

Doch von Einzelproblemen abgesehen: Die Rechtswissenschaften haben für Grundrechtskonkurrenzen oder Grundrechtskollisionen Vorrangs- und Abwägungsregeln entworfen. So spielt eine Rolle, dass vor allem diejenigen Grundrechte zu sichern sind, die das Grundgesetz ohne Einschränkung bzw. ohne Schrankenvorbehalt verbürgt (z.B. die Menschenwürde oder die Forschungsfreiheit). Abwehrrechte haben prinzipiell einen Vorrang vor Anspruchsrechten (s.o. S. 66). Bei Abwägungen soll möglichst keines der kollidierenden Grundrechte ganz verdrängt werden. Stattdessen sind die Gegensätze so weit wie möglich in Einklang zu bringen („schonender Ausgleich“). Die Güter, die einander widerstreiten, sollen immerhin möglichst weitgehend zum Zuge gelangen („Prinzip der praktischen Konkordanz“). Zu beachten sind die Verhältnismäßigkeit, die Sachgerechtigkeit oder die „Natur der Sache“ sowie die Einzelfallgerechtigkeit. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge gilt für den Fall, dass zwei Grundrechte im Widerstreit stehen:

„Beide Verfassungswerte müssen ... im Konfliktfall nach Möglichkeit zum Ausgleich gebracht werden; lässt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat“⁷⁶⁶.

In summa: Die Urteilsschritte, die rechtspolitisch zum zweckmäßigen Umgang mit Rechtsgütern und im Blick auf den Schutz und die Ausgestaltung von Grundrechten vorgenommen werden, schließen Kompromisse ein. In der Gegenwart sind in der Bevölkerung eine Vielfalt voneinander abweichender, ja antagonistischer Interessen und ist moralischer, weltanschaulicher sowie religiöser Pluralismus anzutreffen. Auch die Verfassung selbst ist hintergründig von divergierenden Traditionen geprägt – z.B. religiöses Naturrecht versus philosophische Aufklärung und grundrechtsorientierter Rechtsstaatsgedanke. Umso anspruchsvoller ist es, bei Wert-, Ziel- und Grundrechtskonflikten Kompromisse aufzufinden. Damit die verschiedenen Wertordnungen, die in einer pluralistischen Gesellschaft faktisch vorhanden sind, in der *einen* Rechtsordnung koexistieren können, muss Letztere kompromissoffen und -freundlich sein. Die Rechtsordnung ist Mittel zum Zweck. Sie beruht „auf dem Willen des Gesetzgebers und damit auf den Kompromissen, die die gesellschaftlichen Kräfte geschlossen haben“⁷⁶⁷, und hat ihrerseits die Funktion, Kompromisslinien aufzuzeigen.

3. Offenhalten von Kompromissen und Ermöglichung persönlicher Verantwortung

3.1. Kriterien für rechtspolitische Kompromisse

In philosophischen, verfassungsrechtlichen und rechtswissenschaftlichen Reflexionen wird der Begriff „Kompromiss“ nicht allzu häufig verwendet. Im

Jahr 2010 publizierte der israelische Philosoph Avishai Margalit sein Buch „On Compromise and Rotten Compromises“ / „Über Kompromisse und faule Kompromisse“. Es sollte das Phänomen des Kompromisses ungeachtet seiner Zweideutigkeit und alltäglichen Belastetheit für die Philosophie und die politische Ethik rehabilitieren. Wie unverzichtbar Kompromisse grundsätzlich sind, zeigt sich daran, dass Staatsverfassungen auf Verfassungskompromissen aufruhren. Diese können darin bestehen, dass eine Verfassung Föderalismus und Zentralismus in Einklang bringt oder das Gewaltmonopol des Staates mit den Freiheitsrechten des Einzelnen ausbalanciert. Schon 1909 hieß es hierzu:

„Der Staat ist natürlich vor allem das Prototyp der allgemeinen Einrichtungen, welche dem Einzelwesen entgentreten und sich ihm als herrschende Macht erweisen. Aber auch der Staat muß sich wiederum dem Einzelnen beugen, dies schon darum weil er aus Einzelnen besteht und daher stets durch den menschlichen Untergrund, der ihn bildet, beeinflußt wird“⁷⁶⁸.

Gelegentlich spricht man von Parteienkompromissen. Gesetze wie das Stammzellgesetz werden politische Kompromisse genannt. In der Verfassungs- und Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland war der sogenannte Asylkompromiss, der 1993 in dem neu geschaffenen Art. 16a Grundgesetz kodifiziert wurde, sehr strittig und anfechtbar⁷⁶⁹.

Insofern ist auch die Schattenseite von Kompromissen zu sehen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Begriff des Kompromisses oftmals pejorativ verwendet, so dass es z.B. heißt: „rechtlich unergiebigere politischer Kompromiss“; „klassischer Kompromiss“ mit einer Einigung „zur Hälfte“; „Formelkompromiss“; „politischer Kompromiss spezifisch deutscher Natur“⁷⁷⁰; „dilatorischer Kompromiss“. Dabei steht vor Augen, dass als Kompromiss beschlossene Gesetze oft nicht sachadäquat, sondern die Folge politischer Tauschgeschäfte oder Ausdruck von Verlegenheitslösungen und bloßer politischer Gesichtswahrung sind. Im Unterschied hierzu ist rechtsethisch jedoch auf die Option verantwortlicher, wohl abgewogener Kompromisse aufmerksam zu machen. Sie haben die Funktion, angesichts widerstreitender Positionen Inhalte, Regelungen oder Verfahren zu vereinbaren, die für die Beteiligten und Betroffenen einen *modus vivendi* bieten.

Für die Rechtsordnung stellen Kompromisse eigentlich keinen Fremdkörper dar. Denn der Terminus „Kompromiss“ entstammt geistesgeschichtlich dem Rechtswesen. Das lateinische Wort „*compromissum*“ – abgeleitet von „*compromittere*“ / „versprechen“ – bedeutete im römischen Zivilprozess eine Vereinbarung streitender Parteien, sich dem Spruch eines von ihnen gewählten Schiedsrichters zu unterwerfen. Der Begriff bezeichnete auch die schiedsrichterliche Entscheidung als solche. Im deutschen Sprachgebrauch ist das Wort seit dem 15. Jahrhundert nachweisbar. Auch hier ging es um eine gegenseitige Übereinkunft bzw. um ein Urteil, dem man sich unterwarf. Erst im 19. Jahrhundert wurde das Wort aus der juristischen Fachsprache in den allgemeinen gesellschaftlichen und staatlichen Sprachgebrauch übertragen⁷⁷¹. Das klassische Werk der modernen

Sozialwissenschaften, die 1908 erschienene Soziologie Georg Simmels, hat den Kompromiss als rationale Konfliktlösung gedeutet, ihn als Teil „der alltäglichen und selbstverständlichen Lebenstechnik“ charakterisiert und als „eine der größten Erfindungen der Menschheit“ gerühmt⁷⁷². Angesichts dieser recht frühzeitigen, pointierten soziologischen Würdigung überrascht es, dass in der philosophischen und in der theologischen Ethik des 20. Jahrhunderts die Idee des Kompromisses kaum Resonanz fand.

Zur römisch-katholischen Ethik:

Die offizielle katholische Morallehre vertrat und vertritt programmatisch eine kompromisslose Deontologie (Pflichtenlehre) bzw. eine Prinzipienethik, der es auf die reine Lehre, auf die Ge- oder Verbote des Lehramts und auf das *intrinsece bonum*, d.h. auf das vom katholischen Lehramt als „in sich gut“ Erachtete ankommt. Hiervon dürfe auf *keinen* Fall abgewichen werden⁷⁷³. Manche katholische Stimmen geben sich Mühe, diesen Rigorismus zu überwinden und darzulegen, dass zumindest auf der rechtlichen und sozialen Ebene Kompromisse zulässig sein müssen, selbst wenn sich Gläubige in ihrer ethischen oder religiösen Überzeugung auf keine Kompromisse einlassen könnten⁷⁷⁴. Das katholische Lehramt beharrt auf seiner Kompromisslosigkeit jedoch nach wie vor – oder zurzeit sogar wieder verstärkt – nach innen, gegenüber den eigenen Gläubigen, sowie nach außen gegenüber Staat und Rechtspolitik. Aufgrund seiner kompromisslosen Prinzipienethik setzte der Vatikan es zum Beispiel im Jahr 1999 durch, dass die deutsche katholische Kirche aus dem gesetzlich geordneten System der Schwangerschaftskonfliktberatung ausstieg. Die Beratungsstellen, die dem deutschen staatlichen Gesetz gemäß tätig sind, händigen einer Frau nach einem Gespräch einen Beratungsschein aus, der es ihr gestattet, aufgrund eigenen Entschlusses notfalls eine Schwangerschaft abzubrechen. Die Aushändigung des Beratungsscheins erschien der römisch-katholischen Kirche nicht tragbar, weil hierdurch in manchen Fällen indirekt zum Schwangerschaftsabbruch beigetragen werde. Die Aussicht, mittels der Beratung Menschen zu helfen und sogar Leben retten zu können, sei irrelevant. Nach staatlichem Recht ist der Schwangerschaftsabbruch unter den Bedingungen von § 218 und § 219 Strafgesetzbuch zwar möglich. Für die katholische Amtskirche gilt er aber als kompromisslos verboten und wird von ihr umstandslos als „Mord“ (!) bewertet⁷⁷⁵. Darüber hinaus versuchte die römisch-katholische Kirche in verschiedenen Staaten – auch in der Bundesrepublik Deutschland –, den staatlichen Gesetzgeber davon abzubringen, humane embryonale Stammzellforschung zu dulden, weil diese gegen den von ihr gelehrten „absoluten“ Embryonenschutz verstoße⁷⁷⁶; und anderes. Kompromisse erscheinen ihr ausgeschlossen.

Zur evangelischen Ethik:

Es mag verwundern, dass der Protestantismus gegenüber der Idee des Kompromisses ebenfalls reserviert blieb. Dies zeigte sich im Werk Karl Barths. Barth betonte den Glaubensgehorsam, so dass es zu christlichen Aussagen über Staat und Politik „in der Sache keine Diskussion geben“ und „sie auch nach außen nicht zum Gegenstand von Nachgiebigkeit und Kompromissen“ gemacht werden dürften. Anstelle rational begründeter Kompromisse lag ihm an der Weisung des Heiligen Geistes; er ersetzte die rationale ethische Urteilsbegründung und Kompromissfindung durch die Pneumatologie⁷⁷⁷.

Mit dieser theologisch-absoluten Position haben Barth und andere Vertreter der Offenbarungstheologie moderatere, vielversprechende Denkansätze verdrängt, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts auf Seiten des Protestantismus anzutreffen gewesen waren. In seinen Überlegungen über „Grundprobleme der Ethik“ hatte Ernst Troeltsch entfaltet, dass die

Güter der Kulturgesellschaft – Wissenschaft, Kunst, Arbeit und Wirtschaft, Religion, Familie sowie das Recht selbst – als endlich und relativ zu begreifen sind⁷⁷⁸. Hiervon ausgehend hätte es für die protestantische Ethik nahegelegen, gesellschaftliche Zielkonflikte in der Logik von Güterabwägungen und Kompromissen aufzuarbeiten. In der späteren evangelischen Theologie des 20. Jahrhunderts gingen solche Impulse verloren.

Erst im Nachkriegs-Westdeutschland fand der lutherische Ethiker Helmut Thielicke zur Idee des Kompromisses einen Zugang. Indem er die Endlichkeit und die sündige Gebrochenheit der irdischen Welt hervorhob, deutete er das göttliche Handeln selbst als „Kompromiß mit der Welt“. Folgerichtig sei dann auch das Handeln der Menschen als ein Kompromiss auszulegen, der Gottes Gebote unter den einschränkenden Bedingungen der Welt – nämlich den Eigengesetzlichkeiten weltlicher Ordnungen und der Sünde unter den Menschen – zu realisieren versuche. Innerweltlich sei die Notwendigkeit, Kompromisse einzugehen, nicht überwindbar⁷⁷⁹. Evangelische Theologen akzeptierten das Phänomen des Kompromisses daher unter dem Vorzeichen der Sündenlehre oder der Eschatologie, indem sie die Unvollkommenheit und Erlösungsbedürftigkeit der irdischen Welt herausstellten.

Der evangelische Ethiker Wolfgang Trillhaas (1903–1995) ging einen großen Schritt weiter. Er hielt das Bemühen um vertretbare Kompromisse für ein wesentliches Element einer „Ethik der Demokratie“ und für „sittlich geboten, weil das Gesamtinteresse die Teilinteressen übergreift“⁷⁸⁰. In Worten Jesu (Matthäus 5,25; Lukas 12,58f) sah er eine Legitimation für die Klugheit von Kompromissen, die sich von einem leichtfertigen Kompromissgeist abgrenzen lasse. Er rechtfertigte den Kompromiss nicht nur, weil er pragmatisch, sozial oder rechtlich unerlässlich ist, sondern schätzte ihn sogar als einen „sittlichen Begriff“ ein⁷⁸¹.

Aus heutiger rechtsethischer Perspektive ist zu sagen, dass Kompromisse das Lebenselixier eines Rechtsstaates sind, der für die Bürger und für die gesellschaftlichen Subsysteme die äußere Ordnung, den Rechtsfrieden und die Freiheitsspielräume zu garantieren hat. Kompromisse – nämlich inhaltlich-materiell oder prozedural angelegte Kompromisse / Sach- oder Verfahrenskompromisse – sollen unterschiedliche, ja antagonistische Standpunkte, Partialinteressen und das Gemeinwohl ausbalancieren. Nachstehend werden einige Klarstellungen, Differenzierungen sowie Abgrenzungen genannt.

Erstens: Bezugspunkte rechtspolitischer Kompromisse: die äußeren Rahmenbedingungen der Gesellschaft und das äußere Verhalten von Menschen

Als Georg Simmel den Kompromiss als „eine der größten Erfindungen der Menschheit“ würdigte, unterschied er zwischen dessen subjektiver und objektiver Dimension. Einerseits durchdachte er die subjektive Seite von Kompromissen, nämlich die Bereitschaft von Menschen zur Versöhnung, andererseits die „Streitbeendigung durch das Kompromiß“ als objektiven Sachverhalt⁷⁸². Für die Rechtspolitik und die Rechtsordnung ist die „objektive“, äußere Dimension die Bezugsgröße. Ein Kompromiss dient der „Herstellung des Gleichgewichts von Interessen und deren Legitimität“⁷⁸³ und einem funktional-instrumentalen Ausgleich divergierender Standpunkte. Er reguliert die äußeren Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Hierzu gilt, dass Kompromisse niemanden überfordern sollten. Der alte römische Rechtsgrundsatz „ultra posse

nemo obligatur“ / „niemand darf über sein Können hinaus in die Pflicht genommen werden“, ist auch in Anbetracht von Kompromissen zugkräftig.

Zweitens: Respekt vor der Vielfalt individueller Überzeugungen – Eröffnung von persönlichen Handlungsspielräumen

Wenn rechtspolitische Kompromisse die äußere Ordnung und die strukturellen Voraussetzungen des Zusammenlebens betreffen, heißt dies, dass sie die persönlichen Überzeugungen und die innere Einstellung der Menschen unberührt lassen sollen. Dies sei an dem Gesetz erläutert, das am 7.7.2011 vom Deutschen Bundestag zur Präimplantationsdiagnostik beschlossen wurde. Es gestattet die PID unter bestimmten eingrenzenden Bedingungen, zu denen eine vorherige Beratung des Kinderwunschaars und das auf den Einzelfall bezogene Votum einer Ethikkommission gehören. In seinem Begründungsteil nahm der Gesetzentwurf eine Abwägung der Perspektiven, Interessen und Grundrechte vor, die für das Thema der PID eine Rolle spielen, und bekräftigte, dass die konkrete Entscheidung von den Betroffenen, den potentiellen Eltern des erhofften Kindes, selbst zu treffen ist:

„Gerade im Bereich persönlicher Lebensgestaltung, in dem regulative staatliche Eingriffe besonderer Rechtfertigung bedürfen, bringt eine begrenzte Zulassung der PID den individuellen Freiheitsanspruch auf der einen und den Schutz allgemeiner Rechtsgüter durch den Staat auf der anderen Seite am ehesten zu einem gerechten Ausgleich. Denn eine derartige Zulassung ermöglicht den Paaren, die eine PID wahrnehmen wollen, die verantwortungsvolle Ausübung ihres Grundrechts auf Fortpflanzungsfreiheit, ohne dass damit die moralische Position derjenigen, die die PID strikt ablehnen, abgewertet oder für unhaltbar erklärt würde“⁷⁸⁴.

Zwar kann man geteilter Meinung sein, ob das Gesetz das Selbstbestimmungsrecht der Frau und ihres Partners konsequent genug berücksichtigt. Denn letztlich stellt es die Entscheidung über die Durchführung oder Ablehnung einer PID dann doch einer Ethikkommission anheim. Das Gesetz hat zudem versäumt, hierfür die institutionellen Rahmenbedingungen, die Unabhängigkeit der Kommission, die Pluralität ihrer Zusammensetzung, Verfahrensregeln sowie Widerspruchsmöglichkeiten klarzustellen. Gegenwärtig, unmittelbar nach der Verabschiedung des Gesetzes (Juli 2011), wurde bereits gefordert, man solle auf dem Weg der Rechtsverordnung dafür sorgen, dass die neu einzurichtenden Ethikkommissionen die Durchführung einer PID nur sehr restriktiv bewilligen. Im Gegenzug ist darauf aufmerksam zu machen, dass bei einer ethisch sehr viel problematischeren Fallkonstellation, nämlich beim Schwangerschaftsabbruch, überhaupt kein Kommissionsvotum erforderlich ist. Nach vorheriger Beratung kommt es hier allein auf den Willen der Frau an. Ethisch und rechtlich ist fraglich, ob es haltbar wäre, wenn eine Kommission gegenüber dem begründeten Wunsch einer Frau, die PID durchführen zu lassen, einmal „Nein“ sagen sollte. Denn dieses Nein würde in ihr verfassungsrechtlich verbürgtes Grundrecht auf Freiheit und Selbstbestimmung tief einschneiden.

Diese Einzelheiten sollen hier aber auf sich beruhen bleiben. Es kommt vielmehr auf den hauptsächlichen, grundlegenden Sachverhalt an: Das jetzt beschlossene Gesetz lässt die PID im Prinzip zu. Die aus der Gesetzesbegründung zitierten Sätze besagen, der Entschluss sei den Betroffenen selbst zu überlassen. Hiermit trug die Gesetzesbegründung dem rechtsethischen Postulat Rechnung, dass der Staat die persönliche Einstellung seiner Bürger zu respektieren hat. Hätte der Deutsche Bundestag hingegen den Gesetzentwurf angenommen, der die PID verbieten wollte⁷⁸⁵, wären das Selbstbestimmungsrecht zahlreicher Bürger und ihre moralischen Überzeugungen übergangen worden. Agnostische, philosophische, jüdische, islamische oder protestantische Stellungnahmen halten die PID für vertretbar. Das jetzt verabschiedete Gesetz, das die PID rechtlich erlaubt, hat den Vorzug, in die divergierenden philosophischen, weltanschaulichen und religiösen Standpunkte der Menschen nicht einzugreifen, sondern ihnen Raum zu lassen. Diejenigen, die eine PID für moralisch akzeptabel halten, dürfen sie im Inland künftig legal in Anspruch nehmen. Gleichzeitig gilt: Wenn katholische Gläubige religiös-moralische Einwände haben, ist dies für das Gesetz ebenfalls eine mögliche Position. Den Katholikinnen und Katholiken, die sich am kirchlichen Lehramt orientieren, bleibt es unbenommen, von der PID keinen Gebrauch zu machen und Dritte, die das Angebot für sich nutzen, hierfür sogar zu kritisieren. So betrachtet hat der Gesetzgeber einen Kompromiss beschlossen, der funktional-instrumental einen Ausgleich der Interessen und Argumente vornimmt, ohne dass die Bürger auf eine bestimmte Position festgelegt würden und sie ein Nein oder ein Ja zur PID persönlich nachvollziehen müssten.

Das heißt: Rechtspolitische Kompromisse repräsentieren einen formalen Konsens über die äußere Ordnung des Zusammenlebens – in diesem Fall: im Gesundheitswesen – bei verbleibendem Dissens der persönlichen Überzeugungen der Menschen. Hierin besteht rechtsethisch ihr guter Sinn. Weil die Gesellschaft weltanschaulich pluralistisch ist und weil der Staat die Selbstbestimmungsrechte der Bürger beachten muss, sollten gesetzgeberische Kompromisse von vornherein so angelegt werden, den Bürgern ein möglichst hohes Maß an eigenem Entscheidungsspielraum offenzuhalten. Dies gilt unter anderem für Fragen der Lebensformen und Lebensführung oder für die Zweifelsfragen des Lebensbeginns oder des Lebensendes, die letztlich nur persönlich beantwortbar sind. Weder der Staat noch Religionen oder Weltanschauungen können hierzu „objektive“, alle Menschen bindende Standpunkte vorgeben. Um die Freiheit der Bürger zu wahren, sind in Gesetz gegossene Kompromisse zielführender als rechtliche Überregulierungen oder Verbotsnormen es wären, die auf Freiheitsbeschränkungen und auf einen staatlichen Paternalismus hinauslaufen. Denn rechtsethisch besteht ein wesentlicher Zweck der Rechtsordnung darin, den Bürgern zu ermöglichen, ihrer *eigenen* Überzeugung zu folgen und individuell ethische Verantwortung zu übernehmen (s.o. S. 75ff).

Drittens: Transparenz und argumentative Plausibilisierbarkeit

Wenn die Rechtspolitik Kompromisse anstrebt, sollte dies in einem geregelten Verfahren, unter Beteiligung und Anhörung von Betroffenen – soweit möglich auch mit Hilfe partizipatorischer Verfahrenselemente oder gegebenenfalls mit Runden Tischen – und auf der Basis inhaltlich plausibilisierbarer Argumente in Gang gebracht werden. Für die Problematik, die jeweils zu bewältigen ist, ist das Verhältnis von Mittel und Zweck zu prüfen und kann ein „geringeres Übel“ in Kauf genommen werden, solange dieses im Rahmen einer Güterabwägung vertretbar, verhältnismäßig und zumutbar erscheint. Dass rechtspolitische Kompromisse für die Betroffenen „zumutbar“ bleiben müssen, hat auch das Bundesverfassungsgericht betont⁷⁸⁶.

Viertens: Wahrung der Menschenwürde und der Grundrechte

Außer Frage steht, dass für Kompromisse nicht der Preis einer Verletzung der Menschenwürde oder fundamentaler Menschenrechte gezahlt werden darf.

In dieser Hinsicht ist zu dem gesetzgeberischen Kompromiss, der am 7.7.2011 zur Präimplantationsdiagnostik verabschiedet wurde, ein Missverständnis auszuräumen. Es war immer wieder gesagt worden, der Staat müsse das Verfahren verbieten, weil durch seine Zulassung die Menschenwürde jener Frühembryonen verletzt werde, die genetisch auf ihre Disposition für schwere erbliche Krankheiten untersucht werden. Dieser Einwand ist jedoch nicht triftig. Denn es lässt sich mit guten Gründen bestreiten, dass frühe präinatale Embryonen bereits im vollen Sinn des Wortes „Menschen“ und dass sie vollumfänglich Träger der Menschenwürde sind (s.o. S. 160f).

Anders verhält es sich bei sonstigen Sachverhalten. An dem Postulat, dass Kompromisse die Menschenwürde nicht antasten dürfen, liegt dem israelischen Philosophen Avishai Margalit. In historischer Hinsicht hat er die Gründungsdokumente der Vereinigten Staaten von Amerika einer scharfen Kritik unterzogen. Denn der damalige Verfassungskompromiss habe eingeschlossen, in einigen Bundesstaaten die Sklaverei zu dulden:

„Möglich wurden die Gründung der Vereinigten Staaten und die Annahme der amerikanischen Verfassung erst durch den Connecticut-Kompromiß, der in der amerikanischen Tradition der Große Kompromiß heißt. Der Hauptverantwortliche für die Ausarbeitung des Kompromisses war Roger Sherman, der als der ‚große Kompromißler‘ gerühmt wurde. Die beiden dornigen Fragen, die der Kompromiß lösen sollte, waren die politische Vertretung und die Sklaverei. Der unangenehme Teil ist für uns der Kompromiß über die Sklaverei. Die Sklaverei wurde anerkannt (auch wenn es Madison gelang, den Ausdruck ‚Sklaverei‘ aus dem Wortlaut der Verfassung herauszuhalten). Die Verfassung enthielt kein Verbot der Sklaverei. Und mehr noch, sie ermächtigte den Kongreß nicht dazu, solch ein Verbot zu erlassen. Die Einfuhr von Sklaven blieb bis 1808 erlaubt“⁷⁸⁷.

Als Extrembeispiel für einen „niederträchtigen“, Menschen verachtenden Kompromiss („rotten compromise“) führt Margalit sodann das Münchner Abkommen vom 30.9.1938 an, in dem die Regierungschefs von Frankreich und Großbritannien, Édouard Daladier und Neville Chamberlain, dem Diktator Adolf Hitler die Eingliederung des Sudetenlandes zugestanden. Margalits gedankliches Interesse ist es, unter Ausschaltung von „faulen“ und verwerflichen Kompromissen die Legitimität und den guten ethischen Sinn politischer Kompromisse herauszuarbeiten: „compromises are vital for social life, even though some compromises are pathogenic“⁷⁸⁸.

Deshalb sollten Kompromisse die voranstehenden Bedingungen und Verfahrensregeln sowie die gebotenen argumentativen und grundrechtlichen Standards einhalten.

Fünftens: Geltung unter der Klausel „rebus sic stantibus“

Dies vorausgesetzt, sind Kompromisse als Ausdruck gesteigerter politischer Reife⁷⁸⁹ und gesteigerter rechtspolitischer Verantwortlichkeit zu deuten, wenn es um die Bewältigung von Zielkonflikten geht. Sie gelten *rebus sic stantibus*, d.h. solange für die Rechtsgüter oder für die Sachverhalte, auf die sie sich beziehen, keine neue Bewertung erforderlich ist. Eines ihrer Merkmale ist ihre Revisionsoffenheit. Insofern können sie sogar der Fortentwicklung des Rechts zugutekommen. Schon allein aus Gründen der Rechtssicherheit sollten allerdings rein dilatorische Kompromisse vermieden werden, bei denen von vornherein einkalkuliert oder „eingepflanzt“ wird, dass Einzelheiten oder strittige Einzelaspekte erst später durch die normative Kraft des Faktischen, durch die Rechtspraxis oder durch Gerichtsentscheidungen geklärt werden.

Sechstens: Willkürfreiheit und Sachgemäßheit

Aus dem soeben Gesagten resultiert: Formelkompromisse, die mehrdeutig bleiben oder die ethische Verdunkelungen enthalten, sowie rein technische, „faule“, „leichtfertige“ Kompromisse und der sogenannte Deal stellen Fehlformen dar. Sie sind freilich nicht selten bei Gesetzgebungsverfahren anzutreffen – „mit den bekannten Folgen: quälende Lähmung der Politik, intransparente Verfahren und Verwässerung der Vorhaben. Als Erfolg gilt unter diesen Umständen bereits der Kompromiss, die Lösung des Problems wird zweitrangig“⁷⁹⁰. Ein Beispiel für einen fragwürdigen Kompromiss bzw. für einen „Deal“ war das Zugeständnis einer Elbvertiefung im Gegenzug zur landesgesetzlichen Einführung der sechsjährigen Primarstufe im Schulsystem bei den Hamburger Koalitionsverhandlungen 2008. Solche Sachverhalte miteinander zu verknüpfen, ist taktisch oder parteipolitisch motiviert, aber nicht in der Sache selbst begründbar. Rechtspolitische Kompromisse werden ferner dadurch diskreditiert, dass sie von doppelbödigem Verhalten begleitet werden. Ein Beispiel bietet ein Abstimmungsverhalten der deutschen Bundesregierung, das in Brüssel als „German vote“ bezeichnet wird: Man widerspricht einer EU-Richtlinie; aber bei der Abstimmung in der Ministerratssitzung wird Stimmhaltung praktiziert, „um die Richtlinie dennoch nicht zu blockieren“⁷⁹¹.

Daher ist zu unterstreichen: Kompromisse sind daran zu bemessen, dass sie willkürfrei bleiben und sachgerecht sind bzw. an der Natur der Sache Anhalt nehmen. Was unter „Natur der Sache“ („*natura rei*“, „*natura rerum*“) zu verstehen ist, ist geistes- und rechtsgeschichtlich vielfältig erörtert worden⁷⁹². Dem Aristotelismus zufolge wäre an eine teleologische, immanent zielgerichtete Struktur rechtserheblicher Güter zu denken. Die „Natur der Sache“ ergäbe sich dann daraus, dass einem Sein ein Zweck oder eine Finalstruktur eingestiftet sei, durch die es von innen her geprägt werde. Noch in der Moderne war davon die

Rede, dass den Rechts- und Kulturgütern eine innere bzw. eine in sich geschlossene Ordnung zu entnehmen sei. Der Rechtswissenschaftler Heinrich Dernburg (1829–1907) schrieb:

„Die Lebensverhältnisse tragen, mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt, oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist“⁴⁷⁹³.

Die heutige Rechtsethik wird die aristotelische Metaphysik sowie die These einer durchgehenden immanenten Ordnung der Dinge hinter sich lassen müssen. Stärker differenzierend gilt es vielmehr, rechtspolitische Urteilsbildungen

- an die Empirie zurückzukoppeln
- in dieser Hinsicht dasjenige Maß an Genauigkeit (griech.: akribia) zu erzielen, das der jeweilige Gegenstand zulässt,
- soziokulturelle Sachverhalte und lebensweltliche Sachgesetzmäßigkeiten typisierend, idealtypisch aufzuarbeiten
- hierzu natur-, geistes- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zu rezipieren
- anthropologische Einsichten zu beachten, die für den jeweiligen Sachverhalt relevant sind.

Wird dies versäumt, dann laufen rechtliche oder rechtspolitische Urteilsfindungen Gefahr, ihre alltagsweltliche Vermittelbarkeit und ihre Zweckmäßigkeit preiszugeben. In diesem Sinn haben sich auch rechtspolitische Kompromisse an der „Natur der Sache“ zu orientieren.

Der Sachlichkeit, Sachgerechtigkeit und Willkürfreiheit kommt ein derart hoher Stellenwert zu, dass ihnen in einem Exkurs anhand eines Einzelthemas nachgegangen werden soll. Hierzu sei das Problem aufgegriffen, ob und wann der Gesetzgeber im Zuge rechts- und gesundheitspolitischer Kompromisse „Stichtage“ festlegen darf.

3.2. Ein medizinrechtliches Einzelproblem: Der Stichtag im Gendiagnostikgesetz als rechtsethisch akzeptabler Kompromiss?

Erstens: Maßstäbe für die Festlegung von Stichtagen

Stichtage finden sich in zahlreichen Gesetzen. In der Regel werden sie von den Betroffenen bejaht oder zumindest hingenommen. Zum Streitgegenstand wurde die Frage des Stichtags aber im Jahr 2002 sowie erneut 2008 anlässlich des sogenannten Stammzellenkompromisses. Das Parlament wollte ein Datum bestimmen, bis zu dem humane embryonale Stammzellen, die deutsche Forscher verwenden dürfen, aus ausländischen Frühembryonen entnommen worden sein müssen. Die Problematik wurde bereits erörtert, als Rechtsunsicherheiten im Wissenschaftsbereich und Hemmnisse der Wissenschaftsfreiheit zur Sprache gelangten. Gegen die Fixierung eines starren Stichtags, den das Stammzellgesetz vornahm, sind Vorbehalte zu erheben. Unter anderem ist einzuwenden, dass das

Parlament den Stichtag, nämlich den 1.5.2007, ohne Rückgriff auf naturwissenschaftliche Plausibilität festgelegt hat. Es handelt sich um eine zufällige, willkürliche Datierung (s.o. S. 202, 203).

Der Gesetzgeber hat ebenfalls zu zahlreichen sonstigen Regelungsmaterien Stichtage festgesetzt – von Stichtagen für das Lebensalter von Kindern bei ihrer Einschulung bis zu Zäsuren bei Amnestiegesetzen: „Straftaten, die bis zum Stichtag begangen worden sind, fallen unter die Amnestie, spätere nicht“⁷⁹⁴. Stichtage sind gleichfalls von Gerichten benannt worden. Dies können Fristen sein, die dem Parlament eingeräumt wurden, um ein Gesetz zu beschließen oder zu novellieren. So gab das Bundesverfassungsgericht im Juli 2008 äußerst weiträumig den 30.6.2011 vor, bis zu dem der Deutsche Bundestag ein verfassungskonformes Wahlgesetz zu schaffen habe. Der Bundestag hat sich über dieses Datum freilich hinweggesetzt (s.o. S. 231f). Stichtage besitzen grundsätzlich ihre Berechtigung. In vielen Fällen sind sie unerlässlich. Von Interesse ist, dass das Bundesverfassungsgericht oder auch das Bundessozialgericht dann aber Kriterien aufgezählt haben, die bei der Fixierung von Stichtagen zu berücksichtigen sind. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge muss der Gesetzgeber bei der Einführung eines Stichtags seinen Spielraum „in sachgerechter Weise“ nutzen. Die von ihm „gefundene Lösung“ muss „sich im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung durch sachliche Gründe rechtfertigen“ lassen und darf nicht „willkürlich“ erscheinen⁷⁹⁵. Wenn ein Stichtag festgelegt wird, müssen Grundrechte, insbesondere die Gleichheit vor dem Gesetz, gewahrt werden. Einen Stichtag zu etablieren, bringe „Härten“ mit sich. Daraus entstehe gegebenenfalls ein Spannungsverhältnis zum Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 I Grundgesetz. Daher müsse die Einführung eines Stichtages „notwendig“ sein. Seine Datierung müsse, „orientiert am gegebenen Sachverhalt, vertretbar“ sein. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz ziehe „dem Gesetzgeber um so engere Grenzen ..., je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundgesetzlich ... geschützter Freiheitsrechte auswirken kann“⁷⁹⁶. Im Übrigen sei bei der Festlegung von Stichtags- und Übergangsvorschriften, die zu den „die Allgemeinheit betreffenden Rechtsänderungen“ gehöre, seitens des Gesetzgebers „dem Wandel der Einstellung in der Bevölkerung Rechnung [zu] tragen“⁷⁹⁷.

Zweitens: Die Problematik des Verbots genetischer Diagnostik auf spätmanifestierende Krankheiten

(1) Die Zitate unterstreichen, dass der Gesetzgeber an das Gebot der Sachlichkeit gebunden und er dem Willkürverbot unterworfen ist. Dies ist nun für einen gesetzgeberischen Kompromiss zu bedenken, der 2009 ausgehandelt wurde. Nach ca. siebenjährigen komplizierten Kompromissbemühungen kam 2009 das Gendiagnostikgesetz (GenDG) zustande. Aus der Vielzahl seiner Einzelprobleme⁷⁹⁸ ist hier eine Regelung zu erwähnen, die kurz vor der parlamentarischen Abstimmung „(i)n letzter Minute“⁷⁹⁹ durch einen Deal in das Gesetz hineingeschrieben worden ist. Sie betrifft die pränatale Diagnostik (PND). Bei diesem gendiagnostischen Verfahren wird – zurzeit oft erst nach der 12. Schwanger-

schaftswoche – ein Fetus prädiktiv (vorhersagend) auf genetische oder chromosomale Schädigungen hin untersucht. Hierzu hat das Gesetz einen ganz bestimmten Stichtag festgesetzt, ohne das Wort „Stichtag“ als solches zu benutzen. Das Gendiagnostikgesetz verbietet die PND, sofern es um Krankheiten geht, die nach der Geburt nicht schon in den ersten Lebensjahren, sondern erst später, nach dem 18. Geburtstag, auftreten (sogenannte spätmanifestierende Krankheiten). Die Bestimmung lautet (§ 15 II GenDG):

„Eine vorgeburtliche genetische Untersuchung, die darauf abzielt, genetische Eigenschaften des Embryos oder des Fötus für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht, darf nicht vorgenommen werden“⁸⁰⁰.

Dieses Verbot hat, soweit bekannt, europa- und weltweit keine einzige Parallele. Im internationalen Rechtsvergleich ist es singular. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes darf in Deutschland keine PND mehr erfolgen, die abklärt, ob der Embryo oder Fetus Träger einer genetischen Disposition auf spätmanifestierende Krankheiten ist. Der Wunsch einer Schwangeren, eine solche PND durchführen zu lassen, ist gegebenenfalls davon veranlasst, dass in ihrer Familie oder in der Familie ihres Partners erbliche Belastungen bekannt sind und dass spezifische Krankheits- und Leidenserfahrungen bereits vorliegen. In Betracht kommen sehr schwere, unbehandelbare, zum Tode führende Krankheiten wie z.B. Chorea Huntington, aber auch erblich bedingte Formen des Brust- oder des Darmkrebs, neurologische oder andere Erkrankungen.

Die Initiative, die PND auf spät auftretende Krankheiten in Deutschland zu untersagen, ging u.a. vom damaligen Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen, Jürgen Rüttgers, aus. Zur Begründung berief er sich auf „unsere[...] christlich-jüdischen Wurzeln“, auf die „Grundpfeiler[...] jüdisch-christlicher Überzeugungen“ und auf die „Grundfesten unseres Menschenbildes“⁸⁰¹. Dass der pauschale Rückgriff auf das christliche (und in diesem Fall auch auf das jüdische) Menschenbild in einer weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft keine tragfähige Grundlage für Verbotsgesetze sein kann, die alle Bürger betreffen, braucht hier nicht erneut entfaltet zu werden. Abgesehen davon werden im Judentum zu dem Themenkreis ganz andere Auffassungen vertreten, als Ministerpräsident Rüttgers es unterstellte. Trotzdem hat das Verbot, auf das sein Vorstoß abzielte, Gesetzeskraft erlangt. Die damalige Bundesgesundheitsministerin Ulla Schmidt hat es am 24.4.2009 als politischen Kompromiss verteidigt. Sie erklärte,

„dass wir mit dem gefundenen Kompromiss sehr gut leben können. Denn dem Recht der Eltern auf Wissen steht das Recht eines ungeborenen Kindes auf Nichtwissen gegenüber. Dies wird im Gesetz verankert. Die Frage, wie ein Leben verlaufen würde – je nachdem, welche Erkenntnisse über Erkrankungen vorliegen, auch wenn sie vielleicht nicht eintreten –, rechtfertigt es, das Recht der Eltern auf Wissen einzuschränken, weil es auch ein Recht auf Nichtwissen gibt“⁸⁰².

Die Gesundheitsministerin referiert hier ein Argument, das bei den abschließenden Gesetzesberatungen in den Vordergrund gerückt worden war. Es besagt, dass der Wunsch einer Schwangeren, eine PND durchführen zu lassen, dem später geborenen Kind die Möglichkeit nehme, im Lauf seines Lebens selbst darüber zu entscheiden, ob es seine genetische Veranlagung für die betreffende, familiär bedingte Erkrankung durch einen Test klären oder ob es lieber darauf verzichten möchte. Das Argument macht hiermit einen vorbeugenden oder vorsorglichen Rechtsschutz namhaft, der für die Phase der Schwangerschaft die künftigen Selbstbestimmungsrechte des noch nicht geborenen Kindes antizipiert. Gegen die Schwangere macht es ein vorwirkendes Persönlichkeitsrecht des noch ungeborenen Kindes geltend⁸⁰³. Anders gesagt: Man wollte einen Ausgleich erzielen zwischen dem aktuellen Recht der schwangeren Frau auf Wissen – nämlich auf das Wissen um eine eventuelle schwere Schädigung des Fetus – und ihrem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung einerseits, dem hypothetischen bzw. futurischen Recht des noch ungeborenen Kindes auf Nichtwissen um sein Genom andererseits. Um den Ausgleich herzustellen, wurde mit Hilfe des Stichtags – keine PND für Krankheiten, die erst nach dem 18. Geburtstag auftreten – gesetzgeberisch ein Kompromiss konstruiert.

(2) Die Regelung ist an den Kriterien zu messen, die rechtsethisch sowie nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für Stichtage relevant sind. War die Einführung des Stichtags (Vollendung des 18. Lebensjahrs) notwendig, plausibel begründet, verhältnismäßig, willkürfrei und sachgerecht?

Dies ist schon allein deshalb zu verneinen, weil für biologische Prozesse und daher auch für das Auftreten menschlicher Krankheiten gleitende Übergänge charakteristisch sind. Auch bei sogenannten spätmanifestierenden Krankheiten steht keineswegs eindeutig fest, dass sie durchweg erst nach der Vollendung des 18. Lebensjahrs in Erscheinung treten. Sogar die Chorea Huntington, die in der Regel im Alter von 40 bis 50 Jahren auftritt, besitzt juvenile Formen und kann sich schon bei Heranwachsenden bemerkbar machen⁸⁰⁴. Schwierig ist, wie die Hämochromatose, die genetisch bedingte Eisenspeicherkrankheit, in die Logik des Kompromissgesetzes einzuordnen wäre. Das Gesetz differenziert nicht zwischen vorgeburtlichen Diagnosen, die den Ausbruch einer spät manifestierenden Krankheit sicher (z.B. Chorea Huntington) oder mit Wahrscheinlichkeit (z.B. erblich bedingter Darmkrebs) voraussagt. Sodann lässt es unberücksichtigt, dass spätmanifestierende Krankheiten bereits im Umkreis oder vor Vollendung des 18. Lebensjahrs nicht im Vollbild, aber in Vorformen erkennbar werden können: manche Formen des Darmkrebs, die sich lange vor der eigentlichen Manifestation schon vor dem 18. Lebensjahr bemerkbar machen (z.B. durch Polypenbildung), oder Augenkrankheiten (Netzhauterkrankungen, etwa das Refsum-Syndrom, oder Retinopathia pigmentosa). Auch Zystennieren sind bezogen auf das Lebensalter nicht eindeutig einzuordnen⁸⁰⁵. Unklar ist, ob der vom Gesetz benannte Stichtag des 18. Geburtstags die Wahrnehmbarkeit erheblicher Krankheitssymptome oder das Vollbild einer Krankheit meint oder ob auch an subklinische Symptome gedacht ist, die oft Jahre oder Jahrzehnte vorher vorhanden