Untersuchung dieser Frage findet sich, wie von hier ersichtlich, bisher nicht. Die Diskussion beschränkt sich bislang im Wesentlichen auf den Umgang mit dem Leichnam in der Transplantationsmedizin. Fest scheint jedoch zu stehen, dass die angemessene Totenehrung der zentrale Aspekt der Würde des Leichnams ist.[390] Allein die Frage, was unter einem angemessenen Umgang mit dem Leichnam zu verstehen ist, bleibt offen. Auszugehen ist dabei von folgendem: Nahezu jeder Mensch hat eine gewisse Ehrfurcht vor dem sterblichen Überrest desjenigen, der verstorben ist. Entsprechend ist es an sich allein das Gefühl der Lebenden, das sich dagegen sträubt, dass der (spätere eigene) Leichnam, der sich gerade nicht mehr wehren kann, entgegen dem ihm weiterhin innewohnenden Eigenwert des Menschen behandelt wird, sei es indem er angegriffen oder zur Schau gestellt, der Leichnam also nicht verletzt wird.

[389] kritisch auch VG Augsburg, Beschluss vom 04.09.2009, Az.: Au 7 S 09.1266.

[390] darüber besteht Einigkeit, vgl. nur BVerwG NVwZ 1991, 375, Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrecht, S. 186ff., Spranger, Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlass von Vorschriften zur Grabgestaltung, S. 247ff.

Steht beim Umgang mit dem menschlichen Leichnam die Pietät[391] und das sittliche Empfinden der Lebenden im Mittelpunkt, sind also vor allem die Interessen der Lebenden betroffen, läge in der Konsequenz auch die Befugnis zur Bestimmung dessen, was unter einem würdevollen Umgang mit dem menschlichen Leichnam zu verstehen ist, allein bei den Lebenden. Allein die erfolglosen Diskussionen um die Weltraumbestattung, die Diamantpressung oder die Bestattung im heimischen Garten zeigen jedoch, dass dem in der Praxis nicht so ist. Vielmehr zeigen die Rechtsprechung im Rahmen ihrer Entscheidungen und der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Bestattungsgesetze eine eindeutige Ausrichtung an der hergebrachten Kultur des Abendlandes. So ist dem schriftlichen Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Niedersächsischen Landtages, Drs. 15/2584, S. 12, 13 zu entnehmen, dass sich die Ausschussmitglieder der CDU/CSU-Fraktion sowohl gegen die Einführung einer Öffnungsklausel für die Zulassung neuer Bestattungsmöglichkeiten als auch die Lockerung der Sargpflicht ausgesprochen haben, „um die überkommene Bestattungskultur nicht zu sehr aufzulockern." Zudem war nach Auffassung des Gesetzgebers die Manifestation des sittlichen Empfindens der Allgemeinheit in der Präambel des Bestattungsgesetzes Niedersachsen als Hinweis auf die christliche Tradition dringend erforderlich.[392] Offensichtlich also gehen die Rechtssetzer und -anwender von einer verfassungsrechtlich legitimierten Bindung der Würdegarantie an die Riten des Abendlandes aus oder zumindest von der besonderen Schutzfähigkeit jener Traditionen. Bestattungsriten wie die der Südsee, bei denen der Leichnam zu seiner Ehrung bei Musik und Tanz öffentlich verbrannt wird, scheinen bei uns entsprechend nicht denkbar zu sein. Ob der Verfassung tatsächlich eine Bindung an die abendländischen Bestattungsriten oder zumindest eine besondere Schutzpflicht im Hinblick auf jene Traditionen zu entnehmen ist

[391] Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 4f.
[392] Entwurf eines Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Niedersächsischen Landtages, Drs. 15/2584, S. 1.

oder aber die Kompetenz zur Bestimmung dessen, was unter einer angemessenen Totenehrung zu verstehen ist, bei den Lebenden liegt, wird im Folgenden durch eine Auslegung der Verfassung näher zu untersuchen sein.

a) Selbstbestimmungsrecht des Lebenden

Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen muss das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Sinne des Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG sein. Entsprechend obliegt dem lebenden Menschen auch die Entscheidung darüber, wie mit seinem späteren Leichnam zu verfahren ist.[393] Diese Befugnis folgt aus den Regelungen von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, die dem Lebenden das Recht gewähren, Verfügungen zu treffen, die erst nach dem Tod wirksam werden sollen, wozu auch die Frage zählt, in welcher Weise mit dem Leichnam verfahren werden soll.[394] Fraglich ist im Folgenden allein, ob das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen so weit reicht, dass ihm auch die Befugnis zusteht, auf den Schutz seines Leichnams gänzlich zu verzichten, also von einer Veräußerlichkeit der postmortalen Würde auszugehen ist.

Die Frage der Unveräußerbarkeit der Würde des Menschen ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Von der Unveräußerlichkeit der Würde der lebenden Menschen ist u.a. das Bundesverwaltungsgericht in seiner Peep-Shows-Entscheidung ausgegangen: „Diese Verletzung der Menschenwürde wird nicht dadurch ausgeräumt oder gerechtfertigt, dass die in einer Peep-Show auftretende Frau freiwillig handelt. Die Würde des Menschen ist ein objektiver, unverfügbarer Wert [...], auf dessen

[393] vgl. nur RGZ 100, 172; 108, 220; 154, 269; Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 121ff. m.w.N.

[394] vgl. nur Maurer, Die medizinische Organtransplantation aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 7ff., 11 m.w.N.

Beachtung der einzelne nicht wirksam verzichten kann."[395] Auch wenn die Entscheidung in der Literatur auf vereinzelte Zustimmung gestoßen ist,[396] traf sie überwiegend auf erhebliche Kritik.[397] Dem soll im Folgenden näher nachgegangen werden.

Entscheidend für die Frage der Verfügbarkeit der menschlichen Würde kann alleine sein, welches Menschenbild der Verfassung zugrunde liegt. Ob dem Grundgesetz überhaupt ein bestimmtes Menschenbild zugrunde liegt, ist umstritten. Richtigerweise ist zunächst davon auszugehen, dass das Grundgesetz an seinen Anfang die Unantastbarkeit der Würde des Menschen gestellt hat. Eine Aussage aber, wonach dem Menschen unantastbare Würde innewohnt, ist eine Aussage über den Menschen, die nicht ohne ein bestimmtes Bild von dem Menschen getroffen werden kann; in Diktaturen oder sonstigen Unrechtsstaaten wird sich ein solches Postulat wohl kaum finden. Entsprechend kann eine nähere Aufklärung dessen, was Würde ist, auch nur aus dem Wesen des Menschen, also dem zugrunde liegenden Menschenbild zu erlangen sein.[398]

Das Bundesverfassungsgericht hat dieses sog. Bild vom Menschen unter Rückgriff auf Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG wie folgt umschrieben: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."[399] Dieser Ansatz des Bundesverfassungsgerichts hat zahlreiche Kritik erfahren. Die Annahme eines vorrechtlichen, dem

---

[395] BVerwGE 64, 274, 279f.; so auch Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 123ff., 126.

[396] Gronimus, Noch einmal Peep-Show und Menschenwürde, JuS 1985, 174ff., 175.

[397] vgl. nur VG München NVwZ 1983, 175; VG München GewArch 1983, 332; Gusy, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl. 1982, 984ff.; v. Olshausen, Menschenwürde im Grundgesetz, NJW 1982, 2221ff.; Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93ff.; Höfling, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582ff.; Frankenberg, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, KritJ 33 (2000), 325ff., 331; Schatzschneider, Rechtsordnung und Prostitution, NJW 1985, 2793 ff., 2796f.

[398] so auch Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259ff.; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 17 m.w.N.; Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 14.

[399] BVerfGE 4, 7, 15f.; 12, 45, 51; 27, 1, 7; 30, 1, 20; 30, 173, 193; 45, 187, 227f.

Grundgesetz zugrunde liegenden Menschenbildes berge nicht nur die Gefahr der freiheitsfeindlichen Ideologie und der Versubjektivierung in sich, sondern sei auch zu unscharf, als dem daraus verbindliche Schlussfolgerungen gezogen werden könnten. Zudem stehe der Annahme eines verfassungsrechtlich bindenden Menschenbildes der Grundsatz der staatlichen Neutralität entgegen.[400]

Ungeachtet der Berechtigung dieser Kritik und der Frage, ob sich der Verfassung tatsächlich ein bestimmtes, allem zugrundeliegendes Menschenbild entnehmen lässt,[401] besteht insoweit Einigkeit, als der Mensch als freie und verantwortliche Persönlichkeit im Mittelpunkt des Grundgesetzes steht. Ausgehend von der das gesamte Grundgesetz prägenden Selbstbestimmung des Einzelnen kann eine Verletzung der menschlichen Würde nicht vorliegen, wenn der Würdeträger in freier Selbstbestimmung handelt. Wer übersieht, dass auch die Verletzung der Menschenwürde einen entgegenstehenden Willen voraussetzt, also „menschenwürdiges Verhalten" niemandem aufgezwungen werden kann, verkürzt ohne Rechtfertigung und damit in unzulässigerweise die Freiheitsrechte des Einzelnen. Entsprechend kann es auch nicht darauf ankommen, ob Menschenwürde über ihren subjektiven Grundrechtsgehalt hinaus ein objektiver Wert zu entnehmen ist, denn auch ein solcher wäre nur eine objektiver Wert des jeweiligen Menschen und nicht der Menschheit an sich. Entsprechend kann der Einzelne auch über diesen Wert verfügen[402] und damit grundsätzlich selbst bestimmen, wie er sich Dritten oder gegenüber der Öffentlichkeit darstellen will.[403]

---

[400] Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 99 m.w.N.

[401] zustimmend wohl: Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat; Geiger, Menschenrecht und Menschenbild, in: Zeidler (Hrsg.), FS für Joachim Faller, S. 3ff.; Kopp, Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Bartelsperger (Hrsg.), FS für Obermayer, S. 53ff.; ablehnend: Lerche, Werbung und Verfassung, S. 139ff.; Isensee, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 11 (1977), 92ff., 113; Huber, Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1988, 505ff.

[402] vgl. nur m.w.N. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 16; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 90.

[403] BVerfGE 54, 148, 155.

Für die Würde des menschlichen Leichnams kann entsprechend nichts anderes gelten. Die Rechtsordnung kann den selbstbestimmten Menschen gerade im Hinblick auf die sich stetig wandelenden Wertvorstellungen zur Bestattungskultur nicht zu einer Selbstbeschränkung seiner Verfügungsbefugnis und damit einer staatlich bestimmten Würde zwingen. Entsprechend kann eine Verletzung der Würde des konkreten Leichnams jedenfalls nicht vorliegen, wenn der Einzelne zu Lebzeiten in einen bestimmten Umgang mit seinem Leichnam eingewilligt hat.

Daraus folgt, dass allein die Ausübung des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts entscheidend für das ist, was unter der postmortalen Würde des Leichnams zu verstehen ist: Die postmortale Würde ist zunächst grundsätzlich subjektiv ausgerichtet. Eine Verletzung dieser subjektiv ausgerichteten postmortalen Würde des konkreten Leichnams liegt dann vor, wenn eine Behandlung des Leichnams entgegen der Verfügung des Lebenden über seinen Leichnam erfolgt.[404] Wird nach dem Eintritt des Todes gegen diese Verfügung verstoßen, liegt also kein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen vor, denn dieses ist allein ein Recht der Lebenden; entsprechend ist dieses bei einem Eingriff nach Todeseintritt nicht mehr einschlägig.

Es liegt auch kein Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen vor. Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts resultiert aus der Annahme, dass der lebende Mensch ein schützenswertes Interesse daran habe, dass sein Lebensbild auch nach dem Tod nicht verletzt wird.[405] Schutzobjekt ist also die Ehre, das Lebenswerk und das Ansehen des Verstorbenen, also letztlich die Erinnerung an ihn. Wird gegen eine Verfügung des Verstorbenen im Hinblick auf den Umgang mit seinem Leichnam verstoßen, wird in einem gewissen Sinn auch sein Lebenswerk, verstanden als Gesamtheit aller Verfügungen, verletzt. Vor

[404] a.A.: VG Augsburg, Beschluss vom 04.09.2009, Az.: Au 7 S 09.1266.
[405] vgl. nur Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 210.

allem aber wird mit seinem Leichnam als eigenes Schutzobjekt im Sinne des Art. 1 GG in nicht vorgegebener Weise verfahren. Entsprechend wird die postmortale Würdegarantie in ihrem konkreten Gehalt im Einzelfall durch das Selbstbestimmungsrecht der Verstorbenen bestimmt. Liegt eine (auch formfrei mögliche[406]) Verfügung des Verstorbenen nicht vor, ist grundsätzlich auf die Totenfürsorgeberechtigten zurückzugreifen.

Ausdrücklich und umfassend ist das Totenfürsorgerecht als Ausprägung des totenrechtlichen Schutzgebotes nicht gesetzlich geregelt, sondern allein als rechtliches Institut anerkannt, das dem Willen des Verstorbenen Geltung verschaffen will. Danach sind die Berechtigten - das sind im Regelfall die Angehörigen, andernfalls der, den der Verstorbene damit beauftragt hat[407] - bei der Ausübung der Totensorge an den irgendwie geäußerten oder auch nur mutmaßlichen Willen des Verstorbenen gebunden, mit der Folge, dass für eigene Entscheidung nur Raum bleibt, wenn sich der Wille des Verstorbenen nicht ermitteln lässt und jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen.[408] Liegt also eine Verfügung des Verstorbenen nicht vor, ist allein die Verfügung der Totenfürsorgeberechtigten entscheidend, mit der Folge, dass eine Verletzung der Würde des Leichnams vorliegt, wenn deren Befugnis unberücksichtigt bleibt. Die Entscheidung der Totenfürsorgeberechtigten kann allerdings nur insoweit die fehlende Verfügung des Verstorbenen ersetzen, wie mit der betreffenden Handlungsweise keine Verletzungshandlung an dem Leichnam einhergeht. Entsprechend kann beispielsweise nur der Verstorbene eine Übergabe seines Leichnams an die Wissenschaft verfügen.

Der eigene Schutz der Würde des Leichnams kann dabei auch nicht durch einen Rückgriff auf die Verletzung des aus Art. 2 Abs. 1 GG resultierenden und durch den Willen des Verstorbenen bestimmten Totensorgerechts der

[406] RGZ 100, 172; 108, 220; 154, 269.
[407] RGZ 154, 269, 270, 272; BGHZ 61, 238.
[408] RGZ 154, 269, 271; OVG Berlin DÖV 1964, 557; VGH München BayVBl 1976, 310.

Angehörigen ersetzt werden. Ein Rückgriff auf Rechte lebender Dritter, die sich aufgrund der konkreten Behandlung eines Leichnams eventuell beeinträchtigt fühlen könnten, weil mit ihnen unter Umständen später ähnlich verfahren werden könnte, wird der Tatsache, dass der Leichnam eigene Würde innehat, nicht gerecht. Entsprechend stellt sich die postmortale Würdegarantie als eine postmortale Garantie des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen über seinen Leichnam dar. Liegt eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen vor, liegt auch eine Verletzung der Würde seines Leichnams vor. Allein dieser Ansatz wird der individuellen Selbstbestimmung des Einzelnen sowie der Tatsache gerecht, dass jeder Mensch eine andere Vorstellung dessen hat, was unter einem würdigen Umgang mit seinem Leichnam zu verstehen ist.

b) Allgemeines Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 GG als Schranke des Selbstbestimmungsrechts

Zu berücksichtigen ist im Folgenden allerdings auch, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 GG im Hinblick auf eine Verfügbarkeit seiner Würde nach ganz herrschender Meinung nicht grenzenlos gewährt wird. Als Schranken in diesem Sinn werden ungeachtet der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, also das allgemeine Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung, schwerwiegende Tabuverletzungen, der Ausschluss einer Korrekturmöglichkeit, Rechte anderer sowie wichtige Gemeinschaftsgüter erfasst.[409]

Ungeachtet gesundheitlicher Gefahren, die von dem Leichnam für die Allgemeinheit ausgehen können, geht es bei einer möglichen Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Einzelnen und damit bei der Bestimmung dessen, was unter einem würdevollen Umgang mit dem menschlichen Leichnam anzuerkennen ist, vor allem um jene Interessen

[409] vgl. nur m.w.N. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 358; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 91.

der Lebenden, die durch die Begriffe der Pietät, Ehrfurcht und möglicherweise verletzte Selbstachtung angesichts bestimmter Verhaltensweisen gegenüber dem Leichnam fassbar sind. Diese Gefühle der Ehrfurcht und Scheu nennt man Pietät, verstanden als rechtliches Interesse der Lebenden, in ihrem Gefühl von der Unantastbarkeit der Ehre des Toten und seines Leichnams nicht verletzt zu werden.[410] Diese Empfindungen der Lebenden sind, wenn überhaupt, verfassungsrechtlich nur über das Sittengesetz im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG rechtlich fassbar. Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit diese Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen auch im Rahmen von Art. 1 Abs.1 GG, der schließlich die Würdegarantie schrankenlos gewährt, zu berücksichtigen sind.

Auszugehen ist davon, dass die Würdegarantie an sich zwar schrankenlos gewährt wird, aus der Würdegarantie des Menschen als Leitprinzip der Verfassung aber folgt, dass die Manifestation der Grundrechte in Art. 2 ff. GG gleichzeitig den Gehalt der Würdegarantie konkretisiert. Entsprechend existiert der Wert der Würde nur insoweit, als er sich in den Grundrechten wiederspiegelt. Insoweit kann sich also auch die Menschenwürde nicht über die sonstigen Verfassungsentscheidungen des Verfassungsgebers hinwegsetzen. Entsprechend wird auch der Gehalt der Menschenwürde nicht nur durch den Schutzbereich der Grundrechte, sondern auch deren Schranken bestimmt; diese sind im Rahmen der Würdegarantie also nicht Schranken im grundrechtsdogmatischen Sinn, sondern bestimmen den Inhalt der Würde unmittelbar. Der also zur Inhaltsbestimmung der Würde zu berücksichtigende Schrankeninhalt ist von Grundrecht zu Grundrecht verschieden. Fest steht aber, dass immanente Schranke aller Grundrechte neben den Rechten Dritter und überragenden Gemeinschaftsgütern das Sittengesetz im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG ist.[411] Insoweit geht es nicht

[410] Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 4.

[411] di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 12ff.; Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 94, Fn. 7; a.A. v. Olshausen, Menschenwürde im Grundgesetz, NJW 1982, 2221ff., 2222; Höfling, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582ff., die das Sittengesetz nicht als GR-Schranke

darum, die schrankenlos gewährte Würdegarantie durch einen Rückgriff auf Art. 2 ff. GG den allgemeinen grundrechtlichen Schranken zu unterwerfen. Entscheidend ist allein, dass die Würdegarantie zwar das höchste Rechtsgut der gesamten Rechtsordnung ist, allerdings nicht im rechtsfreien Raum gewährt wird. Entsprechend sind bei der Bestimmung dessen, was unter der Würde des Menschen zu verstehen ist, auch die übrigen Entscheidungen des Verfassungsgebers zu berücksichtigen.

Umstritten ist nicht nur, ob es sich bei der Schranke des Sittengesetzes um eine selbständige grundrechtliche Schranke handelt, sondern auch was dem Sittengesetz im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt entnommen werden kann. Zunächst ist davon auszugehen, dass das Sittengesetz nicht das bereits in der Verfassung immanent positivierte Sittengesetz meinen kann, da es andernfalls der besonderen Freiheitsschranke des Sittengesetzes nicht bedurft hätte.[412] Fest steht zudem, dass das Sittengesetz auf einen der Verfassungsordnung und damit dem gesamten staatlichen über- oder ausgelagerten Normenbestand mit eigenen Wertungen verweist.[413] Dies kann allerdings nur insoweit gelten, als entsprechende Wertungen zweifelsfrei feststellbar sind. Entsprechend können auch nur solche Wertungen zur inhaltlichen Bestimmung des Begriffs der postmortalen Würde herangezogen werden. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit dem Sittengesetz im Wege der Auslegung allgemeinverbindliche Wertungen entnommen werden können.

Das Sittengesetz ist kein in der Rechtsordnung legaldefinierter Begriff. Entsprechend gilt es zunächst, einige Begrifflichkeiten zu klären. Der Begriff des Sittengesetzes entstammt der griechischen Philosophie. Unter dem natürlichen Sittengesetz ist „die Gesamtheit aller das sittliche Verhalten des Menschen auf das Gute hin verpflichtenden Normen, wie sie

---

anerkennen; Gusy, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl. 1982, 986, der das Sittengesetz nur als Schranke des Art. 2 GG anerkennt.

412 so ganz h.M., vgl. nur Starck, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 2 Rn. 36ff. m.w.N.

413 so ganz h.M., vgl. nur Starck, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 2 Rn. 36ff. m.w.N.

als Abbild des ewigen Gesetzes in Gott [...] sich im Wesen der geschaffenen Naturwirklichkeiten, der Dinge und des Menschen, kundtun und durch das sittliche Bewusstsein (Gewissen) zu erkennen sind."[414] Davon zu unterscheiden ist der Begriff der Sitte. Die bloße Sitte entstammt dem Bereich der Konvention, beschreibt eine „soziale Verhaltensweise"[415] und speist sich allein aus den menschlichen und damit dem Wandel unterliegenden Vorstellungen dessen, was sich gehört, und ist damit von der freiwilligen Anerkennung der Mitglieder der Gesellschaft abhängig. Der Sitte kommt, wenn überhaupt, also nur eine schwache Verbindlichkeit zu. Das Sittengesetz hingegen ergibt sich aus vorgegebenen Prinzipien der Sittlichkeit. Nach dem Großen Herder ist Sittlichkeit „die den Forderungen des Sittengesetzes entsprechende, alles Denken, Wollen und Tun an ihnen ausrichtende Grundhaltung."[416] Die Prinzipien der Sittlichkeit gelten aus sich heraus, sie haben eine unbedingte Geltung, ihre Verbindlichkeit leitet sich von etwas her, das den Menschen vorgegeben ist, nämlich aus einer objektiven Wertordnung, die jeder Subjektivität und damit Wandelbarkeit enthoben ist. Die Normen des Sittengesetzes gelten also unabhängig von der gesellschaftlichen Anerkennung.

Während noch der Herrenchiemsee-Entwurf den im NS-Staat mit dem parteipolitisch interpretierten Begriff des Volksempfindens gleichgesetzten Begriff der „guten Sitten" enthielt, wollte der Verfassungsgeber mit der schließlich doch erfolgten Festlegung auf den Begriff des Sittengesetzes im Grundgesetz ein unabänderliches, allgemeinverbindliches ethisches Postulat manifestieren, um so der Gefahr einer erneuten ideologischen Manipulation der Verfassung durch eine Berücksichtigung der herrschenden Mehrheitsmeinung entgegenwirken.[417] Heute gehen die Meinungen über das, was unter dem Sittengesetz zu verstehen ist,

[414] Der große Herder, Bd. VIII, Spalte 759.
[415] Der große Herder, Bd. VIII, Spalte 758.
[416] Der große Herder, Bd. VIII, Spalte 760.
[417] JöR 1951, zu Art. 2 GG.

allerdings auseinander. Einigkeit besteht nur insoweit, als es sich bei dem Begriff des Sittengesetzes um einen überaus ausfüllungsbedürftigen Begriff handelt. Angesichts der völligen rechtlichen Konturlosigkeit des Begriffs des Sittengesetzes ist im Übrigen allerdings sowohl die Existenz als auch der Gehalt des Sittengesetzes umstritten. Während einige die Existenz eines vorgelagerten Normkomplexes gänzlich leugnen,[418] setzen andere den Gehalt des Sittengesetzes einem ethischen Minimalkonsens aller billig und gerecht Denkenden[419] oder der herrschenden Anschauung in der Gesellschaft gleich.[420] Anknüpfungspunkt dieser Ansätze ist die Annahme, dass auch der modernen Gesellschaft ein Minimalkonsens über allgemeine moralische Verhaltensregeln und Prinzipien zugrunde liegt,[421] mit der Folge, dass es die Gesellschaft ist, die Rechtsordnung inhaltlich-moralisch ausfüllt. Entsprechend decken sich normative und moralische Inhalte, die Normen sind Spiegelbild der gesellschaftlichen Wertvorstellungen.

Diesen Ansätzen liegt Kants auf die Vernunft gegründete Moral zugrunde. Kant zufolge existiert ein für alle Vernunftwesen gültiges Sittengesetz, das sich in jeder subjektiven Vernunft der frei bestimmten Persönlichkeit kategorisch verpflichtend bekundet. Dieses Sittengesetz bildet die Kantische Vorstellung vom Menschen als Zweck an sich selbst im Sinne des kategorischen Imperativs: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel benutzt."[422] Als Vernunftwesen ist es also der Mensch, der sich als Zweck an sich selbst, autonom Sollenssätze gibt. Menschsein setzt demnach ein Selbstverständnis voraus, innerhalb dessen der Mensch auf sich selbst einwirkt.[423] Anknüpfungspunkt dieses

[418] Brinkmann, zitiert aus: Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, S. 28ff.
[419] Bauer, Grundgesetz und „Schmutz- und Schundgesetz, JZ 1965, 41ff., 43; Breithaupt, Die guten Sitten, JZ 1964, 283ff.; ähnlich: BVerfGE 6, 389, 434ff.
[420] Lorenz, in: BK, Art. 2 II b; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 27 (prägende Teile der Gesellschaft).
[421] Anzenbacher, Christliche Sozialethik, S. 123.
[422] Kant, Grundlagen der Metaphysik der Sitten (1785), S. 53.
[423] Baumgartner u.a., Menschenwürde und Lebensschutz, in: Rager (Hrsg.), Beginn, Personalität und Würde des Menschen, S. 179f.

Freiheitskonzepts Kants ist die Rechtsfähigkeit des Menschen, die in seinem Personsein gründet,[424] sowie die Annahme, dass die Freiheit der Person notwendigerweise eine auf den anderen bezogene Freiheit ist: „Handle so, als ob deine Maxime zugleich zum allgemeinen Gesetze aller vernünftigen Wesen dienen sollte."[425]

Andere wiederum knüpfen den Gehalt des Sittengesetzes an eine Wertordnung göttlichen Ursprungs,[426] den Grundsatz der Gerechtigkeit, einen naturrechtlichen, unabhängig von der gesellschaftlichen Anerkennung ewig bestehenden Moralgrundsatz[427] oder aber schlicht die Autorität des Gesetzgebers.[428] Ist nun davon auszugehen, dass der Gehalt der Würdegarantie auch durch den Gehalt des verfassungsrechtlichen Sittengesetzes bestimmt wird, heißt das für die Würde des menschlichen Leichnams, dass sich deren Gehalt - je nachdem welchem Ansatz im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zu folgen ist - entweder aus allgemeinen sittlichen Normen oder aber den Anschauungen in der Bevölkerung ergibt. Mit diesem Rückgriff wird der rein positivistischen Ausgestaltung des Gehalts der postmortalen Würde der Boden entzogen und, je nachdem welcher Auffassung man folgt, in den Bereich der Soziologie oder der Ethik verschoben, allerdings selbstverständlich nur im Rahmen des objektivierten Willens des Grundgesetzgebers, so wie er sich aus Wortlaut, Sinnzusammenhang, Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung ergibt.[429] Entsprechend geht es bei der Frage, ob sich der Gehalt des Sittengesetzes und damit auch der der postmortalen Würdegarantie aus feststehenden, nicht wandelbaren außerrechtlichen sittlichen Normen oder aber den Anschauungen in der Bevölkerung ergibt, nicht nur um die Auslegung jener Verfassungsnormen, sondern um die grundsätzliche Frage nach dem

[424] Kobusch, Entdeckung der Person, S. 140f.
[425] Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785), S. 64.
[426] Stümmer, Das Sittengesetz im öffentlichen Bereich, BayVBl. 1965, 186ff.
[427] Weischedel, Recht und Ethik, S. 19ff.; BGHE 6, 47, 52; Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, S. 65.
[428] Starck, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 2 Rn. 36ff.
[429] vgl. nur BVerfGE 1, 299, 312; 6, 55, 75.

Grunde des rechtmäßigen Handelns überhaupt, also der eigentlichen Grundlage und Quelle des Rechts und damit auch des Grundgesetzes.

c) Grundlagen des Grundgesetzes

Für jede Rechtsordnung stellt sich die Frage, welche moralischen Grundlagen und Prinzipien ihr zugrunde liegen und entsprechend in ihr zum Ausdruck kommen, d.h. also in welchem Verhältnis Recht und Moral zueinander stehen. Diesen Frage kommt entscheidende Bedeutung zu, da die Verpflichtungskraft des Rechts nicht aus ihm selbst hervorgehen kann, sondern diese erst aus einer moralischen Verpflichtungskraft resultiert.[430] Der Einwand der Vertreter des Rechtspositivismus, „jedes rechtsunterworfene Subjekt (könne) die Geltung des Rechts für sich mit der Begründung aufheben, dass die ihm vom Recht auferlegte Pflicht nicht sittlich sei"[431] und daher die Verbindlichkeitskraft des Rechts allein in der Geltung des Rechts gründen könne, kann nicht überzeugen, da auch die Vertreter des Rechtspositivismus ihren Ansatz nicht konsequent begründen können. So weicht Kelsen seiner Reinen Rechtslehre selbst aus, indem er meint, der Verpflichtungscharakter resultiere aus einer hypothetischen Grundnorm, die aber nicht rechtstheoretischer, sondern moralischer Natur sei.[432] Bezeichnend ist insoweit auch die „Radbruchsche Formel": „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."[433] Sowohl Kelsen als auch Radbruch erkennen also offensichtlich eine Verflechtung der Moral und der

[430] Kriele, Staatslehre, S. 14f.
[431] Kelsen, JZ 1965, Was ist juristischer Positivismus?, 466ff., 468.
[432] Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 196ff.
[433] Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 345.

Legitimation des Rechts an. Entsprechend besteht sowohl in der Philosophie als auch in der Rechtswissenschaft das Bedürfnis, eine wie auch immer geartete ethische Fundierung unserer Rechtsordnung herauszuarbeiten. Dies belegt nicht nur die Diskussion um die Anerkennung eines Naturrechts, sondern auch die Entscheidung des Gesetzgebers, Begriffe wie „die Würde des Menschen" oder „die Sittenwidrigkeit" zum Bestandteil seiner Rechtsordnung zu machen. Damit steht zunächst fest, dass diese Begriffe auch ohne Zugrundelegung einer bestimmten wertenden Entscheidung, also einer bestimmten Ethik, für den Rechtsanwender und die Rechtsprechung nicht nutzbar gemacht werden können. Auch wenn sich der Rechtsanwender eine bestimmte ethisch-philosophische Anschauung nicht ausdrücklich zu eigen macht, steht eine solche doch hinter jeder Auslegungsentscheidung. Angesichts dessen, dass das Recht also zur Rechtfertigung seiner selbst stetig auf eine bestimmte Ethik zurückgreift, stellt sich nicht nur die Frage, inwieweit ethische Grundsätze begründbar sind, sondern auch inwieweit ein Rückgriff des Rechts auf die Ethik überhaupt zulässig ist.

Fest steht, dass es bei der Berücksichtigung einer bestimmten Ethik nicht um eine Interpretation aus subjektiven Werturteilen oder philosophischen Spekulationen gehen kann. Angesichts des absoluten Geltungsanspruchs des Rechts können nur rational wissenschaftlich begründete ethische Erkenntnisse zugrunde gelegt werden. Ein entsprechender Rückgriff auf eine Ethik wäre also allenfalls dann möglich, wenn es eine einzige, allein richtige und damit auch für jedermann schlüssig beweisbare Ethik, und damit eine solche mit einem absoluten Geltungsanspruch, gäbe. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings auch, dass die ethischen Begriffe des Grundgesetzes wie Würde und Sittengesetz nicht die gleiche Bedeutung haben können wie selbige im Bereich der Philosophie. Eine ethische oder auch soziologische Auslegung des Grundgesetzes kann also nur im Rahmen der Ordnungsziele der Verfassung erfolgen. Entsprechend müssen

im Folgenden, jene Ordnungsziele der Verfassung näher bestimmt werden.

Auszugehend davon, dass alle hiesigen rechtlichen Entscheidungen vor dem Hintergrund des Geschichtsraums der abendländischen Welt getroffen werden, drängt sich die Annahme einer Bindung der Verfassungsauslegung an die Kultur des Abendlandes geradezu auf. Eine entsprechende Verwurzelung des Rechts in der Kultur des Abendlandes legt nicht nur ein Blick auf die herrschenden Bestattungsvorschriften, sondern auch auf die geistesgeschichtlichen Grundlagen unserer Verfassung nahe. Die geistigen Grundlagen des Grundgesetzes gründen ohne Zweifel in der Absicht der Überwindung des Terrorregimes der Nationalsozialisten sowie dem damit einhergehenden Wunsch der Neugewinnung des Bewusstseins moralischer Wertmaßstäbe, deren Abhandenkommen das Wertvakuum des Nationalsozialismus erst entstehen ließ.[434] Die abendländische Sittlichkeit sollte die positivistische und dem Wertrelativismus unterliegende und damit für totalitaristische Tendenzen anfällige Rechtsordnung der zurückliegenden Weimarer Zeit wieder prägen, um zu verhindern, dass Recht jemals wieder mit Macht oder Willkür gleichgesetzt wird.[435] Aus diesem Grund kam es zu einer Renaissance des Naturrechts, die die Wertfundierung des Staates mit einer Rückbesinnung auf abendländische Kulturwerte zum Ziel hatte, um die Unverfügbarkeit im Recht aufzufinden.[436]

d) Kulturspezifische Auslegung des Rechts

Damit schliest sich die Frage an, ob diese naturrechtliche Rückbesinnung auf die Werte des Abendlandes auch dazu geführt hat, dass die gesamte kulturelle Tradition als moralisch-kulturelle Rahmenbedingung absolute

[434] Radbruch, Rechtsphilsosphie, S. 327.
[435] Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann u.a. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 81; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 339.
[436] Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 83.

Geltung beanspruchen kann oder aber zumindest als Grundlage des Rechts zu dessen Auslegungsmaßstab wird, mit der Folge, dass die christlich-abendländische Tradition des Totenkultes auch die Auslegung der verfassungsrechtlichen Würdegarantie prägt. Fragen von entscheidender Bedeutung, ist doch davon auszugehen, dass zunehmende multikulturelle Einflüsse auf unsere Gesellschaft auch das Verfassungsverständnis beeinflussen. Die zunehmende kulturelle, spirituelle und individualistische Pluralität der Menschen und damit einhergehende veränderte Vorstellungen im Hinblick auf den menschlichen Leichnam werfen neue Fragen in Bezug auf das Verhältnis von ethisch-kultureller und weltlicher Ordnung auf. Entsprechend stellt sich die grundlegende Frage, inwieweit die Verfassung in der Lage ist, eine Antwort auf die Herausforderungen der kulturellen und ethischen Individualisierung zu finden und im Hinblick auf die unterschiedlichen Vorstellungen die Wahrung der Totenwürde zu gewährleisten. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass Rechtsetzung und -anwendung nicht nur in einem historischen, sondern auch ethischen Kontext sowie unter der Voraussetzung eines rechtlichen Sollens stehen.[437]

Angesichts der Ziele der Verfassungsgeber liegt eine kulturspezifische Auslegung der Verfassung nahe. Eine Gebundenheit der Verfassung an die Tradition des Abendlandes wäre allerdings nur dann als rechtlich verbindlich anzuerkennen, wenn das Recht unseres Kulturkreises die besonderen abendländischen Traditionen und Gedankenmuster voraussetzt, diese also in sich aufnimmt, mit der Folge, dass zwingender und immanenter Zweck unserer Rechtsordnung der Schutz der abendländischen Kultur wäre. Geht es um die Frage der Anerkennung einer Kulturgebundenheit des Rechts, geht es im Kern um das Verhältnis von Kultur und Recht. Das Verhältnis von Recht und Kultur wurde bisher allerdings weder in der Rechtsprechung noch der Literatur hinreichend behandelt. Dennoch wird der Begriff des Rechts immer wieder im

[437] Schneider, Theorie des juristischen Entscheidens, in: Kaufmann u.a. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 351f.

Zusammenhang mit dem Begriff der Kultur benutzt. Genannt seien an dieser Stelle nur die allgemein bekannten Begriffe des Kulturstaats, des Rechts als Kulturerscheinung oder der Rechtskultur der einzelnen Völker. Eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Recht und Kultur erfordert zunächst eine nähere Bestimmung der Begriffe der Kultur und des Rechts.

(1) Kultur

Heute finden sich zahlreiche Ansätze zur Bestimmung des Begriffs der Kultur. Der soziologische Kulturbegriff, der vor allem auch im Bereich der auswärtigen Kulturpolitik Anwendung findet,[438] versteht Kultur als das kollektive System einer Gesellschaft, das sich aus der Gesamtheit der in ihr bestehenden und sie prägenden Wertvorstellungen, Verhaltensmuster und Interaktivitäten ergibt.[439] Tylor meint, Kultur sei der gesamte Komplex der Kenntnis, der Kunst, der Moral, der Sitten, des Glaubens und des Gesetzes sowie anderer Fähigkeiten und Gewohnheiten, die der Mensch als Mitglied der Gesellschaft erworben hat. Linton spricht insoweit von „sozialer Erbschaft" und Lowie vom „Ganzen der sozialen Tradition".[440] Der enge juristische Kulturbegriff hingegen beschreibt bestimmte, zum Staat in einer Sonderbeziehung stehenden geistigschöpferischen Betätigungsfelder und fasst unter Kultur nur die verschiedenen Formen geistigschöpferischen Tätigwerdens, die sich unabhängig vom Staat entfalten und nicht vorrangig auf die Erfüllung materieller Grundbedürfnisse gerichtet sind.[441] Das Bundesverfassungsgericht vertritt einen sehr weiten Kulturbegriff und fasst Kultur als die „Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirkenden geistigen Kräfte, die sich unabhängig vom Staat entfalten und ihren Wert in sich tragen."[442]

---

[438] Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 5ff., 8.
[439] Brockhaus Enzyklopädie, Bd. X, Stichwort Kultur.
[440] zitiert aus: Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 10.
[441] ähnlich BVerfGE 10, 20, 36.
[442] BVerfGE 10, 20, 36f.

Ungeachtet der Unterschiede der Ansichten besteht Einigkeit nach dem oben Gesagten jedenfalls im Hinblick auf die Staatsfreiheit der Kultur. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Kultur nur wirklich fruchtbar sein kann, wenn sich der Staat gegen die „Machbarkeit der Kultur" entschieden hat,[443] es der Staat der Kultur also völlig selbst überlässt, sich zu gestalten, er gleichzeitig aber auch ihre Entfaltung aktiv gewährleistet.[444] Einigkeit besteht darüber hinaus darin, dass der Kulturbegriff als Erscheinungsform bestimmter Verhaltensmuster eines Volkes jedenfalls die Bereiche Kunst und Wissenschaft, Bildung, Glaubensfreiheit und Religion, aber auch alle anderen kunstverwandten Bereiche wie das Archiv-, Bibliotheks- und Museumswesen sowie die Landschafts-, Heimat-, Traditions-, Denkmals- und die Brauchtumspflege[445] umfasst.

Im Hinblick auf den in dieser Arbeit untersuchten Bereich des Totenkults kommt dem Bereich der Brauchtumspflege eine entscheidende Bedeutung zu. Die Brauchtumspflege befasst sich mit der Bewahrung des überlieferten Brauchtums. Im Brauchtum sind alle Sitten und Gebräuche einer bestimmten Region, Gesellschaft oder eines Kulturkreises zusammengefasst, die der Sinn-, Identitäts- und Integrationsstiftung der in ihr lebenden Menschen dienen. Damit gehört die Totenbestattung zum transzendentalen Bereich des Brauchtums.[446]

Anerkannt sind auch die Grundsätze der Pluralität sowie der Tradition und Innovation. Entsprechend kann ein Gemeinwesen verschiedene Kulturen haben,[447] und zwar sowohl in Gestalt der bereits bestehenden als auch der

[443] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 8.
[444] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 11.
[445] Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 339; Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 8ff.
[446] Brockhaus Enzyklopädie, Bd. III, Stichwort: Brauch.
[447] Häberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 31.

sich entwickelnden Kultur.[448] Gestalt gewinnt die Kultur also nicht nur durch bürgerliche Traditions- und Bildungskultur, sondern auch durch ihr zeitgenössisches Erscheinungsbild, Populär-, Breiten- und Subkultur.[449] Dem Kulturerbe eines Volkes kommt dabei jedoch stets besondere Bedeutung zu, prägt die Kultur vergangener Zeiten ein Volk doch erheblich.

(2) Recht als Kulturerscheinung

Entsprechend stellt sich die Frage, wie sich das Recht als Ordnungssystem einer Gemeinschaft zu deren Kultur verhält. Fest steht jedenfalls, dass Ordnungen des menschlichen Zusammenlebens genau wie das Recht universale, jedoch bei weitem keine einheitlichen Erscheinungen sind. Vor allem in der Zeit des Ausgangs des 19. und des Beginns des 20. Jahrhunderts finden sich immer wieder Formeln vom Parallelgang von Kultur und Recht[450], der Harmonie von Rechts- und Kulturentwicklung[451], der Widerspiegelung des Geistes der gesamten Kultur im Recht[452], der Rechtslehre als Kulturwissenschaft[453] oder des Rechts als Teilgebiet der Kultur[454]. Rickert und Lask führen in Anlehnung an das Naturrecht gar den Begriff des Kulturrechts ein.[455] Jene Verbindung von Recht und Kultur hat in Abgrenzung zum reinen Rechtspositivismus, der den Rückgriff auf jedes der Norm zugrundeliegende, das Verstehen des Vorgegebenen ermöglichende Außerrechtliche untersagt und als obersten Maßstab nur das anerkennt, was die positive Gesetzgebung jeweils zur Geltung bringt,

---

448 Häberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 31; Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda u.a. (Hrsg.), HbdVerfR, § 25 Rn. 34.

449 Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 16.

450 Savigny, zitiert in: Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 393.

451 Sauer, Philosophie der Zukunft, S. 223.

452 Triepel, Vom Stil des Rechts, S. 67.

453 Emil Lask, zitiert aus: Rickert, Vom Begriff der Philosophie, Logos I (1910/11), 1ff., 12ff.; Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.

454 Steinwenter, Recht und Kultur, S. 17.

455 Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, S. 721ff.; ders.: Vom Begriff der Philosophie, Logos I (1910/11), 1ff.

vor allem die Vertreter des Neukantianismus betont, namentlich Gustav Radbruch, Wilhelm Sauer, Helmut Coing und Kohler.[456]

Ausgangspunkt des kulturrechtlichen Ansatzes der Neukantianer ist die Unterscheidung zwischen „Sein" und „Idee",[457] also zwischen dem Recht als Wirklichkeit und dem Recht als Idee, wobei das Recht der Wirklichkeit Mittel zur Regulierung des menschlichen Zusammenlebens und die Idee der dem Recht zugrunde liegende Zweck ist.[458] Bei Radbruch heißt es insoweit: „Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen."[459] Der Konstruktion der Rechtsidee liegt die Annahme eines an einem „richtigen Recht" orientierten rechtlichen Denkens zugrunde, wobei die Idee des Rechts Richtmaß für die Beurteilung des positiven Rechts sei.[460] Idee des Rechts sei die ihm zugrundeliegende Kultur: „Unter Kultur verstehen wir [...] einmal das reale geschichtliche Leben [...] und außerdem können wir damit auch den unwirklichen ‚Gehalt' für sich meinen, wie er als Sinn eines solchen Lebens losgelöst von allem realen Sein zu denken und sich mit Rücksicht auf die Kulturwerte deuten lässt."[461] Kultur stellt sich als die Verwirklichung und Darstellung der Ideale und damit von Werten der jeweiligen Zeit dar.[462]

Entsprechend diene das Recht einer Gemeinschaft ihrer Kultur: „Das Recht kann nur in der Kulturgemeinschaft der Menschheit [...] betrachtet werden, es ist etwas soziales, es hat die Bedeutung, in einer bindenden Weise die Verhältnisse der Kulturgemeinschaft [...] zu regeln, das Recht ist Kulturerscheinung und Kulturbedingung [...]." „Das Recht ist so zu gestalten, dass es den Kulturaufgaben der Zeit und des Ortes am besten

[456] zu den Auffassungen Radbruchs und Sauers: Angerthal, Untersuchungen zur Kulturidee in der neueren Rechtsphilosophie; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, v.a. S. 127.
[457] vgl. näher Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 113.
[458] Gysin, Recht und Kultur, S. 17.
[459] Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 2.
[460] Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte, S. 141; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 93.
[461] Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, S. 536.
[462] Radbruch, Über den Begriff der Kultur, Logos II (1911/12), 200ff., 202.

entspricht und ihre Erfüllung am meisten begünstigt",[463] zumindest dann, wenn die jeweilige Kultur auch schon als Grundlage und Ziel des bestehenden Rechts angesehen werden könne.[464] Denn das Recht sei bedingt durch die „Zwecke des Daseins, welchen eine bestimmte Kulturperiode zustrebt, jedes Kulturleben hat sein besonderes Recht, und jedes Recht wieder sein besonderes Kulturleben - ganz ebenso, wie jede Kulturwelt ihre Kunst und ihre Ökonomie hat."[465] Entsprechend müsse das Recht auf seine Bedeutung als Kulturwert hin untersucht werden, der Inhalt der Normen ergebe sich damit allein aus ihrer Beziehung auf sozial anerkannte Werte und Zwecke, wobei die Gesetze im Sinne einer Wechselwirkung ihren Inhalt wiederum in die Kultur einströmen ließen, in dem Sinn, dass die Normanwendung im Volk die Einsicht in die inhaltliche Kongruenz beider Bereiche kultiviere.[466] Da das Recht in seiner Entstehung auf gesellschaftlichen Gegebenheiten beruhe, seien diese sachgerechterweise auch bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen.[467]

Die Idee einer Verknüpfung von Kultur und Recht ist jedoch bereits wesentlich älter: Bereits Montesquieu ging von einer vielfältigen Bedingtheit des Rechts durch natürliche, wirtschaftliche und kulturelle Gegebenheiten aus. Entsprechend müsse das Recht den Gegebenheiten eines Volkes gerecht werden und sich sowohl auf die Natur des Landes, die Lebensweise des Volkes sowie ihre kulturellen Sitten und Gebräuche einstellen.[468]

Davon gingen auch Savigny und die Vertreter der Historischen Rechtsschule mit ihrer Lehre von der historischen Auslegung der Norm

[463] Kohler, Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie, ARWP (1907/08), 1ff., 3.
[464] Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, S. 416ff.
[465] Kohler, zitiert aus: Kohler, Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie, ARWP (1907/08), 1ff., 4, Fn. 13.
[466] Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 16.
[467] Radbruch, Die Natur der Sache als Juristische Denkform, S. 11f.; Anders Marx, der davon ausgeht, dass es allein die Klassenstruktur innerhalb der Gesellschaft und damit allein ihre ökonomische Basis ist, die den Inhalt der Gesetze bestimmt. Das Geistige sei nur ein Reflex der ökonomischen Verhältnisse (Marx-Engels-Werke, Bd. 3, S. 26ff.). Einer solchen Verengung der gestaltenden Faktoren ist jedoch nicht zuzustimmen.
[468] Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. I, Buch 1 Kap. 3, in: Forsthoff (Hrsg.), S. 16.

aus. Die historische Auslegung ermittelt den Sinn der Rechtsnorm aus ihrer geschichtlichen Entwicklung. Savigny und die übrigen Vertreter der Historischen Rechtsschule gehen von einer geschichtlichen Entstehung des Rechts aus. Das Recht habe einen bestimmten Charakter, der dem jeweiligen Volk ebenso eigentümlich sei wie deren Sprache und Sitte. Savigny ist davon ausgegangen, dass das Recht der frühen Gesellschaften aus dem „Volksgeist" heraus gewachsen ist, also unmittelbar in der Tradition des jeweiligen Volkes gründet. Da die Normen entsprechend ein Resultat der früheren Geschichte und Gesetzgebung seien, sei eine historische Betrachtung der Norm erforderlich.[469] Deutlich wie kaum ein anderer hat dies bereits Jacob Grimm in seinem Werk „Von der Poesie im Recht" herausgearbeitet. Auch er sieht das Recht als Teil der Gesamtkultur eines Volkes. Geht es darum, das Recht zu verstehen, stellt er entscheidend auf die geschichtlichen Zusammenhänge des Rechts, die kulturelle Tradition der Rechtsgemeinschaft und damit auf eine Bedeutungsanalyse der juristischen Kulturinhalte ab. „Es ist eine unbefriedigende ansicht, welche in solchen symbolen blosze leere erfindung zum behuf der gerichtlichen form und feierlichkeit erblickt. Im gegentheil hat jedes derselben gewisz seine dunkle, heilige und historische Bedeutung; mangelte diese, so würde der allgemeine glaube daran und seine herkömmliche verständlichkeit fehlen."[470]

Folgt man dem Ansatz des Rechts als Kulturerscheinung, wird das Recht also zu einem Teil der Kultur und zwar in der Art und Weise, dass die positiven Rechtsnormen einer Gesellschaft allein den Zweck haben, das Funktionieren der gesellschaftlichen Erscheinungen und der zu ihr gehörigen Kultur zu sichern, mit der Folge, dass sich das Recht der gesellschaftlichen Kultur unterordnet. Welchen Sinn und Zweck der Gesetzgeber verfolgt, kann damit letztlich nur der kulturgeschichtlichen

[469] Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; Fichte, Reden an die Deutsche Nation.
[470] Grimm, Von der Poesie im Recht, S. 48.

Tradition des jeweiligen Volkes entnommen werden.[471] Um das Recht also in seiner ganzen Bedeutung fassen zu können, ist es erforderlich, sowohl die Erkenntnisse der Rechtsgeschichte[472] als auch der Kulturgeschichte als Grundlage der Rechtsgeschichte heranzuziehen. Entsprechend setzt die Auslegung des Rechts immer ein bestimmtes Vorverständnis voraus, d.h. die Gesetzesinterpretation kann nicht an sich erfolgen, sondern setzt die Erkenntnis außerhalb des Rechts liegender Elemente voraus und resultiert aus dem „Ganzen der Weltauslegung in einer bestimmten Umwelt".[473] Für unsere Rechtsordnung hieße das folgendes: Die Normen des deutschen Bestattungsrechts dienen dem Schutz der Totenkultur, genau wie die Normen des Familienrechts dem Schutz des kulturellen Werts des gemeinschaftlichen Zusammenlebens und das Sachenrecht dem Schutz der erworbenen Güter dienen.

Auf den ersten Blick scheint dieser Ansatz zu überzeugen, erklärt er doch zweifelsfrei die Existenz der unterschiedlichen Rechtsordnungen und lässt sich auch nicht bestreiten, dass das Recht in seinem Inhalt durch zahlreiche Gegebenheiten des Volkes bestimmt wird, wie die natürliche Umwelt, die in der menschlichen Natur liegenden Bedürfnisse sowie sonstige Verhaltensdispositionen. Dementsprechend kann kaum geleugnet werden, dass das Recht Produkt der menschlichen Gesellschaft und ihrer kulturellen Entwicklung und damit ein Phänomen der menschlichen Kultur ist.[474] Entsprechend ist die rechtliche Ordnung zur Regelung des menschlichen Zusammenlebens an sich auch eine universale Kulturerscheinung, sie ist aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten allerdings gerade keine einheitliche Erscheinung.[475] Auch wenn sich die Rechtssysteme gegenseitig beeinflussen, unterscheidet sich das juristische Denken und damit auch das Recht in seinen Einzelheiten jedoch von Volk

[471] Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 8.
[472] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 123.
[473] Müller, Normstruktur und Normativität, S. 49f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 26.
[474] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 123; Mastronardi, ZaÖRV 61 (2001), 61ff.; Huber, Kulturstaat, S. 26.
[475] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 123f.

zu Volk. Überall finden sich andere Menschenbilder, die sich auch in der Ausgestaltung des Rechts widerspiegeln. Nur innerhalb dieser kulturellen Prägung verlangt die Gesellschaft vom Einzelnen ein juristisches Denken. Und diese unterschiedliche Ausprägung des Rechts gründet eben nicht nur in den unterschiedlichen ökonomischen und natürlichen Bedingungen, sondern auch und vor allem in den jeweiligen kulturellen, religiösen, moralischen und intellektuellen Traditionen.[476] Da jede Kultur in ihrer Vorstellungswelt lebt, unterscheiden sich sowohl die Ausgestaltung der Kulturen als auch die des Rechts. Entsprechend kann das Recht das ihm Vorgegebene auch nicht aus der Welt schaffen, sondern muss es hinnehmen und in sich aufnehmen.[477] Daher kann das Recht einer Gemeinschaft auch nur aus ihrer kulturellen Tradition heraus verstanden werden.[478] Das Recht in zutreffender Weise als Kulturerscheinung zu verstehen, kann jedoch nicht zu der Konsequenz führen, es aus den ihm zugrunde liegenden Traditionen heraus rechtlich bindend auszulegen. Denn bereits Kant ging zu recht davon aus, dass das Recht als etwas über den Menschen Stehendes nicht aus in den Menschen gründenden Zwecken heraus begründet werden kann, das Recht vielmehr nur unabhängig von Zweckmäßigkeitsüberlegungen fassbar ist.

Das Recht leitet sich demnach zwar aus den Wertvorstellungen und der Kultur der jeweiligen Gemeinschaft ab. Jedoch ordnet sich nicht das Recht der Kultur, sondern indem das Recht das menschliche Zusammenleben ordnet und gestaltet, ordnet sich die jeweilige Kultur dem Recht unter.[479] Hinzu kommt, dass - wie Gysin zu recht feststellt - das juristische Denken in der Praxis kaum am kulturellen Endzweck der Norm als vielmehr allein an der Frage der Verbindlichkeit der Norm und dem Gedanken der Gerechtigkeit der Rechtsanwendung ausgerichtet ist.[480] Entsprechend nehmen kulturelle Fragen im Rahmen von Rechtsüberlegungen allein den

[476] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 123ff., 150, 158.
[477] Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 36; Henkel, Rechtsphilosophie, § 16.
[478] Gephart, Recht als Kultur, S. 290.
[479] Gysin, Recht und Kultur, S. 29, 45.
[480] Gysin, Recht und Kultur, S. 21ff., 27.

Status von außerrechtlichen Vorfragen ein.[481] Daher ist das Recht nicht kulturgebunden, sondern als Lösung bestimmter sozialer Probleme in hohem Maß sachgebunden.[482] Hinzu kommt, dass die Konstruktion der Annahme des Rechts als Diener der Kultur überhaupt nur bei Existenz einer Kulturidee als solcher denkbar wäre. Der deutschen Gegenwartsgesellschaft aber fehlt genau wie dem Staat die eine insgesamt beherrschende Kulturidee. In dieser Pluralität kann kein allgemeinverbindliches Recht gründen, so dass das Recht Kultur nur in sich aufnehmen, schützen und fördern und die Kultur sich damit unterordnen kann.

Da per se nur dem Recht eine Ordnungsfunktion zukommen kann, kann entsprechend das Recht nur dann die ihm zugrunde liegende Kultur in sich aufnehmen, wenn sich dem obersten Gesetz der jeweiligen Rechtsordnung - also der Verfassung - eine dem Schutz der Kultur verschriebene und damit allgemein verbindliche Norm findet. Andernfalls würde das angeblich Werthafte, dem sich das Recht unterzuordnen habe, willkürlich von den jeweiligen Machthabern hervorgebracht. Eine entsprechende Norm könnte dann die Kultur zwar wohl nicht zum alleinigen Zweck des Rechts erheben, ihr aber zumindest einen eigenen Schutzbereich gewähren. Entsprechend ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit sich in unserer Verfassung eine entsprechende Kulturkompetenznorm findet, die die Bundesrepublik zum Kulturstaat macht und ihr die Pflicht zur Sicherung der ihr zugrunde liegenden Kultur überträgt.

e) Die Bundesrepublik Deutschland als Kulturstaat

Anknüpfungspunkt einer kulturellen Bindung des Staates kann also nur die Qualifizierung des Verfassungsstaates als Kulturstaat sein. Die Frage der Kulturstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland wurde mit Ausnahme

[481] Gysin, Recht und Kultur, S. 38.
[482] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 171.

von Ernst Rudolf Huber[483] und Peter Häberle[484] bisher lediglich vereinzelt einer näheren Prüfung unterzogen.[485] Geht es um die Frage, ob die Bundesrepublik ein Kulturstaat ist, kann dies nur durch eine Untersuchung ihrer Verfassung auf eine Kulturstaatsklausel hin erfolgen, der eine irgend gearteten gesamtkulturelle Ausrichtung der öffentlichen Gewalt mit der Aufgabe der Pflege, des Schutzes und der Förderung der Kultur zu entnehmen ist. Nur wenn eine solche - möglicherweise sogar in der Form einer Staatszielbestimmung - dem Grundgesetz zu entnehmen ist, ist der Staat zum Dienste an der Kultur verpflichtet und unter Umständen in einem zweiten Schritt auch an die abendländische Bestattungskultur gebunden. Entsprechend ist zunächst zu prüfen, ob es einen solchen verfassungsrechtlichen Kulturauftrag gibt, die Bundesrepublik also ein Kulturstaat ist.

Stellt sich die Frage, ob es einen verfassungsrechtlichen Kulturstaatsauftrag gibt, ist zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Kulturstaats erforderlich. Eine gesetzliche Bestimmung dessen, was unter einem Kulturstaat zu verstehen ist, findet sich nicht. Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch heraus lassen sich gleichfalls keinerlei Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung entnehmen. Fest scheint nur zu stehen, dass der Begriff des Kulturstaates ein bestimmtes Verhältnis von Kultur und Staat beschreiben will. Die Frage ist allein, welche Aufgaben sich daraus für den Staat ableiten lassen.

Der Begriff des Kulturstaates blickt auf eine lange Tradition zurück. Ursprünglich entstammt der Begriff der Zeit der Reformen des 19.

---

[483] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats.

[484] Häberle, vgl. nur: Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 329ff.; Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 1ff.

[485] Ausnahmen: Jung, Zum Kulturstaatsbegriff; Burckhardt, Planbild eines Kulturstaates; Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit; Heckel, Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat, JZ 1994, 425ff.

Jahrhunderts,[486] in der die Gesellschaft nicht nur um die Etablierung von Freiheit sowie Rechts- und Sozialstaatlichkeit rang, sondern auch um die Durchdringung des Staates mit den Bildungswerten des Humanismus und des freiheitlichen Kulturfortschritts.[487] Sozial- und Rechtsstaat haben sich inzwischen etabliert und sind unverzichtbarer Bestandteil moderner Demokratien geworden, auch im Grundgesetz sind sie in Art. 20 als Staatszielbestimmung manifestiert. Das Kulturstaatsprinzip hingegen scheint in Vergessenheit geraten zu sein. Jedenfalls findet es sich in Art. 20 GG nicht wieder.

Entsprechend haben Einzelne bereits früh den Versuch einer näheren Begriffsbestimmung unternommen. In der älteren Literatur finden sich zahlreiche Ansätze einer Auseinandersetzung mit dem Begriff des Kulturstaates. Hervorzuheben sind insoweit vor allem die Überlegungen Hubers: „Der moderne Staat [...] ist vielmehr ‚Kulturstaat' vor allem im ethischen Sinn: Kraft seines Wesens wohnt ihm der ‚Kulturauftrag' inne, die in ihm vereinten Kräfte zur Wahrung der Entfaltung der Güter einzusetzen, in denen das menschliche Dasein zu Wert und Würde gelangt."[488] Koellreuter meint: „Aufgabe der innenpolitischen Entwicklung in einem modernen Kulturstaat ist die Entwicklung und der Schutz der menschlichen Persönlichkeit."[489] Nawiasky geht davon aus, dass Zweck des Wohlfahrtsstaates die Daseinsvorsorge für alle Bevölkerungsschichten und die Hebung ihres kulturellen Niveaus ist.[490] Sauer hingegen meint, der Staat sei Kulturstaat, wenn er „die kulturelle Entfaltung der Nation ermöglichen, erleichtern und unterstützen, also mittelbar an der Schaffung von Kulturwerten selbst mitwirken soll."[491]

---

[486] Fichte, Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters, in: Fichte (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. VII, S. 189, 200f.; Baur, Die Geschichte des Wortes ‚Kultur' und seiner Zusammensetzung; Jung, Die Entwicklung des Kulturstaatsbegriffs von J.G. Fichte bis zur Gegenwart; ders., Zum Kulturstaatsbegriff.

[487] umfassender Überblick über die Historie: Jung, Die Entwicklung des Kulturstaatsbegriffs; Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 45ff., 46, 47.

[488] Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI, S. 855.

[489] zitiert aus Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, S. 159.

[490] zitiert aus Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, S. 159.

[491] zitiert aus Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, S. 159.

In der neueren Rechtswissenschaft wurden keinerlei Versuche einer Begriffsbestimmung mehr unternommen. Während die Rechtsprechung gänzlich schweigt, finden sich in der Literatur nur noch floskelhafte, nichts sagende Umschreibungen, die die besondere Bedeutung der Kulturstaatlichkeit für hochentwickelte Zivilisationen hervorheben. So konstatiert Stern: „Trotz aller Respektierung der Staatsfreiheit der Kultur hat sich der moderne Staat denn auch als Kulturstaat begriffen [...] Kultur wurde jedenfalls seit dem Beginn des 19. Jh. als Auftrag auch des Staates verstanden."[492] Steiner meint, es handele sich um die kulturelle Seite des Staates.[493] Häberle stellt schlicht fest, dass auch die Staatsziele des „sozialen Rechtsstaats" und „Kulturstaates" in ihren grundsätzlichen Inhalten „Konsequenzen" des verfassungsstaatlichen Auftrags zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde seien.[494]

Im Übrigen scheint die Wissenschaft davon auszugehen, dass der Begriff des Kulturstaates sich aus sich selbst heraus erklärt. Ein Trugschluss - das er dies nicht tut, beweisen bereits die nebulösen Nichtbegriffsbestimmungen der Wissenschaft. Ungeachtet dessen geht aber die ganz überwiegende Mehrheit heute davon aus, dass die Bundesrepublik ein Kulturstaat ist, allerdings ganz überwiegend ohne einen Versuch der Erklärung.[495] Dass in Deutschland wie in nahezu allen Staaten dieser Welt Kultur eine große Rolle spielt, steht außer Frage. Zu denken ist nur an die ausgeprägte Kunstszene oder den Bildungs- und Wissenschaftsstandort Deutschland. Aber ist ein Staat wie Deutschland nun bereits als „Volk der Dichter und Denker" ein Kulturstaat? Oder ist ein Staat erst dann ein Kulturstaat, wenn er eine Staatskultur, im Sinne einer einzigen, staatlich legitmierten Kultur, hat?

---

[492] Stern, Staatsrecht III/1, S. 884.
[493] Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 5ff., 38.
[494] Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HbdStR I, § 20 Rn. 60.
[495] vgl. nur Robbers, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 7 Rn. 176.

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit dem Grundgesetz ein verfassungsrechtlich bindender Kulturstaatsauftrag zu entnehmen ist.

(1) Wortlaut des Grundgesetzes

Weder im Text des Grundgesetzes noch in seiner Präambel findet sich ein staatlicher Kulturförder- oder -schutzauftrag, auch nicht in der Aufzählung der Staatszielbestimmung des Art. 20 GG. Aber nicht nur das; obwohl sich der Staat tatsächlich erheblich kulturell betätigt, was ein Blick in die Haushaltspläne bestätigt, taucht das Wort „Kultur" nicht im Grundgesetz auf.

(2) Wille der Verfassungsgeber und Systematik

Dass dem Wortlaut des Grundgesetzes kein staatlicher Kulturauftrag zu entnehmen ist,[496] entspricht dem ausdrücklichen Willen der Verfassungsgeber. Die Väter des Grundgesetzes wollten sich stärker als noch die Weimarer Reichsverfassung von verbindlichen kulturpolitischen Programmen distanzieren. In Art. 142 WRV hieß es insoweit noch: „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei. Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil." Grund für die Ablehnung eines verfassungsrechtlichen Kulturauftrags waren die Erfahrungen der nationalsozialistischen Staatskultur. Die Einverleibung der Kultur und der Gesinnung in die NS-Diktatur hat die Angst der Verfassungsgeber vor einer erneuten Zwangskultur genährt und die Idee des Kulturstaats und des Kulturverfassungsrechts stark belastet.[497] Entsprechend sollte es 1949 allein darum gehen, die Autonomie des geistigen und kulturellen Lebens in

[496] anders: Art. 151 EGV (Abs. 1, 2: Unterstützung von Fördermaßnahmen, die EU-Projekte unterstützen, Abs. 4: Kulturverträglichkeitsklausel, aber Abs. 5: Subsidiaritätsprinzip), Art. 87 Abs. 1, 3: Beihilfenrecht; Verfassung des Königreichs Spanien vom 29.12.1978, Verfassung des Königreichs Schweden vom 28.02.1974, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, Verfassung der Republik Polen vom 02.04.1997.

[497] Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Problem, S. 257.

Deutschland wiederherzustellen, so dass sich die Besatzungsmächte gegen die Zuordnung von kulturellen Befugnissen an den Bund ausgesprochen haben[498] und die Beratungen des Parlamentarischen Rates dem gefolgt sind[499]. Der Wille der Verfassungsgeber spiegelt sich entsprechend in der gesamten Systematik des Grundgesetzes wider. Die Kulturhoheit der Länder gem. Art. 30, 70 GG ist entscheidendes Merkmal der Bundesstaatlichkeit im Sinn von Art. 20 GG.[500] Der Kulturbereich gehört zum „Hausgut der Länder"[501] und ist damit ein „Pfeiler des Bundesstaates".[502] Entsprechend könnte allein über einen Kulturstaatsauftrag der Länder,[503] nicht aber des Bundes nachgedacht werden. Im Grundgesetz selbst finden sich nur einzelne Normen mit einem Kulturbezug.

---

498 Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda u.a. (Hrsg.), HdbVerfR, § 25 Rn. 52.

499 anders Art. 18 Abs. 1 Verfassung der DDR: „Die sozialistische Nationalkultur gehört zu den Grundlagen der sozialistischen Gesellschaft. Die Deutsche Demokratische Republik fördert und schützt die sozialistische Kultur, [...] . Sie bekämpft die imperialistische Unkultur, [...] . Die sozialistische Gesellschaft [...] pflegt alle humanistischen Werte des nationalen Kulturerbes und der Weltkultur [...]." In der Bundesrepublik hat sich eine von der Bundesregierung in den Jahren 1981-1983 eingesetzte Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge" für die Aufnahme einer Kulturstaatsklausel in die Verfassung ausgesprochen. Art. 35 des Einigungsvertrags bezeichnete das vereinte Deutschland als Kulturstaat, nach einer Anhörung im Jahr 1992 wurde die Aufnahme einer entsprechenden Staatszielbestimmung in das Grundgesetz jedoch abgelehnt (BT-Drs.15/5560, S. 3).

500 BVerfGE 6, 309, 346f.; 87, 181, 196f.

501 BVerfGE 34, 9, 19f.

502 Häberle, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 1ff., 49.

503 explizite Kulturstaatsklausel nur in Art. 3 BayVerf; Kulturschutz- und -förderklausel in: Art. 2 Abs. 1, 34 Abs. 2 BrandVerf, Art. 16 Abs. 1 S. 1 MVP Vverf, Art. 6 Nds.Verf, Art. 18 Verf NW, Art. 1 S. 2 Sächs.Verf, Art. 36 Abs. 1 SaAnhVerf, Art. 30 Abs. 1 ThürVerf, Art. 40 RhPfVerf; nur Kulturförderklauseln in: Art. 34 SaarlVerf, Art. 9 Abs. 3 SchlHVerf, in den Ländern Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg und Hessen fehlt jegliche Regelung zum Schutz bestehender Kulturgüter. Die Festschreibung einer Staatszielbestimmung zugunsten der Kultur darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Einzelheiten der Wirkung des Staatsauftrages damit noch nicht feststehen und es eigentlich kaum griffige Vorstellungen über ihren Inhalt gibt (Jung, Zum Kulturstaatsbegriff, S. 79ff.). Einige meinen, die Kulturstaatsklauseln seien die Absage an den Materialismus (Schweiger, in: Nawiasky u.a. (Hrsg.), BV, Art. 3 Rn. 13), andere gehen davon aus, durch sie werde die staatliche Aufgabe zur Pflege der kulturellen Güter und des Schutzes des kulturellen Erbes begründet (Meder, in: Nawiasky u.a. (Hrsg.), BV, Art. 3 Rn. 21 (zitiert aus Geis, Kulturstaat und kulturelle Freiheit S. 157). Auch der Rechtsprechung sind keinerlei konkrete Anhaltspunkte im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Kulturstaatsklausel zu entnehmen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ging ursprünglich noch davon aus, die Kulturstaatsklausel stelle objektives Recht dar (BayVerfGH N.F. 3, S. 15ff., 28). Später relativierte er seine Ansicht und ließ es in einer späteren Entscheidung offen, ob es sich bei der Kulturstaatklausel um eine staatliche Aufgabe oder nur ein politisches Programm handelt (BayVerfGH N.F. 13, S. 109ff., 125; BayVerfGH N.F. 23, 32ff., 44; BayVerfGH N.F. 28, 107ff., 118). Uneinigkeiten bestehen über den genauen Umfang der staatlichen Bindung, die in dem Fehlen einer Art. 1 Abs. 3 GG vergleichbaren Regelung gründet. Entsprechend reichen die Ansätze von der Annahme einer hohen Verbindlichkeit bis hin zu der Annahme einer kaum vorhandenen Bindungskraft (Müller, Normstruktur und Normativität, S. 13). Offen ist auch, welche Wertigkeit dem Kulturstaat neben den übrigen Staatszielbestimmungen zukommt. Entsprechend steht fest, dass eine solch karge Kulturstaatsklausel der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf, um mehr als nur punktuelle Wirkungen zu erzielen (Pieroth/Siegert, Staatszielbestimmungen, RdJB 1994, 438ff., 442).

Allerdings enthält das Grundgesetz zahlreiche Grundrechte mit kulturellem Gehalt. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Manifestation zumindest einzelner Kulturbereiche wie der Freiheit der Wissenschaft, der Forschung und Lehre sowie der Kunst-, Religions-, Meinungs-, Rundfunk- und Presse- sowie Bildungsfreiheit, liegt für Einzelne der Schluss nahe, der exemplarischen Aufzählung sei ein allgemeiner Verfassungsauftrag zu entnehmen.[504]

Vor allem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts übernimmt Art. 5 Abs. 3 GG die Rolle der gesamtverfassungsrechtlichen Kulturstaatsklausel. „Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie (Art. 5 Abs. 3 GG) dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern."[505]

Als Vertreter eines so verstandenen Kulturstaates hat das Bundesverfassungsgericht dann auch in einigen seiner frühen Entscheidungen Dienst an der aus seiner Sicht zu schützenden Kultur getan und den Schutzbereich der Glaubensfreiheit begrenzt. Geschützt sei danach „nur diejenige (glaubensbegleitende Handlung), die sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet hat"[506] oder sich „im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker [...]" bewegt.[507]

Auffällig ist an diesen Entscheidungen der Verzicht auf jede dogmatische Begründung der bundesrepublikanischen Kulturstaatlichkeit. Dies verwundert allerdings nicht mehr, wenn man berücksichtigt, dass das

[504] so für Art. 5 Abs. 3 GG: Benda, Die Kunstfreiheit und ihre Grenzen, Die Neue Ordnung, 36 (1982), 345ff., 348; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 (Bearb. 1977) Rn. 7f.; Heckel, Staat-Kirche-Kunst, S. 90ff.
[505] BVerfGE 36, 321, 331; 35, 79, 114; 44, 103, 104.
[506] BVerfGE 12, 1, 4.
[507] BVerfGE 24, 236, 246.

Bundesverfassungsgericht die Begriffe des Kulturstaates oder der „Kulturvölker" in keiner seiner weiteren Entscheidungen noch einmal verwandt hat. Ganz offensichtlich hat das Gericht seine eigene Konstruktion nicht lange überzeugt. Zu recht, denn weder Art. 5 Abs. 3 GG noch Art. 4, Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1, Art. 7 oder Art. 9 GG kann ein umfassender Kulturstaatsauftrag entnommen werden. Jene kulturgeprägten Grundrechte schützen vielleicht entscheidende Kulturbereiche, wie Kunst oder Wissenschaft, nicht aber die Kultur als solche, die, wie oben gesehen, weit über diese Bereiche hinausgeht.[508]

Dass jenen Normen auch objektiv-rechtliche Dimensionen innewohnen mögen, kann daran nichts ändern. Die objektiv-rechtlichen Dimensionen der Grundrechte sind bezogen auf die Grundrechte in der Gestalt und mit dem normativen Gehalt, den sie in ihrer eigentlichen abwehrrechtlichen Dimension haben. Sie können die Grundrechte aber nicht umqualifizieren[509] und ihnen über ihren Schutzbereich hinausgehende Wertentscheidungen zuführen. Entsprechend lässt sich eine Kulturstaatsklausel auch nicht durch eine Addition der objektiven Gehalte der Grundrechte aus Art. 4, Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1, Art. 7 sowie 9 GG begründen. Den genannten Grundrechten kann nur ein partieller Kulturstaatsauftrag, nämlich im Hinblick auf die in den Art. 4, Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1, Art. 7 sowie 9 GG garantierten kulturellen Freiheiten, entnommen werden. Nur im Hinblick auf diese trifft den Staat über ihre objektiv-rechtlichen Dimensionen eine Schutz- und Förderpflicht.[510]

[508] Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 5ff., 8, 14f.; Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 344.
[509] vgl. nur Böckenförde, Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), 1ff., 22.
[510] vgl. nur beispielhaft eine Übersicht zu den staatlichen Pflichten im Rahmen des Art. 5 III: Pernice, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 52ff.; Hufen, Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus, BayVBl. 1985, 1ff., 4.

(3) Ableitung aus den kulturbezogenen Kompetenznormen

Entsprechend schlägt Häberle vor, einen allgemeinen staatlichen Kulturauftrag aus den kulturbezogenen Kompetenznormen der Art. 23, Art. 73 Nr. 9, Art. 74 Nr. 6 Art. 74 Abs. 1 Nr. 10, 11, 13, Art. 91 b) GG abzuleiten.[511] Zwar mögen diese Normen zeigen, dass es sich bei dem bundesstaatlichen Verfassungsstaat nicht um einen völlig kulturlosen Staat handelt. Ein allgemeiner Kulturauftrag lässt sich jedoch jenen Kompetenznormen nicht entnehmen.[512]

(4) Ableitung aus Sozialstaatsprinzip

Schließlich kann auch über eine Ableitung eines staatlichen Kulturauftrages aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG garantierten Sozialstaatsprinzip nachgedacht werden. Denn es liegt doch zumindest die Vermutung nahe, dass der verfassungsrechtliche Wohlfahrtsstaat seinen Bürgern nicht nur wirtschaftliches, sondern auch geistiges Wohl garantieren möchte. Der Sozialstaat ist die Antwort auf die infolge einer pluralistischen, technisch-industriell organisierten und arbeitsteilig gegliederten Massengesellschaft Mitte des 19. Jahrhunderts aufgetretenen sozialen Frage. Entsprechend beruht die Aufnahme des Sozialstaatsprinzips in unser Grundgesetz auf der Überzeugung der Verfassungsgeber, dass eine dauerhafte Demokratie nur auf der Basis sozialer Gerechtigkeit, Sicherheit sowie gesellschaftlicher Solidarität und Verantwortung dauerhaft bestehen kann. Das Sozialstaatsprinzip enthält nicht nur das Gebot, den Schwachen eine menschenwürdige Existenz zu sichern, sondern ihnen auch die Teilhabe an staatlichen Einrichtungen und

---

[511] Häberle, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 1ff., 37; Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda u.a. (Hrsg.), HdbVerfR, § 25 Rn. 73.

[512] vgl. näher Grimm, VVDStRL Bd. 42, 46, 63; Hufen, Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus, BayVBl. 1985, 1ff., 4.

Gütern zu ermöglichen, um unangemessene Wohlstandsdifferenzen auszugleichen.[513] Daher gilt das Sozialstaatsprinzip heute als Staatszielbestimmung mit enormer Ausstrahlungswirkung, die dem Staat nicht nur das Mandat zu einer aktiven Sozial- und Wirtschaftspolitik, der Gesundheits- und Familienpolitik, sondern auch weitergehend zu einer fördernden, planenden und erhaltenden Gesellschafts- und Kulturpolitik überträgt.[514] Kulturpolitik in diesem Zusammenhang kann aber nur im Zusammenhang mit dem aus der staatlichen Zielsetzung sozialer Gleichheit folgenden Gestaltungsauftrag zum Abbau sozialer Ungleichheit[515] verstanden werden. Sie kann damit nur bedeuten, dass dem Staat die Pflicht obliegt, jedem Bürger zur Schaffung einer umfassenden Chancengleichheit[516] einen ausreichenden Zugang zu einer sozialen Infrastruktur im Bereich der Bildung und Kultur zur Verfügung zu stellen, damit sich Fähigkeiten und Begabungen unabhängig von der sozialen Zugehörigkeit entwickeln können.[517] Eine allgemeine Pflicht des Staates, überlieferte Kultur zu schützen und entstehende Kultur zu fördern, kann daraus in keinem Fall folgen.[518] Durch den Sozialstaat verwirklicht sich nur das Bildungswesen als Teil des Kulturstaats, nicht aber der gesamte Kulturstaat an sich.

(5) Ableitung aus der Qualifizierung der Kultur als Existenzbedingung des Staates

Geht es um die Ableitbarkeit einer Kulturstaatlichkeit aus dem Grundgesetz, ist vom Sinn und Zweck des Grundgesetzes und den Existenzgrundlagen des Verfassungsstaates auszugehen. Zwar benötigt das Grundgesetz angesichts von Art. 5 GG weder für die Kunst noch für die Wissenschaft oder die Bildung einen verfassungsrechtlichen

[513] BVerfG 5, 85, 198.
[514] BVerfG 5, 85, 198; 69, 272, 314.
[515] BVerfG 5, 85, 198.
[516] BVerfG 5, 85, 206.
[517] BVerfG 31, 229, 230, 244.
[518] im Ergebnis so auch, allerdings ohne Begründung: Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 341.

Kulturstaatsauftrag. Legt man jedoch den oben genannten Kulturbegriff zugrunde und fasst unter Kultur alles, was die Lebensweise einer Gesellschaft prägt, also die gesamte Weise zu denken, zu fühlen und zu handeln, die von Generation von Generation weitergegeben werden, also letztlich alle Normen, Traditionen und Werte, wird schnell deutlich, dass der Schutz und die Förderung jener unstreitig kulturellen Elemente durch die kulturell geprägten Grundrechte schnell an ihre Grenzen stoßen und damit der Kultur als der Grundlage einer Gesellschaft und des Staates nicht gerecht werden können.

Daraus ergibt sich die zwingende Notwendigkeit eines verfassungsrechtlichen Kulturstaatsprinzips. Andernfalls kann weder die Würde des Menschen garantiert noch der Staat dauerhaft aufrechterhalten werden.

Art. 1 GG macht die Unverletzlichkeit der Würde des Menschen zum Konstitutionsprinzip der gesamten Verfassung. Die Würde des Menschen und die sich aus ihr weiter ergebenden Grundrechte, verstanden als Wahrung der Freiheit, Personalität und Selbstbestimmung des Einzelnen, werden damit zum zentralen Funktionsprinzip der Verfassung. Die Realisierung der Individualität und Personalität der menschlichen Existenz ist jedoch nicht naturgegeben, sondern hängt vor allem von dem jeweiligen kulturellen Entwicklungsstand der Gesellschaft ab.

Eine Verfassung, die keinen umfassenden Kulturauftrag im engeren Sinn enthält, sondern auf einem offenen Kulturkonzept beruht, das nur einzelne kulturelle Grundfreiheiten garantiert und damit zwar einzelne geistige Bereiche des Lebens wie die Kunst oder Wissenschaft sichert, und nur aufgrund eines etwaigen Selbstverständnisses eine umfassende Kulturförderung und einen Kulturschutz betreibt, verharrt in sich selbst und kann den erreichten kulturellen Standard und damit ihre eigene Existenzgrundlage auf Dauer nicht sichern. Sie wird dementsprechend

auch der manifestierten Würdegarantie nicht gerecht werden. Auch das heute unstreitig zu bejahende Selbstverständnis der Bundesrepublik als Kulturstaat aus ihrer historischen Tradition heraus [519] kann dem nicht gerecht werden.

Nicht nur die Würde des Einzelnen, sondern vor allem das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen setzt eine kulturelle Basis voraus. Den Verfassungsgebern ging es darum, ein lebensfähiges, funktionierendes und freiheitliches Staatengebilde zu schaffen. Per Gesetz verordnen ließ und lässt sich dies nicht. Staatsbildend allein ist das Volk.[520] Ohne ein Volk kann kein Staat existieren. Dementsprechend geht die Staatslehre heute noch immer mit Jellinek von der Drei-Elementen-Lehre aus: Der moderne Staat qualifiziert sich als solcher nicht per se, sondern erst durch das Zusammenspiel von Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt.[521] Über das, was ein Volk ausmacht, gibt es in der Staatslehre verschiedene Ansichten. Einigkeit besteht aber insoweit, dass Grundvoraussetzung eines jeden Volkes die Einheit der Einzelnen, also eine kollektive Identität ist, d.h. ein Volk entsteht erst dann, wenn sich viele einzelne Individuen entschließen, sich aufgrund wechselseitiger Verträge zu einem Verband zusammenschließen, um sich zur Wahrung ihrer Belange eine Herrschaftsorganisation zu schaffen und sich dieser zu unterwerfen.[522]

Die Bereitschaft Einzelner, sich zu einem Volk zu vereinigen, ist allerdings nicht naturgegeben. Vielmehr ist sie das Ergebnis einer zivilisatorischen Entwicklung, die zahlreicher objektiver Faktoren bedarf, die schließlich den Willen der Einzelnen formen, Teil einer Gefahren- und

[519] Häberle, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 1ff., 35, 53; Kirchhof, Die Garantie der Kunstfreiheit im Steuerstaat des Grundgesetzes, NJW 1985, 225ff., 231.

[520] Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HbdStR I, § 14 Rn. 1; im Ergebnis auch BVerfGE 2, 266, 277; 3, 58, 88f.; 36, 1, 16f.

[521] vgl. statt vieler Zippelius; Allgemeine Staatslehre, S. 46ff.

[522] Samuel von Pufendorf, zitiert aus: Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HbdStR I, § 13 Rn. 110ff.

Schicksalsgemeinschaft zu werden. Dazu zählen neben der geographischen Lage, den natürlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen sowie der geschichtlichen Herkunft vor allem die Kultur und die Sitten.[523] Insoweit kommt dem Faktor Kultur nicht nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Kultur ist vielmehr Kern einer jeden Zivilisation und entsprechend eine der wesentlichen Grundvoraussetzungen für das Selbstverständnis einer Gemeinschaft als Volk und damit für das Funktionieren des Staates überhaupt. Denn erst Religion, Moral, soziale Umgangsformen und Traditionen sind es, die das gesellschaftliche Zusammenleben von Menschen zu einem solchen machen, denn erst sie ermöglichen sinnhaftes und vor allem soziales und gemeinschaftsbezogenes Handeln.[524] Entsprechend gründet auch ein nationales Zusammengehörigkeitsgefühl eines Volkes keineswegs nur in der gemeinsamen Abstammung, sondern beruht gerade auch und vor allem darauf, dass Menschen über Generationen hinweg erst aufgrund einer gemeinsam gelebten Kultur zur Gemeinschaft werden.[525]

Insoweit ist der Begriff der Kultur eng mit dem der kulturellen Identität eines Volkes verbunden. Die kulturelle Identität ist der Ausdruck eines bestimmten Lebensstils der Mitglieder eines Volkes, der historisch gewachsen und in einer gewissen Zeitspanne unverkennbar dieser einen Volksgruppe zuzuordnen ist.[526] Die kulturelle Identität ist also letztlich das Zugehörigkeitsgefühl eines Individuums oder einer soziologischen Gruppe zu einem bestimmten kulturellen Kollektiv. Identitätsstiftend ist insoweit die Vorstellung, sich von einem Individuum oder einer anderen Gruppe kulturell zu unterscheiden, sei es durch Sitten, Gebräuche oder sonstige Aspekte der Lebenswelt. Die kulturelle Identität eines Volkes ist nichts Starres, sondern für die Zukunft durch innere und äußere Faktoren

[523] Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HbdStR I, § 13 Rn. 111; Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HbdStR I, § 14 Rn. 8.
[524] im Ergebnis ähnlich Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL Bd. 42 (1984), 45ff., 46, 61.
[525] Zippelius, Allgemeine Staatslehre, S. 73.
[526] Puppe, Die kulturelle Identität der Deutschen, S. 7.

wandelbar.[527] Die kulturelle Entwicklung und damit auch die kulturelle Identität werden zum einen durch sich verändernde Wertvorstellungen in der Gesellschaft als auch durch die Begegnung mit anderen Kulturen vorangetrieben.[528] Damit ist es letztlich die Kultur, die mit ihren Werten den Staat im Innersten zusammenhält. Staat und Kultur sind also untrennbar miteinander verbunden. Will der Staat sich auf Dauer selbst erhalten, muss er bestehende Kulturtraditionen wahren, die Entstehung neuer fördern und so die Existenz einer kollektiven (kulturellen) Identität sicherstellen. Eine Gesellschaft ohne Kultur wäre dem Untergang geweiht. Dass der Staat bereits seiner Idee nach immer Kulturstaat sein muss, ist im Übrigen die staatstheoretische Überzeugung seit der Antike[529]. Und auch die Kultur bedarf des Staates. Kulturelle Normen und Werte erlangen nur dann tatsächliche Geltung, wenn sie individuell verinnerlicht und sozial institutionalisiert sind. Dazu fehlen ihnen allein jedoch das Vermögen, insoweit bedürfen sie staatlicher Hilfe.[530]

Kultur und Staat haben also nicht nur ein gegenseitiges Interesse an einem fruchtbarem Zusammenwirken. Vielmehr ist es so, dass sie einander bedingen.[531] Entsprechend ergibt sich eine Kulturstaatsklausel im Sinne einer ungeschriebenen Staatszielbestimmung unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG[532] und Art. 20 Abs. 3 GG, sie liegt diesen Normen immanent zugrunde, ohne dass es einer ausdrücklichen Manifestation bedurfte.[533] Damit begründet das so gewonnene verfassungsrechtliche Kulturstaatsprinzip auf der Ebene des Bundes, der Länder und der Kommunen Handlungspflichten und Auslegungsmaßstäbe für Gesetzgebung, -vollziehung und Rechtsprechung, Kultur zu schützen und

[527] Puppe, Die kulturelle Identität der Deutschen, S. 7.
[528] Puppe, Die kulturelle Identität der Deutschen, S. 8.
[529] Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda u.a. (Hrsg.), HbdVerfR, § 25.
[530] so auch Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, 46, 63.
[531] so auch Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 6.
[532] im Ergebnis so auch: Blankenagel, Tradition und Verfassung, S. 230; Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 42, 45ff., 67; ähnlich: Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat, S. 179ff.
[533] Puppe, Die kulturelle Identität der Deutschen, S. 37, die davon ausgeht, dass die Ausgestaltung der Kulturstaatlichkeit den jeweiligen Machthabern obliegt; a.A. Dolderer, objektive Grundrechtsgehalte, S. 341

zu fördern, allerdings ohne Grundlage eines konkreten subjektiv-öffentlichen Anspruchs zu sein und ohne ungeschriebene Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen zu begründen; insoweit verbleibt es bei der Kompetenzordnung des Grundgesetzes. Damit gehören zu den staatlichen Diensten an der Kultur sowohl die Förderung als auch der Schutz, die Pflege und die Vermittlung von Kultur. Der Schutz der Kultur dient der Abwehr von staatlichen und gesellschaftlichen Eingriffen in die Kultur. Pflege der Kultur verlangt, überlieferte Kulturgüter durch Gesetze und öffentliche Einrichtungen vor Verfall, Zerstörung und Versinken in der Vergessenheit zu bewahren. Der Vermittlung von Kultur dient es, den überlieferten Bestand an Kulturgütern der Allgemeinheit zugänglich zu machen.[534]

Eines wird deutlich: Die Pflichten des Staates im Hinblick auf die Kulturförderung sind vielfältig und umfangreich, verleihen ihm aber auch eine ungeheure Macht und Einflussnahme, hängt es doch letztlich von der schwerpunktmäßigen Förderung des Staates ab, durch welchen Geist die Kultur einer Epoche nachhaltig geprägt wird.[535] Ein entscheidender Aspekt der Kulturstaatlichkeit ist also die staatliche Kulturgestaltungsmacht, ist doch die Ausrichtung der Förderung, Pflege und Vermittlung von Kultur nichts anderes als die Einflussnahme auf den Gegenstand Kultur, denn der Staat muss sich entscheiden, was er als Kultur im Sinne seiner Kulturpolitik und damit als förder- und schützenswert ansieht.[536] „Denn beim Verzicht des Staates auf jeden kulturdifferenzierenden Eingriff [...] ergäbe sich gewiss alles andere als ein Gleichstand der ‚Fakultäten'[...]. Das wilde Wachstum ergäbe eine unerträgliche Disproportionalität innerhalb der Kultur; die gärtnerisch pflegende Hand des Staates muss gegenüber solchen Wucherungs- und Kümmerungserscheinungen eingreifen, da Kultur-Disharmonie nichts anderes als ein extremer Fall von

[534] Huber, Zur Problematik des Kulturstaates, S. 12.
[535] so auch Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 16.
[536] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 131ff.

Unkultur ist. [...] Ohne differenzierende Rangordnung ist Kultur nicht denkbar."[537]

f) Bindung der Verfassung an eine abendländische Kultur

Steht nun fest, dass der Verfassung mittelbar ein Kulturstaatsprinzip zu entnehmen ist, das Recht die Kultur also in sich aufnimmt, der Staat aber - folgt man zumindest Huber - auch nicht jede Kultur gleich absorbieren kann, stellt sich im Folgenden die Frage, inwieweit sich der Verfassung eine spezifische Bindung an die angesichts unseres Kulturkreises naheliegende christlich-abendländische Kultur entnehmen lässt. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit sich die Verfassung - und damit vor allem auch die Würdegarantie des Art. 1 GG - für oder gegen die Festlegung auf die abendländische Kultur als im Wesentlichen homogene, verfassungsprägende Kultur oder aber für eine heterogene kulturelle Varianz entschieden hat. Eine verfassungsrechtliche Festlegung auf die Tradition des Abendlandes scheint offensichtlich und auf der Hand zu liegen. So spricht die Präambel des Grundgesetzes immerhin von der „Verantwortung vor Gott" und angesichts des historischen Hintergrunds des Verfassungsgebers ist die Vermutung, dass es sich hierbei um den christlichen Gott handelt, nicht abwegig. Die Vorstellung der Existenz eines christlich geprägten Gemeinwesens[538] wird umso wahrscheinlicher, wenn man die grundgesetzlich, auf die christliche Tradition zurückgehende Sonn- und Feiertagsgarantie oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau berücksichtigt oder die jeweiligen Landesverfassungen heranzieht, die vom christlichen Sittengesetz[539] und dem Gebot der christlichen Nächstenliebe[540] sprechen. Ein sachgerechtes Ergebnis kann jedoch nicht

[537] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, S. 134.
[538] Behrendt, Gott im Grundgesetz, S. 278ff.; BVerfGE 33, 23, 39ff. SoVo v. Schlabrendorff; bereits v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, S. 264.
[539] Art. 1 Abs. 1 LV BW, Art. 26 Abs. 1 S. 2 LV Saarland.
[540] Art. 12 Abs. 1 LV BW.

an dieser Stelle stehen bleiben, sondern lässt sich allein aus einer umfassenden Auslegung der Verfassung gewinnen.

(1) Historische Auslegung im engeren Sinn

Im Rahmen der Verfassungsauslegung stellt das Bundesverfassungsgericht auf den objektivierten Willen des Gesetzgebers ab[541]: „Während die ‚subjektive' Theorie auf den historischen Willen des ‚Gesetzgebers' = Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der ‚objektiven' Theorie, [...] der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers" entscheidend.[542] Das Bundesverfassungsgericht führt die Überlegungen des historischen Gesetzgebers als einen Gesichtspunkt unter vielen an,[543] geht aber davon aus, dass die Entstehungsgeschichte bei neueren Gesetzen unbedenklich herangezogen werden kann, wenn der Sinn der Gesetzes dunkel ist.[544] Anders bei älteren Gesetzen,[545] wo sich ein entsprechender Rückgriff verbietet, es sei denn, es handelt sich um eine besonders traditionell geprägte Gesetzesmaterie.[546] Davon ausgehend stünde fest, dass die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes im Hinblick auf die vom Verfassungsgeber nachweisbar berücksichtigten kulturellen Traditionen in jedem Fall im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen ist. Und zwar sei es, weil der Rechtsanwender angesichts der nur knapp 60-jährigen Tradition des Grundgesetzes von einem jüngeren Gesetz ausgehen muss, oder sei es, weil aufgrund eben jener Tradition von einem älteren, aber vor allem im Hinblick auf die Würdegarantie traditionsgeprägten Normenkomplex auszugehen ist. Allerdings steht bei einem Blick in die Aufzeichnungen des Parlamentarischen Rates schnell fest, dass sich der Verfassungsgeber keinerlei Gedanken über die Frage

[541] BVerfGE 1, 299, 312; 6, 389, 431; 8, 1, 20; 51, 77, 94.
[542] Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 210f.
[543] BVerfGE 1, 167, 175; 2, 380, 300; 35, 79, 119; 39, 1, 38.
[544] BVerfGE 1, 117, 127; 27, 71, 84.
[545] BVerfGE 34, 269, 288.
[546] BVerfGE 33, 125, 152; 4, 387, 401; 7, 29, 44; 28, 21, 32.

einer Bindung der Verfassung an die abendländischen Traditionen gemacht hat. Entsprechend kann die Entstehensgeschichte im engeren Sinn keinerlei Auslegungsergebnisse liefern.

(2) Vorverfassungsmäßiges Gesamtbild

Zu einem anderen Ergebnis könnte man aber unter Umständen dann gelangen, wenn die abendländische Kultur und damit auch der abendländische Totenkult als kulturgeschichtliche, identitätsstiftende Grundlage der bundesrepublikanischen Gesellschaft als quasi vorverfassungsmäßiges Gesamtbild bzw. vorverfassungsmäßige Praxis per se, ohne ausdrückliche Erwähnung des Verfassungsgebers Eingang in die Verfassung gefunden haben und entsprechend im Rahmen einer Auslegung aus der Geschichte heraus zu berücksichtigen wären. Die Theorie der Interpretation im Sinne des vorrechtlichen Gesamtbildes geht auf Nawiasky zurück. Nawiasky geht davon aus, dass dem Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzgebung ein Gesamtbild einer zu schaffenden Ordnung vorschwebe, das den Sinn hat, die Verwirklichung des tragenden Gesetzesgedankens zu sichern. Entsprechend läge eine sachgerechte Auslegung der Norm erst dann vor, wenn das gefundene Resultat durch die Grundvorstellung des Rechtssetzers bestätigt wird.[547] Darauf aufbauend stellten auch bereits Heller, Vecchio, Ehrlich und Schmitt auf vor dem positiven Recht stehende Rechtsgrundsätze ab.[548]

Das Bundesverfassungsgericht hat sich diesen Ansatz eines in der Situation des Verfassungsgebers existenten Orientierungsrahmens in Gestalt eines nicht geschriebenen Grundgedankens in einigen seiner Entscheidungen zu eigen gemacht und wie folgt formuliert: „Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen

[547] Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 137ff.
[548] Heller, Staatslehre, S. 257; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 70ff., 92ff.; de Vecchio, Die Grundprinzipien des Rechts, S. 25f., 60f.; Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 393ff.; Schmitt, Verfassungslehre, S. 23ff.

Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundätzen und Leitideen, die der Verfassungsgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz geprägt hat."[549]

Problematisch an diesem Ansatz ist allein, dass eine Berücksichtigung vorrechtlicher Grundvorstellungen die Maxime von der Auslegung nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers negiert, ohne für diese Abweichung eine dogmatische Rechtfertigung zu liefern, denn von welchem vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild der Verfassungsgeber ausging, lässt sich nur mit Hilfe seines subjektiven Willens beurteilen.[550] Entsprechend bleibt dogmatisch nur die Möglichkeit, das verfassungsrechtliche Vorverständnis mittels der herkömmlichen Auslegungsmethoden zu ermitteln.[551] Entsprechend könnten vorverfassungsrechtliche Bedingungen ausgehend von der Theorie des objektivierten Willens des Verfassungsgebers im Rahmen der Verfassungsauslegung nur dann Berücksichtigung finden, wenn es sich dabei um eine Tradition handelt, deren Rezeption in der Verfassung zum einen nachweislich auf dem Willen des Verfassungsgebers beruht und zudem deren Objektivierung in der Verfassung erfolgt ist.[552] Da sich dies im Hinblick auf die Traditionen des Abendlandes nach dem oben Gesagten nicht bejahen lässt, wäre nach diesem Ansatz eine kulturspezifische Auslegung der Würdegarantie nicht möglich. Da diese Interpretationsmethode jedoch, wie oben gesehen, abzulehnen ist, kann

[549] BVerfGE 2, 380, 403 (Rechtsstaatsprinzip als Leitidee); 9, 89, 96; 25, 269, 290; 56, 22, 24, 28; BayVerfGH N.F. E 4, 251, 276; 2, 181, 207; 8, 11, 20; so auch: Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation VVDStRL 20 (1963), 53ff., 70; Stern, Interpretation - eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, NJW 1958, 695ff.

[550] kritisch auch Gramlich, Abschied vom „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild", DVBl. 1980, 531ff., 536; Ossenbühl, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649ff., 656.

[551] Ossenbühl, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649ff., 656.

[552] so auch Blankenagel, Tradition und Verfassung, S. 163; Ossenbühl, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649ff., 656.

sie auch nicht durch eine Berücksichtigung wie auch immer gearteter außerrechtlicher, subjektiver Annahmen gerechtfertigt werden.[553]

(3) Abendländische Ausrichtung des Grundgesetzes - humanistisches Menschenbild

Eine Bindung an die abendländische Kultur ließe sich unter Umständen mit einem Rückgriff auf ein bestimmtes, abendländisch-ethisch geprägtes, der Verfassung zugrunde liegendes Bild vom Menschen begründen. Liegt der Verfassung mit unbestreitbarer Gültigkeit ein abendländisches Menschenbild zugrunde, ließe sich daraus möglicherweise auch auf eine abendländische Ausrichtung des Grundgesetzes und damit eine Manifestation der abendländischen Bestattungskultur schlussfolgern. Dass umstritten ist, ob dem Grundgesetz überhaupt ein bestimmtes Menschenbild zugrunde liegt, aber insoweit Einigkeit besteht, dass das selbstbestimmte Individuum im Mittelpunkt des Grundgesetzes steht, wurde bereits aufgezeigt.

Fest steht auch, dass dieses von Freiheit und Verantwortlichkeit sowie Würde der Person geprägte Menschenbild eine lange Geschichte hat und sowohl in der jüdisch-christlichen Überlieferung, wonach Gott den Menschen nach seinem Bilde geschaffen habe,[554] als auch in den grundlegenden Theorien Kants: „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne."[555] sowie „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst."[556] gründet. Entsprechend kommt es im Folgenden allein darauf an, inwieweit unter Berufung auf

[553] so auch Ossenbühl, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649ff., 656; Gramlich, Abschied vom „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild", DVBl. 1980, 531ff.
[554] Gen 2, 4ff.
[555] Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1788), S. 54.
[556] Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785), S. 53.

dieses wohl unstreitig abendländisch geprägte Menschenbild eine ausreichende und bindende Rechtfertigung des Rechts möglich. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Begriff vom Menschen als der freien und verantwortlichen Persönlichkeit eine Selbstverständlichkeit und damit eine allein richtige Annahme mit absolutem Geltungsanspruch ist.

Zieht man ein herkömmliches Lexikon zu Rate, heißt es dort unter dem Stichwort „Menschenbild": „eine von bestimmten Faktoren und/oder Vorstellungen ausgehende bzw. in den Rahmen bestimmter wissenschaftl. oder weltanschaulicher Methoden oder Denksysteme gefügte Betrachtung oder Abhandlung über den Menschen."[557] Es gibt also nicht das eine Menschenbild, sondern eine Vielzahl, wobei jedes dieser Menschenbilder stets in die Rahmenbedingungen bestimmter Vorverständnisse oder wissenschaftlicher und ideologischer Zusammenhänge eingeordnet ist. Die Ausgestaltung des Menschenbildes variiert also von Epoche zu Epoche, von Kultur zu Kultur, ist also entscheidend abhängig von einer bestimmten Weltsicht. Entsprechend ist das humanistische Menschenbild keine Selbstverständlichkeit von absoluter Richtigkeit. Es ist zwar Produkt der abendländischen Tradition, für dessen Rezeption der Verfassungsgeber sich entschieden hat, doch haben die Menschen trotzdem auch andere Ansätze zur Begründung ihrer Existenz und ihres Miteinanders gefunden. Zu denken ist nur an die Diktaturen des vergangenen Jahrhunderts und ihre Vorstellung vom Menschen als willenloses Glied der Gemeinschaft. Hinzu kommt, dass sich auch andere, aus dem abendländischen Menschenbild folgende Institute im Laufe der Zeiten gewandelt haben; zu denken ist nur an das Verständnis der Grundgehalte von Freiheit, Persönlichkeit und der Würde des Menschen. Das humanistische Menschenbild ist also auch der Neuerung zugänglich und daher nichts Feststehendes.

[557] Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. XVI, S. 64.

Geht die Rechtsprechung nun davon aus, dem Grundgesetz liege ein humanistisches Menschenbild zugrunde, handelt es sich dabei also nicht um den Rückgriff auf eine klar nachweisbare und für alle Zeit feststehende Istgegebenheit oder einen sich aus sich selbst heraus rechtfertigenden und damit evidenten Tatbestand, sondern nur um das Bekenntnis zur christlich-humanistischen Tradition unseres Kulturkreises und dem *Wollen* von freien und verantwortlichen Persönlichkeiten. Aus dem alleinigen Wollen heraus lässt sich jedoch eine ethische und damit auch rechtliche Verbindlichkeit von unbestreitbarer Gültigkeit nicht rechtfertigen, so dass weder das humanistische Menschenbild als Gewolltes noch ein daraus möglicherweise abendländisch geprägter Umgang mit dem menschlichen Leichnam als bindend feststellbar ist.

(4) Auslegung der Verfassung durch einfaches geltendes und vorkonstitutionelles Rechts

Entsprechend stellt sich an dieser Stelle die Frage, inwieweit sich eine Bindung der Verfassung an die Tradition des Abendlandes durch eine Auslegung der Verfassungsnormen mit Hilfe des einfachen nach- und vorkonstitutionellen Rechts ergeben kann, also konkret, inwieweit es zulässig wäre, den Gehalt der postmortalen Würdegarantie durch das vorkonstitutionelle und geltende Bestattungsrecht auszulegen. Insoweit geht es um die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verfassung, die sich mit der Zulässigkeit einer Auslegung von Verfassungsnormen anhand von im Rang unter der Verfassung stehenden Normen, und zwar sowohl geltendem als auch vorkonstitutionellem einfachen Recht, befasst.[558] Kernproblem eines entsprechenden Ansatzes ist die Tatsache, dass der Gehalt der einfachgesetzlichen Normen aufgrund der Höher- und bei

[558] Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung; Burmeister, Die Verfassungsorientierung in der Gesetzesauslegung; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht; Häberle, Wesengehaltsgarantie.

vorkonstitutionellem Recht auch Neuwertigkeit der Verfassung eigentlich an der Verfassung auszurichten ist und nicht umgekehrt.

Grundlage entsprechender Überlegungen ist die Annahme, dass die Verfassung zahlreiche Rechtsgehalte aus der bei ihrem Erlass bestehenden vorkonstitutionellen und der nachkonstitutionellen Rechtsordnung übernimmt[559]. Entsprechend stelle sich die Verfassung als Zusammenfassung einer Vielzahl rechtlicher Grundvorstellungen dar, ohne deren Berücksichtigung der materielle Gehalt der Verfassung nicht sinnvoll erfasst werden könne.[560] Für die postmortale Würdegarantie hieße das folgendes: Der in den Bestattungsgesetzen abschließend festgeschriebene Umgang mit dem menschlichen Leichnam gilt heute und galt in der Vergangenheit als der Würde entsprechender Umgang mit dem menschlichen Leichnam, weil die Verfassung die offensichtliche Selbstverständlichkeit des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam nicht thematisiert hat.

So wie Einigkeit darüber besteht, dass die Verfassung durch einfache Rechtsgehalte geprägt wird, ist man sich ebenso einig darüber, dass die Verfassung auf diesen rezipierten Status quo nicht festgeschrieben werden und auch die Höherwertigkeit der Verfassungsnormen durch eine Berücksichtigung niederrangigen Rechts nicht beseitigt werden darf.[561] Wie die Prägung der Verfassung durch einfaches Recht mit der gleichzeitigen Höherwertigkeit der Verfassung zu vereinbaren ist, wird unterschiedlich, aber bisher nicht befriedigend beantwortet. Häberle bejaht eine Rezeption im Rahmen der seines Erachtens besonders geschichtlich geprägten Grundrechte, lehnt eine solche aber bei den geschichtsneutralen Verfassungsprinzipien wie dem Sozialstaatsprinzip

[559] Häberle, Die Wesengehaltsgarantie, S. 167f.

[560] Lerche, Verfassungswandel als aktuelles Politikum, S. 286; so auch: Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 18ff., 22ff., 53, 55.

[561] Lerche, Verfassungswandel als aktuelles Politikum, S. 287, 294; Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 35, 45ff., 57, 66; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 35; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie, S. 169.

ab.[562] Leisner bejaht anhand eines erarbeiteten Katalogs von Kriterien eine behutsame Rezeption,[563] Göldner geht vom Grundsatz der subsidiären richterlichen Kompetenz zur Verfassungskonkretisierung aus und gesteht dem Richter nur dann eine eigene Auslegungskompetenz zu, wenn das einfache Gesetz zur Verfassungsauslegung nicht genügt.[564] Majeweski geht von einer unterschiedlichen Rezeptionszulässigkeit je nach dem rezipierenden Grundrecht aus.[565]

Überzeugen können diese Ansätze nicht, bieten sie doch keine klare Möglichkeit, die Höherwertigkeit der Verfassung sicherzustellen. Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab sind zudem grundsätzlich identisch, mit der Folge, dass das einfache Recht die Verfassungsentscheidung vorwegnimmt.[566] Zudem schreibt eine Berücksichtigung des einfachen Rechts die Verfassungsnorm auf einen bestimmten Zeitpunkt fest, die Wandelbarkeit der Verfassungsnorm läge allein in der Hand des einfachen Gesetzgebers, sieht man von der gem. Art. 79 Abs. 3 GG erschwerten Möglichkeit der Verfassungsänderung ab. Hinzu kommt, dass dem Grundgesetz ausdrückliche Entscheidungen des Verfassungsgebers gegen eine pauschale Berücksichtigung des einfachen vor- und nachkonstitutionellen Rechts zu entnehmen sind: Auch die Manifestierung einer umfassenden Kontrollbefugnis der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung gem. Art. 100 GG spricht gegen eine Bindung der Verfassungsnormen an das einfache Recht.[567] Art. 123 GG manifestiert ausdrücklich den Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit vorkonstitutioneller Gesetze und nicht jenen der Vorkonstitutionsmäßigkeit der Verfassung.[568]

---

[562] Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 177f.
[563] Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 63ff.
[564] Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 237.
[565] Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, S. 68ff., 73, 88, 102ff.
[566] so auch Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 66.
[567] so auch Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 237.
[568] so auch Blankenagel, Tradition und Verfassung, S. 184.

Hinzu kommt, dass der Verfassungsgeber nur einzelne Grundrechte manifestiert hat, deren inhaltliche Ausgestaltung er dem einfachen Gesetzgeber überlassen hat. Dazu zählen beispielsweise Art. 5 Abs. 2, Art. 12 und Art. 14 GG, nicht aber Art. 1 Abs. 1 GG, so dass hier ein Rückgriff auf das einfache Recht von vornherein ausscheiden muss. Entsprechend heißt das für den Umgang mit dem menschlichen Leichnam: Nur weil die Bestattungsgesetze der Länder bestimmte Möglichkeiten des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam abschließend festschreiben, kann dies im Rahmen der Auslegung des Art. 1 GG nicht deshalb mit der Begründung, es handele sich um eine Selbstverständlichkeit der Vergangenheit und zudem Manifestation des einfachen Rechts, Geltung beanspruchen. Der Zustand der Vergangenheit und des geltenden einfachen Rechts kann im Rahmen der Auslegung der verfassungsrechtlichen Würdegarantie nur neben anderen Gesichtspunkten Berücksichtigung finden.

(5) Bindung an die abendländischen Totenriten aufgrund verfassungsrechtlichen Gewohnheitsrechts

Möglicherweise lässt sich jedoch ein Rückgriff auf die hergebrachten abendländischen Totenriten mit dem Institut des verfassungsrechtlichen Gewohnheitsrechts rechtfertigen. Diese Konstruktion ist die juristische Verarbeitungsform von Traditionen, die sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederfindet: „Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird.“[569]

[569] BVerfGE 34, 293, 303ff.

Ungeachtet dessen, ob man das Institut des verfassungsrechtlichen Gewohnheitsrechts anerkennen möchte,[570] fehlt es hier wohl bereits an dessen Voraussetzungen. Bereits äußerst fraglich ist, ob sich eine über längere Zeit hinwegreichende, ständige und allgemeine Rechtsprechung, nach der das Gericht eine Bindung an die Tradition des Abendlandes ausspricht, bejahen lässt. Mögen sich die Gerichte auch von den hergebrachten Traditionen des Abendlandes leiten lassen, wird dies in keiner der Entscheidungen expliziert angeführt. Es findet sich lediglich die nicht weiter begründete Feststellung, ob das in Streit stehende Verhalten gegen die Würde des Toten verstößt oder nicht. Soll das Rechtsinstitut des Gewohnheitsrechts angewandt werden, kann dies nur in den Fällen geschehen, in denen es zumindest ein ausdrückliches Bekenntnis der Rechtsprechung gibt. Andernfalls ließe sich der Geltungsanspruch von Gewohnheitsrecht als positives Recht nicht rechtfertigen. Hinzu kommt, dass es äußerst fraglich ist, inwieweit diese de facto Rechtsprechung die tatsächliche Billigung der betroffenen Kreise, also der Bevölkerung, gefunden hat oder aber zumindest geduldet wurde, ohne auf ernstlichen Widerspruch zu stoßen. Eine entsprechende Billigung bzw. Duldung erscheint bereits deshalb fraglich, weil es keinerlei verbindliche Erhebungen über die Vorstellungen der Bevölkerung über den Umgang mit dem menschlichen Leichnam gibt. Vielmehr lassen die zahlreichen Neuerungen wie die Pressung eines Diamanten den Wunsch nach neuen Wegen vermuten.

(6) Art. 1 GG als kulturspezifisches Grundrecht

Da die bisherigen Ansätze nicht ergiebig waren, ließe sich eine entsprechende Bindung nur noch dogmatisch begründen, wenn Art. 1 GG ein kulturspezifisches, und damit ein entsprechend den Traditionen des Abendlandes zwingend auszulegendes bzw. zu beschränkendes

[570] bejahend: Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 29ff. m.w.N.; das BVerfG eher zurückhaltend, vgl. nur: BVerfGE 1, 144, 151;1, 208, 240; 19, 253, 258ff.; 33, 125, 164.

Grundrecht wäre. Es ist unübersehbar, dass die Verfassung an sich in der abendländischen Kultur und Werteidee gründet. Auch wenn sich der moderne Verfassungsstaat stetig weiterentwickelt, spiegeln sich doch seine kulturellen Wurzeln in ihm wider.[571] Die Garantie der grundrechtlichen Freiheitsrechte ist das Ergebnis des bürgerlichen, durch Aufklärung und Humanismus geprägten Freiheitskampfes, die Festschreibung von Demokratie und Rechtstaatlichkeit die Folge des Nationalismus. Die Verfassung stellt sich damit historisch als Produkt der vorgesetzlichen Grundvorstellungen dar,[572] ohne deren Kenntnis die Verfassung nicht sinnvoll zu begreifen wäre. Entsprechend hat auch die Würdegarantie nicht nur durch Zufall Eingang in das Grundgesetz gefunden. Auch dies ist Folge eines Bekenntnisses zu vorstaatlichen kulturellen Prägungen und Wertungen.[573] Die Idee der Menschenwürde findet ihren wichtigsten Ausgangspunkt im Christentum und seiner Anlehnung an philosophische Ansätze der griechischen und römischen Antike.[574] Jene Ansätze haben sich über die Jahrhunderte pluralisiert und säkularisiert und wurden schließlich in Gestalt der Würdegarantie zum Konstitutionsprinzip und ethischen Standard[575] der Verfassung.[576]

Entsprechend ist auch dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Rechtsprechung ein Rückgriff auf die Argumentationsfigur der Kultur und Tradition des Abendlandes nicht unbekannt. In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden sich zahlreiche Rückgriffe auf klassische Institutionen sowie literarische und philosophische Klassiker,[577] aber auch die abendländische Kultur und Geschichte. Insoweit soll nur auf einzelne

---

[571] a.A. Droege, Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466, 482.

[572] für Tradition des einfachen Rechts in der Verfassung: Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 22, 41ff.; Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht, S. 42, 47ff.; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 88f.

[573] Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, S. 120.

[574] Isensee, Keine Freiheit für den Irrtum, ZGR 104 (1987), 296ff., 333.

[575] BVerfGE 41, 29, 50.

[576] Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, S. 145.

[577] BVerfGE 6, 55 (LS: „klassisches Grundrecht“); 38, 175, 179 („klassische Enteignung“); 9, 291, 297f. („klassische Definition“); 7, 198, 208: Französische Menschen- und Bürgerrechte; 48, 127, 187 SoVo Hirsch: Verweis auf Zasius.

Einscheidungen verwiesen werden, wo die Gleichheit zur „Seele der Gerechtigkeit" wird „und dies seit den Anfängen unseres Rechtsdenkens (vgl. 3 Moses 19,15)"[578] und „die Methode der Abwägung [...] dem aristotelischen Gedanken"[579] entspricht.

Legt man diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde sind die abendländisch-christliche Geschichte und Philosophie also Traditionen, die nicht nur der bundesrepublikanischen Gesellschaft zugrunde liegen, sondern auch den Inhalt der Verfassung prägen. Im Folgenden stellt sich die Frage, inwieweit aus einer Anknüpfung des Grundgesetzes an kulturell-ethische, also außerrechtliche Vorstellungen, auch eine kulturelle Prägung und eine dementsprechende kulturspezifische Auslegung der Verfassungsnormen folgt. Die Frage ist also, in welchem Maß die in ihrer Gesamtheit geprägte Freiheitsordnung ihre einzelnen Grundrechte in ihrer Auslegung untrennbar mit der kulturellen Entstehungsgeschichte verknüpft oder aber auf eine kulturelle Rückbindung vollkommen verzichtet. Festzustellen ist zunächst, dass die aus der Würdegarantie folgenden Grundrechtstatbestände sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur heute grundsätzlich von ihrer kulturellen Prägung und Herkunft losgelöst sind. Zu denken ist exemplarisch nur an die Grundrechtsgarantien des Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 3 GG, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG. Den Schutz dieser Grundrechte genießt sowohl derjenige, der sich zu den kulturellen Traditionen des Abendlandes bekennt, wie auch derjenige, der in seinen Handlungen, Glaubensbekenntnissen, Meinungsäußerungen und Kunstbetätigungen die abendländische Kulturtradition ablehnt. Nur auf diese Weise kann eine freiheitliche Verfassungsordnung und umfassender Freiheitsschutz des Einzelnen garantiert werden.[580]

[578] BVerfGE 54, 277, 296.
[579] BVerfGE 35, 41, 56 SoVo v. Schlabrendorff; vgl. näher: Häberle, Klassikertexte, S. 8ff.
[580] Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, S. 311.

Art. 6 Abs. 1 GG nimmt in Rechtsprechung und Literatur insoweit sogar bis heute eine Sonderstellung ein. Im Rahmen des Schutzes der Ehe werden nicht nur kulturelle abendländische Traditionen mitberücksichtigt, vielmehr wird bei der Bestimmung des Schutzbereichs ausschließlich und zwingend auf das traditionelle abendländische Verständnis einer Verbindung von Mann und Frau abgestellt.[581] Im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG nimmt die Rechtsprechung damit eine Zuordnung des Grundgesetzes und der unter ihm lebenden Individuen zu einem Kulturkreis vor, geht also von einer alle verbindenden objektiven, also äußerlich wahrnehmbaren, kulturellen Identität aus,[582] dass also jedes Individuum einem Kulturkreis zugehörig ist,[583] der seine kulturelle Identität prägt.[584]

Ob eine solche Auslegung auch bei der postmortalen Würdegarantie geboten ist, wurde bisher nicht diskutiert, könnte auf den ersten Blick aber angesichts der Entscheidung im Rahmen des Art. 6 GG nahe liegen. Auszugehen ist von folgenden Überlegungen: Die Würdegarantie an sich ist genau wie die Mehrzahl der übrigen Grundrechtsbestimmungen kulturinadäquat. Jedem Menschen, also sowohl dem lebenden als auch dem toten, kommt die verfassungsrechtliche Würdegarantie ungeachtet seines Eintretens für die kulturellen Verfassungsgrundlagen und einem Bekenntnis zur Unverletzlichkeit der menschlichen Würde zu. Auch die Frage, ob der lebende Mensch als Objekt behandelt wird, wird ungeachtet dessen beantwortet, ob die entsprechende Handlung der kulturellen Identität des Abendlandes entspricht oder nicht. Selbiges muss entsprechend für das allgemeine Sittengesetz gelten.

Fraglich ist allerdings, ob auch die Frage des würdevollen Umgangs mit dem toten Menschen kulturinadäquat zu beantworten ist, schließlich handelt es sich bei der Art und Weise des Umgangs mit dem menschlichen

[581] BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176; 62, 323, 331.
[582] vgl. auch zu kultureller Zugehörigkeit/Identität LG Mannheim NJW 1990, 2212f.; LG Berlin FamRZ 1983, 946f.; LG Oldenburg, WuM 1983, 317.
[583] LG Mannheim NJW 1990, 2212f.; LG Berlin, Fam RZ 1983, 946f.
[584] BVerfG NJW 1994, 2143; BGH FamRZ 1990, 392.

Leichnam um eine weniger rechtliche als vor allem kulturspezifische Erscheinung, die in den verschiedenen Kulturkreisen unterschiedliche Ausprägungen erfährt. Zwar ist der Schutz der Würde des menschlichen Leichnams an sich keine Ausprägung der abendländischen Kulturgeschichte. Völker aller Kulturkreise behandeln ihre Toten ehrfurchts- und pietätvoll. Nur das konkrete Verständnis von dem, was unter einem würdevollen Umgang mit dem menschlichen Leichnam zu verstehen ist, hängt von der jeweiligen kulturellen Identität des Volkes und den jeweils herrschenden Vorstellungen von einem Leben nach dem Tod ab. Entsprechend ist auch die Auslegung der postmortalen Würdegarantie in Rechtsprechung und Literatur bis heute an den abendländischen Totenriten orientiert. Dies dürfte außer Frage stehen, auch wenn es ausdrücklich nie beim Namen genannt wird. Die beständige Grundfestlegung auf die Riten der Erd- und Feuerbestattung ist das Ergebnis der abendländischen Kulturtradition. Abweichungen von diesen Traditionen werden unter Berufung auf die „Würde des Toten" kaum zugelassen. Zu denken ist nur an die Unzulässigkeit des Verstreuens der Asche auf freiem Feld oder der Pressung der Asche des Verstorbenen zu einem Diamanten.

Wird man sich dessen bewusst, ist nach den obigen Ausführungen die Basis jener herrschenden kulturellen Orientierung vor allem die christliche Religion. Sie prägt faktisch wie keine andere kulturelle Erscheinung die „staatlich festgelegte Bestattungskultur", und das, obwohl der sie tragende Glaube in weiten Teilen in der Bevölkerung bereits erloschen ist. Damit wird das Geschichtsbewusstsein des Abendlandes, durch das unser Kulturkreis erst das geworden ist, was er ist, als allein prägender Faktor anerkannt.[585] Der Staat legt zumindest seiner Bestattungskultur die Annahme einer (verfassungs-) rechtlich prägenden Kultur christlicher

[585] vgl. zur abendländischen Prägung der Gesellschaft auch: Schmitt-Glaeser, Verfassungsstaat, Grundkonsens, Christentum, Politische Studien, Sonderheft 2/95, 8ff.

Tradition zugrunde.[586] Genau wie im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG wird damit eine traditionsbedingte kulturelle Identität des Volkes Grundlage aller rechtlichen Entscheidungen. Deutlich wird damit, dass kulturelle Identität zumindest aus der Sicht des Staates nicht unbedingt dasjenige ist, was als aktuelles Bewusstsein in der Bevölkerung anzuerkennen ist - dies wird im Zweifel nicht einmal untersucht -, sondern gleichgesetzt wird mit den unumstritten kulturell prägenden Traditionen der Bevölkerung. Ob diese Tradition auch tatsächlich individuell und gemeinschaftlich ausgeprägt ist, scheint ohne Bedeutung zu sein; aus der Sicht des Staates kann jedenfalls heute möglicherweise gesellschaftlich herrschende Pluralität die Geltungskraft der Tradition nicht beseitigen.

Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit die Verfassungsmäßigkeit der Tradition gleichsam die Traditionsgemäßheit der Verfassung begründet, oder anders formuliert, ob eine Beschränkung des Totenkults auf die Kultur des Abendlandes verfassungsrechtlich zwingend geboten ist oder aber die postmortale Würdegarantie ungeachtet der kulturellen Fundamente unserer Verfassung bestimmt werden kann, mit der Folge, dass grundsätzlich beispielsweise auch die Riten der Südsee - wie das öffentliche Verbrennen des Leichnams zu seinen Ehren - mit der Würdegarantie des Art. 1 GG vereinbar wären.[587] Eine kulturadäquate Bindung der postmortalen Würde wäre angesichts ihrer kulturellen Wurzeln jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Garantie der Würde des menschlichen Leichnams vollständig von der Erfüllung kulturgeprägter Voraussetzungen abhängt oder aber die Würdegarantie zumindest zwingend kulturinadäquate Verhaltensweisen von ihrem Schutz ausschließt.[588] Ließe sich eine dieser Voraussetzungen bejahen, wäre eine Beschränkung des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam auf die hergebrachten abendländischen Totenriten gerechtfertigt, mit der

[586] die heutige Bevölkerung als säkularisierte christliche Nation: Reuhl, Kulturstaatlichkeit im Grundgesetz, JZ 1981, 322ff.

[587] Dass zumindest dem Bundesverfassungsgericht ein Rückgriff auf die deutsche Rechtstradition nicht fremd ist, hat es in seiner Entscheidung zur Reform des § 218 StGB gezeigt: BVerfGE 39, 1, 45f.

[588] Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, S. 311.

Folge, dass unter der Geltung des Grundgesetzes die Ausdehnung der Würdegarantie auf andere als die abendländischen Traditionen ausscheiden würden. Solche Formen des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam blieben schutzlos. Entsprechend gelänge es der überlieferten abendländischen Bestattungskultur, wachsender multikultureller Konkurrenz auszuweichen, unter Umständen verbunden mit der gleichzeitigen Hoffnung der Hervorbringung eines kollektiven, das Gemeinwesen tragenden übereinstimmenden Kulturbestandes im Hinblick auf den menschlichen Leichnam.[589]

Zunächst lässt sich feststellen, dass die Garantie der Würde des menschlichen Leichnams nicht vollständig von der Erfüllung kulturgeprägter Voraussetzungen abhängt. Schließlich ist ein würdevoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam wie beschrieben, nicht ein ausschließliches Produkt der abendländischen Kultur, sondern eine Erscheinung aller Kulturen. Dementsprechend ließe sich eine Bindung nur dann begründen, wenn die postmortale Würdegarantie zwingend nicht-abendländische Verhaltensmuster aus ihrem Schutzbereich ausschließen würde. Solche Ansätze werden beispielsweise im Rahmen der Auslegung von Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG vertreten. Insoweit geht Uhle davon aus, bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen seien aus dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG ebenso wie gemeinwohlschädliches Verhalten aus Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen, da beide in der abendländischen Kultur- und Rechtstradition keine schützenswerten Güter, sondern kulturinadäquate Verhaltensweisen darstellen würden.[590] Ein nicht unproblematischer Ansatz, beruht der Ausschluss jener Tätigkeiten aus dem Grundrechtsschutz doch eher auf der Idee der Gerechtigkeit, die sich bei allen Völkern wiederfindet, als auf der Tradition des Abendlandes. Geht es nun um einen entsprechenden kulturellen Ausschluss aus der postmortalen Würdegarantie, ist folgendes als entscheidend zu berücksichtigen: Der Ausschluss abendländisch-inadäquater

[589] allg. dazu Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 45ff., 47, 62.
[590] Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, S. 315 m.w.N.

Verhaltensweisen aus dem Schutzbereich eines Grundrechts wäre nur dann möglich, wenn der Staat gegenüber den kulturellen Traditionen des Abendlandes nicht zur Neutralität verpflichtet wäre.

(a) Religiös-weltanschauliche Neutralität

Dass der Staat im Rahmen seines Handelns an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität gebunden ist, ist heute anerkannt.[591] Die Pflicht zur religiös-weltanschaulichen Neutralität verbietet es dem Staat, den Inhalt der Religionsfreiheit näher zu bestimmen oder ihn gar auf die abendländische Tradition des christlichen Glaubens festzuschreiben. Sie gesteht dem Einzelnen damit das Recht zu, in Fragen der Weltanschauung und der Lebensführung seine eigenen Entscheidungen zu treffen.[592] Entsprechend können staatliche Eingriffe in diese Freiheit nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, die vertretene weltanschauliche Auffassung sei falsch oder verfehlt.

(b) Neutralität gegenüber den Traditionen des Abendlandes

Fraglich ist, inwieweit darüber hinaus auch eine verfassungsrechtliche Pflicht zur traditionell-kulturellen Neutralität anzuerkennen ist. Gemeint ist damit nicht eine Neutralität gegenüber den verschiedenen Arten der Malerei oder der Bildhauerei. Darüber, dass der Staat diesbezüglich zur Neutralität verpflichtet ist, besteht Einigkeit, und es bedarf daher an

---

[591] Droege, Prekäre Leitpunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466ff., 487; der anerkannte verfassungsrechtliche Anwendungsbereich der staatlichen Neutralität ist das Religionsverfassungsrecht bzw. das Staatskirchenrecht, also Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG als jene Normen, die die individuellen Rechte in Bezug auf religiös-weltanschauliche Fragen enthalten und das Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften regeln (Görisch, Staatskirchenrecht am Ende?, NVwZ 2001, S. 885ff.).

[592] BVerfGE 12, 1, 4.

dieser Stelle keiner weiteren Erörterung.[593] Es geht vielmehr allein um die Frage, inwieweit der Staat auch gegenüber seinen kulturell-traditionellen Wurzeln, also gegenüber seinen christlich-abendländischen Traditionen zur Neutralität verpflichtet ist: Haben die christlichen und philosophischen Wurzeln zur Folge, dass Verfassungsfragen - gerade solche, die wie die Würdegarantie ausschließlich einen außerrechtlichen Ursprung haben - nur unter (Mit-) Berücksichtigung der kulturellen Traditionen des Abendlandes beurteilt werden können, oder müssen diese vollkommen unberücksichtigt bleiben?

Ob und vor allem inwieweit das Grundgesetz zur Neutralität gegenüber seinen abendländischen Wurzeln verpflichtet ist, ist umstritten und, wie von hier ersichtlich, bisher nicht abschließend geklärt. Auszugehen ist zunächst davon, dass eine wie auch immer geartete staatliche Neutralitätspflicht in der Verfassung keine ausdrückliche Erwähnung findet. Entsprechend sind weder Existenz[594] noch Umfang, Reichweite[595] noch Begrifflichkeiten hinreichend geklärt. Angesichts der Offenheit der Verfassung bieten sich folgende Möglichkeiten der Auslegung des Grundgesetzes an: Eine vollständig abendländisch kulturellspezifisch geprägte Grundrechtsordnung, ein Modell der abendländisch geprägten, aber kulturell toleranten Grundrechtsordnung oder ein Modell der strikten kulturellen Neutralität.[596]

Die Frage der kulturellen Neutralität des Grundgesetzes wird kaum diskutiert. Es finden sich lediglich allgemeine Erwägungen zu der Frage

---

[593] vgl. nur BVerfGE 10, 59, 85; 19, 206, 216; 24, 236, 246; 32, 98, 106; Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 132ff., 154ff., 192ff.

[594] bestritten: Britz, Kulturelle Rechte und Verfassung, S. 233.

[595] vgl. nur Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 1; Böckenförde, Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssälen?, ZevKR 20 (1975), 119ff., 129.

[596] Überwiegend werden die Begriffe der Neutralität und Toleranz gleichgesetzt (vgl. BVerfG NVwZ 1990, 54, 55; BVerfGE 93, 1, 22; Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda u.a. (Hrsg.), HdbVerfR, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, § 25 Rn. 83). Dies ist jedoch aufgrund des unterschiedlichen Bedeutungsgehaltes beider Begriffe abzulehnen: Neutralität beschreibt eine unparteiische Haltung bzw. einen Zustand der Nichteinmischung, Toleranz hingegen bedeutet die Festlegung auf eine Richtung, verbunden mit der Duldung von Abweichungen (so auch Huster, Die ethische Neutralität des Staates, S. 36f.).

der Anerkennung einer über den Bereich der Religion und Weltanschauung hinausgehenden staatlichen Neutralität, ohne dabei zwischen kulturellen und sonstigen ethischen Bereichen zu differenzieren. Insoweit fordert ein Teil der Literatur unter Berufung auf den engen Zusammenhang von ethischen und weltanschaulich-neutralen Fragen eine Ausdehnung des Neutralitätsgebots auch auf ethisch-kulturelle Fragen.[597] Entsprechend wird vereinzelt der Anwendungsbereich der staatlichen Neutralität auch auf die Bereiche der Wissenschaftsfreiheit[598], der Kunstfreiheit[599] sowie der Erziehungs- und Informationstätigkeit[600] des Staates ausgedehnt. Einzelne verwenden den Begriff der staatlichen Neutralität auch zur Beschreibung des gesamten Staates, um auch nur den Verdacht der Existenz eines irgend gearteten ideologischen Fundaments zu beseitigen.[601] Andere Stimmen hingegen lehnen die Ausdehnung des Neutralitätsgebotes über den Bereich der religiös-weltanschaulichen Neutralität mit der Begründung ab, bei allem anderen würde es sich um eine unhistorische, ideologische Übertreibung handeln.[602]

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich im Hinblick auf die Fragen der Ausdehnung des Neutralitätsprinzips und die Anerkennung einer kulturell-traditionellen Neutralität des Grundgesetzes folgendes entnehmen. In frühen Entscheidungen zur Religionsfreiheit bekannte sich das Bundesverfassungsgericht zu einem vollständig abendländisch-kulturell geprägten Grundrecht und einer Festlegung des Gehalts der Religionsfreiheit auf die historischen Gegebenheiten zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes. Insoweit ging das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Religionsfreiheit „nur diejenige (glaubensbegleitende Handlung schützt), die sich bei den

[597] Leisner, Die Staatswahrheit, S. 194; Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Arnio u.a. (Hrsg.), FS für A. Peczenik, S. 27ff., 35.
[598] Klöpfer/Rossi, Tierschutz in das Grundgesetz, JZ 1998, 369ff., 377; Kriele, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW 1976, 357.
[599] Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 170ff.
[600] Gramm, Rechtsfragen der staatlichen Aids-Aufklärung, NJW 1989, 2917ff.
[601] Gröschner, Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes, JZ 1996, 637ff.; Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 331ff.
[602] Brugger, Das Kreuz in der Schule aus kommunitaristischer Sicht, ZiF-Mitteilung 3/1997, S. 9ff., 11.

heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet hat."[603] Der Grundrechtsschutz sei davon abhängig, ob sich das Verhalten „im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker" bewegt.[604] Von dieser Festlegung des Grundgesetzes hat sich das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen distanziert und sich ausdrücklich zu einer Offenheit des Grundgesetzes gegenüber weltanschaulichen und religiösen Ansichten bekannt.[605] Auf andere Rechtsgebiete mit ethischem Bezug hingegen hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff der staatlichen Neutralität bisher nur sehr zurückhaltend übertragen. Tendenzen einer Neutralität des Staates im Hinblick auf ethische Fragen des Gemeinwesens außerhalb von Religion und Weltanschauung finden sich erstmals im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch: „Dieses Lebensrecht, das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet wird, sondern dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, ist das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulichen Staates kein Urteil zusteht."[606]

Anders im Bereich der Kultur und Tradition. Hier geht das Bundesverfassungsgericht von einer grundsätzlichen kulturellen Unabhängigkeit der Verfassung aus, schränkt dies aber - und dies ist hier entscheidend - in neueren Entscheidungen insoweit ein, als damit nicht ohne Weiteres auch eine ausnahmslose Auslöschung der kulturellen und christlichen Wurzeln des Abendlandes aus den Grundrechtsbestimmungen verbunden sei. Vielmehr seien auch diese bei der Auslegung der im Übrigen neutralen Grundrechtsvorschriften zu berücksichtigen. Insoweit

[603] BVerfGE 12, 1, 4.
[604] BVerfGE 24, 236, 246.
[605] BVerfGE 41, 29, 50.
[606] BVerfGE 88, 203, 252.

hat das Bundesverfassungsgericht sowohl in seiner Schulrechts- als auch seiner Kruzifix-Entscheidung festgestellt: „Die Bejahung des Christentums bezieht sich in erster Linie auf die Anerkennung des prägenden Kultur- und Bildungsfaktors, [...] und ist damit [...] auch gegenüber Nichtchristen durch die Geschichte des abendländischen Kulturkreises gerechtfertigt."[607] „Auch ein Staat, der die Glaubensfreiheit umfassend gewährleistet und sich damit selber zu religiös-weltanschaulicher Neutralität verpflichtet, kann die kulturell vermittelten und historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen nicht abstreifen, auf denen der gesellschaftliche Zusammenhalt beruht und von denen auch die Erfüllung seiner eigenen Aufgaben abhängt. Der christliche Glaube und die christlichen Kirchen sind dabei [...] von überragender Prägekraft gewesen. Die darauf zurückgehenden Denktraditionen, Sinnerfahrungen und Verhaltensmuster können dem Staat nicht gleichgültig sein."[608] Entsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Kopftuch-Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass die aus der „Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt [...] erkennbar auch dem Grundgesetz zugrunde liegt und unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht."[609]

Dem Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben sich auch weite Teile der Literatur angeschlossen. Auch sie gehen davon aus, dass die Pflicht des Staates, sich einer verfassungsrechtlich verbindlichen kulturellen Identifizierung zu enthalten, nicht mit der zweifelsohne bestehenden Werteverbundenheit der Verfassung verwechselt werden dürfe.[610] Trotz der unzweifelhaften Geltung des Grundsatzes der staatlichen Neutralität zwinge die staatliche Neutralität - vor allem auch angesichts der fundamentalistischen Ansprüche des Islams - die Verfassung nicht zur Selbstaufgabe, mit der Folge, dass sich das

[607] BVerfGE 41, 29, 64; 93, 1, 19.
[608] BVerfGE 93, 1, 22.
[609] BVerwG NJW 2004, 3581, 3584.
[610] Schwarz, Das christlich-abendländische Fundament des Grundgesetzes, in: Grote u.a. (Hrsg.), FS für Starck, S. 419ff., 433; Starck, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 1 Rn. 155ff.

Grundgesetz einer kulturell geprägten Interpretation nicht verschließen könne.[611] Die herrschende Meinung zur Frage der kulturellen Neutralität des Staates lässt sich wie folgt zusammen fassen: Abgelehnt wird eine strikte kulturelle Neutralität des Grundgesetzes. Das Grundgesetz bekenne sich stattdessen zum Christentum und zur Tradition des Abendlandes als Kulturfaktor, ohne allerdings andere Kulturen diskriminieren zu wollen, mithin zu einem Modell der kulturellen Toleranz. Dabei wird bei der Frage, in welchem Umfang die Traditionen des Abendlandes bei der Auslegung der Grundrechte zu berücksichtigen sind, zwischen den einzelnen Grundrechten differenziert. Grundsätzlich sei die Kultur des Abendlandes im Rahmen der Grundrechtsauslegung nur mitzuberücksichtigen, nur ausnahmsweise sei der Grundrechtsgehalt vollständig abendländisch-kulturspezifisch geprägt, mit der Folge, dass dem entgegenstehende andere Kulturen nicht zu berücksichtigen sind. Als ein solch ausschließlich abendländisch geprägtes Grundrecht wurde bisher nur Art. 6 Abs. 1 GG anerkannt. Welcher der beiden Auslegungsformen im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 GG zur Anwendung kommt, wurde in der Rechtsprechung und Literatur bisher weder entschieden noch diskutiert.

Zur Begründung des Toleranzmodells und des Modells des ausnahmsweise gänzlich abendländisch geprägten Grundrechts beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf die „historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen, auf denen der gesellschaftliche Zusammenhalt beruht", das Bundesverwaltungsgericht auf die „Wertewelt, die erkennbar auch dem Grundgesetz zugrunde liegt und unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht." Entsprechend soll an dieser Stelle der Begründungsansatz der beiden obersten Gerichte für die Bindung des Grundgesetzes an die Kultur des Abendlandes auf seine dogmatische Berechtigung näher untersucht werden, es stellt sich also die

[611] so auch Badura, Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 897ff., 905; Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 4, 7, 10ff.; „Kulturelle Demenz", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 18.05.2008.

Frage, inwieweit dem Grundgesetz tatsächlich ein entsprechendes Wertesystem zugrunde liegt.

(c) Das Grundgesetz als abendländisch-humanistische Wertordnung

Dass Werten bei der Entstehung von Recht eine besondere Bedeutung zukommt, dürfte außer Frage stehen. Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, inwieweit nach der Rechtssetzung bei der Auslegung des Rechts noch auf die möglicherweise zugrundeliegenden Werte zurückgegriffen werden kann. Die Vermutung, dass der Verfassung ein bestimmtes Wertesystem zugrunde liegt, könnte angesichts des Verweises des Grundgesetzes in Art. 1 GG auf die Würde und in Art. 2 Abs. 2 auf das allgemeine Sittengesetz und damit auf einen zweifelsfrei außerrechtlichen Maßstab naheliegen.

Bereits in der Weimarer Zeit wurde der objektive Wesensgehalt der Verfassung als Wert proklamiert. So ging Smend davon aus, die Grundrechte seien ein bestimmtes Kultur- und Wertesystem, das der Sinn des von der Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll;[612] Kirchheimer sah in den Grundrechten die „Anerkennung der verschiedenen Wertesystem";[613] Gerber ging davon aus, dass alles Rechts- und Staatsleben notwendigerweise auf einem „metajuristischen Wertsystem" beruhe, das in den Grundrechten positiviert sei;[614] und Huber meint, der Geltungsgrund des Rechts liege in der Übereinstimmung mit dem in der Gemeinschaft als gültig anerkannten „Komplex von Werturteilen".[615] Geht es um die Art und Weise jenes Wertesystems, spricht Hensel von den

[612] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 265.
[613] Kirchheimer, Politik und Verfassung, S. 32.
[614] Gerber, Die weltanschaulichen Grundlagen des Staats, S. 9.
[615] Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. VI, S. 16.

Grundvorstellungen, „die auf einen in seiner Richtigkeit nicht mehr beweisbaren, aber doch erkennbaren politischen Willen zurückgehen."[616]

Auch das Bundesverfassungsgericht folgt diesem Ansatz, obgleich sich der Begriff der Werteordnung nicht im Grundgesetz findet. Bereits in seinem Urteil zum Verbot der Sozialistischen Reichspartei aus dem Jahr 1952 und dem Elfes-Urteil aus dem Jahr 1957 sprach das Bundesverfassungsgericht von „obersten Grundwerten" des Verfassungsstaats[617], in späteren Entscheidungen spricht das Gericht vom „obersten Wert"[618], „höchsten Rechtswert"[619] innerhalb des „grundrechtlichen Wertsystems"[620] und der „objektiven Wertordnung"[621] sowie „grundgesetzlichen Wertordnung"[622]. In späteren Entscheidungen spricht das Bundesverfassungsgericht zwar nur noch vom objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte und von Elementen einer objektiven Ordnung,[623] jedoch ist mit dieser sprachlichen Korrektur keine inhaltliche Distanzierung von einer Legitimation des Grundgesetzes durch Werte verbunden.[624]

Inwieweit allerdings im Rahmen des Verfassungsrechts ein Rückgriff auf Werte - auch wenn diese nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werden - zulässig ist, erscheint fraglich. Denn sollen ethische Normen rechtliche Verbindlichkeit erlangen, müssen sie nicht nur selbst durch die Rechtsordnung aufgenommen worden, sondern ethisch auch als absolute Prinzipien anerkannt sein, nur dann können sie der Verfassung auch erkennbar zugrunde liegen. Dementsprechend stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine entsprechende absolute materielle, unveränderliche Wertordnung anzuerkennen ist, und zwar sowohl ethisch als auch rechtlich. Denn wenn eine Werteordnung ethisch-philosophisch

[616] Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, S. 8, 15.
[617] BVerfGE 2, 1, 12f.; 6, 32, 41.
[618] BVerfGE 5, 85, 204.
[619] BVerfGE 45, 187, 227.
[620] BVerfGE 30, 173, 193.
[621] BVerfGE 7, 198.
[622] BVerfGE 32, 98.
[623] BVerfGE 73, 261, 269; 50, 290, 337; 66, 116, 135.
[624] Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, S. 18.

begründbar ist, kann sie auch Grundlage des Rechts sein. Im Wesentlichen sind drei Auffassungen über die Entstehung und die Beschaffenheit von Werten zu unterscheiden, und zwar der Kognitivismus, der Emotivismus sowie der Institutionalismus.

(i) Kognitivismus

Nach kognitivistischer Auffassung haben ethische Aussagen denselben Rang wie empirische Erkenntnisse, was in der Konsequenz zur Anerkennung eines ethischen Objektivismus führt. Die Idee von der Existenz einer unbedingten Wertordnung wurde in der neueren Zeit entscheidend von der Wertethik Schelers geprägt.[625]

Scheler geht davon aus, dass die Ethik zur Vermeidung eines haltlosen ethischen Relativismus auf sachhaltigen materiellen Prinzipien gründen muss, wie Wahrhaftigkeit, Tapferkeit, Nächstenliebe und Heiligkeit, die objektiv, in alle Ewigkeit, weil unabhängig von aller Organisation bestimmter Geisteswesen, gelten[626] und zueinander im Verhältnis einer sich aus sich selbst ergebenen Rangordnung stehen,[627] wobei das Heiligsein der Person der höchste Wert sei.[628] Der Mensch erfahre die Existenz und Rangordnung der objektiven Werte aufgrund ihrer Evidenz und absoluten Seinsgültigkeit[629] durch die unmittelbare Werterkenntnis des Fühlens, Vorziehens und Hassens.[630] Entsprechend steht für Scheler fest, dass unter Zugrundelegung seiner Werteordnung, die er selbst als „übermenschlich" und „göttlich" bezeichnet,[631] eine allgemein gültige Begründung sittlicher Entscheidungen und Gesetze möglich sei.[632] Die

[625] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik.
[626] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 96, 262, 268.
[627] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 20.
[628] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 512.
[629] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 279.
[630] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 65f.
[631] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 283.
[632] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 261f.

menschliche Würde besteht nach Scheler also in der Verwirklichung der durch das Wertebewusstsein evident erfahrenen positiven Werte.

Entsprechend ließe sich mit Scheler und der von ihm zugrundegelegten christlichen Werteordnung argumentieren, das Gebot des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam folge aus der Heiligkeit der Person als ranghöchstem objektiven Wert, in Verbindung mit den Werten des Anstandes und der Pietät. Überzeugen kann der Ansatz Schelers allerdings nicht. Ungeachtet der bereits aufgezeigten Schwierigkeit der Ableitung moralisch-normativer Regeln aus (moralischen) Tatsachenbehauptungen, stellt sich die Frage, wie sich das Fühlen der Werte einheitlich für alle Menschen vollziehen soll. Zeigt doch ein Vergleich verschiedener Epochen und Kulturkreise, dass sich die Wertvorstellungen stark unterscheiden, und zwar je nach den jeweils herrschenden Vorstellungen. So zeigt sich bereits mit einem Blick auf die jüngste Geschichte, dass sich die Wertvorstellungen der Nationalsozialisten erheblich von denen beispielsweise der Christen unterschieden. Bereits dies begründet erhebliche Zweifel an der Evidenz der Werterkenntnis.

Dies erkennt auch Scheler, doch schließt er daraus nicht auf die Relativität der Werte, sondern auf die Geschichtlichkeit der Erfassung der Werte.[633] Jeder Mensch und jedes Zeitalter begreife nur einen Ausschnitt aus dem Wertreich, das als Ganzes nur von allen Menschen und Zeiten aus erfasst werden kann. Entsprechend stünden die einzelnen Werteperspektiven nicht im Widerspruch zueinander, sondern seien nur verschiedene Aspekte des Wertreichs. Durch den Wandel der Werte infolge der Entdeckung ranghöherer, bisher unbekannter Werte würden alte Werte nicht zerstört, sie würden nur zu Werten niederen Rangs, ohne dass sie im Einzelnen angetastet würden.[634] Allerdings stellt sich die Frage, woher Scheler die Gewissheit nimmt, dass die Heiligkeit zumindest in diesem Zeitalter der

[633] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 514.
[634] Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, S. 314, 316.

absolut höchste Wert ist. Jede Philosophie erkennt mit der gleichen Sicherheit wie Scheler einen Wert als den Wahren und allein Gültigen an. So geht auch Hartmann von der Existenz einer objektiven Wertordnung und dem Wertgefühl als alleinige erkennende Instanz aus, meint aber, es gebe keinen obersten Einheitswert, allerdings sei die „Liebe, die dem kommenden Menschen gilt" dem Werte nach höher als die Nächstenliebe.[635] Coing meint wiederum, die Gerechtigkeit sei höher zu bewerten als alles andere.[636] Die jeweilige Wertordnung sei also davon abhängig, welche metaphysischen Voraussetzungen man ihr zugrundelegt; im Falle Schelers sind das die christlichen Grundüberzeugungen. Geht man allerdings mit dem Ansatz Kants und der Ethik des Psychologismus davon aus, dass Werte als Prinzipien des Sollens niemals aus der Vernunft oder anderen Kategorien ableitbar sind, die Handlungen des Menschen allein durch psychische Voraussetzungen wie Freude oder Leid bewertet und gesteuert würden und ethische Werturteile nur Formen des Wohl- oder Missgefallens sind,[637]ist eine Ordnung positiver Werte nicht möglich, da dieselbe Handlung von verschiedenen Menschen zugleich als positiv oder als negativ bewertet werden kann. Geht es aber um einen der Rechtsordnung übergeordneten Wert, kann dies nur ein Wert sein, der - da er nicht als feststehendes Sein zu ermitteln ist - in Abkehr zu einem Subjektivismus eine allgemeine Anerkennung voraussetzt und damit zu einem quasi objektiven Prinzip wird.

Entsprechend kann weder Schelers Ansatz der unmittelbaren Werterkenntnis noch ein anderer der materiellen Wertethik eine absolute Werteordnung begründen.[638] Gleichsam zeigt sich, dass eine wie auch immer ausgestaltete materielle Wertordnung keine Seinsgegebenheit, sondern nur die Erkenntnis des jeweiligen Philosophen ist und damit auch

[635] Hartmann, Ethik, S. 226, 445, 497.
[636] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 36.
[637] Diemer/Frenzel (Hrsg.), Lexikon der Philosophie, S. 86.
[638] so auch Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 129ff.

kein sicheres Fundament zur Begründung einer Normgeltung ist. Jede ethische Stellungnahme ist also zeit- und personengebunden und damit subjektiv und entsprechend angreifbar. Einer Werteordnung fehlt also die Objektivität - die Unabhängigkeit vom menschlichen Denken - als Grundvoraussetzung wissenschaftlicher Erkenntnis und damit der Rechtsbegründung.[639] Nur was von jedermann zu jeder Zeit und überall Anerkennung fordert, kann Grundlage des Rechts sein.

(ii) Emotivismus

Aus diesen Bedenken schlussfolgern die Vertreter des Emotivismus, dass es keine objektive Werteordnung gibt, vielmehr seien sowohl alle moralischen Aussagen als auch jene über die Würde des Menschen nur das Resumée eines subjektiven Gefühls.[640] Überzeugen kann jedoch auch dieser Ansatz nicht, hätte eine Verabsolutierung des Subjektiven doch zur Folge, dass sich aus moralischen Aussagen keine allgemeingültigen Bewertungs- und Handlungsnormen ableiten ließen. Entsprechend würde die Existenz allgemeiner gesellschaftlicher Maßstäbe vollständig verneint.

(iii) Institutionalismus

Dies haben auch die Vertreter des Institutionalismus erkannt, die entsprechend davon ausgehen, dass moralische Tatsachen von Menschen geschaffene soziale Institutionen sind, die innerhalb einer Kultur- und Sprachgemeinschaft nach bestimmten Regeln intersubjektiv konstituiert, stabilisiert, tradiert und modifiziert werden.[641] Entsprechend handelt es sich bei Werten um relativ flexible und sich im Lauf der Zeit veränderbare

[639] so auch Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, S. 81, Müller, Juristische Methodik, S. 60.

[640] vgl. näher Ayer, Language, Truth and Logic; Hume, A Treatise of Human Nature. Being an attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into moral subjects.

[641] vgl. näher Searle, Sprechakte, Ein sprachphilosophischer Essay; Ferber, Philosophische Grundbegriffe. Eine Einführung.

gesellschaftliche Institutionen, die von Menschen zu bestimmten Zeiten für bestimmte Zeiten geschaffen werden und zu ihrer Gültigkeit des gesellschaftlichen Konsenses bedürfen, der allein im Rahmen eines öffentlichen Diskurses entstehen kann. Entsprechend kann dem Grundgesetz keine Werteordnung zugrunde liegen, die Verfassung kann allein den Rahmen für die Entstehung und Existenz der jeweiligen gesellschaftlichen Werteordnung bilden.

(iv) Rechtsprechung

Diese zutreffende philosophische Erkenntnis ignoriert die Rechtsprechung jedoch seit jeher. Vor allem zahlreiche frühe Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe lassen erkennen, dass sie aus einer bestimmten, als gesetzlich verbindlich unterstellten Werteordnung resultieren, nämlich der christlichen Ethik. In diesem Zusammenhang ist zunächst auf einige ältere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu verweisen: In seinem Beschluss vom 10.03.1954 hat der Bundesgerichtshof ganz offensichtlich unter Bezugnahme auf die christlichen Gebote festgestellt, dass „jeder Selbstmordversuch [...] vom Sittengesetz streng missbilligt ist", und hinzufügt, dass „die Hilfe für den notleidenden Nächsten [...] ein zentrales Gebot der christlichen Lehre" sei. In seinem Beschluss vom 14.07.1955 spricht der Bundesgerichtshof von den „sittlichen und rechtlichen Grundanschauungen des westeuropäischen Kulturkreises" und in seinem Beschluss vom 14.07.1955 geht das Gericht davon aus, dass eine jugendgefährdende Schrift dann vorliegt, wenn sie „den Aufbau der unserer christlichen-abendländischen Weltanschauung [...] entsprechenden sittlichen Wertvorstellungen [...] erschwert." Auch das Bundesverwaltungsgericht hat - wenn auch unausgesprochen - auf die christliche Ethik zurückgegriffen, als es in seinem Urteil vom 15.12.1981[642] entschieden hat, dass bei sog. Peep-Show-Veranstaltungen

[642] NJW 1982, 664.

die Menschenwürde der freiwillig auftretenden Darstellerinnen verletzt werde.

Indem das Gericht genau wie bereits zuvor das Bundesverfassungsgericht, der Bundesgerichtshof und erhebliche Teile der Literatur, feststellt, die Menschenwürde sei ein objektiver unverfügbarer Wert,[643] und somit den Menschenwert von der subjektiven Wertvorstellung abstrahiert und ihm damit ein ideales Sein zubilligt, schließt es sich einer objektiven materialen Wertethik an, allerdings ohne dies im Hinblick auf die obigen Bedenken näher zu begründen. Welche Werte die Menschenwürde konkret ausmachen und mit welcher Ethik sie zu begründen sind, führen die Vertreter dieses Ansatzes nicht aus, angesichts der Entstehungsgeschichte der Würdegarantie drängt sicher aber wohl die christliche Ethik oder aber die Naturethik auf. Bestätigt wird dies bei einem Blick auf die bereits genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs: Das Verbot der Mehrehe entspricht genau wie das Verbot des Selbstmordes der christlichen Lehre. Ungeachtet dessen, dass die humanistisch-christliche Idee kein sich aus sich selbst rechtfertigendes Prinzip, sondern nur eine Annahme des Gesetzgebers und Rechtsanwenders ist, das jederzeit durch ein anderes ersetzbar ist, kann diesem Begründungsansatz bereits im Hinblick auf die staatliche Neutralitätspflicht nicht gefolgt werden. Damit steht fest, dass eine eindeutige ethische Rechtfertigung des Rechts nicht gelingen kann. Es können der Ethik keine allgemeinverbindlichen sittlichen Postulate entnommen werden.

(v) juristische Auslegungsmethode

Hinzu kommen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Zwar meint Vesting, die Anerkennung der Relativität des Wertdenkens im Rahmen des

[643] BVerfGE 45, 187, 229; BGH NJW 1976, 1883; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 22, 74; Kunig, in:
v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 39.

Verfassungsrechts ermögliche nicht nur der Gesellschaft, sondern auch der Verfassung die dogmatische Anpassung an das jeweilige Wertdenken.[644] Vor allem Laband, Kelsen und Forsthoff haben sich gegen eine wertbezogene Auslegung der Verfassung gewandt und damit den staatsrechtlichen Positivismus entscheidend geprägt. Diese sog. „juristische Methode" geht davon aus, dass alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen für die dogmatische Betrachtung eines Rechtsstoffs ohne Bedeutung sind.[645]

Ausgangspunkt der Forsthoffschen Verfassungstheorie ist die Annahme, dass sowohl das Rechtswesen allgemein als auch die Verfassung in besonderem Maß auf eine Kontinuität angelegt seien, ihnen also das Moment der Dauer, der Abgeschlossenheit, der Endgültigkeit sowie des Beharrlichen eigentümlich sei.[646] Entsprechend könne die Verfassung ihrer bewahrenden Funktion gegenüber der Wirklichkeit nur dann gerecht werden, wenn ihre formalen Qualitäten als Gesetz im Sinne der abstrakten generellen Norm und damit ihre technische Strenge beachtet werden.[647] Dieser auf rationale Evidenz angelegten Gesetzesform der Verfassung könne nur eine spezifisch juristische Auslegung entsprechen, die sich auf einen gesicherten Bestand überkommener hermeneutischer Regeln stützt, und dies könne allein die Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses sein.

Forsthoff begrenzt also die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht auf die grammatikalische, logische, historische und systematische Auslegung. Jede andere als die streng juristische Interpretation und damit eine beliebige Interpretationsmethode löse die Verfassung als Gesetz auf[648] und führe zu einer hochgradigen „Verunsicherung des Verfassungsrechts".

---

644 Vesting, Prozedurales Verfassungsverständnis und Grundwerte. Zur Wertejudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Dialektik 1994, 72ff.
645 Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. I, S. IX.
646 Forsthoff, Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 41.
647 Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 20 (1963), 37ff.
648 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsstaates, in: Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 51, 53.

Im Rahmen der Auslegung könne nur dann die Sinnermittlung im Mittelpunkt stehen, wenn sich die Mittel der Sinnerfassung normfremder Grundlagen enthalte. Und als normgemäß könnten nur jene Elemente gelten, welche im Wortlaut der zu interpretierenden Norm eine Rechtfertigung finden.[649] Entsprechend hat sich Forsthof mit seinem Ansatz einer Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses auch gegen eine wertorientierte Auslegung der Grundrechte gewandt. Denn durch einen solch außergesetzlichen Rückgriff könne der juristische Sinn einer Norm nicht ermittelt werden. Ein Wert könne nicht in eine Norm verlegt werden, andernfalls würde die Normanwendung zur Wertverwirklichung. Ein Wert könne nur als Folge einer juristischen Interpretation entstehen.[650] Jede philosophische oder ideenwissenschaftliche Deutung der Verfassung sei angesichts der Nichtgreifbarkeit der Werte und dem damit einhergehenden Verlust des Rechts an Rationalität und Logik abzulehnen.[651]

Der rein juristischen Methodik ist zugute zu halten, dass es ihr gelingt, eine juristische Objektivität im Verfassungsrecht zu schaffen. Eine Auslegung des Grundgesetzes mit Hilfe einer wie auch immer gearteten, zwingend versubjektivierten und damit uneinsichtigen Werteordnung führt zu einer Gefährdung der freiheitlichen Ordnung und damit letztlich zur Diktatur der Werte der jeweils Herrschenden, je nachdem, welche Werte jeweils als dem Grundgesetz zugrunde liegend erachtet werden.[652] Ungeachtet dessen, dass eine abendländische Wertetradition in ihrer Fülle und Vielfältigkeit kaum fassbar ist, kann eine Wertetradition vor Auslegung der Norm nicht in die Verfassungsnorm hineingelesen werden. Auszugehen ist vielmehr davon, dass das Gesetz durch die von ihm vorab

[649] Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsstaates, in: Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 51, 56.
[650] Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 51, 57.
[651] Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 69, Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, in: ders. (Hrsg.), Der gebändigte Leviathan, S. 146f.
[652] so auch Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, S. 65, 187; Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, S. 64.

getroffene Entscheidung die zutreffende Wertentscheidung festgelegt hat, anders wäre die Rechtsanwendung nicht berechenbar. Da also eine dem Grundgesetz absolut zugrundeliegende Werteordnung dogmatisch nicht begründbar ist, kann der Begründung der obersten Rechtsprechung für das wohl allein ergebnisorientiert gedachte Toleranzmodell nicht gefolgt werden.

(vi) Eigener Ansatz

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit eine dogmatische und mit dem Grundgesetz vereinbare Begründung für ein verfassungsrechtliches Modell der kulturellen Prägung, der Toleranz oder der strikten Neutralität im Sinne einer Nichtidentifikation gefunden werden kann.

Auszugehen ist zunächst von folgendem: Sofern sich Verfassungen einer weltanschaulichen Legitimation bedienen, versuchen sie ethische Homogenität des Gemeinwesens zu gewährleisten und abweichende Überzeugungen nicht zuzulassen. Identifiziert sich der Staat hingegen nicht mit einer bestimmten Weltanschauung, entkoppelt er ethische Überzeugungen von seinem Ordnungssystem. Entsprechendes gilt für die Festschreibung oder Lossagung von einer bestimmten Kultur oder Tradition. Grundsätzlich lassen sich zunächst zwei Staatskonstruktionen unterscheiden: der Staat als rechtlich verfasste Personengemeinschaft oder der Staat als hoheitliches Institutionenverhältnis. Der Staat verstanden als personale Gemeinschaft macht es sich zur Aufgabe, seinen Mitgliedern eine Rechtsordnung im Inneren und Schutz nach außen zu bieten, gleichzeitig aber eine sittliche und religiöse Einheit der Gemeinschaft zu schaffen. Der Staat befasst sich also vor allem damit, das Zusammenleben in der Gemeinschaft durch die Verbesserung der Moral und Religion der Mitglieder zu lenken. Da der Staat keine Beschränkung im Hinblick auf seine Mitglieder kennt, sind Staat und Gesellschaft eins. Der antike griechische und römische Staat war eine

solche an ein geordnetes moralisches Zusammenleben und das Gemeinwohl ausgerichtete Personalgemeinschaft.[653]

Anders das auf Hobbes und Macchiavelli zurückgehende instrumentelle Staatsverständnis; anstelle des Guten und Gerechten treten die machtpolitischen und organisatorischen Fragen der Institutionen und der politischen Prozesse, die die Bindung des Staates als Herrschaftsapparat an ethische Normen und Werte beseitigen.[654] Dem Staat gegenüber steht die Gesellschaft als Gesamtheit der unterworfenen Individuen, die Träger der grundrechtlichen Freiheiten sind. Die Ausgestaltung der Grundrechte und der unterschiedlichsten sozialen Rollen obliegt den Individuen. Eine Einheit der Lebenswirklichkeit gibt es nicht mehr. An ihre Stelle ist der Pluralismus getreten.[655]

Aus einem solchen Prozess der Säkularisierung hat sich auch das Grundgesetz entwickelt[656]: Das Grundgesetz bekennt sich zwar zum Kulturstaat, kennt selbst aber keine einheitlich verpflichtende Kultur oder Tradition, sondern angesichts der allgemeinen und für alle geltenden Gleichheits- und Freiheitsrechte nur kulturelle, grundrechtlich geschützte Freiheiten. Die Gewähr gleicher Freiheit für den Einzelnen setzt zwingend voraus, dass die Art und Weise der Grundrechtsausübung nicht davon abhängt, wie der Staat das Handeln des Einzelnen kulturell bewertet. Trotz aller kulturellen Traditionen kann der Staat seine Maßnahmen nicht mit dem Hinweis auf kulturell-traditionelle Wahrheiten rechtfertigen.[657] Die kulturelle Basis des Grundgesetzes ist damit letztlich eine der Verfassung zugrundeliegende Idee, die selbst nicht Bestandteil der Verfassung

---

653 Isensee, Staat, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. V, Sp. 144.
654 Näher Maier/Denzer (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Bd. I, S. 360ff.
655 Isensee, Staat, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. V, Sp. 144, 152.
656 allg. zu dieser Entwicklung der modernen Verfassungsstaaten: Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, S. 92ff., Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 26ff.
657 ähnlich auch Huster, Die ethische Neutralität des Staates, S. 653.

geworden ist,[658] so dass sich aus jenen Verfassungen nicht nur eine ein pluralistisches Religions- sondern auch Kulturkonzept ergibt.

Dieser Konzeption entspricht auch das dem Grundgesetz zugrundeliegende Menschenbild. Obgleich, wie oben gesehen, umstritten ist, ob und inwieweit dem Grundgesetz überhaupt ein Menschenbild zugrunde liegt,[659] besteht aber zumindest Einigkeit darüber, dass das Grundgesetz, indem es die Menschenwürde zu seinem Konstitutionsprinzip erhebt, den Menschen mit seiner Fähigkeit zum eigenen individuellen Lebensentwurf in den Mittelpunkt stellt.[660] Entsprechend wurde das Recht aber nicht nur von seinen religiösen, sondern auch von seinen kulturellen Begründungen gelöst, um allein der freien Entfaltung des Menschen zu dienen. Damit einher geht, dass sich der Staat mit keinem kulturell-traditionellen Konzept verbündet, sondern auf jegliche kulturelle Einflussnahme verzichtet. Eine Fixierung eines bestimmten kulturell-traditionellen Istzustandes stünde dieser Konzeption strukturell entgegen und würde der Entscheidung des Verfassungsgebers widersprechen. Der Rückgriff auf die abendländische Kultur hat die kulturelle Festschreibung des Grundgesetzes[661] und damit auch die Erhebung der abendländischen Kultur zur Staatskultur und zum Staatsziel und Rechtsgut, das dem Gesetzgeber und Rechtsanwender fordernd entgegentritt, zur Folge. Mit dem durch die Manifestation der Grundrechte konstituierten freiheitlichen System der verfassungsrechtlichen Pluralität wäre dies nicht zu vereinbaren, sondern bürge die Sorge der kulturellen Tyrannei[662] und

---

[658] Hofmann, Vier Erfahrungen des Rechts, in: FS f. Schwartländer, S. 81ff., 90.

[659] Mayer-Maly, Gedanken über das Recht, S. 20; die Existenz eines dem GG zugrunde liegenden Menschenbildes verneinend: Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 168ff., vgl. zudem Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259ff., 260f.; Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 5, 14; Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, S. 71ff.

[660] statt vieler: Huber, Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, 505ff., 511; Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, S. 39f.

[661] Rumpf spricht insoweit von einer ideologischen Betrachtungsweise: Rumpf, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, S. 10ff.

[662] so für die Qualifizierung der Grundrechte als Grundwerte: Carl Schmitt, Tyrannei der Werte, in: Schnur (Hrsg.), FS für Forsthoff, S. 37ff.

Einengung des freiheitlichen Individuums in sich[663]. Entsprechend versteht das Grundgesetz selbst seine kulturell-traditionell-integrative Funktion nicht dahingehend, eine homogene Einheitskultur zu schaffen oder bestimmte Traditionen - auch wenn es seine Wurzeln sind - festzuschreiben, sondern das Grundgesetz hat sich dafür entschieden, unter Berücksichtigung der Prinzipien des Minderheitenschutzes, nur den Rahmen für das Zusammenleben verschiedener Kulturen und Traditionen zu schaffen. Aufgabe des Staates ist es also nur noch, das friedliche Zusammenleben aller Staatsangehörigen sowie die Rechte des Einzelnen und der Gemeinschaft sicherzustellen.

Damit ist die Frage einer für alle geltenden normativen Rechtsordnung unabhängig von der Frage der Anerkennung einer für alle geltenden Kultur. Nur bei der Annahme einer grundsätzlichen Trennung von Rechtsordnung und Kultur kann von einer für alle verbindlich geltenden Rechtsordnung ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als die Suche nach einer einheitlichen Kultur bei einer Integration der Kultur in die Rechtsordnung bis zum Auffinden tragfähiger Kriterien die Schaffung einer allgemeingültigen Rechtsordnung unendlich lange verschieben könnte. Daraus ergibt sich, dass der Verfassung nur ein Prinzip der kulturellen Neutralität entnommen werden kann; es wäre verfehlt das Grundgesetz als „kulturverfassungsrechtliches Gesamtkunstwerk“[664] einzustufen. Fraglich ist im Folgenden allein, ob jene Pflicht zur staatlichen Neutralität entsprechend der Annahme Krügers: „Identifikation des Staates erweist sich als gleichbedeutend mit Unfreiheit auf Seiten der Bürger“[665] der völligen Nichtidentifikation des Staates als quasi eigenschaftsloses und orientierungsloses Wesen entspricht. Es stellt sich damit die Frage, wie das Grundgesetz angesichts wachsender kultureller Pluralität den Rahmen für das Zusammenleben verschiedener Kulturen konkret ausgestaltet.

---

[663] im Ergebnis so auch Droege, Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466ff., 470.

[664] Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 5ff., 16.

[665] Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 178f., 181.

Zu der Frage, wie der Staat ethischer und kultureller Vielfalt begegnet, werden in der Sozialphilosophie verschiedene Ansätze vertreten; denn zu berücksichtigen ist schließlich, dass eine Mannigfaltigkeit der Kultur letztlich zum Verlust der eigenen nationalen Kultur führt, der im Ergebnis nur noch eine folkloristische Randexistenz eingeräumt wird. Der multikulturalistische Ansatz geht davon aus, dass jede freiheitliche Ordnung, die die staatliche Neutralität für sich in Anspruch nimmt, tatsächlich durch eine bestimmte Mehrheitskultur und deren Tradition geprägt ist. Entsprechend nehme die staatliche Ordnung zwar Rücksicht auf die religiös-weltanschaulichen und ethischen Bedürfnisse der Mehrheitskultur, nicht aber auf jene der Minderheiten. Diese Scheinneutralität sei nicht durch wahrhafte Neutralität des Staates zu beseitigen, sondern nur durch staatlichen Pluralismus und damit eine differenzsensible Ausrichtung des Staates auf die ethischen Bedürfnisse der verschiedenen Gruppen, um diesen entsprechend den multikulturellen Bedürfnissen des Staates gerecht zu werden.[666]

Anders der kommunitaristische Ansatz, der vor dem Hintergrund der pluralistischen Gesellschaft nicht die ethische Pluralisierung, sondern zur Sicherung des Zusammenhalts des Gemeinwesens die Stärkung und Förderung gemeinsamer Überzeugungen und Lebensformen, die die Identität des jeweiligen Gemeinwesens ausmachen, fordert.[667] Entscheidend für den kommunitaristischen Ansatz, dem offensichtlich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Schul- und Kruzifix-Entscheidung gefolgt ist, scheint zu sprechen, dass ein staatliches Ordnungssystem nicht ausschließlich gewährender Grundrechtsstaat sein kann, der durch schlichte aufgezwungene staatliche Normen zusammengehalten wird, sondern, wie bereits dargelegt, nicht allein, sondern auch und vor allem von einem Konsens über Werte, Grundüberzeugungen und Lebensweisen.

[666] Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, S. 13ff.
[667] bspw. Etzioni, Die Entdeckung des Gemeinwesens; Berger, Das Kreuz als öffentliches Symbol, in: Brugger u.a. (Hrsg.), Der Streit um das Kreuz in der Schule, S. 165ff., 171.

Will sich der Staat dauerhaft behaupten, ist er auf Dauer auf die Identifikation der Bürger mit sich angewiesen.

Entsprechend gilt es für den Staat, nicht nur die Autonomie der Kultur zu wahren, sondern zumindest eine Mindestkultur im Sinne des Staatsdienstes an der Kultur vor gesellschaftlicher Gefährdung zu schützen, und zwar nicht nur um der Kultur selbst willen. Denn dies könnte er sich nur leisten, wenn in der Bevölkerung ein erhebliches Maß an kulturell-traditioneller Homogenität herrschen würde, wovon aber in unserer heutigen pluralistischen Gesellschaft gerade nicht mehr ausgegangen werden kann. Ein Mindestmaß an Kultur muss der Staat vielmehr auch um bestimmter Vergemeinschaftungseffekte willen, auf die er zur Sicherung seiner eigenen Existenz im Sinne einer ethisch-kulturellen Konsensgrundlage nicht verzichten kann,[668] fördern. Eine auf Freiheit und Menschenwürde ausgerichtete Rechtsordnung bedarf eines entsprechenden Unterbaus, d.h. einer Gesinnung der Bürger, die diese Freiheit schätzen und sie als Chance der Betätigung ihrer sittlichen Überzeugungen betrachten. Recht und gesellschaftliche Moral stehen also nicht nebeneinander, sondern müssen miteinander harmonisiert werden, andernfalls müsste der Einzelne stets entweder gegen sein Gewissen oder aber das Recht verstoßen.[669] Daher kommt auch unser Verfassungsstaat nicht ohne einen Grundkonsens aus, der auch für fremde Kulturen verbindlich ist und damit von jedermann einzufordern ist. Entsprechend wäre es gleichfalls verfehlt, das Grundgesetz als verfassungsrechtliche Wüste darstellen zu wollen.

Es fragt sich im Folgenden also, worin angesichts einer kulturell pluralen Gesellschaft und offen formulierten Verfassung jene staatliche Identität bzw. jene gemeinsamen Grundüberzeugungen gründen sollen und welche

[668] so auch Schmitt-Glaeser, Schwindende Werte, wachsende Zweifel, BayVBl 1995, 577ff., 579; Hufen, Die kulturintegrative Kraft der Verfassung, in: Däubler-Gmelin u.a. (Hrsg.), FS für Mahrenholz, S. 115ff., 123; Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, in ders. (Hrsg.), Deutschland und die westlichen Demokratien, S. 48ff.; Göldner, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat.

[669] so auch Kohl, Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel, S. 87.

Befugnis dem Staat zur Schaffung eines ethisch-kulturellen Minimalstandards konkret zukommen kann. An dieser Stelle geht es also um die Bestimmung dessen, wie weit die bundesrepublikanische Kulturstaatlichkeit wirklich geht. Folgt man den Vertretern des staatsrechtlichen Positivismus, können sich Anhaltspunkte für eine staatliche kulturelle Identität allein aus der abschließenden positivistischen Entscheidung der Verfassung ergeben. Voraussetzung wäre also die ausdrückliche Festschreibung einer Identität. Geht man von der Anerkennung einer gesellschaftlichen sowie staatlichen kulturellen Identität aus, ließe sich gleichsam eine kulturelle Identität des Volkes mit jener des Staates rechtfertigen.

Außer Frage dürfte in einem ersten Schritt stehen, dass sich der Gehalt des verfassungsrechtlichen Minimalkonsenses und die Befugnis des Staates zur Schaffung und Förderung jenes Minimalkonsenses nur aus der Verfassung selbst ergeben kann, nur aus ihr können sich Mittel der Vergemeinschaftung ergeben. Soll staatliche Identität gefördert werden, bedarf dies einer verfassungsrechtlichen Entscheidung, zumal die Grundrechte als allgemeinverbindlicher Rahmen den kulturellen Pluralismus garantieren. Auszugehen ist davon, dass es dem Staat obliegt, nicht nur die pluralistische Ausprägung der Gesellschaft zu ermöglichen, sondern auch und vor allem, ihr die Prägung eines Verbandes zu geben, sie also zu einen.[670] Die Annahme einer in der Verfassung an sich gründenden Integrationsfunktion, der heute im Ergebnis auch noch das Bundesverfassungsgericht folgt, geht auf Smend zurück, der davon ausgeht, dass durch den Grundrechtskatalog ein Werte-, Güter- und Kultursystem normiert sei, „das allgemeine Werte national positiviert" und damit den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materiellen Status, durch den sie sachlich ein Volk sein sollen.[671]

---

[670] Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 4ff.

[671] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119, 264; heute im Ergebnis auch noch so das BVerfG, vgl. nur BVerfGE 10, 59, 81; 12, 45, 50; 19, 394, 396; 30, 1, 19.

Entscheidend für das Verständnis Smends ist sein Wirken in der Zeit der Weimarer Republik, einer weitestgehend noch homogen kulturell-abendländisch ausgerichteten Gesellschaft. Ungeachtet dessen, dass eine solche Werteordnung mangels Rationalität und wegen ihrer Überlastung der Verfassung abzulehnen ist,[672] kann die Integration der Gemeinschaft unter eine einheitliche Kultur und Tradition nicht mehr in Zeiten des Multikulturalismus gelingen.[673] Insoweit dürfte folgendes entscheidend sein: Der Staat ist nicht Selbstzweck seiner selbst, sondern dazu da, die Lebenszwecke der in ihm lebenden Bürger zu verwirklichen.[674] Entsprechend kann es auch nur seine Aufgabe sein, die tatsächliche Kultur und Tradition seiner Bürger durch die Einräumung grundrechtlicher Freiheitsrechte zu schützen und zu fördern.[675] Ein Eingriff in diese Rechte ist nur unter den Voraussetzungen der in den Grundrechten enthaltenen Grenzen zulässig. Traditionen sind dabei zu unscharf, als dass aus ihnen rechtliche Konsequenzen für die Beschränkung dieser Freiheiten gezogen werden könnten. Entsprechend hat sich das Grundgesetz auch ausdrücklich zur Existenz nicht rechtlicher Bereiche der Sitte, Sittlichkeit und des Brauchtums bekannt, die für die Existenz einer Rechtsordnung unverzichtbar, aber gleichfalls nicht rechtlich erzwingbar sind.

Entsprechend ist im Rahmen der säkularisierten Verfassungsordnung wie folgt zu unterscheiden: Auf der ersten Stufe stehen jene staatlichen Normen, die zur Aufrechterhaltung des Gemeinwesens für alle Bürger verbindlich sein müssen. Damit sie von allen Bürgern akzeptiert werden können, gründet der rechtlich bindende Gehalt nur in einem Minimum an gesellschaftlichen Moralvorstellungen über gerechte Bedingungen eines

---

672 sie bereits oben, kritisch auch Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz; Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, 545ff.; Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, S. 67ff.

673 Hellermann, Multikulturalität und Grundrechte - am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, S. 129ff.

674 Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat, S. 18f.

675 Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 807; Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie, S. 385ff.

sozialen Miteinanders.[676] Seel bezeichnet diesen Normenkomplex als das Rechte,[677] Habermas spricht von „normativen Aussagen über präsumtiv ‚Gerechte' Handlungen".[678]

Dem gegenüber stehen die Vorstellungen der Bürger, wie man die zur Verfügung stehenden Freiheitsrechte ausgestalten und nutzen sollte, also die Vorstellung des Einzelnen, wie ein gutes Leben für ihn aussieht.[679] Habermas geht insoweit von „evaluativen Aussagen über Aspekte dessen, was wir als ‚gutes' Leben im Rahmen unserer jeweiligen kulturellen Überlieferung bloß präferieren" aus.[680] Das heißt also folgendes: Mit der Festschreibung der unabänderlichen Verfassungsbestimmungen in Art. 79 Abs. 3 GG hat der Verfassungsgeber unveräußerliche Verfassungswerte geschaffen und damit in Gestalt eines rechtlich verbindlichen Minimalkonsens festgeschrieben. Die Ausgestaltung des Gehalts der Verfassungsbestimmungen unterliegt nunmehr allein dem öffentlichen politischen Diskurs. Damit kann der Staat sein Dasein allein entsprechend den abendländischen Traditionen nicht für alle Zeit verbindlich einrichten. Obgleich die Verfassung in der Kultur des Abendlandes gründet, hat sie sich damit vollständig von ihren christlichen Traditionen emanzipiert,[681] mit der Folge, dass sie nicht mehr im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen sind, es sei denn ihre Anerkennung ergibt sich im Rahmen des politischen Diskurses.

Für die Frage der kulturellen Ausrichtung des Staates heißt das folgendes: Der Staat ist grundsätzlich zur strikten kulturell-traditionellen Neutralität

---

[676] Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Aarnio u.a. (Hrsg.), FS f. A. Peczenik, S. 27ff., 35.

[677] Seel, Das Gute und das Richtige, in: Menke u.a. (Hrsg.), Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, S. 219ff.

[678] Habermas, Moralität und Sittlichkeit, in: Kuhlmann (Hrsg.), Moral und Sittlichkeit, S.16ff., 25.

[679] Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Aarnio u.a. (Hrsg.), FS f. A. Peczenik, S. 27ff., 35.

[680] Habermas, Moralität und Sittlichkeit, in: Kuhlmann (Hrsg.), Moral und Sittlichkeit, S.16ff., 25.

[681] so auch Droege, Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466ff., 481f; Depenheuer, Wahrheit oder Frieden?, in: Essener Gespräche 33 (1999), 5ff., 31 m.w.N.

verpflichtet;[682] nur soweit der Verfassungsgeber in Art. 79 Abs. 3 GG unveränderliche Werte festgeschrieben hat, ist er im Hinblick auf die Existenz der in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Entscheidungen nicht zur Selbstaufgabe gezwungen. Der Verfassungsgeber hat mit jenen Normen einen Rahmen geschaffen, innerhalb dessen sich das gesellschaftliche Zusammenleben arrangieren muss. Die Ausgestaltung des Gehalts jener Normen, auch des Art. 1 GG, kann allein dem öffentlichen Diskurs obliegen.

Stellt man bei der Auslegung des Sittengesetzes auf die öffentliche Meinung ab, bedeutet dies, dass auch die Frage des würdevollen Umgangs mit dem Leichnam keine feststehende Konstante mehr ist, sondern durch einen variablen Inhalt gekennzeichnet wäre. Entscheidend kommt es im Folgenden also darauf an, inwieweit die Auslegung einer Verfassungsnorm durch die soziale Wirklichkeit zulässig ist. Einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Prüfung hat die Frage vorauszugehen, welchen Einfluss der Zeitgeist auf das Recht überhaupt haben kann, wie sich die soziale Wirklichkeit also zum Recht überhaupt verhält.

g) Sich wandelnde gesellschaftliche Anschauungen im Rahmen der Verfassungsauslegung

Wertungen und Anschauen in der Gemeinschaft unterliegen einem stetigen Wandel, die gesellschaftliche Kultur verändert sich also. Geht es um eine nähere Bestimmung dessen, kommt dem sog. Zeitgeist eine entscheidende Bedeutung zu. Der Zeitgeist meint nicht die Moden des Tages oder kurzlebige gesellschaftspolitische Bewegungen,[683] sondern ist die in einer Epoche vorherrschend prägende Ausrichtung der geistigen Haltung, der Lebensformen und der Ideen.[684] Es sind also die

[682] so auch Steiner, Kulturpflege, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HdbStR III, § 86 Rn. 9 m.w.N.
[683] Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 20.
[684] Brockhaus Enzyklopädie, Bd. XXIV, Stichwort: Zeitgeist.

Gemeinsamkeiten im Werten, Bewerten, in den Urteilen der Ästhetik, der Moral und den psychologischen Grundstimmungen, die den Zeitgeist ausmachen. Es gibt ihn in allen Bereichen, sei es der Kultur, der Politik oder den Weltanschauungen.[685] Hegel spricht insoweit von einem „objektiven Geist", wobei ohne solche in der Gemeinschaft lebendigen tradierten Sinngehalte „die Flucht der kurzlebigen Individuen ein gesichtslose(s) Kommen und Gehen, gleichförmig, ohne Richtung und Entwicklung" wäre.[686] Der Zeitgeist beschreibt also nicht nur die Gesellschaft als Ganze, sondern prägt auch das Bewusstsein des Einzelnen, denn wird doch das, was dem Zeitgeist entspricht, regelmäßig als wahr angesehen.[687]

Diese für einen bestimmten Zeitraum, über das Denken des einzelnen Individuums hinausgehenden, charakteristischen gesamtgesellschaftlichen Vorstellungen, Denkformen und Wertbegriffe unterliegen aufgrund der unterschiedlichsten Faktoren, wie zum Beispiel politische Veränderungen, neue geistige Ideen oder wissenschaftlicher Fortschritt, einem steten Wandel.[688] Welcker hat dies treffend so formuliert: „So ist der Zeitgeist heute ein industrieller, morgen mehr auf die höhere Kultur gerichtet, heute politisch, morgen religiös, heute mehr liberal und aufklärend, morgen mehr fromm und monarchisch."[689]

Der Anerkennung eines Zeitgeistes ist vor allem Schopenhauer entgegengetreten: „Geist? Wer ist denn der Bursche? Und woher kennt Ihr ihn? Ist er nicht bloß eine beliebige und bequeme Hypostase, die Ihr nicht einmal definiert, geschweige deduziert oder beweist?"[690]

---

685 Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 21, 22.
686 Hegel, zitiert aus: Hartmann, Hegel, S. 301.
687 Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 23, 24.
688 Brockhaus Enzyklopädie, Bd. XXIV, Stichwort: Zeitgeist; Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 20.
689 Welcker, zitiert aus Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 27.
690 Schopenhauer, zitiert aus Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 45.

Die Kritik Schopenhauers erscheint berechtigt. Welche Vorstellungen in einer Gemeinschaft zu einzelnen Aspekten herrschen, kann für jedermann durchaus wahrnehmbar sein, sofern es die zu einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Gemeinschaft in Religion und Weltanschauung, Philosophie und Wissenschaft herrschenden Vorstellungen betrifft. Handelt es sich allerdings um ethische und moralische Fragen, also Fragen, die jeder Einzelne für sich ausmacht, ist eine herrschende Vorstellung nicht ohne weiteres feststellbar. Will man daher auch in diesen Bereichen Feststellungen zu einem Zeitgeist machen, sind umfassende wissenschaftliche Untersuchungen vonnöten, die allerdings - und dies ist im Rahmen der folgenden Ausführungen als entscheidend zu berücksichtigen - bisher nicht durchgeführt wurden.

(1) Zeitgeist und Rechtsbewusstsein

Dass Änderungen des Zeitgeistes auch erhebliche Auswirkungen auf das Recht als Bestandteil der Gesellschaft haben, steht angesichts dessen, dass die sich im Zeitgeist entfaltenden Wertvorstellungen Grundlage der Rechtsordnung einer Gemeinschaft sind, fest. Wenn sich die geistige Ausrichtung in einer Gesellschaft wandelt, ändern sich nicht nur die Lebensgewohnheiten des Einzelnen, sondern auch seine Vorstellungen und damit auch die der Gemeinschaft insgesamt von dem, was Recht und Gerechtigkeit ist, sein oder leisten soll. Es ändert sich also das Rechtsbewusstsein[691] und damit auch die Einstellung zu Fragen der Moral und Ethik.

Das Rechtsbewusstsein erfasst sowohl das politisch-rechtliche Bewusstsein, das intuitive Rechtsgefühl, das dem Einzelnen sagt, was Recht und Unrecht ist, sowie das im Hinblick auf die Frage nach dem Umgang mit den Toten vor allem relevante sozialethische Bewusstsein,

[691] Würtenberger, Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung, NJW 1986, 2281ff., 2282.

das die in der Gemeinschaft herrschenden Ideen über die sittlichen Grundwerte der Rechtsordnung und der Institutionen erfasst.[692] Das Rechtsbewusstsein ist keine konstante Größe, sondern unterliegt aufgrund seiner untrennbaren Kopplung an den Zeitgeist steten Schwankungen und Veränderungen: „Die Anschauungen darüber [...] wie die Toleranzgrenze zu ziehen ist, sind dem Wandel unterworfen."[693] Obwohl dem Rechtsbewusstsein also eine entscheidende Bedeutung im gesellschaftlichen Zusammenleben zukommt, finden sich Untersuchungen zu ihm und seinem Wandel sowie seinem Einfluss auf die Gesetzgebung kaum.[694] Insoweit steht in der Wissenschaft wohl nur fest, dass wenn es um Fragen der Ethik und Moral geht, unsere heutige Gesellschaft, auch wenn ihr das geltende Recht im Übrigen in seiner Gänze und in seinen Einzelheiten unbekannt ist, neben dem Leben vor allem der Menschenwürde und der Autonomie des Einzelnen einen hohen Rang einräumt.[695] Vor allem die Debatte um die Ausstellung „Körperwelten" zeigt, dass diese Grundwerte immer noch das Bewusstsein der Einzelnen entscheidend prägen, auch wenn die Auslegung der Begriffe mitunter weit auseinander gehen.

(2) Einfluss des Rechtsbewusstseins auf das Recht

Insoweit stellt sich nun die Frage, ob und wenn ja, inwieweit sich der Gesetzgeber und der Rechtsanwender vom aktuellen Rechtsbewusstsein und damit letztlich dem Zeitgeist leiten lassen darf. Der Gesetzgeber unterliegt zwar bei sich wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen einem erheblichen Handlungsdruck. Entscheidend ist aber allein, ab wann man von herrschenden Vorstellungen der Gemeinschaft sprechen kann und wie diese ermittelt werden sollen, sondern auch, inwieweit der

[692] Würtenberger, Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung, NJW 1986, 2281ff., 2282.
[693] BVerwGE 39, 197ff., 206 zur Frage, wann die Schwelle zur Jugendgefährdung überschritten ist.
[694] Ausnahme Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 13.
[695] Schmidt, Recht und Gesetz als Orientierung im Wertewandel, BayVBl. 1988, 1ff., 3.

Gesetzgeber und letztlich auch der Rechtsanwender im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe diesem Druck nachgeben darf. Allerdings ist das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit sowohl in der Rechtswissenschaft als auch der Soziologie umstritten.

Gegen eine Isolierung beider Bereiche und für die Berücksichtigung der Wirklichkeit im Recht sprechen sich seit der Ende des 19. Jahrhunderts zahlreiche Stimmen aus, allen voran Jellinek, Sinzheimer, Ehrlich, Nussbaum, Wüstendörfer, Geiger u.a..[696]

Jedoch wird die sog. soziologische Rechtsbetrachtung bis heute in der Rechtsprechung nur selten herangezogen, und zwar anders als die technisch-naturwissenschaftliche oder volkswirtschaftliche Rechtsbetrachtung, die sich in einzelnen Bereichen erfolgreich durchgesetzt hat[697]. Zwar stellt die Rechtsprechung beispielsweise im Rahmen des § 138 BGB auf das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ab.[698] Verwunderlich ist allein, wie jenes angeblich herrschende und anerkannte Rechtsgefühl ermittelt wird: Eine repräsentative demoskopische Erhebung freilich gab es nie, vielmehr wird dem zur Entscheidung berufenen Richter in großzügigster Weise eine eigene Sachkunde für den Bereich gesellschaftlicher Vorgänge eingeräumt,[699] wobei bezweifelt werden darf, dass er eine solche tatsächlich besitzt.

Geht es um die Frage, inwieweit die gesellschaftliche Wirklichkeit Auswirkungen auf das Recht haben kann und wie sie zu ermitteln ist,

---

[696] Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 337ff.; Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, S. 3ff., 27; Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts; Nussbaum, Die Rechtstatsachenforschung; Wüstendörfer, Die Methode soziologischer Rechtsfindung; Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts; Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung; Lüdersen, Erfahrung als Rechtsquelle; Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik; Opp, Soziologie im Recht; Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie.

[697] BGHZ 46, 35ff.; 12, 22ff., 45, 234ff.; 52, 74, 77ff.; 57, 1ff.; 54, 214, 217ff.; 61, 31ff., 41, 42ff.; 49, 367, 376.

[698] vgl. nur RGZ 80, 221; BGH NJW 2004, 2668, 2670.

[699] BGHZ 15, 262, 266f.; 43, 65, 71; 43, 108, 114f.; 53, 339ff.; 32, 179ff.; 22, 209, 216ff.; 24, 55, 68f.; 27, 351, 356.

muss Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen Georg Jellineks Lehre von der „normativen Kraft des Faktischen" sein. Jellinek geht davon aus, dass alles Recht in einem Volke ursprünglich nichts als faktische Übung ist. Die fortdauernde Übung erzeuge die Vorstellung der Normmäßigkeit dieser Übung, und dadurch erscheine die Norm schließlich als das Gebot des Gemeinwesens. Aber nicht nur für die Entstehung, sondern auch für das Dasein der Rechtsordnung gebe die Einsicht in die normative Kraft des Faktischen erst das rechte Verständnis. Hintergrund dessen sei die Tatsache, dass der Mensch das allgemein typische Verhalten, also das ihn Umgebende, das von ihm Wahrgenommene nicht nur als Gegebenes, sondern auch als Beurteilungsnorm auffasse, mit dem er ihm Fremdes richte. „Selbst das Sittliche beurteilen wir oft nicht nach allgemeinen Prinzipien, sondern stets nach dem, was tatsächlich als solches bei einem bestimmten Volke oder innerhalb eines bestimmten Gesellschaftskreises angesehen wird [...]." „Den Grund der normativen Kraft des Faktischen in seiner bewussten oder unbewussten Vernünftigkeit zu suchen, wäre ganz verkehrt. Das Tatsächliche kann später rationalisiert werden, seine normative Bedeutung liegt aber in der normativ weiter nicht ableitbaren Eigenschaft unserer Natur, kraft welcher das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist als das Neue." Diese Erkenntnis ist „für die Einsicht in die Entwicklung von Recht und Sittlichkeit von der höchsten Bedeutung".[700] Jellinek sah in dieser Lehre vor allem die Erklärung der Entstehung und der Rechtfertigung des Gewohnheitsrechts.[701] Gleichsam bietet sich dieser Ansatz auch zur Auslegung des Rechts an, vor allem dann, wenn es um die Beurteilung von positivrechtlich nicht zu lösenden Fragen außerrechtlicher Rechtinhalte, wie die der postmortalen Würdegarantie, geht. Zu selbigem Ergebnis wie Jellinek gelangt Ehrlich, der von der Übung als Quelle des Rechts ausgeht: „wie es bisher gehalten wurde, das soll in Zukunft die Norm abgeben."[702] Gemein ist beiden Lehren zum einen die strikte

[700] Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 337ff.
[701] Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 339.
[702] Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 83.

Trennung von Norm und Wirklichkeit, zum anderen die Erhebung des Faktischen zur Normativität.

Der häufigste Einwand, der gegen den Ansatz Jellineks und seiner Theorie der normativen Kraft des Faktischen erhoben wird, ist der Sein-Sollens-Fehlschluss. Jelinek verwechsle das Ideelle mit dem Existenziellen. Leibholz meint, dieser Ansatz führe „zu einer Art soziologischem Positivismus" und begründe dadurch die Gefahr, dass das Recht zur Disposition der herrschenden soziologischen und politischen Kräfte gestellt werde.[703]

Richtig ist an dieser Kritik, dass jede Aussage über das Faktische eine deskriptive, also eine Tatsachen und Sachverhalte beschreibende Aussage ist. Zuzustimmen ist der Kritik auch insoweit, als wie bereits erörtert, aus einer solchen Seinsaussage keinerlei Sollenssätze abgeleitet werden können.[704] Entsprechend kann allein aus der Tatsache, dass bestimmte Wertvorstellungen oder Anschauungen in der Bevölkerung herrschen, noch nichts im Hinblick auf ein Sollen gefolgert werden. Denn würde eine normative Geltung allein aus der vorgefundenen Faktizität gespeist, wären ordnungsstiftende Leistungen des Rechts von faktischen Randbedingungen abhängig. Entsprechend verlöre das Recht nicht nur seine ihm eigentlich immanente Aufgabe, nämlich Orientierungshilfe für das menschliche Handeln zu sein, vielmehr wäre dann auch jedes Seiende, also jede Übung und Wertvorstellung, ein Sollendes und umgekehrt auch jedes Sollende ein Seiendes. Entsprechend wäre konsequenterweise jedes Seiende Recht, aber Unrecht dann eigentlich Nichtseiendes. Berücksichtigt man dies, stellt aber dennoch auf die normative Kraft des Faktischen ab, hätte dies zur Folge, dass die Anschauungen der Bevölkerung als Sein, bevor sie durch die Berücksichtigung im Rahmen der Gesetzgebung oder der Rechtsanwendung zum Sollen würden, nicht mehr an den Kriterien von Recht und Unrecht gemessen würden und auch an sich ungerechtes Sein -

[703] Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 280.
[704] vgl. ausführlich oben.

also ungerechte Vorstellungen der öffentlichen Meinung - ungeprüft zu einem Sollenden würden. Warum es tatsächlich auch in unserem Verfassungsstaat aber so ist, dass nicht alles, was empirisch gilt, auch normative Geltung erlangt, kann mittels Jellineks Ansatz von der normativen Kraft des Faktischen also nicht erklärt werden.

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie Jellinek gelangt letztlich Ihering, der davon ausgeht, dass jede Rechtsnorm eine inhaltliche Beziehung zu einem bestimmten der Gesellschaft förderlichen Zweck habe, um dessentwillen sie bestehe. Jene gesellschaftlichen Zwecke ergäben sich aus den jeweils unterschiedlichen Lebensbedürfnissen der jeweiligen, historisch gegebenen Gesellschaften. Was eine bestimmte menschliche Gesellschaft als für ihr Wohlergehen nützlich und lebenswichtig ansehe, das bestimme allein ihr eigenes, geschichtlich wechselndes Glücksverlangen.[705] Gleiches gelte für die sittlichen Maßstäbe in einer Gesellschaft, auch sie seien gesellschaftliche Imperative, die das Bestehen und Gedeihen der Gemeinschaft zum Zweck haben.[706]

Zugestimmt werden kann jedoch auch diesem Ansatz nicht. Ungeachtet dessen, dass auch hier eine unzulässige Vermischung von Sein und Sollen vorliegt, macht Ihering den Eigenwert des Rechts und des Sittlichen zum Spielball der gesellschaftliche Kräfte und relativiert damit völlig ihre Bedeutung als Maßstäbe für die Gesellschaft.[707] Zwar ist einer grundsätzlichen Trennung von Sollen und Sein und damit auch von Sollen und Wollen - als einer Kategorie des Seins - zuzustimmen, ohne eine solche würde die Rechtswissenschaft in der Tat nicht auskommen.[708] Eine solche Trennung darf jedoch auch nicht derartig absolut übersteigert werden, dass das Sollen völlig unabhängig vom Sein bestimmt werden könnte. Denn beide Bereiche sind auf das Engste miteinander verflochten.

---

[705] Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. II, S. 204ff.
[706] Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 331, Bd. II, S. 177.
[707] Schönfeld, Grundlegung der Rechtswissenschaft, S. 519; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 453; Wolf, Große Rechtsdenker, S. 654; Larenz, Methodenlehre, S. 48.
[708] so auch Larenz, Methodenlehre, S. 132.

Insoweit überzeugt der methodische Ansatz Müllers, nach dem die Wirklichkeit in ihrem jeweiligen, von der Anordnung der Norm (Normprogramm) betroffene Gegebenheiten (Normbereich) konstituierender Sachbestandteil der Norm selbst ist.[709] Die Verfassungsnorm ist also ein sachgeprägtes, d.h. die soziale Wirklichkeit rezipierendes Ordnungsmodell. Denn es kann nicht geleugnet werden, dass Wertvorstellungen und Verhaltensweisen der Gesellschaft einen Einfluss auf die gesellschaftliche Gesamtordnung[710] und damit auch die Rechtsordnung haben. Schließlich geht es sowohl bei der Rechtssetzung als auch bei ihrer späteren Auslegung allein darum, Sollen und Sein in eine Entsprechung zu bringen, zumal die Verhaltensnormen in vielfältigen Wechselbeziehungen zu den Realitäten stehen. Hinzu kommt, dass eine Schaffung und Auslegung des Rechts, die nicht der gesellschaftlich-kulturellen Wirklichkeit entspricht, zum Scheitern verurteilt ist. Denn in diesem Fall bestünde im Volk keinerlei Bereitschaft, die geltenden Rechtssätze zu beachten.[711] Demzufolge wäre es dem Recht nicht möglich, seine Geltung zu behaupten. Allein aus diesem Grund muss sich das Recht grundsätzlich - d.h. in später näher zu bestimmenden Grenzen - dem Bewegungsprozess der Gesellschaft anpassen. Andernfalls wäre weder eine Weiterentwicklung der Gesellschaft noch des Rechts möglich. Mithin kann ein Sollen nicht unmittelbar aus dem Sein abgleitet werden. Als Sollenssätze sind Rechtssätze im Allgemeinen und Verfassungsrechtssätze im Besonderen von der Wirklichkeit abgelöst und verselbständigt.[712] Das Sollen gründet aber gleichfalls im Sein,[713] denn zwar gestaltet das Sollen das Sein, doch gleichfalls ist das Sein als das Wahre dem Sollen vorgelagert.

---

[709] Müller, Juristische Methodik, S. 172ff.
[710] Hsü, Die Verfassungsumwandlung, S. 118.
[711] Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 37; Rottleuthner, Grenzen rechtlicher Steuerung, in: Koller u.a. (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, S. 123ff.
[712] Wintrich, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Süsterhenn (Hrsg.), FS für Laforet, S. 227ff., 229.
[713] so auch Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes, AöR 79 (1953/54), 57ff., 70.

Das Recht ist also nicht nur in einer bestimmten geschichtlichen und kulturellen Wirklichkeit entstanden, sondern bleibt einer solchen auch verhaftet. Entsprechend muss das Recht auch einer bis zu bestimmten Grenzen wirklichkeitsorientierten Auslegung gerecht werden, so dass sowohl Sein als auch Sollen im Rahmen der Rechtsauslegung zu berücksichtigen sind.[714] Andernfalls ließe sich eine Rechtsänderung kaum rechfertigen. Sollen also Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht in völliger Beliebigkeit zueinander stehen oder aber in den absoluten Positivismus abgleiten, muss das Verhältnis von Sollen und Sein als ein solches der gegenseitigen Beeinflussung verstanden werden. Das heißt für die Auslegung des Rechts: Ändert sich die Wirklichkeit, kann sich auch das Verständnis des Rechtstextes, also der normative Gehalt der Norm ändern, jedoch ohne dass das Sein unmittelbaren Einfluss auf das Sollen hat. Entscheidend ist insoweit, dass es einen elementaren Unterschied zwischen einem Sein, einem Wert bzw. einer Bewertung und einer Norm gibt. Werte bezeichnen Bedeutungen[715] oder Maßstäbe[716], Normen sind Regeln bzw. Ge- und Verbote der Rechtsordnung[717], die im Regelfall aus Werten abgeleitet werden.[718] Normen und Werte stehen also in einem hierarchisch strukturierten Verhältnis, wobei die Werte den Normen übergeordnet sind und sie dadurch legitimieren.[719] Entsprechend wird ein Sein erst dann zur Norm, wenn es nach einer Bewertung zu einem Wert geworden ist.

Ein Sollensgebot beinhaltet also als entscheidendes Merkmal eine Auszeichnung eines Sachverhaltes und setzt daher zwingend voraus, von einer Willensmacht getragen zu sein.[720] Allein aus der Tatsache, dass bestimmte Wertvorstellungen oder Anschauungen in der Bevölkerung

[714] Wintrich, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Verfassung und Verwaltung, in: Süsterhenn (Hrsg.), FS für Laforet, S. 227ff., 229; Schmitt-Glaeser, Vorverständnis als Methode, S. 276.
[715] Duden, Stichwort Wert.
[716] Lautmann, Wert und Norm, S. 69.
[717] Duden, Stichwort Norm.
[718] Lautmann, Wert und Norm, S. 71.
[719] Lautmann, Wert und Norm, S. 71.
[720] Drath, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, S. 10; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 5ff.

herrschen, ergibt sich zwar zunächst einmal nichts im Hinblick auf ein Sollen, solange es nicht eine Willensäußerung gibt. Solange es keine entsprechende Willensäußerung gibt, handelt es sich schlicht um eine Wertaussage. Geht es also um die Frage, wann ein Sein zum Sollen wird, wann also der Zeitgeist zur quasi normativen Kraft wird, geht es letztlich um die Frage, wer berechtigt ist, die entscheidende Wertung vorzunehmen, wer also Träger der Macht zur Willensäußerung ist.[721] Allerdings löst nicht jede faktische Änderung auch eine Änderung der Norm aus. Nur solche, die dem Sinn - Müller spricht insoweit von dem Normprogramm - und dem Wortlaut der Norm entsprechen.[722] Andernfalls verlöre das Recht jeden Kontinuitäts- und Stabilitätsanspruch.

Die Wechselbeziehung von Zeitgeist, Rechtsbewußtsein und Gesetzeslage wird durch die Geschichte der Feuerbestattung anschaulich bestätigt. Unter dem prägenden Einfluss christlicher Moralvorstellungen verneinten die geltenden Normen noch bis Anfang/Mitte des vorletzten Jahrhunderts das Recht des Einzelnen, für sich eine Feuerbestattung in Anspruch zu nehmen.

Die Feuerbestattung war bereits in der Eisen- und Bronzezeit neben der Erdbestattung die übliche Bestattungsart. Infolge der Christianisierung wurde sie jedoch verdrängt. Auch wenn die Auferstehung keinen erhaltenen Leib voraussetzt, ging die christliche Vorstellung ursprünglich davon aus, dass es allein dem göttlichen Entschluss unterliege, ob und wann ein Körper zerfällt, zumal die Bibel die Verbrennung nur als Strafe kennt, und man so befürchtete, dass das ewige Leben verloren ginge. Mitte des 19. Jahrhunderts gewannen die Befürworter der Feuerbestattung infolge des medizinischen und technischen Fortschritts und nicht zuletzt aufgrund der wachsenden Bevölkerungszahl neues Gewicht. Hygienische und ökonomische Vorteile überzeugten vor allem in städtischen Regionen

[721] Grimmer, Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“, S. 42.
[722] so auch Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung., in: Ehmke u.a. (Hrsg.), FS für Scheuner, S. 123ff., S. 138; Fiedler, Sozialer Wandel, S. 50ff.

die Menschen. Entsprechend wurde 1878 dann in Gotha das erste Krematorium Deutschlands errichtet. 1934 wurde die Leichenverbrennung durch das Feuerbestattungsgesetz für das gesamte Reich normativ geregelt. Die katholische Kirche hob die Anordnung der Versagung des kirchlichen Begräbnisses eines jeden, der seine Verbrennung angeordnet hatte, erst im Jahr 1963 infolge des Zweiten vatikanischen Konzils auf.

(3) Soziale Wirklichkeit und Verfassung

Steht nunmehr fest, dass das Recht von der sozialen Wirklichkeit geprägt wird, stellt sich die Frage, ob dies auch für die Auslegung der Verfassung gilt. Denn angesichts der Entscheidung des Verfassungsgebers, die Verfassung und insbesondere auch ihre Würdegarantie als unabdingbare feststehende Werte und Prinzipien zu begreifen, stellt sich die Frage, ob damit eine dynamische, sich an den stetig wechselnden gesellschaftlichen Anschauungen orientierende Auslegung überhaupt vereinbar ist. Insoweit ist im Rahmen der folgenden Untersuchung von entscheidender Bedeutung, inwieweit es bei der Anwendung einer dynamischen Auslegungsmethode gelingen kann, zum einen die Intention der Verfassungsnorm zu bewahren, zum anderen der Gefahr einer willkürlichen Auslegung zu begegnen. Die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit im Rahmen der Verfassungsauslegung hängt entscheidend davon ab, wie der Begriff der Verfassung und damit auch ihr Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit verstanden wird, oder anders formuliert, wie das Verhältnis von Staat und Gesellschaft verstanden wird. Diese Frage gewinnt an Relevanz im Hinblick auf die Frage, ob die Verfassung auch solche Wertvorstellungen durchsetzen kann, die nicht (mehr) von der Zustimmung der Bevölkerungsmehrheit getragen werden.

Der rechtlichen Frage nach der Zulässigkeit einer soziologischen Auslegung der Verfassung entspricht die gesellschaftspolitische Frage

danach, wem die Kompetenz zur verfassungsrechtlichen Willensbildung zukommt. Insoweit ließe sich zunächst die Annahme konstruieren, allein der Staat trage die Verantwortung für die außerrechtlichen kulturell-ethischen Grundwerte der Verfassung, da unverzichtbare Grundwerte - und entsprechend erst recht das Konstitutionsprinzip der Verfassung - einer öffentlichen Mehrheitsentscheidung angesichts der Wankelmütigkeit der gesellschaftlichen Anschauungen nicht zugänglich ist. Entsprechend wäre es allein Aufgabe der Staatsgewalten, zur Erhaltung der gemeinsamen und der Verfassung zugrunde liegenden kulturellen Grundwerte beizutragen: Da der Staat nicht Notar der gesellschaftlichen Wertvorstellungen sei, könne auch die Verfassung nicht durch gesellschaftspolitische Gesamtkonzeptionen überlagert werden,[723] mit der Folge letztlich, dass der Staat auch zu einer Neutralität gegenüber den Anschauungen in der Bevölkerung verpflichtet wäre. Andererseits ließe sich unter Berufung auf die weltanschauliche Neutralität auch die These der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für die Ausgestaltung der Verfassung begründen. Entsprechend würde nicht dem Staat als subjektloses Abstraktum, sondern allein den Grundrechtsträgern das Recht zukommen, die Verfassungsrechte auszufüllen.[724]

Auf den ersten Blick lässt sich die Frage nach der Verantwortung der Verfassungsauslegung leicht im Sinne des Staates beantworten, denn dem Grundgesetz sind keinerlei ausdrückliche Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung außerverfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, insbesondere nicht zufälliger gesellschaftlicher Neigungen, zu entnehmen.[725] Vielmehr scheint die Verfassung allein im Rahmen von Wahlen und Abstimmungen von der Berücksichtigungsfähigkeit der öffentlichen Meinung auszugehen.

[723] Kohl, Freiheit, Solidarität, Gerechtigkeit, S. 52ff.
[724] Schmidt, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, Bulletin/Presse und Informationsamt der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 581ff., 583.
[725] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung.

Dies scheint dogmatisch auch der herrschenden Meinung zu entsprechen. Für das Bundesverfassungsgericht und auch die überwiegende Ansicht in der Literatur und den unteren Gerichten stellt sich das Problem der Verfassungsauslegung als ein Nachvollzug des objektiven Willens des Gesetzgebers dar, entsprechend wird auf die klassischen Auslegungsgrundsätze Savignys zurückgegriffen und die soziale Wirklichkeit als außerhalb der Norm liegendes quasi Metajuristisches grundsätzlich aus dem Recht eliminiert. Dennoch hat sich das Bundesverfassungsgericht in einigen seiner Entscheidungen zur sozialen Wirklichkeit bekannt.[726] Nur als Zugeständnis an die Praktikabilität unter Berufung auf das ergänzende Auslegungskriterium der Orientierung an den politischen realen Gegebenheiten, aus denen das Gesetz erwachsen ist und auf die es bezogen ist, sowie die politischen Auswirkungen einer Entscheidung scheint die Wirklichkeit in den zitierten Entscheidungen aufzutauchen,[727] in methodisch ungeklärter und mit der klassischen Hermeneutik an sich unvereinbarer Art und Weise, allein orientiert an dem als politisch wünschenswert erscheinenden Ergebnis. Geht es um die Zulässigkeit der Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit im Rahmen der Verfassungsauslegung, ist eine Auseinandersetzung mit einer der klassischen Methodenstreitigkeiten der verfassungsrechtlichen Auslegungsmethoden vonnöten.

(a) klassisch-hermeneutische Methode

Fortsthoff als einer der führenden Vertreter der klassisch-hermeneutischen Auslegungsmethode fordert die ausschließliche Anwendung der klassischen, auf Savigny zurückgehenden Kriterien der Gesetzesauslegung, da die Verfassung in besonderem Maß auf Kontinuität und Stabilität angelegt sei.[728] Die Verfassung könne ihrer bewahrenden

[726] BVerfGE 1, 264, 273; 4, 322, 328; 6, 309, 352; 9, 305, 324; 12, 45, 56.
[727] BVerfGE 1, 208, 259; Stern, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des BVerfG, S. 274.
[728] Forsthoff, Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 41.

Funktion gegenüber der Wirklichkeit nur dann gerecht werden, wenn ihre Auslegung im Wortlaut der zu interpretierenden Norm eine Rechtfertigung finde.[729] Die soziale Wirklichkeit ist bei Forsthoff damit nur Anwendungsbereich der Norm. Da die Wirklichkeit jedoch mit der Macht der Tatsachen verbunden sei, sei sie mächtig genug, den Normen an einigen Stellen Zugeständnisse abzuringen. Dies resultiere jedoch nicht aus einer sich gegenseitig bedingenden Zuordnung, sondern aus einer empirisch notwendigen Rücksichtnahme.

Ähnlich verfährt Kelsen unter Berufung auf die Abstraktion von Sein und Sollen. Auch er geht im Rahmen der auf ihn zurückzuführenden „reinen Rechtslehre" von einer selbständigen, von anderen Elementen befreiten Rechtswissenschaft aus. Da die juristische Betrachtung eine Normwissenschaft sei, bleibe ihr wissenschaftlicher Charakter nur gewahrt, wenn sie sich von jeder Tatsachenwissenschaft wie der Soziologie ablöse.[730] Entsprechend besteht die Herrschaft des Staates nicht in der faktischen Macht von Menschen, sondern allein in der Macht der Rechtsordnung.[731]

Eine Beschränkung der Auslegungsmethoden auf jene Savignys ist im Rahmen der Verfassungsauslegung jedoch nicht unproblematisch. Während sich das einfache Recht durch ein hohes Maß an inhaltlicher Bestimmtheit und normativ-begrifflicher Strukturierung auszeichnet, stellt sich die Verfassung als fragmentarisches, ausfüllungsbedürftiges Gebilde dar.[732] Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdegarantie gilt dies angesichts der völligen Offenheit des Regelungsgehaltes umso mehr. Entsprechend fehlt es vor allem hier sowie im Rahmen des allgemeinen Sittengesetzes an jedem Anknüpfungspunkt für die klassischen

[729] Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsstaates, in: Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 51ff., 56.
[730] Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 1.
[731] Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 226.
[732] Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089, 2091.

Auslegungsmethoden. Es liegt also auf der Hand, dass mittels der klassischen Auslegungsmethoden vor allem im Rahmen von Verfassungsnormen, die ausschließlich an Außerrechtliches anknüpfen, sachgerechte Ergebnisse nicht gefunden werden können. Dieser Einwand ist umso mehr zu berücksichtigen, als Savigny selbst seine für das Privat- und Kriminalrecht entwickelten Auslegungsmethoden nie auf das Staatsrecht erstreckt hat.[733]

(b) rechtssoziologische Auslegung

Smend, einer der Hauptvertreter der rechtssoziologischen Verfassungsauslegung, geht davon aus, dass es bei der Frage nach dem Verhältnis der geschriebenen Verfassung zu den herrschenden soziologischen Vorstellungen und Kräften weniger um die Frage nach dem Verhältnis von Sein und Sollen, von Lebenswirklichkeit und Sinnordnung gehe, als vielmehr um die Frage nach dem „spezifischen Substrat des Staats, als Gegenstand rechtlicher Regelung durch seine Verfassung"[734], und kommt davon ausgehend zu dem Ergebnis, dass „die Verfassung [...] die Rechtsordnung des Staates (ist), genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat"[735], die Verfassung dem Staat also ein ideelles Sinnsystem gibt, in dem der Staat sein Dasein tatsächlich zu gestalten habe.[736]

Noch einen Schritt weiter geht Krüger. Auch er stellt weder Sein und Sollen noch Verfassungswirklichkeit und Verfassungsrecht gegenüber, sondern er fasst die Verfassungswirklichkeit als eine spezifische Wirklichkeit, die einem bestimmten Normenkomplex zugeordnet ist und in dieser Hinsicht über Ergiebigkeit und Maßgeblichkeit verfügt. Sie ist also eine Ergänzung des Verfassungstextes, Verfassungswirklichkeit und

[733] Savigny, Juristische Methodenlehre, in: Wesenberg (Hrsg.), S. 13.
[734] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 76.
[735] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 76.
[736] Hsü, Die Verfassungswandlung, S. 154.

Verfassungsrecht bilden die Gesamtverfassung.[737] Grundlage dieses Ansatzes ist die Auffassung Krügers von der Gesellschaft als staatshervorbringende Gesellschaft, in der der Staat selbst vom Volk ausgehe.[738] Entsprechend trägt die Verfassungswirklichkeit als konkretes Ordnungsgefüge den Maßstab des Sachgerechten, Sinnvollen und damit Verfassungsgemäßen schon in sich.

Zum selben Verhältnis von Verfassung und Verfassungswirklichkeit gelangt man, wenn man dem Ansatz Giacomettis folgt, wonach die Verfassung die Verkörperung der Staatsidee sei,[739] oder mit Rothacker davon ausgeht, dass die Verfassung als ein Produkt der Praxis des schaffenden, sich stets transzendierenden Lebens zu begreifen sei.[740]

Aus dieser Funktion der Verfassung als Regelung der vielfältigen staatlichen Lebenswirklichkeit folge, dass ihre Normierungen zwangsläufig unvollständig und elastisch gefasst sein müssen.[741] „Eine solche Lebensfülle kann von wenigen, noch dazu recht schematischen Verfassungsartikeln nicht voll erfasst und normiert, sondern nur angedeutet und angeregt werden."[742] Entsprechend sei die Verfassung weder fertig noch vorgegeben, sondern nichts als ein gesetzlicher Rahmen, der als unbestimmter, in die Zukunft hinein weder abgeschlossener noch abschließbarer Inbegriff praktische Rechtsfälle regele.[743] Aufgrund dieser Weite, Dynamik und Zukunftsorientierung zeichne sich die Verfassung durch eine besondere Abhängigkeit von der jeweils geschichtlichen Einheit des Gemeinwesens aus.[744] Denn „der Staat lebt natürlich nicht nur von den in seiner Verfassung geregelten Lebensmomenten: Die Verfassung selbst muss zu ihrer Ergänzung, um

[737] Verhandlungen des 47. DJT, Bd. II D 67.
[738] Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 341.
[739] Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 29, 30.
[740] Rothacker, zitiert aus: Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 13ff., 18.
[741] Hsü, Die Verfassungswandlung, S. 155.
[742] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 78.
[743] Müller, Methodik, S. 126; so auch Häberle, Zeit und Verfassung, in: Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 293ff., 299.
[744] Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53ff., 65.

überhaupt in politisches Leben umgesetzt zu werden, auf die Triebgrundlage dieses Lebens und die ganze Fülle sozialer Motivierungen rechnen."[745] Entsprechend müsse sich die Verfassung an den Fortschritt der Menschheit und die damit einhergehenden Wandlungen der Kultur- und Wertanschauungen der Menschen anpassen, will sie mit den Lebensrealitäten im Staat mithalten,[746] so dass die Auslegung der Verfassung zur Vermeidung des zu häufigen Einsatzes des scharfen Schwertes der Verfassungsänderung nur als eine „elastische, ergänzende, von allen sonstigen Rechtsauslegungen weit abweichende"[747] Methode gefasst werden könne, mit der Folge, dass der Rechtswirklichkeit als sozial-effektive Ordnung ein normativer Gehalt zugebilligt wird.[748]

Der Ansatz der rechtssoziologischen Verfassungsinterpretation überzeugt. Das Grundgesetz hat sich für eine offene Verfassung entschieden. Je offener eine Verfassung und einzelne Verfassungsnormen sind, desto mehr öffnen sie sich den Wertvorstellungen ihrer Interpreten, damit verfassungsexternen Gehalten.[749] Dabei ist Interpret der Verfassung nicht allein der Staat. Denn entscheidend ist insoweit, dass die Verfassung in ihrer Existenz nicht von den geschichtlichen Bedingungen des Staates, in denen sie sich schließlich realisieren will, getrennt werden kann. Auch die Verfassung kann nur durch das Verständnis und die Loyalität ihrer Staatsbürger gesichert werden, denn sie kann die Wirklichkeit nur dann gestalten, wenn in der Wirklichkeit auch die Bereitschaft besteht, das eigene Verhalten durch die von der Verfassung bestimmte Ordnung bestimmen zu lassen. Diese Bereitschaft besteht umso eher, je mehr die Verfassung den Gegebenheiten der Gegenwart entspricht. Nur dann, wenn die Verfassungsnorm von der Gesellschaft als sachgemäß und

---

[745] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 78.
[746] Hsü, Die Verfassungswandlung, S. 160.
[747] Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 79.
[748] Beeinflusst wurden diese Theorien vor allem durch den Ansatz Emile Durkheims, der davon ausging, dass sich die außerhalb der Rechtsnormen liegende Wirklichkeit nicht in Faktizität erschöpft, sondern durch Verhaltensmuster mit Verbindlichkeitsanspruch bestimmt werde. Ein faktisches Verhalten werde zu einer Verbindlichkeit durch den Glauben an den öffentlichen Nutzen (Gephart, Recht als Kultur, S. 88).
[749] Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, 545ff., 548f.

angemessen empfunden wird, hat diese Verfassungsnorm auch eine die Wirklichkeit gestaltende normative Kraft.[750] Entsprechend sind für die Verfassungsauslegung nicht nur ökonomische, sondern auch die sozialen und geistigen Gegebenheiten sowie gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen eines Volkes entscheidend.[751] Daher sind dies auch die Faktoren, die die Gestaltung und das Verständnis der Rechtssätze entscheidend prägen. Andernfalls bliebe die Verfassung auf ewig unfruchtbar, ihr würde es auf Dauer nicht gelingen, in dem Staat eine der Verfassung entsprechende Wirklichkeit zu schaffen.[752] „Die Lebens- und Wirkungskraft der Verfassung beruht [...] darauf, dass sie sich mit den spontanen Kräften und lebendigen Tendenzen der Zeit verbindet, dass sie diese Kräfte zur Entfaltung bringt und einander sachlich zuordnet, dass sie vom Gegenstand her bestimmte, d.h. sachliche Gesamtordnung konkreter Lebensverhältnisse ist."[753]

Diese Bedingtheit der Verfassung bedeutet aber auch an dieser Stelle nicht, dass die Ausgestaltung der Verfassungsnorm mit ihren geschichtlichen Bedingungen im Sinne einer Normativität des Faktischen identisch ist. Die Anschauungen der sozialen Wirklichkeit als Sein können weder unmittelbar noch schrankenlos zu verfassungsrechtlichen Geboten werden. Schranke der die Verfassung prägenden Kraft der sozialen Wirklichkeit ist die Verfassung selbst, die Verfassung tritt als eigenes prägendes Element neben die gesellschaftlichen Gegebenheiten. Grenze der wirklichkeitskonformen Verfassungsauslegung ist stets die Grundentscheidung der Verfassungsnorm und damit der Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit, die dem Gedanken des Zeitgeistes nicht weichen können.[754] Der Verfassungsbruch und damit die Verfassungsänderung bleibt unzulässig. Hesse formuliert es so: „Deshalb ist die rechtliche Verfassung nicht nur Ausdruck eines Seins, sondern auch eines Sollens.

[750] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 13.
[751] so auch Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 8.
[752] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 11.
[753] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 11f.
[754] BVerfGE 39, 1, 67; a.A. Häberle, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), 111ff., 132f.

[...] Vermöge ihres Geltungsanspruchs sucht sie ihrerseits die politische und soziale Wirklichkeit zu ordnen und zu gestalten."[755]

Entsprechendes ist auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen. Beide haben sich bereits in mehreren Entscheidungen zu der Theorie der normativen Kraft des Faktischen bekannt. So sei die nationalsozialistische Gesetzgebung, soweit sie nicht offenbares Unrecht gesetzt hat, zumindest kraft „soziologischer Geltungskraft zu beachten.[756] Zudem hat das Bundesverfassungsgericht eingeräumt, dass „eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren (kann), wenn [...] bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen."[757] Im Übrigen könne eine Vorschrift dann rechtswidrig werden, wenn „sich seither ein grundlegender Wandel der Verhältnisse vollzogen hätte, auf die sich die Regelung bezieht, und [...] als Folge dieses Wandels die ursprünglich gerechtfertigte Regelung offensichtlich sachwidrig geworden wäre. Ferner müsste festgestellt werden, dass dieser Wandel nicht nur von vorübergehender Dauer sein wird."[758] Eindeutig ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: „Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche Funktionen sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Dies gilt insbesondere wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem

[755] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 8.
[756] BVerfGE 6, 132, 199.
[757] BVerfGE 2, 380, 401.
[758] BVerfGE 12, 341, 353f.; ähnlich: BVerfGE 6, 434f.

Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zur freien Handhabung der Rechtsnorm gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht' zu sprechen, verfehlen will."[759]

Folgt man dem Ansatz der von der Wirklichkeit geprägten Verfassung, hat dies für die Auslegung der Verfassung zwingend folgende Konsequenz: Geht man davon aus, dass die Verfassung auf die in ihr herrschenden Machtverhältnisse zurückgeführt wird, muss auch berücksichtigt werden, dass sich die tragenden Machtverhältnisse in der Verfassungswirklichkeit wandeln können. Geht man also von einer irgend gearteten Einheit von Verfassung und Verfassungswirklichkeit aus, hat sich dann konsequenterweise auch die Verfassungsauslegung auf das Gewandelte und Neue auszurichten. Es gilt dann bei einer entsprechenden Interpretation, den Rechtsgedanken der Verfassungsnorm zu erkennen und ihm trotz des Wandels der tatsächlichen Verhältnisse zu entsprechen, indem die Norm der Gegenwart quasi vermittelt wird.[760] Entrückte feststehende Rechtsgrundsätze gibt es dann nur noch insoweit, wie dies unzweifelhaft in der Natur und damit der Würde des Menschen gründet oder dem Wortlaut und dem Grundgedanken der Verfassungsnorm zu entnehmen ist.[761] Denn in jenen Fällen liegt eine Verletzung der Verfassungsnorm vor, die nur im Wege der Verfassungsänderung korrigiert werden kann.

Zu berücksichtigen sind sowohl ökonomische, ökologische sowie soziale Veränderungen als auch ein Wandel der moralischen und kulturellen Anschauungen, wobei letztere im Rahmen der Verfassungsauslegung nur dann Berücksichtigung finden können, wenn die auszulegende

[759] BVerfG 34, 269, 288f.
[760] Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 311.
[761] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 16.

Verfassungsnorm einen unbestimmten, auf die Gesellschaft oder die Moral und damit auf Außerrechtliches ausgerichteten Rechtsbegriff - wie das allgemeine Sittengesetz - verwendet. Würden herrschende Moralvorstellungen auch im Rahmen der sonstigen Verfassungsnormen eine Berücksichtigung finden, würde dies dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch aller Bürger widersprechen. Denn auszugehen ist davon, dass ein Anspruch des Einzelnen auf gleiche Freiheit grundsätzlich voraussetzt, dass das Ob und das Wie des Grundrechtsschutzes nicht davon abhängt, ob der Freiheitsgebrauch als solcher oder in seiner konkreten Art und Weise von der jeweiligen Mehrheit geschätzt oder missbilligt wird.[762] Doch kann dies nur für solche Grundrechtsbestimmungen gelten, die nicht auf außerrechtliche Begriffe verweisen, deren inhaltliche Ausfüllung also allein durch einen Rückgriff auf rechtliche Definitionen und Grundsätze möglich ist. Entsprechend kann beispielsweise die Berufsfreiheit nicht dadurch eingeschränkt werden, dass die begehrte Berufsausübung nicht den Vorlieben der Bevölkerungsmehrheit entspricht.

Verlangt die Verfassungsnorm jedoch durch die Verwendung außerrechtlicher, ethischer Begriffe wie „Würde" oder „allgemeines Sittengesetz" vom Rechtsanwender ausdrücklich den Rekurs auf moralische Postulate, sind jene auch Schutzgut des Grundrechts und damit auch Schranke der übrigen Grundrechte. Da ethisch-moralische Postulate dieser oder jener philosophischen Lehre als produktiv ausgedachte Lösungsansätze allerdings mangels objektiver Absolutheit nicht unmittelbar zwingendes Recht sein können, eine jener Lehren also nicht zur Verfassungsauslegung herangezogen werden kann, sondern nur eine Auslegung jener Begriffe nach den jeweils herrschenden Moralanschauungen dem Rationalitäts- und Neutralitätsanspruch der Verfassung gerecht wird, gestattet die Verfassung ausdrücklich die Freiheitsbeschränkung entsprechend der jeweils herrschenden

[762] Huster, Die ethische Neutralität des Staates, S. 652.

Anschauungen. Im Rahmen dieser außerrechtlichen, also der juristischen Sprache entrissenen Verfassungsnormen ist der Staat also anders als im Rahmen der übrigen Grundrechte nicht zur Neutralität gegenüber den Anschauungen in der Bevölkerung verpflichtet.

(c) Kann Wandelbares Schranke der postmortalen Würde sein?

Fraglich ist an dieser Stelle allein, ob solch wandelbaren Anschauungen auch als Schranken der postmortalen Würde anzuerkennen sind, hätte dies doch zur Folge, dass das, was letztlich unter einem würdevollen Umgang mit dem Leichnam zu verstehen ist, keine feste Größe mehr wäre. Auszugehen ist davon, dass das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe auf eine grundsätzliche Wandelbarkeit der Auslegung der Würdegarantie hingewiesen hat: „Die Würde des Menschen ist etwas Unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, dass an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. [...] Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stand der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit haben."[763] Zwar hat das Gericht im Rahmen der folgenden Abwägung nicht auf die mehrheitlichen moralischen Vorstellungen der Gemeinschaft abgestellt, sondern auf das Vorliegen eindeutiger wissenschaftlicher Untersuchungen, wonach der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe zwangsläufig zu irreparablen Schäden psychischer oder physischer Art führt, welche die Würde des Menschen verletzen,[764] jedoch ist kein Grund ersichtlich - wie gelegentlich allerdings versucht -, die Würdegarantie einer weitergehenden rechtspositivistischen Auslegung zu unterwerfen. Im

[763] BVerfGE 45, 187, 229.
[764] BVerfGE 47, 187.

Gegenteil: Durch die Manifestation der Menschenwürde in Art. 1 GG wurde ein entscheidendes Ergebnis der Lehren des Christentums und der Aufklärung in das positive Recht inkorporiert und ein gewisser Rekurs auf außerrechtliche Postulate positivistisch legitimiert und rechtlich lizenziert.

Dass die sich wandelnden ethisch-kulturellen Vorstellungen auch im Zusammenhang mit der Würdegarantie zu berücksichtigen sind, hat das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen bereits in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Friedhofszwangs anklingen lassen, wenn es - allerdings ohne jede dogmatische Begründung - feststellt: „der Wunsch nach der individuellen, von der Üblichkeit abweichenden Bestattungsart mag etwa den individuell Gläubigen oder den Einzelgänger auszeichnen und für ihn sogar elementar sein, den Menschen im allgemeinen dürfte er *derzeit* kaum zu eigen sein, [...]. Der Gesetzgeber durfte sich gerade im Interesse der Pflege des sozialen Zusammenlebens von den in Deutschland *ganz überwiegend* bestehenden Gepflogenheiten leiten lassen, die auf dem Gedanken beruhen, dass die Toten grundsätzlich auf besonders gewidmeten Flächen bestattet werden. Er durfte von einem diesen Gepflogenheiten entsprechenden Empfinden des *ganz überwiegenden* Teils der Bevölkerung, das zudem nicht unwesentlich mitgeprägt sein dürfte durch die verbreitete Scheu vor dem Tode und seinen Erscheinungsformen, ausgehen und durfte diesem Empfinden Rechnung tragen. Dies durfte er auch deswegen, weil bei einer Regelung des Bestattungswesens, die Art und Ort der Bestattung [...]dem grundsätzlichen Belieben der einzelnen Bürger überließe [...] mit psychischen Belastungen eines nicht unerheblichen Teiles der Bevölkerung zu rechnen, dies jedenfalls nicht auszuschließen wäre. [...] Gewiß lässt sich die gefühlsmäßige Abneigung [...] von einem rationalen Standpunkt aus als unvernünftig bezeichnen. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil

gerade die Vorstellungen vom Tode nicht nur von rationalen Erwägungen beeinflusst sind."[765]

Die Frage des Einflusses außerrechtlicher Maßgaben auf die Würdegarantie reduziert sich damit auf die Frage, wie sich die herrschenden Moralvorstellungen, dieser gesellschaftliche Minimalkonsens, fassen lassen.

(i) Ausfüllung des Begriffs „Gesellschaft"

Entsprechend stellt sich im Folgenden die Frage, was die herrschenden Machtverhältnisse sind, wer also konkret das Volk ist, von wem mithin die entscheidende Willensbildung ausgeht.

Häberle geht insoweit davon aus, dass „alle Staatsorgane, alle öffentlichen Potenten, alle Bürger und Gruppen", als diejenigen, die die Norm leben, in den Prozess der Verfassungsinterpretation einbezogen sind.[766] Dieser Ansatz mit der Folge der Berücksichtigung der in der Gesellschaft herrschenden Anschauungen ließe sich mit dem Gedanken der Demokratie des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG auf den ersten Blick ohne Weiteres begründen.

Allerdings ist „die Gesellschaft", da sie in ihrer Gesamtheit nicht organisiert und damit auch nicht handlungsfähig ist, kein einheitlicher Träger homogener Grundüberzeugungen. Grundüberzeugungen werden nur von einzelnen oder von kleineren der zahlreichen Gemeinschaften gebildet, die im Folgenden versuchen, den Überbau der Gesamtgemeinschaften zu überzeugen, was jedoch angesichts der

[765] BVerwGE 45, 224, 228f.; im Ergebnis für eine Berücksichtigung der herrschenden Anschauungen wohl auch Zippelius, in: BK, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 12.
[766] Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders. (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 155ff., 156.

Pluralität der Interessen nur in den seltensten Fällen gelingen mag.[767] In einer multikulturellen Gesellschaft wie der unsrigen lässt sich ein Wertekonsens oder die Einigkeit über den Inhalt eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch die einigende Kraft einer gemeinsamen Vernunft mangels einer solchen nicht begründen.[768] Im Übrigen würde das Abstellen auf eine gesellschaftliche Mehrheitsentscheidung auch das Risiko der Aushöhlung der Verfassung in sich tragen. Denn auch wenn die Verfassung auf Konsensentscheidungen angewiesen ist, ändert dies nichts an ihrem unbedingten Geltungsanspruch und ihrer allseits verpflichtenden Kraft, die angesichts der stets zufälligen und wechselhaften gesellschaftliche Anschauungen und Neigungen sowie der doch eher laxen Durchschnittsmoral erheblich gefährdet würden.[769]

Birke schlägt vor, auf die Anschauungen des Durchschnitts aller Aktivbürger abzustellen. Der Richter habe „von dem demokratischen Leitbild eines Staatsbürgers" auszugehen, der sich in einer Situation befindet, in der ein selbständiges Urteil und eine distanzierte Abwägung des Für und Wider und der Auswirkungen der Entscheidungen möglich ist. Entsprechend unberücksichtigt blieben verfälschte oder unüberlegte Meinungen; der jeweilige Meinungsstand sei durch Meinungsumfragen zu ermitteln.[770]

Doch auch dieser Ansatz kann nicht überzeugen. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit gibt es einen idealen Staatsbürger, wie ihn Birkes Ansatz voraussetzt, nicht. Entsprechend lassen sich auch dessen dann wohl fiktive Anschauungen nicht mit Hilfe demoskopischer Erhebungen ermitteln. Es gibt allein den Durchschnittsstaatsbürger. Es bestehen

---

[767] so auch Schmidt, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, Bulletin/Presse- und Informationsamt der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 581ff., 584; Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, 545ff., 548.

[768] Richter, Verfassungsfragen multikultureller Gesellschaften, in: Däubler-Gmelin u.a. (Hrsg.), FS für Mahrenholz, S. 637ff., 642.

[769] Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1976, 545ff., 548.

[770] Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 45ff., 52, unter Verweis auf Jellinek, Gesetze, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, S. 38f., 62ff., 70ff., 341f.

allerdings erhebliche Zweifel, ob dieser für die Inhaltsbestimmung der postmortalen Würdegarantie, also letztlich einer Frage der Moral und Ethik, aber auch sonstiger offener Verfassungsbestimmungen, jener verfassungsgemäße objektive Maßstab ist, besteht doch gerade hier die Gefahr der spontanen, die eigene Freiheit weitmöglich absichernden Meinungsäußerung, im Regelfall beeinflusst durch (unseriöse) Medien oder politische Propaganda.[771] Hinzu kommt folgendes: Zunächst ist zwar davon auszugehen, dass Umfragen oder Volksabstimmungen oder andere entsprechende Untersuchungsmaßnahmen zu einzelfallbezogenen oder generalisierenden Wertauffassungen der Bevölkerung grundsätzlich durchaus ein taugliches Arbeitsmittel darstellen können. Allerdings ist das gewonnene Ergebnis letztlich wohl nur beschränkt verwertbar. Denn ungeachtet dessen, dass die wenigen Umfragen, die sich finden, wohl kaum gesamtgesellschaftlich repräsentative Ergebnisse liefern können, ist ungewiss, ob es sich bei dem gefundenen Ergebnis bereits um eine dauerhafte Veränderung des Rechtsbewusstseins oder lediglich um eine Schwankung in der öffentlichen Meinung handelt. Daher sollte von ihnen nur mit Vorsicht Gebrauch gemacht werden.

Ehmke schlägt vor, im Rahmen der Verfassungsinterpretation auf die Figur aller Vernünftig- und Gerechtdenkenden abzustellen. Vorrangig seien dies die an der Auslegung des Grundgesetzes ohnehin formell Beteiligten, also die Judikative, voran das Bundesverfassungsgericht, die Legislative oder aber die Exekutive und damit entsprechend die dahinter stehenden Personen, also Richter, Abgeordnete und Beamte.[772] Insoweit stellt sich allerdings die Frage, wie sich die entsprechend unterstellte höhere moralische Erkenntniskraft dieser Organe zu rechtfertigen vermag, sind sie doch gleichfalls nur Abbild der wankelmütigen Gesellschaft. Entsprechend würde dieser Ansatz vor allem die Stellung des Bundesverfassungsgerichts überhöhen, und dies in unberechtigter Weise. Denn mag das Bundesverfassungsgericht ohne Zweifel die entscheidende

[771] so auch Gern, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1585ff., 1589.
[772] Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53ff., 71f., 133.

politische Instanz sein, die letztentscheidende moralische Instanz ist es sicher nicht, zumal nicht einmal das Grundgesetz eine entsprechende Kompetenzzuweisung enthält.

Geht es um die Frage, wer im Rahmen ethisch-moralischer Fragen wie dem Umgang mit dem menschlichen Leichnam der entscheidende Meinungsbildungsträger ist, ist von folgendem auszugehen: Bedient sich das Grundgesetz zur Bestimmung einer Verfassungsnorm eines unbestimmten und außerrechtlichen, nämlich ethisch-moralischen Begriffs wie der Würde des Menschen, dann erkennt es damit auch zwingend die Eigengesetzlichkeit der Inhaltsbestimmung dieser Norm an, mit der Folge, dass auch die Interpretationskompetenz im Hinblick auf Normen und Handlungen mit nicht nur Privat- sondern Sozialbezug auf jene gesellschaftlichen Gruppen übertragen werden, die anerkanntermaßen ethisch-moralische Instanzen der Gesellschaft sind. Ihnen gesteht damit das Grundgesetz durch die Manifestation eines ethischen Gehalts einen Teilhabeanspruch an der Verfassungsauslegung zu.[773]

Ethisch-moralische Instanzen unserer Gesellschaft sind neben den kulturellen Eliten der Philosophie und Sozialwissenschaften allen voran die Kirchen[774] und anerkannten Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften. Einer Einbeziehung der Kirchen sowie Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in die Verfassungsauslegung steht die Pflicht des Staates zur weltanschaulichen Neutralität nicht entgegen. Zwar unterscheidet das Grundgesetz mit dem

[773] Im Ergebnis scheint diesen Ansatz auch das BVerwG in einer seiner letzten Entscheidungen zur Frage der Auslegung des Begriffs der guten Sitten zu vertreten, wenn es meint, abzustellen sei nicht auf die tatsächlichen gesellschaftlichen Anschauungen, sondern das „ethisch Gesollte“ (NJW 1996, 1423, 1424). Ähnlich zumindest auch Hofmann, der die alleinige Berücksichtigung der herrschenden Moralanschauungen zwar ablehnt, stattdessen aber bei der Prüfung der Richtigkeitsmaßstäbe des Rechts auf den kulturellen Kontext der Gesellschaft, also gemeinsamen Orientierungen, Standards und Einstellungen abstellt (Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, S. 26f.).

[774] Schmidt, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, Bulletin/Presse- und Informationsamt der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 581ff., 585; Maihofer, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, Bulletin/Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 711ff., 715f.; allgemein für die Übertragung auf gesellschaftliche Gruppen: Schneider, Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, S. 39ff., 46.

grundsätzlichen Trennungsprinzip des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 1 WRV streng zwischen dem neutralen Verfassungsstaat und den Kirchen. Entsprechend wird sowohl der Einzelne vor einer konfessionellen Nötigung als auch der Staat vor kirchlicher „Gewalt" geschützt.[775] Eine strikte Trennung der Bereiche Kirche und Staat geht damit jedoch nicht einher.[776] Das religiös-weltanschauliche Neutralitätsgebot begründet lediglich das Gebot organisatorischer und inhaltlicher Trennung von Staat und Kirche in dem Sinne, dass staatliche und kirchliche Aufgaben nicht untrennbar verbunden oder vermischt und kirchliche Bekenntnisse als staatliche Bekenntnisse übernommen werden dürfen.[777] Entsprechend ergibt sich daraus das Bekenntnis zum konfessionslosen Recht. Eine Berücksichtigung der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften innerhalb des demokratischen Meinungsbildungsprozesses schließt dies allerdings nicht aus, da der Staat angesichts der staatlichen Neutralitätspflicht selbst nicht mehr über jene Quellen aus Religion, Weltanschauung oder einem kulturell vermittelten Rechtsbewusstsein verfügt, aus denen sich Ethik und Moral speisen. Böckenförde hat dies so formuliert: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann",[778] und der Staat ist „ungeachtet der erreichten Souveränität nicht mehr eine sich selbst genügende societas perfecta, vielmehr zu seiner eigenen Fundierung und Erhaltung auf andere Mächte und Kräfte angewiesen."[779] Der Staat und damit auch das Recht leben also gänzlich auf fremde Kosten. Entsprechend kann die Ausgestaltung des rechtlich-staatlichen Bereichs nicht isoliert nach allein staatlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen. Dies kann nur im Blick auf das praktische Ganze, also letztlich nach Abwägung von „Werten" und Verhaltensregeln im weitesten Sinn erfolgen. Eine strikte Ausklammerung

[775] Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 21ff., 28.
[776] Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 21ff., 31.
[777] Heckel, Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts, JZ 1994, 425ff., 428; Kazele, Ausgewählte Fragen des Staatskirchenrechts, VerwArch 2005, 267ff., 271 m.w.N.
[778] Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, S. 92ff., 112.
[779] Böckenförde, Stellung und Bedeutung der Religion in einer „Civil Society", Internationale katholische Zeitschrift „Communio" 18 (1989); 584ff., 591.

des religiös-weltanschaulichen sowie philosophischen und sozialwissenschaftlichen Bereichs aus dem Verfassungsleben kann also nicht angenommen werden.

Entsprechend ist davon auszugehen, dass das Grundgesetz die Kirchen als moralische und kulturelle Instanzen der Gesellschaft, als Motoren der moralischen Kultur in der Gesellschaft privilegiert, allerdings ohne ihnen ein Monopol der Grundwertemanifestation zuzuerkennen. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht mit den bereits oben zitierten Schulrechts- und Kruzifix-Entscheidungen bestätigt, das Bundesverwaltungsgericht hat sich dem angeschlossen.[780] Der Staat ist also auf die Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht aufgrund des von ihnen vertretenen Wahrheitsgehalts, sondern allein aufgrund ihrer herausragenden Bedeutung in ethisch-moralischen Fragen angewiesen. Selbstverständlich kann es den Kirchen innerhalb dieses ethischen Gesellschaftsdiskurses nicht darum gehen, ihre religiös begründeten Vorstellungen im Rahmen der Verfassungsauslegung durchzusetzen und damit die Bürger des Staates ideologischen oder konfessionellen Prinzipien zu unterwerfen. Entsprechend ist nicht nur vom Staat, sondern auch und vor allem von den Kirchen und Glaubensgemeinschaften zu fordern, dass sie ihrer gemeinsamen ethischen Kulturverantwortung mit jener Pluralität und Neutralität nachkommen, die die Materie in ihrer Vielfalt erfordert. Dazu gehört, dass jene Glaubensgemeinschaften verpflichtet sind, den gesellschaftlichen Diskurs voranzutreiben und die tatsächlich herrschenden und gefestigten ethischen Vorstellungen der Bevölkerung als nicht nur eine Laune der Zeit, sondern als das gefestigte Rechtsbewusstsein mit Hilfe entsprechender Wissenschaften empirisch zu ermitteln und dieses einer ethisch-moralischen Bewertung zu unterziehen. Unterstützung erhalten sie dabei von der Philosophie und den Sozialwissenschaften, die vor jeder Wertung gleichfalls auf eine empirische Feststellung des Rechtsbewusstseins zu verweisen sind. Dass

[780] BVerfGE 41, 29, 64; 93, 1, 19, 22; BVerwG NJW 2004, 3581, 3584.

sowohl die Glaubensgemeinschaften als auch die kulturellen Eliten aktuell möglicherweise im Vergleich zu früheren Zeiten, ihrer Integrationskraft verloren gegangen sind, kann dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegenstehen, sondern nur Ansporn sein, ihre gesellschaftliche Funktion wiederzufinden. Entscheidend sollte insofern sein, dass sich noch immer ein erheblicher Teil der Bevölkerung (mit Abstufungen) der Kirche verbunden fühlt und der Kirche weiterhin eine erhebliche Kompetenz zuerkannt wird, geht es um ethische Frage, wie die Achtung der Menschenrechte.[781]

Aus der tragenden Rolle der Gemeinschaft folgt, anders als Krüger meint, jedoch nicht eine absolute Nichtidentifikation des Staates mit seiner Kultur. Vielmehr kommt dem Staat (insoweit nur) die Aufgabe zu, die Offenheit und Chancengleichheit des kulturellen Wettbewerbs und damit die Suche nach der Identität des Volkes sicherzustellen, in sich aufzunehmen sowie einen möglicherweise erlahmenden Diskurs durch eigene fundierte Stellungnahmen anzukurbeln; mehr zur moralischen Absicherung und Vergemeinschaftung der Gesellschaft beizutragen, vermag er nicht.[782] Ist der Staat verpflichtet, die Ergebnisse des unter dem entscheidenden Einfluss der Kirchen stehenden öffentlichen Diskurses in sich aufzunehmen, bedeutet dies gleichzeitig, dass die staatlichen Organe nicht nur auf eine engere Zusammenarbeit mit den Kirchen, sondern auch mit empirischen Wissenschaftlern - zur Feststellung der tatsächlichen öffentlichen Meinung - angewiesen sind, anders wird es nicht gelingen, die Interpretation als einen offenen Prozess zu gestalten. Wenn die anerkannten religiösen und weltanschaulichen Gemeinschaften und kulturellen Eliten des Landes einen bestimmten Umgang mit dem menschlichen Leichnam unter Berücksichtigung der überwiegenden - auch nach örtlichen Milieus divergierenden - Anschauungen übereinstimmend und über einen längeren Zeitraum für richtig halten, werden sich

[781] vgl. Koecke, Religion-Politik-Gesellschaft, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.); unzutreffend argumentiert Gern mit der christlichen Prägung des GG: Gern, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1585, 1589.
[782] Steiner, Kulturpflege, in: Isensee (Hrsg.), HdbStR III, § 86 Rn. 9 m.w.N.

entsprechend die staatlichen Instanzen, und allen voran das Bundesverfassungsgericht, nicht darüber hinwegsetzen können. Kommen Kirchen und Staat unterstützt von den kulturellen Eliten des Landes dem nach, ist durch eine Berücksichtigung der Kirchen im demokratischen Meinungsbildungsprozess eine staatliche Vereinnahmung der Kirchen oder eine kirchliche Vereinnahmung des Staates und damit eine Rückfall in das Staatskirchenrecht auch nicht zu befürchten. Steht nunmehr fest, dass es entscheidend auf gesellschaftliche Wertvorstellungen ankommt, stellt sich die Frage, inwieweit nur nationale, also deutsche, Wertvorstellungen zu berücksichtigen sind oder aber angesichts der zunehmenden Globalisierung auch eine grenzüberschreitende Werteberücksichtigung geboten ist, mit der Folge, dass auch den Vorstellungen der Nachbarländer eine Bedeutung im Rahmen der Verfassungsauslegung zukäme.

Aus der Ausrichtung des Grundgesetzes auf das selbstbestimmte und damit auch sittlich frei entscheidende Individuum ergibt sich, dass sittliche Belange im Sinne der Schranke des Sittengesetzes restriktiv auszulegen sind, ihnen also entsprechend nur die Aufgabe zukommen kann, nachweisbare, schwere soziale Gefahren für die Rechtsgemeinschaft abzuwehren.[783] Rechtsgemeinschaft ist aber allein das Verfassungsvolk. Entsprechend können nichtnationale Vorstellungen erst dann Berücksichtigung finden, wenn sie auch von der verfassungsrechtlichen Rechtsgemeinschaft übernommen wurden. Entsprechend verpflichtet Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zwar alle staatliche Gewalt; der Verfassungsgeber hatte jedoch nicht die Kompetenz, eine Verpflichtung aller staatlichen Gewalt weltweit auszusprechen, sondern allein eine Bindung aller deutschen staatlichen Organe zu bestimmen. Wird durch das Grundgesetz nur die nationale, nicht aber die internationale Gewalt der Menschenwürde verpflichtet, kann auch der Gehalt der Menschenwürde nur national bestimmt werden. Dieser verfassungsrechtlichen Auslegungsmethode

[783] so auch Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, S. 63.

kann, anders als einer in die Verfassung hineingelegten Wertgebundenheit der Grundrechte, angesichts der Möglichkeit des empirischen Nachweises der gesellschaftlichen Anschauungen auch nicht der Einwand der Irrationalität entgegen gehalten werden. Das Abstellen auf die Einschätzung der anerkannten Religions-, Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften und kulturellen Eliten bedeutet nicht, die Verfassungsauslegung mit der Einschätzung dessen durch die Richter gleichzusetzen. Unzulässig wäre es, die Richter darüber befinden zu lassen, was der Einschätzung jener Kreise entspricht und welche juristische Gestalt solche Einschätzungen in concreto annehmen.

Die Berücksichtigung der von den Glaubensgemeinschaften und kulturellen Eliten getragenen Vorstellungen kann allerdings niemals eine Entscheidung des Richters oder des Gesetzgebers ersetzen. Die Berücksichtigung tragender gesellschaftlicher Kräfte kann nur den Sinn haben, den einfachen Gesetzgeber und Rechtsanwender zu fundierten Begründungen im Rahmen seiner Entscheidungen zu zwingen.[784] Ausführendes Organ der Willensbildung bleibt die Legislative, wobei diese bei der Konkretisierung offener Rechtsnormen gezwungen ist, entsprechend dem Demokratieprinzip der Verfassung die herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen seinen Entscheidungen zugrunde zu legen; andernfalls wäre staatliches Handeln willkürlich.[785]

Inwieweit der hier vertretene Lösungsansatz in seiner konkreten Umsetzung im Sinne einer einfachen Auslegung praktikabel ist, kann an dieser Stelle nicht entscheidend sein. Richtig ist sicherlich, dass mit der Übertragung der Bewertungskompetenz hohe Anforderungen an die Glaubensgemeinschaften und kulturellen Eliten gestellt werden, jedoch kann anders dem ethischen Mindestanspruch einer Gesellschaftsordnung nicht entsprochen werden.[786]

---

[784] so auch Blankenagel, Tradition und Verfassung, S. 205.
[785] Grimmer, Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“, S. 138ff.
[786] im Ergebnis ähnlich Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 27.

(ii) Grenze der gesellschaftlichen Auslegungsbefugnis

Es fragt sich an dieser Stelle jedoch, ob die gesellschaftliche Auslegungsbefugnis in dem Sinn schrankenlos ist, dass sie nur durch die Manifestation von Art. 1 GG in der Verfassung begrenzt wird. Diese Frage stellt sich für den Fall, dass in einer fiktiven zukünftigen, völlig inhumanen Gesellschaft ein verrohender, von den moralischen Instanzen aber getragener Umgang mit dem menschlichen Leichnam Einzug in den Verfassungsstaat genommen haben sollte. Entsprechend ist im Folgenden zu prüfen, inwieweit angesichts eines möglicherweise verlorengehenden Verantwortungsbewusstseins der Menschen aus anderen Gründen ein feststehendes und damit rechtlich bindendes Minimum an Schutz der Würde des menschlichen Leichnams anzuerkennen ist.

(a) Biologische Grenzen/Natur der Sache

Eine rechtliche Grenze der Auslegungsbefugnis wäre angesichts der bereits aufgezeigten Nichtnachweisbarkeit von Werten nur dann anzuerkennen, wenn etwas als absolut Feststehendes und objektiv Richtiges, verstanden als etwas auf menschliches Verhalten und die gegebene Welt bezogenes Allgemeines, das ein für allemal vorgegeben ist und damit für eine unabgeschlossene Zahl gleichgearteter Fälle gelten soll, diesen seine allgemeine Form aufprägt und damit auch alle künftigen Verhaltensmöglichkeiten enthalten würde, zu ermitteln wäre.[787]

[787] Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 236ff.

Da der Mensch selbst als sich stets veränderndes Wesen Absolutes und für alle Zeit Feststehendes aus sich selbst heraus nicht hervorbringen kann,[788] sein Werk also stets vorläufig und der Überprüfung und Änderung bedürftig und zugänglich ist, wäre ein würdevoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam nach heute (weltweit) anerkannten - also in jedem Fall nicht verrohenden - Maßgaben oder möglicherweise nach Maßgabe der einstigen und bereits benannten Kulturvölkerformel des Bundesverfassungsgerichts nur dann als absolut richtig zu qualifizieren, wenn ein solch pietätvoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam in der Natur des Menschen selbst gründen und entsprechend wissenschaftlich-objektiv nachweisbar wäre, mit der Folge, dass ein pietätvoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam in der Natur der Sache gründen würde.

Die Figur der Natur der Sache gründet in der Naturrechtslehre, der zufolge positive Werte ausschließlich aus der Natur des Menschen, geleitet durch seine Vernunft, sowie der Natur der Sache abzuleiten sind.[789] Dieser Ansatz geht davon aus, dass der Rechtsordnung und den Lebensverhältnissen bestimmte Tatbestände oder natürliche Gegebenheiten zugrunde liegen, aus denen sich zwingend bestimmte im Rahmen der Entscheidung zu berücksichtigende Gesichtspunkte ergeben und die nicht von ethischen Prinzipien abhängig gemacht werden können. Nur mit Hilfe dieser den Dingen innewohnenden Ordnung könne der Gehalt der Rechtsordnung erschlossen werden.[790] Wie der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 17.02.1954 aus der Tatsache, dass „die naturhafte nächste Beziehung der Geschlechter [...] folgenreich" ist, angesichts dessen, dass aus ihr ein Kind erwachsen kann, das dem Verkehr der Geschlechter allererst seinen Sinn gibt, und auf dessen Gedeihen und Entfalten es allein ankommt, zwingend die alleinige

[788] Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 238.
[789] vgl. zu näher Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 96ff., m.w.N.
[790] vgl. nur Dernburg, Pandekten, S. 87; Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, S. 8; Coing, Gründzüge der Rechtsphilosophie, 1976, S. 173ff.

Anerkennung der Einehe gefolgert hat,[791] ließe sich argumentieren, dass sich aus der Natur des Menschen als Sozialwesen zwingend ein rücksichtsvoller Umgang mit den einmal Gewesenen ergibt.

Entscheidende Grundlagen für die Anerkennung der Figur der Natur der Sache haben Coing und Welzel gelegt. Coing geht insoweit von der „Natur des Menschen und der Welt, in der er lebt" aus, er versteht darunter im einzelnen „die Natur des Menschen, seine natürlichen Fähigkeiten, Triebe, Willensziele usw., so wie sie bei den verschiedenen Altersstufen in Erscheinung treten", sowie „die Beschaffenheit der Umwelt des Menschen", und schließlich „die eigenartige Sachgesetzlichkeit [...], die den einzelnen Tätigkeitsbereichen und Gemeinschaften des Menschen eigen ist".[792] Welzel weist auf „bestimmte ontologische Grundgegebenheiten" hin, „an die jede Wertung gebunden ist und die darum jeder Wertung feste Grenzen setzen."[793]

Ungeachtet der Möglichkeit der philosophischen Rechtfertigung jenes Ansatzes stellt sich die Frage, was nun tatsächlich der Natur des Menschen und der Welt, in der er lebt, entspricht. Angesichts der Vielfältigkeit der Arten des menschlichen Seins liegt es auf der Hand, dass diese Frage nicht eindeutig zu beantworten ist. Ist die Freiheit ein unabdingbarer Bestandteil des Menschen oder die Möglichkeit, Sklaven zu halten? Entspricht der Grundsatz der körperlichen Unversehrtheit eines jeden oder aber die Möglichkeit, Verbrecher zu foltern, der Natur des Menschen? Oder, um die oben genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch einmal aufzugreifen: Erhält der Verkehr der Geschlechter ausschließlich vom Kind her seinen Sinn? Auch die Frage nach dem richtigen Umgang mit dem menschlichen Leichnam bestätigt dies: Fest steht, dass es in allen Kulturkreisen das Gebot des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam gibt. Daher könnte durchaus davon ausgegangen

[791] BGHSt 6, 46ff.
[792] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 119ff.
[793] Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, S. 197.

werden, dass es sich insoweit - wie beispielsweise auch das Verhaltensschema der Aufzucht der Jungen - um eine biologisch vorgegebene menschliche Verhaltensweise handelt,[794] die damit jeder rechtlichen Einflussnahme grundsätzlich entzogen ist.

Die Frage nach der Interessen- und Bedürfnisstruktur des Menschen erfährt eine Bereicherung durch die biologische Anthropologie, die das Sozialverhalten der Tiere erforscht. Ihre Ergebnisse legen nahe, dass auch im Menschen bestimmte Grundbedürfnisse und Verhaltensdispositionen angelegt sind. Insoweit heißt es bei Konrad Lorenz: „Wenn wir finden, dass gewisse Bewegungsweisen und gewisse Normen des sozialen Verhaltens allgemein menschlich sind, d.h. dass sie sich bei allen Menschen aller Kulturen in genau gleicher Form nachweisen lassen, so dürfen wir mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit annehmen, dass sie phylogenetisch programmiert und erblich festgelegt sind."[795] Wäre dies allerdings tatsächlich so, wäre die Möglichkeit der rechtlichen Einflussnahme auf dieses Verhalten sowie deren Gestaltungsspielraum beschränkt, käme dann zumindest aus diesem Gedanken heraus eine gänzliche Abschaffung der Totenfürsorge nicht in Betracht.

Tatsache ist, dass in den unterschiedlichsten Kulturen auf der ganzen Welt immer wieder übereinstimmende Verhaltensweisen im Hinblick auf den menschlichen Leichnam festzustellen sind. Auch wenn es im einzelnen erhebliche Unterschiede gibt, lässt dies doch vermuten, dass es bestimmte biologische Vorgaben im Menschen im Hinblick auf die Totenfürsorge gibt. Ob dies so ist, wissen wir aber nicht. Ob und inwieweit die Totenfürsorge eine biologisch angeborene Eigenschaft darstellt, wurde - soweit dies an dieser Stelle überblickbar ist - wissenschaftlich bisher nicht nachgewiesen. Dies erscheint zudem bereits auch deshalb fraglich,

[794] vgl. dazu allg. Schmidt, Verhaltensforschung und Recht; Gruter u.a. (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik.
[795] Lorenz, Die Rückseite des Spiegels, S. 228.

da obige Ausführungen gezeigt haben, dass in den frühen primitiven Kulturen ein fürsorgender Umgang mit dem menschlichen Leichnam nicht üblich war, dies vielmehr eine Folge der zunehmenden Zivilisierung und Religiosität der Menschen war und sich auch heute die Erscheinungen des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam in den einzelnen Kulturen erheblich unterscheiden.

Hinzu kommt, dass es grundsätzlich Sache des Gesetz-/Verfassungsgebers sein muss, zu entscheiden, an welche biologischen Gegebenheiten er Rechtsfolgen knüpfen will.[796] Aus sich heraus können biologische Gegebenheiten, Triebe oder Instinkte keine rechtliche Geltung beanspruchen, zumal nicht alle als „Gutes" zu qualifizieren sind. Würde man auf biologische Gegebenheiten abstellen, dürfte unter Umständen die Bewertung der Tötung eines Menschen oder der unrechtmäßigen Besitzentziehung der Entscheidung der Rechtsordnung entzogen sein, liegt doch die Rache, der Machterhalt oder die Bereicherung in der Natur eines jeden Menschen. So kann mangels entsprechender wissenschaftlicher Aussagen nicht davon ausgegangen werden, dass der würdevolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam in der Natur des Menschen gründet, und ebenso wenig, dass diese Feststellung für alle Zeit unabänderlich feststeht. Die Frage nach den dem menschlichen Handeln zugrunde liegenden Werten betrifft aber wiederum nicht - da nicht naturgegeben - das Sein, sondern als Wertung das Sollen des menschlichen Daseins, also erneut den Aspekt des Ethischen. Mit dem Verweis auf eine - ohnehin nicht feststellbare - Natur des Menschen im Hinblick auf einen angemessenen Umgang mit dem menschlichen Leichnam, wäre also ohnehin das Entscheidende noch nicht getan, erforderlich ist stets ein wertender Rückgriff auf die Frage nach dem Sollen des Seins. Die Natur der Sache liefert also höchstens Ordnungselemente, die Ordnung selbst

[796] so auch Rottleuthner, Grenzen rechtlicher Steuerung, in: Koller u.a. (Hrsg.) Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, S. 123ff., 124.

muss aber weiterhin erst geschaffen werden, und zwar entsprechend den spezifischen Vorstellungen der Mitglieder der gesellschaftlichen Gruppe.[797]

Coing geht von folgendem aus: Es gibt freilich „gewisse Strukturen [...], an welche die rechtliche Ordnung anknüpfen kann und muss. Aber die Feststellung dieser Strukturen enthebt uns nicht der Aufgabe, selbst wertend und ordnend einzugreifen."[798] Und Welzel stellt entsprechend fest: Zwar gibt es „auf diesem ontologischen und sachlogischen Felde [...] ‚ewige Wahrheiten', die kein Gesetzgeber der Welt abändern kann", aber dieser ist an sie nur gebunden, „wenn er ihren Grundsatz ersteinmal übernommen hat". Und das wiederum heißt, dass diese mutmaßlichen ewigen Wahrheiten den Gesetzgeber „nur ‚relativ' binden, nämlich bedingt dadurch, welche er von ihnen als Grundsatz wählt."[799] Das Wählen dieses das Sein bestimmenden Sollens lässt sich also nicht ohne einen Rückgriff auf die Ethik bewerkstelligen. Entsprechend lässt sich aus der Natur der Sache allein noch nicht der Rückgriff auf die abendländische Bestattungskultur rechtfertigen. Soll das Postulat der abendländischen Bestattungskultur gültig sein, muss es in anderen Wurzeln gründen.

(b) Naturrechtslehre

Da dieses Ergebnis wohl nicht zu befriedigen vermag, bietet sich weiter ein Rückgriff auf die Naturrechtslehre an.

Näher untersucht werden soll an dieser Stelle ein neuerer, vor allem von Francois Gény oder Julius Moór vertretene Ansatz eines streng limitativen Naturrechts. Gény geht davon aus, dass sich das Naturrecht in jenen Regeln erschöpfe, die zur Aufrechterhaltung der unerlässlichen Ordnung der Gesellschaft notwendig sind und das Gemeinschaftsleben

[797] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 181.
[798] Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 122ff.
[799] Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, S. 198.

notwendigerweise beherrschen.[800] Moór fasst unter das Naturrecht nur die primitiven und rohen Schranken einer Gesellschaft, ohne deren Beachtung das Bestehen des menschlichen Zusammenlebens unmöglich ist.[801] Nach Messner besteht das Naturgesetz „nicht in einem unveränderlich für alle Zeiten gleichen Moralkodex, vielmehr in den das vollmenschliche Sein bedingenden und den Menschen verpflichtenden Grundwerten oder Grundprinzipien, die nur in ihrem allgemeinen Gehalt unveränderlich und nur insoweit absolute Geltung besitzen, als sie dem unveränderlichen und selbst einen absoluten Wert darstellenden Grundwesen der Personnatur des Menschen entsprechen."[802]

Ansätze, die auf den ersten Blick zu überzeugen vermögen, doch bei einer näheren Untersuchung zeigen, dass sie die Annahme eines unveräußerlichen Kerns der Menschenwürde gerade nicht zu stützen, vielmehr sogar zu widerlegen vermögen. Denn problematisch ist bereits, dass es keine für alle Gesellschaften objektiv feststehenden untersten Schranken oder vollmenschliche Sein bedingende Grundwerte gibt, diese sich vielmehr aufgrund der verschiedenen Eigenarten der Gesellschaften unterscheiden und sich wohl überwiegend nach dem Standpunkt und der Weltanschauung des jeweiligen Betrachters bestimmen, also fließend und entsprechend kaum objektiv ermittelbar sind. Hinzu kommt, dass ein wie auch immer gearteter würdevoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam nicht zu jenen Mindestbedingungen des gemeinschaftlichen Miteinanders gehören wird. Man denke insoweit nur an das nationalsozialistische Deutschland, dessen Staatsordnung trotz der tausenden Leichnamen in den Konzentrationslagern jahrelang funktionierte. Setzt man dem entgegen, dass ein Rechtsstaat solche offensichtlichen Statusunterschiede zwischen den Leichnamen nicht kennen dürfe und alle Leichname gleichermaßen würdevoll behandeln müsse, sagt man damit nichts anderes, als dass alle Leichname

[800] Gény, Science et technique en droit privé positif, Bd. II, S. 10ff., 274ff., 418ff.
[801] Moór, Das Problem des Naturrechts, ARSP XXVIII (1934/35), 325ff., 543ff.
[802] Johannes Messner, Das Naturrecht.

gleichermaßen würdevoll behandelt werden *sollten*, ohne darlegen zu können, dass dies zur Aufrechterhaltung einer staatlichen Ordnung auch erforderlich ist. Entsprechend steht fest, dass der Gesellschaft auch insoweit keine objektiven Schranken aufzuerlegen sind, mit der Folge, dass offen ist, wie zukünftig inhumane Gesellschaften auch unter Fortgeltung von Art. 1 GG ihren Umgang mit dem menschlichen Leichnam bestimmen können werden.

Allerdings ließe sich unter Berufung auf die allgemeine Naturrechtslehre, die davon ausgeht, dass jeder Mensch von Natur aus mit unveräußerlichen Rechten ausgestattet ist, argumentieren, dass ein würdevoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam stets zwingend geboten ist, da aufgrund des Naturrechts eine generelle Pflicht bestehe, auch den verstorbenen Menschen als Naturwesen würdevoll zu behandeln. Problematisch ist an diesem Ansatz allein, dass das Naturrecht als ewige, unveränderliche und zugleich auch für die konkrete Situation geltende Normen zur Begründung zwingenden und bindenden staatlichen Rechts als zu metaphysisch und transzendental abzulehnen ist.

Zutreffend hat Joseph Ratzinger insoweit erkannt, dass das Naturrecht, dessen wichtigste Normen von der scholastischen Lehre, also hauptsächlich von der katholischen Moraltheologie formuliert wurden, „in einer säkularen pluralistischen Gesellschaft" nicht mehr zu überzeugen vermag.[803] Die Anerkennung von ewigen, der staatlichen Rechtsordnung vorgelagerten Normen und damit die metaphysischen Legitimation des Rechts ist in einer rationalisierten, verwissenschaftlichten und positivierten, von einer einheitlichen Ideologie losgelösten Rechtsordnung und Gesellschaft kaum möglich. Auch wenn das Naturrecht damit - wie Kluxen treffend formuliert hat - tot ist, brauchen wir in einer Gesellschaft wie der unseren, in der gemeinsame Wertvorstellungen über Grundlegendes und Elementares immer weniger gefestigt sind, dennoch

[803] Ratzinger, in: Habermas u.a. (Hrsg.), Dialektik der Säkularisierung, S. 50f.

etwas wie ein Naturrecht, um die bestehende Rechtsordnung darauf zu überprüfen, ob sie wirklich „Recht" ist.[804]

Problematisch ist nunmehr allein, wie dieser Prüfungsmaßstab des Rechts rechtlich gefasst werden kann. Kluxen schlägt insoweit ein modernes und in die Zukunft offenes Naturrecht vor, das nicht aus einem formalen, einheitlichen Prinzip abgeleitet wird, sondern das im Hinblick auf die menschlichen Daseinschancen und Entwicklungsmöglichkeiten deutlich macht, was als gute Rechtsnorm zu wählen ist.[805] Auch wenn der Ansatz zu überzeugen vermag, lässt Kluxen leider offen, wie dieses offene Naturrecht inhaltlich nun konkret zu fassen wäre.

Auszugehen ist von folgendem: Der Verfassungs- wie der einfache Gesetzgeber haben sich für die Manifestation von bestimmten Rechtsinstituten entschlossen, ohne diese näher zu fassen. Deren inhaltliche Ausgestaltung wurde damit dem Gesetzesanwender und -ausleger übertragen, so dass sich aufgrund dieser eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in der Tat eine vollständige Trennung von Moral und Recht nicht rechtfertigen lässt. Entsprechend kann sich ein verbindliches und damit das Gewissen aller bindende Sollen nur aus dem eigenverantwortlichen rechtlichen und gesellschaftlichen Diskurs ergeben. Insoweit kann sollten im Rahmen eines gesellschaftlichen Diskurses alle geschichtlichen Erfahrungen, allgemeine Prinzipien der Rechtsordnung sowie gemeinsame Orientierungen und Standards der Rechtsgemeinschaft, ohne die Allgemeines und Grundlegendes wohl kaum angemessen und in konkreten sozialen Formen erschlossen und durchgesetzt werden können, berücksichtigt werden.[806] Entsprechend kann jenes in einem solchen Sinn verstandene moderne Naturrecht, dass das Recht vor Verrohung und Willkür bewahren kann, nur als verantwortungsbewusster Wertediskurs der jeweiligen Gesellschaft unter

[804] Kluxen, Was kann uns das Naturrecht heute bedeuten?, Herder Korrespondenz 1979, 78ff., 79, 80, 82.
[805] Kluxen, Was kann uns das Naturrecht heute bedeuten?, Herder Korrespondenz 1979, 78ff., 83.
[806] ähnlich Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, S. 26f.

Einbeziehung aller - also sowohl der Bevölkerung als auch der Entscheidungsträger - gefasst werden. Entsprechend können dem Umgang mit dem menschlichen Leichnam auch nur jene Grenzen gesetzt werden, die die Gesellschaft diesem setzt.

Auch wenn evident ist, dass es nicht allen Rechtsordnungen, die es in der Geschichte gegeben hat, gelungen ist, die *gleiche* Würde des Leichnams zu wahren - zu denken ist nur an das Mittelalter oder an Kriegszeiten - so hat die jeweilige Rechtsordnung doch je nach Glaube oder Ideologie zumindest die Würde ihrer Gesinnungsgenossen - im Mittelalter in jedem Fall der männlichen Christen, in Kriegszeiten der eigenen Anhänger - geschützt. Und wenn nun nicht alle die Würde des Leichnams gemäß unseren heutigen Vorstellungen geachtet haben, so ist dies kein berechtigter Einwand gegen die Tauglichkeit des Rückgriffs auf den gesellschaftlichen Diskurs im Rahmen der Verfassungsauslegung, sondern nur Beleg zum einen für die Entwicklungsfähigkeit der Gesellschaft, zum anderen für die Konstanten der Entwicklungsgeschichte. Konstant ist, dass der Leichnam in allen Rechtsordnungen in der einen oder anderen Art geachtet wurde, variabel ist allein die konkrete Ausgestaltung der Achtung, die entscheidend von den Machtverhältnissen in der Gesellschaft sowie der weltanschaulich/religiösen Verankerung derselben und damit der Art und Weise des gesellschaftlichen Diskurses abhing/abhängt. Daraus kann sich nur ergeben, dass dem Recht aufgrund der Entwicklungsfähigkeit des Menschen ein evolutionalistischer Richtigkeitsmaßstab des Rechts (ursprünglich Naturrecht genannt) zugrunde liegt, der sich mit den Werten der Gesellschaft fortentwickelt.

Damit steht fest, dass der gesellschaftlichen Auslegungsbefugnis mit Hilfe der Rechtsordnung keine Beschränkung auferlegt werden kann. Aufgrund der Entscheidung des Verfassungsgebers, die kulturelle und moralische Freiheit des Einzelnen in den Mittelpunkt der Verfassung zu stellen, ist Grenze der Auslegungsbefugnis allein die Würde des Menschen im Sinne

des Art. 1 Abs. 1 GG. Zwar handelt es sich bei dem Begriff der Würde beinahe um einen Leerbegriff, der an sich mit nahezu jedem Inhalt gefüllt werden kann,[807] aber aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Verfassungsgebers ist dieses Ergebnis zwingend. Obwohl das Abstellen zahlreiche Gefahren wie die des Utilitarismus[808] oder die der ideologischen Verbiegung bergen, ist von Verfassungs wegen auf die Kompetenz der gesellschaftlichen Kräfte zu vertrauen.

h) Staatliche Schutzpflicht zugunsten der abendländischen Kultur

Ist der Verfassung, wie gesehen, im Wege der Auslegung keine Bindung an die abendländische Kultur zu entnehmen, stellt sich die Frage, inwieweit sich aus dem Grundgesetz zumindest eine Pflicht zum besonderen Schutz der abendländischen Kultur ergibt. Eine entsprechende verfassungsrechtliche Schutzpflicht würde dem hohen Stellenwert, der der Tradition entgegengebracht wird, gerecht werden und scheint v.a. den Anhängern der hergebrachten Bestattungsriten (in den Gesetzgebungsorganen) entgegenzukommen, scheinen sie doch diese Kultur gegen verändernde Einflüsse schützen zu wollen.

Auszugehen ist davon, dass dem Grundgesetz eine entsprechende ausdrückliche Schutzbestimmung nicht zu entnehmen ist. Eine staatliche Verantwortung für den Schutz einzelner Kulturen wird v.a. in der geisteswissenschaftlichen Kultur angemahnt. Im Folgenden soll unter Berücksichtigung dieser Ansätze untersucht werden, inwieweit der Verfassung im Wege der Auslegung eine Schutzpflicht zugunsten der abendländischen Kultur entnommen werden kann. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Ansatz Kymlickas, der zur Begründung einer entsprechenden Schutzpflicht auf die Bedeutung des kulturellen Erbes für

[807] Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 74, Fn. 56.
[808] vgl. nur Peschke, Christliche Ethik, S. 2ff.

die menschliche Entscheidungsfreiheit abstellt. Auszugehen sei davon, dass die Lebensführung des Einzelnen dessen alleiniger Entscheidung obliege, und zwar im Sinne der Auswahl verschiedener Optionen. Entscheidend sei nunmehr, dass der Rahmen jener Optionen durch das jeweilige kulturelle Erbe bestimmt werde. Der Einzelne, der in seiner eigenen Kultur tief verwurzelt sei, treffe deshalb eine bestimmte Wahl, weil er diese mit Hilfe der zugrundeliegenden Kultur als wertvoll qualifiziert hat, weil sie sich in ein Verhaltensmuster einfügt, das kulturell anerkannt ist.[809] Die Entscheidungsfreiheit ist ein wesentliches Element der durch die Würdegarantie und die freiheitlichen Grundrechte des Grundgesetzes garantierten Selbstverwirklichung. Entsprechend ließe sich unter Zugrundelegung der Annahme einer die Tradition und damit das Individuum ignorierenden Staatsordnung eine staatliche Pflicht zum Erhalt der traditionellen Kultur und damit auch der abendländischen Bestattungskultur aus Art. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 ff. GG begründen.

Dem Ansatz kann jedoch weniger aus juristischen als aus soziologischen und kulturwissenschaftlichen Gründen nicht gefolgt werden. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass die Entscheidungsfreiheit und damit die Entfaltung des Einzelnen vor allem durch die kulturellen Traditionen geprägt sind.[810] Da sich das (moderne) Individuum frei in einem (multi-) kulturellen Kontext bewegt, kann es selbst entscheiden, auf welche (fremd-) kulturellen Quellen es zurückgreift, um seinem Handeln im realen Entscheidungsumfeld einen tatsächlichen Sinn zu geben.[811] Das Leben von Immigranten bestätigt dies; sie treffen Entscheidungen im neuen Lebensraum nicht deshalb, weil dies ihnen ihre verwurzelte Kultur gebietet, sondern weil dies in der konkreten Lebenssituation die

[809] Kymlicka, Liberalism, Community, Culture, S. 162ff., 164f.; Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 90.
[810] Waldron, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, in: Kymlicka u.a. (Hrsg.), The Rights of Minority Cultures, S. 751ff., 781f.
[811] Waldron, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, in: Kymlicka u.a. (Hrsg.), The Rights of Minority Cultures, S. 751ff., 783.

sinnvollste Entscheidung zur Erreichung des angestrebten Ziels ist.[812] Vor allem auch vor dem Hintergrund der in unserem multikulturellen Verfassungsstaat lebenden Menschen mit anderen kulturellen Hintergründen oder anderen kulturellen Orientierungen verbietet sich die Annahme einer verfassungsrechtlichen Pflicht, die hergebrachten Traditionen besonders zu schützen. Treffend hat dies Habermas wie folgt formuliert: „Der ökologische Gesichtspunkt der Konservierung von Arten lässt sich nicht auf Kulturen übertragen. Kulturelle Überlieferungen und die in ihnen artikulierten Lebensformen reproduzieren sich normalerweise dadurch, dass sie diejenigen, die sie ergreifen und in ihren Persönlichkeitsstrukturen prägen, von sich *überzeugen*, d.h. zur produktiven Aneignung und Fortführung motivieren. Rechtsstaatlich kann diese hermeneutische Leistung der kulturellen Reproduktion von Lebenswelten nur *ermöglicht* werden."[813] So ergibt sich angesichts des multikulturellen Sein des Einzelnen aus der Kulturstaatlichkeit allein eine Notwendigkeit des Schutzes von Kultur, die aus dem Zusammenkommen von Menschen überhaupt folgt; alles andere liefe, wie bereits beschrieben, auf eine unzulässige Beschränkung der Verfassung auf eine bestimmte Tradition hinaus.

i) Zwischenergebnis

Eine für alle Zeiten feststehende postmortale Würdegarantie kann nicht anerkannt werden. Der gute oder richtige oder würdige Umgang mit dem menschlichen Leichnam liegt im Auge des Betrachters, da das, was unter dem Guten und damit der Würde zu verstehen ist, weder philosophisch noch rechtlich fassbar ist. Es gibt keinen bestimmten Umgang mit dem menschlichen Leichnam, der aus sich heraus als würdig zu qualifizieren ist, da sich kein bestimmter Umgang mit dem Leichnam als absolut richtig

[812] Waldron, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, in: Kymlicka u.a. (Hrsg.), The Rights of Minority Cultures, S. 751ff., 786.

[813] Habermas, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Gumann, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, S. 147ff., 173f.

und damit als unbestreitbar begründen lässt. Daraus folgt, dass es keine ewige und unantastbare postmortale Menschenwürde im Sinne des einen Guten gibt, ihre Existenz ist das Ergebnis der kulturellen Vorstellungen. Die postmortale Würde ist damit trotz ihrer Anknüpfung an Art. 1 GG eine (wenn auch von der Mehrheit getragene) Wertung, die dem steten Wandel unterliegt. Damit steht fest, dass die Befugnis des Einzelnen, nach seinen Vorstellungen zu verfügen, wie mit seinem Leichnam zu verfahren ist, nicht durch eine bestimmte abendländische Tradition, sondern allein durch die Vorstellung der Lebenden von dem, was sie als einen angemessenen Umgang mit dem Leichnam erachten, beschränkt wird. Dem zufolge hat das, was unter einem angemessenen Umgang mit dem menschlichen Leichnam zu verstehen ist, einen von den jeweiligen Zeitverhältnissen und den in ihr herrschenden moralischen und kulturellen Vorstellungen abhängigen Inhalt. Der sog. würdevolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam ist damit eine weniger auf den Leichnam an sich, sondern vor allem auf die Gemeinschaftsinteressen bezogene Forderung.[814] Denn anders als die übrigen Verfassungsbestimmungen wird das allgemeine Sittengesetz nicht durch objektiv bestimmbare Tatbestandsmerkmale, sondern allein durch die ethisch-kulturellen Empfindungen und Vorstellungen von Pietät der noch lebenden Angehörigen des jeweiligen Kulturkreises geprägt. Entscheidend sind insoweit allein die Interessen der Lebenden, die durch die Begriffe der Pietät, Ehrfurcht und möglicherweise verletzten Selbstachtung angesichts bestimmter Verhaltensweisen gegenüber dem Leichnam fassbar sind. Werden jene - an sich begrifflich schwer zu fassenden, nicht universalen und daher in ihrer konkreten Ausgestaltung notwendigerweise durch empirische Untersuchungen festzustellenden - Gefühle durch das Betrachten von als gefühlsverletzend gewerteten Verhaltensweisen verletzt, findet die Entscheidungsfreiheit über den eigenen Leichnam darin ihre Grenze.

[814] ähnlich Binding, zur Begründung des Erfolges eines strafrechtlichen Gefährdungsdelikts, S. 373; Seelmann, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, in: Zaczyk (Hrsg.), FS für E.A.Wolff, S. 481ff., 490; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 17; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 117; a.A. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 1 Anm. 3.

Bei der Frage des würdevollen Umgangs steht nicht der menschliche Leichnam im Vordergrund, sondern der Schutz der Gefühle der Lebenden und ihrer ethischen Gemeinschaftsinteressen.[815] Auch wenn diese kollektiven Gefühle als Reste animistischer Vorstellungen erscheinen mögen,[816] existieren diese doch, so dass mit Hofmann davon auszugehen ist, dass die Ehre der Leichname derjenigen, die einmal unter uns waren, „zur eigenen wechselseitig anzuerkennenden Identität und Selbstachtung" gehört.[817] Damit sind bestimmte Verbote im Umgang mit dem menschlichen Leichnam um der Selbstachtung der Lebenden wegen erforderlich.[818]

Eine vorrangige Berücksichtigung der Gefühle der Lebenden darf jedoch nicht so verstanden werden, dass es Aufgabe von Art. 1 GG wäre, bestimmte moralische Orientierungen der Bevölkerung auf Dauer festzuschreiben. Zwar wird mit der Berücksichtigung sozialer Anschauungen und damit dem Schutz einer letztlich allein von Gefühlen bestimmten Kultur durch Art. 2 Abs. 1 GG die anerkannte Grenze und Trennung zwischen Recht und Moral verwischt. Allerdings ist dies bei der Ausgestaltung einer ausschließlich kulturell-ethischen Verfassungsnorm wie dem allgemeinen Sittengesetz, das letztlich allein auf den Schutz der Pietät und damit das soziale Zusammenleben in der Gemeinschaft abzielt, unerlässlich.[819] Mit der Berücksichtigung des Selbstverständnisses der Lebenden gibt die Verfassungsordnung ihnen die Möglichkeit, sich innerhalb des kulturellen Konsenses in Offenheit und Zeitgebundenheit zu

---

[815] Die Schutzwürdigkeit von Gefühlen wurde von der Rechtsordnung bereits anerkannt, vgl. nur §§ 166, 13, 183 StGB. Im Ergebnis auch auf einen Gefühlsschutz am Anfang und Ende des menschliches Lebens abstellend: Seelmann, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, in: Zaczyk (Hrsg.), FS für E.A.Wolff, S. 481ff., 488ff.

[816] so etwa Rüping, Der Schutz der Pietät, GA 1977, S. 299, 302.

[817] Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353, 375 zur Begründung des Schutzes des Andenkens der Verstorbenen durch Art. 1 GG unter Berufung auf die von ihm vertretene Kommunikationstheorie.

[818] im Ergebnis ähnlich, aber mit anderer Begründung: Benda, Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, 1769ff., 1771.

[819] a.A. Hufen, Verbot oder einschränkende Auflagen für die Ausstellung „Körperwelten"?, DöV 2004, 611ff., 615.

entwickeln. Denn die Bestimmung dessen, was unter einem würdevollen Umgang mit dem menschlichen Leichnam und einer entsprechend daraus resultierenden kulturell geprägten kollektiven Identität zu verstehen ist, ist in ihrer Ausgestaltung nicht verfassungsgegeben, sondern als Wert- und Ethikfrage Zielbestimmung für die Gesellschaft.[820]

Folge dieser gesellschaftlichen Verantwortung ist, dass das, was ein würdevoller Umgang mit dem menschlichen Leichnam meint, nie in vollem Umfang und abschließend definiert werden kann. Welches Bild sich davon der Mensch macht, kann von der Rechtsordnung nur begrenzt eingefangen werden; einer kulturellen Bewertung dessen muss sich der Staat enthalten. Aufgrund der kulturell-soziologischen Verwurzelung der postmortalen Würdegarantie ist auch erklärbar, warum zumindest in der westlichen Welt das, was unter der Würde des lebenden Menschen verstanden wird, überwiegend einheitlich bewertet wird und Diamantringpressungen oder Mumifizierungen nur in einigen Ländern mit der Würde des Leichnams vereinbar sind. Anders als die Würde der lebenden Menschen ist die Würde des Leichnams je nach kulturell-ethischer Ausrichtung des jeweiligen Volkes verschiedenen Auslegungen zugänglich.

Der Umgang mit dem menschlichen Leichnam entspricht nach dem oben Gesagten in unserer Verfassungsordnung der Würde des Leichnams, wenn er nicht diametral den sittlichen und kulturellen Bedürfnissen der mehrheitlichen Bevölkerung entgegensteht. Nicht ausreichend wäre die Forderung, dass der Umgang mit dem Leichnam den mehrheitlichen Vorstellungen entsprechen muss, denn bei einer solch engen Auslegung wären die Bedürfnisse der Minderheiten nicht ausreichend berücksichtigt. Die Auslegung der Würdegarantie wird damit nicht in das sich jederzeit wandelbare Belieben der Bevölkerung gestellt, sondern setzt nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz zum einen den empirischen Nachweis

[820] so allgemein für die Verfassung: Droege, Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466ff., 481.

des tatsächlichen, ernsthaften und dauerhaften Wandels des Rechtsbewusstseins in der Mehrheit der Bevölkerung, zum anderen die Billigung jener kulturellen Orientierung durch die kulturellen Eliten des Landes voraus.[821]

Ihre Schranke findet die gesellschaftliche Auslegungsbefugnis nur im Grundgedanken des Art. 1 GG. Unveränderlich festgeschrieben ist allein der zwingende und alle bindende würdevolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam an sich. Berücksichtigt werden muss aber auch in diesem Zusammenhang, dass der Begriff der Würde auch in seiner Schrankenfunktion ein der Auslegung zugänglicher Begriff ist. Absolut fest steht nur, dass das Subjekt der Würdegarantie der Mensch ist. Entsprechend besteht auch nicht die Gefahr, dass einzelne Menschen, wie z.B. Ausländer, Kranke oder Homosexuelle, ihren postmortalen Würdeschutz verlieren, weil dies möglicherweise der Wertung der mehrheitlichen Bevölkerung entspricht, da der Mensch als Bezugssystem des Würdeschutzes absolut und unveränderlich feststeht.

Einer solch weitgehenden Auslegung der Würdegarantie steht weder der Gedanke der Rechtssicherheit noch die Tatsache entgegen, dass Art. 1 GG das Konstitutionsprinzip unserer Verfassung und der Grundwert der menschlichen Existenz ist. Durch eine beschränkte Öffnung der Verfassung für die gesellschaftlichen Anschauungen im Bereich außerrechtlicher Begriffe geht ihre Qualifizierung als sinnstiftende Ordnung nicht verloren.[822] Dem modernen freiheitlich pluralistischen Grundgesetz - mag es auch geschichtlich betrachtet unstreitig der Tradition des Abendlandes entspringen - ist keine rechtlich verbindliche kulturelle oder moralische Grundlage zu entnehmen. Entsprechend kann dem Grundgesetz auch nicht die Aufgabe zukommen, die Nation kulturell zu prägen, es ermöglicht dem - insoweit nicht identifikationslosen - Staat

[821] anders wohl Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, S. 20.
[822] im Ergebnis so auch: Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 262ff., a.A. Gullo, Religions- und Ethikunterricht im Verfassungsstaat, v.a. S. 138f.

nur, die kulturell-moralische Einigung des Volkes zu ermöglichen und die aus gesellschaftlich eigener Kraft gewonnene kulturell-moralische Einigung im Rahmen der staatlichen Maßnahmen zu berücksichtigen und den öffentlichen Diskurs unter Umständen anzuregen. Hierin liegt jedenfalls im Bereich der moralisch-kulturellen Orientierung der Bevölkerung der Kern der bundesrepublikanischen Kulturstaatlichkeit.

An dieser Stelle stellt sich die Frage, inwieweit gegen den hier vertretenen Lösungsansatz eingewandt werden kann, dass Minderheitskulturen unangemessen benachteiligt werden. Denn wird zur Bestimmung des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam auf die herrschenden Anschauungen abgestellt, steht immerhin fest, dass die Mehrheit wenigstens auf Zeit durch entsprechende staatliche Maßnahmen - seien es gerichtliche Entscheidungen oder die Ausgestaltung der Bestattungsgesetze - beachtliche Unterstützung erfährt, während Minderheitskulturen kaum Unterstützung erhalten. Entsprechend legt der hier vertretene Auslegungsansatz zumindest auf den ersten Blick die Vermutung der Nichtanerkennung fremder Kulturen nahe.

Eine Gleichbehandlung wäre jedoch nur dann geboten, wenn sich der Verfassung eine staatliche Pflicht zum gleichwertigen Schutz von Mehrheits- und/oder Minderheitenkulturen entnehmen ließe, mit der Folge, dass der Staat dann verpflichtet wäre, Maßnahmen zum Schutz von Minderheitenkulturen zu ergreifen. Die Frage des Schutzes kultureller Minderheiten wird vor allem in den Geisteswissenschaften diskutiert. Vor allem Taylor argumentiert, dass eine jede Kultur der Anerkennung bedürfe, um dem Achtungsanspruch des Einzelnen gerecht zu werden. Auszugehen sei insoweit davon, dass Individuen im Dialog mit ihrer Umwelt eine Identität ausbilden, mit der Folge, dass jene Identität auch erst im gesellschaftlichen Austausch Anerkennung gewinnen könne. Wird die Kultur eines Individuums nicht anerkannt, stellt dies entsprechend auch eine Form der Nichtanerkennung der individuellen Identität und

damit des Achtungsanspruchs des Einzelnen dar, so dass die kulturelle Nichtanerkennung dem Einzelnen Schäden zufügen könne. Transformiert man jenen Lösungsansatz auf das Verfassungsrecht, ergebe sich aus der Würdegarantie des Art. 1 GG eine Pflicht des Staates, gegen die Missachtung der Kultur des Einzelnen vorzugehen, indem der Minderheitskultur der gleiche Wert wie der Mehrheitskultur zugebilligt wird.[823]

Eine solche rechtliche Konstruktion ist jedoch problematisch: Es erscheint bereits befremdlich, dass und vor allem in welcher Art und Weise staatliche Organe Kulturen von Minderheiten Wertschätzung entgegenbringen sollen,[824] handelt es sich dabei doch eindeutig um zwischenmenschliche oder zumindest gesellschaftliche Handlungs- und Denkformen, die staatlich weder ersetzt noch angeordnet werden können. Auch zu recht wendet v.a. Appiah ein, dass höchst fraglich ist, ob Minderheitskulturen wirklich die Wertschätzung durch Mehrheitskulturen wünschen, zumal diese nicht selten im Verhältnis der gegenseitigen Ablehnung stehen.[825] Aus einer rechtlich erzwungenen „Anerkennung" kann sich kaum tatsächliche und inhaltliche Anerkennung - um die es aber im Rahmen der individuellen Würdegarantie allein geht - ergeben, sondern maximal eine Toleranz gegenüber der fremden Kultur.[826] Ein weitergehender Anspruch auf Anerkennung kann sich aus der Würdegarantie jedoch nicht ergeben.

Möglicherweise ergibt sich jedoch aus den historischen Erfahrungen der Unterdrückung von Minderheitskulturen - v.a. während der Zeit des Nationalsozialismus - eine besondere Pflicht des Staates zum Schutz von Minderheitskulturen im Sinne einer Wiedergutmachungspflicht.[827] Allerdings stellt sich zunächst die Frage, inwieweit eine solche aus der

[823] Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, S. 21ff., 24, 26, 60, 64f.
[824] Levy, Classifying Cultural Rights, in: Shapiro u.a. (Hrsg.), Ethnicity and group rights, S. 22ff., 48.
[825] Appiah, Race, Culture, Identity, S. 94.
[826] Berlin, Two Concepts of Liberty, S. 157f.
[827] Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 116ff.

Annahme einer Wiedergutmachung folgende Pflicht gegenüber allen Minderheitskulturen Anerkennung finden kann oder gerade nur gegenüber solchen, die in der Vergangenheit tatsächlich verfolgt und benachteiligt wurden. Kymlicka als Vertreter jenes Ansatzes stellt bei seiner Annahme einer Pflicht auf Wiedergutmachung auf die Verletzung der Rechte der kanadischen Ureinwohner ab.[828] Das Land Hessen hat im Jahr 1998 das Romanes als offizielle Minderheitensprache mit der Begründung anerkannt, dass „die Sprache der deutschen Sinti und Roma durch den Holocaust in ihrer Erhaltung und Entwicklung (massive Beeinträchtigungen) erfahren habe."[829] Angesichts aber der wohl bestehenden tatsächlichen Schwierigkeit, alle Diskriminierungen der Vergangenheit selektiv, aber historisch treffend und umfassend erfassen zu können und zudem weitere Diskriminierungen in der Zukunft zu verhindern, erscheint nur ein umfassender kultureller Minderheitenschutz sachgerecht.

Ungeachtet dessen erscheint die konkrete Ausgestaltung einer entsprechenden Schutzpflicht problematisch. Zunächst bietet sich die Annahme einer Pflicht des Staates zur Er- und Vermittlung fremder Kulturen an. Eine solche Pflicht erscheint aber angesichts des dadurch erforderlich werdenden Verwaltungs- und Finanzaufwandes als für den Staat weder praktikabel noch zumutbar.[830] Dementsprechend erscheint allein die Annahme einer Pflicht des Staates, auch kulturellen Minderheiten das Recht einzuräumen, ihre Kultur zu pflegen und zu erhalten, als sachgerecht.[831] Insoweit gebietet jener Minderheitenschutz dem Staat im Ergebnis aber nicht mehr, als sich bereits aus dem Kulturstaatsprinzip ergibt, nämlich den Diskurs der öffentlichen Meinung zu ermöglichen. Im Rahmen jenes Diskurses ist es auch Minderheiten möglich, sich einzubringen; ob sie sich durchsetzen, ist allein davon abhängig, ob sie

[828] Kymlicka, Multicultural Citizenship, S. 116ff.
[829] „Hessen fördert Sprache der Sinti und Roma", Süddeutsche Zeitung, 15.07.1998.
[830] Nickel, Group Agency and Group Rights, in: Shapiro u.a. (Hrsg.), Ethnicity and Group Rights, S. 235ff., 251.
[831] Kymlicka, Liberalism, Community, Culture, S. 137.

die Mehrheit dergestalt überzeugen können. Ein darüber hinausgehender besonderer kultureller Minderheitenschutz ist der Verfassung nicht zu entnehmen, das Recht - und damit auch die Verfassung - kann sich von der in ihm herrschenden Kultur nicht freimachen. Entsprechend kann auch die im Ergebnis zutreffende Grundaussage der Kruzifix-Entscheidung, der Staat dürfe kulturell vermittelte Einstellungen und Traditionen nicht einfach abstreifen[832], erst unter Berücksichtigung dessen ausreichend gewürdigt und gerechtfertigt werden: Richtig ist, dass dem Staat Denktraditionen, Sinnerfahrungen und Verhaltensmuster nicht gleichgültig sein können, doch nur dann, wenn sie tatsächlich auch noch in der Gesellschaft Anerkennung finden.

[832] BVerfGE 93, 1, 22.

V. Inhalt, Umfang und Umsetzung der rein objektiv-rechtlichen Schutzpflicht

A. Allgemeines

Nach den obigen Feststellungen geht es im Folgenden nun darum zu untersuchen, inwieweit der Staat der ihm gegenüber dem menschlichen Leichnam obliegenden Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG im Rahmen der einfachen Gesetzgebung, Verordnungen sowie der Rechtsprechung gerecht wird. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass der Verfassung keinerlei konkrete Handlungspflichten im Hinblick auf den Umfang der staatlichen Schutzpflicht entnommen werden können.[833] Zieht man jedoch das erste Schwangerschaftsurteil des Bundesverfassungsgerichts heran, ergibt sich folgendes: „in welchem Umfang der Staat zu rechtlichem Schutz verpflichtet ist, kann [...] aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen erschlossen werden. [...] Die Schutzverpflichtung des Staates muss umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsguts innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusehen ist."[834] „Wie der Staat seine Verpflichtung zu einem effektiven Schutz [...] erfüllt, ist in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden."[835] In Fällen, in denen wie bei dem hier angenommenen steten Vorrang der nur-objektiven Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG vor grundrechtlichen Positionen Dritter die Erfüllung der Schutzpflicht immer mit einem Einwirken auf grundrechtlich geschützte Positionen Dritter verbunden ist, ist der Gesetzgeber stets Adressat dieser Schutzpflicht.[836] Dabei kommt dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein weiter Entscheidungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum im Hinblick auf das Ob und Wie einer Regelung zum

---

[833] Denninger, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: Däubler-Gmelin u.a. (Hrsg.), FS für Mahrenholz, S. 561ff., 567.
[834] BVerfGE 39, 1, 41f.
[835] BVerfGE 39, 1, 44.
[836] so auch Erichsen, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, 85ff., 88.

effektiven Schutz des gefährdeten Rechtsguts zu.[837] Aber nicht nur der Gesetzgeber ist Adressat der Schutzpflicht, auch Exekutive und Judikative werden durch Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet.

B. Untermaßverbot

Als Richtmaß des Abwägungsvorgangs zieht das Bundesverfassungsgericht das Untermaßverbot, als Pendant zum abwehrrechtlichen Übermaßverbot, heran: „Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten. [...] Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein."[838] Den insoweit bestehenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu der Frage, wann die Untergrenze des legislativen Gestaltungsspielraums nun genau unterschritten ist, hat das Bundesverfassungsgericht weder in dieser noch einer späteren Entscheidung ausreichend konkretisiert.

Fest steht wohl nur, dass der Staat mindestens in dem Maße tätig werden muss, dass die Gefahr oder Verletzung der Würde abgewandt ist. Insoweit *muss* er geeignete und angemessene Maßnahmen ergreifen,[839] allerdings ohne nach oben darauf beschränkt zu sein.[840] Insoweit handelt es sich bei dem Untermaßverbot um nichts anderes als die Ausprägung des Erforderlichkeitskriteriums im Rahmen der bei Eingriffsgesetzen und des dort geltenden Übermaßverbots zu berücksichtigenden Angemessenheitsprüfung, mit der Folge, dass jenem Untermaßverbot nur

[837] BVerfGE 46, 160, 164; 56, 54, 80f.; 92, 26, 46.
[838] BVerfGE 88, 203, 254 - eine klare Distanzierung zu seiner früheren C-Waffen-Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht eine Unterschreitung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages erst bei gänzlich ungeeigneten und völlig unzulänglichen Maßnahmen angenommen hatte, BVerfGE 77, 170, 215 - C-Waffen-Beschluss.
[839] so im Ergebnis auch: Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, DVBl. 1993, 982ff., 983.
[840] Jarass, Grundrechte als Wertentscheidung, AöR 110 (1985), 363ff., 383.

dann eine eigenständige Bedeutung zukommt, wenn die Erfüllung der Schutzpflicht keinen Eingriff in grundrechtliche Positionen mit sich bringt.[841]

Geht es um die Erfüllung der rein objektiv-rechtlichen Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, führt diese, wie gesehen, zu Eingriffen in zahlreiche Grundrechte Dritter. Jedoch kommt der Schutzpflicht stets der Vorrang zu, so dass eine Prüfung der Unterschreitung des verfassungsrechtlichen Schutzniveaus grundsätzlich nicht mehr stattfindet.

Dem Gesetzgeber kommt im Rahmen der Bestimmung des gebotenen Minimalschutzes ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Das Untermaßgebot kann jedoch im Einzelnen auch den Erlass einer Strafnorm gebieten.[842] Entsprechend dem Untermaßverbot ist eine Gesetzesnachbesserung dann vorzunehmen, sofern die gesetzgeberische Entscheidung aufgrund neuer, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehender Entwicklungen zur Erfüllung der Schutzpflicht nicht mehr ausreicht.[843]

Der Gehalt der geltenden Bestattungsgesetze lässt sich nach dem oben Gesagten im Wesentlichen durch eine der abendländischen Tradition entsprechende Festschreibung eines Friedhofs-, Bestattungs- und Sargzwangs für Leichen sowie eine Festlegung auf die Erd- und Feuerbestattung beschreiben. Festgestellt wurde oben aber auch, dass sich erste Anzeichen für eine Änderung und Lockerung der hergebrachten Bestattungskultur in der Bevölkerung erkennen lassen, zu denken ist nur an die Weltraumbestattung oder die Diamantpressung. Die geltenden Bestattungsgesetze sind diesen Vorstellungen jedoch noch nicht entgegengekommen. Entsprechend stellt sich aber angesichts dessen, dass nach oben Gesagtem allein den überwiegenden Anschauungen in der

[841] Erichsen, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung, Jura 1997, 85ff., 88.
[842] BVerfGE 39, 1, 46f.
[843] BVerfGE 49, 89; 56, 54, 81.

Bevölkerung die Kompetenz zur Auslegung der postmortalen Würdegarantie zukommt, die Frage, wann für den Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht besteht, die früher möglicherweise als verfassungskonform erachteten Bestattungsgesetze nachzubessern.

C. Pflicht zur Nachbesserung der Bestattungsgesetze

Das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass es eine höchst komplexe Frage sei, eine staatliche Schutzpflicht durch konkrete gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen und entsprechend eine Pflichtverletzung des Gesetzgebers angesichts des ihm zukommenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums kaum jemals in Betracht kommen wird.[844] Dieser Ansatz des Bundesverfassungsgerichts mag im Ansatz überzeugen, jedoch reicht der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nur soweit, wie die konkrete einfach gesetzliche Umsetzung noch mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist.

Eine Nachbesserungspflicht muss jedenfalls dann angenommen werden, wenn einzelne Bestattungsvorschriften evident gegen die Würdegarantie verstoßen. Unstreitig liegt ein solcher Verstoß dann vor, wenn die Menschqualität des Leichnams durch die Bestattungsgesetze nicht beachtet wird. Schwieriger scheint die Frage zu sein, insoweit eine Nachbesserungspflicht bei einer durch die Anschauungen der Bevölkerung bestimmten Verfassungsnorm besteht, wenn sich jene maßgeblichen Anschauungen der Bevölkerung wandeln. Geht man davon aus, dass nach dem oben Gesagten die postmortale Würdegarantie in ihrem Gehalt allein durch die empirisch nachgewiesenen überwiegenden Anschauungen der Bevölkerung, gebilligt durch die kulturellen Eliten des Landes, bestimmt wird (sofern Belange der Volksgesundheit nicht entgegenstehen), wird dadurch nicht nur die Verfassungsauslegung bestimmt, sondern aufgrund des Vorrangs der Verfassung muss dadurch auch der einfache

[844] BVerfGE 56, 54, 81.

Gesetzgeber gebunden werden. Alles andere liefe darauf hinaus, einer staatlichen Kulturpolitik - entgegen deren aufgezeigter Verfassungswidrigkeit - zum Durchbruch zu verhelfen. Entsprechend ist der Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers bei einer evidenten Grundrechtswidrigkeit auf null reduziert. Entsprechend besteht eine Nachbesserungspflicht des einfachen Gesetzgebers dann, wenn empirische Untersuchungen zur Frage des würdevollen Umgangs mit dem menschlichen Leichnam vorliegen, die den geltenden Bestattungsvorschriften nicht mehr entsprechen.

Unterlässt es die staatliche Gewalt nun aber wie bisher trotz ausreichender Anhaltspunkte für gesellschaftliche Anschauungsänderungen im Hinblick auf den Umgang mit dem menschlichen Leichnam, entsprechende Untersuchungen zu erstellen, widersetzt sich der Staat also der ihm aufgegebenen Untersuchungspflicht, wird er der ihm auferlegten verfassungsrechtlichen Schutzpflicht nicht gerecht, mit der Folge, dass der Staat wegen einer Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zur Vornahme entsprechender Untersuchungen verpflichtet werden kann. Durch die bloße Berücksichtigung von Medienberichten[845] oder Mutmaßungen einzelner (der Richter) kommt der Staat seiner Untersuchungspflicht jedenfalls nicht nach.

D. Kollision von Grundrechten und postmortalen Würdegarantie

Geht es um die Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht, stellt sich auch die Frage, inwieweit einem auf diese Weise bestimmten würdevollen Umgang mit dem menschlichen Leichnam Grundrechte Dritter entgegen gehalten werden können. Zu denken ist beispielsweise im Hinblick auf die Ausstellung „Körperwelten" nur an die Wissenschaftsfreiheit im Sinne des

[845] so aber etwa: Spranger, Plädoyer für die Aufhebung des Friedhofszwangs bei Feuerbestattungen, VR 2000, 158ff., 159; Heydt, Anmerkungen zur Entscheidung des Hess. StGH vom 03.07.1968, DVBl. 1969, 38ff., 40.

Art. 5 Abs. 3 GG oder im Hinblick auf den Wunsch von Angehörigen, entgegen dem Willen des Verstorbenen dessen Asche zu Hause aufzubewahren, an die allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG. Im Hinblick auf den oben gewählten Ansatz, wonach der Gehalt der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG auch durch die Schutzbereiche und Schranken der Grundrechte aus Art. 2 ff. GG bestimmt wird, ist klarzustellen, dass es insoweit nur um eine Berücksichtigung der Grundentscheidungen des Verfassungsgebers im Rahmen der Auslegung des Würdegehalts, nicht aber um eine Entscheidung für eine Abwägung mit kollidierenden Grundrechten geht.

Auszugehen ist vielmehr zunächst von folgendem: Geraten Grundrechte Dritter oder sonstige Verfassungsprinzipien in Kollision mit der Würde eines Grundrechtsträgers, findet eine Abwägung nicht statt. Jeder Eingriff in die Menschenwürde eines Grundrechtsträgers stellt einen Verstoß gegen sie dar, Schranken können der menschlichen Würde also nicht entgegengehalten werden.[846] Vorliegend kollidiert jedoch mangels Grundrechtsträgers nicht das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG mit grundrechtlichen Interessen Dritter. Entsprechend stellt sich die Frage, inwieweit das dem Grundrecht der Würdegarantie immanente grundrechtliche Abwägungsverbot auch für die nur objektiv-rechtliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG Geltung beanspruchen kann oder aber davon auszugehen ist, dass die nur objektiv-rechtliche Schutzpflicht mangels subjektiver Berechtigung stets einer Abwägung mit Grundrechten Dritter und sonstigen Verfassungsprinzipien zugänglich ist. Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Menschenwürde liegt die Annahme eines absoluten Vorranges der Würdegarantie vor Abwehrrechten Dritter durchaus nahe. Allerdings scheint ein solch unbedingter Vorrang einer rein objektiv-rechtlichen Schutzpflicht in Widerspruch zu der eigentlichen Primärbedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen zur Sicherung seiner individuellen

[846] vgl. nur Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 4 m.w.N.

Selbstbestimmung zu geraten. Der Staat ist demnach nicht nur zur Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflichten, sondern vielmehr zur Wahrnehmung aller ihm obliegenden verfassungsrechtlichen Aufgaben, also auch zur Durchsetzung grundrechtlicher Freiräume verpflichtet. Entsprechend wäre an sich von der Notwendigkeit einer Abwägung der widerstreitenden Interessen aus den Grundrechten und der Schutzpflicht auszugehen.

1. auch objektiv-rechtliche Schutzpflicht

Über die Frage der Handhabung eines Eingriffs einer auch objektiv-rechtlichen Schutzpflicht in ein Abwehrrecht, besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit: Ist der Schutzpflicht aufgrund des Vorhandenseins eines Grundrechtsträgers ein konkretes Grundrecht zugeordnet, muss zwischen diesen ein Interessenausgleich gefunden werden.[847] Dabei ist von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit des betroffenen Grundrechts und der auch objektiv-rechtlichen Schutzpflicht auszugehen, geht es in beiden Fällen doch um den Ausgleich zweier Grundrechte. Bei der Beurteilung der Umsetzung staatlicher Schutzpflichten sind also „nicht weniger strenge Maßstäbe anzulegen als bei der Prüfung staatlicher Eingriffsgesetze",[848] die Bindung bei der Schutzpflicht ist also die gleiche wie bei Eingriffen. Kollidiert entsprechend eine auch objektiv-rechtliche Schutzpflicht mit einem Grundrecht Dritter, ist Art. 1 Abs. 1 GG der Vorrang vor der Ausübung des Abwehrrechts einzuräumen, da die Würde eines Grundrechtsträgers aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Verfassungsgebers jedem Abwehrrecht Dritter vorgeht. Wird das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährt, kann nichts anderes für die grundrechtliche Schutzpflicht gelten.[849]

---

[847] BVerfGE 39, 1, 42ff.
[848] BVerfGE 53, 30, 58.
[849] so auch Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 4, 70; Schilling, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde, KritV 1999, 452ff., 465f.

2. nur objektiv-rechtliche Schutzpflicht

Anders nun, wenn es sich um eine rein objektiv-rechtliche Schutzpflicht handelt. Von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit beider Schutzinteressen kann in diesem Zusammenhang nicht ausgegangen werden. Entsprechend ließen sich die vom Bundesverfassungsgericht oben genannten Feststellungen nur dann auf die nur objektiv-rechtlichen staatlichen Handlungspflichten übertragen, wenn der rein objektiv-rechtlichen staatlichen Schutzpflicht zumindest die gleiche Wertigkeit wie dem Freiheitsinteresse eines Grundrechtsträgers zukäme.

Ungeachtet dessen, dass der Verfassung keinerlei Anhaltspunkte für die Gewichtung von Freiheitsrechten und staatlichen Schutzpflichten zu entnehmen sind, folgt bereits aus der klassischen Grundrechtsdogmatik, dass dem objektiven Schutzinteresse grundsätzlich nicht die gleiche Bedeutung wie dem grundrechtlichen Freiheitsinteresse des Grundrechtsträgers zukommen kann. Im Mittelpunkt des grundrechtlichen Schutzes steht die freiheitssichernde Funktion der Grundrechte.[850] Grundrechte sind vor allem Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat,[851] die den Einzelnen vor nicht gerechtfertigten staatlichen Eingriffen in seine Freiheitssphäre schützen.[852] Staatliche Schutzpflichten verstanden als mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte[853] und damit verfassungsimmanente Schranken können grundsätzlich Grundrechte Dritter in ihrer Abwehrdimension beschränken. Doch angesichts der Vielzahl der zwischenzeitlich anerkannten staatlichen Schutzpflichten droht der grundrechtlichen Abwehrfunktion erhebliche Gefahr bei einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit staatlicher Schutzpflichten. Denn beruft sich der Staat auf ein staatliches Verfassungsgebot, steht die Gefahr im Raum, dass er dies allein deshalb tut, um in die Freiheitsrechte der Bürger

[850] BVerfGE 39, 1, 68, 73.
[851] BVerfGE 7, 198, 204; 61, 82, 101.
[852] BVerfGE 27, 1, 6.
[853] st. Rspr. seit BVerfGE 28, 243, 261.

eingreifen zu können, und dies umso mehr, je mehr Schutzpflichten man in die Verfassung hineinliest.[854] Zwar gelten im Hinblick auf die staatliche Schutzpflicht selbstverständlich auch die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Dennoch ist entscheidend, dass der normative Gehalt der objektiven Dimension der Grundrechte weit weniger greifbar ist als der der Abwehrdimensionen, da den staatlichen Schutzpflichten Handlungspflichten über bloße Zielbestimmungen hinaus nicht entnommen werden können.[855] Geht man davon aus, dass dem Staat bei der Erfüllung ein weiter Ermessensspielraum zusteht, lassen sich damit zahlreiche Schutzmaßnahmen denken, die in die Freiheitsrechte der Bürger eingreifen können. Entsprechend kann von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit oder gar einem prinzipiellen Vorrang der objektiven Wertentscheidungen gegenüber einem betroffenen Grundrecht nicht ausgegangen werden. Rein objektiven Wertentscheidungen als Ausfluss des Grundrechts in seiner abwehrrechtlichen Dimension kann damit grundsätzlich nur ein geringerer Schutz als dem Grundrecht als Abwehrrecht zukommen.[856]

Für die rein objektiv-rechtliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG hingegen kann das allerdings auch an dieser Stelle nicht gelten. Schließlich handelt es sich bei jener staatlichen Pflicht nicht lediglich um das objektive Substrat eines Grundrechts, sondern vielmehr um das tragende Verfassungsprinzip unserer Rechtsordnung überhaupt. Art. 79 Abs. 3 GG erklärt eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche „die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden", für unzulässig und sichert damit die „Grundelemente"[857] unserer Verfassung im Prinzipiellen. Einer Einschränkung kann das Verfassungsprinzip aus Art. 1 Abs. 1 GG in seinem Kerninhalt daher in keinem Fall zugänglich sein, auch nicht durch entgegenstehende Grundrechte. Würde die Schutzpflicht

[854] Classen, Die Ableitung von Schutzpflichten, JöR 36 (1987), 29ff., 42f.
[855] so auch Classen, Die Ableitung von Schutzpflichten, JöR 36 (1987), 29, 42.
[856] so Jarass bereits für die auch objektiv-rechtliche Schutzpflicht: Jarass, Die Grundrechte als Wertentscheidung, AöR 110 (1985), 363ff., 384.
[857] BVerfGE 95, 48, 62.

aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG wie alle rein objektiv-rechtlichen Schutzpflichten gegenüber einem jedem grundrechtlichen Abwehranspruch subsidiär sein, würde das fundamentalste Prinzip unserer Verfassung leerlaufen. Entsprechend muss die Befürchtung, die Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG mit ihrer absoluten Geltung könnte zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden, an dieser Stelle ohne jede Berechtigung sein. Die staatliche Pflicht zum Schutz der Menschenwürde muss umfassend sein und kann bei der Frage des Schutzumfangs nicht vom Vorliegen eines Grundrechtsträgers abhängig gemacht werden.

Steht entsprechend eine Verletzung der Würde des menschlichen Leichnams durch eine bestimmte Handlung fest, stellt sich eine für Dritte daraus ergebene Einschränkung ihrer freiheitlichen Grundrechte als zulässiger Eingriff dar.

VI. Die Regelungen der Bestattungsgesetze und ihre Vereinbarkeit mit der postmortalen Würdegarantie

A. weltliches Bestattungsrecht

Ob und inwieweit die entscheidenden Regelungen der bestehenden Bestattungsgesetze der durch die überwiegende öffentliche Meinung bestimmten Würde des menschlichen Leichnams (noch) gerecht werden oder vielmehr (bereits) eine Pflicht des Gesetzgebers zur Nachbesserung anzunehmen ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend festgestellt werden. Angesichts dessen, dass die erforderlichen empirischen Untersuchungen zu jenen Anschauungen in der Bevölkerung bisher nicht vorliegen, ist zumindest insoweit eine erste Untersuchungspflicht des Staates anzunehmen. Im Übrigen muss sich die folgende Untersuchung im Wesentlichen darauf beschränken, zu prüfen, inwieweit ein bestimmter Umgang mit dem Leichnam seiner Menschqualität gerecht wird und inwieweit einem bestimmten Umgang mit dem menschlichen Leichnam wichtige Rechtsgüter der Allgemeinheit wie die öffentliche Gesundheit entgegenstehen. Im Falle der Ausstellung „Körperwelten" soll eine nähere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung erfolgen. Eine unmittelbare Nachbesserungspflicht kann sich aus den folgenden Ausführungen nur in den Fällen ergeben, in denen die Menschqualität des Leichnams verkannt wird.

1. Sarg-, Bestattungs- und Friedhofszwang

Dass einer Aufhebung des Sargzwangs gesundheitliche Belange nicht entgegenstehen, wurde bereits aufgezeigt. Nicht anderes gilt für den Bestattungszwang. Richtig mag sein, dass es als allgemein unerträglich empfunden würde, wenn menschliche Leichen unbestattet der natürlichen

Verwesung überlassen würden,[858] insoweit kann das Ergebnis einer entsprechenden empirischen Untersuchung wohl vorweggenommen werden. Eine Aufhebung des Bestattungszwangs geht jedoch nicht zwingend mit einer solchen Verrohung einher. Zu denken wäre insoweit vor allem an eine Freigabe des Bestattungszwangs im Hinblick auf Einbalsamierungen, deren Verfahren, die mit einer Zuführung chemischer Stoffe verbunden sind, gesundheitliche Gefahren für die Lebenden ausschließen. Zu denken ist aber auch an die Aufbahrung Lenins, Maos oder zahlreicher Heiliger in den Kirchen. Praktiziert wird die Methode der Präparierung seit geraumer Zeit nicht mehr, lediglich die der Überbrückung längerer Transporte oder Aufbahrungen dienende Formalinbehandlung wird noch angewandt, etwa bei dem Leichnam des verstorbenen Papst Johannes Paul II.[859] Ob eine entsprechende Aufbahrung sittliche Belange der Allgemeinheit berührt, bleibt einer entsprechenden empirischen Untersuchung vorbehalten.

Bisher wenden sich vor allem die Friedhofsträger gegen eine Lockerung des Friedhofszwangs, offensichtlich befürchten sie einen erheblichen Rückgang der bisherigen Friedhofsgebühren, also den Wegfall der entscheidenden Finanzsäule des Friedhofswesens.[860] Und dies, obgleich keinerlei schützenswerte Belange der Allgemeinheit ersichtlich sind, die einer Aufhebung des Friedhofszwangs für Feuer- und Erdbestattungen entgegenstehen könnten. Hygienische Aspekte können den Friedhofszwang für Urnen in keinem Fall rechtfertigen. Angesichts der hohen Verbrennungstemperatur bei der Kremation, die alle Erreger und Keime abtötet, bestehen bei der späteren Beisetzung der Asche keinerlei gesundheitliche Risiken mehr für die Lebenden. Entsprechend ist es auch unerheblich, ob die Urne auf einer Friedhofsfläche oder einem Privatgrundstück beigesetzt wird. Aber auch für Erdbestattungen kann das

[858] Engelhardt, Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: Listl/Pirson, HdbStKiR II, S. 108.
[859] „Was bleibt“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.11.2007.
[860] Stellungnahme der Gartenverbände NRW an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des BestattG, Zuschrift 13/2171, Umfrage, S. 11.

Argument des hygienischen Erfordernisses nicht überzeugen. Grundsätzlich gehen auch von dem nichtverbrannten Leichnam keine besonderen gesundheitlichen Gefahren aus, andernfalls wären die bereits jetzt schon durch die Landesgesetze ausnahmsweise zugelassenen Privatbegräbnisse nicht zu rechtfertigen. Entsprechend wäre ein völlige Aufhebung des Friedhofszwangs auch für Erdbestattungen nach einer entsprechenden gesundheitlichen und bodennutzungsrechtlichen Genehmigung der zuständigen Behörde nicht zu beanstanden.

Ersichtlich ist auch nicht, inwieweit die Gefühlswelt der Bürger bei einer Bestattung der Asche oder des Leichnams eines Verstorbenen auf einem Privatgrundstück verletzt sein könnte. Zu berücksichtigen ist insoweit zunächst, dass die Bestattung der Toten, wie gesehen, über Jahrhunderte Privatangelegenheit war und erst auf kirchliche Anordnung zu einer öffentlichen Aufgabe wurde. Hinzu kommt, dass die Bestattung von Angehörigen von Adelsgeschlechtern regelmäßig auf den eigenen Privatgrundstücken erfolgt und niemand daran Anstoß nimmt. Auch der Einwand, die Ruhe der Toten könne nur auf einem Friedhof gewahrt werden, mag nicht zu überzeugen. Insoweit ist - sofern entgegenstehende Gefühle der Bevölkerung nicht ermittelt werden - allein das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen entscheidend. Hat sich der Verstorbene in Kenntnis aller Umstände ausdrücklich für eine Bestattung auf einem Privatgrundstück entschieden, kann ihm dies nicht verwehrt werden. Denn auch die Wahrung der Totenruhe ist Ausfluss der postmortalen Würdegarantie, mit der Folge, dass der Einzelne gleichfalls auf diese verzichten kann. Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Verfügungsbefugnis können entsprechend auch im Zeitpunkt der Verfügung nicht vorhersehbare Missbrauchsgefahren der Möglichkeit der Privatbestattung nicht entgegengehalten werden. Zunächst verwundert es, warum den Lebenden auf derart hartnäckige Weise stets unterstellt wird, sie seien auf nichts anderes bedacht, als den Toten nachträglich Schmach zuzufügen oder ihren Leichnam zu schänden. Woher diese Angst

in unserer heutigen zivilisierten Gesellschaft rühren mag, ist nicht erklärlich, Anhaltspunkte für entsprechende Tendenzen sind von hier aus jedenfalls nicht erkennbar. Zudem sind aus den Niederlanden, wo das private Urnenbegräbnis bereits seit längerem zugelassen ist und nur in ca. 1% der Fälle davon Gebrauch gemacht wird, Missbrauchsfälle nicht bekannt.[861] Eine Urne oder ein Sarg kann mindestens ebenso würdig im Einflussbereich Privater wie der öffentlichen Hand aufbewahrt werden. Grundsätzlich kann die Totenruhe auf einem Privatgrundstück sogar besser gewahrt werden, als auf jedem Friedhof. Denn während dort die Grabstelle nach Ablauf der Ruhezeit eingeebnet wird, kann ein Grab auf einem Privatgrundstück zeitlich unbegrenzt erhalten bleiben. Zwar mag durchaus die abstrakte Gefahr bestehen, dass Gräber auf Privatgrundstücken geschändet werden. Doch besteht diese Gefahr gleichermaßen auf dem Friedhof, ein Grabschänder lässt nicht durch die Friedhofsmauern von seinem Vorhaben abbringen. Dass Grabstätten auf privaten Grundstücken allerdings ebenso selten Schändungsobjekte wie jene auf öffentlichen Friedhöfen werden, belegen die zahlreichen geachteten Gräber in Schlossgärten. Aber auch andere abstrakte Gefahren für die Grabruhe, die beispielsweise durch einen nicht vorhersehbaren frühzeitigen Verkauf des Grundstücks, zum Beispiel im Wege der Zwangsvollstreckung, gestört werden könnte, können der Freigabe des Friedhofszwangs nicht entgegengehalten werden. Jeder, der sich für ein Privatbegräbnis entscheidet, ist sich einer möglichen Störung der Totenruhe bewusst. Entscheidend ist aber, dass der Einzelne auch die Befugnis hat, über seine Würde zu verfügen. Entsprechend ist auch die Eingehung einer (abstrakten) Gefahr für die Ruhe seines Leichnams von der Verfügungsbefugnis über die eigene postmortale Würde gedeckt.[862]

---

[861] Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur.

[862] a.A. Stellungnahme der Gartenverbände NRW an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2171, S. 6; Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Haus und Grund an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2728, S. 1; Stellungnahme der Evangelischen Kirchengemeinde Ohligs an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/1960, S. 2; Synodalerklärung der Evangelischen Kirche von Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2415, S. 2; gemeinsame Stellungnahme des katholischen und evangelischen Büros Nordrhein-Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2707, S. 2; Stellungnahme Diözesangemeinschaft

Der Friedhofzwang für Urnen wird von der überwiegenden Auffassung zudem mit den besonderen Erfordernissen der Strafrechtspflege gerechtfertigt. Unnatürliche Todesursachen sollen nicht durch Art und Ort der Bestattung verschleiert werden können.[863] Dieser Aspekt ließe sich auf den ersten Blick auch einer Aufhebung des Friedhofszwangs für Erdbestattungen entgegenhalten. Überzeugen kann dieses Argument jedoch weder im Hinblick auf die Feuer- noch auf die Erdbestattung. Im Hinblick auf die Feuerbestattung dürfte entscheidend sein, dass bereits mit der Einäscherung des Leichnams ein irreparabler Zustand geschaffen wird, der eine Nachprüfung der Todesursache - mit Ausnahme des Nachweises einiger Gifte - ohnehin nicht mehr ermöglicht. Angesichts dessen könnten Beweismittel nur durch eine gänzliche Untersagung der Feuerbestattung an sich, nicht aber die Einschränkung des Bestattungsortes der Asche wirksam gesichert werden. Dies wird inkonsequenterweise jedoch nicht einmal von den Verteidigern des Friedhofszwangs gefordert. Im Übrigen - und das ist wohl das entscheidendende Argument - sehen die Bestattungsgesetze die Möglichkeit der Seebestattung vor.[864] Hierbei wird die Asche des Verstorbenen auf hoher See versenkt. Aufgrund der Strömungen und anderer natürlicher Einflüsse des Wassers sowie seiner Bewohner ist schon kurze Zeit nach der Beisetzung das Auffinden der Urne kaum noch möglich,[865] zumal in einigen Bundesländern vorgesehen ist, dass die Urne aus schellauflösbarem Material beschaffen sein muss,[866] entsprechend ein Auffinden der Asche zwecks nachträglicher Untersuchungen ohnehin unmöglich ist. Angesichts dessen wäre das Argument der Beweissicherung zugunsten des gesetzlichen Friedhofszwangs für Urnen nicht zu

---

Aachen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2411; Stellungnahme des evangelischen Büros Nordrhein-Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2114, S. 3f.; OVG NRW NVwZ 1986, 401.

863 VGH Kassel MDR 1967, 72f.

864 vgl. nur § 15 Abs. 7 BestattG NRW.

865 Spanger, Plädoyer für die Aufhebung des Friedhofszwangs bei Feuerbestattungen, VR 2000, 158ff., 159; Heydt, Anmerkungen zur Entscheidung des Hess. StGH vom 03.07.1968, DVBl. 1969, 38ff., 39.

866 vgl. nur § 24 Abs. 1 S. 2 BestattG Bln.

rechtfertigen. Das Argument der Strafrechtspflege ließe sich auch nicht einem privaten Erdbegräbnis des Leichnams entgegenhalten. Insoweit wird dem Erfordernis des Ausschlusses unnatürlichen Todesursache ausreichend durch die Regelungen in den Bestattungsgesetzen Rechnung getragen, wonach eine Bestattung des Leichnams erst dann erfolgen kann, wenn keine Anhaltspunkte für einen unnatürlichen Tod vorliegen und dies ärztlich bestätigt ist.[867] Ergänzend sollte bei einer Lockerung des Friedhofszwangs für Erdbestattungen in die Bestattungsgesetze die Pflicht aufgenommen werden, bei einem Privatbegräbnis der zuständigen Behörde den genauen Bestattungsort bekannt zu geben. Gern wird gegen die Lockerung des Friedhofszwangs auch angeführt, Angehörigen würde bei einem privaten Bestattungsplatz u.U. mangels Zugangs die Möglichkeit der Trauerbewältigung abgeschnitten, zumal es sich beim Tod um ein öffentliches Ereignis handle.[868] Überzeugen kann dies nicht. Entscheidend ist allein die Verfügungsbefugnis des Einzelnen. Das aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG resultierende Interesse Dritter an einer Trauerbewältigung muss dahinter zurücktreten.

Ohne die Einholung empirischer Untersuchungen abzuwarten, wird gegen die Streichung des Friedhofszwangs pauschal und voreilig - und im Regelfall auch unter Berufung auf die oben genannte 20 Jahre alte, empirisch nicht bestätigte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - das Pietätsempfinden der Allgemeinheit angeführt.[869] Mangels Vorliegens einer entsprechenden Untersuchung ist dieses Argument nicht zu berücksichtigen. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang nur auf eine Umfrage des Allensbach-Instituts, die ergeben hat, dass 20% der

[867] § 8 Abs. 1Nr. 2 BestattVO Bayern, § 15 Abs. 1 BestattG NRW; so schon Hess. StGH, DVBl. 1969, S. 34ff., 39.

[868] Stellungnahme der Evangelischen Kirchengemeinde Ohligs an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/1960, S. 2; Synodalerklärung der Evangelischen Kirche von Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2415, S. 1.

[869] so auch Stellungnahme der Gartenverbände NRW an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2171, S. 6; Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Haus und Grund an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2728, S. 2 sowie unter Berufung auf eine Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs i.S.d. §§ 535ff. BGB bei der Aufbewahrung der Asche von Verstorbenen in einem Mietobjekt, was aber wohl angesichts des Vorrangs der postmortalen Würdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 GG unbeachtlich ist.

Deutschen ihre Gräber auf dem eigenen Grundstück anlegen und weitere 20% die Asche der Verstorbenen mit nach Hause nehmen wollen.[870] Entsprechend ist zu vermuten, dass eine empirische Untersuchung keinerlei entgegenstehende sittliche Belange der Mehrheit der Bevölkerung feststellen würde. Trotz dieser Umfrageergebnisse ist sicherlich zu erwarten, dass die Mehrheit der Bevölkerung sich nicht für eine völlige Streichung der Friedhofspflicht aussprechen wird. Bestattungen an Stränden, wo das Sandtreiben regelmäßig Leichen freilegen würde oder aber auf ausgewiesenen Baugebieten, wo Baggerarbeiten gleichfalls regelmäßig auf Leichen stoßen würden, werden wohl nicht dem Empfinden der Bevölkerung entsprechen.

Auch die abschließende Festlegung der Bestattungsarten auf die hergebrachte Erd- und Feuerbestattung ist nicht gerechtfertigt, vor allem ist sie, anders als der einfache Gesetzgeber meint, nicht durch die abendländische Bestattungskultur gerechtfertigt. Entsprechend ist in die Bestattungsgesetze eine Öffnungsklausel aufzunehmen, um so neuen Bestattungsmöglichkeiten und -formen Rechnung tragen zu können, etwa der Diamantpressung. Entsprechend wäre es Aufgabe des Staates, im Einzelfall zu prüfen, inwieweit der jeweilig gewünschten Bestattungsart sittliche oder besondere Interessen der Allgemeinheit - denkbar ist insoweit einzig die Volksgesundheit - entgegenstehen.

Da es also weder einen sachlichen Grund für die Anordnung der Friedhofspflicht noch des Bestattungs- und Sargzwangs oder einer Festlegung der Bestattungsarten gibt, ist eine entsprechende Anpassung der Bestattungsgesetze vorzunehmen, sofern die Ergebnisse entsprechender einzuholenden empirischen Untersuchungen dem nicht entgegenstehen. Sollte dies trotz nicht entgegenstehender Anschauungen der Bevölkerung nicht geschehen, läge in der Beibehaltung der hergebrachten Bestattungskultur nicht nur ein Verstoß gegen die

[870] Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur.

postmorale Würdegarantie, sondern auch ein Fortlebenlassen des alten Kirchenrechts in staatlichen Normen mit der Folge eines Verstoßes des Staates gegen die ihm obliegende Pflicht zur weltanschaulichen[871] und kulturellen Neutralität.

Die Bestattungsgesetze sind im Hinblick auf die postmortale Würdegarantie nach dem oben gesagten verfassungswidrig, soweit sie bei der Bestimmung der Art der durchzuführenden Bestattung statt einer grundsätzlich strikten Bindung an die gewählte Art der Bestattung lediglich eine Soll-Vorschrift vorsehen. Denn nach dem oben Gesagten steht fest, dass die Umsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen der zentrale Aspekt der postmortalen Würdegarantie ist, dem allein sittliche Belange der Allgemeinheit oder Aspekte der öffentlichen Gesundheit entgegengehalten werden können, und die im Rahmen der Erd- und Feuerbestattung ganz unstreitig nicht tangiert sind. Der Einwand religiöser Friedhofsträger, durch eine zwingende Bindung an die Bestattungsverfügung des Verstorbenen auch zu Bestattungen entgegen ihren eigenen religiösen Vorstellungen gezwungen zu werden, ist insoweit ohne jede Bedeutung. Denn insoweit ist nach dem oben Gesagten entscheidend, dass den Kirchen aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts in innerkirchlichen Angelegenheiten die Befugnis zukommt, den Kreis der zur Bestattung Zuzulassenden selbst bestimmen zu können. Hinzu kommt, dass auf der Grundlage des geltenden Rechts der Träger eines konfessionellen Friedhofs - anders als ein solcher eines öffentlichen Friedhofs - auch vom Staat nicht gezwungen werden kann, Andersgläubige aufzunehmen. Sowohl im Westfälischen Frieden von 1648, der die Konfessionalität des kirchlichen Friedhofs als Ausdruck der Toleranz und kirchlichen Gemeinsamkeit erstmals aufhob, als auch im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (§ 189 II 11 ALR) war die Verpflichtung der Kirchen zur Aufnahme Andersgläubiger vorgesehen.

[871] so schon für die Urnenbestattung: Hess. StGH, DVBl. 1969, 34ff., 39, allerdings ohne auf das Erfordernis einer entsprechenden Untersuchung abzustellen, vielmehr unterstellt das Gericht, dass Anschauungen der Bevölkerung einer Aufhebung der Friedhofspflicht für Urnen nicht entgegenstehen.

In den heutigen Bestattungsvorschriften sind entsprechende Pflichten der Kirchen aufgrund einer Kompetenzverlagerung im Bereich des Friedhofs- und Bestattungsrechts nicht mehr vorgesehen. Der Staat konnte die Kirchen nur solange zur Aufnahme Andersgläubiger zwingen, wie allein die Kirchen zur Anlage der Friedhöfe verpflichtet waren. Nachdem das Friedhofswesen und damit die Anlage von Friedhöfen zur staatlichen Pflicht wurde, besteht für den Staat grundsätzlich keinerlei Interesse und angesichts des innerkirchlichen Selbstbestimmungsrechts des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV auch keine rechtliche Befugnis mehr, die Träger konfessioneller Friedhöfe in Anspruch zu nehmen. Eine Ausnahme ist auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel nur dann zu gestatten, wenn eine Benutzung des kommunalen Friedhofs in notstandsähnlichen Situationen nicht möglich ist und anders eine geordnete Beisetzung der Leichen nicht möglich wäre und entsprechend eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestünde.[872]

2. Sozialbegräbnis

Hat die Gemeinde die Bestattung durchzuführen, soll sie nach geltendem Recht bei der Wahl der Bestattungsart den (mutmaßlichen) Willen des Verstorbenen berücksichtigen. Der (mutmaßliche) Wille des Verstorbenen ist aufgrund dieser gesetzlichen Regelung nicht allein entscheidend; einer Berücksichtigung des Willens des Verstorbenen können aufgrund der Manifestation einer Soll-Bestimmung andere Gründen entgegengehalten werden. Dazu zählen aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers auch fiskalische Interessen, da, wie gesehen, aus Kostengründen darauf verzichtet wurde, die Erdbestattung als verpflichtend vorzusehen. Entsprechend ist in der Bestattungspraxis zu erwarten, dass die Gemeinden wegen des durch den Gesetzgeber quasi-

[872] so auch Jung, Staat und Kirche im kirchlichen Friedhofswesen, S. 97; wohl a.A. Barthel, BestattG SA, S. 35 zu § 1, der für religiöse Friedhofsträger erst aus § 1 BestattG SA ein subjektives Recht auf Tendenzschutz ableiten will.

legitimierten Kostenarguments regelmäßig eine Feuerbestattung durchführen werden oder, wenn sie sich für eine Erdbestattung entscheiden, diese lediglich in einem Leichensack vollziehen werden. Zumindest eine Ausstreuung der Asche gem. § 15 Abs. 6 S. 1 BestattG NRW dürfte ausscheiden, da dies eine Verfügung von Todes wegen, also eine ausdrückliche Einwilligung des Verstorbenen, voraussetzt. Allerdings wäre jedoch eine anonyme Bestattung des Leichnams bzw. der Aschereste möglich, da diese Form der Bestattung nicht an eine Einwilligung des Verstorbenen gebunden ist.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Mensch am Ende seines Lebens bilanziert wird: Sobald der Mensch mehr kostet als er leistet, kann er preisgünstig beseitigt werden. Dies ist jedoch mit der postmortalen Würdegarantie, zu deren Bestandteil bei Fehlen einer entgegengesetzten Verfügung auch die Wahrung der Identität und des Andenkens des Verstorbenen gehört, nicht zu vereinbaren. Liegt eine Verfügung des Verstorbenen vor, ist diese zu beachten, liegt eine solche nicht vor, wird allein die regional übliche Bestattungsart der postmortalen Würde gerecht. Je nach Region kann dies die Erd- oder Feuerbestattung sein.[873] Ohne eine entsprechende Verfügung ist auch eine anonyme Bestattung nicht möglich.

Problematisch ist zudem, inwieweit im Rahmen eines Sozialbegräbnisses auch die Grundsätze des sog. ehrlichen Begräbnisses zu beachten sind. Der Grundsatz des ehrlichen Begräbnisses entstammt der Volksgewohnheit und umfasste zumindest wohl in der Mitte des vorigen Jahrhunderts die Vorstellungen der Bevölkerung von einer gebührenden

[873] so auch Stellungnahme der Gartenverbände NRW an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2171, S. 5; Synodalerklärung der Evangelischen Kirche von Westfalen an Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2415, S. 2; gemeinsame Stellungnahme des katholischen und evangelischen Büros Nordrhein-Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2707, S. 2; Stellungnahme Evangelisches Büro Nordrhein-Westfalen an den Landtag NRW im Rahmen der Reform des Bestattungsgesetzes, Zuschrift 13/2114, S. 1f., 5; Barthel, BestattG SA, S. 106 zu § 14 Abs. 2 stellt entscheidend auf die Maßgaben der jeweiligen Friedhofssatzung ab (Verwendung von Grabsteinen, Grabplatten u.s.w.).

Ehrerweisung bei der Bestattung, wozu sowohl die Zuweisung einer würdigen Grabstelle, die Aufstellung eines Grabsteins, die Pflege und Ausschmückung der Grabstelle sowie der Nachruf am Grab zählen.[874] Zu der Frage, welche Vorstellungen sich die Bevölkerung heute von einem sog. ehrlichen Begräbnis macht, liegen keine Untersuchungen vor. Jedoch kann zumindest nach einem Besuch auf einem Friedhof davon ausgegangen werden, dass zumindest die Individualisierung der Grabstelle durch den Vor- und Nachnamen des Verstorbenen sowie die Erstbepflanzung der Grabstätte üblich sind,[875] so dass es auch im Rahmen eines Sozialbegräbnisses nicht mit der Entscheidung für die Erd- oder Feuerbestattung getan ist. Die Vorschriften der Bestattungsgesetze zum Sozialbegräbnis sehen entsprechendes nicht vor, so dass die weiteren Einzelheiten des Begräbnisses im Belieben des jeweiligen Friedhofsträgers (nach Maßgabe der die Kosten tragenden Gemeinde) stehen. Diesem erscheint es gerade angesichts der finanziellen Nöte der Kommunen entsprechend möglich, gesonderte Sozialbegräbnisfelder am Rande des Friedhofs anzulegen oder von der Verwendung von Grabsteinen oder -kreuzen abzusehen oder aber ungeachtet des mutmaßlichen Willens des Verstorbenen die kostengünstigste Art der Bestattung zu wählen. Da dies jedoch mit der postmortalen Würdegarantie nicht vereinbar ist, wäre eine entsprechende Änderung der Bestattungsgesetze vorzunehmen.

3. Anatomische Museen

Die Verwendung des Leichnams für die Anatomie ist angesichts des erheblichen Eingriffs in den Leichnam nur bei Vorliegen einer entsprechenden ausdrücklichen Einwilligung des Verstorbenen zulässig. Liegt eine Verfügung des Verstorbenen nicht vor, kann diese nicht durch eine Zustimmung der nächsten Angehörigen ersetzt werden. Hier ist zum

[874] Jung, Staat und Kirche im kirchlichen Friedhofswesen, S. 99.
[875] so auch VGH München, Urteil vom 27.03.1992, Az.: 6 S 1736/90; OVG Lüneburg, Urteil vom 10.03.1999, Az.: 4 L 2846/98.

Schutz des Leichnams vor ungewollten Eingriffen eine ausschließliche Bindung an den Willen des Verstorbenen zu fordern. Entsprechend kann auch bei verstorbenen Kindern die erforderliche Einwilligung des Verstorbenen nicht durch eine solche der Sorgeberechtigten ersetzt werden. Liegt eine wirksame Einwilligung - entscheidend ist die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen - nicht vor, was wohl der Regelfall sein wird, kommt eine Übergabe des kindlichen Leichnams an die Anatomie nicht in Betracht. Angesichts der Erheblichkeit des Eingriffs ist es geboten, die Zulässigkeitsvoraussetzungen in allen Bestattungsgesetzen explizit zu regeln.

4. Leichenversuche, Crashtests mit Leichen

Weder der Begriff noch die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Leichenversuchs sind gesetzlich geregelt.[876] Ein Rückgriff auf § 87 StPO ist nicht möglich, dieser regelt nur die gerichtliche Sektion. Ein Leichenversuch bezeichnet die Untersuchung der Reaktion des toten menschlichen Körpers auf extreme, mechanische Belastungen. Leichenversuche gibt es im Bereich der Grundlagen- sowie der angewandten Forschung. Mitte der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts wurden erste an der Wayne State University/Detroit mit Leichen durchgeführte Crashtests bekannt. Kurze Zeit später wurde auch in Deutschland mit der Durchführung von Unfallversuchen mit Toten begonnen.

Diese Art der Versuche sind nach Angaben der Wissenschaftler und der Herstellung der Autoindustrie zur Kalibrierung von Crashtest-Dummys und der Entwicklung von Rückhaltesystemen wie Airbags und Gurtstraffern sowie Schutzeinrichtungen wie Helmen oder Kindersitzen erforderlich. Mit

[876] Der 1974 von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe erarbeitete Entwurf eines § 168 d) StGB „Straflosigkeit ... der Leichenversuche“ wurden nicht aufgegriffen, abgedruckt in: Brugger/Kühn, Sektion der menschlichen Leiche, S. 130.

lebenden Personen können derartige Tests aufgrund des erheblichen Verletzungsrisikos nicht durchgeführt werden. Benötigt werden für diese Tests unversehrte Leichen aller Altersgruppen, vor allem aber auch Kinderleichen. Nach Angaben der Autoindustrie seien durch diese Tests erhebliche Sicherheitsforschritte in den Automobilen erreicht werden. Zudem könnten diese Versuche nicht vollständig durch Tierexperimente, Zellkulturen, Computersimulationen oder Modellsysteme ersetzt werden, da keine gleichwertigen Ergebnisse erlangt würden. In der Öffentlichkeit werden derartige Leichenversuche kaum diskutiert, einzelne Zeitungsmeldungen aus den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts lassen jedoch vermuten, dass sie ethisch umstritten sind.[877]

Nach dem oben Gesagten steht unzweifelhaft fest, dass ein derartiges industrielles Verwerten des Leichnams ohne das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung des Verstorbenen nicht zu rechtfertigen ist. Die Einwilligung eines Hinterbliebenen kann die Einwilligung des Verstorbenen angesichts der massiven Eingriffsqualität nicht ersetzen, so dass die Durchführung von Leichenversuchen in diesen Fällen unzulässig wäre.[878] Genügt die Einwilligung der Hinterbliebenen nicht, steht zudem fest, dass eine Einwilligung der Sorgeberechtigten nicht die des verstorbenen Minderjährigen ersetzen kann, mit der Folge, dass Versuche an Kinderleichen unzulässig sind, sofern nicht ausnahmsweise eine wirksame Einwilligung eines einsichtsfähigen Minderjährigen vorliegt. Aber auch bei Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung ist zu erwarten, dass in der Bevölkerung bei einer entsprechenden Umfrage ethische Bedenken geäußert würden. Ob diese von der Masse der Bevölkerung jedoch getragen werden, ist mangels Vorliegens einer entsprechenden Untersuchung offen. Ethische Bedenken der Mehrheit der Bevölkerung

[877] vgl. zu alledem „Unfallforschung - Rammbock in die Flanke“, Der Spiegel 48/1993; „Ethik im Crash-Test“, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.11.1993; „Baden-Württemberg: Crash-Tests mit Leichen gehen weiter“, NJW-Wochenspiegel, NJW 1994, Heft 46, S. XXXVI.

[878] a.A. Pluisch/Heifer, Die rechtliche Zulässigkeit von Leichenversuchen, NJW 1994, 2377ff., die die Einwilligung der Hinterbliebenen für ausreichend erachten und bei bereits sezierten Leichen eine Einwilligung für gänzlich entbehrlich halten, mit der Folge, dass mit sezierten Leichen Versuche unbeschränkt möglich seien.

sollen für die folgenden Überlegungen jedoch einmal unterstellt werden. Nach dem oben Gesagten steht fest, dass wissenschaftliche Interessen nur dann eine Missachtung der Verfügung des Verstorbenen im Hinblick auf den Umgang mit seinem Leichnam rechtfertigen können, wenn es sich um besonders herausragende, quasi um solche zum Schutz der Allgemeinheit handelt, namentlich das Interesse an der Aufklärung von Straftaten oder an der Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten (§§ 87 StPO, 32 Abs. 3 S. 2 BSeuchG).

Entsprechend stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Forschungsinteresse der Autoindustrie derart hochwertige wissenschaftliche Interessen sind, die hier mögliche ethische Bedenken gegenüber Leichenversuchen überlagern können, mit der Folge, dass diese der Zulässigkeit von Leichenversuchen nicht entgegenstehen können. Erforderlich wären insoweit zunächst Studien, die belegen, dass entsprechende alternative Experimente mit Tieren oder Computersimulationen keine ausreichenden Ergebnisse liefern, und die konkret darlegen, worin der Nutzen von weiteren Leichenversuchen trotz der erheblichen Anzahl der bereits durchgeführten Versuche liegt. Eine entsprechende Studie liegt bisher nicht vor. Stünden entsprechende herausragende wissenschaftliche Interessen fest und läge eine Einwilligung des Verstorbenen vor, könnten ethische Bedenken Leichenversuchen nicht mehr entgegengehalten werden. Klargestellt sei darüber hinaus aber noch einmal, dass Voraussetzungen und Grenzen von Leichenversuchen bisher nicht geregelt sind. Dies hat eine nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit zur Folge. Angesichts dessen und aufgrund der Intensität des Eingriffs in den menschlichen Körper ist, sofern entsprechende wissenschaftliche Interessen nachgewiesen wurden, eine gesetzliche Normierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Leichenversuchen dringend erforderlich.

5. Ausstellung „Körperwelten"/Plastination

Die eintrittspflichtige Ausstellung „Körperwelten" zeigt sog. menschliche Plastinate. Dabei handelt es sich um Körper (-teile) von toten Menschen, bei denen in einem speziellen Verfahren das Wasser der Gewebeflüssigkeit durch geeignete Reaktionskunststoffe ersetzt wird. Die Zellen und das Oberflächenrelief bleiben so in ihrer ursprünglichen Form dauerhaft erhalten und werden verfestigt, so dass Körper (-teile) in den verschiedensten, ästhetisierenden, dreidimensionalen Positionen (wie z.B. als Läufer, Schachspieler oder Reiter) konserviert dargestellt werden können.[879] Nach Angaben des Ausstellers Gunther von Hagens dient diese Art der Plastination der Aufklärung über die menschliche Anatomie.[880] Der Ausstellung angeschlossen ist ein Souvenir- sowie Snackshop.[881]

Es zog bereits Hunderttausende Besucher in die Ausstellung, deren „Reiz" tatsächlich wohl weniger in der anatomischen Aufklärung als der unmittelbaren Begegnung mit echten Leichen und deren Intimitäten gründet.[882] Bei jenen Verstorbenen, die ihren Körper zum Zwecke der Plastination zur Verfügung stellen, mag es der Wunsch nach postmortaler Existenz sein: die Besucher der Plastinate sehnen sich häufig nach einer neuen abwechslungsreichen, vergnügungsorientierten Erlebniskultur, was nur in der Oberflächlichkeit unserer Gesellschaft mit ihrem Verlangen nach kurzweiligen Erlebnisreizen gründen kann.

Von Hagens betritt mit seiner Ausstellung - bis auf das von ihm entwickelte technische Verfahren der Plastination - kein Neuland. Ungeachtet der Verwendung von Leichen für anatomische Präparate sind auch Anatomie und Kunst seit Beginn der Neuzeit auf das engste miteinander verbunden. Zu nennen sind insoweit zunächst die

---

879 näheres und Abbildungen dieser Präparate finden sich im Ausstellungskatalog, 13. Aufl. (2003) sowie auf der Internetseite der Ausstellung: www.koerperwelten.com.

880 www.koerperwelten.com.

881 www.koerperwelten.com.

882 so auch Eckart, Besser „von den Würmern zerfressen"?, Forum Wissenschaft 17 (2000), 57ff., 60.

anatomischen und zugleich belebten Zeichnungen Leonardo da Vincis und Andreas Vesals, dessen und Tulps öffentliche Sektionen oder die Wachskonservierung Felice Fontanas, der die Gefäße der Leichname mit Wachs füllte und anschließend die Korrosion der Muskelmasse fleischfressenden Maden überließ.[883] Aber auch der Reliquienkult der katholischen Kirche, bei dem u.a. Überreste von Heiligen und Seeligen, wie etwa deren Leib, Gliedmaßen, Herz oder Zunge verehrt werden,[884] ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

Ob die Ausstellung „Körperwelten" des Plastinators von Hagens mit der postmortalen Menschenwürde vereinbar ist, wird anders als die Verwendung von Leichen für anatomische Präparate in anatomischen Museen kontrovers diskutiert. Vor allem die beiden großen Kirchen lehnen das zur Schau stellen der Leichen in der Ausstellung wegen eines Verstoßes gegen die Würde des Menschen ab.[885] Andere wiederum können eine Herabwürdigung oder Schmähung des Leichnams angesichts der rein wissenschaftlichen und naturgetreuen, nicht verfremdenden Darstellung der Funktionsweise des Körpers nicht erkennen; Interesse und Neugier der Zuschauer sowie die Entgeltlichkeit der Ausstellung könnten daran nichts ändern.[886] Hinzu komme, dass die Anonymisierung des Plastinationsverfahrens keine Rückschlüsse auf die Identität des Leichnams zulasse, so dass eine Verletzung der Würdegarantie auch nicht unter diesem Aspekt angenommen werden könne.[887] Auch die Höhe des Eintrittspreises tangiere die Würdigkeit der Ausstellung nicht.[888]

---

[883] vgl. näher Eckart, Besser „von den Würmern zerfressen"?, Forum Wissenschaft 17 (2000), 57ff., 61.
[884] Maritz, Die Heiligen-, Bilder- und Reliquienverehrung, in: Listl (Hrsg.), HdbkathKR, S. 840ff., 841.
[885] vgl. nur www.ekir.de: Stellungnahme des Evangelischen Stadtkirchenverbands Köln, Stellungnahme des Erzbistums Köln.
[886] Bremer, Tote im Zelt, NVwZ 2001, 167ff., 169; Hufen, Verbot oder einschränkende Auflagen für die Ausstellung „Körperwelten", DöV 2004, 611ff., 615; Tag, Rechtliche Erwägungen zur Körperspende, Katalog zur Ausstellung „Körperwelten", S. 259ff.
[887] Bremer, Tote im Zelt, NVwZ 2001, 167ff., 169; Finger/Müller, „Körperwelten" im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073ff., 1076; Hufen, Verbot oder einschränkende Auflagen für die Ausstellung „Körperwelten", DöV 2004, 611ff., 615; Tag, Rechtliche Erwägungen zur Körperspende, in: Katalog zur Ausstellung „Körperwelten", S. 259ff.
[888] Willems, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Ausstellung Körperwelten, VR 2001, 306ff., 308.

Die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung beurteilt die Frage der Verletzung der Würde hingegen nicht pauschal, sondern im konkreten Einzelfall anhand des einzelnen Exponates. Ausgegangen wird dabei davon, dass dann, wenn das Plastinat und dessen öffentliche Präsentation erkennen lassen, „dass der wissenschaftliche Zweck, d.h. eine wissenschaftlich-didaktische Zielsetzung der Ausstellung im Vordergrund steht", eine Missachtung der Würde des Leichnams nicht angenommen werden könne. Die Ästhetisierung der Plastinate mindere den wissenschaftlichen Anspruch nicht und sei entsprechend nicht zu beanstanden, da sie dazu diene, das Tabu des anatomisch nicht vorgebildeten Betrachters zu überwinden und sein Interesse zu wecken. Eine Würdeverletzung sei vielmehr erst dann anzunehmen, wenn es bei dem konkreten Plastinat „nicht mehr um Wissensvermittlung, sondern um gestaltende Darstellung in einer willkürlich erscheinenden Formensprache gehe oder die Pose nach allgemeiner Vorstellung lächerlich, herabwürdigend oder anstößig erscheine [...] ein objektiver, sachlicher Aussagegehalt mit der Plastination nicht verbunden ist."[889]

Entsprechend wird eine Verletzung der Würde des Leichnams durch das Exponat „Prayer", ein kniendes Skelett mit zum Gebet erhobenen Händen, verneint, da diese Pose auf das historische Vorbild einer Publikation des britischen Chirurgen und Anatom William Cheselden in dem Buch „Osthographia, or the Anatomy of the Bones" (1733) zurückgehe und damit der Würdigung der Anatomiegeschichte diene. Anders wäre das Exponat dann zu beurteilen gewesen, wenn es in dieser Pose als Bittsteller für Körperspenden hätte fungieren sollen.[890] Auch die Präsentation einer schwangeren Frau mit Blick auf den Fötus sei mit der Würdegarantie zu vereinbaren, da der pädagogische Zweck des Präparats sei, die „Entwicklung des vorgeburtlichen Lebens in enger Verbundenheit zwischen der Schwangeren und dem heranwachsenden Kind zu vermitteln."[891] Die

[889] VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29.11.2005, Az.: 1 S 1161/04; VGH München NJW 2003, 1618ff.
[890] VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29.11.2005, Az.: 1 S 1161/04.
[891] VGH München NJW 2003, 1618ff., 1621.

Darstellung eines scheuenden Pferdes mit Reiter, der sein eigenes Gehirn in der Hand hält, verletze hingegen die Würde des menschlichen Leichnams ebenso wie die Darstellung zweier menschlicher Körper beim Geschlechtsakt, da „kein wirklich didaktisches Anliegen zu erkennen" sei. Der von Hagens behauptete Vergleich zwischen Pferd und Mensch erscheine „oberflächlich und vorgeschoben".[892] Gleichfalls unvereinbar mit der Würde des menschlichen Leichnams sei der Verkauf von Souvenirs und der Verzehr von Speisen und Getränken auf der Ausstellungsfläche.[893]

Unter Berufung auf die Wechselwirkung von Ausstellungsstücken und Ausstellungsrahmen lehnen hingegen andere Stimmen in Rechtsprechung und Literatur eine Differenzierung nach einzelnen Plastinaten bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Ausstellung „Körperwelten" mit der Würdegarantie ab. Einzelne Plastinate ließen sich nicht losgelöst von der Gesamtkonzeption der Ausstellung auf ihre didaktische Rechtfertigung hin überprüfen,[894] entsprechend könne auch ein an sich im Hinblick auf die Würdegarantie nicht zu beanstandes Plastinat im Ergebnis gegen Art. 1 GG verstoßen, wenn die Ausstellung in einem insgesamt unwürdigen Rahmen geschehe. Hinzu komme, dass eine differenzierende Betrachtung angesichts der stets erneut erforderlichen Inanspruchnahme des Justizapparates praktisch kaum durchführbar sei.[895] Davon ausgehend und unter Zugrundelegung der Objektformel verstoße die Ausstellung „Körperwelten" in ihrer Gesamtheit gegen die Würdegarantie, da der plastinierte Leichnam zu einer industriellen Ware verwertet werde, indem er allein dazu produziert werde, um in entgeltpflichtigen Ausstellungen mit angeschlossenem Snack- und Souvenirshop dem rechtsgeschäftlichen Kommerz zu dienen. Eine Einverständniserklärung des Körperspenders sei

[892] VGH München NJW 2003, 1618ff., 1620, allerdings bleibt dabei im Gegensatz zum Plastinat „Prayer" unberücksichtigt, dass auch der plastinierte Reiter historische Vorbilder hat, nämlich Rembrandts skelettierten Reiter und Honoré Fragonards „Reiter auf Pferd"; VG Augsburg, Beschluss vom 28.08.2009, Az.: Au 7 S 09.1265; VG Augsburg, Beschluss vom 04.09.2009, Az.: Au 7 S 09.1266.

[893] VGH München NJW 2003, 1618ff., 1621.

[894] VG München, Beschluss vom 18.02.2003, Az: M 10 S 03.545; Finger/Müller, „Körperwelten" im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073ff., 1076.

[895] Finger/Müller, „Körperwelten" im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073ff., 1076; Benda, Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, 1769ff.

angesichts der Unverfügbarkeit der menschlichen Würde unbeachtlich. Die Ausstellung historischer Mumien sei hingegen nicht zu beanstanden, da diese nicht allein zum Zwecke der Ausstellung produziert worden seien.[896]

So rügt Kunig die Unvereinbarkeit der Ausstellung „Körperwelten" mit Art. 1 GG unter Berufung darauf, dass das Schutzbedürfnis des Leichnams geringer werde, je länger der Zeitpunkt des Todes zurückliege, nicht hingegen die Ausstellung mumifizierter, mittelalterlicher sterblicher Überreste in Museen oder den Reliquienkult der katholischen Kirchen.[897] Benda begründet einen Verstoß gegen die Würde des menschlichen Leichnams unter Berufung auf die historisch gewachsenen Wertvorstellungen unseres Kulturkreises und die daraus resultierende Bestattungspflicht.[898] Andere Stimmen in der Literatur begründen die Unvereinbarkeit der Ausstellung „Körperwelten" mit der fremdbestimmten Gestaltung und damit Degradierung des menschlichen Leichnams zum (auch ästhetischen) Kunstobjekt. Die Posen der Plastinate entsprächen weder der dahinter stehenden Persönlichkeit,[899] noch genüge die Darstellung dem Anspruch einer wissenschaftlichen Lehre. Eine etwaige Einverständniserklärung des Spenders sei aufgrund dessen sowie aufgrund eines Verstoßes gegen den in den Bestattungsgesetzen vorgesehenen und dem sittlichen Empfinden der Lebenden entsprechenden Bestattungszwang (und entsprechend eines Verstoßes gegen die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG) unbeachtlich.[900]

Richtigerweise ist bei der Frage der Vereinbarkeit der Ausstellung „Körperwelten" mit der Würdegarantie zwischen der Plastination an sich

---

[896] Finger/Müller, „Körperwelten" im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073ff., 1077.

[897] Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 15; Willems, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Ausstellung Körperwelten, VR 2001, 306ff., 309.

[898] Benda, Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, 1769ff., 1771.

[899] so auch Willems, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Ausstellung Körperwelten, VR 2001, 306ff., 309.

[900] Thiele, Plastinierte „Körperwelten", NVwZ 2000, 405ff., 407.

und der sich daran anschließenden öffentlichen Ausstellung der Plastinate zu unterscheiden. Angesichts der Verfügungsbefugnis des Einzelnen über seinen Leichnam sind der Vorgang der (freiwilligen) Plastination und die spätere Ausstellung nicht zu beanstanden. Unerheblich ist, ob der Leichnam dadurch zu einem Kunstobjekt wird, insoweit erfasst das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auch die Entscheidung, mit seinem Tod ein Kunstobjekt zu werden.[901] Wurde der Körperspender also umfassend über die spätere (kunstvolle) Verarbeitung seines Körpers aufgeklärt und hat dem auch zugestimmt, kann dem nicht die Würde des menschlichen Leichnams entgegengehalten werden.[902] Dass die Plastinate Ergebnis der kreativen Selbstverwirklichung von Hagens sind, auch wenn sie möglicherweise der anatomischen Aufklärung der medizinischen Laien dienen, steht wohl außer Frage.[903] Unter Zugrundelegung des offenen Kunstbegriffs im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG, der „das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin sieht, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt",[904] sind Reiter, Schachspieler und Fechter ungeachtet ihres möglichen anatomischen Anspruchs gerade wegen ihrer verschiedenen, ästhetisch gestellten Positionen einer Vielzahl von Deutungen zugänglich. Auch wenn die Plastinate danach Kunstwerke sind, ist für die Frage der Würdeverletzung auch an dieser Stelle allein entscheidend, inwieweit sittliche Empfindungen der Allgemeinheit gegen eine Darstellung des Leichnams als Kunstobjekt erhoben werden. Eine entsprechende empirische Untersuchung liegt allerdings bisher nicht vor. Angemerkt sei bereits an dieser Stelle, dass eine Kritik einzelner unberücksichtigt bleibt; entscheidend ist insoweit, dass der Besuch der

[901] Überwiegend wird die Zulässigkeit der freiwilligen Verarbeitung des Leichnams zum Kunstobjekt aufgrund einer Verkennung des Selbstbestimmungsrechts verneint, vgl. nur Willems, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Ausstellung Körperwelten, VR 2001, 306ff., 308.

[902] so auch Benda, Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, 1769ff., 1770.

[903] Ob die Plastinate Kunstobjekte im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG sind, ist umstritten, pro: Thiele, Plastinierte „Körperwelten", NVwZ 2000, 405ff., 407; contra: Bremer, Tote im Zelt, NVwZ 2001, 167ff., 169.

[904] BVerfGE 67, 213, 226f.

Ausstellung freiwillig ist, niemand also gegen seinen Willen mit plastinierten Leichen konfrontiert wird.

Allerdings lässt der Besucheransturm auf die Ausstellung „Körperwelten" vermuten, dass das Anstandsdenken sowie das sittliche Empfinden des überwiegenden Teils der Bevölkerung durch die Mehrzahl der Plastinate nicht tangiert sind, sondern Neugier, Sensationslust und das Interesse an anatomischer Aufklärung sowie eine entsprechende Duldung der Verfügung der Körperspender überwiegen. Jedoch ist zu vermuten, dass eine Ausstellung von plastinierten Leichen auf öffentlichen Straße und Plätzen von der Öffentlichkeit anders beurteilt würde. Gerade angesichts der erheblichen Kritik an der Ausstellung „Körperwelten" ist nicht davon auszugehen, dass eine solche öffentliche Präsentation von Leichen - auch wenn sie ästhetisiert sind - dem Pietätempfinden der Allgemeinheit entspricht, zumal in diesem Fall auch eine unfreiwillige Konfrontation mit dem Leichnam möglich ist.[905] Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass auch menschliche Präparate, die in Museen auf eine lange Tradition zurückblicken, ethisch nicht beanstandet werden. Ein ethischer Unterschied zwischen der Präsentation von anatomischen Präparaten und Plastinaten ist nicht zu erkennen. In der Ästhetisierung und dauerhaften Konservierung der Plastinate kann dieser jedenfalls nicht liegen, denn es wäre insoweit nicht zu erklären, warum ästhetisch nicht ansprechende Präparate, die getränkt in Formalin und eingesperrt in Gläsern präsentiert werden, weniger ethische Bedenken hervorrufen sollen als mit moderner Technik aufgearbeitete Leichen. Denn in beiden Fällen geht es schließlich um die öffentliche Vorführung von Leichen.

Gerade die Kritik der katholischen Kirche ist angesichts ihrer öffentlichen Verehrung von Reliquien auf ihre Berechtigung zu prüfen. So finden sich noch heute in Rom im Museo dei Padri Cappuccini in der Kirche Santa Maria della Concezione aus den Knochen von ca. 4.000 vorwiegend zur

[905] im Ergebnis so auch Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02.06.2005, Az.: III-28/05-3 Ss 20/05 Owi, III-28/05, S Ss 20/05 Owi.

Zeit des Barock verstorbenen Ordensbrüdern hergestellte Kunstwerke wie Kandelaber oder Wand- und Deckenschmuck. In dem Krakauer Kamaldulenserkloster sind die halb verwesten Leichname der verstorbenen Mönche dieses Benediktinerordens ausgestellt. Die katholische Kirche selbst weist einen Vergleich zwischen der Ausstellung „Körperwelten" und ihrer Reliquienverehrung als unberechtigt zurück. Während die Ausstellung „Körperwelten" ihr Dasein allein dem Voyeurismus der Öffentlichkeit verdanke, bildeten die Überreste von Heiligen einen Ort der gläubigen Verehrung. Einen Unterschied im Hinblick auf die Frage einer Verletzung der Empfindungen der Lebenden kann dies grundsätzlich nicht machen; entscheidend ist, dass die eine wie die andere öffentliche Ausstellung von Leichen aus verschiedenen Gründen eine Billigung in der Öffentlichkeit findet.

Überzeugen kann gleichfalls nicht der Einwand, der Schutz des Leichnams nehme mit der seit dem Eintritt des Todes vergangenen Zeit ab. Nach dem oben Gesagten ist der Leichnam so lange Mensch und damit Schutzobjekt der Würdegarantie, wie der körperliche Zusammenhang nicht völlig aufgelöst ist und Körperteile noch vorhanden sind. Entsprechend sind sowohl Knochen-Dekorationen als auch halbverweste Mönchskörper noch Mensch.

6. Entgeltliches Überlassen von Plastinaten

Problematischer im Hinblick auf die Würdegarantie erscheint die Tatsache, dass es mittlerweile für jedermann möglich ist, plastinierte Körperscheiben entgeltlich zu erwerben.[906] Insoweit ließe sich argumentieren, dass das Erzielen eines erheblichen betriebswirtschaftlichen Gewinns ein Indiz für eine Verletzung der Würdegarantie sein könnte. Liegt eine Einwilligung des Verstorbenen - bei einer umfassenden Aufklärung auch über mögliche

[906] www.heute.de, Meldung vom 16.11.2006: Preis für eine horizontale Körperscheibe ca. 7.000,- Euro.

Missbrauchsgefahren - in eine entgeltliche Weitergabe seines Plastinats vor, scheidet eine Behandlung des Leichnams als Objekt aus. In diesem Fall stellt sich erneut nur die Frage, inwieweit eine entgeltliche Weitergabe von Leichenteilen den moralischen und ethischen Vorstellungen der Gemeinschaft entspricht. Da es auch hier an einer entsprechenden empirischen Untersuchung fehlt, ist zunächst davon auszugehen, dass der heutigen Rechts- und Gesellschaftsordnung ein Handeln mit Körpersubstanzen nicht unbekannt ist. So veräußern Blutspendezentralen abgenommenes Blut an Krankenhäuser.[907] Die entgeltliche Abgabe weiterer Körpersubstanzen im Sinne eines Handeltreibens zum Zwecke der Heilbehandlung wurde durch das Transplantationsgesetz beschränkt. Zulässig ist weiterhin eine Verarbeitung von Blut, Blutserum, Blutplasma, Knochen, Haut oder Drüsen zu Arzneimitteln.[908] Insoweit geht es allerdings stets nur um die Weitergabe und Verarbeitung von Körpersubstanzen an medizinische Einrichtungen zum Zwecke der Heilbehandlung, die von der Allgemeinheit im Interesse des Allgemeinwohls hingenommen wird. Anders ist dies bei der Weitergabe von plastinierten Körperscheiben an Private, die keinen anderen Zweck verfolgen, als die Sensationsgier Interessierter zu befriedigen. Daher kann vermutet werden, dass eine entsprechende Veräußerung von Leichenteilen gerade auch wegen erheblicher Missbrauchsgefahren auf ethische Bedenken in der Bevölkerung stößt.

7. Umgang mit Mumien

Ausgehend davon, dass die Ausstellung eines Leichnams mit der postmortalen Würdegarantie bereits dann vereinbar ist, wenn eine entsprechende Einwilligung des Verstorbenen vorliegt (und sittliche Belange der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen), stellt sich die berechtigte Frage, wie beispielsweise mit altägyptischen Mumien in

[907] Schröder/Taupitz, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes?, S. 10ff.
[908] Pelchen, Arzneimittelgesetz, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I, § 3 Rn. 4.

Museen, die möglicherweise gar DNA-Untersuchungen unterzogen werden, im Hinblick auf die Würdegarantie zu verfahren ist. Die Antwort liegt nach dem oben Gesagten auf der Hand: Auch die Mumie ist weiterhin Mensch. Entsprechend ist sie Träger von postmortaler Würde. Liegt eine Einwilligung nicht vor, kann der Leichnam nicht öffentlich ausgestellt werden. Allein das wissenschaftliche Interesse oder der Wunsch, die Besucherzahlen zu steigern, kann eine Ausstellung von Mumien entgegen der herrschenden Meinung, die gerade davon ausgeht, dass eine Mumie aufgrund der hier stets überwiegenden Wissenschaftsfreiheit nicht als Leiche im Sinne der Bestattungsgesetze zu qualifizieren ist, nicht rechtfertigen.[909]

Da im Falle einer ägyptischen Mumie davon auszugehen ist, dass eine entsprechende Einwilligung nicht vorliegt, müssten konsequenterweise alle Mumien nebst Grabbeilagen, die der Tote nach religiösen Vorstellungen im Jenseits benötigt, an ihren Fundort zurückgebracht und dort bestattet werden. Die jahrhundertelange Museumstradition kann daran gleichfalls nichts ändern.

Fraglich ist, ob dennoch zwischen einer ästhetisch eingewickelten Mumie, deren kunstvolle Bandagierungen und Masken eigentliches Ausstellungsobjekt sind und zwischen der Ausstellung eines ausgewickelten, verdorrten Leichnams zu differenzieren ist. Ein sachlicher Grund für eine solche Differenzierung ist nicht zu erkennen. Der verstorbene Ägypter, der nunmehr Mumie ist, hat verfügt, geschützt in einer Pyramide, als Residenz für die Ewigkeit, begleitet durch Beigaben den Übergang ins Jenseits abzuwarten und zu vollführen. Durch seine nunmehr erfolgte öffentliche Ausstellung wurde diese Verfügung missachtet; kein Ausstellungsleiter wird wohl sagen können, ob der Übergang ins Jenseits bereits abgeschlossen ist.

[909] vgl. nur Barthel, BestattG SA, S. 40 zu § 1.

Entsprechend verletzt die Abnahme der Totenmaske des Tutanchamun, des berühmtesten Pharao des Altertums, erst recht dessen postmortale Würde. Der Leichnam des Pharaos, der über 3000 Jahre lang durch drei mumiengestaltige Särge als lebensechte Abbilder Tutanchamuns sowie kostbare Tücher umschlossen war, wurde nunmehr mit der Begründung, die Museumsbesucher hätten ein Recht, dem Herrscher „ins Gesicht zu schauen" aus dem kunstvoll gestalteten Sarkophag herausgenommen und bar aller Mumienbänder in einer Glasvitrine in der Sargkammer seines Grabes im Tal der Könige ausgestellt. Zu sehen ist das bisher verborgene Gesicht des Pharaos: Die verätzte, gerissene und durch Salböle geschwärzte, pergamentdünne, ledrige Haut, die durch die Mumienbänder gebrochene Nase, die durch das zugeführte Natron ausgedörrten und zurückgezogenen Lippen.[910]

Auch wenn der Leichnam in diesem Fall in seiner Grabkammer belassen würde, ist die Abnahme der Totenmasken mit der postmortalen Würde des Pharaonenleichnam nicht zu vereinbaren. Entsprechend dem altägyptischen Ritus sollte der Leichnam des Pharaos verhüllt und geschützt werden. Eine Enthüllung seines Leichnams hat er offensichtlich gerade nicht verfügt.

Entsprechendes gilt für Moorleichen, auch sie haben ihre öffentliche Ausstellung nicht verfügt.

8. Nur beschränkte Ruhezeiten - ewige Grabruhe

Als problematisch erweist sich in einzelnen Religionen, wie dem Judentum und dem Islam, die dort gebotene ewige Totenruhe im Hinblick auf die nach geltendem Bestattungsrecht nur zeitlich beschränkte Ruhezeit. Zumindest unter Muslimen sind bereits heute Tendenzen erkennbar, nach

[910] „Darf diese Maske abgenommen werden?" und „Ehe sein Gesicht zu Pulver zerfällt", Frankfurter Allgemeine Zeitung, 06.11.2007.

denen das Grab bei dringendem Bedarf ausnahmsweise dann wiederbelegt werden kann, wenn keine menschlichen Überreste mehr im Grab vorhanden sind oder wenn eventuell noch vorhandene Gebeine im bisherigen Grab tiefer gelegt und ausreichend bedeckt werden können.[911]

Inwieweit die Beschränkung der Ruhezeit mit Art 1 Abs. 1 GG oder Art. 4 GG zu vereinbaren ist, wurde verfassungsrechtlich bisher nicht entschieden. Das Schweizer Bundesgericht hingegen hat bereits geurteilt, dass sich ein Anspruch auf ewige Grabruhe weder aus dem aus. Art. 53 SchweizBV folgenden Anspruch auf ein schickliches Begräbnis noch aus der verfassungsrechtlich geschützten Religions- und Kultusfreiheit ergebe.[912]

Ein Verstoß gegen die postmortale Würdegarantie liegt nach oben Gesagtem nicht vor. Die Befugnis des Einzelnen wird durch schutzwürdige Belange der Allgemeinheit beschränkt. Dazu zählen auch die lediglich beschränkt zur Verfügung stehenden räumlichen Kapazitäten. Für Art. 4 Abs. 1 GG kann entsprechend nichts anderes gelten. Dies gilt umso mehr, als der Islam durch Zulassung als Körperschaft des öffentlichen Rechts gem. §§ 140 GG iVm Art. 137 Abs. 5 WRV die Möglichkeit hätte, konfessionelle Friedhöfe mit entsprechender ewiger Grabruhe zu errichten.

9. Fehlgeburt/Totgeburt/ Leibesfrucht aus Schwangerschaftsabbruch

Fraglich ist, wie der oben beschriebene Umgang mit Tot- und Fehlgeborenen sowie Leibesfrüchten aus Schwangerschaftsabbrüchen im Hinblick auf die Würdegarantie zu beurteilen ist. Entscheidend ist zunächst, ob und inwieweit Tot- und Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen Würdeträger im Sinne von Art. 1 Abs. 1

[911] Zentralrat der Muslime, www.islam.de.
[912] SchweizBG EuGRZ 1999, 607ff.

GG sein können. Zwar will ein Teil der Literatur die Menschenwürde nur geborenen, voll entwickelten Menschen zuerkennen,[913] jedoch kann diesem Ansatz anknüpfend an die obigen Ausführungen nicht gefolgt werden. Die Erfahrungen des Nationalsozialismus verbieten, eine Unterscheidung zwischen geborenem und ungeborenem, zwischen wertem und unwertem Leben vorzunehmen. Entscheidend ist insoweit allein, dass - wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend festgestellt hat - eine Zäsur in der Entwicklung des Menschen nicht festzustellen und damit auch eine solche in der Gewährung des Grundrechtsschutzes nicht begründbar ist. Die Grundrechtsträgerschaft des Menschen beginnt damit mit dem Eindringen der Samenzelle in die Eizelle[914] bzw. spätestens mit der Nidation,[915] denn soweit menschliches Leben existiert, kommt ihm auch Menschenwürde zu.[916]

Da Menschsein nach dem hier vertretenen Ansatz mit Eintritt des Todes nicht endet, sind konsequenterweise auch Tot- und Fehlgeborene sowie Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen weiterhin Inhaber von Menschenwürde.[917] Der personenstandsrechtlichen Gewichtsgrenze kann insoweit keinerlei Bedeutung zukommen,[918] da diese Differenzierung im Hinblick auf die Würdegarantie im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen ist. Da demnach sowohl Tot- und Fehlgeborene als auch Leibesfrüchte aus Schwangerschaftsabbrüchen Würdeträger sind, sie mangels der Möglichkeit der Selbstbestimmung aber nicht selbst über ihren Leichnam verfügen können, entspricht nach dem oben Gesagten ein solcher Umgang mit ihren Leichnamen der postmortalen Würdegarantie, der der sozialüblichen angemessenen Totenehrung entspricht. Sozialüblich ist derzeit jedenfalls die Einzelerd- oder Einzelfeuerbestattung.

---

913 Hamann-Lenz, GG, Art. 1 Anm. B 2; Hoerster, Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172ff., 173.
914 Stern, Staatsrecht III/1, S. 1057; Spann, Justitia und die Ärzte, S. 14.
915 BVerfGE 39, 1, 37; 88, 203, 252; Leisner, Das Recht auf Leben, 1976, S. 22.
916 BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.
917 Die ganz überwiegende Meinung kommt gleichfalls zu diesem Ergebnis, allerdings unter Annahme einer über den Tod hinaus fortwirkenden Würde des einmal gewesenen Menschen.
918 Spanger, Die ungenehmigte Verfügung der Krankenhäuser über Fehlgeborene, MedR 1999, 210ff., 211.

Dass eine Beseitigung der Feten mit dem Krankenhausmüll gegen deren Würde verstößt, ist angesichts der darin zum Ausdruck kommenden vollkommenen Negierung jeglicher Totenehrung offensichtlich und nicht zu rechtfertigen. Schließlich würde auch niemand auf die Idee kommen, einen nach der Geburt versterbenden Menschen mit dem Krankenhausmüll zu entsorgen. Selbiges gilt für die gesetzlich angeordnete Sammelkremation und -bestattung. Eine Sammelverbrennung der Feten mit anschließender Sammelbestattung entspricht ihrer Würdegarantie nicht, denn ein qualitativer Unterschied zur Entsorgung mit dem Krankenhausmüll ist kaum zu erkennen. Schließlich werden bei einer von den Bestattungsgesetzen geforderten Sammelkremation zwischen 100 und 200 Feten zusammen verbrannt und eingestreut oder beigesetzt. Niemand würde wohl eine entsprechende Sammelverbrennung von 100 bis 200 kindlichen oder erwachsenen Leichnamen als mit den Grundsätzen der Würde, der Pietät oder des Anstands für vereinbar erklären. Dies gilt umso mehr, als auch der Gesetzgeber und die Landesregierungen die Anordnung der Sammelverbrennung nicht anhand der Vereinbarkeit mit der Würdegarantie, sondern mit dem Kostenargument begründen, da die Kosten der Beseitigung durch den Träger der jeweiligen Einrichtung zu tragen sind: „Um die Kosten so gering wie möglich zu halten, sollen die Fehlgeborenen in den pathologischen Institutionen/Krankenhäusern gesammelt und auf einfachste Art entweder anonym in einem Krematorium eingeäschert und [...] eingestreut [...] oder beigesetzt werden.“[919]

Das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 1 GG oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter steht dem nicht entgegen. Selbst wenn man meint, dass der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG auch das Recht der Eltern umfasst, einer Bestattung der Fehlgeburt zu widersprechen,

[919] Rundschreiben 2/2001 des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales, Gesundheit, Jugend und Familie, Verfahren bei der Bestattung von Fehlgeburten und abgetriebenen Leibesfrüchten.

oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter auch die Entscheidung über das Schicksal der toten Leibesfrucht umfasst, steht dem das Recht der Fehlgeburt auf Wahrung seiner Würde aus Art. 1 Abs. 1 GG mit der entsprechenden staatlichen Schutzpflicht gegenüber, dem stets der Vorrang gegenüber anderen Grundrechten einzuräumen ist.

Aber auch die bisherige Handhabung der Verwendung der Feten zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken erscheint im Hinblick auf die Würdegarantie mehr als problematisch. Denn nach dem oben Gesagten steht fest, dass ein toter Mensch nicht ohne Weiteres zu experimentellen Zwecken verwendet werden darf. Organentnahmen oder Untersuchungen am Leichnam sind demnach nur zulässig, sofern der Verstorbene zu Lebzeiten ausdrücklich darin eingewilligt haben.[920] Diskutiert wird, ob eine Andersbehandlung von Tot-, Fehlgeborenen oder Leibesfrüchten aus Schwangerschaftsabbrüchen zu rechtfertigen ist. Da eine Einwilligung der totgeborenen Leibesfrucht nicht in Betracht kommt, könnte allein eine Einwilligung der Angehörigen Berücksichtigung finden. Ob eine solche Einwilligung auch bei einem Fötus zum einen erforderlich aber auch ausreichend ist, ist allerdings umstritten.[921]

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass, da das Einwilligungserfordernis nicht unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG, sondern aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG folgt, eine Einwilligung nur dann erforderlich sei, wenn das gleichfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Selbstbestimmungsrecht tangiert ist. Da der Fötus kein

---

[920] Kießing, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge, NJW 1969, 533ff., 537; Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1973, 614ff., 616; Gaedeke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 140.

[921] diskutiert für Gewebeentnahme von Feten, für das Erfordernis einer Einwilligung: Wolfslast, Rechtliche Aspekte der Neurotransplantation, Zentralblatt für Neurochirurgie 1995, 210ff., 213 unter Berufung auf Art. 1 Abs. 1 GG des Fötus; a.A. Kellnar, Die fetale Transplantation - Rechtsstatus und -schutz des Fötus, S. 73; Mai, Die rechtliche Zulässigkeit der embryonalen Gewebe- und Zellentnahme zum Zwecke der Entwicklung einer neuartigen Therapiestrategie gegen die Parkinsonsche Krankheit, S. 122.

Selbstbestimmungsrecht besitze, sei auch eine Einwilligung nicht erforderlich.

Angesichts der Menschqualität und damit der Würde des Fötus ist dieses Ergebnis jedoch nicht hinnehmbar. Würde man konsequent auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und damit auf die Fähigkeit zur Selbstbestimmung abstellen, würde das Einwilligungserfordernis gleichfalls bei Kleinstkindern und geistig Schwerbehinderten entfallen, denn auch sie können nicht oder nur sehr eingeschränkt über sich selbst bestimmen.

Ausgehend davon, dass nur der Lebende selbst in eine Verletzung seines späteren Leichnams einwilligen kann, der Fötus/ Embryo mangels einer entsprechenden Fähigkeit dazu aber noch nicht in der Lage ist, kommt eine Übergabe toter Föten und Embryonen an die Wissenschaft nicht in Betracht. Sie sind unabhängig vom Wunsch der Eltern stets zu bestatten.

An dieser Rechtslage kann das Berufen auf die Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG nichts ändern. Aufgrund des besonderen Gewichts der Würdegarantie ist dieser gegenüber Art. 5 Abs. 3 GG, wie oben gesehen, auch wenn es sich nur um eine nur objektive Schutzpflicht handelt, der Vorrang einzuräumen. Entsprechend steht fest, dass auch die neueren Regelungen der Bestattungsgesetze gegen die Würde der Fehlgeborenen verstoßen und daher verfassungswidrig sind. Art. 1 GG verlangt die Gleichbehandlung von Tot- und Fehlgeborenen sowie Leibesfrüchten aus Schwangerschaftsabbrüchen mit Lebendgeborenen.

Auffällig ist, dass der Umgang mit toten Feten bereits seit dem Mittelalter nicht unproblematisch ist. Anders ist zum Beispiel die Tradition in Japan, wo Feten aus Abtreibungen, sog. Wasserkinder, nicht nur bestattet, sondern auch in eigenen buddhistischen Tempeln verehrt werden, damit sich das ungewollte Kind nicht in Rache gegen die Mutter wendet, die es nicht wollte, und Krankheit, Geldsorgen oder Misserfolg über die Familie

bringt. Auch hier wird deutlich, dass der Umgang mit dem Leichnam ein vor allem kulturell geprägtes Phänomen ist.[922]

10. Einführung von Strafnormen

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass der Staat den ihm obliegenden Schutzpflichten, sofern erforderlich, auch durch den Erlass entsprechender Strafgesetze entsprechen muss. Entsprechend soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit die verschiedenen soeben dargestellten und mit der postmortalen Würdegarantie nicht zu vereinbarenden Handlungsweisen am menschlichen Leichnam strafrechtlich zu beurteilen sind, also bereits strafrechtlich geahndet werden. Nach dem oben Gesagten ist vor allem der Wille des Verstorbenen für die Frage eines würdigen Umgangs mit seinem Leichnam entscheidend. Das juristische Problem liegt allein darin, dass weder die tatsächliche Durchsetzung der Verfügungen des Verstorbenen noch das Recht eines jeden Menschen auf Bestattung und ein entsprechender Verstoß bisher durch die Rechtsordnung sichergestellt wird. Lediglich in einzelnen Bestattungsgesetzen findet sich ein Ordnungswidrigkeitentatbestand für den Fall, dass der Leichnam der Bestattung an sich entzogen wird oder eine Tot- oder Fehlgeburt oder Feten nicht ordnungsgemäß beseitigt werden oder aber ein privater Bestattungsplatz vor Ablauf der Ruhezeit anderen Zwecken zugeführt wird.[923] Für die tatsächliche Durchsetzung des Willens des Verstorbenen ist aber allein die Bereitschaft der Lebenden entscheidend, denen das Totenfürsorgerecht übertragen ist. Es empfiehlt sich daher die Aufnahme einer entsprechenden Strafnorm in das Strafgesetzbuch jedenfalls dann, wenn der Schutz der Verfügungen des Verstorbenen nicht durch ausreichend andere Strafnormen sichergestellt ist. Dem soll anhand einzelner Beispiele im Folgenden näher nachgegangen werden.

---

[922] „Keikos Wasserkind“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 24.06.2007.
[923] § 52 Abs. 1 b) Nr. 2 BestattG Saarland, § 19 Abs. 1 Nr. 3 BestattG NRW.

11. Nichtbestattung eines toten Menschen - Nichtbestattung von Tot- und Frühgeburten sowie Leibesfrüchten aus Schwangerschaftsabbrüchen

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Bestattung des Menschen, also auch aller totgeborenen Feten, sei es aus einem Schwangerschaftsabbruch oder einer Tot- oder Fehlgeburt, kann strafrechtlich bisher nicht sanktioniert werden. § 189 StGB setzt eine Verunglimpfung des Andenkens des Verstorbenen voraus. Umstritten ist, was das durch § 189 StGB geschützte Rechtsgut ist. Einigkeit besteht insoweit, als die Ehre des Verstorbenen mangels Rechtsträgers nicht mehr geschützt sein kann. Entsprechend knüpfen einige an das Pietätsgefühl der Angehörigen an, andere an die Familienehre oder auch die Wertvorstellungen der Bevölkerung, die herrschende Meinung jedoch an die fortbestehende Ehre des Verstorbenen,[924] also seinen ethischen Wert, den er nach außen infolge seines sittlichen Verhaltens hat, oder seinen sozialen Wert, den jemand wegen seiner Leistungen und Eigenschaften hat.[925] Entsprechend bezieht sich das Verunglimpfen des Andenkens des Verstorbenen nach der überwiegenden Auffassung auch nur auf den personalen Geltungswert des Verstorbenen im Zeitpunkt seines Hinscheidens. Das heißt also, wird nur der Leichnam manipuliert, ohne einen Makel an der vom Verstorbenen hinterlassenen Ehre zu äußern, liegt auch keine Verunglimpfung vor.[926] Entsprechend liegt bei einer nicht würdevollen Bestattung einer Tot- oder Fehlgeburt, die sich noch keine Ehre aneignen konnte, auch keine Strafbarkeit gem. § 189 StGB vor.

[924] Dippel, in: LK, StGB, § 189 Rn. 3.
[925] Tröndle/Fischer, StGB, § 185 Rn. 7.
[926] Dippel, in: LK, StGB, § 189 Rn. 3.

12. Sektion

Eine Sektion entgegen dem Willen des Verstorbenen (und nach dem oben Gesagten nicht aus anderen Gründen gerechtfertigt) muss als extrem verletzende Handlung am menschlichen Leichnam eingestuft werden. Der Schutz durch die Vorschriften über die Eigentumsdelikte scheitert an der Fremdheit der Leiche, mag sie auch Sache im Sinne des StGB sein. Auch eine Verunglimpfung des Andenkens des Verstorbenen gem. § 189 StGB liegt regelmäßig nicht vor, da es bei einer Sektion nach den Grundsätzen der ärztlichen Kunst an einem Ausdruck der Missachtung gegenüber dem Toten fehlt. Eine Störung der Totenruhe gem. § 168 Abs. 1 1.Alt. StGB liegt grundsätzlich gleichfalls nicht vor, da es bei einer Sektion in einem Krankenhaus oder einem sonstigen wissenschaftlichen Institut, die mit dem Todeseintritt Inhaber des Gewahrsams an der Leiche werden und es bleiben, solange die Totenfürsorgeberechtigten nicht von ihrem Recht Gebrauch machen, an einer Wegnahme aus einem Gewahrsam fehlt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Sektion durchgeführt wird, nachdem die Hinterbliebenen zur Abholung der Leiche aufgefordert wurden. Gleichfalls liegt eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 118 OWiG nicht vor, da es bei einer Sektion in einer Einrichtung an einer Belästigung der Allgemeinheit fehlt. Entsprechend erfüllt eine Sektion regelmäßig keinen Straftatbestand.

13. Leichenversuche

Auch bei der Durchführung von Crashtests und Leichenversuchen scheidet eine Strafbarkeit nach § 168 Abs. 1 1. Alt. StGB sowie den Eigentumsdelikten aus den oben genannten Gründen aus. Crashtests mit Leichen mögen zwar den objektiven Tatbestand einer Strafbarkeit wegen Verunglimpfung des Ansehens des Verstorbenen gem. § 189 StGB sowie einer Verübung beschimpfenden Unfugs gem. § 168 Abs. 1 2. Alt. StGB

erfüllen, jedoch wird es angesichts der wissenschaftlichen Veranlassung regelmäßig am im Rahmen der subjektiven Tatbestände erforderlichen Beschimpfungs- und Verachtungsvorsatz fehlen. Gleichfalls liegt eine Verletzung der Allgemeinheit im Sinne des § 118 OWiG nicht vor, da die Leichentests unter gänzlichem Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen.

14. Entgeltliche Leichenschau/Ausstellung „Körperwelten"

Wird der Leichnam entgegen dem Willen des Verstorbenen in pathologischen Instituten oder im Rahmen der Ausstellung „Körperwelten" ausgestellt, sei es, um das Publikum wissenschaftlich aufzuklären oder aber eine gruselnde Annäherung an Leichen zu ermöglichen, kommt gleichfalls aus den genannten Gründen eine Tatbestandsmäßigkeit von Eigentumsdelikten oder einer Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 118 OWiG nicht in Betracht.

Eine Verunglimpfung des Andenkens des Verstorbenen im Sinne des § 189 StGB oder eine Verübung beschimpfenden Unfugs im Sinne des § 168 Abs. 1 2. Alt. StGB könnte bei einer Ausstellung entgegen dem Willen des Verstorbenen gegeben sein, jedenfalls wäre ein herabwürdigender Umgang mit dem Leichnam dann anzunehmen, wenn der Leichnam derart entstellt oder unästhetisch präsentiert wird, dass sich Grusel einstellt und dies von den Ausstellern auch bezweckt ist.

Die Betrachtungen zeigen, dass der strafrechtliche Schutz des Leichnams sehr schwach ausgebildet ist. Die existierenden Strafnormen sind zu eng gefasst, sie werden der Bedeutung der postmortalen Würde nicht gerecht. Insoweit enthält das StGB gravierende Lücken, die durch entsprechende Anwendung vorhandener Straftatbestände angesichts des Analogieverbotes nicht zu schließen sind. Erforderlich ist die Schaffung

einer Norm, die die Missachtung der Verfügung des Verstorbenen bezüglich seines Leichnams erfasst.

B. Kirchliches Bestattungsrecht - Bindung des kirchlichen Bestattungs- und Friedhofsrechts an die postmortale Würdegarantie und das geltende Bestattungsrecht

Es stellt sich schließlich die Frage, inwieweit auch den Kirchen eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zur Wahrung der Totenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG obliegt.[927] Diese Frage stellt sich vor allem angesichts des durch das geltende Kirchenrecht ermöglichten Ausschlusses einzelner Verstorbener vom kirchlichen Begräbnis, d.h. der Befugnis der Kirchen, sich dem Bestattungswunsch des Verstorbenen zu widersetzen.

Auszugehen ist von folgendem: Wäre eine Bindung der Kirchen an die Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zu verneinen, obläge es den Kirchen, jede religiös-kultische Handlung allein nach ihren Vorstellungen zu gestalten, entsprechend wäre keinerlei kultische Handlung an den Maßgaben der Würdegarantie zu messen und auch die Wiedereinführung der Inquisition nicht zu beanstanden. Wäre jedoch eine Bindung der Kirchen an Art. 1 Abs.1 GG und damit auch die postmortale Würdegarantie zu bejahen, und geht man nach dem oben Gesagten davon aus, dass die Umsetzung der Verfügung des Verstorbenen zum Umgang mit seinem Leichnam Kern der postmortalen Würdegarantie ist und diese Verfügungsbefugnis im Wesentlichen nur durch das allgemeine Sittengesetz beschränkt werden kann, stellt sich die Frage, wie die insoweit als entscheidend zu berücksichtigenden moralischen Vorstellungen näher zu fassen sind.

Eine entsprechende den Kirchen obliegende Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG wäre nur dann anzuerkennen, wenn im Bereich des Bestattungs- und

[927] Vorliegend soll es nur um Körperschaften des öffentlichen Rechts gehen, nicht hingegen um sonstige private Glaubensgemeinschaften.

Friedhofsrechts eine Bindung der Kirchen an die Grundrechte zu bejahen wäre. Ausgangspunkt aller Überlegungen ist Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV, der den Religionsgemeinschaften für den Bereich der eigenen Angelegenheiten ein Selbstbestimmungsrecht zuerkennt, der Staat den Kirchen also einen Raum gänzlicher Freiheit von staatlicher Aufsicht und Bevormundung zugesteht.[928] Zu unterscheiden von dieser kirchlichen Eigenständigkeit mit selbstständiger Rechtssetzung ist der Bereich jener Kompetenzen, der den Religionsgemeinschaften kraft ihrer Qualifikation zur Körperschaft des öffentlichen Rechts übertragen wurde und kraft derer die Religionsgemeinschaften im weltlichen Recht unmittelbar wirksame Normen setzen.

Entscheidend für die Einordnung als eigene oder verliehene Angelegenheit ist die Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Kirche. Zu unterscheiden sind nur-staatliche, nur-kirchliche oder gemeinsame Angelegenheiten, also solche, die in einer primären Zweckbeziehung sowohl zum Staat als auch den Kirchen stehen, da Staat und Kirche in diesem Bereich nicht miteinander konkurrieren.[929] Dabei kommt nicht dem Staat die Kompetenz zu, den Umfang des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts festzulegen. Vielmehr entscheidet sich die Abgrenzungsfrage nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein „danach, was materiell, der Natur der Sache oder Zweckbestimmung nach als eigene Angelegenheit der Kirchen anzusehen ist."[930] Entsprechend ist allein das religiöse Selbstverständnis der Kirchen entscheidend für das, was unter Glauben, Gewissen und Religionsausübung zu verstehen und entsprechend als Gehalt des Selbstbestimmungsrechts zu fassen ist.[931] Danach zählt zu den kirchlichen Angelegenheiten all das, was durch den kirchlichen Auftrag umschrieben

[928] zum Wegfall der in der Weimarer Zeit noch anerkannten Kirchenaufsicht: BVerfGE 30, 415, 428.
[929] vgl. näher Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Listl u.a. (Hrsg.), HdbStKichR I, S. 521ff., 538; v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, S. 196.
[930] BVerfGE 18, 385, 387; 70, 138, 165.
[931] BVerfGE 66, 1, 19; Heckel, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Dreier u.a. (Hrsg.), FS BVerfG, Bd.2, S. 379, 401; Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Listl u.a. (Hrsg.), HdbStKichR I, S. 521ff., 542.

und für den Vollzug dieses Dienstes nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft unentbehrlich ist, wobei unerheblich ist, ob es sich um Angelegenheiten nur geistlicher Natur oder solche mit Auswirkungen im weltlichen Bereich handelt.[932] Die Regelungen zum Umgang mit dem menschlichen Leichnam sind bestimmt durch ein Ineinandergreifen staatlicher und kirchlicher Normen. Entsprechend sind die beiden Ebenen strikt voneinander zu trennen. Anders als die gesundheitsrechtlichen Vorgaben der Bestattungsgesetze der Länder ist das kirchenrechtlich vorgesehene kirchliche Begräbnis angesichts des ihm innewohnenden Zwecks, durch eine besondere Liturgie den Leib des Verstorbenen Gott anzuempfehlen und die Osterbotschaft zu verkünden, dem Bereich des Kultus zuzuordnen; entsprechend kommt für deren Ausgestaltung inklusive der Bestimmung des Anwendungsbereichs die alleinige Kompetenz den Kirchen zu.[933]

Umstritten ist allerdings, ob das Betreiben kirchlicher Friedhöfe zu den eigenen Angelegenheiten im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV zählt oder aber eine gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche ist.[934] Auszugehen ist richtigerweise davon, dass es nicht der Staat war, der die Aufgabe der Friedhofserrichtung und -unterhaltung auf die Kirchen delegiert hat. Vielmehr wurden Friedhöfe, wie oben gesehen, zunächst ausschließlich von den Kirchen betrieben, bis sich der Staat vor allem aus gesundheitlichen, hygienischen und ordnungsrechtlichen Gründen selbst die Pflicht auferlegt hat, Friedhöfe zu betreiben, ohne das Recht der Kirchen, weiterhin konfessionelle Friedhöfe zu betrieben, zu beschneiden. Hinzu kommt, dass eigene kirchliche Friedhöfe für die Glaubensvorstellungen der Kirchen, die davon ausgehen, dass unter Gläubigen bestattete Konfessionslose die kirchliche Gemeinsamkeit und Verbundenheit aller Gläubigen über den Tod hinaus grundsätzlich stören

[932] v. Camphausen, Staatskirchenrecht, S. 104.
[933] v. Camphausen, Staatskirchenrecht, S. 225.
[934] vgl. allg. Engelhardt, Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: Listl u.a. (Hrsg.), HdbStKirchR II, § 43; Weber, Benutzungszwang für Trauerhallen (Friedhofskapellen) und friedhofseigene Leichenkammern auf kirchlichen Friedhöfen, ZevKR 33 (1988), 15ff.

würden, von entscheidender Bedeutung sind. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass kirchliche Friedhöfe auch weiterhin eigene Angelegenheiten der Kirchen sind,[935] entsprechend wird die Befugnis der Kirchen zum Betreiben eigener Friedhöfe auch aus der kollektivrechtlichen Dimension des Art. 4 Abs. 2 GG abgeleitet.[936] Anders kommunale Friedhöfe: sie zählen zu den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche. Es handelt sich um öffentliche Anstalten, wobei der Staat jedermann die Möglichkeit einräumen muss, sich dort bestatten zu lassen,[937] so dass auf den kommunalen Friedhöfen auch alle Religionsgemeinschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen sind.[938]

Steht fest, dass es sich bei der Gestaltung des kirchlichen Begräbnisses um eine innerkirchliche Angelegenheit handelt, stellt sich die Frage, inwieweit die Kirchen bei der Ausgestaltung des kirchlichen Begräbnisrechts die postmortale Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen haben. Entsprechendes wäre nur dann zu bejahen, wenn die Kirchen im Rahmen der innerkirchlichen Angelegenheiten auch an die Grundrechte gebunden wären. Auszugehen ist von dem Schrankenvorbehalt des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, wonach die Kirchen in ihrem Handeln lediglich an die „für alle geltenden Gesetze" gebunden sind. Es stellt sich entsprechend die Frage, ob die Grundrechte „für alle geltende Gesetze" in diesem Sinn sind.

Anerkannt ist , dass Adressat der Grundrechte grundsätzlich nur der Staat sein kann, da die Grundrechte traditionell und ausweislich des Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 3 GG vor allem Abwehrrechte gegenüber der staatlichen Gewalt,

---

[935] so auch v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, S. 185f.; Gaedke, Handbuch des Friedhofsrechts- und Bestattungsrechts, S. 29; a.A. Ebers, Staat und Kirche im neuen Deutschland, S. 261, 279ff., 287; Weber, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, S. 56, 96, 129; BVerwGE 25, 364.

[936] Gaedke, Handbuch des Friedhofsrechts- und Bestattungsrechts, S. 28ff.

[937] v. Busse, Gemeinsame Angelegenheiten von Staat und Kirche, S. 261ff.; v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, S. 225 m.w.N.

[938] Hollerbach, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: Isensee u.a. (Hrsg.), HdbStR VI, § 140 Rn. 8; Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 16ff.

nicht aber gegenüber sonstigen Teilnehmern am Rechtsleben sind.[939] Entsprechend wäre eine Grundrechtsbindung der Kirchen in jedem Fall dann zu bejahen, wenn sie Teil der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG wären. Nach dem kirchenpolitischen System des Grundgesetzes besteht keine Staatskirche (Art. 137 WRV), stattdessen wurde eine Trennung von Staat und Kirchen manifestiert, die verbietet, die innerkirchliche Tätigkeit entsprechend weltlichen Maßstäben zu organisieren oder zu kontrollieren, und dazu führt, dass die Kirchen nicht Bestandteil staatlicher Verwaltung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG sind. Auch die Qualifizierung der Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 137 Abs. 5 WRV macht die Kirchen nicht zur öffentlichen Gewalt. Insoweit ist man sich heute einig, dass der Korporationsstatus im Sinne des Art. 137 Abs. 5 WRV inhaltlich nicht identisch ist mit jenem des Verwaltungsrechts, sondern den Kirchen nur einen besonderen verfassungsrechtlichen Status garantieren soll, ohne eine umfassende Grundrechtsbindung der Kirchen zu begründen.[940] Daher ist heute anerkannt, dass angesichts des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts in eigenen Angelegenheiten eine grundrechtliche Bindung der Kirchen, solange sie im Bereich innerkirchlicher Angelegenheiten handeln, nicht angenommen werden kann. Etwas anderes gilt nach ganz herrschender Auffassung erst dann, wenn die Kirchen staatliche Hoheitsgewalt aufgrund staatlicher Verleihung ausüben. Mit der Wahrnehmung staatlicher Befugnisse geht dann untrennbar auch eine Grundrechtsbindung der Kirchen einher.[941]

Zwar sind die Kirchen nach alledem nicht als öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG zu qualifizieren, nichtsdestotrotz ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Kirchen auf ihre Mitglieder eine erhebliche Macht

---

939 vgl. nur Rüfner, Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich, Essener Gespräche 7 (1972), 9ff.; Pirson, Grundrechte in der Kirche, ZevKR 17 (1972), 358ff.

940 Hollerbach, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1969), 46ff. m.w.N.

941 vgl. nur m.w.N. Rüfner, Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich, Essener Gespräche 7 (1972), 9ff., Pirson, Grundrechte in der Kirche, ZevKR 17 (1972), 358ff.

ausüben. Denn tritt die Kirchengewalt ihren Mitgliedern gegenüber, ist sie ihnen übergeordnet und übt als solche einen ständigen - wenn auch religiös begründeten - (Gewissens-)Druck auf die Mitglieder aus. Entsprechend liegt angesichts dieses dem Verhältnis zwischen Staat und Bürger vergleichbaren Über-/Unterordnungsverhältnisses die Annahme nahe, dass sich zumindest mit dieser Einordnung der Kirchen als soziale Macht eine Grundrechtsbindung der Kirchen auch in innerkirchlichen Angelegenheiten begründen ließe.[942]

Auch wenn die Kirchen mit Machtmitteln ausgestattet sind, die zumindest in der Vorstellung der Gläubigen denen des Staates vergleichbar sind, liegt der entscheidende Unterschied zur öffentlichen Gewalt im verfassungsrechtlichen Sinn darin, dass diese Einflussmöglichkeit der Kirchen ausschließlich auf einem durch die negative Religionsfreiheit des Art. 4 GG geschützten freiwilligen Eintritt und Verbleib des Einzelnen in einer der Kirchen beruht, dem er sich jederzeit wieder entziehen kann. Anders als in vergangenen Jahrhunderten kann auch kein derartiger gesellschaftlicher Druck, der einen Eintritt und Verbleib in einer der Kirchen fordert, mehr festgestellt werden. Da also keinerlei zwanghafte Bindung an die Kirchengewalt gegeben ist, kann entsprechend auch unter dem Gesichtspunkt der sozialen Machtstellung keine grundsätzliche Unterwerfung der Kirchen unter die Grundrechte angenommen werden.

Vertreten wird allerdings, dass unter die „für alle geltenden Gesetze" im Sinne des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zumindest aber elementare Grundrechte zu fassen sind, mit der Folge, dass die Kirchen auch im Rahmen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts an grundrechtliche „Normen elementaren Charakters, die sich als Ausprägungen und Regelungen grundsätzlicher, jedem Recht wesentlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbarer Postulate"

[942] Diskutiert wurde dies bereits für sonstige soziale Mächte, vgl. Nawiasky/Leusser, BV, S. 178; Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 34, Art. 4 Rn. 57; ders. Das Wesen des Rechts, S. 57.

darstellen, gebunden sind.[943] Gefolgt werden kann diesem Ansatz jedoch nicht, da auch die elementaren Grundrechte eine grundrechtliche Adressatenstellung der Kirchen dogmatisch nicht begründen können.

Fraglich ist aber, ob dies auch für die Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, das konstituierende Grundprinzip des Gemeinwesens schlechthin, gelten kann. Dogmatisch entscheidend ist insoweit zunächst, wer Verpflichteter der Würdegarantie ist. Entscheidend ist also, ob neben dem Staat auch der einzelne Bürger unmittelbar aus Art. 1 GG verpflichtet ist, die Würde des Menschen zu wahren. Diese Frage steht in untrennbarem Zusammenhang mit den oben festgestellten staatlichen Schutzpflichten, in denen es gerade um die Abwehr von nichtstaatlichen, also vor allem privaten Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Güter geht. Die Schutzpflicht setzt also voraus, dass die Grundrechte und somit auch Art. 1 GG in irgendeiner Weise auch zwischen Privaten zu beachten sind.[944] Da die Grundrechtsgeltung im Bereich innerkirchlicher Angelegenheiten mit der historischen Funktion der Grundrechte, also quasi mit der Begründung abgelehnt wird, die Kirchen seien in diesem Bereich als jedermann Privaten vergleichbar, würde die Würdegarantie jedenfalls dann im Rahmen innerkirchlicher Angelegenheit Geltung beanspruchen, wenn sie unmittelbar auch zwischen Privaten gelten würde.

Vereinzelte Stimmen gehen von einer „unmittelbare Drittwirkung" der Würdegarantie aus. Nach der Auffassung Starcks ergebe sich eine Verpflichtung Privater bereits aus dem Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar". Unantastbarkeit wäre nur dann garantiert, wenn auch jedermann zur Einhaltung der Würdegarantie verpflichtet wäre.[945] Zudem setze die Tatsache, dass der Staat verpflichtet ist, die Würde des

[943] so BGHZ 22, 383, 387; 34, 372, 374; BVerwGE 28, 345, 351; Säcker, Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt, DVBl. 1969, 6ff.
[944] Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 202.
[945] Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Art. 1 Rn. 19.

Menschen zu schützen, bereits eine Pflicht des Einzelnen voraus, die Menschenwürde anderer nicht zu verletzen.[946]

Überzeugen kann auch dies hingegen nicht. Mit der staatlichen Schutzpflicht korrespondiert letztlich nur ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen den Staat. Die Grundrechte dienen primär dazu, „die Freiheitsrechte des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern".[947] Ein unmittelbarer Selbstvollzug der Grundrechte zwischen Privaten würde letztlich dazu führen, dass der Staat nur noch verpflichtet wäre, Instrumentarien zur Rechtsdurchsetzung der privaten grundrechtlichen Ansprüche zur Verfügung zu stellen. Staatliche Schutzpflichten wären damit entbehrlich. Zudem verkennt dieser Ansatz, dass sich Freiheit des Individuums gerade auch durch eine fehlende Bindung des Einzelnen an Grundrechte auszeichnet.[948] Entsprechend steht fest, dass jedes Grundrecht, also auch das aus Art. 1 GG, nur an den Staat und nicht an die Bürger gerichtet ist. Eine Pflicht Dritter, Eingriffe in die Würde der Toten zu unterlassen, wird damit erst durch staatliche Gesetze und Maßnahmen zum Schutz der Toten begründet. Im Ergebnis ist also lediglich eine „mittelbare Drittwirkung" der Würde unter Privaten anzuerkennen. Entsprechend lässt sich im Wege der unmittelbaren Drittwirkung keine Bindung Privater an die Würdegarantie des Art. 1 GG begründen.

Etwas anderes muss allerdings im Hinblick auf die Kirchen als soziale Mächte gelten. Insoweit ist entscheidend, dass die Kirchen, auch wenn sie nicht öffentliche Gewalt sind, auch nicht unmittelbar Privaten gleichgesetzt werden können, da die Verfassung den Kirchen schließlich ähnlich den öffentlichen Gewalten einen Raum des öffentlichen Wirkens zugesteht. Danach sind die Kirchen dazu bestimmt, in die Welt zu wirken und ihre

[946] Zippelius, in: BK, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 34; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), FS für Nawiasky, S. 157ff., 159; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, S. 400; im Ergebnis so auch: Häberle, in: Engisch (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, S. 389ff., 413.
[947] BVerfGE 7, 198, 205ff.
[948] Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633ff., 1639f.

Botschaft zu verkünden, die Gesellschaft also kulturell und sozial zu prägen.[949] Auch wenn die Kirchen gem. Art.140 GG iVm Art. 137 WRV befugt sind, dies grundsätzlich in freier Betätigung zu tun, müssen die Kirchen unmittelbar an die Würdegarantie des Art. 1 GG gebunden sein.[950] Andernfalls obläge ihnen die Möglichkeit, gerade in Bereichen, in denen eine vollständige Unterwerfung der Gläubigen anzunehmen ist - also v.a. im Rahmen des religiösen Ritus - gegen die Würdegarantie zu verstoßen, ohne dass eine Verletzung des Art. 1 GG anzuerkennen wäre.

Diese Annahme wird auch durch die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen seines Zeugen-Jehova-Urteils bestätigt, wo das Gericht ausdrücklich festgestellt hat, dass die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts von der „Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist", abhängig ist.[951] Zwar bezieht sich diese Aussage des Gerichts zunächst nur auf die Verleihung eines öffentlichen Status an noch nicht korporierte Religionsgemeinschaften. Doch ist die Religionsgemeinschaft zur Erlangung eines öffentlich-rechtlichen Status verpflichtet, die fundamentalen Rechte auch ihrer Mitglieder zu wahren, so muss sie dies erst recht auch nach der Verleihung dieses Status sein, mit der Folge, dass auch die spätere Körperschaft die maßgebliche staatliche Ordnung wahren muss, so dass die Kirchen auch innerhalb ihrer eigenen innerkirchlichen Angelegenheiten an die Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gebunden sind und entsprechend die postmortale Würde des Verstorbenen zu wahren haben.

Es stellt sich die Frage, wie der Gehalt der postmortalen Würdegarantie im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG innerkirchlich zu fassen ist. Nach dem oben Gesagten ist im Rahmen der verfassungsrechtlichen Auslegungsbefugnis

[949] Heckel, Staat-Kirche-Kunst, S. 232 Fn. 710; v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, S. 93.
[950] so auch Zippelius, in: BK, Art. 1 Rn. 35, Art. 4 Rn. 58; Kästner, Die Geltung von Grundrechten in kirchlichen Angelegenheiten, JuS 1977, 715ff., 721.
[951] BVerfGE 102, 370ff.

auf die herrschenden sittlichen Anschauungen in der Bevölkerung, gebilligt durch die kulturellen Eliten, abzustellen. Problematisch ist, ob diese weltlichen gesellschaftlichen Anschauungen auch gegenüber den Kirchen verbindlich werden können. Zwar handelt es sich bei der postmortalen Würdegarantie aus kirchlicher und weltlicher Sicht um ein und dieselbe Verfassungsbestimmung. Auszugehen ist aber davon, dass den Kirchen durch Art. 140 GG iVm Art. 139 Art. 3 WRV für innerkirchliche Angelegenheiten ein verfassungsrechtliches Selbstbestimmungsrecht zugestanden wird mit der Folge, dass die kirchlichen Glaubensgehalte nicht durch weltliche Instanzen geprüft und bestimmt werden könne. Entsprechend steht fest, dass auch der weltlichen Gesellschaft diese Befugnis nicht zukommen kann, sondern allein auf die Entscheidungen der Kirche abzustellen ist. Entscheidend ist insoweit, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gerade der Religionsfreiheit dient, indem es die kollektive Seite von Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG konkretisiert. Freiheit in diesem Sinn bedeutet aber im Ergebnis nichts anderes, als in Glaubensfragen nach eigenen Vorstellungen verfahren zu dürfen. Entsprechend obliegt es auch allein den Kirchen, den Gehalt der im Rahmen der postmortalen Würdegarantie zu berücksichtigenden sittlichen Anschauungen, welche treffender als religiöse Glaubensgehalte zu fassen sind, zu bestimmen.

Zu klären ist, wer Kirche in diesem Sinn ist, denn möglich wäre es, sowohl auf die Anschauungen der kirchlich zuständigen Gremien als auch die der Gläubigen abzustellen. Tatsächlich ist es so, dass derzeit kirchliche Gremien die Glaubensinhalte bestimmen. Fraglich ist, ob dies zu beanstanden ist. Der Annahme, dass der Gehalt der postmortalen Würdegarantie im weltlichen Bereich durch die herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen geprägt wird, liegt wie gesehen der Demokratiegrundsatz des Grundgesetzes zugrunde. Nach ganz herrschender Auffassung ist das Demokratiegebot jedoch auf den weltlichen Bereich beschränkt, findet also auf die innerkirchlichen

Angelegenheiten keine Anwendung, da andernfalls eine eigene Organisation und Verwaltung entsprechend den Glaubensvorstellungen entgegen der ausdrücklichen Regelung des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV nicht möglich wäre.[952]

Entsprechend ist die hoheitliche Stellung kirchlicher Institutionen nicht zu rügen, mit der Folge, dass auch die Entscheidung der kirchlichen Institutionen, allein Glaubensvorstellungen zu bestimmen, nicht zu rügen ist, wobei die Befugnis der Kirche, die Bestimmung dessen, was unter der postmortalen Würde zu verstehen ist, auf die Gläubigen zu delegieren, unberührt bleibt. Von dieser Delegationsbefugnis hat die katholische Kirche im Rahmen des c. 1184 § 1 Gebrauch gemacht, wo im Rahmen der Frage des Vorliegens eines öffentlichen Ärgernisses auf die Anschauungen der Gemeinde abgestellt wird.

Diese weitreichende Auslegungsbefugnis und die Befugnis zur Bestimmung der eigenen Glaubensinhalte schließt auch die Freiheit ein, nach religiösen Kriterien differenzieren zu können. Denn wenn mangels Grundrechtsbindung der Kirchen auch eine Bindung an das Verbot der Differenzierung des Glaubens gem. Art. 3 Abs. 3 GG abgelehnt wird, kann eine Pflicht zur Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote nicht über den Umweg über die postmortale Würdegarantie wieder begründet werden. Entsprechend ist die Religionszugehörigkeit für die Kirchen auch im Rahmen des kirchlichen Begräbnisses ein zulässiges Differenzierungsmerkmal.[953] Daher kommt den Kirchen sowohl die Befugnis zu, zu bestimmen, wie das kircheliche Begräbnis gestaltet wird, als auch zu bestimmen, wer zu diesem zugelassen wird. Die Kirchen haben sich augrund ihrer Glaubensinhalte für das kirchliche Begräbnis, bevorzugt als Erdbestattung, entschieden. Entsprechend haben sie auch die Befugnis, andere Bestattungsformen,

[952] Hesse, Selbstbestimmungsrecht, S. 558.
[953] de Wall, Die Befugnis der Kirchen zur Differenzierung nach dem Glauben im Friedhofsrecht, NVwZ 1995, 769ff., 770.

auch wenn diese in zukünftigen Öffnungsklauseln in den Bestattungsgesetzen der Länder zugelassen würden, abzulehnen. Nicht zu rügen ist daher gleichfalls die Entscheidung der Kirchen, Nichtgetauften oder sonstigen Verstorbenen das kirchliche Begräbnis zu verwehren. Ein Verstoß gegen die postmortale Würde in Gestalt der Missachtung der Menschqualität des Verstorbenen liegt darin nicht, da in diesem Fall kommunalen Friedhöfen die Bestattungspflicht übertragen würde.

Ungeachtet der religiösen Freiheit zur Ausgestaltung des kirchlichen Begräbnisses sind die Kirchen im Übrigen an die Bestattungsgesetze der Länder gebunden, soweit die Vorschriften der Vermeidung von Gesundheitsgefahren dienen. So sind die Kirchen beispielsweise an die Vorschriften zur Leichenschau und zum Gesundheitsschutz gebunden sind. Insoweit ist entscheidend, dass die Kirchen auch ihre Angelegenheiten gem. Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nur innerhalb der für alle geltenden Gesetzen, wozu auch die Friedhofs- und Bestattungsgesetze der Länder gehören, ordnen und verwalten können.[954]

Richtigerweise kann das „für alle geltende Gesetz" der Schrankenformel aufgrund des verfassungsrechtlich zugesicherten Selbstbestimmungsrechts - und entsprechend der Schrankenauslegung des Art. 5 GG - nur ein solches sein, dass für jedermann gilt und nicht speziell auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften abzielt und auf dieses Einfluss nehmen will.[955] Entsprechend wäre eine Regelung in einem Friedhofs- und Bestattungsgesetz, die das kirchliche Begräbnis regelt, nicht zulässig.

[954] so ganz h.M. heute, vgl. zu früherem Streitstand: v. Camphausen, Staatskirchenrecht, S. 107ff.
[955] Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Listl (Hrsg.), HdbStKiR I, S. 554f.; v. Camphausen, Staatskirchenrecht, S. 111.

VII. UNESCO-Konvention vom 17.10.2003 zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes

Bei den abendländischen Bestattungsriten handelt es sich unter Zugrundelegung des oben näher gefassten Kulturbegriffs unstreitig um ein Kulturgut. Im Bereich des Völkerrechts werden Kulturgüter umfassend geschützt, insoweit sei nur die Kulturgüterkonvention der UNESCO oder von UNIDROIT genannt.[956] Es ist wohl offensichtlich, dass angesichts der aufstrebenden und nach der hier vertretenen Auffassung auch zu berücksichtigenden neuen Bestattungsformen, die Althergebrachtes möglicherweise irgendwann zum Verschwinden bringen, auch die traditionell abendländischen Totenriten als Ausdruck der Lebensform eines Kulturkreises schützenswert sind.

Rechtlich konnten die völkerrechtlichen Schutzkonventionen nicht helfen, da der Kulturgüterbegriff bisher auf materielle Gegenstände ausgerichtet war. Die UNESCO-Konvention vom 17.10.2003 zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes korrigiert den bisherigen Missstand, indem sie in Art. 2 Abs. 2 auch das immaterielle Kulturerbe unter Schutz stellt, namentlich mündliche Traditionen und Ausdrucksformen sowie darstellende Künste, soziale Bräuche und Riten. Die Konvention fordert die Dokumentation, Erfassung und Aufwertung sowie Förderung und Weitergabe des Erbes. Aus sich heraus hat die Konvention keine Verbindlichkeit, erst durch die freiwillige Ratifizierung der Konvention verpflichten sich die Nationalstaaten, die in der Konvention bezeichneten Maßnahmen zu ergreifen. Auf welche Art und Weise die entsprechenden Maßnahmen ergriffen werden, obliegt den Vertragsstaaten, insbesondere obliegt es ihrer Entscheidung, ob sie den Konventionsinhalt in nationales Recht transformieren. Entsprechen die Vertragsstaaten den Grundsätzen der Konvention nicht, sieht die Konvention keinerlei Sanktionen vor.

[956] Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt vom 23.11.1972 (Weltkulturerbe-Konvention), UNIDROIT-Übereinkommen über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter vom 24.06.1995.

Deutschland hat die Konvention zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes bisher nicht ratifiziert, entsprechend hat der Staat auch unter diesem Aspekt bisher nicht die Möglichkeit, die abendländische Bestattungskultur bevorzugt zu behandeln. Sollte Deutschland sich eines Tages zur Ratifizierung und Transformation der Konvention in nationales Recht entscheiden, könnte sich dann unter Umständen eine besondere Schutzpflicht des Staates zugunsten der abendländischen Bestattungskultur ergeben. Angesichts der auch im Falle der Transformation weitergeltenden staatlichen Pflicht zur kulturellen Neutralität ließe sich auch bei der Anerkennung einer staatlichen Schutzpflicht keine Beschränkung der Bestattungsgesetze auf die abendländische Bestattungskultur rechtfertigen.

Entsprechend fragt sich, wie der Staat seiner ihm dann obliegenden kulturellen Schutzpflicht nachkommen kann. Jene Schutzpflicht kann als nichts anderes verstanden werden, als das Anrecht der Bewohner eines Kulturkreises, das kulturelle Erbe ihrer über tausend Jahre christlich-abendländisch geprägten Nation kennenzulernen. Dementsprechend hat der Staat alles zu tun, damit diese Kultur nicht in Vergessenheit gerät, sei es durch entsprechende Bildung in den Schulen, beispielsweise im Rahmen des Religions- und Ethikunterrichtes, oder durch die Einrichtung entsprechender Museen. Für die Kulturstiftung des Bundes hieße dies folgendes: Wenn die Stiftung heute das Projekt des Baus einer „Großen Pyramide" bei Dessau fördert, ein Projekt zum Bau eines monumentalen Massengrabs in Form einer Pyramide mit einer Höhe von 150 Metern und einer Grundfläche von 220 x 220 Metern, für das Menschen aller Kulturen und Religionen Erinnerungssteine oder Grabsteine für Urnen aus Beton erwerben können und das Zug um Zug gebaut wird, wenn ein weiterer Stein verkauft ist,[957] würde aufgrund einer staatlichen Schutzpflicht die

[957] Die Kulturstiftung fördert das Projekt in Höhe von 89.000,- Euro. Ein Erinnerungsstein soll zwischen 200,- und 400,- Euro kosten, ein Urnengrabstein zwischen 500,- und 700,- Euro, wobei die Projektinitiatoren versprechen, dass ein jeder Interessierter einen Platz in der Pyramide erhalten soll, auch wenn er sich dies

Förderung (auch) anderer - nämlich an die Kultur des Abendlandes angelehnter - Projekte - die entsprechend dem Grundsatz der kulturellen Neutralität bereits heute *möglich* wären - *erforderlich* werden.

nicht leisten kann. Finden sich nicht ausreichend Interessenten, endet die Pyramide wohl als flache Ruine (www.heise.de, www.kulturstiftung-des-bundes.de).

VIII. Zusammenfassung

Die Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Das geltende Bestattungsrecht und der heute praktizierte Umgang mit dem menschlichen Leichnam ist geprägt durch die Kultur und Traditionen des Abendlandes. Dies ist jedoch nicht zwingend, da dem Grundgesetz keine Bindung an die Kultur des Abendlandes entnommen werden kann.

2. Anknüpfungspunkt für die Bewertung des Umgangs mit dem menschlichen Leichnam sowie die Ausgestaltung der geltenden Bestattungsgesetze und sonstigen Normen zum Schutz des Leichnams ist Art. 1 Abs. 1 GG.

3. Der menschliche Leichnam ist als Mensch im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG zu qualifizieren und unterfällt als solcher dem Schutzbereich der verfassungsrechtlich geschützten Menschenwürde.

4. Der menschliche Leichnam selbst ist jedoch nicht Grundrechtsträger. Sein verfassungsrechtlicher Schutz im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG wird allein durch eine nur objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates begründet.

5. Die postmortale Würde des menschlichen Leichnam ist subjektiv ausgerichtet und wird in ihrer Ausgestaltung durch das Selbstbestimmungsrecht des jeweils Lebenden geprägt. Eine Verletzung der Würde des menschlichen Leichnams liegt entsprechend vor, wenn eine Behandlung des Leichnams entgegen der Verfügung des vormals Lebenden vorgenommen wird. Schranke des die Würde des Leichnams prägenden Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen sind bei einer Auslegung der Verfassung entsprechend der sozialen Wirklichkeit die herrschenden Empfindungen der Lebenden. Diese sind empirisch zu

ermitteln, was bisher nicht erfolgt ist. Bei der Ermittlung der herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen sind die Ansätze der ethisch-moralischen Instanzen der Gesellschaft verstärkt zu berücksichtigen.

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblatt
DöV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Logos	Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur
MedR	Medizinrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
S.	Seite
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZiF	Zentrum für interdisziplinäre Forschung
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte- Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Literaturverzeichnis

Abdullah, Muhammad S., Islam - Für das Gespräch mit Christen, Gütersloh 1992

Ahrens, Jörn, Rechtswissenschaft als Anthropotechnik: Bioethik und Menschenwürde, KritV 2006, 368 ff.

Albrecht, Peter-Alexis, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, KritV 2006, 295 ff.

Alexy, Robert, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Aarnio, Aulis u.a. (Hrsg.), Justice, Morality and society, Festschrift für Aleksander Peczenik, Lund 1997, S. 27 ff.

Angerthal, Max, Untersuchungen zur Kulturidee in der neueren Rechtsphilosophie, Königsberg 1929

Anzenbacher, Arno, Christliche Sozialethik - Einführung und Prinzipien, Paderborn 1998

- Einführung in die Ethik, Düsseldorf 2001

Appiah, Kwame Anthony, Race, Culture, Identity: Misunderstood Connections. The Tanner Lectures on HumanValues, Nr. 17, Salt Lake City 1996

Ariès, Philippe, Geschichte des Todes, München 1999

- Studien zur Geschichte des Todes im Abendland, München 1981

Aristoteles, Rhetorik, Buch 1, in: Gohlke, Paul (Hrsg.), Aristoteles. Die Lehrschriften, Paderborn 1959

- Rhetorik, Buch 1, in: Sievke, Franz (Hrsg.), München 1897

Augustinus, Aurelius, Der Gottesstaat, Bd. 1, Buch I-VII, in: Perl, Carl Johann (Hrsg.), Salzburg 1951

Ayer, Alfred J., Language, Truth and Logic, 17. Aufl., London 1967

Baader, Joseph (Hrsg.), Nürnberger Polizeiordnungen aus dem XIII. bis XV. Jahrhundert, Stuttgart 1861

Badura, Peter, Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, S. 897 ff.

Barthel, Christian, Medizinische Polizey und medizinische Aufklärung. Aspekte des öffentlichen Gesundheitsdiskurses im 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1989

Barthel, Torsten F., Gesetz über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen (BestattG) Niedersachsen, Wiesbaden 2006

Bauer, Fritz, Grundgesetz und „Schmutz- und Schundgesetz", JZ 1965, 41 ff.

Baumgartner, Hans Michael/Honnefelder, Ludger/Wickler, Wolfgang u.a., Menschenwürde und Lebensschutz. Philosophische Aspekte, in: Rager, Günther (Hrsg.), Beginn, Personalität und Würde des Menschen, 2. Aufl., Freiburg 1998, S. 179 ff.

Baur, Isolde, Die Geschichte des Wortes ‚Kultur' und seiner Zusammensetzung, München 1951

Behrendt, Ethel Leonore, Gott im Grundgesetz, München 1980

Benda, Ernst, Die Kunstfreiheit und ihre Grenzen, Die Neue Ordnung 36 (1982), 345 ff.

- Gefährdungen der Menschenwürde, Opladen 1975

- Von der Vergänglichkeit zum Plastinat, NJW 2000, 1769 ff.

Bender, Albrecht W., Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht: Dogmatik und Schutzbereich, VersR 2001, 815 ff.

Berger, Klaus, Das Kreuz als öffentliches Symbol, in: Brugger, Winfried/Huster, Stefan (Hrsg.), Der Streit um das Kreuz in der Schule. Zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, Baden-Baden 1999, S. 165 ff.

Berlin, Isaiah, Two Concepts of Liberty, Oxford 1958

Bessenge, Peter/Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., München 2007

Bethge, Herbert, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977

Bieler, Frank, Persönlichkeitsrecht, Organtransplantationen und Totenfürsorge, JR 1976, 224 ff.

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, Freiburg 1911

Birke, Wolfgang, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968

Birnbacher, Dieter, Gefährdet die moderne Reproduktionsmedizin die menschliche Würde?, in: Braun, Volkmar u.a. (Hrsg.), Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin, München 1987, S. 77 ff.

- Philosophisch-Ethische Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 927 ff.

Bischofskonferenzen Deutschlands, Österreichs u.d. Schweiz u.d. Bischofs von Luxemburg, Die kirchliche Begräbnisfeier in den katholischen Bistümern des deutschen Sprachgebiets, Freiburg 2007

Blankenagel, Alexander, Tradition und Verfassung, Baden-Baden 1987

Blum, Paul Richard, Studien zur Thematik des Todes im 16. Jahrhundert, Wolfenbüttel 1983

Bobert, Sabine, „Wir blicken jetzt einen Spiegel ...". Begräbnisliturgie und neue Bestattungskultur, in: Grünwaldt, Klaus/Hahn, Udo(Hrsg.), Vom christlichen Umgang mit dem Tod: Beiträge zur Trauerbegleitung und Bestattungskultur, Hannover 2004, S. 55 ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978

- Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, S. 92 ff.

- Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089 ff.

- Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), 1 ff.

- Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssälen? Zum Verhältnis von staatlicher Selbstdarstellung und religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates, ZevKR 20 (1975), 119 ff.

- Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 809 ff.

- Menschenwürde: „Dasein um seiner selbst willen",
Deutsches Ärzteblatt 2003, 100(19), A 1246 f.

- Stellung und Bedeutung der Religion in einer „Civil Society", Internationale katholische Zeitschrift „Communio" 18 (1989), 584 ff.

- Zur Kritik der Wertbegründung des Recht, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, S. 67 ff.

- Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991, S. 81 ff.

Breithaupt, Walter, Die guten Sitten, JZ 1964, 283 ff.

Bremer, Xenia, Tote im Zelt - Plastination versus Bestattungszwang?, NVwZ 2001, 167 ff.

Britz, Gabriele, Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kulturellen Differenzen, Tübingen 2000

Brockhaus Enzyklopädie Bd. X, 20. Aufl., Mannheim 1999

- Bd. III, 20. Aufl., Mannheim 1999

- Bd. XXIV, 20. Aufl., Mannheim 1999

Brox, Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl., Köln 2008

Brugger, Claudia Maria/Kühn, Hermann, Sektion der menschlichen Leiche. Zur Entwicklung des Sektionswesens aus medizinischer und rechtlicher Sicht, Stuttgart 1979

Brugger, Winfried, Das Kreuz in der Schule aus kommunitaristischer Sicht, ZiF- Mitteilung 3/1997, S. 9 ff.

Brunner, Heinrich, Das rechtliche Fortleben des Toten bei den Germanen, in: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte. Gesammelte Aufsätze II, Weimar 1931, S. 340 ff.

- Die Strafe des Pfählens im älteren deutschen Recht, ZRG GA 26 (1905) 258 ff.

Burckhardt, Georg, Planbild eines Kulturstaates. Eine Verfassung im Sinn einer neuen Generation, Würzburg 1954

Burkel, Ernst, Über die Verhütung des Scheintodes, München 1984

Burmeister, Joachim, Die Verfassungsorientierung in der Gesetzesauslegung, Berlin 1966

Buschmann, Arno, Zur Fortentwicklung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, 2081 ff.

Caspary, Hans, Klassizistische Grabmäler auf dem Mainzer Hauptfriedhof, Mainzer Zeitschrift 67/68 (1972/73), 274 ff.

Classen, Claus Dieter, Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten, JöR 36 (1987), 29 ff.

Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin 1976

Corbin, Alain, Pesthauch und Blütenduft. Eine Geschichte des Geruchs, Berlin 1984

Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 14. Aufl., München 1997

Crusen, Georg, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, Berlin 1890

Danwerth, Otto, Tod und Jenseits in Europa, in: Köpke, Wulf/Schmelz, Bernd (Hrsg.), Das Gemeinsame Haus Europa. Handbuch zur europäischen Kulturgeschichte, Frankfurt am Main 1999, S. 895 ff.

de Vecchio, Giorgio, Die Grundprinzipien des Rechts, Berlin 1923

de Wall, Heinrich, Die Befugnis der Kirchen zur Differenzierung nach dem Glauben im Friedhofsrecht, NVwZ 1995, 769 ff.

Denninger, Erhard, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, in: ders. (Hrsg.), Der gebändigte Leviathan, Baden-Baden 1990, S. 146 f.

- Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: Däubler-Gmelin, Herta u.a. (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 561 ff.

Depenheuer, Otto, Wahrheit oder Frieden?, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 33 (1999), 5 ff.

Der große Herder. Nachschlagewerk für Wissen und Leben, Bd. VIII, 5. Aufl., Freiburg 1965

Dernburg, Heinrich/Biermann, Johannes, Pandekten, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1892

Diemer, Alwin/Frenzel, Ivo (Hrsg.), Lexikon der Philosophie, Frankfurt am Main 1963

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992

Dietz, Otmar/Arnold, Jürg, Bestattungsgesetz in Baden-Württemberg, 2. Aufl., Stuttgart 1982

Dolderer, Michael, Objektive Grundrechtsgehalte, Freiburg 2000

Dolzer, Rudolf u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, München 2009

Drath, Martin, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, Tübingen 1963

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., Tübingen 2004

Droege, Michael, Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz? Der Kulturauftrag im Verfassungsstaat und die Kirchen, KritV 2001, 466 ff.

Dudenredaktion, Duden. Die deutsche Rechtschreibung, Mannheim 24. Aufl., 2006

Dürig, Günter, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1953/1954), 57 ff.

- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 123 ff.

- Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259 ff.

- Grundgesetz, 29. Aufl., München 1993

- Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.

Dusik, Peter, Grenzprobleme der Menschenwürde, Würzburg 1976

Ebers, Godehard Josef, Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930

Eckart, Wolfgang, Besser „von den Würmern zerfressen"? - Leichenplastinate zwischen Kunstkommerz und postmortaler Erregung, Forum Wissenschaft 17 (2000), Nr. 2, 57 ff.

Ehmke, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 ff.

Ehrlich, Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1989

Enders, Christoph, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997

Engelhardt, Hans, Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: Listl, Joseph/Pirson, Dietrich (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 108

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956

Erbel, Günter: Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, Berlin 1971

Erichsen, Hans-Uwe, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, 85 ff.

Etzioni, Amitai, Die Entdeckung des Gemeinwesens, Stuttgart 1995

Ferber, Rafael, Philosophische Grundbegriffe. Eine Einführung, 6. Aufl., München 1999

Fichte, Johann Gottlieb, Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. VII, 1846

- Reden an die Deutsche Nation, Leipzig 1945

Fiedler, Wilfried, Sozialer Wandel. Verfassungswandel. Rechtsprechung, München 1972

Finger, Thorsten/Müller, Philipp, „Körperwelten" im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde, NJW 2004, 1073 ff.

Fischer, Norbert, Auf dem Weg zum modernen Grab, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 261 ff.

Fischer, Thomas/Tröndle, Herbert (Hrsg.), Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., München 2008

Fleiner, Fritz/Giacometti, Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949

Forsthoff, Ernst, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 37 ff.

- Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1984

- Die Umbildung des Verfassungsstaates, in: Dreier, Ralf (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 51 ff.

Fraenkel, Ernst, Deutschland und die westlichen Demokratien, in ders. (Hrsg.), Deutschland und die westlichen Demokratien, Frankfurt am Main 1991, S. 48 ff.

Frankenberg, Günter, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, KritJ 2000, 325 ff.

Gadamer, Hans Georg, Wahrheit und Methode, Tübingen 1960

Gaedke, Jürgen, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 7. Aufl., Köln 1997

Geddert-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin 1990

Geiger, Theodor, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2. Auf., Berlin 1970

Geiger, Willi, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Zeidler, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Joachim Faller, München 1984, S. 3 ff.

Geis, Max-Emanuel, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, Baden-Baden 1990

Gény, François, Science et technique en droit privé positif, Bd. II, Paris 1915

Gephart, Werner, Recht als Kultur, Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts, Frankfurt am Main 2006

Gerber, Hans, Die weltanschaulichen Grundlagen des Staats, Tübingen 1930

Gern, Alfon, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1585 ff.

Gisel, Alfred, Amphitheater, Theatrum anatomicum, Auditorium, Domus anatomica, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 643 f.

Goerlich, Helmut, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973

Göldner, Detlef Christoph, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat. Bemerkungen zur Doppelfunktion von Einheit und Gegensatz im System des Bonner Grundgesetzes, Tübingen 1977

- Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969

Görisch, Christoph, Staatskirchenrecht am Ende?, NVwZ 2001, 885 ff.

Gramlich, Ludwig, Abschied vom „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild", DVBl. 1980, 531 ff.

Gramm, Christof, Rechtsfragen der staatlichen Aidsaufklärung, NJW 1989, 2917 ff.

Grasser, Walter, Totenbestattung als öffentliche Aufgabe, BayVBl. 1972, 291 ff.

Grawert, Rolf, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg 1995, § 14

Grimm, Dieter, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 45 ff.

Grimm, Jakob, Von der Poesie im Recht, Darmstadt 1957

Grimmer, Klaus, Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen". Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane, Berlin 1971

Gronimus, Andreas, Noch einmal Peep-Show und Menschenwürde, JuS 1985, 174 ff.

Gröschner, Rolf, Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes, JZ 1996, 637 ff.

- Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung. Die kulturstaatlichen Grenzen der Privatisierung im Bestattungsrecht, Stuttgart 1995

Groschopp, Horst, Weltliche Trauerkultur in der DDR, humanismus aktuell, Zeitschrift für Kultur und Weltanschauung, Berlin 6 (2002) 11, 41 f.

Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, Berlin 1983

Gullo, Peter, Religions- und Ethikunterricht im Verfassungsstaat, Berlin 2003

Gusy, Christoph, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl. 1982, 984 ff.

Gutkas, Karl, Die „Todtentruhe" in der Josephinischen Begräbnisreform, in: Neumann, Wolfgang (Red.), Vom Totenbaum zum Designersarg: zur Kulturgeschichte des Sarges von der Antike bis zur Gegenwart, Kassel 1993, S. 75 f.

Gysin, Arnold, Recht und Kultur, Basel 1929

Häberle, Peter, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Darmstadt 1982, S. 1 ff.

- Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl., Berlin 2008

- Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg 1998, § 20

- Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders. (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozess, Berlin 1978, S. 155 ff.

- Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 2. Aufl., Karlsruhe 1972

- Klassikertexte im Verfassungsleben, Berlin 1981

- Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, in: Engisch, Karl (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1984, S. 389 ff.

- Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 329 ff.

- Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1982

- Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), 111 ff.

Habermann, Norbert, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Neubearb., Berlin 2004

Habermas, Jürgen, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Gumann, Amy (Hrsg.), Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt am Main 1993, S. 147 ff.

- Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auf die Diskursethik zu?, in: Kuhlmann, Wolfgang (Hrsg.), Moral und Sittlichkeit, Frankfurt am Main 1986, S. 16 ff.

Hain, Karl-Eberhard, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, DVBl. 1993, 982 ff.

Hamann, Andreas/Lenz, Helmut, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1970

Happe, Barbara, Gottesäcker gegen Mitnacht und freyer Durchzug der Winde. Hygiene auf dem Friedhof des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Jahrbuch des Instituts für Geschichte der Medizin der Robert Bosch Stiftung 7 (1988), S. 205 ff.

Harten, Hans-Christian/Elke Harten, Die Versöhnung mit der Natur. Gärten, Freiheitsbäume, republikanischen Wälder, heilige Berge und Tugendparks in der französischen Revolution, Reinbek 1989

Hartmann, Nicolai, Ethik, Berlin 1926

- Hegel, Berlin 1929

Hauser-Schäublin, Brigitta u.a.(Hrsg.), Der geteilte Leib, Frankfurt am Main 2001

Heckel, Martin, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 21 ff.

- Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Dreier, Horst/Badura, Peter (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, BVerfG, Bd.2, Tübingen 2001, S. 379 ff.

- Staat, Kirche, Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, Tübingen 1968

- Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat, JZ 1994, 425 ff.

Heller, Hermann, Staatslehre, 6. Aufl., Tübingen 1983

Hellermann, Johannes, Multikulturalität und Grundrechte - am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Grabenwarter, Christoph u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Wien 1994, S. 129 ff.

Henkel, Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München 1964

Hensel, Albert, Grundrechte und politische Weltanschauung, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 80, Tübingen 1931

Hertlein, Katja, Der rechtliche Rahmen für Bestattungen nach islamischen Vorschriften, NVwZ 2001, 890 ff.

Hesse, Konrad, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Listl, Joseph/Pirson, Dietrich (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 521 ff.

- Grenzen der Verfassungswandlung, in: Ehmke, Horst u.a. (Hrsg.), Festschrift für Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 123 ff.

- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999

- Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959

Heun, Werner, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen, JZ 1996, 213 ff.

Heydt, Volker, Anmerkung zur Entscheidung des Hess. StGH vom 03.07.1968, DVBl. 1969, 38 ff.

Hilgendorf, Eric, Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion - am Beispiel des Erlanger Schwangerschaftsfall, NJW 1996, 758 ff.

Hilsheimer, Karl, Die Geschichte des Leichenbestattungswesens der Stadt Mannheim, Leipzig 1905

Hirsch, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung - Grundfragen des strafrechtlichen Ehrschutzes, Karlsruhe 1967

Hoerster, Norbert, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1995

- Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172 ff.

- Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 94 ff.

Höfer, Josef/Rahner, Karl (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. II, 2. Aufl., Freiburg 1958

- Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. VI, 2. Aufl., Freiburg 1961

- Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, 2. Aufl., Freiburg 1966

Höfling, Wolfram, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582 ff.

Hofmann, Hasso, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353 ff.

- Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 4. Aufl., Darmstadt 2008

- Vier Erfahrungen des Rechts, in: Bielefeldt, Heiner (Hrsg.), Würde und Recht des Menschen. Festschrift für Johannes Schwartländer zum 70. Geburtstag, Würzburg 1992, S. 81 ff.

Hohner, Georg, Subjektlose Rechte, Bielefeld 1969

Hollerbach, Alexander, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 1 (1969), 46 ff.

- Freiheit kirchlichen Wirkens, Isensee, Josef/Kirchhof, Paul u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. VI, 2. Aufl., Heidelberg 2001, § 140

Honnefelder, Ludger, Die Frage nach dem moralischen Status des Embryos, in: Höffe, Otfried/Honnefelder, Ludger/Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Gentechnik und Menschenwürde, Köln 2002, S. 79 ff.

Höpp, Gerhard/Jonker, Gerdien, In fremder Erde. Zur Geschichte und Gegenwart der islamischen Bestattung in Deutschland, Berlin 1996

Hruschka, Joachim, Utilitarismus in der Variante von Peter Singer, JZ 2001, 261 ff.

Hsü, Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, Berlin 1932

Hsu, Yue-dian, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat, Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, Berlin 1999

Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. VI, Stuttgart 1981

- Zur Problematik des Kulturstaats, Tübingen 1958

Huber, Peter M., Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1988, 505 ff.

Hubmann, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967

Hufen, Friedhelm, Die kulturintegrative Kraft der Verfassung, in: Däubler-Gmelin, Herta u.a. (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 115 ff.

- Erosion der Menschenwürde?, JZ 2004, 313 ff.

- Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus, BayVBl. 1985, 1 ff,

- Verbot oder einschränkende Auflagen für die Ausstellung „Körperwelten"?, DöV 2004, 611 ff.

Hume, David, A Treatise of Human Nature, Being an attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into moral subjects, London 1739/1740, zit. nach der Ausgabe von L.A. Selby_Bigge, Oxford 1888 second edition with text revised and variant readings by P.H. Nidditch. Oxford 1978

Huster, Stefan, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2002

Illi, Martin, Wohin die Toten gingen. Begräbnis und Kirchhof in der vorindustriellen Stadt, Zürich 1992

Imhof, Arthur E., Die gewonnenen Jahre. Von der Zunahme unserer Lebensspanne seit dreihundert Jahren oder von der Notwendigkeit einer neuen Einstellung zu Leben und Sterben. Ein historischer Essay, München 1981

Ipsen, Jörn, Staatsrecht, Bd. II, Neuwied 1997

Isemeyer, Manfred, Freireligiöse und Feuerbestattung, in: Kulturamt Prenzlauer Berg/Prenzlauer Berg Museum (Hrsg.), „Kein Jenseits, kein Aufersteh`n". Freireligiöse in der Berliner Kulturgeschichte, Berlin 1998

Isensee, Josef, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 11 (1977), 92 ff.

- Keine Freiheit für den Irrtum, ZGR 104 (1987), 296 ff.

- Staat und Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg 1995, § 13

- Staat, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. V, 7. Aufl., Freiburg 1989

- Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, 545 ff.

Jacobs, Alexander, Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung, Münster 1963

Jarass, Hans D., Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363 ff.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Berlin 1959

- Gesetze, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, Tübingen 1913

Jescheck, Hans H. u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Bd. V, 10. Aufl., Berlin 1989

Jung, Otmar, Zum Kulturstaatsbegriff, Meisenheim am Glan 1976

- Die Entwicklung des Kulturstaatsbegriffs von J.G. Fichte bis zur Gegenwart, Würzburg, 1973

Jung, Winfried, Staat und Kirche im kirchlichen Friedhofswesen, Göttingen 1966

Jüngel, Eberhard u.a., Annahme oder Abtreibung. Thesen zur Diskussion über § 218 StGB, Evangelische Kommentare zu Religion und Gesellschaft 4 (1972), 452 ff.

Kahler, Ulrich, Die Zulässigkeit von Privatgrabstätten, NVwZ 1983, 662 f.

Kant, Immanuel, Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785), in: v. Kirchmann, J.H. (Hrsg.) Berlin 1870

- Kritik der praktischen Vernunft, 1788, in: Gesammelte Schriften/Akademieausg., Bd. IV, Berlin 1963

Kasper, Walter, Höfer, Josef (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. X, 2. Aufl., Freiburg 1986

- Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. II, 3. Aufl., Freiburg 1994

- Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. VI, 3. Aufl., Freiburg 1997

Kästner, Karl-Hermann, Die Geltung von Grundrechten in kirchlichen Angelegenheiten, JuS 1977, 715 ff.

Kaufmann, Arthur, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 81 ff.

Kazele, Norbert, Ausgewählte Fragen des Staatskirchenrechts, VerwArch 2005, 267 ff.

Kehl, Robert, Rechte der Toten, Zürich 1991

Kellnar, Regine, Die fetale Transplantation Rechtsstatus und -schutz des Fötus, Saarbrücken 1996

Kelsen, Hans, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928

- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911

- Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960

- Was ist juristischer Positivismus?, JZ 1965, 466 ff.

Kießing, Walter, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge?, NJW 1969, 533 ff.

Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evangelischer Bestattungskultur. Ein Diskussionspapier, Hannover 2004

Kirchheimer, Otto, Politik und Verfassung, Frankfurt am Main 1964

Kirchhof, Paul, Die Garantie der Kunstfreiheit im Steuerstaat des Grundgesetzes, NJW 1985, 225 ff.

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.

Klinge, Ines, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, Baden-Baden 1996

Klöpfer, Michael/Rossi, Matthias, Tierschutz in das Grundgesetz: Zu den rechtlichen Konsequenzen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz" im Grundgesetz insbesondere zu ihren Auswirkungen auf die Forschungsfreiheit, JZ 1998, 2369 ff.

Klun, Branko, Beziehungen zum verstorbenen Anderen: Überlegungen im Anschluss an die Philosophie Emmanuel Lévians, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 908 ff.

Kluxen, Wolfgang, Was kann uns das Naturrecht heute bedeuten?, Herder Korrespondenz 1979, 78 ff.

Knies, Wolfgang, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967

Kobusch, Theo, Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild, 2. Aufl., Darmstadt 1997

Koecke, Johannes Christian, Religion-Politik-Gesellschaft - Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Sankt-Augustin 2003

Koetting, Bernhard, Der frühchristliche Reliquienkult und die Bestattung im Kirchengebäude, Köln 1965

Kohl, Bernhard, Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel? Zur Interpretation in der gegenwärtigen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG, Berlin 2007

Kohl, Helmut, Freiheit, Solidarität, Gerechtigkeit. Grundlagen und Auftrag unserer Politik, in: Gorscheneck, Günter (Hrsg.), Grundwerte in Staat und Gesellschaft (BsR 156), München 1977, S. 52 ff.

Kohler, Josef, Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie, ARWP (1907/08), 1 ff.

Kopp, Eduard, Mit dem Leichenwagen zur Ausstellung Körperwelten, Chrismon Aktuell, September 2003

Kopp, Ferdinand O., Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Bartelsperger, Richard u.a. (Hrsg.), Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer, München 1986, S. 53 ff.

Kretschmer, Bernhard, Der Grab- und Leichenfrevel als strafrechtliche Missetat, Baden-Baden 2001

Kriele, Martin, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart 2003

- Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. Zum Problem des judical self-restraint, NJW 1976, 355 ff.

Krüger, Herbert, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966

Kübler, Heidrun, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, Berlin 1977

Kunz, Erhard, Handbuch der Dogmengeschichte, Bd. IV, Freiburg 1980

Kurtz, Donna C./Boardman, John, Thantos. Tod und Jenseits bei den Griechen, Mainz 1985

Kymlicka, Will, Liberalism, Community, Culture, Oxford 1989

- Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford 1995

Laband, Paul, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. I, Freiburg 1876

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch: StGB, 26. Aufl., München 2007

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2, Besonderer Teil/2. Halbband, 13. Aufl., München 1994

Lautmann, Rüdiger, Wert und Norm, Begriffsanalysen für die Soziologie, Köln 1969

Lehmann, Brita, Postmortaler Persönlichkeitsschutz. Zur Frage des Fortbestehens des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Tod des Rechtsträgers hinaus, Bonn 1973

Leibholz, Gerhard, Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1958

Leisner, Walter, Die Staatswahrheit. Macht zwischen Willen und Erkenntnis, Berlin 1999

- Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzes zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, Tübingen 1964

Leisner, Walter/Goerlich, Helmut, Das Recht auf Leben, Hannover 1976

Lerche, Peter, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961

- Verfassungswandel als aktuelles Politikum, Politische Studien 23 (1972), 113 ff.

- Werbung und Verfassung, München 1967

Levinson, Nathan Peter, Zeugnis einer Religion - Zeuge der Religion, in: Theobald, Alfred Udo (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, Karlsruhe 1984, S. 55 ff.

Levy, Jacob, Classifying Cultural Rights, in: Shapiro, Ian/Kymlicka, Will (Hrsg.), Ethnicity and Group Rights, New York 1997, S. 22 ff.

Lichtenthaeler, Charles Geschichte der Medizin. Die Reihenfolge ihrer Epochenbilder und die treibenden Kräfte ihrer Entwicklung, Bd. II, Köln 1974

Lindemann, Körper und Name des Menschen, DVBl. 1957, 37 ff.

Locke, John, An Essay Concerning Human Understanding, 1690, Book II, Cap. 27, Ausgabe London/New York 2000

Lorenz, Konrad, Die Rückseite des Spiegels, München 1977

Lorz, Ralph Alexander, Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants, Stuttgart 1993

Löw, Konrad, Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, DÖV 1958, 516 ff.

Lübbe, Hermann, Wer ist Mensch?, in: Marquard, Otto/Staudinger, Hansjürgen (Hrsg.), Anfang und Ende des menschlichen Lebens: Medizinethische Probleme, Band IV, München 1987, S. 44 ff.

Lüdersen, Klaus, Erfahrung als Rechtsquelle, Frankfurt am Main 1972

Luhmann, Niklas, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg 1993

- Grundrechte als Institution, Berlin 1965

- Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974

Mai, Gerald, Die rechtliche Zulässigkeit der embryonalen Gewebe- und Zellentnahme zum Zwecke der Entwicklung einer neuartigen Therapiestrategie gegen die Parkinsonsche Krankheit, Frankfurt am Main 1999

Maier, Hans/Denzer, Horst (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Bd. I, München 2001

Maihofer, Werner, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, in: Bulletin/Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 711 ff.

- Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda, Ernst u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983, § 25

Majewski, Otto, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, Berlin 1971

Maritz, Heinz, Die Heiligen-, Bilder- und Reliquienverehrung, in: Listl, Joseph (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl., Regensburg 1999, S. 840 ff.

Marx, Karl, in: Institut für Marxixmus-Leninismus beim ZK der SED, Marx-Engels-Werke, Bd. 3, Berlin 1957

Mastronardi, Philippe, Recht und Kultur: kulturelle Bedingtheit und universaler Anspruch des juristischen Denkens, ZaÖRV 61 (2001), 61 ff.

Maurer, Hartmut, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 7 ff.

Mayer, Max Ernst, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903

Mayer-Maly, Theo, Gedanken über das Recht, Graz 1985

Merkel, Reinhard, Forschungsobjekt Embryo, München 2002

Messner, Johannes, Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, 7. Aufl., Berlin 1984

Metken, Sigrid, Seelkerker, Schädel und Totengebein, in: dies. (Hrsg.), Die letzte Reise. Sterben, Tod und Trauersitten in Oberbayern, München 1984

Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, Bd. I, 9. Aufl., Mannheim 1979

- Bd. XIII, 9. Aufl., Mannheim 1980

- Bd. XVI, 9. Aufl., Mannheim 1980

Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. I, Buch 1 Kap. 3, in: Forsthoff, Ernst (Bearb.), Tübingen 1951

Moór, Julius, Das Problem des Naturrechts, ARSP XXVIII (1934/35), 325 ff.

Morlok, Martin Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993

Müller, Friedrich, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997

- Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966

Myrdal, Gunnar, Das Wertproblem in den Sozialwissenschaften, 2. Aufl., Bonn 1975

Nawiasky, Hans, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln 1948

Nawiasky, Hans/Leusser, Hans (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates vom 02.12.1946. Systematischer Überblick und Handkommentar, Berlin 1948

Nebinger, Robert, Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart 1949

Nelsen, Leonard, Kritik der praktischen Vernunft, Göttingen 1916

Nickel, James, Group Agency and Group Rights, in: Shapiro, Ian/Kymlicka, Will (Hrsg.), Ethnicity and Group Rights, New York 1997, S. 235 ff.

Nipperdey, Hans Carl, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, Berlin 1929

Nussbaum, Arthur, Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Forschung, Tübingen 1914

Opp, Karl-Dieter, Soziologie im Recht, Reinbek b. Hamburg 1973

Ossenbühl, Fritz, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, 649 ff.

Peiter, Katharina, Der evangelische Friedhof von der Reformation bis zur Romantik, Berlin 1968

Pelchen, Georg, Arzneimittelgesetz, in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I, München 1995

Peschke, Karl-Heinz, Christliche Ethik, Grundlegungen der Moraltheologie, Trier 1997

Petrakakos, Demetrios A., Die Toten im Recht, Leipzig 1905

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, 24. Aufl., Heidelberg 2008

Pieroth, Bodo/Siegert, Katja, Kulturelle Staatszielbestimmungen, RdJB 1994, 438 ff.

Pirson, Dietrich, Grundrechte in der Kirche, ZevKR 17 (1972), 358 ff.

Pluisch, Frank/Heifer, Ulrich, Die rechtliche Zulässigkeit von Leichenversuchen, NJW 1994, 2377 ff.

Polley, Rainer, Das Verhältnis der josephinischen Bestattungsreformen unter dem Ancien Régime und Napoleon I., in: Boehlke, Hans-Kurt (Hrsg.), Vom Kirchhof zum Friedhof - Wandlungsprozesse zwischen 1750 und 1850, Kassel 1984, S. 109 ff.

Puppe, Heike, Die kulturelle Identität der Deutschen. Eine Untersuchung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Münster 1990

Rácek, Milan, Versuche der Vergangenheit und Gegenwart, den toten Körper möglichst unverändert zu erhalten, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 746 ff.

Radbruch, Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Sonderausgabe MCMLX, Darmstadt 1960

- Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914

- Rechtsphilosophie, in: Schneider, Hans Peter/Wolf, Erik (Hrsg.), 8. Aufl., Stuttgart 1973

- Über den Begriff der Kultur, Logos II (1911/12), 200 ff.

Rass, Christoph, Tote Soldaten auf den Schlachtfeldern der Weltkriege - dienstbare Leiche zwischen tabuisiertem Sterben und kollektivem Totenkult?, in: Groß, Dominik, Die dienstbare Leiche, Der tote Körper als medizinische, soziokulturelle und ökonomische Ressource, Kassel 2009, S. 66ff.

Ratzinger, Joseph, Alois, in: Habermas, Jürgen/Ratzinger, Joseph Alois (Hrsg.), Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion, Freiburg 2005

Reinhardt, Heinrich J. F., Das kirchliche Begräbnis, in: Listl, Joseph (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl., Regensburg 1999, S. 840 ff.

Rensmann, Thilo, Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007

Reuhl, Günter, Kulturstaatlichkeit im Grundgesetz, JZ 1981, 322 ff.

Richter, Ingo, Verfassungsfragen multikultureller Gesellschaften, in: Däubler-Gmelin, Herta u.a. (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 637 ff.

Rickert, Heinrich, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 5. Aufl., Tübingen 1929

- Vom Begriff der Philosophie, Logos I (1910/11), 1 ff.

Ridder, Helmut, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975

Robbers, Gerhard, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987

Röhl, Klaus F., Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974

Rottleuthner, Hubert, Grenzen rechtlicher Steuerung - und Grenzen von Theorien darüber, in: Koller, Peter u.a. (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Stuttgart 1992, S. 123 ff.

Rüfner, Wolfgang, Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 7 (1972), 9 ff.

Rumpf, Helmut, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, Karlsruhe 1958

Rüping, Heinrich, Der Schutz der Pietät, GA 1977, 299 ff.

Rüpke, Giselher, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsabbruch, ZRP 1974, 73 ff.

Ryffel, Hans, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied 1969

Säcker, Horst, Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt, DVBl. 1969, 6 ff.

Sauer, Joseph, Zur Geschichte des Friedhofs und der Totenbestattung, Archiv für Katholisches Kirchenrecht (78) 1898, 171 ff.

Schatzschneider, Wolfgang, Rechtsordnung und Prostitution - Einige Anmerkungen zur staatlichen Reglementierung des „ältesten Gewerbes", NJW 1985, 2793 ff.

Scheler, Max, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, 3. Aufl., Halle an der Saale 1927

Schilling, Theodor, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde, KritV 1999, 452 ff.

Schindler, Dietrich, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 4. Aufl., Zürich 1967

Schlaich, Klaus, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972

Schmidt, Frank-Hermann, Verhaltensforschung und Recht, Berlin 1982

Schmidt, Helmut, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, in: Bulletin/Presse- und Informationsamt der Bundesregierung 1976, Bd. I, S. 581 ff.

Schmidt, Reiner, Gesetz und Recht als Orientierung im Wertewandel, BayVBl. 1988, 1 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Neuwied 1983

Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen, Berlin 1928

- Tyrannei der Werte, in: Schnur, Roman (Hrsg.), Säkularisation und Utopie. Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1967, S. 37 ff.

- Verfassungslehre, Berlin 1928

Schmitt-Glaeser, Walter, Schwindende Werte, wachsende Zweifel - Über den Minimalkonsens in der offenen Gesellschaft, BayVBl 1995, 577 ff.

- Verfassungsstaat, Grundkonsens, Christentum, Politische Studien, Sonderheft 2/95, 8 ff.

- Vorverständnis als Methode, Berlin 2004

Schneider, Hans-Peter, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 13 ff.

- Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht, in: Schneider, Hans-Peter/Steinberg, Rudolf (Hrsg.), Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst. Konrad Hesse zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1990, S. 39 ff.

Schneider, Jochen, Theorie des juristischen Entscheidens, in: Kaufmann, Arthur, Hassemer, Winfried, Neumann, Ulfried (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 2004, S. 351 f.

Schönfeld, Walther, Grundlegung der Rechtswissenschaft, Stuttgart 1951

Schreuer, Hans, Das Recht der Toten. Eine germanistische Untersuchung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 33/34 (1916), 1 ff.

Schröder, Michael/Taupitz, Jochen, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes?, Stuttgart 1991

Schwarz, Kyrill-A., Das christlich-abendländische Fundament des Grundgesetzes als Topos der Verfassungsinterpretation, in: Grote, Rainer u.a. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen 2007, S. 419 ff.

Schweizer, Johannes, Kirchhof und Friedhof. Eine Darstellung der beiden Haupttypen europäischer Bestattungsstätten, Linz 1956

Searle, John R., Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay. Übersetzt von R. u. R. Wiggershaus, 6. Aufl. Frankfurt am Main 1994

Seeger, Richard, Bestattungsrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl., Stuttgart 1984

Seel, Martin, Das Gute und das Richtige, in: Menke, Christoph/Seel, Martin (Hrsg.), Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, Frankfurt am Main 1993, S. 219 ff.

Seelmann, Kurt, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Zaczyk, Rainer (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 01.10.1998, Berlin 1998, S. 481 ff.

- Rechtsphilosophie, 4. Aufl., München 2007

Seidler, Eduard, „Vado mori". Von der Herausforderung der Heilkunde durch den Tod, in: Sich, Dorothea u.a. (Hrsg.), Sterben und Tod - Eine kulturvergleichende Analyse, Braunschweig 1986, S. 15 ff.

Simon, Heinrich, Leben im Judentum. Persönliche Feste und denkwürdige Tage. Mit einem Essay Sinn und Ziel des Menschenlebens in jüdischer Sicht, Teetz 2004

Sinzheimer, Hugo, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, in: Kahn-Freund, Otto/Ramm, Thilo (Hrsg.), Bd. 2, Frankfurt am Main 1976, S. 3 ff.

Smend, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994

- Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928

Spaemann, Robert, Haben Ungeborene ein Recht auf Leben?, ZRP 1974, 114 ff.

- Über den Begriff der Menschenwürde, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Spaemann, Robert (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen - säkulare Gestalt - christliches Verständnis, Stuttgart 1987, S. 295 ff.

Spann, Wolfgang, Justitia und die Ärzte. Leben, Gesundheit und Gesetz, Zürich 1979

Spranger, Tade Matthias, Das neue Bestattungsgesetz NRW, NWVBl 2004, 9 ff.

- Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlass von Vorschriften zur Grabgestaltung, Berlin 1999

- Die ungenehmigte Verfügung der Krankenhäuser über Fehlgeborene, MedR 1999, 210 ff.

- Kommentar Bestattungsgesetz Nordrhein Westfalen, 2. Aufl., Stuttgart 2006

- Plädoyer für die Aufhebung des Friedhofszwangs bei Feuerbestattungen, VR 2000, 158 ff.

Stammler, Rudolf, Die Lehre von dem Richtigen Rechte, Halle an der Saale 1926

- Theorie der Rechtswissenschaft, Halle an der Saale 1911

Starck, Christian, Grundrechtliche Schutzpflichten, in ders. (Hrsg.), Praxis der Verfassungsauslegung, Baden-Baden 1994, S. 64 ff.

Stefenelli, Norbert, Ablehnungen von Lehrsektionen, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 519 ff.

Steiner, Udo Kulturpflege, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1996, § 86

- Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 5 ff.

Steinwenter, Arthur, Recht und Kultur. Aufsätze und Vorträge eines österreicherischen Rechtshistorikers. Mit einer Widmung zum 70. Geburtstag von Max Kaser, Graz 1958

Stellpflug, Martin H., Der Strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, Frankfurt am Main 1996

Stern, Klaus, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts, München 1956

- Interpretation - eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, NJW 1958, 695 ff.

- Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1998

Strätz, Hans-Wolfgang, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, Paderborn 1971

Stümmer, Erich, Das Sittengesetz im öffentlichen Bereich, BayVBl. 1965, 186 ff.

Suhr, Dieter, Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaft und des Eigentums, Berlin 1976

Tag, Brigitte, Rechtliche Erwägungen zur Körperspende, Katalog zur Ausstellung „Körperwelten", 9. Aufl., 2000, S. 259 ff.

Taylor, Charles, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt am Main 2007

Theobald, Alfred Udo, Der jüdische Friedhof und seine religiöse Bedeutung, in: ders. (Hrsg.), Der jüdische Friedhof, Zeuge der Geschichte - Zeugnis der Kultur, Karlsruhe 1984, S. 39 ff.

Thiele, Christoph, Plastinierte „Körperwelten", Bestattungszwang und Menschenwürde, NVwZ 2000, 405 ff.

Tiedemann, Paul, Menschenwürde als Rechtsbegriff, Berlin 2007

Tomuschat, Christian, Verfassungsgewohnheitsrecht ?. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1972

Trappe, Paul, Zur Situation der Rechtssoziologie, Tübingen 1968

Triepel, Heinrich, Vom Stil des Rechts - Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, Heidelberg 1947

Trockel, Horst, Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, Berlin 1957

Uhle, Arnd, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, Tübingen 2004

Vesting, Thomas, Prozedurales Verfassungsverständnis und Grundwerte. Zur Wertejudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Dialektik 1994, 72 ff.

Vezin, August (Hrsg.), Vergil, Aeneis, 3. Aufl., Münster 1960

Vigarello, Georges, Wasser und Seife, Puder und Parfum. Geschichte der Körperhygiene seit dem Mittelalter, Frankfurt am Main 1988

Volgger, Ewald, Totenliturgie der großen christlichen Kirchen des deutschsprachigen Raumes, in: Stefenelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 191 ff.

von Busse, Franz-Georg, Gemeinsame Angelegenheiten von Staat und Kirche, München 1978

von Campenhausen, Axel Freiherr, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München 2006

von Camphausen, Axel Freiherr u.a. (Hrsg.), Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, 3. Bde., Bd. I, Paderborn 2000

von Hippel, Ernst, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1963

von Ihering, Rudolf, Der Zweck im Recht, 2. Bd., 4. Aufl. 1904

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl., München 1999

von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., München 1992

von Olshausen, Henning, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, 2221 ff.

von Savigny, Friedrich Karl, Juristische Methodenlehre, in: Wesenberg, Gerhard (Hrsg.), Stuttgart 1951

- Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814

Waldron, Jeremy, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, in: Kymlicka, Will u.a. (Hrsg.), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995, S. 751 ff.

Weber, Hermann, Benutzungszwang für Trauerhallen (Friedhofskapellen) und friedhofseigene Leichenkammern auf kirchlichen Friedhöfen, ZevKR 33 (1988), 15 ff.

- Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, Berlin 1966

Wehler, Hans-Ulrich, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. I, München 1987

Weischedel, Wilhelm, Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 19, S. 19 ff.

Weisser, Gerhard, Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, Stuttgart 1934

Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1955

Westermann, Harm Peter, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561 ff.

Westheider, Rolf, Kein Platz für Leichen. Bestattungsprobleme in einer ostwestfälischen Kleinstadt um 1800, Friedhof und Denkmal 38 (1993) Nr. 2, 38 ff.

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967

Wilhelm Sauer, Philosophie der Zukunft, Eine Grundlegung der Kultur, Stuttgart 1926

Willems, Heiko, Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Ausstellung „Körperwelten", VR 2001, 306 ff.

Wintrich, Josef, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Süsterhenn, Adolf (Hrsg.), Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anl. seines 75. Geburtstages, München 1972, S. 227 ff.

- Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957

Wolf, Erik, Große Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963

Wolff, Hans Julius, Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, Aalen 1933

Wolfslast, Gabriele, Rechtliche Aspekte der Neurotransplantation, Zentralblatt für Neurochirurgie 1995, 210 ff.

Würtenberger, Thomas, Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung, NJW 1986, 2281 ff.

- Zeitgeist und Recht, 2. Aufl., Tübingen 1991

Wüstendörfer, Hans, Die Methode soziologischer Rechtsfindung, Berlin 1971

Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl., München 2007

- Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. München 2006

- Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 3. Aufl., München 1973

- Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 2007

Zwingli, Ulrich, Sämtliche Werke. Autorisierte historisch-kritische Gesamtausgabe. Werke von Sommer bis Herbst 1531. Nachträge zu den Werken und Briefen, Bd. IV, in: Egil, Emil/Staedke, Joachim/ Büsser, Fritz (Hrsg.), Zürich 1991