Erster Beratungsgegenstand:

Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit

1. Bericht von Professor Dr. Christian Hillgruber, Bonn

Inhalt

		Seite
I.	Recht, Politik und Wirklichkeit	8
	1. Recht als "verarbeitete" politische Wirklichkeit	8
	2. Das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht	
	und politischer Wirklichkeit	14
	a) Die Auslegung des Grundgesetzes	14
	b) Die Anwendung des Grundgesetzes	17
	c) Verfassungswirklichkeit?	20
	3. Das Grundgesetz - "un-wirklich" und unzeitgemäß	
	von Anfang an	20
II.	(Un)Fälle	24
	1. Die Abtreibungsfrage	24
	2. Die Vertrauensfrage	30
	3. Die Ausnahmelage	37
III.		
	und Staatsrechtslehre bei der Auslegung und Anwendung	
	des Verfassungsrechts	43
	1. Die Gewährleistungsfunktion des BVerfG –	
	Generelle Bewahrung und individuelle Fortschreibung	
	des Verfassungsrechts	43
	2. Der Beitrag der Staatsrechtslehre – Erkenntnis,	
	Darstellung und Bezeugung des Verfassungsrechts	
	und Förderung "guter" Verfassungsanwendung	49
	und i Orderens "guter verlassungsanwendung	47

I. Recht, Politik und Wirklichkeit

Das mir gestellte Thema deutet einen Gegensatz an, der so nicht besteht: Nicht "zwischen" normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit steht das Verfassungsrecht, es hat und es ist beides: Es ist – nicht nur, aber auch – politische Wirklichkeit, und es zielt mit dem ihm eigenen normativen Anspruch darauf, politisch wirklich zu werden. Weder Recht und Politik noch Recht und Wirklichkeit sind Gegensätze.¹

1. Recht als "verarbeitete" politische Wirklichkeit

Inhaltlich lassen sich Recht und Politik nicht unterscheiden. Verfassungsrecht ist nicht nur das "Recht für das "Politische",² d.h. das Recht, das den politischen Prozess in Form bringt und steuert, sondern selbst rechtsförmiger Ausdruck des Politischen. Recht ist bloß ein besonderer "Aggregatzustand" des Politischen, rechtlich gebundene, gewissermaßen "verfestigte" Politik. Als "Bindemittel" wirkt das dem Recht eigentümliche normative Element. Während die "ursprüngliche", d.h. noch nicht verrechtlichte Politik ständig im Fluss ist, reduziert die Rechtsbindung die Fließgeschwindigkeit. Politik wird "zähflüssig" in Gesetzesform. Sie gerinnt schließlich im Verfassungsrecht, ohne dabei ihren politischen Charakter einzubüßen. Nur der Aggregatzustand ändert sich, die Materie bleibt dieselbe.

Auch Recht und Wirklichkeit bilden keinen Gegensatz: Das Recht hat seine eigene Wirklichkeit – die Geltung –, und sein Inhalt ist nichts anderes als normativ "verarbeitete" Wirklichkeit. Rechtlichen Sollenssätzen liegt stets eine Vorstellung von dem, was nach Ansicht des Rechtsetzers ist, zugrunde.³ Das Recht entscheidet selbst über die in sein

¹ Siehe dazu nur *J. Isensee* Verfassungsrecht als politisches Recht, in: HStR VII, 1. Aufl. 1993, § 162 Rn. 19f.: "politisch' als Gegenbegriff zu ,rechtlich". Dass Recht und Politik, ins rechte Verhältnis zueinander gesetzt, "nicht länger nur als Gegensatzpaar" erscheinen, betont auch *F. Schoch* Entformalisierung staatlichen Handelns, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 14.

² K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, 16. Nach einer berühmten Formulierung H. Triepels (Staatsrecht und Politik, 1927, 12) hat das Staatsrecht "ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische".

³ C. Gusy "Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, 213 (216): "Das Recht ist in seiner Entstehung somit auch wirklichkeitsgeprägt; umgekehrt soll es gerade in der Realität wirken. Beides setzt eine Vorstellung von Wirklichkeit voraus."; H. Steiger Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), 55 (75) – verfassungsrechtliche Garantien gingen "von der Erfahrung der bewährten Vernünftigkeit des Gegebenen als Gewordenem aus, die es als Teil der Wirklichkeit hat".

System einbezogenen und einzubeziehenden Realitätsausschnitte und Wirklichkeitsanschauungen.⁴ Nicht Wirklichkeitsverweigerung, wohl aber selektive Wahrnehmung und Verarbeitung von Wirklichkeit in spezifisch rechtlicher Perspektive⁵ bestimmten die Haltung des Rechts gegenüber der Realität.

Die aus äußeren und inneren Tatsachen zusammengesetzte "Wirklichkeit" ist für das Recht als Normenkomplex also keineswegs bedeutungslos.6 Normativ erheblich ist sie aber nur, wenn und soweit ihr das Recht selbst Erheblichkeit beimisst,7 vom Vorliegen bestimmter Tatsachen die Geltung einer Norm als Recht abhängig macht⁸ oder an sie als Tatbe-

⁴ Siehe auch W. Hoffmann-Riem Sozialwissenschaftlich belebte Rechtsanwendung, FS Raiser, 2005, 515 (525), der Normen als "Transformator zur Einbeziehung vom empirischer Realität" ansieht.

⁵ "Ohne Problem keine Beobachtung" lautet eine der zentralen Thesen Karl R. Poppers (Wissenschaftslehre in entwicklungstheoretischer und in logischer Sicht [1972], in: ders., Alles Leben ist Problemlösen. Über Erkenntnis, Geschichte und Politik, 6. Aufl. 2001, 19). Beobachten bzw. wahrnehmen kann nur, wer weiß, was er beobachten bzw. wahrnehmen soll: "Es ist also nicht so, wie der naive Empirist, der Induktionslogiker glaubt: daß wir unsere Erlebnisse sammeln, ordnen und so zur Wissenschaft aufsteigen; oder, wenn wir das mehr ,formal' ausdrücken: daß wir, wenn wir Wissenschaft treiben wollen, zunächst Protokolle sammeln müssen. Die Aufgabe: "Protokolliere, was du eben erlebst!' ist nicht eindeutig (soll ich protokollieren, daß ich eben schreibe, daß ich eine Glocke, einen Zeitungsausrufer und einen Lautsprecher höre - oder daß ich mich darüber ärgere?); aber selbst wenn sie lösbar wäre: auch eine noch so reiche Sammlung solcher Sätze würde nie zu einer Wissenschaft führen. Wir brauchen Gesichtspunkte, theoretische Fragestellungen." (ders. Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, 83).

⁶ Zur Verbindung von Recht und Wirklichkeit siehe F. Müller Normstruktur und Normativität, 1966, 185 f.; ferner D. Grimm Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/J. Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, 39 (42), der hervorhebt, dass "sich ein Sollen nur angesichts eines Seins formulieren läßt und insoweit Seinselemente in sich aufnehmen muß". Vgl. ferner H.-H. Trute Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 115 (130), demzufolge "diese Tatsachen nichts anderes als ebenfalls soziale Konstruktionen des Rechtssystems" sind und der daraus ableitet (132), dass es einer genauen Beschreibung bedürfe, "welche Wissensbestände eigentlich an welcher Stelle im Rechtssystem mit welchen Folgen verwendet werden".

⁷ H. Kelsen Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, 71: "Die Faktizität sagt juristisch eben gar nichts."; O. Lepsius Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht - Amerika als Vorbild?, JZ 2005, 1 (2): "Fakten haben für sich genommen keinen normativen Aussagewert.". Die rechtsrelevante Inbezugsetzung von Sein und Sollen erfolgt einseitig vom Sollen her; siehe M. Jestaedt Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, 40.

⁸ Diesen "normativen" Realitäten, den vom Recht selbst vorgeschriebenen Tatsachen als rechtsnotwendigen Bedingungen der Erzeugung von Rechtsnormen muss sich

stand eine Rechtsfolge knüpft.⁹ Darin, ob und unter welchen Voraussetzungen sie das tut, ist die Rechtsordnung weithin frei:¹⁰ "Alles Mögliche kann Recht sein".¹¹ Die Rechtsordnung kann in ihrer Ausgestaltung mehr oder weniger weitgehend von der sie umgebenden Wirklichkeit, von äußeren Umständen wie auch gesellschaftlichen Befindlichkeiten

auch und gerade der Positivist als Rechtsrealist zuwenden; vgl. dazu Jestaedt Theorie (Fn. 7), 41 f.

⁹ Genaugenommen, auch darauf hat *H. Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 244f. aufmerksam gemacht, "gelangt der Tatbestand" erst durch seine Feststellung seitens des dazu von der jeweiligen Rechtsordnung ermächtigten Organs in dem dafür vorgeschriebenen Verfahren "in den Bereich des Rechts, erst durch sie wird er aus einem natürlichen zu einem rechtlichen Tatbestand, wird er rechtlich als solcher allererst erzeugt."

No steht es dem Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG insbesondere frei, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen (BVerfGE 71, 39 [53]; 76, 256 [295, 330]; 103, 242 [258 mwN]). Siehe auch G. Kirchhof Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, 45: "Der Gesetzgeber bestimmt in eigener Verantwortung das Regelungsziel der am Gleichheitssatz zu prüfenden Regelung. Aus dem Regelungsziel ergibt sich der für die Gleichheitsprüfung maßgebliche Vergleichsmaßstab".

¹¹ A. Somek Rechtliches Wissen, 2006, 17. Ein Vorbehalt des faktisch Möglichen (siehe dazu Isensee Verfassungsrecht [Fn. 1], § 162 Rn. 61; vgl. ferner S. Müller-Franken Staatspraxis und Verfassungsauslegung, in: FS Isensee, 2007, 229 [234]) kann Inhalt des positiven (Verfassungs)Rechts sein, ist ihm aber nicht notwendig (wesenhaft) immanent. Wenn sich das Recht über Naturgesetze hinwegsetzt, so büßt es nicht notwendig seinen Geltungsanspruch, wohl aber seinen Sinn ein. Vgl. Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), 11:"Eine Norm, die vorschreiben würde, daß etwas geschehen solle, wovon man von vornherein weiß, daß es notwendigerweise immer und überall geschehen muß, wäre ebenso so sinnlos wie eine Norm, die vorschreiben würde, daß etwas geschehen soll, von dem man von vornherein weiß, dass es kraft Naturgesetz überhaupt nicht geschehen kann". Siehe auch ebd., S. 98. Ebenso Gusy Rechtsdogmatik (Fn. 3), 216: Normative Aussagen "sind nur dann sinnvoll, wenn sie keine Aussagen über eine schon vorhandene und auch gar nicht anders denkbare Realität enthalten. Eine Norm, welche anordnet, daß man die Hände nicht in das Feuer halten soll oder beim Treppensteigen stets auf den Füßen und nicht auf den Händen zu laufen habe, ist sinnlos. Sinnvoll ist eine Norm erst dann, wenn sie einen Sachverhalt anordnet, der nicht schon von selbst vorhanden ist oder vorhanden sein wird. Rechtsnormen sind in diesem Sinne demnach nicht faktenorientiert, sondern kontrafaktisch. Darin liegt ihr Gestaltungszweck: Das Recht als Medium der sozialen Ordnung und Gestaltung kann nur dann sinnvoll sein, wenn es nicht alles so lässt, wie es ohnehin schon ist. Wegen der beschriebenen Kontrafaktizität kann eine sinnvolle Rechtsnorm niemals im deskriptiven Sinne wahr sein." Zweifelhaft ist dagegen die Kategorie einer "politischen Unmöglichkeit", die zu reklamieren in der Hand der politischen Kräfte liegen soll. Siehe dazu einerseits - eher zurückhaltend - Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 60 ff. - "Vorbehalt des "politisch Möglichen", andererseits Müller-Franken Staatspraxis (Fn. 11), 235, der einer Verfassungsnorm, die etwas anordnet, "das als politisch unmöglich anzusehen ist", aus diesem Grunde die Geltung absprechen will.

absehen¹² und abstrahieren, der Wirklichkeit eine gesollte Gegenwirklichkeit gegenüberstellen.¹³ Das Recht kann sogar die tatbestandlichen Voraussetzungen bestimmter Rechtsfolgen schlicht fingieren, und so vermeintlich objektive Wirklichkeit "transzendieren".14 Was in diesem

Prominentestes Beispiel unter dem Grundgesetz dürfte dafür die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sein, auch wenn das BVerfG annimmt, dass die konkrete Bedeutung dieser Verpflichtung für das staatliche Handeln sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen lasse, sondern mit Blick auf die je spezifische Situation im Einzelfall der Konkretisierung bedürfe (zuletzt BVerfGE 115, 118, 153 m.w.N.). Für einen situationsabhängigen Garantiegehalt, eine "Wertungsund Abwägungsgebundenheit des Verletzungsurteils" M. Herdegen in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Februar 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 43 ff.

¹⁴ Jedenfalls in dieser Pauschalität unzutreffend daher BVerfGE 108, 129, 145 (149) -Sondervotum Sommer, Lübbe-Wolff: "Der Rechtsstaat kennt keine von Rechts wegen jeder Widerlegung entzogenen Annahmen über die Wirklichkeit." So ist, um ein erstes Gegenbeispiel zu nennen, nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG für den Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser - durch das 38. Gesetz zur Änderung des GG vom 21. 12. 1992 (BGBl. I S. 2086) in das Grundgesetz eingefügten - Vorschrift ein dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz auf der Ebene der Europäischen Union unwiderleglich, dessen Fortbestand widerleglich zu vermuten (vgl. dazu C. Hillgruber/ C. Goos Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 600; BVerfGE 102, 147 LS 1 u. 2). Gleiches gilt für das "Konzept normativer Vergewisserung" gemäß Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG: Die Bestimmung sonstiger sicherer Drittstaaten (außer den anderen Mitgliedstaaten der EU) erfolgt durch Gesetz. "Insoweit ist die Sicherheit des Flüchtlings im Drittstaat generell festgestellt. Art. 16a Abs. 2 GG sieht nicht vor, daß dies im Einzelfall überprüft werden kann. Folgerichtig räumt Satz 3 des Art. 16a Abs. 2 GG den Behörden kraft Verfassungsrechts die Möglichkeit ein, den Flüchtling in den Drittstaat zurückzuschicken, ohne daß die Gerichte dies im einstweiligen Rechtsschutzverfahren verhindern dürfen" (BVerfGE 94, 49 [96]). D.h.: Die normative Feststellung des Gesetzgebers muss zwar allgemein vertretbar sein (zum Einschätzungsspielraum bei der Beurteilung der Tatsachengrundlage siehe BVerfGE 94, 49 [93]), ist jedoch im Einzelfall

¹² Sie geht damit allerdings ein nicht unerhebliches Risiko ein - das Risiko, von den zur Rechtsanwendung berufenen Organen und den zu ihrer Befolgung verpflichteten Rechtsunterworfenen eben deshalb nicht angenommen, sondern insgesamt verworfen zu werden, und dieses Risiko wächst, je weiter sich die Rechtsordnung und ihr Sollens-Ideal von der Realität entfernt. Die Rechtsordnung, die Lebensverhältnisse in bestimmter Weise regelt und damit in bestimmte Richtung lenken will, tut daher, um nicht ihren Zweck zu verfehlen, gut daran, ihre "Umwelten" jedenfalls als "Vorgabe" zur Kenntnis zu nehmen und sich ihrer als eines sinnvollerweise zu berücksichtigenden Umstands vorab normativ zu vergewissern, ohne sie deshalb normativ abstützen oder gar zum normativen Maßstab erheben zu müssen.

¹³ Vgl. G. Kirchhof Grundrechte (Fn. 10), 7: "Das Recht kann die Wirklichkeit aufgreifen, anerkennen, bekräftigen, in seiner Entwicklung leiten, zurückweisen oder für unerheblich erklären"; Gusy Rechtsdogmatik (Fn. 3), 216: "Das Recht erhält seinen Sinn und seine Bedeutung auch als potentieller Gegenentwurf zu der von ihm geregelten Wirklichkeit."

Sinne nicht wirklich ist oder nicht wirklich geschehen ist, kann rechtlich so behandelt werden, als wäre es (geschehen). Und umgekehrt gilt, dass zwar das, was geschehen ist, nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann; "aber die normative Deutung von längst Geschehenem kann aufgrund von Normen geändert werden, die nach dem zu deutenden Geschehen gesetzt wurden".¹⁵

Veränderungen "der" Wirklichkeit, obwaltender Umstände wie auch vorherrschender Anschauungen "schlagen" auf das Recht nur "durch", wenn und soweit das Recht dies selbst vorsieht und anordnet.¹6 Im übrigen können sie lediglich das Motiv für eine Rechtsanpassung oder -änderung auf dem dafür von der Rechtsordnung selbst vorgesehenen Weg und durch den dazu von der Rechtsordnung für zuständig erklärten Rechtsetzer bilden;¹7 denn das positive Recht reflektiert und reguliert selbst seine Erzeugung und Veränderung; es organisiert seinen eigenen Wandel mit einem System von Ermächtigungen, Zuständigkeitszuweisungen und Verfahrensregeln.¹8 Jede pauschale, d.h. rechtlich ungefil-

unwiderleglich; vgl. demgegenüber hinsichtlich der verfolgungsfreien Herkunftsstaaten Art. 16a Abs. 3 S. 2 GG.

¹⁵ Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), 13.

¹⁶ Ein Beispiel bildet das Alimentationsprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Es verpflichtet den Dienstherrn, den Beamten und seine Familie lebenslang angemessen zu alimentieren und dies – neben anderen Kriterien (Dienstrang, Amtsverantwortung; Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit) – "entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards". Daraus folgt für den Gesetzgeber die Verpflichtung zur Anhebung der Alimentation, falls sie durch eine Veränderung der Umstände ganz oder teilweise amtsunangemessen geworden ist (zuletzt BVerfG, 2 BvR 556/04 vom 6. 3. 2007, Abs.-Nr. 60).

¹⁷ So ist in der Formulierung "Berücksichtigung" in Art. 33 Abs. 5 GG "eine Entwicklungsoffenheit angelegt, die den Gesetzgeber in die Lage versetzt, die Ausgestaltung des Dienstrechts den jeweiligen Entwicklungen der Staatlichkeit anzupassen und das Beamtenrecht damit ,in die Zeit zu stellen" (BVerfG, 2 BvR 556/04 vom 6. 3. 2007, Abs.-Nr. 54 mwN). Es hätte daher für die "Modernisierung und Anpassung des öffentlichen Dienstrechts an sich ändernde Rahmenbedingungen" (vgl. BT-Drucks. 16/813, S. 10) der durch die Föderalismusreform (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034) eingeführten ausdrücklichen Ermächtigung, das Recht des öffentlichen Dienstes nicht nur zu regeln, sondern auch fortzuentwickeln, an sich gar nicht bedurft; so auch *H. Trute* in: C. Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, Rn. 188f.; *H. Butzer*, in: W. Kluth (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung, Art. 33 Rn. 9, 12; *R. Bergmann*, in: D. Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2007, Art. 33 Rn. 11.

W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 1 (32f., 35). Zu dieser "höchst bedeutsame[n] Eigentümlichkeit des Rechts" siehe bereits Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), 73. Recht ist demnach im Sinne der Luhmannschen Systemtheorie ein selbst-

terte Bezugnahme auf "die" Wirklichkeit verlässt diesen verbindlichen Bezugsrahmen und ist daher zurückzuweisen.¹⁹ Es gibt eben nicht die eine Wirklichkeit, sondern - kontextabhängig - viele verschiedene Wirklichkeiten, und all diese Wirklichkeiten, auch die juristische, sind konstruierte und interpretierte Wirklichkeiten. 20 Gerade deshalb kommt es entscheidend auf die Kompetenz zur Wirklichkeitsdefinition an. In dem durch die vollpositivierte Rechtsordnung funktionell arbeitsteilig organisierten Rechtsgewinnungsprozess ist diese Kompetenz zur Feststellung und Würdigung rechtserheblicher Sachverhalte auf alle Staatsgewalten verteilt.21

referentielles, autopoietischen System, nach einer schönen Formulierung von Jestaedt aaO, 35 in Umkehrung des Modebegriffs der "regulierten Selbstregulierung" gewissermaßen "selbstregulierte Regulierung".

19 Richtig Jestaedt Theorie (Fn. 7), 41: "Die unvermittelte Berufung auf die (Rechts)Wirklichkeit' oder auch auf die schiere (Rechts)Praxis' verkennt eben die operative Geschlossenheit des Rechts und der normwissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz - einmal ganz abgesehen davon, dass keineswegs ein Rekurs auf Tatsachen stattfindet, sondern ein Rekurs auf eine ihrerseits sei es erkenntnistheoretisch naive, sei es höchst voraussetzungsvolle Deutung sozialer oder psychischer Tatsachen". Nach P. Watzlawick Wie wirklich ist die Wirklichkeit, 3. Aufl. 2004, Vorwort, 9, "ist der Glaube, dass die eigene Sicht der Wirklichkeit die Wirklichkeit schlechthin bedeute, eine gefährliche Wahnidee. Sie wird dann noch gefährlicher, wenn sie sich mit der messianischen Berufung verbindet, die Welt dementsprechend aufzuklären und ordnen zu müssen - gleichgültig, ob die Welt diese Ordnung wünscht oder nicht."

Ein Rekurs auf außerrechtliche Erwägungen und Bewertungen ist daher in einem rechtlichen Begründungszusammenhang nur statthaft, wenn und soweit das positive Recht selbst auf derartige nichtrechtliche Standards verweist und sie damit rezipiert, d.h. rechtlich gelten lässt (vgl. § 138 BGB - "gute Sitten"; § 346 HGB - "Handelsbräuche") - dann handelt es sich indes genau genommen eben doch um positivrechtliche Begründungselemente (Kelsen Rechtslehre [Fn. 9], 351 spricht davon, dass dadurch metarechtliche Normen "zu positivrechtlichen Normen umgestaltet" würden) - oder doch wenigstens, was durch Auslegung des jeweiligen Rechtssatzes zu ermitteln ist, in den Grenzen des von ihm gesetzten rechtlichen Rahmens zulässt, sich also in diesem Sinne der "Wirklichkeit" öffnet (vgl. C. Starck Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, 609 [613]: "Empirie gibt es nur im mehr oder weniger offenen Deutungs- und Bezugsrahmen der rechtlichen Normen."). Diese Öffnung muß folglich, wenn sie nicht schon unter einem Rechtsvorbehalt steht, jedenfalls den Vorrang des Rechts wahren (in diesem Sinne Gusy Rechtsdogmatik [Fn. 3], 217 f., 219), kann also nur rechtsakzessorisch, d.h. nach Maßgabe des dies zulassenden Rechts Platz greifen.

²⁰ Siehe dazu nur P. L. Berger/T. Luckmann Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 20. Aufl. 2004.

²¹ Hingewiesen sei hier nur auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (grundlegend BVerfGE 49, 89 [131]) und bestimmte, bereichsspezifische Beurteilungsermächtigungen der Verwaltung (siehe dazu nur H. Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 31 ff., 55 ff.; rechtsgewinnungstheoretisch M. Jestaedt Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers [Hrsg.], Allgemeines

Das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und politischer Wirklichkeit

All dies gilt auch für das Verfassungsrecht und sein (Spannungs-)Verhältnis zur sog. politischen Wirklichkeit. "Verfassungen sind keine theoretischen Einsichten und Aussagen, sondern Willensakte eines Verfassungsgebers, der die Wirklichkeit gestalten will, so gestalten will und nicht anders".²²

a) Die Auslegung des Grundgesetzes

Das Grundgesetz erhebt wie keine deutsche Verfassung zuvor einen strikten normativen Anspruch.²³ Das alle Staatsgewalt bindende grundgesetzliche Verfassungsrecht ist "unmittelbar geltendes Recht", wie Art. 1 Abs. 3 GG für die Grundrechte unmissverständlich anordnet. Das Grundgesetz ist eine Verfassung "von höchster formeller Geltungskraft".²⁴ Sie hat es gewagt, sich die unbedingte und uneingeschränkte Geltung als Rechtsgesetz und zugleich den Vorrang vor allem anderen Recht "voll und ganz zuzusprechen".²⁵ Das Grundgesetz verlangt für die Veränderung seines Inhalts eine ausdrückliche Änderung oder Ergänzung seines Wortlauts (Art. 79 Abs. 1 GG) und duldet damit keine ungeschriebenen Verfassungen neben sich. Die Anpassung des geltenden

Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 7 ff.), ferner die Feststellung und Würdigung des Tatbestands als grundsätzlich (im Verhältnis zum BVerfG alleinige) "Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte" (BVerfGE 18, 85 [92]). Kompetenzgemäß getroffene Wirklichkeitsannahmen können nur in dafür rechtlich vorgesehenen Kontrollverfahren und in dem rechtlich festgelegten Umfang mit rechtlicher Wirkung in Frage gestellt werden. Außerhalb derselben ist der Rekurs auf eine dem Recht entrückte "Wirklichkeit" ausgeschlossen.

²² W. Antoniolli Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, FS A. J. Merkl, 1970, 33 (40).

²³ F. Münch betonte schon 1951 den "ausgesprochen juristische[n] Charakter des Grundgesetzes" (ders. Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1951, 3). Vgl. allgemein F. Reimer Verfassungsprinzipien: ein Normtyp im Grundgesetz, 2001, 77 (84): "Eine Verfassung kann nur stabilisieren und entlasten, wenn sie rigide ist – dies allerdings nicht in allzu hohem Maße, da sonst der Druck des Faktischen zur Verfassungsumwälzung führt. Die Elastizität der Verfassung muss daher im Dienste ihrer Normativität stehen. Das Grundgesetz enttäuscht diese Rigiditätserwartung nicht." Ähnlich A. Bauer/M. Jestaedt Das Grundgesetz im Wortlaut, 1997, 1–50 (1f.).

²⁴ R. Alexy Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 (8).

²⁵ K. Schlaich/S. Korioth Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 13. Siehe auch Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 33, 39 f.

Verfassungsrechts an veränderte Verhältnisse kann nur in dem Verfahren und nach den Kautelen des Art. 79 GG erfolgen.²⁶

Ist das Grundgesetz damit auch gegenüber der außerhalb seiner selbst liegenden Wirklichkeit resistenter als seine Vorgänger? Das Urkundlichkeitsgebot "schützt nicht gegen den sog. Verfassungswandel durch Auswechslung der Interpretationsfolie".²⁷ Muss das Grundgesetz ungeachtet seiner vollen Positivität und Normativität der ieweiligen politischen Realität Tribut zollen, sich interpretatorisch "in die Zeit stellen" lassen, um so – selbst in seiner Bedeutung gewandelt – fortgelten zu können?²⁸

Verfassungsrecht zielt wie alles Recht letztlich auf Verwirklichung;²⁹ es ist in diesem Sinne auf die gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse, die es gestalten, d.h. nach seinem (Ideal)Bild von der Wirklichkeit formen will, ausgerichtet. Um wirksam zu werden, bedarf das Verfassungsrecht wie alles Recht zunächst einmal interpretativer Sinnentfaltung, sodann individualisierender und konkretisierender Anwendung; denn wie alles Recht legt sich auch Verfassungsrecht nicht selbst aus und wendet sich nicht selbst an.30

Bei der Erkenntnis des Verfassungsrechts³¹ - des verfassungsrechtlichen Könnens, Dürfens und Müssens - muss die außerrechtliche

²⁶ Siehe auch Sondervotum Rinck BVerfGE 62, 1, 70 (82).

²⁷ Bauer/Jestaedt Grundgesetz (Fn. 23), 16. Nach R. Smend Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, 119 (190f.) ist es "einfach der immanente und selbstverständliche Sinn der formulierten Verfassung, daß diese Elastizität hat und daß ihr System sich gegebenenfalls von selbst ergänzt und wandelt".

²⁸ Nach W. Löwer ratione legis cessat ipsa lex, 1989, 8 kann der Ausleger "nicht verhindern, daß die Antizipation der Zukunft, wie sie sich im gestaltenden Normbefehl ausdrückt, von der Wirklichkeit widerlegt wird". Aber der Normbefehl ist gar nicht tatsächlich widerlegbar. Die tatsächliche Zweckverfehlung ist nur bei entsprechender positivrechtlicher Anordnung rechtserheblich.

²⁹ Zur "Eigenart des Rechts als einer auf tatsächliche Geltung abzielenden und verwiesenen normativen Ordnung" siehe BVerfGE 88, 203, 253; vgl. auch Sondervotum E.-W. Böckenförde BVerfGE 88, 203, 359 (366).

Zur Verfassungsinterpretationsmaxime, wonach derjenigen "Auslegung der Vorzug zu geben [ist], "die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet (Thoma)", vgl. BVerfGE 6, 55 (72); 32, 54 (71); 39, 1 (38); 43, 154 (167). Ferner H.H. Klein Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, 25, 32.

³⁰ Siehe Jestaedt Theorie (Fn. 7), 31: Es bedarf der von Rechtmethodik und Rechtsdogmatik zu leistenden "interpretativen und applikativen Aktualisierungshilfe"; J. Isensee Salus publica - suprema lex?, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 407, 2006, 49.

³¹ Vgl. Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 126: "Aufgabe der verfassungsrechtlichen Methode ist es, die Verfassung zum Sprechen und zur Geltung zu bringen".

"Wirklichkeit" "außen vor bleiben".³² Zum Erkenntnisakt der Feststellung, d.h. zur "Rekonstruktion" des positiv geltenden Verfassungsrechts, die allein mit juristischen Methoden geleistet werden kann, vermag der Hinweis auf außerhalb des Rechts angesiedelte äußere oder innere Tatsachen und deren stete Veränderung nichts beizutragen.³³ Die (sozialen) Verhältnisse und die (gesellschaftspolitischen) Anschauungen und daher auch deren "beschleunigter Wandel"³⁴ sind für die Verfassungsauslegung irrelevant.³⁵ Für den Verfassungsrechtsinterpreten besteht hier auch "keinerlei Spielraum, keinerlei Wahlalternative im Blick auf die Deutung des Gegebenen. Im Erkenntnisakt wird das Gegebene entweder zutreffend erfasst oder verfehlt – tertium non datur. Dass sich mit mehr oder minder überzeugenden Gründen mehrere Sinndeutun-

Selbstverständlich ist auch die Verfassungsrechtserkenntnis nicht "unpolitisch", weil sie auf die Erkenntnis positiv gesetzten Rechts gerichtet ist, hinter dem stets ein politischer Wille steht. Der dem positiven Recht verpflichtete Interpret unterwirft sich aber eben dieser fremden politischen Wertung, bringt sie zur Geltung und ersetzt sie nicht durch eine eigene politische Bewertung.

³² Ihre Einbeziehung in den Verfassungsrechtserkenntnisprozess drohte deren Ergebnis zu verfälschen, weil mit Außerrechtlichem zu "verunreinigen". Vgl. H. Kelsen Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. 1928, Vorrede zur 1. Aufl. 1920, VII: "Da ich das Recht als ein selbständiges, insbesondere von der Natur verschiedenes System betrachte, so wie es alle Juristen tun, wenn sie sich darüber auch nicht immer Rechenschaft geben, [...] so weise ich die Berufung auf "Wirklichkeit" oder Praxis' als Berufung auf ein andere Erkenntnissystem, eine andere und daher der juristischen Ausgangsposition wesensfremde Theorie - nämlich eine meist recht naive Theorie der natürlichen Tatsachen - somit als Rekurs an eine inkompetente Instanz zurück." Siehe auch Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 48: "Die Verfassungsinterpretation gerät zur Verfassunggebung in Permanenz. So verschwimmen auch die Unterschiede zwischen Politik und Recht. [...] In der Theorie der "offenen" Verfassung zielt der normative Geltungsanspruch des Verfassungsrechts weithin ins Leere, weil Recht und Politik, Norm und Wirklichkeit letztlich zusammenfallen." Siehe demgegenüber Löwer ratione legis (Fn. 28), 35: "Verfassungsmäßigkeit ist eine auf konkrete Wirklichkeit bezogene Kategorie".

³³ Vgl. zu diesem "normativen Selbstand" des Verfassungsrechts *Isensee* Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 52.

³⁴ BVerfGE 96, 375 (394) zur Auslegung einfachen Gesetzesrechts. Kritisch zu der damit verbundenen These, dass mit "zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung" die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts wachse (BVerfGE 34, 269, 288f.; 96, 375, 394), was zu einer Art von "Halbwertzeit" von Gesetzen führte, C. Hillgruber Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (121).

³⁵ A.A. G. Kirchhof Grundrechte (Fn. 10), 8: "Änderungen in der Wirklichkeit veranlassen den Juristen, das Recht neu zu interpretieren". Mit welchem Recht? Zur Ungenauigkeit des verwendeten Einheitsbegriffs des "Juristen" siehe Jestaedt Wissenschaftsdisziplin (Fn. 18), 24, 36f. Fn. 175.

gen vertreten lassen, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass dem Gegebenen, hier: einer Rechtsnorm, tatsächlicher mehrfacher Sinn eignet - was der Norm im übrigen den Vorwurf der Perplexität eintrüge".36

Das Ziel der Wirksamkeit des Verfassungsrechts darf nicht gegen das Verfassungsrecht selbst ausgespielt werden.³⁷ Der unbedingte Geltungsanspruch des Grundgesetzes zwingt vielmehr dazu, den Versuch zu unternehmen, diesen auch kontrafaktisch aufrechtzuerhalten (und durchzusetzen).38

Die Anwendung des Grundgesetzes b)

Der Erkenntnis der verfassungsrechtlichen Vorgaben schließt sich im Prozess der Verfassungsrechtsgewinnung deren Anwendung (im weiteren Sinne) an. Sie stellt sich als ein nur partiell durch das anzuwendende Verfassungsrecht determinierter Akt,³⁹ im übrigen als Rechtserzeugung durch Individualisierung und Konkretisierung der einschlägigen ab-

³⁶ Jestaedt Theorie (Fn. 7), 48 f. Für die Gegenauffassung, wonach sich der Inhalt der zu interpretierenden Verfassungsnorm erst in der Auslegung vollendet, siehe statt vieler nur K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 unter Berufung auf Gadamer und Esser. Die relative Vagheit und damit "Offenheit" der Formulierung zahlreicher Verfassungsnormen macht die Auslegungsaufgabe besonders anspruchsvoll, darf aber nicht mit Vieldeutigkeit verwechselt werden. Richtig der Hinweis von Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 110, "dass sprachlich offene Begriffe nicht auch inhaltlich offen sein müssen". Zur Gegenauffassung statt aller Hoffmann-Riem Rechtsanwendung (Fn. 4), 515 (516 mwN) - in der Methodendiskussion sei es herrschende Meinung, dass "die Vorstellung von einer (nur) einzigartigen (einer einzig möglichen) Richtigkeit der Auslegung von Rechtsbegriffen und Normen zu verabschieden" sei.

³⁷ Vgl. BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24. 5. 2006, Absatz-Nr. 64: Dessen praktische Wirksamkeit ist neben, nicht statt der normativen Geltung des Rechts, soweit möglich, auch zu sichern.

³⁸ Der durch das Grundgesetz verpflichteten Staatsgewalt bleibt auch gar nichts anderes übrig; denn dessen Kern kann wegen Art. 79 Abs. 3 GG gar nicht wirksam aufgegeben werden. Zur Unzulässigkeit einer interpretatorischen Anpassung des verfassungsrechtlichen Sollens an das gesellschaftliche Sein herrschender Rechtsauffassungen, die sich vom Verfassungsrecht entfernt haben, eindringlich Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 105-108; BVerfGE 39, 1 (67).

³⁹ Dies verkennt m.E. Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 121, der meint: "Idealtypisch determiniert die Verfassung ihre Anwendung, entscheidet der Anwender nicht ex voluntate, sondern ex constitutione". Verfassungsinterpretation ist zwar in der Tat "notwendiger Teil jeder Verfassungsanwendung" (S. 123), erschöpft sich darin aber nicht. Ein synonymer Gebrauch der beiden Begriffe (dafür Reimer aaO, 123) verbietet sich daher, und Verfassungsanwendung definiert sich (entgegen Reimer aaO, 122) nicht vollständig "durch Verfassungsmethodik". Vielmehr ist "das positivrechtliche Regime der normativen Fremdprogrammierung von jenem der normativen Eigenprogrammierung" kategorial zu unterscheiden (Jestaedt Wissenschaftsdisziplin [Fn. 18], 36).

strakt-generellen Verfassungsnormen dar.⁴⁰ Dies ist etwa bei der auf der Grundlage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu treffenden Abwägungsentscheidung unübersehbar.⁴¹ In dem vom anzuwendenden und erkannten Verfassungsrecht belassenen "Freiraum", der durch autonome Wertsetzungen des insoweit zur Rechtsetzung ermächtigten Verfassungsrechtsanwenders zu füllen ist, kommt die "individuelle" und

Insofern gilt in der Tat: "Das Recht entwickelt sich in jedem Rechtsfall" (G. Kirchhof Grundrechte [Fn. 10], 8, nach dessen Auffassung sich diese Entwicklung aber im Wege einer wirklichkeitsangepassten Interpretation vollziehen soll, während es sich "in Wirklichkeit" um Rechtsetzung innerhalb des von der Verfassung verbindlich vorgegebenen Rahmens handelt). Tatsächlich bildet die Verfassung nur "einen Rahmen für die Politik", der aber eben nicht "auf eine rahmenausfüllende Wirklichkeit (sic!) geradezu angelegt" ist (so D. Grimm Verfassung und Verfassungswirklichkeit, in: D. Nohlen [Hrsg.], Lexikon der Politik, Bd. 7, 1998, 670 [671]), sondern im Rahmen der Rechtsanwendung durch kompetenzgemäße, notwendig politische Rechtsetzung zu füllen ist.

41 Vgl. dazu M. Jestaedt Rechtsprechung und Rechtsetzung - eine deutsche Perspektive, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. Referate und Diskussionsbeiträge des XIII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 17.-20. September 2003 an der Universität Rostock, 2005, 25 (44-46). Denn die Abwägung ist zwar als solche durch das Grundgesetz induziert, "gefordert" (BVerfGE 95, 28 [38]), insoweit also dem Grunde nach verfassungsrechtlich vorgegeben. Aber wie der Ausgleich der widerstreitenden, je verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen in concreto zu erfolgen hat, ist regelmäßig nicht (mehr) verfassungsrechtlich zwingend festgelegt (siehe dazu auch Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), 350: "Auch der Grundsatz der sog. Interessenabwägung ist nur eine Formulierung, keine Lösung des Problems, das hier vorliegt. Es liefert nicht den objektiven Maßstab, nach dem entgegengesetzte Interessen miteinander verglichen und demnach Interessenkonflikte entschieden werden können."). Die konkrete Abwägungsentscheidung ist daher nicht mehr Auslegung des Verfassungsrechts, sondern Rechtsetzung. Es handelt sich um eine durch das positive Verfassungsrecht nicht mehr determinierte Auswahlentscheidung (in diesem Sinne daher durchaus zutreffend C. Schmitt Politische Theologie, 4. Aufl. 1985, 42: "Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren."; a.A. Reimer Verfassungsprinzipien [Fn. 23], 131).

⁴⁰ Grundlegend Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), 351: "Sofern bei der Gesetzesanwendung über die dabei nötige Feststellung des Rahmens, innerhalb dessen sich der zu setzende Akt zu halten hat, hinaus noch eine Erkenntnistätigkeit des rechtsanwendenden Organs Platz greifen kann, ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, sozialer Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, Staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt. Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen. [...] In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechts mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten."

"konkrete" Wirklichkeit zu "ihrem Recht".⁴² Hier besteht also Gestaltungsspielraum⁴³, und hier fließen – ebenso unvermeidlich wie legitim - eigene rechtspolitische Wertungen des Verfassungsrechtsanwenders ein.44 Hier - auf der Anwendungsebene - hat auch die sorgfältige Abschätzung, Bewertung und Berücksichtigung der möglichen tatsächlichen Entscheidungsfolgen ihren Platz.45

⁴² Weil das Grundgesetz keine abstrakte Wertrangordnung aufrichtet, entscheidet die konkrete Wertrelation, und die ist (auch) von der ihr zugrunde liegenden "tatsächlichen Lage" abhängig (überspitzt G. Kirchhof Grundrechte [Fn. 10], 17: "Die Wirklichkeit weist eine Maßnahme als verhältnismäßig aus."). Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liefe als Zweck-Mittel-Relation ohne Tatsachenbezug leer (P. Lerche Übermaß und Verfassungsrecht, Vorwort, 2. Aufl. 1999, XVI f.; Löwer ratione legis [Fn. 28], 12f.; P. Kirchhof Verfaßter Staat ohne verfaßte Gesellschaft?, in: FG Graßhof, 1998, 3 [11]: "sachgerechte Zuordnung von Ziel und Mittel nach Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit"; Lepsius Sozialwissenschaften [Fn. 7], 1 [2, 12]). S. dazu auch H. Schulze-Fielitz Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 11 (25).

⁴³ Einen "weiten Gestaltungsspielraum politischen Ermessens" besitzt auch der Gesetzgeber, wenn er das Besoldungsrecht den tatsächlichen Notwendigkeiten und der fortschreitenden Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse anpasst. Nur das Gebot amtsangemessenen Unterhalts als solches ist verfassungsrechtlich strikt vorgegeben (im Sinne eines nicht bloß zu berücksichtigenden, sondern zu beachtenden hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums) und bildet für den gestaltenden Gesetzgeber einen verbindlich vorgegebenen Rahmen. Dagegen ist "die Höhe der Bezüge der Verfassung nicht unmittelbar zu entnehmen" (BVerfG, 2 BvR 556/04 vom 6. 3. 2007, Abs.-Nrn. 55, 62, 64f.).

⁴⁴ Vgl. nur Jestaedt Theorie (Fn. 7), 60 Fn. 171 und auch schon W. Hallstein SJZ 1946, 1 (3): Alles, was der Jurist tut, "auch in der sogenannten Rechtsanwendung, ist doch eine Entscheidung, birgt ein Werturteil, wiederholt das rechtliche Gebot, in konkreter Gestalt, auch in eigenem Namen und betätigt damit eine persönliche Verantwortung. Das Recht ist eine Aufgabe, auch für den rechtsanwendenden Juristen; eben darum ist es auch nicht gleichgültig, wer damit betraut und wie er dazu erzogen wird." Der Sache nach auch Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 131: "Allerdings lassen sich Wertungen des Interpreten nicht aus der Verfassungsanwendung verbannen". Die (eigene!) Wertung ist aber nicht mehr interpretatorische Rechtserkenntnis, sondern bereits Rechtsetzung, d.h. dem rechtsetzenden Teil der Verfassungsanwendung zuzuordnen. Die Zuständigkeit des Verfassungsanwenders zu Wertungen ergibt sich gerade nicht aus der Zuständigkeit zur Verfassungsauslegung (so aber Reimer Verfassungsprinzipien [Fn. 23], 145).

⁴⁵ Siehe hierzu Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 82, 84. Hoffmann-Riem Rechtsanwendung (Fn. 4), 515 (529) weist mit Recht darauf hin, dass auch die Frage, welche Folgendimensionen - etwa: nur die Wirkungen für den Adressaten oder auch die Auswirkungen im betreffenden gesellschaftlichen Bereich - wichtig und für die Rechtsentscheidung erheblich sind, eine Rechtsfrage ist (529) und dass hier keine nicht realisierbaren Anforderungen an die einzelnen Rechtsanwender gestellt werden dürfen

c) Verfassungswirklichkeit?

Die rechtliche Grundordnung eines Staates und dessen tatsächlicher Zustand, die Verfassung, die er hat, und die "Verfassung", in der er ist, müssen auseinandergehalten werden, unter dem Grundgesetz als voll verrechtlichter Verfassung mehr denn je. 46 Die latente Spannung zwischen beiden muss ausgehalten werden. Sie darf nicht durch normativen Reduktionismus, d.h. durch eine nivellierende Anpassung des Gesollten an den Ist-Zustand, verdeckt werden. Die Realität der politischen und gesellschaftlichen Ordnung, welche den normativen Vorgaben der Verfassung entsprechen sollte, kann diese verfehlen. Die politischen und gesellschaftlichen Akteure können (oder wollen gar) sie mitunter missverstehen, verfremden oder schlicht missachten. Diese verfassungswidrigen Defekte oder Defizite sollten von einer ihrem Erkenntnisgegenstand verpflichteten Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft als solche benannt und ausgewiesen, nicht dagegen euphemistisch als "gelebte Verfassung" bezeichnet, vernebelnd als "Verfassungswirklichkeit" tituliert und so gar in den Status einer "Neben"- oder "Oberverfassung" erhoben werden.

3. Das Grundgesetz - "un-wirklich" und unzeitgemäß von Anfang an

Nur wenn eine Verfassung Distanz zu der sie umgebenden Wirklichkeit hält, taugt sie als Richtlinie und Beurteilungsmaßstab für Politik.⁴⁷

^{(537).} Zu Recht betont auch Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 83: "Die Frage, ob und inwieweit das Bundesverfassungsgericht oder ein anderes Staatsorgan die möglichen Auswirkungen seiner Entscheidungen bedenken und berücksichtigen muß, kann nur aus der Verfassung selbst beantwortet werden, und zwar aus der jeweils anzuwendenden einzelnen Norm. "Politisch schädliche" Folgen können (doch müssen nicht) Indikator einer unzulänglichen Norminterpretation sein." Zur Folgenorientierung in der (Verfassungs)Rechtsanwendung siehe ferner allgemein G. Lübbe-Wolff Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981; H. Sendler Zur richterlichen Folgenorientierung und -verantwortung, FS H. Simon, 1987, 113 ff.; M.R. Deckert Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, 5 ff.; G. Teubner Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995.

⁴⁶ Vgl. Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 73: "Zu ihr [der Verfassung; C.H.] zählt kein Hof der Verfassungswirklichkeit, sie ist also nur rechtliche Grundordnung des Staates."

⁴⁷ Vgl. D. Grimm Die Zukunft der Verfassung, 1999, 11 f. Siehe auch Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 79: "Recht lebt gerade aus der Entgegensetzung zur Politik". Ferner C. Möllers Staat als Argument, 2000, 429: "Seine Vermittlungsfunktion zwischen Recht und Politik kann das Staatsrecht nämlich nur erfüllen, wenn es als Recht behandelt wird und der Politikbezug methodisch außen vor bleibt."

"Eine Verfassung muss unzeitgemäß sein, um ihre Zeit prägen zu können".48

Das Grundgesetz erweist sich schon in seinem historischen Ursprung und in seiner Geltungsgrundlage in geradezu singulärer Weise als kontrafaktisch. Es kommt unter "der Zwangspatenschaft der Besatzungsmächte in einer politischen Lage [zustande], die nur eine einzige politische Option gestattete: die für den demokratischen, föderalen Rechtsstaat". 49 und legitimiert sich doch selbst aus der verfassunggebenden Gewalt des deutsches Volkes. Im Parlamentarischen Rat war man sich der prekären Abhängigkeit vom Wohlwollen der Besatzungsmächte und des anfänglichen Legitimationsdefizits vollauf bewusst - und doch zugleich fest entschlossen, sich in einem kühnen Vorgriff über diese "Wirklichkeit" hinwegzusetzen.⁵⁰ Man nahm selbstbewusst eine Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch, die man realiter gar nicht besaß,51 ließ

⁴⁸ Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 87 Fn. 105; jüngst Müller-Franken Staatspraxis (Fn. 11), 234. Schon Steiger Verfassungsgarantie (Fn. 3), 74f. hat betont, dass die Forderung nach beschleunigtem Rechtswandel einseitig werde, wenn sie die bewahrende Funktion des Rechts zu schnell preisgebe. Die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels in den ausdifferenzierten Lebensbereichen biete positiv die Möglichkeit, "durch Verzögerung sein Übergreifen, jedenfalls die Beschleunigung auf 'leidende' Lebensbereiche aufzuhalten oder doch abzubremsen, wenn das um der Bewahrung ihres Sinnes notwendig ist." Gerade verfassungsrechtliche Garantien seien dazu in der Lage, denn "sie verbürgen die Ausdifferenzierung der Lebensbereiche, ihre relative Unabhängigkeit gegeneinander, und damit auch die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels, indem sie deren Strukturen rechtlich dadurch sichern, dass ihre Erhaltung kontrafaktisch auch gegen Enttäuschungen jedenfalls zunächst durchgehalten und gegebenenfalls durchgesetzt werden kann."

⁴⁹ J. Isensee Befindlichkeit deutscher Demokratie, in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung, 2007, 1 (10).

⁵⁰ Zur "Geltungsbegründung durch historische Entscheidung" des Verfassunggebers siehe Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 86-88, der zugleich auf deren "omnipräsente normative Folgen" aufmerksam macht (90): "Sie gebietet Respekt vor den Entscheidungen der verfassunggebenden Gewalt. Umgekehrt verbietet sie eine Selbstermächtigung des Verfassungsinterpreten durch und zu objektiver Auslegung. Die Verfassung gilt durch die Entscheidung des Verfassunggebers und daher grundsätzlich in der von ihm entschiedenen Form".

^{51 &}quot;Wir wandern", so Theodor Heuss, "im Tal der Ohnmacht. Wieder ist die Demokratie in Deutschland nicht erobert worden; sie ist von dem Besatzungsmächten angeordnet, anempfohlen, zugelassen, zugemessen, lizenziert, limitiert, kontingentiert. Ist denn das die Situation, in der etwas Rechtes, Kräftiges und Gesundes überhaupt entstehen kann? Das ist die Frage, vor der wir als Gruppen und als einzelne stehen. [...] Darüber sind wir uns ganz klar: Es ist eine Behelfskonstruktion, die uns hierher entsandt hat. Mir scheint, wir könnten das vorwegnehmen, was zu beschließen wir offenbar gemeinsam entschlossen sind, nämlich den Satz: Der Abgeordnete ist Vertreter des ganzen Volkes. Wenn wir das für uns selber jetzt schon maßgebend sein lassen, dann ist

sich durch die äußere Machtlosigkeit nicht lähmen, im Gegenteil, man leugnete sie selbstbewusst.⁵² Man tat so, als wäre man frei: "Man muss

unsere Legitimation sachlich geklärt" (3. Sitzung des Plenums vom 9. September 1948, Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 104ff.). Vgl. auch A. Pfeiffer 1. Sitzung des Plenums vom 1. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 10: "Ich glaube, wir sind verpflichtet, hier im Namen des deutschen Volkes zu sprechen und seine Stimme durch die ganze Welt erklingen zu lassen. Wir sind berufen, ein deutsches Staatsgrundgesetz zu schaffen". Siehe ferner K. Adenauer 1. Sitzung des Plenums vom 1. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 12f.: "Und nun lassen Sie mich einige Worte über Wirken und Aufgabe des Parlamentarischen Rates sagen. Er ist ins Leben gerufen durch einen Akt der Militär-Gouverneure der drei Westzonen, durch einen Akt, wie er in dem Dokument niedergelegt ist, das den Ministerpräsidenten der drei Westzonen am 1. Juli dieses Jahres übergeben wurde. Nachdem er aber nunmehr sich konstituiert hat, ist er im Rahmen der ihm gestellten Aufgaben völlig frei und völlig selbstständig. [...] Welche Ergebnisse unsere Arbeit für ganz Deutschland haben wird, das hängt von Faktoren ab, auf die wir nicht einwirken können."; A. Süsterhenn 2. Sitzung des Plenums vom 8. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 47: "Wenn also der äußere Anstoß zur Bildung dieses Parlamentarischen Rates [...] von den Vertretern der Besatzungsmächte ausgeht, so bedeutet das nicht, daß wir hier unser Mandat letztlich von der Besatzungsmacht herzuleiten und uns als ausführendes Organ eines fremden Willens zu betrachten haben. Schon die Ministerpräsidenten war nicht Befehlsempfänger, sondern vor die freie Wahl gestellt, ob sie von der seitens der Besatzungsmacht gewährten Autorisation Gebrauch machen wollten oder nicht. Als die von ihren Landtagen gewählten demokratischen Repräsentanten ihrer Länder, die auch der dauernde Kontrolle ihrer Landtage unterworfen sind, haben sie sich im allgemeinen gesamtdeutschen Interesse gegenüber den Militärgouverneuren bereit erklärt, von der ihnen gebotenen Ermächtigung Gebrauch zu machen und die Vorbereitungen für die Bildung der politischen Organisation der Trizone in die Wege zu leiten. Die Entscheidung der Ministerpräsidenten beruht also auf einem freien deutschen Willensentschluß. [...] Wir stehen also nicht hier in einem fremden Auftrag, sondern handeln aufgrund eines deutschen Auftrags, der uns von den 11 Landtagen gemeinsam erteilt worden ist, als den bis zu unseren Zusammentritt einzigen Repräsentanten deutschen demokratischen Wollens."

Die von den Militärgouverneuren in den Frankfurter Dokumenten aufgestellten Grundsätze und Mindestforderungen wurden allerdings verbreitet gar nicht als wirkliche Beschränkungen der politischen Willensfreiheit empfunden, weil man selbst nichts anderes als Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus anstrebte; so jedenfalls für die CDU/CSU-Fraktion A. Süsterhenn 2. Sitzung des Plenums vom 8. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiy (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 48.

52 T. Dehler Gegen ein Staatsfragment (2. 10. 1948), zitiert nach T. Hertfelder/
J. C. Heß (Hrsg.), Streiten um das Staatsfragment, 1999, 62 (63): "Es ist nicht wahr, daß
wir auf den Willen Dritter zu achten haben. Wir nehmen mit gutem Recht die Souveränität des deutschen Volkes in Anspruch. Sie zu formen ist unsere politische Aufgabe.
[...] Wir wollen keine Bestandsaufnahme unserer Ohnmacht machen, sondern die
Form schaffen, in der das deutsche Volk wieder Macht über sich selbst gewinnt. Nur
aus der Freiheit dieses Willens darf das Werk von Bonn wachsen".

schon anzufangen suchen mit dem "Als ob" ... als ob wir frei wären, den Aufbau der staatlichen Dinge nach einer besten Einsicht vorzuschlagen".53 Der Parlamentarische Rat war sich darüber im Klaren, dass die bloß geborgte Legitimation für das Grundgesetz erst noch durch nachträgliches Akzept des deutschen Volkes eingelöst werden musste.54

Nicht nur, soweit er auch "für jene Deutsche gehandelt" hat, "denen mitzuwirken versagt war" (Präambel a.F. S. 2), sondern auch hinsichtlich des Deutschen Volkes in den Ländern der westlichen Besatzungszonen agierte der Parlamentarische Rat in treuhänderischer Geschäftsführung ohne (hinreichend demokratisch legitimierten) Auftrag. Dessen ungeachtet erklärt das Grundgesetz in seiner Präambel das Deutsche Volk zu seinem Urheber kraft dessen verfassunggebender Gewalt. Es handelt sich folglich um einen Akt normativer Zurechnung, der in tatsächlicher Hinsicht auf tönernen Füßen steht. Die Geltung des Grundgesetzes beruht auf einer Fiktion, mit der sich die geschichtlichpolitische Wirklichkeit normativ überwinden ließ.55 Das Experiment

⁵³ T. Heuss Bonn (1. 9. 1948), zitiert nach T. Hertfelder/J. C. Heß (Hrsg.), Streiten um das Staatsfragment, 1999, 51 (52).

⁵⁴ T. Dehler Die politischen Aufgaben in Bonn (25. 9. 1948), zitiert nach T. Hertfelder/Heß (Hrsg.), Streiten um das Staatsfragment, 1999, 59 (61): "Das Wort Ferdinand Lassalles, daß Verfassungsfragen Machtfragen seien, wird in einem tieferen Sinne wahr: Das Verfassungswerk, das in Bonn begonnen wird, erfüllt sich nur dann, wenn das deutsche Volk mit seiner Hilfe wieder Macht über sich gewinnt". Siehe auch T. Heuss 3. Sitzung des Plenums vom 9. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 119: "Wir wollen etwas schaffen, damit das deutsche Volk in Ordnung und in Freiheit leben kann. Unsere Arbeit bekommt ihre Legitimation nicht aus dem Dokument II und nicht aus dem Auftrag der Ministerpräsidenten, sondern bekommt ihre geschichtliche Legitimation aus der Leistung, die wir fertig bringen". Genau aus diesem Grunde setzte sich auch die vor allem von Carlo Schmid favorisierte (Selbst)Beschränkung des Grundgesetzes auf ein bloßes Organisationsstatut nicht durch; vgl. dazu auch Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 91-93.

⁵⁵ So bereits H. Schneider NJW 1954, 937: "Es war [...] mehr Fiktion als Wirklichkeit, wenn der Vorspruch zum GG erklärt, dass das deutsche Volk in den Ländern [...] dieses GG beschlossen habe.". Zur normativen Fiktion der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes als Quelle des Grundgesetzes siehe näher D. Murswiek Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, 80 ff., der in seiner "normorientierten Untersuchung" (262) zu dem Ergebnis gelangt, dass das Grundgesetz mit der Präambel die verfassunggebende Gewalt des Volkes als "Kompetenz zur Setzung der Verfassungsordnung" in einem obersten Verfassungssatz ausgesprochen hat und diese damit positivrechtlich anerkannt hat (100, 156; ebenso Möllers Argument [Fn. 47], 201): eine "juristische Konstruktion, die es ermöglicht, die Schaffung des Grundgesetzes dem Volk zuzurechnen" (81), der historischen Wirklichkeit zum Trotz, "rechtlich verbindliche Ideologie" (260). A.A. beispielsweise U. Steiner Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes (1966), 170-172 - die "nicht zu bestreitende, sondern nur zu begründende" Geltung des Grundgesetzes

"unwirklicher" Verfassunggebung gelang, und dies wohl nicht zuletzt, weil sich der Parlamentarische Rat gerade nicht in den Zeitumständen verloren hat, mit der Verfassung nicht die materielle, sondern die aus dem Verlust der Freiheit resultierende, geistige Not beheben wollte, auf den "Gedanken einer sozialwirtschaftlichen Ordnung" verzichtete⁵⁶ und sich auf einen Katalog klassischer Grundrechte konzentrierte.⁵⁷

II. (Un)Fälle

1. Die Abtreibungsfrage

Diese Grundrechte des Grundgesetzes haben – entfaltet durch die Rechtsprechung des BVerfG – besondere Wirkmächtigkeit erlangt. Doch es gibt Ausnahmen. Den in seinen würdeverletzenden und lebensvernichtenden Konsequenzen wohl einschneidendsten Fall, in dem der Geltungsanspruch des Grundgesetzes sich nicht gegen eine scheinbar übermächtige gegenläufige soziale und politische Wirklichkeit durchzusetzen vermag, stellt nach wie vor die Abtreibungspraxis dar.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt auch schon dem im Mutterleib heranwachsenden Menschen Würde und ein eigenes Le-

müsse, da den Landtagen und Bürgerschaften die "nach deutschem Staatsrecht erforderliche besondere Befugnis zur Verfassunggebung" gefehlt habe, auf "sekundäre Tatbestände" gestützt werden, "z.B. auf eine gewohnheitsrechtliche Ingeltungsetzung oder auf die konkludente Zustimmung des Staatsvolkes in der Teilnahme an der Wahl zum 1. Bundestag und deren Ergebnis."

⁵⁶ T. Heuss 3. Sitzung des Plenums vom 9. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 116: "Die Landtage haben zum Teil die Vermessenheit oder den Mut besessen, in ihre Verfassungen hineinzuschreiben, wie die sozialwirtschaftliche Struktur der kommenden Zeit sein wird. Sie wird nicht so sein, wie sie in den Paragraphen drin steht. Es ist leichtfertig, es ist hoffärtig, es ist, ich weiß nicht was, zu glauben, daß aus der gegenwärtigen undurchsichtigen Situation überhaupt ein Mensch sagen könne: so wird die sozialwirtschaftliche Struktur der kommenden Zeit sein. Das schaffen wir nicht." Siehe dazu auch H. v. Mangoldt Die Grundrechte, DÖV 1949, 261 ff.; ferner J. Isensee Subsidiaritätsprinzip, 2. Aufl. 2001, 145; ders., Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn.78.

⁵⁷ J. Brockmann 3. Sitzung des Plenums vom 9. September 1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 9, 1996, 144: "Wir als Parlamentarischer Rat, der die erste Grundlage für diese Zukunft zu schaffen hat, werden unserer Verantwortung gegenüber der Zukunft gerecht, wenn wir die Freiheit als das oberste Prinzip über alle unsere Arbeit stellen. [...] Verfassungen müssen nicht nur folgerichtig durchdacht sein, sondern vor allem auch von einer großen Konzeption getragen werden. Nur dann gehen sie in das Volk ein, sind ihm gemäß und werden vom Volk getragen und behütet, und darauf kommt es letzten Endes an."

bensrecht zu. 58 Den Staat trifft deshalb die Pflicht zur Gewährung ausreichenden Schutzes für das ungeborene Leben, und zwar für jedes einzelne ungeborene Leben,59 auch gegenüber der Mutter.60 Dies setzt voraus, dass der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich als Unrecht angesehen wird und demgemäß rechtlich verboten ist.61 Lediglich in Ausnahmelagen, die der schwangeren Frau eine unzumutbare Aufopferung eigener Lebenswerte abverlangen, tritt der prinzipielle Vorrang des Lebensrechts des Ungeborenen zurück.62

Lässt sich mit diesem Maßstab, den das BVerfG dem Grunde nach jüngst bestätigt hat,63 das Beratungskonzept vereinbaren?64 Anzunehmen, dass Frauen nach Beratung nur noch ihnen verfassungsrechtlich unzumutbare Schwangerschaften abbrechen, würde, wie das BVerfG selbst einräumt, "die Lebenswirklichkeit verkennen, in der Männer wie Frauen vielfach ihre eigenen Lebensvorstellungen überbewerten und diese auch dann nicht zurückzustellen bereit sind, wenn es bei obiektivem Nachvollziehen ihrer individuellen Lebenssituation zumutbar erscheint".65 Muss angesichts dieser realistischen Einschätzung dann aber nicht von Rechts wegen Vorsorge dagegen getroffen werden, dass sich eine unverantwortliche Abtreibungsentscheidung einer schwangeren Frau, die ihre eigene Belastung überbewertet, zu Lasten des ungeborenen Lebens durchsetzt?

Wenn das BVerfG das Beratungskonzept gleichwohl billigt, dann beruht dies auf der von ihm respektierten gesetzgeberischen Annahme, dass jedenfalls in der Frühphase der Schwangerschaft ein wirksamer Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens tatsächlich nur mit der Mutter, aber nicht gegen sie möglich sei. Die schwangere Frau empfinde ihren Konflikt als höchstpersönlichen und wehre sich gegen seine Beurteilung und Bewertung durch Dritte, so dass die Gefahr bestehe, dass

⁵⁸ BVerfGE 88, 203 (251 f.).

^{59 &}quot;Die Schutzpflicht für das ungeborene Leben ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein" (BVerfGE 88, 203 [252] - Hervorh. v. Verf.).

⁶⁰ BVerfGE 88, 203 (252f.).

⁶¹ BVerfGE 39, 1 (44); 88, 203 (253).

⁶² BVerfGE 88, 203 (255-257).

⁶³ BVerfGE 115, 118 (139); "Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben als Freiheitsrecht (vgl. BVerfGE 89, 120 [130]). Mit diesem Recht wird die biologischphysische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an [...] geschützt." Siehe dazu auch C. Starck Anmerkung, JZ 2006, 417 (418 f.).

⁶⁴ Siehe zum folgenden C. Hillgruber Zehn Jahre zweites Abtreibungsurteil (BVerfGE 88, 203) - Bilanz und Ausblick, ZfL 2003, 38 (41-44); H. Tröndle Das "Beratungsschutzkonzept", in: FS Otto, 2007, 821 (821-833, 840-842).

⁶⁵ BVerfGE 88, 203 (267).

die Frau sich dem durch Ausweichen in die Illegalität entziehe. Dagegen biete eine verständnisvolle, sachkundige Beratung die *Chance*, mit der Frau deren Konflikt zu ergründen und ihr bei seiner Bewältigung so zu helfen, dass sie sich nicht gegen das Kind entscheidet.⁶⁶

Ein rechtlich schwächer ausgeprägter Lebensschutz, so die Argumentationslogik, kann tatsächlich effektiver sein und erscheint dann auch in verfassungsrechtlicher Perspektive vorzugswürdig.⁶⁷ Aber die Schutzeffektivität hängt eben nicht zuletzt von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab, und eine rechtlich unkontrollierte Entscheidung der Schwangeren⁶⁸ stellt keinen wirksame(re)n Schutz dar,⁶⁹ um so weniger, als sie mit der Eröffnung einer straffreien Abtreibungsoption einhergeht,⁷⁰ die

⁶⁶ L. Boltanski Soziologie der Abtreibung, 2007, 167 ff. spricht vom ungeborenen Kind als einem "elterlichen Projekt", das jederzeit abgebrochen werden könne und abgebrochen werde. Im Rahmen dieses elterlichen Projekts komme die Entscheidung über "die Bestätigung des zukünftigen Kindes" der Mutter zu, die damit Autorität zurückgewinne (172).

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203 (266). Siehe ferner *G. Kirchhof* Grundrechte (Fn. 10), 39: "Welche Maßnahmen den Schutzerfolg versprechen, welche in diesem Versprechen vorzuziehen sind, wird durch eine Analyse der Wirklichkeit beantwortet, welche die möglichen Maßnahmen und ihre Effizienz vorgibt".

⁶⁸ Es gibt keine Bürgschaft dafür, dass die betroffene Frau mit sich reden und sich helfen lässt. § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB, der einen Abbruch unter Strafe stellt, wenn der Arzt der Frau keine Gelegenheit gegeben hat, ihm die Gründe für ihr Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft darzulegen, begründet nicht einmal eine Verpflichtung der Frau, mit dem Arzt über die Gründe für den Abbruch zu sprechen (vgl. BVerfGE 98, 265 [273 f. mwN]) und bleibt insoweit hinter dem vom Zweiten Senat des BVerfG entwickelten Maßstab für eine verfassungskonforme Beratungsregelung zurück (vgl. BVerfGE 88, 203 [290]).

⁶⁹ BVerfGE 88, 203 (255): "Rechtlicher Schutz bedingt, daß das Recht selbst Umfang und Grenzen zulässigen Einwirkens des einen auf den anderen normativ festlegt und nicht dem Belieben eines der Beteiligten überlässt."; BVerfGE 88, 203 (253): Rechtliche "Verhaltensgebote können sich nicht darauf beschränken, Anforderungen an die Freiwilligkeit zu sein, sondern sind als Rechtsgebote auszugestalten. Sie müssen, gemäß der Eigenart des Rechts als einer auf tatsächliche Geltung abzielenden und verwiesenen normativen Ordnung, verbindlich und mit Rechtsfolgen versehen sein." Siehe auch BVerfGE 88, 203 (255): "Würde die Verfügung über das Lebensrecht des nasciturus, wenn auch nur für eine begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter überantwortet, wäre rechtlicher Schutz dieses Lebens nicht mehr gewährleistet." Eine ungebundene Entscheidungsfreiheit lässt sich auch nicht unter Hinweis auf die Menschenwürde der Frau und ihre Fähigkeit zu verantwortlicher Entscheidung einfordern (ebd.).

⁷⁰ Die gesetzgeberische Erwartung, dass die Schwangere im Konfliktfall die auf den Lebensschutz zielende Beratung annimmt und ihre Situation offen legt, ist an die Überlassung der sog. Letztverantwortung und an die Eröffnung der Möglichkeit geknüpft,

die (Über-)Lebenschance des Embryos ebenso gut zunichte machen kann. Der Staat lässt die schwangere Frau gewähren; ob ihr die Schwangerschaft zumutbar ist oder nicht, entscheidet sie und nur sie. Dies läuft tatsächlich auf eine schutzlose Preisgabe des ungeborenen Lebens

Was bleibt, ist nur das Rechtswidrigkeitsverdikt: Weil die Frau, die ihre Schwangerschaft nach Beratung auf eigene Verantwortung abbricht, sich nicht im Wege der Selbstindikation die Rechtmäßigkeit ihres eigenen Verhaltens mit verbindlicher Wirkung für die staatliche Rechtsordnung attestieren kann, muss die Rechtsordnung diese Handlung als nicht erlaubt qualifizieren.⁷¹ Das Unwerturteil über verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Schwangerschaftsabbrüche konsequent aufrechtzuerhalten ist das Mindeste, was der Staat des Grundgesetzes den Opfern eines Unrechts schuldet, das er nicht zu verhindern vermag.⁷²

Aber selbst das Rechtswidrigkeitsurteil wird in erheblichem Umfang zurückgenommen, um "jene Rechtsnachteile [zu] vermeiden, die der Frau Veranlassung geben könnten, sich dem Beratungsverfahren und dem ärztlichen Gespräch zu entziehen".73 Die Hinwendung zur "Le-

gegebenenfalls für den Abbruch einen Arzt rechtswirksam in Anspruch nehmen zu können (BVerfGE 88, 203 [268]).

⁷¹ BVerfGE 88, 203 (274): "Es entspricht unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen festgestellt werden muss, sei es durch die Gerichte, sei es durch Dritte, denen der Staat kraft ihrer besonderen Pflichtenstellung vertrauen darf". Es wäre - nemo iudex in causa sua! - in der Tat "mit der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar, wenn die an dem Konflikt existentiell beteiligten Frauen selbst mit rechtlicher Erheblichkeit feststellten, ob eine Lage gegeben ist, bei der das Austragen des Kindes unzumutbar ist und deshalb der Abbruch der Schwangerschaft auch von Verfassungs wegen erlaubt werden kann. Die Frauen würden dann in eigener Sache über Recht und Unrecht befinden" (BVerfGE 88, 203 [275]), das sie einem anderen Rechtssubjekt zufügen.

⁷² Mittelbar kann der Staat so auch zunächst bewusstseinsprägend, unter Umständen verhaltensändernd wirken. Skeptisch diesbezüglich indes E.-W. Böckenförde Sondervotum BVerfGE 88, 203, 359 (366): "Eine rechtliche Regelung aber, die gemäß der sozialordnenden Aufgabe des Rechts auf tatsächliche Wirksamkeit abzielt und sie herbeiführen will, muß auch die eigenen Wirksamkeitsbedingungen mit in Rechnung stellen. Diese ergeben sich ebenso aus der conditio humana wie aus der konkreten Verfaßtheit einer Gesellschaft. Diese Wirksamkeitsbedingungen gegebenenfalls zu ändern, kann nicht allein oder primär die Aufgabe des Rechts sein; es vermag dazu zwar, aber nur in begrenztem Umfang, beizutragen."

⁷³ BVerfGE 88, 203 (281). Weil der Sozialstaat "auf dem Boden des Grundgesetzes nur mit den Mitteln des Rechtsstaates verwirklicht werden" kann (BVerfGE 88, 203 [316, 319]), scheidet immerhin eine Finanzierung der ohne Indikation nach der Beratungsregelung vorgenommenen Abbrüche durch die gesetzliche Krankenversicherung

benswirklichkeit" erzwingt die Legalisierung der Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs aus Furcht vor der Flucht der Schwangeren in die Illegalität. Eine Einschränkung der Rechtsfolgen des verfassungsrechtlichen Verbotes von nicht indizierten Schwangerschaftsabbrüchen erscheint in der Tat zur Verwirklichung des auf Beratung setzenden Schutzkonzepts notwendig, insofern folgerichtig. Sie wirft aber zugleich in aller Schärfe die Frage auf, ob sich die Rechtsordnung überhaupt auf das Argument der Faktizität der Illegalität einlassen kann und darf, ohne ihren normativen Anspruch aufzugeben.

Absehbar war jedenfalls, dass die Schaffung legaler Verwirklichungsmöglichkeiten für das an sich verfassungswidrige Verhalten nicht folgenlos bleiben würde. So sieht sich das von Anfang an durchlöcherte Rechtswidrigkeitsverdikt zunehmend unter Hinweis auf die "wirkliche Rechtslage" in Frage gestellt. Die Äußerung, ein Frauenarzt nehme in seiner Praxis (nach Beratung) "rechtswidrige" Abtreibungen vor, kann nach fachgerichtlicher Rechtsprechung⁷⁴ von den angesprochenen rechtlichen Laien nur dahin verstanden werden, dass solche Abtreibungen außerhalb der Voraussetzungen des § 218a StGB und somit in strafbarer Weise vorgenommen würden. Dies stelle eine unwahre Tatsachenbehauptung dar. In einem Nichtannahmebeschluss hat das BVerfG diese fachgerichtliche Einschätzung ausdrücklich gebilligt: Die Äußerung,

aus. Entgegen der Ansicht des BVerfG (E 88, 203 [321 f.]) darf aber auch bei Bedürftigkeit der Schwangeren keine Kostenübernahme durch den Staat erfolgen. Sozialhilfe kann es nicht für den verfassungsrechtlich unerlaubten Abbruch geben, sondern nur als Hilfe zum Lebensunterhalt für die Mutter und das Kind. Eine Bedürftigkeit der Schwangeren, die vom BVerfG immerhin als Ausnahme konzipiert war, ist vom Gesetzgeber zum Regelfall gemacht worden: Nach § 1 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen (!) Fällen (= Art. 5 Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21. 8. 1995, BGBl. I 1050, 1054) ist einer Frau die Aufbringung der Mittel für den Abbruch einer Schwangerschaft nicht zuzumuten, wenn ihre verfügbaren persönlichen Einkünfte in Geld oder Geldwert 912 Euro (Einkommensgrenze) nicht übersteigen und ihr persönlich kein kurzfristig verwertbares Vermögen zur Verfügung steht. Der Staat finanziert auf diese Weise Abtreibungen in zweistelligen Millionenbeträgen.

⁷⁴ LG Heilbronn, Urteil v. 12. 3. 2002 – 3 O 2438/01 III; OLG Stuttgart, Urteil v. 18. 9. 2002 – 4 U 54/02; a.A. OLG Karlsruhe NJW 2003, 2029 = ZfL 2003, 60.

⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 1060/02 vom 24. 05. 2006, Absatz-Nr. 28 = ZfL 2006, 135 (137). Die Kammer ließ allerdings offen, "ob die vorgenommene Deutung der Äußerung im umgangssprachlichen Sinne sich als einzig mögliche aufdrängt". Die Meinungsfreiheit werde jedenfalls nicht verletzt, wenn dem Beschwerdeführer angesonnen werde, "durch eindeutige Wortwahl zu verdeutlichen [...], dass die in der Praxis des Dr. K vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüche nicht strafbar seien" (Absatz-Nrn. 24, 26). Die Kammer sah sich zugleich veranlasst zu betonen, dass es dem Beschwerdeführer damit nicht

der Kläger [der betreffende Arzt; C.H.] nehme rechtswidrige und damit verbotene Abtreibungen vor, ist unwahr. Dieser führt vielmehr nach den Feststellungen der Zivilgerichte unstreitig nur Schwangerschaftsabbrüche unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch." Das verfassungsrechtlich gebotene Rechtswidrigkeitsverdikt, d.h. das Unwerturteil über die beratenen, aber nicht indizierten Schwangerschaftsabbrüche wird zur unwahren Tatsachenbehauptung: Was auf den ersten Blick als bizarre Verdrehung erscheint, stellt einen – letzten – der "Wirklichkeit" geleisteten Tribut dar: Die (bereits vom Verfassungsgericht teilweise zugelassene, sodann - unter offensichtlichem Verstoß gegen einschränkende verfassungsgerichtliche Vorgaben - vom Gesetzgeber vollständig ins Werk gesetzte) Freigabe der Abtreibungspraxis widerspricht dem verfassungsrechtlichen Unwerturteil. 76 Dieses Unwerturteil wird durch die (Rechts)Wirklichkeit dementiert und muss ihr schließlich weichen.77

Damit endet der ambitionierte Versuch einer wirklichkeitsorientierten Anwendung des Verfassungsrechts auf die Abtreibungsproblematik in einem normativen Desaster: Statt des versprochenen effektiveren Schutzes des ungeborenen Lebens sieht sich dieses nun ganz (rechts-)schutzlos gestellt. Stück für Stück ist das Verfassungsrecht mit seinem Geltungsanspruch zurückgewichen, weil die "Illegalitätsvermeidungsstrategie" in ihrer eigenen Logik und Folgerichtigkeit unablässig ein "Legalitätsopfer" nach dem anderen fordert. Das in der Menschenwürde wurzelnde Lebensrecht ist systematisch ausgehöhlt, zum nudum

verwehrt sei, "in der Öffentlichkeit gegen die Straflosigkeit und Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen Stellung zu nehmen und dafür auch polemische oder überspitzte Formulierungen zu wählen" (Absatz-Nr. 31). Dazu gehört offenbar schon die Qualifizierung von bloß beratenen Schwangerschaftsabbrüchen als rechtswidrig! Mit Recht kritisch zu dieser Rechtsprechung S. Mückl Lebensschutz und Meinungsfreiheit, ZfL 2007, 62ff.

⁷⁶ Der (verfassungsrechtlich) verbotene Schwangerschaftsabbruch ist zu einer (gesetzlich) erlaubten Handlung geworden; so bereits W. Kluth Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als erlaubte Handlung. Anmerkungen zum zweiten Fristenurteil des Bundesverfassungsgerichts, FamRZ 1993, 1381 ff.

⁷⁷ Es darf jedenfalls, weil andernfalls eine unzulässige Prangerwirkung eintritt (vgl. BGH, Beschl. v. 1. 4. 2003 - VI ZR 366/02 - ZfL 2003, 65 [66]: "Jedenfalls hat der Beklagte den durch die Rechsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägten Begriff der Rechtswidrigkeit, der im Rahmen der in § 218a Abs. 1 StGB geregelten Beratungslösung ein legales, straffreies Handeln des Arztes nicht ausschließt, in einer Weise verwendet, die ersichtlich eine Prangerwirkung gegen den als Einzelperson genannten Arzt erzeugt hat und erzeugen sollte"), nicht individualisiert und damit konkretisiert werden: So bleibt das Unrecht abstrakt und ohne Verantwortlichkeit.

ius geworden, das besser verschwiegen werden sollte.⁷⁸ Es dürfte keine zufällige sprachliche Entgleisung sein, dass aus dem objektiven Unwerturteil der Verfassung, wie es noch das zweite Fristenlösungsurteil formuliert, in einer jüngeren Kammerentscheidung eine "umstrittene Angelegenheit" geworden ist, in der "die jeweilige Bewertung" davon abhängt, "ob der straffreie Schwangerschaftsabbruch in erster Linie als Hilfe für die Schwangere gedeutet oder (!) als Abtötung menschlichen Lebens eingeordnet wird".⁷⁹

2. Die Vertrauensfrage

Bei der massenhaften Praxis des Schwangerschaftsabbruchs kapitulieren das Verfassungsgericht und mehr noch der Gesetzgeber vor vermeintlichen "gesellschaftlichen Notwendigkeiten". Aber auch der dynamische politische Prozess scheint sich normativer Kanalisierung durch das Staatsorganisationsrecht zu entziehen. Bei den vom Bundesverfassungsgericht jeweils akzeptierten Parlamentsauflösungen 1982/83 und

⁷⁸ Die Gesellschaft habe "über das ihr insoweit gehorsame Recht die Leibesfrüchte aus dem Recht exkludiert", notierte G. Jakobs schon vor geraumer Zeit (Lebensschutz durch Pflichtberatung, Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. Nr. 17 [2000], 17 [37]): "Für ein eigenes Lebensrecht spricht nichts. Die Leibesfrucht ist ein Gut von einem gewissen Gewicht - bei der medizinischen Indikation ist dieses nie besonders hoch veranschlagt und bei der sogenannten eugenischen Indikation nochmals heftig reduziert worden. Die Behandlung des 'beratenen' Abbruchs als in der Rechtswirklichkeit rechtmäßig setzt diesen Weg konsequent fort. Der Gang der Dinge in der Bundesrepublik Deutschland im ausgehenden 20. und beginnenden 21. Jahrhundert verstößt nicht etwa permanent gegen ein in ihr vorhandenes Lebensrecht der Ungeborenen, sondern das Recht, wie es sich alltäglich verwirklicht, enthält dieses Lebensrecht nicht. - Wie man das Ergebnis dieser Analyse zu bewerten hat, ist ein anderes Thema." Die verfassungsrechtliche Diskussion über die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs "von der schweren Bürde des Art. 1 Abs. 1 GG zu befreien und auf der Basis des Art. 2 Abs. 2 GG konsistente, gestufte Lösungen zu suchen", hatte H. Dreier Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, DÖV 1995, 1036 (1040) schon zuvor vorgeschlagen, und R. Merkel Forschungsobjekt Embryo (2002), 112 machte die Auffassung populär, dass der Embryo "nach geltendem Recht" (!) kein Grundrechtsträger sei. Gegen diese verfassungsrechtlich unhaltbaren Annahmen bereits Hillgruber Abtreibungsurteil (Fn. 64), 47 f.

⁷⁹ BVerfG, 1 BvR 49/00 vom 24. 5. 2006, Absatz-Nr. 57 = ZfL 2006, 124 (129).

⁸⁰ Siehe generell zur "Frage, ob und wieweit die Normen der Verfassung tatsächlich den politischen Prozeß steuern und über die Macht im Gemeinwesen disponieren können, Isensee Verfassungsrecht (Fn.1), § 162 Rn. 68ff.

⁸¹ BVerfGE 62, 1; dazu kritisch statt vieler N. Achterberg Vertrauensfrage und Auflösungsanordnung, DVBl. 1983, 477 ff.; J. Delbrück/R. Wolfrum Die Auflösung des 9. Deutschen Bundestages vor dem BVerfG, JuS 1983, 758 ff., W.- R. Schenke Die ver-

2005 hat der lagerübergreifende unbedingte politische Wille zu Neuwahlen über das der Verwirklichung dieses Willens entgegenstehende Verfassungsrecht triumphiert.82

Dass beide Parlamentsauflösungen manipulativ und im Widerspruch jedenfalls zu Sinn und Zweck des Instituts der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG herbeigeführt worden sind, lässt sich kaum bestreiten.83 Dem Bundeskanzler ging es mit seinem Vorgehen jeweils erklärterma-Ben "um eine neue Legitimation durch das Volk [...] und nicht um die Bereinigung einer Krisenlage im Parlament",84 deren angebliches Bevorstehen angesichts der bis dahin stets erreichten Parlamentsmehrheit spe-

fassungswidrige Bundestagsauflösung, NJW 1982, 2521 ff.; ders. Nochmals: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Bundestagsauflösung, NJW 1983, 150ff.

BVerfGE 114, 121; dazu kritisch C. Pestalozza Art. 68 GG light oder die Wildhüter der Verfassung, NJW 2005, 2817 ff.; W.-R. Schenke Das "gefühlte" Misstrauen. Zur Verfassungsrechtslage nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. 08. 2005 zur Vertrauensfrage nach Art. 68 GG, ZfP 53 (2006), 26ff.; D. Winkler Die Verfassungsmäßigkeit der Bundestagsauflösung, AöR 131 (2006), 441 ff.

⁸² Die Verfassungsrichterin G. Lübbe-Wolff macht in ihrem Sondervotum (BVerfGE 114, 121, 182 [195]) dafür nicht die Politik, sondern "verfehlte Rechtsbedingungen", nämlich das vom BVerfG aufgestellte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der "materiellen Auflösungslage", verantwortlich: "Wenn das Recht Forderungen aufstellt, gegen deren Umgehung oder scheinhafte oder herbeiinszenierte Erfüllung es nichts aufzubieten hat, befördert es nicht gute Ordnung, sondern Simulation oder sogar die Herbeiführung gerade dessen, was vermieden werden soll. Für den Eindruck des Unlauteren, den die Praxis unter solchen rechtlichen Rahmenbedingungen erwecken kann, und für das Misstrauen gegen die Institutionen und die ordnende Kraft des Rechts, das sich dann zwangsläufig ergibt, macht man besser die verfehlten Rechtsbedingungen verantwortlich als diejenigen, die unter diesen Bedingungen zu agieren haben. Denn die verfehlten Rechtsbedingungen sind das Einzige, was sich hier mit Aussicht auf Erfolg ändern lässt".

⁸³ Vizepräsident W. Zeidler sprach in seinem Sondervotum von 1983 ganz offen von einer manipulierte[n] Selbstauflösung des Bundestages, die durch eine "gesetz-zielwidrig' (Lerche) gestellte Vertrauensfrage instrumental ins Werk gesetzt worden ist" (BVerfGE 62, 1, 64 [69]). Dezidiert anderer Ansicht allerdings Sondervotum G. Lübbe-Wolff BVerfGE 114, 121 (182ff.).

⁸⁴ Zutreffend Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114, 121, 170 (181): "Bereits in seiner Fernsehansprache am Abend des 22. Mai 2005 hat er [Bundeskanzler Schröder; C.H.] ausdrücklich klargestellt, dass durch die Wahlniederlagen die politische Grundlage für die Fortsetzung seiner Regierungsarbeit in Frage gestellt sei". 1982 war der durch konstruktives Mißtrauensvotum in sein Amt gelangte Bundeskanzler Kohl dazu entschlossen, im Anschluss daran möglichst bald Neuwahlen herbeizuführen, weil er und die Koalitionspartner aus "zwingenden politischen Gründen [...] eine Erneuerung ihrer politischen Legitimation und Bestätigung ihres jeweiligen Auftrages durch den Wähler für erforderlich" hielten (zitiert nach Sondervotum W. Zeidler BVerfGE 62, 1, 64 [65]).

kulativen Charakter hatte und offensichtlich nur als Scheinargument nachgeschoben wurde, 85 um die sog. "materielle Auflösungslage" als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 68 GG nominell auszufüllen. 86 Unter diesen Umständen diente die Vertrauensfrage nur als Vehikel für die – letztlich von allen politischen Kräften gewollte – Auflösung des Bundestages und die Ansetzung von Neuwahlen. 87 Dies stellt einen Missbrauch des systematisch auf den Erhalt der Regierungsfähigkeit ausgerichteten Instruments des Art. 68 GG zu einem ihm fremden, ja sinnwidrigen Zweck dar.

Das BVerfG sieht in dem mehrstufigen Verfahren des Art. 68 GG, an dem – gewaltenteilend – drei oberste Verfassungsorgane – Bundeskanzler, Bundestag und Bundespräsident – mit jeweils selbständigen Beurteilungen in eigenen Prüfungsstationen beteiligt sind, eine hinreichende politische Sicherung gegen Missbrauch.⁸⁸

Im Fall eines kollusiven Zusammenwirkens von Bundeskanzler und Bundestag bei einer unechten und absprachegemäß negativ beantworteten Vertrauensfrage, ⁸⁹ d.h. eines *institutionellen Missbrauchs* der Vertrauensfrage zu dem politisch lagerübergreifend verfolgten, aber Art. 68 GG widersprechenden Zweck des außerordentlichen Appells an den demo-

⁸⁵ Siehe demgegenüber aber die Einschätzung in BVerfGE 114, 121 (162-169).

⁸⁶ Dem "konstruierte[n] Misstrauen' des Kanzlers gegenüber dem Parlament" (Formulierung nach Sondervotum *H.-J. Jentsch* BVerfGE 114, 121 [170]) folgte 2005 in Wahrheit eine Vertrauensbekundung der die Regierung tragenden Parlamentskräfte gegenüber dem Kanzler in Gestalt des auf Bestellung durch Stimmenthaltung ausgesprochenen Misstrauens (vgl. den Hinweis im Sondervotum *H.-J. Jentsch* BVerfGE 114, 121, 170 [174]).

⁸⁷ Vgl. dazu BVerfGE 114, 121 (158f.).

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 62, 1, 35 (51); 114, 121 (157-160).

⁸⁹ Zwar ist in der Tat "keine Lage denkbar, in der ein Bundeskanzler das Parlament gegen dessen Willen rechtlich zwingen könnte, an seiner eigenen Auflösung mitzuwirken" (BVerfGE 114, 121 [158]). Aber eines solchen Zwangs bedarf es auch gar nicht gegenüber einem selbst (mit Mehrheit) auflösungswilligen Parlament.

Für den manipulativen Umgang mit Art. 68 GG muss kein hoher politischer Preis bezahlt werden, der von der Manipulation abschrecken und abhalten könnte. Der Bundeskanzler wird von Verfassungs wegen nicht zu Maßnahmen gezwungen, mit denen ein politischer Dissens in der die Regierung tragenden Mehrheit im Parlament offenbar würde (BVerfGE 114, 121, LS 3 [154]). Was ihn annehmen lässt, der parlamentarischen Unterstützung nicht mehr hinreichend sicher zu sein, muss der Bundeskanzler nicht konkret darlegen. So vermeidet er die politische Bloßstellung, macht sich verfassungsgerichtlich unangreifbar (zutreffend Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114, 121, 170 [174]: "Denn die inhaltliche Kontrolle der Entscheidung des Bundeskanzlers ist dann nicht mehr möglich.") und kann unbeschädigt aus dem ihm einen Bonus vermittelnden Amt heraus Wahlkampf führen. Die in das Manöver eingebundene Opposition kann das Verfahren nicht nachträglich glaubhaft kritisieren.

kratischen Souverän erweist sich eine bloß politische Sicherung aber als tatsächlich unzulänglicher Schutz. Zwar hat der Bundespräsident prinzipiell die verfassungsrechtliche Rechtsmacht, sich zu verweigern und den vorangegangenen Akten von Bundeskanzler und Bundestag die gewünschte Rechtsfolge vorzuenthalten.90 Aber er ist nach der Rechtsprechung des BVerfG gehalten, die Einschätzungsprärogative der anderen beteiligten Verfassungsorgane, insbesondere des Bundeskanzlers zu achten, und daher in seiner Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt.91

Daher bedarf es in einem solchen Fall der den Missbrauch des verfassungsrechtlichen Instituts abwehrenden Intervention des BVerfG, das sich dieser Aufgabe nicht unter Hinweis auf den den anderen Verfassungsorganen vom Grundgesetz garantierten Raum freier politischer Gestaltung entziehen darf. Denn dieser Raum endet genau dort, wo der verfassungsrechtlich gesetzte Rahmen beginnt.92

Von Rechtsmissbrauch wollen indes nicht nur die daran beteiligten politischen Kräfte nichts hören. Der Rechtsbruch wurde vielmehr schon 1983 zum "Beginn einer Staatspraxis, die einem neuen, besonderen politischen Sachverhalt gerecht zu werden versuchte", stilisiert.93

⁹⁰ Siehe BVerfGE 114, 121 (159): "Der Bundespräsident ist ein vom Grundgesetz in diesem Verfahren eigens vorgesehenes unabhängiges Verfassungsorgan, das zur Rechtsprüfung ebenso befugt wie sodann zu einer politischen Leitentscheidung im Hinblick auf die Anordnung oder Ablehnung der Auflösung berufen ist."

⁹¹ BVerfGE 62, 1 (50f.). In einer durch übereinstimmenden Willen aller maßgeblichen politischen Kräfte geprägten Situation kann ein Veto des Bundespräsidenten daher realistischerweise nicht erwartet werden.

⁹² Die vom BVerfG aufgestellte These, das Grundgesetz habe "nur die Kontrolle politischer Herrschaft gewollt und nicht die Verrechtlichung des politischen Prozesses" (BVerfGE 114, 121 [160]), baut einen Gegensatz auf, der unter dem Grundgesetz so nicht besteht. Dieses hat sehr wohl den politischen Prozess partiell verrechtlicht und insoweit auch der (verfassungsgerichtlichen) Nachprüfung an dem von ihm gesetzten Maßstab unterworfen, und nur innerhalb des - allerdings nach wie vor recht weiten -Rahmens, den die verfassungsrechtlichen Vorgaben abstecken, kann sich der politische Prozess nach seinen Eigengesetzlichkeiten frei entwickeln und entfalten. Der Rahmen selbst aber steht nicht zur politischen Disposition. Krit. auch D. Winkler Politik im verfassungsfreien Raum, ZSE 2006, 103 (117) - die Vereinbarkeit des Urteils mit dem Justizgewährungsanspruch der beiden Antragsteller (Art. 19 Abs. 4 GG) sei zweifelhaft.

⁹³ BVerfGE 62, 1 (49). Es ist dies der außerhalb des Bereichs der bundesstaatlichen Kompetenzordnung wohl bedeutendste Fall, in dem das BVerfG der Praxis der Staatsorgane eine die angewandte Verfassungsnorm inhaltlich prägende Kraft im verfassungsrechtlichen Prozeß der Rechtsgewinnung zuerkannt hat. Siehe dazu sowie zu der darin liegenden Problematik - im Anschluss an Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 62 ff. - näher Müller-Franken Staatspraxis (Fn. 11), 229-231, der selbst in der Praxis der Staatsorgane einen ersten, zur Auseinandersetzung zwingenden Zugriff auf die

Die Annahme, dass der Anwendungsbereich des Art. 68 GG durch Staatspraxis erweitert und die Vertrauensfrage dadurch auch zu einem unabhängig von aktuell instabilen parlamentarischen Lagen einsetzbaren Instrument der Bundestagsauflösung mutiert ist, stößt indes auf durchgreifende Bedenken. Sie öffnet praktisch die Tür zur Selbstauflösung des Bundestages auf Initiative des Bundeskanzlers, die das Grundgesetz mit der Ablehnung eines zur Auflösung führenden destruktiven Misstrauensvotums bewusst versperrt hat. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Dem lässt sich auch nicht der schillernde Begriff des Verfassungswandels entgegenhalten; Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden. Phiese Entscheidung des Parlamentarischen Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden Phiese Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden Phiese Rates kann nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden Phiese Rates kann nur im Verfahre

Norminterpretation erblickt, die den Charakter einer mit besseren Argumenten widerlegbaren Normhypothese haben soll (250-252).

⁹⁴ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 68 GG und deren Auslegung ausführlich und zutreffend Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70 (86-105); abweichende Deutung Sondervotum G. Lübbe-Wolff BVerfGE 114, 121, 182 (192-195). Einen anderen Akzent setzt auch BVerfGE 62, 1 (42): "Verfassungsgeschichtlich gesehen geht die Stoßrichtung des Art. 68 GG nicht in erster Linie gegen ein Selbstauflösungsrecht des Bundestages, sondern gegen das praktisch unbegrenzte Auflösungsrecht, das der Reichspräsident unter der Weimarer Verfassung mit Gegenzeichnung eines dazu willigen Reichskanzlers handhaben konnte und gehandhabt hat." - Die These, die Zulassung der auflösungsgerichteten Vertrauensfrage im Rahmen des Art. 68 GG komme einem Selbstauflösungsrecht des Bundestages sehr nahe (so auch Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114, 121 [174]), bezeichnet F. Schoch Der funktionale Zusammenhang zwischen der Vertrauensfrage des Bundeskanzlers und dem parlamentarischen Regierungssystem, ZSE 2006, 88 (101) als "verfassungsrechtlich grob falsch", ohne sie überzeugend zu widerlegen (ebd., 101 f.): Die Initiativbefugnis des in das mehrstufige Verfahren einbezogenen Bundeskanzlers ist kein Gegenargument, weil ein nicht auflösungsgeneigter Amtsinhaber im Wege des konstruktiven Misstrauensvotums (Art. 67 Abs. 1 GG) von der auflösungswilligen Parlamentsmehrheit "ausgetauscht" werden kann; die Kontrollfunktion des Bundespräsidenten schließlich ist denkbar schwach ausgeprägt, weil dieser nach Auffassung des BVerfG (E 62, 1 [50]) "nicht seine eigene Beurteilung der politischen Gegebenheiten an die Stelle der Auffassung des Bundeskanzlers setzen" darf.

⁹⁵ Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70, 81 (85): "Es würde im übrigen "dem Sinn einer Verfassung überhaupt widersprechen, wollte man – gerade im staatsorganisatorischen Bereich – gesetztes, nach seinem Sinnganzen in bestimmter Weise ausgestaltetes Verfassungsrecht durch außerhalb dieser Ordnung stehende nach Opportunität entwickelte Regeln ersetzen"; Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114, 121, 170 (174). Siehe ferner Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 58: Der Anspruch des Grundgesetzes, das normative Leitbild der politischen Praxis, gegebenenfalls auch ihr normatives Gegenbild zu sein, liefe ins Leere, wenn es seinerseits Funktion der politischen Praxis wäre."

⁹⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG (E 2, 380 [401]; 3, 407 [422]; 45, 187 [227, 229]) sollen Verfassungsbestimmungen einen Bedeutungswandel erfahren können, "wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder be-

denn Verfassungsfortentwicklung unter Berufung auf angeblich veränderte Umstände ist der Sache nach doch nichts anderes als Verfassungsänderung.97

Wenn es ungeachtet der vom Grundgesetz erkennbar angestrebten Kontinuität der Regierungs- und Gesetzgebungsarbeit während der vollen Legislaturperiode des Bundestages unter bestimmten Umständen ein unabweisbares Bedürfnis für eine Selbstauflösung des Bundestages geben sollte, so kann es nicht auf Grundlage des Art. 68 GG, sondern nur durch dessen sich im Wege der Verfassungsänderung vollziehender Umgestaltung zu einem oder Ergänzung um ein Selbstauflösungsrecht des Parlaments befriedigt werden. Nichts hindert eine verfassungsändernde Mehrheit daran, diesen Weg zu beschreiten.98

kannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen".

⁹⁷ Zutreffend M. Jestaedt Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 373 f. Fn. 46 in Auseinandersetzung v.a. mit B.-O. Bryde Verfassungsentwicklung, 1982. Eine Verfassungsänderung aber kann nicht einfach im Wege einer die grundsätzlich dauerhaft maßgebliche "entstehungszeitliche" durch eine "geltungszeitliche" Auslegung ablösenden und damit die Verfassungsbindung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) abstreifenden, neuen Verfassungsrechtserkenntnis ins Werk gesetzt werden. Es ist gerade das Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG, das eine - widerlegliche - Vermutung dafür begründet, dass der historische Wille des Verfassunggebers bzw. verfassungsändernden Gesetzgebers im Zeitpunkt der Verfassunggebung bzw. verfassungsändernden Gesetzgebung grundsätzlich dauerhaft maßgeblich sein soll, und eine "dynamische", auf "das" (wessen?) Verständnis im Anwendungszeitpunkt abstellende Verfassungsinterpretation die aus der jeweiligen Verfassungsnorm zu begründende und zu legitimierende Ausnahme darstellt.

⁹⁸ Wie problematisch dagegen der Schleichweg des Verfassungswandels ist, auf dem sich ein neues, vom historisch überkommenen abweichendes Rechtsverständnis [wessen?] bei unverändertem Verfassungs text durchsetzen soll, zeigt das Sondervotum W. Zeidler zur Parlamentsauflösung 1983: Weil Rolle und Funktion des Bundeskanzlers seit Schaffung des Grundgesetzes einen (allerdings politischen) Bedeutungswandel hin zur "Kanzlerdemokratie" erfahren haben, "sich in der Wirklichkeit des politischen Lebens unter dem Grundgesetz eine immer stärker wirksame personalisierte plebiszitäre Komponente durchgesetzt" hat (BVerfGE 62, 1, 64 [67]), soll nicht außer Betracht bleiben dürfen, "daß bei der Bundestagswahl der Wähler weithin das von der Welt der politischen Tatsachen honorierte Gefühl hat, mit seiner Stimmabgabe über die Person des künftigen Kanzlers zu entscheiden" (BVerfGE 62, 1, 64 [69]; dem dahinter stehenden Argument mangelnder demokratischer Legitimation des durch konstruktives Misstrauensvotum gewählten Bundeskanzlers ist die Senatsmehrheit damals entschieden entgegengetreten (BVerfGE 62, 1 [43]; siehe auch Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70, 82 f.; scheinbar affirmativ dagegen BVerfGE 114, 121 [155]; demgegenüber aber wieder zu Recht generell ablehnend mit Blick auf die durch das Grundgesetz ausgestaltete repräsentative Demokratie das Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114, 121, 170 [179f.]). Weimar dagegen sei Geschichte und damit auch die auf Weimarer Erfahrungen

Doch nicht wenige meinen, der Bundespräsident und später das Bundesverfassungsgericht hätten praktisch nicht anders entscheiden können als sie es taten. "Sie hätten den Bundestag schwerlich zwingen können, weiter zu regieren, nachdem er den Willen zum politischen Selbstmord bestätigt und sich selber delegitimiert hatte. Die Möglichkeit der offenen juristischen Argumentation brach sich an der politischen Faktizität. Die Realität hatte das Recht überrollt".99

Aber war hier wirklich die "Grenze des rechtlich Möglichen" überschritten? Das Bundesverfassungsgericht hätte auch im Ergebnis anders entscheiden und die eilfertige politische Elite blamieren, zum vorläufigen Weiterregieren und Weiteropponieren "verurteilen" können. Das politisch bindende "Versprechen" von Neuwahlen hätte sodann die zur

gründende, vom Parlamentarischen Rat gewählte "Konstruktion eines größtmöglichen Zwanges zur Stabilität, Kontinuität und zeitlich vollen Ausschöpfung der Legislaturperiode" (Sondervotum W. Zeidler BVerfGE 62, 1, 64, 68). Bei dieser vorschnellen Schlussfolgerung wird geslissentlich übersehen, dass es auch unter den relativ stabilen Vorzeichen der Bonner und Berliner Republik gute Gründe für diese "Konstruktion" geben könnte. Zu solchen verfassungspolitischen Gründen siehe Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70 (80f.); ferner Sondervotum H.-J. Jentsch BVerfGE 114. 121, 170 (178-180), der die Beeinträchtigung der Repräsentativfunktion des Parlaments befürchtet und - rückblickend betrachtet - geradezu prophetisch gewarnt hat: "Statt aus einer Situation der Instabilität über die Parlamentsauflösung als ultima ratio zur Stabilität durch (erhoffte) neue Mehrheiten zu gelangen, liefe man Gefahr, bei vorhandener Regierungsstabilität in eine Situation der Instabilität zu geraten, eine Lage also, die das Grundgesetz gerade vermeiden will"; so auch bereits Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70 (74). Die Entscheidung darüber, ob die Konstruktion angesichts dessen aufrechterhalten oder ungeachtet dessen korrigiert werden soll, ist nicht Sache des sich auf der "Höhe der Zeit" wähnenden Interpreten, sondern Sache des verfassungsändernden Gesetzgebers, der nicht ad hoc und nur für einen Einzelfall die Verfassung außer Acht lässt (vgl. dazu Sondervotum H. J. Rinck BVerfGE 62, 1, 70 [82]), sondern im Bewusstsein, eine allgemeine Regel aufstellen zu müssen, über Sinn oder Unsinn einer Verfassungsänderung in diesem Punkte zu reflektieren und nach Prüfung der Argumente pro und contra zu befinden haben wird. Wie weit sich der herbeigeredete Verfassungswandel vom geltenden Verfassungsrecht entfernt, zeigt die von Zeidler schließlich dem Bundespräsidenten freigebig eingeräumte Kompetenz, "unter Berücksichtigung aller Umstände im Hinblick auf die Gewichtung der verschiedenen Rechtsgüter und politischen Interessen in dieser besonderen Situation" sich für oder gegen die Auflösung zu entscheiden (Sondervotum W. Zeidler BVerfGE 62, 1, 64 [70]). Der angebliche Verfassungswandel mündet in eine maßstabslose Ermächtigung umfassender Interessenabwägung. Mit der dem Bundespräsidenten von Art. 68 GG zugewiesenen Entscheidungszuständigkeit hat dies ersichtlich wenig zu tun.

⁹⁹ Isensee Befindlichkeit (Fn. 49), 16, der von der "necessitä" im Sinne Macchiavellis spricht; ähnlich J. Ipsen Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages – eine Nachlese, NJW 2005, 1147 (1150) – das BVerfG habe eine Entscheidung getroffen, die "im Ergebnis ohne Alternative" gewesen sei.

Ermöglichung der Selbstauflösung des Parlaments notwendige Verfassungsänderung ad hoc erzwungen. 100

Es kann also keine Rede davon sein, dass hier die Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit endet oder etwa gar das Staatsrecht ganz aufhört (Anschütz). Das Grundgesetz lebt in seinem staatsorganisationsrechtlichen Teil von der kontrafaktischen Annahme, dass es auch den politischen Prozess verfassungsrechtlich einhegen kann und dass aus der Verfassungsordnung "ausbrechende" politische Akte notfalls mit Hilfe des Verfassungsgerichts abgewehrt werden können.¹⁰¹ Wenn es diese Hypothese aufgäbe, gäbe es sich selbst auf.

3. Die Ausnahmelage

Der Kapitulation des Verfassungsrechts vor gesellschaftlicher "Befindlichkeit" und vor politischer Urgewalt sollte die Kapitulation vor dem Ausnahmefall folgen.

Nach der materiellrechtlichen Begründung, die das BVerfG seiner normverwerfenden Entscheidung zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz gegeben hat,102 sind dem Staat des Grundgesetzes wegen der dauerhaften Bestandsgarantie des Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Fall eines entführten, mit Passagieren besetzten und zur Waffe umfunktionierten Luftfahrzeuges verfassungsrechtlich die Hände gebunden. 103

¹⁰⁰ Dass ausgerechnet darin bisweilen ein "Anschlag" auf die Verfassung erblickt worden ist, zeugt von einem merkwürdigen, den Verfassungstext sakralisierenden Verfassungsverständnis (zu diesem Phänomen J. Isensee Vom Stil der Verfassung, 1999, 60 unter Hinweis auf Ludwig Uhland ["Die Verfassungsurkunde ist eine politische Bibel."]), das den Verfassungswandel propagiert, aber gegen eine "ungehörige" förmliche Verfassungsänderung protestiert.

¹⁰¹ G. Jellinek Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, 72, war noch der Meinung, "daß Rechtsgesetze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen. Die realen politischen Kräfte bewegen sich nach ihren eigenen Gesetzen, die von allen juristischen Formen unabhängig wirken."

¹⁰² BVerfGE 115, 118 = JZ 2006, 408 m. Anm. C. Starck. Die Entscheidung hat in der staatsrechtlichen Literatur ein geteiltes Echo gefunden. Zustimmend W.-R. Schenke Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG, NJW 2006, 736 (738); W. Hecker Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, KJ 2006, 179 (184ff.); kritisch Herdegen in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 1 Abs. 1 Rn. 90; C. Enders in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 92f.

¹⁰³ Scharfe Kritik bei J. Isensee Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (192): "Das Bundesverfassungsgericht sichert den Geiselnehmern gleichsam freies Geleit und zwingt den Staat, dessen primärer Daseinszweck die Sicherheit seiner Bürger ist, im Ernstfall untätig zu bleiben; aber es gestattet ihm, im Wasser grundrechtlicher Unschuld seine Pilatushände zu waschen."

Ihm bleibt zur Abwehr eines solchen Angriffs nur der Verfassungsbruch als letzter Ausweg.¹⁰⁴

Es ist bemerkenswert, dass nicht wenige Befürworter der Entscheidung zugleich davon ausgehen, das man sich im Ernstfall an sie nicht halten wird, ja mehr noch, als "verantwortlich" Handelnder nicht halten kann und darf. Wer nicht schlicht die Möglichkeit, dass der in § 14 Abs. 3 LuftSiG normierte Tatbestand eintreten könnte, leugnet¹⁰⁵, hält ein Untätigbleiben der Staatsgewalt also nicht nur für unvorstellbar, sondern auch für nicht verantwortbar, rechnet mit, ja spekuliert auf den Verfassungsbruch.

"Rächt sich hier eine verdrängte Wirklichkeit?"¹⁰⁶ Der frühere Bundesverfassungsrichter und damalige Berichterstatter *Hömig* soll einem Zeitungsbericht¹⁰⁷ zufolge erklärt haben, "er habe darauf gehofft, dass es im Letzten ein verantwortlicher Amtsträger auf sich nehmen würde, das Notwendige zu vollziehen und als Person die Last eines Rechtsverstoßes auf sich zu laden. [...] Der Staat, so erläuterte Hömig die Ratio des Urteils, habe nicht unmittelbar als solcher mit dem Makel befleckt werden dürfen, gezielt unschuldige Menschenleben zu töten".

Wird der Staat, so ist zu entgegnen, etwa nicht kompromittiert, wenn einer seiner Amtsträger, um mit Hömig zu sprechen, "das Notwendige vollzieht" und damit nach dem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz gegen den Fundamentalgrundsatz unserer Verfassung schlechthin verstößt? Der Staat müsste sich dieses Handeln seines "verantwortlichen" Amtsträgers doch ungeachtet der nach dem Urteil feststehenden, unheilbaren Verfassungswidrigkeit – weil in Ausübung des diesem übertragenen Amtes erfolgt – zurechnen lassen und dafür die Amtshaftung überneh-

¹⁰⁴ Oder er muss, wenn die Bedrohung von Terroristen ausgeht, um Handlungsfreiheit zurückzugewinnen, den "war on terrorism" erklären, weil die apodiktische Aussage über die Menschenwürdeverletzung nur für den "Streitkräfteeinsatz nichtkriegerischer Art" Geltung beansprucht (BVerfGE 115, 118 [157]). Das BVerfG bleibt allerdings eine Begründung dafür schuldig, warum Art. 1 Abs. 1 GG bei kriegerischem Einsatz nicht gelten soll.

¹⁰⁵ Tendenziell O. Lepsius Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz, FG Hirsch, 2006, 48 (68), der meint: "Ein Anschlag, der genau nach dem Muster des 11. September 2001 abläuft, wird sich nach menschlichem Ermessen nicht wiederholen" (Hervorhebung von C.H.). Was heißt hier "genau"?

¹⁰⁶ E.-W. Böckenförde Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 (1884). Siehe auch J. Isensee Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: R. Mellinghoff/G. Morgenthaler/T. Puhl (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, 7 (37), der "die Schizophrenie von Notstandslegalismus und rechtsfreier Tat" als "die Krankheit deutscher Verfassungsinterpretation" bezeichnet.

¹⁰⁷ D. Hildebrand Unantastbar? Eine Anfrage, FAZ Nr. 4 vom 5. 1. 2007, 34. D. Hömig hat dies jüngst (EuGRZ 2007, 633 Fn. 4) dementiert.

men (Art. 34 S. 1 i.V.m. §§ 839, 844 BGB). Dass der Amtsträger selbst dafür in Regress genommen werden könnte (Art. 34 S. 2 GG i.V.m. §§ 78 Abs. 1 BBG, 24 Abs. 1 SG), erweitert lediglich für diesen die darin liegende Zumutung in rechtlicher, moralischer und praktischer¹⁰⁸ Hinsicht noch um eine grundsätzlich unbegrenzte¹⁰⁹ finanzielle Folgenverantwortung. Der Amtswalter hätte überdies auch mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen.110

Der durch seinen Amtswalter handelnde Staat kann unter diesen Umständen gar nicht rein und unbefleckt bleiben, sondern steht, um im Bilde zu bleiben, besudelt da. Auf den Verfassungsbruch durch den "verantwortlichen" Amtsträger zu spekulieren, treibt das latent stets vorhandene Spannungsverhältnis von Sein und Sollen auf die Spitze. 111

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es abwägungsresistente verfassungsrechtliche Verbote gibt, nach denen das, was tatsächlich "notwendig" erscheint, von Verfassungs wegen von der deutschen

¹⁰⁸ Auf ihn werden die aus Sicht des BVerfG (E 115, 118 [154-158]; dazu kritisch C. Hillgruber Der Staat des Grundgesetzes - nur "bedingt abwehrbereit"?, JZ 2007, 209 [215 Fn. 39]) verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren, durch Nichtigerklärung der Norm aber nicht mit vernichteten "Ungewissheiten im Tatsächlichen" abgewälzt.

¹⁰⁹ Sie könnte allenfalls durch den beamten- und soldatenrechtlichen Fürsorgegrundsatz (§§ 48 BRRG, § 79 BBG; § 31 SG) begrenzt sein (vgl. U. Battis Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2004, § 78 Rn. 14 mwN).

¹¹⁰ BVerfGE 115, 118 (157) hat bewusst offengelassen, "wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären". Es wäre indes ganz inkonsequent, den zum Abschuss des entführten Flugzeugs auffordernden oder den abschießenden Amtswalter nicht auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Eine Entschuldigung wegen vermeintlicher, in Wahrheit bei Annahme eines strikten, aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleiteten Abschussverbots gar nicht gegebener Pflichtenkollision scheidet jedenfalls aus; ein entsprechender Verbotsirrtum ist seit der Entscheidung des BVerfG vermeidbar, und sonstige allgemeine Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich; a.A. Lepsius Luftsicherheitsgesetz (Fn. 105), 71. Allenfalls im Rahmen der Strafzumessung darf das Dilemma, das zu der Tat geführt hat, angemessen berücksichtigt werden (so auch das LG Frankfurt im Fall Daschner, LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692 [695f.]). Sonst bliebe nur noch der Verweis auf das Gnadenrecht, der aber wohl kaum als angemessen angesehen werden kann. Wegen des Menschenwürdeverstoßes darf der angewiesene Soldat den Befehl auch gar nicht befolgen (siehe § 11 Abs. 1, 2 SG). Tut er es gleichwohl, so begeht er ein disziplinarrechtlich zu ahndendes Dienstvergehen (§ 23 Abs. 1 SG).

¹¹¹ Sehr kritisch auch J. Isensee Leben gegen Leben, FS Jakobs, 2007, 205 (232): "Die Richter halten ihre Hände rein und ihre Ideale hoch. Doch hoffen sie insgeheim, daß, wenn es einmal ernst werden sollte, sich jemand finden werde, sich die eigenen Hände schmutzig zu machen und zu tun, was die allgemeine Not gebietet." Im "schizophrenen Idealismus des Flugsicherungs-Urteils" manifestiere sich "das gestörte Verhältnis der Deutschen zum Staat" (ebd., 233).

Staatsgewalt gleichwohl unter keinen Umständen, auch nicht im Notfall, getan werden darf.¹¹² Präventivpolizeiliche "Rettungs-Folter" etwa kann im Sinne einer einzig erfolgversprechenden Gefahrenabwehrmaßnahme gegen den festgenommenen polizeirechtlichen Störer "notwendig" sein, und ist doch – wegen Art. 1 Abs. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG – schlechthin unzulässig.¹¹³

Aber wenn es sich in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG so verhalten sollte,¹¹⁴ dann darf das verfassungsrechtlich kategorisch verbotene Verhalten von zur Verfassungstreue verpflichteten Amtswaltern auch nicht einfach stillschweigend in Kauf genommen oder gar der offene Verfassungsbruch als "Lösung des Problems" propagiert werden. Mit solch unglaubwürdiger "Verfassungsheuchelei" wird die Geltung des Grundgesetzes untergraben.

Eine Verfassung sollte, wenn sie ihre Steuerungskraft auch im Extremfall behalten, d.h. in der Notlage nicht einfach – nach dem Motto "Not kennt kein Verfassungsgebot" – abdanken will, und das Grundgesetz will erkennbar (vgl. nur Art. 87a, 115a ff. GG) auch dann – gegebenenfalls modifiziert, d.h. der Sondersituation angepasst¹¹⁵ – gelten, auch

¹¹² Was "eigentlich" sein "müsste", darf doch keinesfalls sein, weil es bereits vor und unabhängig von seiner Verhältnismäßigkeit als "an und für sich" verfassungswidriges Mittel ausscheidet.

¹¹³ LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692 (693 f.); Zweifelnd allerdings schon G. Dürig Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (128), der es nicht für ausgeschlossen halten wollte, "zu Gunsten des schuldlosen Opfers" bei "aussichtslosen normalen Wahrheitsermittlungen" – wie etwa bei "Gewohnheitsverbrechern" oder wegen Meineides Vorbestraften – "weitergehende Methoden der Wahrheitserforschung" zuzulassen und auszuschöpfen; für die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Erlangung von Aussagen – "bis zur Schwelle der Folter" zuletzt W. Schmitt Glaeser Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: FS Isensee, 2007, 507 (519 ff.).

¹¹⁴ D.h. wenn die Tötung der zu Geiseln gewordenen Flugzeugpassagiere unter den in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG obwaltenden Umständen tatsächlich nicht nur einen prinzipiell rechtfertigungsfähigen (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG) Eingriff in ihr Lebensrecht, sondern zugleich ein schlechterdings nicht zu rechtfertigenden Angriff auf ihre Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt.

¹¹⁵ Das dürste den Intentionen des Versassunggebers entsprechen. So hielt es C. Schmid (Zweite Sitzung des Plenums vom 8. 9. 1948, in: Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokoll, Bd. 9, 1996, 39) für nicht ausgeschlossen, dass in einer bestimmten außergewöhnlichen Situation die gewöhnlichen polizeilichen "Mittel nicht genügen könnten und dass dann das Individuum vor dem Notstand des Staates zurückstehen muss". Auch das BVerfG (E 115, 118 [159]) verwarf den "Gedanken, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notsalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern, wenn es nur auf diese Weise möglich ist, das rechtlich versasste Gemeinwesen vor Angriffen zu bewahren, die auf dessen Zusammenbruch und Zerstö-

die extreme Ausnahmelage normativ "abbilden" und eine ihr angemessene Regelung bereithalten, die gerade nicht zur Flucht in den Verfassungsbruch nötigt.116

Dadurch, dass man Ausnahmefälle und Notsituationen ungeregelt lässt, kann man nicht verhindern, dass sie eintreten, und sie treten irgendwann einmal unweigerlich ein. 117 Man muss nicht vom Ausnahmefall als normativem Leitbild her denken, 118 um einsehen zu können, dass auch der Ausnahmefall rechtlich erfasst und gefasst werden muss, wenn er nicht im Fall seines Eintritts die Rechtsordnung gänzlich sprengen soll. Den Ausnahmefall zu normieren, bedeutet weder, ihn zum gesetz-

rung abzielen" (so etwa C. Enders in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Stand: X/00, Art. 1 Rn. 93), nicht kategorisch, glaubte aber vorliegend nicht entscheiden zu müssen, "ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen dem Grundgesetz über die mit der Notstandsverfassung geschaffenen Schutzmechanismen hinaus eine solche solidarische Einstandspflicht entnommen werden kann", weil es im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht um die Abwehr von Angriffen gehe, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind. Aber Anschläge nach Art des 11. September 2001, die den Gesetzgeber zu dieser Regelung mitentscheidend motiviert haben (vgl. BTDrucks 15/2361, 21 zu § 14), hätten sehr wohl diese Qualität und Dimension.

116 Es handelt sich hierbei um eine verfassungspolitische Forderung, die auf Sonderrecht für Ausnahmelagen, nicht dagegen auf eine Sonderdogmatik für Grenzsituationen zielt. Sieht man die Verfassungsrechtsdogmatik in einer gegenüber ihrem Erkenntnisgegenstand, dem positiv geltenden Verfassungsrecht, dienenden Funktion, dann vermag sie selbstverständlich Sonderregeln nur zu erkennen und zu beschreiben, "wo es sie gibt", d.h. wenn und soweit sie gelten.

E.-W. Böckenförde (Ausnahmezustand [Fn. 106], 1885) hat mit Recht darauf hingewiesen: "Werden solche Rechtstitel von der bestehenden Verfassungsordnung verweigert, weil sie strikt auf die Normallage bezogen ist und eine Ausnahmelage als Rechtsproblem nicht kennt, ist die an sich notwendige Konsequenz eine Relativierung zur Pflicht zur erfolgreichen Aufgabenwahrnehmung: fiat iustitia pereat mundus. In der Praxis staatlichen Handelns wird diese letztere Alternative freilich nie realisiert werden, weil der Handlungsdruck für die staatlichen Organe gerade in Ausnahmelagen viel zu stark ist. [...] Hält die Verfassung an der Position einer rechtlichen Ausnahmeverweigerung fest, so bedeutet das daher im Ergebnis nicht ein Nichthandeln der staatlichen Organe in solchen Lagen, sondern ein Handeln unter Beiseitelassung der aufgestellten rechtlichen Grenzen, die der Not nicht gemäß erscheinen, und den Übergang in einen von Rechtsbindung freien Raum."

117 Vgl. Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 92; C. Schmitt Politische Theologie, 4. Aufl. 1985, 13.

118 Vgl. zu dieser Frage Schmitt Politische Theologie (Fn. 117), 18-22 sowie die Beiträge in: W. Brugger/J. Haverkate (Hrsg.) Grenzen als Thema der Rechts- und Staatsphilosophie, ARSP Beiheft 84 (2002), insbes. J. Isensee Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, ARSP Beiheft 84 (2002), 51 ff. lichen Regel- und damit Normalfall zu erheben,¹¹⁹ noch heißt es, ihn zu forcieren.¹²⁰ Das Ausblenden der Notsituation führt dagegen zu einem blinden Fleck in der Rechtsordnung und vermittelt nur den trügerischen Schein von Rechtssicherheit – einen verhüllenden Schleier, der im Notfall zerreißt.

Die These, die Grenzentscheidung dürfe nicht verrechtlicht werden, sondern müsse politisch und ethisch, also demokratisch verantwortet werden, ¹²¹ übersieht, dass alles, was die Staatsgewalt tut, auch in Ausnahmelagen, aufgrund ihrer umfassenden, lückenlosen Verfassungsbindung zunächst einmal und vor allem anderen verfassungsrechtlich verantwortbar sein muss. ¹²² Keinen Ausweg aus dem normativ entscheidungsbedürftigen Dilemma bietet auch die Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes. ¹²³ Das Grundgesetz kennt keine rechtswertungsfreien Zonen. ¹²⁴ Dies gilt für individuelles Verhalten, das grundrechtlich entweder erlaubt oder verboten ist, erst recht aber für die verfassungsgebundene Staatsgewalt selbst, deren Aktionsradius erst durch die Ver-

¹¹⁹ So aber Lepsius Luftsicherheitsgesetz (Fn. 105), 68f.

¹²⁰ Dies gegen jene, die unterstellen, dass eine für einen Extremfall konzipierte Ermächtigung dazu einlädt, von ihr auch Gebrauch zu machen; gemeint ist wohl: auch außerhalb des Extremfalls, denn nur dies wäre bedenklich. Siehe dazu Lepsius Luftsicherheitsgesetz (Fn. 105), 69: "Bekanntlich tendieren Normen dazu, angewandt zu werden."

¹²¹ Lepsius Luftsicherheitsgesetz (Fn. 105), 70.

¹²² Lepsius Luftsicherheitsgesetz (Fn. 105), 71 meint dagegen: "Wenn eine Situation wie am 11. 9. 2001 in der Bundesrepublik einträte, bliebe jeder bei seiner Entscheidung auf sich gestellt, wer auch immer handeln muß (der Minister, sein Vertreter, ein Luftwaffengeneral, der Diensthabende in Kalkar, der Pilot im Abfangjäger). Ihre Entscheidung nimmt ihnen das Recht nicht ab. Sie müssen sie nach ihrem Gewissen und nach ethischen Überzeugungen treffen".

¹²³ Danach soll in bestimmten, durch tragische Konflikte gekennzeichneten Grenzsituationen auf eine verfassungsrechtliche Bewertung bestimmter Handlungen als "rechtmäßig" oder rechtswidrig" verzichtet werden. Zur Lehre vom rechtsfreien Raum grundlegend K. Engisch Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108 (1952), 385 ff.; A. Kaufmann Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 226 ff. (227: " ... geht es beim rechtsfreien Raum um rechtlich relevantes und rechtlich geregeltes Verhalten, das aber weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig zutreffend gewertet werden kann"); zu Kaufmanns Konzeption B. Schünemann Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, ARSP Beiheft 100 (2005), 145 ff.; neuerdings auch J.F. Lindner Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raums, ZRpH 2004, 87 ff.; ders. Tragische Konflikte, FAZ Nr. 241 vom 15. 10. 2004, 8 (" ... rechtswertungsfreier Raum heißt: eine eigentlich als rechtswidrig zu missbilligende Handlung in Grenzfällen eben doch zu akzeptieren, wenn auch nicht zu bewerten.").

¹²⁴ BVerfGE 39, 1 (44): "Der Staat des Grundgesetzes darf sich seiner Verantwortung auch nicht durch Anerkennung eines 'rechtsfreien Raumes' entziehen, indem er sich der Wertung enthält".

fassung eröffnet und durch sie zugleich strikt begrenzt wird. 125 Was die Verfassung zulässt oder wozu sie ermächtigt, ist verfassungsgemäß, alles andere ist verfassungswidrig. Tertium non datur.

III. Die Aufgabenteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Staatsrechtslehre bei der Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts

Die Gewährleistungsfunktion des BVerfG - Generelle Bewahrung 1. und individuelle Fortschreibung des Verfassungsrechts

Das Bundesverfassungsgericht hat letztverbindlich über die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts zu entscheiden. 126 Das vom BVerfG in Anwendung der Verfassung im Einzelfall gesetzte "Richterrecht" nimmt allerdings nicht am Vorrang der Verfassung teil, sondern hat über die in Rechtskraft erwachsende Einzelfallentscheidung hinaus nur gesetzesrangige Bindungswirkung nach Maßgabe des § 31 Abs. 1 BVerfGG.¹²⁷

Das verfassungsgerichtliche Erkenntnis ist mehr als die Verfassungsrechtserkenntnis, aber jenes baut auf dieser auf. "Realistisch" darf und muss die Verfassungsrechtserkenntnis durch das BVerfG (wie auch durch alle anderen zur Interpretation Berufenen) allein insofern sein, als der Inhalt von Verfassungsnormen mit dem vom Verfassunggeber oder verfassungsändernden Gesetzgeber als Normsetzer Gewollten, d.h. dessen Regelungsabsicht, identisch ist und es daher für die richtige Auslegung auf die Vergegenwärtigung dieses historisch entrückten (politischen!) Willens (als "innerer" Tatsache) ankommt, den es durch

¹²⁵ Da das Konzept des rechtswertungsfreien Raums keinen Regelungsverzicht bedeutet, dieser Raum vielmehr rechtlich definiert und abgegrenzt werden muss, zudem das, was innerhalb dieses Raums geschieht, rechtlich "umhegt" werden soll, damit die Freigabe nicht als Freibrief missverstanden wird, stellt sich für den verfassungsgebundenen Gesetzgeber das unlösbare Problem, wie er solche Regelungen ohne Rücksicht auf verfassungsrechtlich vorgegebene Bewertungen treffen kann.

¹²⁶ BVerfGE 108, 282 (295).

¹²⁷ A.A. Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 116f., der von "vertikaler" Ergänzung im Sinne von Konkretisierung des Verfassungsrechts spricht und dies als "Unterfall der Verfassungsinterpretation" begreift (125 f.). Zur fragwürdigen "Logik der Konkretisierung", die zu einer "Verfassunggebung in Permanenz" (Isensee Verfassungsrecht [Fn. 1], § 162 Rdnr. 48) führt, siehe nur Jestaedt Grundrechtsentfaltung (Fn. 97), 155-173. Vgl. auch schon K. Schlaich Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99 (115): "Materialprüfung ist nicht Produktion.".

Ermittlung indizieller ("äußerer") Hilfstatsachen (wie Wortlaut, systematischer Kontext und Gesetzesmaterialien) festzustellen gilt.¹²⁸

Zwei gegen die subjektiv-historische Auslegung¹²⁹ häufig vorgebrachte Einwände¹³⁰ seien vorsorglich zurückgewiesen: Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Verfassunggebers oder verfassungsändernden Gesetzgebers würden auf diese Art und Weise festgeschrieben, statt

Das BVerfG hatte in seiner Rechtsprechung ursprünglich den historischen Willen des Verfassungsebers und daher die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes in ihrer Relevanz für die richtige Verfassungsinterpretation im Allgemeinen marginalisiert: Ihr könne "für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zukommen" (vgl. BVerfGE 6, 389 [431]; 11, 126 [129f.] [Gesetzesauslegung]; 41, 291 [309]; 45, 187 [227]; 62, 1 [45]; 111, 54 [91]). Nachdem es auf diese Weise sich selbst die Interpretationsherrschaft über das Grundgesetz angeeignet hatte, hat es die Bedeutung der Entstehungsgeschichte aber mittlerweile wieder deutlich aufgewertet und sie in letzter Zeit sogar recht häufig und intensiv zur Auslegung herangezogen. Zur Begründung hat es zutreffend angeführt: "Um Sinngehalt und Tragweite der Grundrechtsbestimmungen und anderer Garantienormen, denen oft eine lapidare Sprachgestalt eigen ist, richtig zu erfassen, ist jedoch der Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnorm sowie auf ihre Zielrichtung erforderlich, wie sie sich in den Beratungen darstellte und wie sie schließlich im Normzusammenhang ihren Ausdruck gefunden hat" (BVerfGE 79, 127 [143 f. mwN]).

¹³⁰ Statt aller jüngst Schulze-Fielitz Staatsrechtslehre (Fn. 42), 25 f. Vgl. auch G. Hirsch, Auf dem Weg zum Richterstaat JZ 2007, 853 (854) mit der abenteuerlichen These, die subjektiv-historische Auslegungsmethode habe sich durch die Europäisierung "schlicht und einfach erledigt"; die Suche nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers scheitere "in der Regel schon daran, dass ein solcher nicht auffindbar ist" (?1).

¹²⁸ Vgl. M. Jestaedt Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 55 (2000), 133 (155): "Das Wollen des Normsetzers bestimmt also das Sollen der Norm, nicht nur seiner Existenz, seiner Geltung, sondern auch seiner Essenz, seinem Inhalte, nach". Die subjektiv-historische Auslegung postuliert keinen "Verfassungstextvorbehalt", dagegen mit Recht Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 113, 115: "Es wäre eine Vergeudung von Normativität, wenn man die ungeschriebenen Präzisierungen des Verfassungstextes durch den Verfassunggeber ignorierte".

¹²⁹ Zu deren alleiniger Adäquanz gegenüber dem zu erkennenden, positiven Recht siehe ausführlich Jestaedt Grundrechtsentfaltung (Fn. 97), 328 ff.; grundsätzlich auch Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 109, 132–142; vgl. ferner C. Hillgruber Gibt es Unabstimmbares in der Demokratie?, in: W. Schweidler (Hrsg.), Postsäkulare Gesellschaft. Perspektiven interdisziplinärer Forschung, 2007, 23 (28–32): Wenn das Willensmoment bei der Auslegung und Anwendung des Rechts schlechterdings nicht eliminiert werden kann, kommt es nur auf die Frage an, wessen Willen maßgeblich sein soll. Die Antwort liegt dann auf der Hand: Nicht der subjektive Wille des jeweiligen Interpreten kann objektive Geltung beanspruchen, sondern nur der Wille der nach der Kompetenzordnung zuständigen, zur Rechtsetzung ermächtigten Instanz; deren Prävalenz resultiert aus (demokratisch legitimierter) Regelungskompetenz.

durch "aufgeklärte" Auslegung korrigiert zu werden. Das ist zwar richtig, aber die Alternative besteht ja nicht in unbefangener, irrtums- und vorurteilsfreier Rechtsetzung, sondern lediglich im Austausch der Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Normsetzers durch die des Interpreten. Unter diesen Umständen spricht aus Kompetenzgründen alles für die Maßgeblichkeit der Unzulänglichkeiten des mit solcher Regelungskompetenz ausgestatteten und demokratisch legitimierten Normsetzers.

Auch die als Schreckgespenst an die Wand gemalte "Versteinerung" des Verfassungsrechts¹³¹ muss nicht eintreten. Notwendig werdende oder auch nur der verfassungsändernden Mehrheit notwendig erscheinende Rechtsänderungen oder -anpassungen an den Wandel der Zeiten und der Anschauungen werden lediglich auf den dafür vorgesehenen Weg erneuter Rechtsetzung, den Weg der verfassungsändernden Gesetzgebung und damit zugleich in die Kompetenzordnung verwiesen; allein der Schleichweg kompetenzlos vorgenommener, inhaltsverändernder Neuinterpretation der Verfassung wird versperrt. Die Lehre vom Verfassungswandel¹³² postuliert demgegenüber eine Inhaltsänderung des Verfassungsrechts, die sich außerhalb des von ihm dafür bestimmten Verfahrens und sonstiger von ihm insoweit aufgestellter Anforderungen, d.h. verfassungsrechtlich ungesteuert und intransparent, allein aufgrund veränderter Umstände, vollziehen soll und in der Auslegung nur nachvollzogen werden kann. 133 Dafür aber ist jedenfalls unter dem

¹³¹ S. etwa F. Hufen Staatsrecht II. Grundrechte, 2007, § 6 Rn. 9: Normprogramme der Verfassung dürften nicht als "starre, historisch einmal definierte und dann nie wieder dem Wandel zugängliche dogmatische Aussagen begriffen werden".

¹³² Umfassend B.-O. Bryde Verfassungsentwicklung, 1982; grundlegend ferner P. Badura Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, HStR VII, 1. Aufl. 1993, § 160 Rn. 13 ff.; E.-W. Böckenförde Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, FS Lerche, 1993, 3ff.; K. Hesse Grenzen der Verfassungswandlung, FS Scheuner, 1973, 123 ff.; M. Kenntner Grundgesetzwandel, DÖV 1997, 450 ff.; P. Lerche Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, FS Maunz, 1971, 285 ff.; ders. Verfassungsnachholung, insbesondere im Kleide der Interpretation, FS Häberle, 2004, 631 ff.; A. Rossnagel Verfassungsänderung und Verfassungswandel in der Verfassungspraxis, Der Staat 22 (1983), 551 ff.; W.-R. Schenke Verfassung und Zeit - von der "entzeiteten" zur zeitgeprägten Verfassung, AöR 103 (1978), 566 (585 ff.); A. Voßkuhle Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004), 450ff.; C. Walter Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), 517 (521 ff.).

¹³³ Vgl. G. Kirchhof Grundrechte (Fn. 10), 22: "Die Analyse der Normwirklichkeit leitet den Rechtsanwender an zu prüfen, ob sich die Realität, die von den Grundrechten aufgenommen wird, maßgeblich gewandelt hat. Er wird so erkennen, wenn sich die Normsituation derart verändert hat, dass die herkömmliche Auslegung der Grund-

Grundgesetz kein Raum.¹³⁴ Die Hürden, die es in Art. 79 GG für Verfassungsänderungen errichtet, sind nicht übertrieben hoch, und die 52 Änderungen, die das Grundgesetz mittlerweile erfahren hat, beweisen eindrucksvoll, dass Verfassungsänderungen in Deutschland zur "rechtspolitischen Normalität" gehören.¹³⁵ Auch das BVerfG ist daher nicht befugt, in freier Rechtsschöpfung seine (aktuellen) politischen Vorstellungen an die Stelle derjenigen des (historischen) Verfassungsgebers oder verfassungsändernden Gesetzgebers zu setzen und durchzusetzen,¹³⁶ sondern hat den auch für ihn verbindlichen fremden, rechts-

rechte anzupassen ist." So einfach ist das also! Mit Recht kritisch demgegenüber Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 84: "Abnahme der Verfassungsbindung und Zunahme der Verfassungsfortbildungsfreiheit durch Zeitablauf sind [...] problematisch, und es verwundert nicht, daß der genaue Umfang der Dynamisierung der Verfassung meist unklar bleibt. Die Bindung der Verfassungsbedeutung an gesellschaftliche, publizistische oder mediale Mehrheiten, die, wie auch immer gefiltert, letztlich Faktizität bleiben, sprechen gegen eine Betonung "sozialer Verhältnisse" und "gesellschaftlich-politischer Anschauungen' im Anwendungszeitpunkt, von praktischen Schwierigkeiten ganz abgesehen". Vgl. auch J. Masing Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), 1 (16): "Rechtsprechung wie politische Akteure sind auch dann an die Festlegungen der Verfassung gebunden, wenn diese überholt sind. Und ungeachtet aller entwicklungsoffenen Ausgestaltung ist es die Würde einer jeden Verfassung, dass es hierbei auch Grenzen gibt, die der Verfassunggeber verschieden eng ziehen kann. Auf diese ist zu insistieren, bis zur politischen Krise. Verfassungsauslegung ist nicht die Suche nach der gemeinverträglichsten Lösung, sondern muß durch das gesetzte Recht angeleitet bleiben. Daß auf dadurch entstehenden Druck hin auch förmliche Änderungen möglich sind, hat in Deutschland die Änderung des Asylrechts, des kommunalen Ausländerwahlrechts oder auch die Privatisierung der Infrastrukturwirtschaft bewiesen".

¹³⁴ Ob für Verfassungen mit rigide ausgestaltetem Änderungsverfahren – hinzuweisen ist auf die Amerikanische Bundesverfassung von 1787 (Art. V) und die Französische Verfassung von 1791 (Titel VII. Von der Revision der Verfassungsbeschlüsse; dazu M. Kriele Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, 132) – etwas anderes gelten muss, ist keineswegs ausgemacht. Die Rigidität kann aus Stabilisierungsgründen gewollt sein und darf dann nicht durch veränderte Auslegung überspielt werden. Es bleibt dann nur die revolutionäre Ablösung der Verfassung als Ausweg. Ein Gebot der Klugheit dürfte es indes sein, durch Eröffnung praktikabler Änderungsmöglichkeiten genau dies zu vermeiden.

¹³⁵ Masing Kontinuität (Fn. 133), 1.

¹³⁶ Die für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer geltungszeitlichen statt einer entstehungszeitlichen Interpretation erforderliche Ermächtigung des Verfassunggebers bzw. verfassungsändernden Gesetzgebers in Gestalt einer "dynamischen Verweisung" auf die jeweils "herrschenden Anschauungen" muss im Wege der Auslegung der jeweiligen Verfassungsnorm festgestellt werden. Richtig *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 87: "Die bloße Verwendung eines blankettartigen Begriffs erlaubt nicht schon den Schluß auf eine Dynamisierung, da die Elastizität von Prinzipien keine diachrone Elastizität sein muß." Siehe auch *Smend* Verfassung (Fn. 27), 189: "Denn die Verfassungen

erzeugenden Willen des Volkes bzw. seiner gewählten Repräsentanten nach bestem Wissen und Gewissen zu ermitteln und zu seiner Geltung zu bringen.¹³⁷ Es ist dies auch die der Volkssouveränität und der Demo-

enthalten zum guten Teile auch Rechtssätze, die gerade ausdrücklich als starr und unelastisch gegenüber jenen fließenden soziologischen Mächten gemeint sind".

Ansonsten unterliefe die der Verfassung oder einzelnen ihre Bestimmungen unterlegte "Neuinterpretation" die Bindungswirkung der Verfassung. Die neue "Lesart" der Verfassung oder einzelner ihrer Begriffe pflegt nämlich ganz biedermännisch als Auslegung, wenn auch als ihren ursprünglichen Sinn entstellende, "unbegrenzte" daherzukommen. C. Schmitt hat nur ausgesprochen, was alle "Rechtserneuerer", die "auf der Seite der kommenden Dinge sein wollen", tun: "Wir denken die Rechtsbegriffe um" (C. Schmitt Nationalsozialistisches Rechtsdenken, DR 1934, 225 [229]). Vgl. dazu auch Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 35: "Nicht auszuschließen ist die Gefahr, daß die politischen Kräfte planmäßig darauf ausgehen, in ihrem Sinne die Begriffe und Normen der Verfassung umzudeuten und so politische Realität zu verändern".

137 Zutreffend stellt BVerfG, 2 BvF 1/04 vom 9. 7. 2007, LS 3, Absatz-Nrn. 127, 132 f. fest, "dass die Kompetenz für eine mögliche Revision des [verfassungsrechtlichen. C.H.] Regelungskonzepts" [hier: der Art. 115 Abs. 1 Satz 2 und Art. 109 Abs. 2 GG] "beim verfassungsändernden Gesetzgeber, nicht beim Bundesverfassungsgericht liegt", und dies obwohl "das Regelungskonzept [...] sich als verfassungsrechtliches Instrument rationaler Steuerung und Begrenzung staatlicher Schuldenpolitik in der Realität nicht als wirksam erwiesen hat".

Eine Kompetenz zur Verfassungsrechtserzeugung besitzt das BVerfG nicht. Es ist daher problematisch, wenn das BVerfG es als seine Aufgabe angesehen hat, "das Verfassungsrecht zu bewahren, zu entwickeln und fortzubilden" (BVerfGE 108, 282 [295]; Hervorh. C.H.), also Richterrecht "im Rang von Verfassungsrecht" (K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, 587), "Richterverfassungsrecht" (Reimer Verfassungsprinzipien [Fn. 23], 117) zu schaffen. "Die bloße Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist [...] für sich genommen keine Einsetzungsnorm; ein Verfassungsgericht kann auch dann sinnvoll arbeiten, wenn es das Verfassungsrecht nicht horizontal fortbilden darf" (Reimer Verfassungsprinzipien [Fn. 23], 114). Ebensowenig reichen indes Hinweise darauf, dass der Parlamentarische Rat das BVerfG "im vollen Bewusstsein seiner politischen Bedeutung errichtet" hat (Reimer [aaO]) - die behält es (schon wegen der Wirkung seiner Entscheidungen und deren tragender Gründe nach Art. 94 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 31 BVerfGG) auch dann, wenn es keine Verfassungsfortbildungskompetenz besitzt - und er "keine Angst vor richterlicher Rechtsfortbildung" gehabt habe (so Bryde Verfassungsentwicklung [Fn. 132], 266) - nicht die Vorenthaltung, sondern die Zuweisung der Fortbildungskompetenz bedarf des Nachweises (eine implizite Ermächtigung zur Verfassungsrechtsfortbildung nimmt Reimer [aaO], 397 ff. an). Auch wenn solch "horizontale Verfassungsfortbildung" als bloßes "Weiterdenken des vom Verfassunggeber (und verfassungändernden Gesetzgeber) An-Gedachten nach den in der Verfassung angelegten Maßstäben" ausgegeben wird, die sich intra constitutionem bewegt und für die zudem "ein Mindestabstandsgebot zur Verfassungsänderung" gelten soll (Reimer [aaO], 117), bleibt ganz unklar, worin sie sich angesichts der mit ihr verbundenen Anreicherung des Verfassungsrechts von der Verfassungsänderung in der Sache unterscheiden soll. Sie ist nichts anderes als - verfassungsgerichtlich dekretierte - Verfassungsänderung.

kratie allein angemessene, die verfassunggebende Gewalt des Volkes ebenso wie den Willen der verfassungsändernden Mehrheit respektierende Auslegungsmethode.

Dass der normative Anspruch des Verfassungsrechts jahrzehntelanger gegenläufiger "politischer Wirklichkeit" zum Trotz aufrechterhalten werden kann, um schließlich im entscheidenden Moment einer ganz unerwartet eintretenden "historischen Chance"138 seine Erfüllung zu finden, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zu dem auf Einheit in Freiheit für alle Deutschen (vgl. Präambel a.F. S. 3) zielenden Wiedervereinigungsgebot. Dieses verpflichtete alle Verfassungsorgane, "in ihrer Politik auf die Erreichung dieses Ziels hinzuwirken, den Wiedervereinigungsanspruch im Innern wachzuhalten und nach außen beharrlich zu vertreten". 139 Keiner hat diese Forderung in den kritischen letzten 20 Jahren der Teilung mehr eingelöst als das BVerfG selbst. Es bewährte sich in seiner deutschlandrechtlichen Rechtsprechung als "Hüter der Verfassung", wenn es gegen die mit der Zeit immer stärker werdenden politischen Strömungen unbeirrt an "Deutschland als Ganzem" festhielt, das Wiedervereinigungsgebot ernst nahm und es bei aller Anerkennung politischer Freiräume in der Verfolgung dieses vorgegebenen Ziels den bundesdeutschen Staatsorganen untersagte, auf wiedervereinigungstaugliche Rechtstitel zu verzichten.140

Die zeitgeistorientierten Kritiker des BVerfG wollten dagegen den im Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes wurzelnden Rechtsanspruch bereits aufgeben, weil sie dessen Realisierung in absehbarer Zeit für unmöglich hielten, diese Unmöglichkeit als vermeintlich feststehende "geschichtliche Tatsache" überhöhten, sich selbst damit "auf der Höhe der Zeit" wähnten und politisch "anschlussfähig" bleiben wollten.

¹³⁸ BVerfGE 82, 316 (321).

¹³⁹ BVerfGE 36, 1 (17 f.); 77, 137 (149).

¹⁴⁰ BVerfGE 36, 1 (18f.) – Grundlagenvertrag. Art. 23 GG a.F. sei "weder durch die politische Entwicklung überholt, noch sonst aus irgendeinem Grunde rechtlich obsolet geworden". Die Vorschrift besage, dass die Bundesrepublik Deutschland "erst "vollständig" das ist, was sie sein will, wenn die anderen Teile Deutschlands ihr angehören" (BVerfGE 36, 1 [28]). Kurz vor der Wende, als bundesdeutsche Politiker das Ziel der Wiedervereinigung bereits als "die Lebenslüge der zweiten deutschen Republik" (W. Brandt) bezeichnet hatten und die Forderung nach Streichung des Wiedervereinigungsgebots aus dem Grundgesetz parteiübergreifend erhoben wurde, bekräftigte es im Teso-Beschluss dieses Ziel noch einmal eindrucksvoll, indem es aus der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der Integrität des fortbestehenden gesamtdeutschen Staatsvolkes die grundsätzliche Pflicht zur Anerkennung von Einbürgerungsakten der ehemaligen DDR ableitete (BVerfGE 77, 137 [150ff.]).

Gerade dadurch aber sollten sie alsbald selbst politisch den Anschluss an eine sich grundstürzend verändernde Wirklichkeit verlieren.

Es ist ihnen nicht vorzuwerfen, dass sie diese Entwicklung nicht vorausgesehen haben. Niemand hat sie vorausgesehen, auch das BVerfG nicht. Aber es hat daraus - anders als sie - nicht den juristisch fehlerhaften Schluss gezogen, dass deshalb das verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel aufzugeben sei. Es nicht die Aufgabe des BVerfG und der Staatsrechtslehre, (geschichtsphilosophische) Spekulationen darüber anzustellen, was morgen sein wird. Sie haben keine vermeintlichen politischen Realitäten anzuerkennen, sondern sich strikt am normativen Maßstab des Verfassungsrechts zu orientieren. Notfalls müssen sie beharrlich und ausdauernd Rechtsverwahrung einlegen, bis das, was von Verfassungs wegen sein soll, endlich wirklich wird.

2. Der Beitrag der Staatsrechtslehre - Erkenntnis, Darstellung und Bezeugung des Verfassungsrechts und Förderung "guter" Verfassungsanwendung

Die Staatsrechtslehre besitzt de constitutione lata keine Rechtserzeugungskompetenz, kann das geltende Verfassungsrecht nur beschreiben.¹⁴¹ Sie ist auf die Rolle eines bloßen Beobachters, Kritikers und Beraters verwiesen. Mit Verfassungsrechtsmethodik und -dogmatik kann sie zur Verfassungsrechtserkenntnis beitragen, das positiv geltende Verfassungsrecht seinem normativen Inhalt nach zur Darstellung bringen und mit dem ihr eigenen Wahrheitsanspruch zugleich bezeugen. 142 Vor dem Verfassungsbruch darf sie nicht kapitulieren, auf den Verfassungsbruch darf sie nicht spekulieren, Verfassungsmissbrauch darf sie keinesfalls tolerieren. Die Rechtserkenntnisdogmatik kann um eine Rechtser-

¹⁴¹ Gegen die These, dass der Rechtsdogmatik unter dem Grundgesetz rechtserzeugender Charakter zukomme, und die darin liegende Selbstermächtigung der Dogmatik eindringlich Jestaedt Theorie (Fn. 7), 62-67, 85: "[...] so fiele die Rechtsdogmatik aus ihrer Rolle, beanspruchte sie, nicht nur Rechtsetzung zu beschreiben und zu begleiten, sondern Rechtsetzung auch selbst zu betreiben".

¹⁴² A.A. E. Schmidt-Aßmann Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Ders./ W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. 10, 2004, 399: "Die Unterscheidung von Sein und Sollen rechtfertigt jedenfalls eine selbstgenügsame juristische Methodenlehre nicht". Was heißt hier "selbstgenügsam"? Treffender wäre es, von "rechtsgenügsam" zu sprechen, womit nur die Gegenstandsadäquanz einer solchen Methode beschrieben wäre.

zeugungsdogmatik¹⁴³ ergänzt werden, die den Weg zu einer "richtigen" im Sinne einer "guten" Verfassungsanwendung weist.¹⁴⁴ Hierfür gibt es aber keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe, hier gelten verfassungspolitische Klugheitsregeln. Eine solche "Rechtserzeugungsdogmatik" darf deshalb nicht mit der "Rechtserkenntnisdogmatik" verwechselt oder vermengt werden.¹⁴⁵ Deskriptive Aussagen über das geltende Recht und präskriptive Aussagen über eine lex ferenda sind strikt voneinander zu unterscheiden. Letztere sind nicht mehr als rechts*politische* Ansichten

¹⁴³ Wenn W. Hoffmann-Riem von der Rechtswissenschaft fordert, sie "habe sich von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft [...] zu entwickeln (Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, JZ 2007, 645 [648]), betrifft dies eine - erst noch zu entwickelnde - "Rechtserzeugungsdogmatik". Vgl. auch J. Lüdemann Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2007/7, 9: Wenn die Jurisprudenz "die Praxis auch weiterhin als Entscheidungsvorbereitungswissenschaft erreichen will, dann muss sie sich insbesondere bewusst machen, dass Wirklichkeitserkenntnis nicht unser eigentliches Ziel darstellt, sondern letztlich nur ein Mittel auf dem Weg zu einer besseren Entscheidung." Hier wird also die Rechtsetzung "zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung" (Lüdemann ebd., 11), und hier hat die steuerungstheoretische Perspektive ihren Platz. Zum Verständnis der Rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft vgl. G. F. Schuppert Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/Ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 65; A. Voßkuhle Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer et al. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 171 (179); ders., Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/Ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 5; H. Eidenmüller Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53 (60); C. Engel Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, 581 ff. Ganz neu ist die Erkenntnis, dass Rechtsnormen steuern wollen, allerdings nicht. Mit Recht betont B. Rüthers Hatte die Rechtsperversion in den deutschen Diktaturen ein Gesicht?, JZ 2007, 556 (558): "Jede - ich betonte: jede! - Rechtsnorm ist vom Normsetzer auf ein bestimmtes, politisches Gestaltungsziel gerichtet. Recht ist immer (auch) ein Instrument zur Gestaltung und Steuerung gesellschaftlicher und politischer Lebensbereiche nach weltanschaulich begründeten Vorverständnissen. Diese Gestaltungsfunktion ist aus der Sicht der normsetzenden Instanzen die zentrale Funktion des Rechts überhaupt." Deshalb stellt sich allein die Frage, ob die sich selbst als "Problemlösungswissenschaft" (Hoffmann-Riem ebd., 650) bezeichnende "Steuerungswissenschaft" Wissenschaft von der Steuerung durch Recht meint oder selbst steuernde Wissenschaft sein will, was Kompetenzusurpation bedeuten würde.

¹⁴⁴ Jestaedt Grundrechtsentfaltung (Fn. 97), 323: Durch sie wird der Anwender des Verfassungsrechts in die Lage versetzt, "eine rechtstechnisch ("legistisch") korrekte, rechtssystematisch anschlussfähige, rechtspolitisch "vernünftige" sowie rechtsethisch vertretbare Entscheidung zu fällen".

¹⁴⁵ Zu den unterschiedlichen wissenschaftlichen "Regimes für Rechtsdarstellung und Rechtsherstellung" *Jestaedt* Wissenschaftsdisziplin (Fn. 18), 36f.

und Vorschläge, die "in den Aggregatzustand des Rechts zu überführen" der Rechtswissenschaft die positivrechtliche Kompetenz fehlt. 146

Die dogmatisch und methodisch arbeitende Verfassungsrechtswissenschaft, die sich einerseits mit ihrer bloßen "Zuträgerrolle" in Selbstbescheidung¹⁴⁷ üben muss, tut andererseits gut daran, eine ihrem Erkenntnisgegenstand und dessen Normativität allein adäquate, strikt sollensorientierte, d.h. normativistische Geisteshaltung anzunehmen. 148 So und nur so erfüllt sie ihre Aufgabe unter dem Grundgesetz. 149

Ihr juristisches "credo" muss das der Väter und Mütter des Parlamentarischen Rates sein, das Thomas Dehler auf die knappe, prägnante Formel gebracht hat: "Wir glauben an die gestaltende Kraft des Rechtes". 150

¹⁴⁶ Vgl. Jestaedt Theorie (Fn. 7), 50, 54.

¹⁴⁷ Diese Mahnung rührt allerdings, worauf schon H. Kelsen Rechtslehre (Fn. 9), Vorwort zur 1. Auflage 1934, hingewiesen und worin er den "Grund der schon an Haß grenzenden Opposition gegen die Reine Rechtslehre" erblickt hat, "an die berufsständischen Interessen des Juristen. Der verzichtet begreiflicherweise nur ungern darauf, zu glauben und die anderen glauben zu machen, daß er mit seiner Wissenschaft die Antwort auf die Frage besitze, wie die Interessenkonflikte in der Gesellschaft ,richtig' zu lösen seien, daß er, weil er das Recht erkennt, auch berufen sei, es inhaltlich zu gestalten".

¹⁴⁸ Zum "Normativismus" als Stütze und Schutz der Eigenrationalität der Rechtswissenschaft siehe Jestaedt Theorie (Fn. 7), 40-42. Vgl. auch Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 23), 127: "Aus dem Begriff der Verfassung als normativer Grundordnung des Staates [...] folgt bereits, daß ihre Normativität gesichert werden muss. Dies ist dann auch Aufgabe der Methode". Isensee Verfassungsrecht (Fn. 1), § 162 Rn. 57 spricht - in anderem Zusammenhang - vom "existentiellen Willen zur Verfassung" als "vitale[r] Verfassungsvoraussetzung".

¹⁴⁹ Vgl. auch Masing Kontinuität (Fn. 133), 17: "Recht ist aus der Freiheit und damit der Idee geboren. Die Wirklichkeit hält sich oft nicht an deren Konstruktionen - und mag damit manchmal sogar das Gesetz der Funktionalität auf ihrer Seite haben. Der normative Charakter der Verfassung mit seinem legitimierenden Grund in der Setzung, seinem hochidealistisch konstruierten Willen der Bürger, verleiht ihr gegenüber aber zumindest einen eigenständigen Ausgangspunkt der Kritik. In solchem kontrafaktischen Anspruch liegt die Würde des Verfassungsrechts und jeder verfassungsrechtlichen Kritik: Indem sie auf das Moment der Setzung besteht, besteht sie auf der Idee der Freiheit."

¹⁵⁰ Dehler Gegen ein Staatsfragment (Fn. 52), 62 (63).

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit

- I. Recht. Politik und Wirklichkeit
- 1. Recht als "verarbeitete" politische Wirklichkeit
- 1. Verfassungsrecht ist nicht nur das "Recht für das 'Politische", sondern zugleich selbst rechtsförmiger Ausdruck des Politischen, mithin ein besonderer "Aggregatzustand" des Politischen: rechtlich gebundene, gewissermaßen "verfestigte" Politik.
- 2. Recht und Wirklichkeit bilden keinen Gegensatz: Das Recht hat seine eigene Wirklichkeit die Geltung –, und sein Inhalt ist nichts anderes als normativ "verarbeitete" Wirklichkeit.
- 3. Die aus äußeren und inneren Tatsachen zusammengesetzte "Wirklichkeit" ist für das Recht als Normenkomplex keineswegs bedeutungslos. Normativ erheblich ist sie aber nur, wenn und soweit ihr das Recht selbst Erheblichkeit beimisst. Veränderungen "der" Wirklichkeit "schlagen" auf das Recht nur "durch", wenn und soweit das Recht dies selbst vorsieht und anordnet.
- 4. Weil es nicht die eine Wirklichkeit, sondern kontextabhängig viele verschiedene Wirklichkeiten gibt und all diese Wirklichkeiten auch die juristische konstruierte und interpretierte Wirklichkeiten sind, kommt es entscheidend auf die Kompetenz zur Wirklichkeitsdefinition an.
- Das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und politischer Wirklichkeit
- a) Die Auslegung des Grundgesetzes
- 5. Das Grundgesetz erhebt wie keine deutsche Verfassung zuvor einen strikten normativen Anspruch.
- 6. Bei der Auslegung (Erkenntnis) des Verfassungsrechts des verfassungsrechtlichen Könnens, Müssens und Dürfens muss die außerrechtliche "Wirklichkeit" "außen vor bleiben". Der Verfassungsinterpret hat im Hinblick auf die Deutung der Verfassung keinen Spielraum. Sinnvariabilität be-

steht nicht: Der Sinn der Verfassung kann nur zutreffend erfasst oder verfehlt

b) Die Anwendung des Grundgesetzes

7. Erst bei der Anwendung (Individualisierung und Konkretisierung) des Grundgesetzes im Einzelfall kommt die "individuelle", "konkrete" Wirklichkeit zu "ihrem Recht". Hier fließen – ebenso unvermeidlich wie legitim – eigene rechtspolitische Wertungen des Verfassungsrechtsanwenders ein, der so den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum ausfüllt.

Verfassungswirklichkeit?

- 8. Die rechtliche Grundordnung eines Staates und dessen tatsächlicher Zustand - die Verfassung, die er hat, und die "Verfassung", in der er ist müssen auseinandergehalten werden.
- 9. Verfassungswidrige Zustände dürfen von einer ihrem Erkenntnisgegenstand verpflichteten Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft nicht euphemistisch als "gelebte Verfassung" oder "Verfassungswirklichkeit" bezeichnet und so in den Status einer "Neben"- oder "Oberverfassung" erhoben werden.

Das Grundgesetz - "un-wirklich" und unzeitgemäß von Anfang an .3.

10. Das Grundgesetz erweist sich schon in seinem historischen Ursprung und in seiner Geltungsgrundlage in geradezu singulärer Weise als kontrafaktisch. Über äußere Machtlosigkeit und Fremdbestimmung der Besatzungsmächte setzten sich die Väter und Mütter des Grundgesetzes souverän hinweg: "Man muß schon anzufangen suchen mit dem "Als ob" ... als ob wir frei wären ... " (T. Heuss).

II. (Un)Fälle

Die Abtreibungsfrage

- 11. Eine Rechtsordnung, die sich auf das Argument der Faktizität der Illegalität einlässt und für verfassungswidriges Verhalten legale Verwirklichungsmöglichkeiten schafft, verleugnet sich selbst und gibt ihren normativen Anspruch auf.
- 12. Nach der Beratungsregelung sieht sich das ungeborene Leben statt des ihm versprochenen effektiveren Schutzes nun ganz (rechts-)schutzlos gestellt.
- 13. In Sachen Abtreibung ist selbst das verfassungsrechtlich gebotene Rechtswidrigkeitsverdikt zu einer "umstrittenen Angelegenheit", gar zu einer

"unwahren Tatsachenbehauptung" geworden. Der vom BVerfG, mehr noch vom Gesetzgeber verfolgten "Illegalitätsvermeidungsstrategie" ist die Legalität zum Opfer gefallen: ein normatives Desaster.

2. Die Vertrauensfrage

- 14. Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG ist kein unabhängig von einer aktuell instabilen parlamentarischen Lage einsetzbares Instrument zur Auflösung des Bundestages. Andernfalls würde praktisch die Tür zur Selbstauflösung des Bundestages geöffnet, die das Grundgesetz bewusst versperrt hat. Diese Entscheidung des Parlamentarischen Rates aber kann nicht durch Staatspraxis, sondern nur im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG revidiert werden.
- 15. Zur Abwehr eines politisch allseits gewollten Missbrauchs der Möglichkeiten des Art. 68 GG bedarf es der Intervention des Bundesverfassungsgerichts, das sich dieser Verantwortung nicht unter Hinweis auf die den anderen Verfassungsorganen vom Grundgesetz garantierte freie politische Gestaltung entziehen darf.
- 16. Das Grundgesetz lebt in seinem staatsorganisationsrechtlichen Teil von der kontrafaktischen Annahme, dass es auch den politischen Prozess verfassungsrechtlich einhegen kann und dass aus der Verfassungsordnung "ausbrechende" politische Akte notfalls mit Hilfe des Verfassungsgerichts abgewehrt werden können.

3. Die Ausnahmelage

- 17. Verfassungsrechtlich kategorisch verbotenes Verhalten darf von zur Verfassungstreue verpflichteten Amtswaltern nicht stillschweigend in Kauf genommen oder gar als "Lösung des Problems" propagiert werden. Mit solch unglaubwürdiger "Verfassungsheuchelei" wird die Geltung des Grundgesetzes untergraben.
- 18. Eine Verfassung muss, wenn sie ihre Steuerungskraft auch im Extremfall behalten will und das Grundgesetz will dies erkennbar (vgl. nur Art. 87a, 115a ff. GG) –, auch die extreme Ausnahmelage normativ "abbilden" und eine ihr angemessene Regelung bereithalten, die gerade nicht zur Flucht in den Verfassungsbruch nötigt.
- 19. Die These, Grenzentscheidungen dürften nicht verrechtlicht werden, sondern müssten politisch und ethisch, also demokratisch verantwortet werden, übersieht, dass alles, was die Staatsgewalt tut auch in Ausnahmelagen aufgrund ihrer umfassenden, lückenlosen Verfassungsbindung zunächst einmal und vor allem anderen verfassungsrechtlich verantwortbar sein muss.

- 20. Die Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes ist kein Ausweg, sondern ein Holzweg. Was die Verfassung zulässt oder wozu sie ermächtigt, ist verfassungsgemäß, alles andere ist verfassungswidrig. Tertium non datur.
- III. Die Aufgabenteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Staatsrechtslehre bei der Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts
- 1. Die Gewährleistungsfunktion des BVerfG - Generelle Bewahrung und individuelle Fortschreibung des Verfassungsrechts
- 21. Das verfassungsgerichtliche Erkenntnis ist mehr als die Verfassungsrechtserkenntnis, aber jenes baut auf dieser auf.
- 22. "Realistisch" darf und muss die Verfassungsrechtserkenntnis allein insofern sein, als der Inhalt von Verfassungsnormen mit dem vom Verfassunggeber oder verfassungsändernden Gesetzgeber als Normsetzer Gewollten, d.h. dessen Regelungsabsicht, identisch ist und es daher für die richtige Auslegung auf die Vergegenwärtigung dieses historisch entrückten (politischen!) Willens (als "innerer" Tatsache) ankommt. Ihn gilt es durch Ermittlung indizieller ("äußerer") Hilfstatsachen (Wortlaut, systematischer Kontext, Gesetzesmaterialien) festzustellen.
- 23. Die Lehre vom Verfassungswandel postuliert eine Inhaltsänderung des Verfassungsrechts, die sich außerhalb des von ihm dafür bestimmten Verfahrens und sonstiger von ihm insoweit aufgestellter Anforderungen, d.h. verfassungsrechtlich ungesteuert und undurchsichtig, allein aufgrund veränderter Umstände vollziehen soll und in der Auslegung nur nachvollzogen werden kann. Dafür ist unter dem Grundgesetz kein Raum.
- 24. Das BVerfG ist nicht befugt, in freier Rechtsschöpfung seine (aktuellen) politischen Vorstellungen an die Stelle derjenigen des (historischen) Verfassungsgebers oder des verfassungsändernden Gesetzgebers zu setzen. Es hat den auch für ihn verbindlichen fremden, rechtserzeugenden Willen des Volkes bzw. seiner gewählten Repräsentanten nach bestem Wissen und Gewissen zu ermitteln und zur Geltung zu bringen.
- 25. Dass der normative Anspruch des Verfassungsrechts allen äußeren Widrigkeiten zum Trotz aufrechterhalten werden kann, um schließlich im entscheidenden Moment einer ganz unerwartet eintretenden "historischen Chance" seine Erfüllung zu finden, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zum Wiedervereinigungsgebot.
- 26. Das vom BVerfG in Anwendung der Verfassung im Einzelfall gesetzte "Richterrecht" nimmt nicht am Vorrang der Verfassung teil, sondern hat über die in Rechtskraft erwachsende Einzelfallentscheidung hinaus nur gesetzesrangige Bindungswirkung nach Maßgabe des § 31 Abs. 1 BVerfGG.

- Der Beitrag der Staatsrechtslehre Erkenntnis, Darstellung und Bezeugung des Verfassungsrechts und Förderung "guter" Verfassungsanwendung
- 27. Die Staatsrechtslehre besitzt de constitutione lata keine Kompetenz zur Erzeugung von Verfassungsrecht. Sie hat vor allem das geltende Verfassungsrecht zu beschreiben, auf Fehldeutungen aufmerksam zu machen und so auf deren Korrektur hinzuwirken.
- 28. Mit Verfassungsrechtsmethodik und -dogmatik kann die Staatsrechtslehre zur Verfassungsrechtserkenntnis beitragen, das positiv geltende Verfassungsrecht seinem normativen Inhalt nach zur Darstellung bringen und mit dem ihr eigenen Wahrheitsanspruch zugleich bezeugen.
- 29. Diese Rechtserkenntnisdogmatik kann um eine von ihr klar abgegrenzte Rechtserzeugungsdogmatik ergänzt werden, die den Weg zu einer "guten" Verfassungsanwendung weist. Hierfür aber gibt es keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe, sondern nur Klugheitsregeln.
- 30. Die dogmatisch und methodisch arbeitende Verfassungsrechtswissenschaft tut gut daran, die ihrem Erkenntnisgegenstand allein angemessene normativistische Geisteshaltung anzunehmen, die Thomas Dehler im Oktober 1948 auf die knappe, prägnante Formel gebracht hat: "Wir glauben an die gestaltende Kraft des Rechtes".

Erster Beratungsgegenstand:

Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit

2. Bericht von Professor Dr. Uwe Volkmann, Mainz

Inhalt

		Seite
I.	Mythos Verfassung	58
II.	Von der Vorherrschaft der Wirklichkeit zur Vorherrschaft	
	der Norm?	59
III.	Der normative Anspruch des heutigen Verfassungsrechts	62
	1. Dynamisierung und Universalisierung des Anspruchs	63
	2. Idealisierung und Ethisierung des Anspruchs	67
	3. Zu einem neuen Geltungssinn von Verfassung	71
IV.	Die Einwirkung des heutigen Verfassungsrechts auf die	
	politische Wirklichkeit	75
	1. Abstrahierung und Intensivierung des Zugriffs	76
	2. Entformalisierung und Entrationalisierung des Zugriffs .	79
	3. Zu einer neuen Beweglichkeit der Verfassung	82
V.	Von der Vorherrschaft der Norm zur Vorherrschaft der	
	Wirklichkeit?	85
VI.	Suchbild Verfassung	88

I. Mythos Verfasssung

Es spricht manches dafür, dass die Prägekraft einer Verfassung für die künftige Entwicklung einer Gesellschaft im Moment ihrer Erschaffung stark überschätzt wird. Der Mythos des Anfangs überstrahlt, was ihm nachfolgen mag. Zurück, gegen die Vergangenheit gerichtet, kündet dieser Mythos von Loslösung, Wandel, äußerster Diskontinuität: Alles Alte und Überkommene - ein Staat, eine Herrschaft, eine politische Formation - soll ab jetzt nicht mehr zählen, sondern dies alles erst hervorgebracht, im Akt der Verfassunggebung aus dem Nichts begründet werden1. Nach vorn, der Zukunft zugewandt, verheißt er neue, sinnhafte Horizonte und feste, unverfügbare Ordnung². In der geschichtlichen Realität haben Verfassungen diesen Anspruch nur selten eingelöst. Unter dem Dach der amerikanischen Verfassung, bis auf den heutigen Tag das Urbild aller Verfassungen, haben sich geradezu abenteuerliche Wandlungen der Sozialstruktur wie der politischen Kultur vollzogen, und hierzulande genügt in der Regel der Hinweis auf Weimar, um das Brüchige und Prekäre von Verfassungen, vielleicht der Verfassungsidee überhaupt, vor Augen zu führen. Nur im Grundgesetz scheint der Mythos heute wieder lebendig. So bezeugt es seine Allgegenwart in der politischen Debatte³, und so bezeugen es die Begriffe, mit denen man es belegt hat: "politisches Über-Ich", "juristisches Weltenei", kürzlich sogar "säkularisierte Offenbarung", jedenfalls Gegenstand einer Verehrung, die längst "Züge von Frömmigkeit und des Glaubens" trägt⁴. Die

¹ Prägend E. Sieyės, Qu'est-ce que le Tiers-État, 1789, Ausg. R. Zapperi, 1970, 179 ff.; ferner C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, 20 ff.; krit. bereits E.-W. Böckenförde, Staat, Nation, Europa, 135 ff. In größeren Zusammenhang stellt solche "Ursprungslegenden" H. Arendt, Über die Revolution, 1974, 264 f.

² So bereits im Begriff der Verfassung – als "Grundordnung" eines Staates, eines Gemeinwesens etc. – mitgedacht; es kommt ebenso in den Funktionen zum Ausdruck, die ihr zugemessen werden: Einrichtung und Ausübung politischer Herrschaft, Bildung politischer Einheit, Leitlinie künftiger Entwicklung etc., vgl. vorerst nur K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 16ff.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Auflage 1983, 78 ff.

³ Symptomatisch die Selbstverständlichkeit, mit der der derzeitige Bundespräsident das ihm von der h.M. zugebilligte materielle Prüfungsrecht in Anspruch nimmt und ausübt, vgl. etwa zur Privatisierung der Luftsicherung C. Tams, NVwZ 2006, 1226; ferner das enorme "Institutionenvertrauen" in das BVerfG, vgl. H. Vorländer/A. Brodorcz, in: H. Vorländer (Hg.), Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts, 2006, 258 (261 ff., 272 ff.), die dies zugleich als Indikator für das hohe "Sozialkapital" der Gesellschaft i.S. eines allgemeinen, auf die Verfassung zentrierten Politikvertrauens sehen.

⁴ In der Reihenfolge der Zitate: W. Hennis, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, 1968, 21 Fn. 37; E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 144;

Frage ist so gesehen nur, ob dem Mythos auch ein wahrer Kern entspricht und dies bedeutet, dass sich das Grundgesetz damit zugleich der Wirklichkeit aufgezwungen hat wie keine Verfassung vor ihm. Es ist damit verbunden die Frage, ob es diese Wirklichkeit war, die stärker von der Verfassung, oder die Verfassung, die stärker von der Wirklichkeit beeinflusst worden ist. Und es ist in diesem allen die Frage, ob der Halt. den die Verfassung vermittelt, ein verlässlicher Halt ist oder nur ein flüchtiger und scheinbarer, ein bloße Imagination eher als eine Realität, so wie auch andere verbindende Orientierungen - die Nation, die Religion, die Kultur - immer eher imaginierte als reale Orientierungen waren5.

II. Von der Vorherrschaft der Wirklichkeit zur Vorherrschaft der Norm?

Für die Antwort muss genauer bestimmt werden, welchen Anspruch die Verfassung tatsächlich erhebt und wer über ihn im letzten Grund befindet. Das ist nicht schon durch den Hinweis auf den mittlerweile erkannten Vorrang der Verfassung erledigt, auf den man in diesem Zusammenhang oft nur zurückgreift. Als Beschreibung des Verhältnisses der Verfassung zum einfachen Recht ist dieser Vorrang eine rein formale, technische Größe; er sagt nur etwas darüber, wie sich ein bestimmtes. in der Verfassung angelegtes rechtliches Sollen gegen ein anderes Sollen durchsetzt. Der normative Anspruch der Verfassung als solcher greift darüber hinaus; er bezieht sich auf die sachliche Einwirkung dieses Sollens auf die unterliegende Wirklichkeit und die Art und Weise dieser Einwirkung⁶. Allerdings hallen in der verzögerten Anerkennung des Vorrangs in Deutschland noch die Widerstände und Hindernisse nach. die mit der Durchsetzung eines normativen Anspruchs überhaupt verbunden waren7. Das Ausmaß dieser Widerstände, wie es sich in verschiedenen großen Verfassungskonflikten - Hannover 1837, Kurhessen 1850, Preußen 1862-1866 - offenbarte, sollte Ferdinand Lassalle sogar

O. Depenheuer, in: FS für M. Kriele, 1997, 485 (490ff.); G. Roellecke, in: M. Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, 33 (48).

⁵ Grundlegend B. Anderson, Imagined Communities, 1983, dt. Die Erfindung der Nation, 1988.

⁶ Und zwar als gesollte - beabsichtigte, erstrebte etc. - Einwirkung, nicht im Sinne der tatsächlichen - geschichtlichen, beobachtbaren etc. - Einwirkung, wie sie im Begriff der "normativen Kraft" der Verfassung bei K. Hesse angesprochen ist, vgl. ders., Die normative Kraft der Verfassung, 1959, 6; s. dazu unten IV.

⁷ Zur Geschichte des Vorranggrundsatzes R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 121 ff.

dazu verleiten, die einzig bestimmende Kraft in den "tatsächlichen Machtverhältnissen" zu sehen: "ein König, dem das Heer gehorcht und die Kanonen" - das war dann ein Stück Verfassung; "ein Adel, der Einfluss bei Hof und König hat", "die Herren Borsig und Egels, die großen Industriellen überhaupt" - all dies schien zusammen die wahre und effektive Verfassung, während alles andere nicht mehr wert war als das "Blatt Papier", auf dem es geschrieben stand8. Ein normativer Anspruch der Verfassung musste vor diesem Hintergrund erst erkämpft, einer widerstrebenden Wirklichkeit abgetrotzt werden, und wo dies gelang, wies er eine eigene, charakteristische Färbung auf, die sich gerade aus der besonderen Situation in Deutschland ergab. Die Verfassungen des 19. Jahrhunderts gingen hier allesamt nicht aus einer revolutionären Umwälzung hervor, sondern verdankten sich einem Kompromiss zwischen zwei Lagern, dem monarchisch-konservativen und dem liberal-fortschrittlichen, und ihr wesentlicher Sinn war es dann, diesen auf Dauer zu stellen. Der Anspruch, den sie erhoben, war damit in erster Linie statisch-beharrend, nicht dynamisch gedacht. Der Unterschied tritt vor allem im Vergleich zur Verfassung der Vereinigten Staaten hervor, deren verpflichtende Kraft schon wenige Jahre nach ihrem Inkrafttreten von einem ihrer Väter mit der grundsätzlichen Bemerkung in Zweifel gezogen wurde, die Erde sei für die Lebenden gemacht, nicht für die Toten; keine Generation könne daher ihre Nachfolger, wie mit der Verfassung bezweckt, auf ewig binden9. In Deutschland hingegen stellt sich schon die Frage so nicht. Als Resultat eines politischen Kompromisses hat die Verfassung gerade eine Anerkennungs- und Beurkundungsfunktion, mit der das, was beurkundet wird, der Veränderung entzogen werden soll, so wie es noch die erst später entwickelte Figur der institutionellen Garantien - als Garantien eines je vorhandenen Bestandes - bezeugt¹⁰. Damit hängt, als eine zweite Eigenart, eine charakteristische Begrenzung der sachlichen Reichweite des Anspruchs zusammen. Von ihr her ist er einseitig nur auf die organisatorische Kanalisierung staatlicher Macht gerichtet, wie sich daran ablesen lässt, dass in allen Verfassungen des 19. Jahrhunderts die negativ-limitierenden die positiv-dirigierenden, das

⁸ F. Lassalle, Über Verfassungswesen, in: ders., Reden und Schriften, hg. von E. Bernstein, Bd. 1, 1892, S. 463 (476ff.). Daraus entsteht später der sog. soziologische oder empirische Verfassungsbegriff, vgl. – unter ausdrücklicher Berufung auf Lassalle – M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5., rev. Aufl. 2002, 27: Verfassung als "tatsächliche Chance der Fügsamkeit gegenüber der Oktroyierungsmacht der bestehenden Regierungsgewalten". Zsfd. heute D. Grimm, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 1.

⁹ So *T. Jefferson* in verschiedenen Briefen, u.a. an J. Cartwright, 1824, abgedr. in: The Writings of Thomas Jefferson, Memorial Edition 1903-04, Vol. 16, 48.

¹⁰ Hennis (Fn. 4), 16 Fn. 29.

Staatshandeln in eine bestimmte Richtung lenkenden oder gar bekenntnishaften Gehalte klar überwiegen¹¹. Drittens schließlich ist der Anspruch aller die Norm transzendierender Bezüge entkleidet; es ist ein ganz und ausschließlich rechtlicher, kein geistiger oder moralischer Anspruch, so wie es später der staatsrechtliche Positivismus in größter Klarheit vorführte¹². Der entsprechende Grundzug prägt aber bereits die Verfassungen des frühen und mittleren Konstitutionalismus, die im Unterschied zu den französischen Verfassungen oder der amerikanischen Verfassung auf alle Anleihen bei einem Vernunft- oder Naturrecht als einem sie von innen her tragenden und zusammenhaltenden Prinzip verzichten; nicht irgendein Ideal ist mit ihnen verwirklicht, sondern nur das notdürftig befestigt, was unter den gegebenen Umständen erreichbar war. Von ihrem Anspruch her umgreifen sie folglich auch nicht das innere Leben, das Gemüt des Bürgers oder den Seelenzustand der Nation, sondern nur die äußeren Abläufe des politischen Geschehens und beschränken sich darauf. In gewisser Weise stellt die Reichsverfassung von 1871 den Prototyp dieser Vorstellung von Verfassung dar. Irgendeinen ideologischen Gehalt sucht man darin vergebens; sie beschränkt sich von ihrem Text her ganz auf die Bestimmung und Zuordnung der politischen Entscheidungsträger; und gedacht war sie als ein "nicht mehr überbietbare(s) Ende" des Prozesses staatlicher Formgebung, nicht als Ausgangspunkt künftiger Entwicklung¹³. So können die Wandlungen nicht bearbeitet werden, die sich unterhalb des Textes im bundesstaatlichen Machtgefüge vollziehen, bleiben die Tendenzen ein Rätsel, die gegen dessen ursprünglichen Sinn eine stärkere Parlamentarisierung des politischen Systems vorbereiten. All dies entgleitet der Verfassung ebenso wie der Staatsrechtslehre, die daraus zuletzt nur resignierend auf

¹¹ Markante Ausnahme: die Erhebung des Christentums zur Grundlage des Staates in Art. 14 der preuß. Verfassung von 1850, dessen juristischer Gehalt aber diffus blieb, vgl. G. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. 1. 1850, 1912, Erl. zu Art. 14, 260 ff. Auch die Grundrechte enthielten durchaus vorausweisend-programmatische, auf Umbau der Sozialordnung gerichtete Elemente, Wahl (Fn. 7), 341 ff.; D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 221ff., verkümmerten aber in der Staatsrechtslehre alsbald zu besonderen Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, so erneut Anschütz, in: v. F. Holtzendorff/ J. Kohler (Hg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 4, 7. Aufl. 1914, 90.

¹² C. F. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880, 237 f.: Ausschluss aller "nichtjuristischen, bloß der ethischen oder politischen Betrachtung angehörenden Stoffe" aus dem Staatsrecht; das Credo bei P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911, IX.

¹³ E. Forsthoff, in: FS E. R. Huber, 1973, 3 (5). Diese Sicht entspricht zumindest der späteren Interpretation, wenn auch nicht unbedingt den Absichten Bismarcks, vgl. B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, 62ff.

das Unvermögen aller Rechtssätze schließen kann, die staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen¹⁴, oder es als Normativität des Faktischen ganz aus ihrer Betrachtung ausblendet¹⁵. Sie selbst wird darüber von einer philosophisch oder politisch interessierten, die Wirklichkeit ins Auge fassenden Wissenschaft zur Norm- oder Buchwissenschaft, keine ganz neutrale oder wertfreie, sondern, wie wir heute aus dem zeitlichen Abstand wissen, durchaus in einer bestimmten Geisteshaltung befangene Wissenschaft, aber eben doch und ihrem erklärten Ethos nach Buchwissenschaft, so wie auch der Text, den sie anwendet ist, bloß ein Buch ist, das unveränderliche Grundbuch der Nation, in dem deren politische Liegenschaften wie für die Ewigkeit aufgeteilt sind¹⁶.

III. Der normative Anspruch des heutigen Verfassungsrechts

Schon diese skizzenhaften Überlegungen zeigen, dass der normative Anspruch einer Verfassung nichts ist, was dieser gleichsam von Natur her, aus einem angenommenen Wesen oder Begriff der Verfassung heraus, beigegeben ist. Er ist vielmehr wesentlich ein Konstrukt, das Resultat einer Zuschreibung, und jede Zeit, jede politische Ordnung, auch jede Wissenschaft formt ihn nach ihren Vorstellungen und Bedürfnissen aus¹⁷. Von daher kann er auch verändert, angepasst oder korrigiert werden, wenn sich diese Vorstellungen und Bedürfnisse ändern. Gerade der normative Anspruch des Grundgesetzes hält heute keinen Vergleich mit der Zeit seiner Entstehung mehr aus. Damals klang dieser Anspruch alles in allem noch bescheiden; als das Provisorium und Notdach, als das es ursprünglich nur gedacht war, schien sich das Grundgesetz in Abset-

¹⁴ G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, Neuausg. 1996, 1f., 72; ähnlich P. Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895, 2. Beide erschöpfen sich weitgehend in einer "empirischen Beschreibung wichtiger Fälle und Typen" des Verfassungswandels, vgl. R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 188, erklären ihn aber verfassungstheoretisch nicht.

¹⁵ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 6. Neudr. der 3. Aufl., 1959, 337 ff., dort eben als Teil der "Soziallehre" des Staates, nicht der "Staatsrechtslehre" präsentiert.

¹⁶ In Anlehnung an *Hennis* (Fn. 4), 17; ähnlich K. Loewenstein, Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, 147.

¹⁷ Das wird bislang noch zu wenig betont; auch in der gängigen Rede von den "Funktionen", "Aufgaben" etc. der Verfassung, die durchaus synomym für den normativen Anspruch verwendet werden kann, geht es oft unter. Ansätze zur Deutung von Normativität als "strukturierter Vorgang" aber bei *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, 8. Aufl. 2002, 193ff.; an einer prozeduralen Theorie der Normativität versucht sich *D. Burchardt*, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, 2004, 274ff.

zung von der Weimarer Reichsverfassung eher in die ältere Tradition der starren, die Staatsgewalt bloß kanalisierenden, technisch-spröden Verfassungen einzureihen, wie sie für Deutschland lange Zeit typisch waren¹⁸. Dem entsprach die Betonung der Rechtsverbindlichkeit aller seiner Normen ebenso wie ein Verständnis der Grundrechte, das diese vornehmlich als Ausgrenzungen begriff, als Ausgrenzungen der Staatsgewalt, die dem Individuum nach der zuvor erlebten Verschleifung in der Gemeinschaft wieder einen Freiraum zu persönlicher Entfaltung sichern sollten¹⁹. Auch von Programmatisch-Sinnstiftendem und moralischem Pathos war wenig zu sehen. Über all dies ist die Interpretation hinweggegangen. Sie hat das Grundgesetz verschiedenen Veränderungen unterworfen, die sich gerade als Veränderungen seines normativen Anspruchs beschreiben lassen und es im Laufe der Zeit zu dem gemacht haben, was es heute ist.

1. Dynamisierung und Universalisierung des Anspruchs

Die erste Veränderung des Anspruchs, auf der alle anderen aufsetzen, besteht in der Anerkennung der Beweglichkeit und Entwicklungsoffenheit der Verfassung. Sie ist programmatisch zum Ausdruck gebracht in der Verabschiedung der Gesetzes- und damit auch der Verfassungsauslegung von der subjektiven und der Hinwendung zur objektiven Methode, wie sie vom BVerfG bereits im ersten Band seiner Entscheidungssammlung vorgenommen wird²⁰. Damit emanzipiert sich, nicht einmal drei Jahre nach seinem Inkrafttreten, das Grundgesetz vom Willen seines Schöpfers; statt von ihm her interpretiert zu werden, wird es als etwas aus eigenem Recht in der Welt Stehendes, damit aber auch auf sie Bezogenes und in ihr Veränderliches begriffen. Wo nunmehr noch auf einer Auslegung nach einem ursprünglichen Geist oder Sinn der Verfassung beharrt wird, hat das nun schnell etwas Rückwärtsgewandtes; es wirkt - wie bei Ernst Forsthoff - als Versuch der Bewahrung eines Staatsbildes aus einer untergegangenen Welt oder soll - wie bei Wolfgang Abendroth - die Möglichkeit einer Umgestaltung der Wirtschafts-

¹⁸ So noch C. Gusy/I. Hueck/D. Kugelmann, in: T. Kreuder, Der orientierungslose Leviathan, 1992, 25 (39): das GG vornehmlich als "limitierende Verfassung".

¹⁹ Zur Genese R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2002, 42 ff. S. demgegenüber aber bereits aus den Verfassungsberatungen C. Schmid: Grundrechte auch als "Entscheidung, das staatliche Leben nach einer gewissen Richtung zu formen", Parlamentarischer Rat 1948-49, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, 66.

²⁰ BVerfGE 1, 299 (312); seitdem st. Rspr., vgl. 11, 126 (129ff.); 53, 135 (147); 79, 106 (121), jeweils allgemein für die Gesetzes-, damit aber eben implizit auch zur Verfassungsauslegung.

64

ordnung im sozialistischen Sinne offenhalten, die schon 1949 durch die Verhältnisse überholt war²¹. Heute spiegelt sich die Anerkennung der prinzipiellen Entwicklungsoffenheit in einer weiteren Flexibilisierung der Methode hin zu einem schöpferischen Vorgang der Normkonkretisierung, der stets auch die zu ordnende Wirklichkeit einbezieht²², und der Anerkennung des Verfassungswandels, der längst nicht mehr als solcher, sondern nur noch insoweit umstritten ist, als nicht ganz klar ist, ob es sich um eine eigenständige dogmatische Figur handelt oder bloß noch um einen nicht weiter bemerkenswerten Unterfall der Interpretation²³. Der normative Anspruch der Verfassung wird dadurch im Ergebnis dynamisiert, vielleicht auch relativiert. Er kann dann auch über den ihm ursprünglich zugemessenen Anwendungsbereich hinaus erweitert und schließlich universalisiert werden, wie es in einem - nur logisch, nicht zeitlich zu unterscheidenden - zweiten Schritt geschieht. Dieser stellt sich in seinem Kern dar als ein Ausgreifen der Verfassung in die Fläche hinein, durch die das Ausmaß der Verfassungsbindungen in allen Bereichen und in alle Richtungen des staatlichen Lebens zunimmt. Am

²¹ Vgl. Forsthoff (Fn. 4), 11 ff., 61 ff.; W. Abendroth, Das Grundgesetz, 7. Aufl. 1978, insbes. 15ff., 68. Ob unter heutigen Bedingungen eine stärkere Rückbesinnung auf den Willen des Verfassunggebers – dafür prononciert M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 332 ff. 339 ff.; ders., in: FS für W. Schmitt Glaeser, 2003, 267 ff. – angeraten ist, ist mit Blick auf den Problemlösungsauftrag des Rechts zweifelhaft, H. Schulze-Fielitz, in: ders. (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 11 (26f.); es dürfte als Perspektive auch unrealistisch sein.

²² Das Credo in BVerfGE 34, 269 (293); grundlegend ferner Hesse (Fn. 2), Rn. 60 ff.; Müller/Christensen (Fn. 17), 43 ff., 81 ff., 144 f.; Bestandsaufnahme bei E.-W. Böcken-förde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 53 ff. Demgegenüber noch einmal den "Wortlaut" oder den "Text" als ausschlaggebendes oder zentrales Kriterium in Stellung zu bringen, dürfte die Bindungsfähigkeit von Texten und speziell des Verfassungstextes überschätzen, dafür aber jetzt wieder A. Schmitt Glaeser, Vorverständnis als Methode, 2004, 240; J. Lege, DVBI. 2007, 1053 (1063); für Sonderstellung des Wortlauts innerhalb der Auslegung auch Müller/Christensen (Fn. 17), 244 ff., allerdings in unklarem Verhältnis zu der ansonsten von der "strukturierenden Rechtslehre" durchgängig betriebenen Sprachkritik, vgl. R. Christensen/M. Sokolowski, in: U. Haß-Zumkehr (Hg.), Sprache und Recht, 2001, 64 (79): "Sprache ist nicht normativ. Normativ sind Sprecher"; siehe dazu ferner unten Fn. 98 und 110. Zur Einarbeitung der Tatsachenebene s. G. Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, 7 ff., 21 ff.; zur Rolle der Staatspraxis S. Müller-Franken, in: FS J. Isensee, 2007, 229 ff.; zur Einbeziehung der Sozialwissenschaften W. Hoffmann-Riem, in: FS T. Raiser, 2005, 515 ff.; O. Lepsius, JZ 2005, 1 ff.

²³ Für Eigenständigkeit: Böckenförde (Fn. 1), 141 ff.; für Unterfall der Interpretation: P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess, 2. Aufl. 1996, 59 (82 f.); neuere Akzente bei C. Walter, AöR 125 (2000), 517 ff.; A. Voßkuhle, Der Staat 43 (2004), 450 ff. In Anerkennung des Faktums ist jedenfalls auch bereits eine Dogmatik der "Verfassungsentwicklung" vorgelegt, Bryde (Fn. 13), 221 ff.

Anfang – und heute schon wieder weitgehend vergessen, so selbstverständlich ist es uns geworden - steht die Erstreckung der Bindungen des Gleichheitssatzes von der Verwaltung auf den Gesetzgeber. Sie war allerdings, wie man sehen muss, unter der Weimarer Verfassung bei weitgehend identischem Normtext alles andere als unumstritten; Gerhard Anschütz etwa galt sie noch auf der Münsteraner Staatsrechtslehrertagung von 1926 als "etwas so Revolutionäres, dass ich überzeugt zu werden wünsche"24. Unter dem Grundgesetz erfolgte diese Revolution eher beiläufig, ohne großes Aufhebens und unter kurzem, das Problem an sich gar nicht erledigenden Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG²⁵. In der Sache bedeutet sie nichts anderes als eine Bindung des Staates an Gerechtigkeit, und zwar in allem seinem Handeln²⁶. In die gleiche Richtung wirkt die ebenfalls bereits in einem frühen Stadium und zunächst gegen erheblichen Widerstand erfolgte Entfaltung des unscheinbaren Beiworts "sozial" in Art. 20 Abs. 1 GG von dem "substanzlosen Blankettbegriff". den man darin ursprünglich nur gesehen hat²⁷, zu einem umfassenden Staatsziel, das den Staat nach der bekannten Formulierung des BVerfG dazu verpflichtet, für den Ausgleich der sozialen Gegensätze und eine gerechte Sozialordnung zu sorgen²⁸. Weitere Stationen auf diesem Wege sind: die Forderung nach Verhältnismäßigkeit aller den Bürger irgendwie belastenden Maßnahmen, die Materialisierung des Rechtsstaatsprinzips, mit deren Hilfe dieses ebenfalls auf eine allgemeine Vorstellung von Gerechtigkeit hingeordnet wird, der Ausbau des demokratischen Prinzips zu einem umfassenden, vom Parlament ausgehenden Legitimationsprinzip allen staatlichen Handelns. Mittlerweile hat es selbst das Republikprinzip geschafft, praktisch zu werden, wie sich jüngst am Beispiel der Ebenbürtigkeitsklauseln in Erbverträgen des Hochadels gezeigt

²⁴ G. Anschütz, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 3 (1927), 48. In der Sache ebenso ders., Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Art. 109

²⁵ BVerfGE 1, 14 (52); seitdem st. Rspr.; dagegen etwa noch R. Thoma, DVB1. 1951, 457 ff. Zu den tieferen, über Art. 1 III GG hinausweisenden Gründen der Ausweitung zutr. S. Huster, in: Friauf/Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 20. Erg.-Lfg., 2007, Art. 3 Rn. 16ff.

²⁶ Der Zusammenhang zu "Gerechtigkeit" bei BVerfGE 3, 58 (134), vgl. aus neuerer Zeit etwa BVerfGE 103, 310 (313); aus der Lit. Huster (Fn. 25), Rn. 32; L. Osterloh, EuGRZ 2002, 309 (309f.); dies., in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 3; krit. F. Schoch, DVBl. 1988, 863 (877f.).

²⁷ W. Grewe, DRZ 1949, 349 (351).

²⁸ BVerfGE 22, 180 (204); zuvor schon BVerfGE 1, 97 (104ff.); 4, 7 (16ff.); 5, 85 (197 ff.); 11, 105 (110 ff.). Dagegen namentlich E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 8ff.; die zentralen Beiträge der Debatte in: ders. (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968.

hat²⁹. Im Zentrum der Entwicklung stehen aber vor allem die Grundrechte, die, parallel zur Ausdehnung der Schutzbereiche, über ihren ursprünglichen Abwehrzweck hinaus umgedeutet worden sind zu staatlichen Handlungsaufträgen und Maßstäben, die in die gesamte Rechtsordnung hinein ausstrahlen³⁰. Sie prägen damit zunehmend auch die Verhältnisse unter den Bürgern. Zugleich sind sie immer tiefer in das einfache Recht eingesickert, das darüber selbst die Züge von Verfassungsrecht angenommen hat und bis heute ungebremst annimmt. Die Folge ist, dass weite Bereiche der Rechtsordnung heute als konstitutionalisiert gelten können, manche mehr, manche weniger; es gibt - wie beim zivil- und strafrechtlichen Ehrenschutz - mittlerweile sogar Bereiche, in denen sich die gängige Zuordnung von Verfassungsrecht und einfachem Recht geradezu umkehrt, das einfache Recht nur einen inhaltlich offenen, generalklauselartigen Rahmen für die Fallösung bildet, während die eigentliche Rechtsanwendung nahezu ausschließlich Verfassungsanwendung ist³¹. Die Verfassung bezieht damit gegen ihre ursprüngliche Anlage heute das soziale Ganze in sich ein, so wie sich auch in ihr selbst, noch mehr aber in ihrer öffentlichen Wahrnehmung, die programmatisch-dirigierenden gegenüber den bloß organisatorischen, das Staatshandeln in Formen und Verfahren gießenden Gehalten ganz in den Vordergrund geschoben haben. Es ist dann nur konsequent, wenn die Verfassung im Laufe der Zeit um immer weitere Zielformulierungen - gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht, Geschlechterparität, Behindertenförderung, Ökologie, Tierschutz, demnächst vielleicht Kultur oder Sport - angereichert worden ist und voraussichtlich noch weiter angereichert werden wird. Zu allen die Gesellschaft berührenden Belangen erhofft man sich von der Verfassung nun Richtungsweisung und potentielle Lösungen. Sie selbst wird dadurch von der Teilordnung des staatlich-institutionellen Gefüges, als die sie ursprünglich gedacht war, zu einer Grundordnung des gesamten Gemeinwesens, einer "Lebenstotalität", wie es beinahe bedrohlich bei Rudolf Smend angedeutet und heute vielfältig nachgezeichnet ist³².

²⁹ BVerfG, NJW 2004, 2008.

³⁰ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – Lüth, mit längst nicht mehr überschaubarer Nachfolge-Rspr. Aus der ebenfalls unüberschaubaren Literatur s. statt vieler nur *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 27 ff., und – kritisch – *Böckenförde* (Fn. 22), insbes. 159 ff. Zur geschichtlichen Dimension gerade dieses Urteils nunmehr T. Henne/A. Riedlinger (Hg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2006.

³¹ Differenzierender Überblick und Analyse bei G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, insbes. 37 ff., 45 ff., 58 ff., 63 ff.

³² Vgl. Smend (Fn. 14), 189. Treffender spricht A. Hollerbach, in: W. Maihofer (Hg.), Ideologie und Recht, 1969, 37 (51), von einer "gewissen Allbezüglichkeit" der Verfas-

2. Idealisierung und Ethisierung des Anspruchs

Doch ist dies nur die äußere Seite einer Entwicklung, die auch eine nach innen oder in die Tiefe gehende Seite hat. Diese besteht in einer allmählichen Ablösung der Verfassung von ihrem Text und ihrer Erschließung von einer darunterliegenden Substanz, die in ihr als ein eigentlicher Kern aufbewahrt ist. Auch dies hat das BVerfG schon früh ausgesprochen, als es in der Entscheidung zur Haftentschädigung festhielt, die Verfassung bestehe nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus "gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen", die nicht zuletzt aus einem "vorverfassungsmäßige(n) Gesamtbild" zu erschauen seien³³. Man kann hier von einem Vorgang der Idealisierung der Verfassung sprechen, insofern nun nicht mehr nur das in der Schrift Verkörperte für ihren Inhalt genommen wird, sondern dieses selbst zurückgeführt wird auf bestimmte geistige oder ideale Gehalte, aus denen dann ihrerseits neue Gehalte abgeleitet werden können, die einem bloß auf den Text fixierten Verständnis verschlossen bleiben³⁴. Insofern diese oft auch eine ethische oder moralische Aussage in sich aufnehmen, liegt es dann nahe, ihnen nicht nur rechtliche, sondern auch ethische oder moralische Qualität zuzusprechen. Diesen Schritt ist das BVerfG folgerichtig gegangen, indem es die Verfassung im Anschluss an die Verfassungslehre Rudolf Smends von einer formal-rechtlichen zu einer werterfüllten, werthaften oder wertgebundenen Ordnung erhoben hat³⁵. Damit strömen in das Recht notwendig die ethischen Konnotatio-

sung; ähnlich Schuppert/Bumke (Fn. 31), S. 58 ("allmaßstäbliche Grundordnung"); s. auch Häberle (Fn. 23), 122; resümierend jetzt H. Hofmann, JöR n.F. 51 (2003), 1 (4ff.): "Karriere der Verfassung als eines Totalitätsbegriffs".

³³ BVerfGE 2, 380 (Ls. 2); dort bezogen auf das Rechtsstaatsprinzip, das auf diese Weise um Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes angereichert wurde; s. zuvor schon BVerfGE 1, 14 (Ls. 4).

³⁴ Vgl. statt vieler nur A. Schmitt Glaeser (Fn. 22), 215 ff.: "Invisibilisierung des Verfassungstextes"; ähnlich M. Herdegen, JZ 2004, 873 (876). Es ist eine Diskussion wert, ob man diese geistigen Gehalte in Anlehnung an E. Cassirer, Philosophie der symbolischen Formen, 3 Bde., 1921-29, im Begriff der symbolischen Form erfassen kann, vgl. H. Vorländer, in: ders. (Hg.), Integration durch Verfassung, 2002, 9 (18ff.); darunter versteht Cassirer "jene Energie des Geistes", "durch welche ein geistiger Bedeutungsgehalt an ein konkretes sinnliches Zeichen geknüpft und diesem Zeichen innerlich zugeeignet wird", ders., Wesen und Wirkung des Symbols, 1956, 175. Dass letztlich alles Recht nicht als Text, sondern als - von Experten gemanagtes - "Wissen" existiert, ist die weitergehende These von A. Somek, Rechtliches Wissen, 2006, 32ff.

³⁵ Grundlegend: BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (138f.); für die Grundrechte BVerfGE 7, 198 (205 ff.), vgl. dazu jeweils Smend (Fn. 14), 260 ff., insbes. 264. Die Entwicklung ein-

nen ein, die ungeachtet seiner unklaren philosophischen Herkunft im Begriff des Wertes - als einer Überzeugung vom Guten, Wahren, Richtigen - beschlossen liegen und nach der ihm innewohnenden Logik auf Realisierung drängen. Die darin liegende Ethisierung tritt zu der Idealisierung hinzu und ist ihr komplementär. Sie ist allerdings weder auf den Wertbegriff beschränkt noch an ihn gebunden, wie sich unschwer daran ablesen lässt, dass dieser selbst heute allenfalls als nostalgische Reminiszenz verwendet wird, ohne dass sich an der Sache selbst Wesentliches geändert hätte³⁶. Sie hat ihren tragenden Grund vielmehr in der prinzipiellen Deckungsgleichheit der angesprochenen Werte mit den Grundaussagen der neuzeitlichen Moralphilosophie, wie sie keimhaft bereits in Art. 1 Abs. 1 GG angelegt ist und sich heute darin zeigt, dass alles, was in dieser Moralphilosophie zu Fragen des Zusammenlebens verhandelt wird, mittlerweile ohne Mühe auch in das Gewand einer verfassungsrechtlichen Erörterung gekleidet werden kann und umgekehrt³⁷. Und vielleicht erklärt sich daraus auch die Leichtigkeit, mit der es gelungen ist, die ursprünglich nur ganz abstrakten Leitbilder und Ordnungsideen in Vorgängen der normativen Nachverdichtung mit inhaltlicher Substanz, man kann auch sagen: mit Leben zu füllen³⁸. Sie lässt sich anschaulich studieren am Leitbild der demokratischen Meinungs- und Willensbildung, wie es vom BVerfG erstmals in der Entscheidung zum KPD-Verbot vorgestellt worden ist. Demokratie erscheint hier über alles

schließlich ihrer auch transnationalen Fundierung jetzt bei *T. Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 25ff., 43 ff., 81 ff., 147 ff.

³⁶ Zu dieser Entwertung des Wertbegriffs *G. Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 283 ff.; *K.-E. Hain*, JZ 2002, 1036 (1039 f.); *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), GG, 2. Aufl. 2004, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 82; die Gegenbewegung möglicherweise bei *U. Di Fabio*, JZ 2004, 1 ff.

³⁷ B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (169). Instruktives Beispiel: die Behandlung des islamischen Kopftuchs bei BVerfGE 108, 282 (298ff., 314ff.) einerseits und R. Forst, Toleranz im Konflikt, 2003, 720 ff. andererseits, mit weitgehend austauschbaren Argumenten. Allgemein bereits R. Dreier, in: ders./F. Schwegmann, Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 13 (39 f.): das BVerfG als "Vernunft- und Gerechtigkeitshof"; M. Morlok, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, 91 ff.; kritischer jetzt ders., in: Schulze-Fielitz (Fn. 21), 49 (58 f.). Angesichts einer "globalen Renaissance" von Gerechtigkeitsdiskursen dürfte diese Tendenz aber künftig eher noch zunehmen, C. Möllers/A. Voßkuhle, Die Verwaltung 36 (2003), 321 (331).

³⁸ Im folgenden wird in der Regel von "Leitbildern" – anstatt von "Prinzipien", "Grundsätzen" etc. – gesprochen, weil dies das Gemeinte am ehesten zum Ausdruck zu bringen vermag. Zu Begriff und Funktion von Leitbildern instruktiv S. Baer, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004, 223 (232 ff.); "Leitbilder" kennzeichnet danach gerade ein "überschießender Deutungsgehalt" als "kreatives Moment", mit dessen Hilfe sie spezifische Steuerungsleistungen erbringen.

hinaus, was im Text des Grundgesetzes dazu an Aussagen vorhanden ist, als ein im Kern gemeinschaftliches Projekt von Bürgern, das sich in einer Art Schichtenmodell von unten nach oben vollzieht: mit den spontanen, ungeordneten Beiträgen einer politisch interessierten Öffentlichkeit als unterer Schicht, darauf aufsetzend die "Vorformung" der disparaten Auffassungen durch die politischen Parteien als "Zwischenglieder"39, ganz oben schließlich die Willensbildung der verfassten Organe innerhalb der organisierten Staatlichkeit⁴⁰. Gerade dieses Leitbild hat sich als außerordentlich einflussreich erwiesen und steuert bis heute verschiedene Einzelanwendungen, vom Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz über die Ordnung des Rundfunks bis zum Parteienrecht. Aber im Grunde existieren die entsprechenden Leitbilder heute auf allen Ebenen und in allen Anwendungsbereichen: für die Grundrechtsanwendung in der "sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltenden Persönlichkeit und ihrer Würde", wie es das BVerfG im Lüth-Urteil formuliert hat41; für den Bundesstaat in der Vorstellung einer arbeitsteilig-solidarischen Ordnung, die um das "bündische Prinzip des Einstehens füreinander" herum gebaut ist⁴²; für die Kompetenz- und Funktionenzuordnung in dem Ideal, dass staatliche Entscheidungen "möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen"43. Zu diesen großen, den grundlegenden Strukturprinzipien der Art. 1 und 20 GG nachgebildeten Leitbildern sind im Lauf der Zeit Leitbilder mittlerer und unterer Konkretisierungsstufe hinzugetreten. Beinahe jedes Grundrecht hat heute eines: die Privatautonomie das Leitbild eines mündigen, in symmetrischen Beziehungen verkehrenden Subjekts, aus dem heraus dann etwa in der Bürgschaftsentscheidung Rücksichtnah-

³⁹ BVerfGE 44, 126 (146f.). Der Begriff der "Vorformung" geht zurück auf U. Scheuner, vgl. ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, 374 (353).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 5, 85 (197 ff.); ferner BVerfGE 12, 205 (240 ff.); 20, 56 (96 f.); 57, 295 (319f.); 85, 264 (284f.); die Bez. als "Stufenmodell" bei T. Vesting, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, 219 (229f.).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (205); ähnlich die bekannte, seit BVerfGE 4, 7 (15f.), ständig wiederholte Menschenbildformel, vgl. dazu P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2005, 47 ff.

⁴² BVerfGE 72, 330 (419); ferner etwa BVerfGE 101, 158 (220f.), dort auch die Suche nach der angemessenen "Mitte" zwischen der Selbständigkeit, Eigenverantwortlichkeit und Bewahrung der Individualität der Länder einerseits und der solidargemeinschaftlichen Mitverantwortung andererseits.

⁴³ BVerfGE 68, 1 (86) - Auslandseinsätze. Dazu gehört auch, dass keine Gewalt gegenüber einer anderen ein "Übergewicht" erhält, vgl. BVerfGE 95, 1 (15) - Stendal.

mepflichten zugunsten der schwächeren Vertragspartei abgeleitet werden⁴⁴: die Wissenschaftsfreiheit in der Vorstellung des dem Streben nach Wahrheit verpflichteten Forschers, der darum staatlicher Umhegung und Förderung bedarf45; das Auslieferungsverbot des Art. 16 Abs. 2 GG als Ausdruck einer inneren, unauflöslichen Verbundenheit des Bürgers mit seinem Staat⁴⁶. Ein Leitbild haben die politischen Parteien: als von der Verfassung mit öffentlicher Verantwortung betraute Mittler im Prozess demokratischer Repräsentation⁴⁷: ein Leitbild hat die kommunale Selbstverwaltung: als gerade aus der Erfahrung mit dem Zentralismus des NS-Regimes geschützte "Keimzelle der Demokratie" in einem Staatsaufbau von unten nach oben⁴⁸; ein Leitbild hat heute jedes Staatsorgan: der Bundestag als das in seinen Deliberationen die staatsbürgerliche Willensbildung wiederholende Gremium, das dann folgerichtig die "wesentlichen" Entscheidungen des Gemeinwesens zu treffen hat⁴⁹, oder die Regierung als die dem Gemeinwohl verpflichtete Instanz, die dem Parteienwettbewerb entrückt ist und deshalb vor der Wahl keine Öffentlichkeitsarbeit mehr betreiben darf⁵⁰. Nur der einzelne Abgeordnete muss vorerst ohne gesichertes Leitbild auskommen, was dann die Beurteilung von Nebentätigkeiten und Nebeneinkünften erschwert⁵¹.

⁴⁴ BVerfGE 89, 214 (231 ff.) - Bürgschaft; s. ferner BVerfGE 103, 89 (100 ff.) - Unterhaltsverzicht.

⁴⁵ BVerfGE 35, 79 (112ff.) - Hochschulurteil.

⁴⁶ BVerfGE 113, 273 (294) – Europäischer Haftbefehl; dazu die ironische Kritik im Minderheitsvotum Lübbe-Wolff (327). Die Liste ließe sich mühelos verlängern, etwa durch die Deutung von Ehe und Familie als vom Staat zu pflegende und zu fördernde "Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft", vgl. BVerfGE 6, 55 (71 f.); 57, 170 (176); 76, 1 (44f.); der Berufsfreiheit als Grundrecht der Persönlichkeitsentfaltung im beruflichen Bereich, BVerfGE 7, 377 (397), neuerdings eingebettet die Funktionserfordernisse einer gerechten Marktordnung, BVerfGE 105, 252 (265 ff.) – Glykol; etc.

⁴⁷ Vgl. die zusammenfassende Beschreibung der Funktionen der Parteien in BVerfGE 85, 264 (284f.); die ausdrückliche Deutung ihres Wirkens als "Auftrag" etwa in BVerfGE 91, 276 (284f.).

⁴⁸ BVerfGE 79, 127 (149) - Rastede.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 86, 90 (106); die Grundlagen bei *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, 26ff., 204ff.

⁵⁰ BVerfGE 44, 125 (140 ff.). Als weitere Leitbilder ließen sich, ebenfalls ohne Anspruch auf Vollständigkeit, nennen: der Bundespräsident als dem politischen Wettbewerb entrückte, das Staatsganze in seiner Person repräsentierende Instanz; der Bundesrat als Vertretung von Länder- und nicht Parteiinteressen etc.

⁵¹ BVerfG 2 BvE 1/06 vom 4. 7. 2007. Der in dieser Entscheidung offensichtlich gewordene Dissens innerhalb des Senats stellt sich insoweit gerade als Unklarheit über das maßgebliche "Leitbild" dar, wie die inflationäre Verwendung des Begriffs belegt, vgl. Abs.-Nr. 214ff., 230, 232, 252 etc.

Aber über allen wölbt sich zuletzt, als das allgemeinste Leitbild überhaupt, ein Leitbild von Kohärenz und Zusammenhang, die Vorstellung, dass dies alles, so disparat es erscheinen mag, doch in einer inneren Beziehung zueinander steht, wie es in der Formel von der Einheit der Verfassung und der allgemeinen Idee einer Einheit des Staates aufgehoben ist⁵². Die Leitbilder der höheren Konkretisierungsstufe strahlen dabei in die niederen hinein, die von ihnen aus gelesen werden, so wie die höheren sich ihrerseits aus und auf den unteren aufbauen. Zusammen, in diesen Vorgängen der Idealisierung und Ethisierung, bringen sie das gemeinschaftlich Gute, Richtige und Angemessene einer Gesellschaft zum Ausdruck, ihren auch heute noch unbezweifelten, weltlichen Glauben.

Zu einem neuen Geltungssinn von Verfassung

Heute ist - in bald 120 Bänden Verfassungsrechtsprechung, gut einem Dutzend Grundgesetzkommentaren, verschiedenen großen Handbüchern, einer Flut von Monographien und Abhandlungen - die Ausformulierung dieses gemeinsamen Guten in entsprechenden Leitbildern und Ordnungsideen weit vorangeschritten. In Entscheidungen des BVerfG findet sie heute konzentriert im sogenannten Maßstäbeteil statt, meist dem Abschnitt C I, in dem abstrakt die Vorgaben für die Falllösung entfaltet werden⁵³, während auf der anderen Seite die Wissenschaft dies alles keineswegs nur kommentierend oder kritisierend nachzeichnet, sondern teils ergänzt, teils selbst vordenkt⁵⁴. Kaum eine größere Arbeit kommt heute noch ohne einen ideen- oder verfassungsgeschichtlichen Abschnitt aus, aus dem dann Transfers in den Inhalt des geltenden Verfassungsrechts hinein vorgenommen werden, und wie weit das Denken in strukturierenden Leitbildern und Ordnungsideen voran-

⁵² Vgl. - in dieser Klarheit allerdings vereinzelt geblieben - BVerfGE 62, 1 (45); zur daraus von ihm selbst abgeleiteten Integrationsaufgabe bereits BVerfG, JöR n.F. 6 (1957), 175 (194, 199f.); krit. U. Haltern, JöR (1997), 31 (67ff.). Zum Prinzip der "Einheit der Verfassung" als interpretationsleitendem Topos zsfd. Müller/Christensen (Fn. 17), S. 288ff.

⁵³ Und so ihren Anlass überdauern, O. Lepsius, in: Schulze-Fielitz (Fn. 21), 319 (356).

⁵⁴ Die These von B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 ff., die Staatsrechtswissenschaft sei von der Verfassungsgerichtsbarkeit "entthront", trifft schon deshalb nur bedingt zu; relativierend P. Lerche, BayVBl. 2002, 649 ff.; Schulze-Fielitz, in: ders. (Fn. 21), 28 ff.; F. Schoch, ebd., 187f. Wie sehr gerade die grundlegende Weichenstellung im Lüth-Urteil auf "fruchtbare(r) Kommunikation zwischen Rechtsprechung und Literatur" beruht, hat Böckenförde (Fn. 22), 164, nach Einsicht in das Votum der Entscheidung öffentlich gemacht.

geschritten ist, mag man auch an der Zahl der Habilitationen ablesen. die solche gleich programmatisch im Titel tragen: "Freiheit". "Kontrolle", "Gerechtigkeit", entweder an sich oder als "Systemgerechtigkeit"; "Neutralität", "Solidarität", gleich mehrfach; "Kontinuität", meist mit Zusätzen wie "im Verfassungsrecht" oder "als Prinzip", "Grundsatz", "Programm" etc.55. Es ist so gesehen nur konsequent, wenn - wie dies in den letzten Jahren zu beobachten ist - vermehrt versucht wird. aus diesen Bausteinen die schon seit längerem als verschollen gemeldete Verfassungstheorie zu rekonstruieren, die dann je nachdem - meist unter charakteristischer Ausblendung der bundesstaatlichen Gehalte - als neue Trias von "Vielfalt, Sicherheit und Solidarität", als "Diskurstheorie des demokratischen Rechtsstaats", als "liberaler Kommunitarismus" etc. präsentiert wird⁵⁶. Ob solche Rekonstruktionen immer treffen, ist dabei gar nicht die Frage; es scheint mittlerweile genügend Material dafür bereit zu liegen, und nur darum geht es. Für die Verfassung und ihren normativen Anspruch sind diese Veränderungen weittragend. Sie bewirken den Übergang in andere Sphären des Geltens, die mit der der Rechtsgeltung in dem Sinne, in dem man bislang davon sprach, nur noch sehr bedingt zu tun haben. Dies zeigt sich zunächst äußerlich am Vorrang der Verfassung, an dem das Charakteristische dieser Geltung bis heute meist festgemacht wird⁵⁷. Unter einer Verfassung, die vor allem aus unmittelbar anwendbaren, "normalen" Rechtssätzen besteht, enthält dieser Vorrang im Verhältnis zum nachgeordneten Recht nur eine spezielle Fassung des Lex-superior-Satzes, also eine reine Kollisionsregel. Für eine Verfassung, die wesentlich in ihren Grundentscheidungen und Leitbildern Gestalt annimmt, zielt der Vorrang demgegenüber auf die inhaltliche Programmierung und Durchdringung jenes

⁵⁵ E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976; K.-U. Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982; G. Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980; F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit, 1985; K. Schlaich, Neutralität als Verfassungsprinzip, 1972; O. Depenheuer, Solidarität im Verfassungsstaat, 1991, unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/semphil/docs/depenheuer_habil.pdf; U. Volkmann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998; A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002. Die "Grundsätze" nun auch insgesamt bei K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, 1999. Ironischer Kommentar bei B.-O. Bryde, in: Vorländer (Fn. 34), 329 (337): "Inzwischen sind wir bei ca. 20 verfassungsrechtlichen Habilitationen im Jahr, kaum eine unter 500 Seiten, und alle sollen der Theorie nach innovativ sein, müssen also neue Inhalte der Verfassung behaupten, die bisher noch niemandem aufgefallen sind."

⁵⁶ In der Reihenfolge: E. Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 13 ff.; J. Habermas, Faktizität und Geltung, 2. Aufl. 2001; W. Brugger, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, 253 ff.

⁵⁷ Vgl. bereits oben II.

Rechts, so wie es in der Rede von der "Ausstrahlungswirkung" bildhaft zum Ausdruck gebracht ist. Darüber hinaus meint Geltung nun stärker als zuvor auch ethische oder moralische Geltung im Sinne einer inneren Folgebereitschaft und Anerkennung. Dies ist von den Kritikern der früheren Wertejudikatur, in dem dieses Denken ursprünglich aufgehoben war, klar gesehen worden und folgt mit Notwendigkeit aus der Bezogenheit auf ein gemeinsames Gutes und Gerechtes, wie es in den verschiedenen Leitbildern und Ordnungsideen aufbewahrt ist⁵⁸. Das schließt, mag man sich davon, wie es heute gelegentlich geschieht, nun verbal distanzieren oder nicht⁵⁹, zwangsläufig einen Anspruch auf Bejahung und Zustimmung ein, der dann in bestimmten Grenz- oder Schwellensituationen - etwa beim Eintritt in den öffentlichen Dienst oder der Einbürgerung als Aufnahme in den Staatsverband - durch ein abzulegendes Bekenntnis auch aktualisiert werden kann⁶⁰. Die Rechtsgeltung im klassischen Sinne, als Chance zwangsweiser Durchsetzung einer bestimmten einzelnen Norm, wie sie etwa in Art. 1 Abs. 3 GG angesprochen ist, wird damit nicht gegenstandslos. Aber sie bleibt im Ergebnis für die praktischen Regeln reserviert, wie wir sie in unserem Studium den Studenten zu vermitteln versuchen, während die eigentliche Substanz der Verfassung über sie zunehmend hinausgewachsen, beinahe erhaben ist. Die Verfassung als solche differenziert sich dadurch gleichsam in zwei Kreise aus. Der äußere Kreis ist juristisch-formaler Natur: er besteht aus den technischen, mehr oder weniger klaren Bestimmungen und Sätzen, die im konkreten Streitfall zur Anwendung gebracht werden. Als solcher fällt er weitgehend, wenn auch nicht vollständig mit dem Text zusammen. Der innere Kreis dagegen enthält die zentralen, inhaltlich im Laufe der Zeit immer weiter angereicherten Leitbilder und Ordnungsideen, in denen sich die Vorstellungen einer Gesellschaft über die Bedingungen ihres Zusammenlebens normativ verfestigt haben⁶¹. Von ferne

⁵⁸ M. Trapp, ARSP 72 (1986), 153 (162 ff.); E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit,

⁵⁹ So BVerfG, NJW 2001, 2069 (2070): Die Bürger seien "rechtlich nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen"; vielmehr seien sie frei, "auch grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage stellen". Ähnlich in Bezug auf Religionsgemeinschaften BVerfGE 102, 370 (394f.); BVerfG, DVBl. 2007, 119 (121).

⁶⁰ S. für die Einbürgerung §§ 8, 10 StAG; zur aktuellen Diskussion F.-W. Dollinger/ A. Heusch, VBIBW 2006, 216ff.

⁶¹ Dieses Auseinandertreten wird oft gesehen oder zumindest angedacht, vgl. etwa Schuppert/Bumke (Fn. 31), 39f.; B.-O. Bryde, in: Merten/Papier, HdGR II, § 17 Rn. 63ff.; M. Bullinger, JZ 2004, 209 (211). P. Lerche, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 343f., spricht von "auslegungssteuernden Zwischenvorstellungen" als "dirigierende" Verfassungsschicht", meint damit aber im wesentlichen die hier so genannten Leitbilder und

mag man darin ein Stück der früheren Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz bei Carl Schmitt erkennen, nur dass das, was bei Schmitt mit "Verfassung" bezeichnet war – die Grundentscheidung über die politische Einheit –, nun nicht auf den souveränen Akt einer verfassunggebenden Gewalt reduziert und so vom "Verfassungsgesetz" abgelöst wird⁶², sondern sich gerade in diesem und durch dieses hindurch in die Wirklichkeit vermittelt. Zudem ist die innere Substanz der Verfassung nicht von Anfang an fertig da, sondern ihr selber erst allmählich gegeben, in einer längeren Interpretations- und Geltungsgeschichte entwickelt und ausgeformt worden. Von dieser Substanz her aber verkörpert die Verfassung nun eine Vorstellung des guten und richtigen Zusammenlebens in einem bestimmten Staat. Man kann sie in diesem Sinne die politische Gerechtigkeitsordnung einer konkreten Gemeinschaft nennen, und es ist diese Formel, in der die ganze Veränderung ihres Anspruchs zusammengefasst ist⁶³.

Ordnungsideen; ähnlich bereits Scheuner (Fn. 39), 183. Eine analoge Funktion erfüllt das "Vorverständnis" bei A. Schmitt Glaeser (Fn. 22), insbes. 15 ff. Auch die Prinzipientheorie R. Alexys greift die entsprechende Intuition auf, klammert aber gerade die hier eingeschlossene moralisch-ethische Dimension aus, vgl. ders., Theorie der Grundrechte, 5. Aufl. 2006, 125 ff.; diese ist wiederum zentral für R. Dworkins "moral reading" der amerikanischen Verfassung, ders., Freedom's Law, 1996, 7ff. Aus der amerikanischen Diskussion ferner: M. Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts, Princeton 1999, S. 9ff. ("thin constitution" als Juristen und Bürgern gemeinsamer Kernbestand der Verfassung, "thick constitution" als die von den Juristen näher ausdifferenzierte Verfassung). Für die – noch gar nicht existente – europäische Verfassung ergeben sich Parallelen zum Versuch einer "europäischen Prinzipienlehre" von A. von Bogdandy, in: ders. (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 149 ff.

⁶² Vgl. Schmitt (Fn. 1), 11ff., 20ff.

⁶³ Vgl. K. Hesse, JZ 1995, 265 (266): Verfassung als "gute und gerechte Ordnung des Gemeinwesens"; Denninger (Fn. 56), 10; Hollerbach (Fn. 32), 46ff; P. Badura, in: FS für U. Scheuner, 1973, 19 (32ff.); G. Frankenberg, Die Verfassung der Republik, 1996, 19ff.: Verfassungen regeln als "grundlegende Konvention" Fragen der "Gerechtigkeit", des "Gemeinwohls" und "politischer Klugheit". Aus der Schweizer Verfassungsdiskussion jetzt: P. Mastronardi, Verfassungslehre, 2007, ausdrücklich konzipiert als "Lehre vom guten und gerechten Staat", 137 ff., 225 ff., 380ff; zum Trend zu einem materialeren Verfassungsverständnis in Österreich E. Wiederin, in: Schulze-Fielitz (Fn. 21), 293 (314f.); Gegenüberstellung der Verfassungstypen bei G.F. Schuppert, AöR 120 (1995), 32 (49f.). – Über den hierzulande belasteten Begriff der "Gemeinschaft" in der obigen Formel mag man streiten, ebenso über die Verbindung des "Guten" und "Gerechten", die in der liberalen Staatsphilosophie oft abgelehnt wird; beides habe ich näher zu erläutern versucht u. a. in ZRPhil 2 (2004), 8 ff.

IV. Die Einwirkung des heutigen Verfassungsrechts auf die politische Wirklichkeit

Wenn diese Einschätzung zutrifft, stellt sich auch die Frage nach der Entfaltung dieses Anspruchs in der politischen Wirklichkeit anders und neu. Es griffe dann offensichtlich zu kurz, sie nur auf die äußeren Regeln der Verfassung, ihre förmlichen Rechtssätze, zu beziehen und dann in der Folge zu untersuchen, ob und inwieweit diese jeweils respektiert werden⁶⁴. Man würde dann etwa feststellen, dass es Verfassungssätze von ganz fragloser Wirksamkeit gibt (wie die Vorschrift über die Bundesflagge), dass viele Verfassungssätze zumindest überwiegend respektiert werden (wie die Kompetenzkataloge oder die Regeln über das Gesetzgebungsverfahren), dass einzelne Verfassungssätze demgegenüber von der Staatspraxis entwertet sind (wie die Begrenzung der Kreditaufnahme oder die Richtlinienkompetenz des Kanzlers⁶⁵), dass einige wenige Verfassungssätze heute mehr oder weniger nur auf dem Papier stehen (wie der Sozialisierungsartikel oder das Parteiverbot⁶⁶). Mit alledem wäre aber über den grundlegenden Anspruch der Verfassung noch gar nichts gesagt; alles, was auf diese Weise gesagt wäre, könnte so oder ähnlich auch zur, sagen wir, Straßenverkehrsordnung oder einer Gebührentabelle gesagt werden, und das Ergebnis, auf die Verfassung insgesamt bezogen, würde in etwa lauten, dass der Grad an Normbefolgung vergleichsweise hoch ist. Aber worauf es ankäme, wäre, ob und inwieweit in dieser äußeren Normbefolgung auch ein Stück der Grundsubstanz der Verfassung, also ihrer idealen und richtungsweisenden Gehalte, bewahrt und in die Wirklichkeit hinein vermittelt wird - und wie sie andererseits den Veränderungen dieser Wirklichkeit standhält.

⁶⁴ Das heißt nicht, dass diese Seite deshalb gering zu schätzen wäre: Gerade die Einhaltung der äußeren Regeln, Verfahren etc. gibt dem Gemeinwesen Halt und Form, und gerade durch sie erfüllt die Verfassung ihre Aufgabe, staatliche Macht zu begrenzen, A. Voßkuhle, AöR 119 (1994), 35 (48f.). Aber man bliebe doch in Einzelbeobachtungen stecken, wenn man sich auf sie beschränkte, s. dazu sogleich im Text.

⁶⁵ Zur Kreditgrenze W. Höfling, DVBl. 2007, 934ff. und nunmehr BVerfG, 2 BvF 1/04 vom 9. 7. 2007. Zur Entwertung der Richtlinienkompetenz trägt vor allem die Verlagerung von Entscheidungen in Koalitionsrunden und informelle Zirkel im Rahmen der neuen "Koalitionsdemokratie" bei, vgl. nur K.-R. Korte/M. Fröhlich, Politik und Regieren in Deutschland, 2. Auf. 2006, 56, 94ff.

⁶⁶ Eine mögliche Folge des gescheiterten Verbotsantrags gegen die NPD, BVerfGE 107, 339.

1. Abstrahierung und Intensivierung des Zugriffs

Die Art und Weise dieser Vermittlung ist wesentlich bestimmt von der Anlage und Struktur der Gehalte, in denen diese Grundsubstanz aufbewahrt ist. Von dieser Struktur her unterscheiden sie sich grundlegend von klassischen Bestimmungssätzen, mit deren Hilfe einzelne, isolierbare Sachverhalte verbindlich geordnet werden. Als geistige Leitbilder und Orientierungsgesichtspunkte entfalten sie ihre Wirksamkeit vielmehr wesentlich in der Form von Impulsen und Anstößen, die in bestimmten herausgehobenen Momenten in die Wirklichkeit hineingegeben und dort verarbeitet werden. Sie werden dort zum Gegenstand einer immer erneuten symbolischen Bekräftigung, in der die Verfassung als Gerechtigkeitsordnung erst sichtbar gemacht wird⁶⁷. Auch der Verfassungsprozess, in dem dies zu einem nicht unerheblichen Teil stattfindet. muss deshalb grundsätzlich öffentlich inszeniert werden, als Schauspiel aus Vor- und Nachberichterstattung, mit der Live-Übertragung der Entscheidungsverkündung als Höhepunkt und ergänzender Kommentierung durch die beteiligten Richter als Begleitmusik⁶⁸. Die Einwirkung des Verfassungsrechts auf die Wirklichkeit ist dadurch gleichsam generalisiert, vom konkreten Sachverhalt abgelöst, sie erfolgt auf einer höheren Ebene der Abstraktion und hier eher subkutan, in tiefere Schichten der Lebensvorgänge hinein. Auf dieser Ebene nimmt die Verfassung nun allerdings an Leistungs- wie an Steuerungsfähigkeit deutlich zu, insofern sie selbst zu strukturellen, umfassenden Veränderungen ihres Gegenstandes Kontakt halten kann. Wie dies im günstigsten Fall funktio-

⁶⁷ Von "Impulsen" (und "Richtlinien") als Wirkung der Verfassung spricht bekanntlich auch das Lüth-Urteil, vgl. BVerfGE 7, 198 (205), dort allerdings nur beschränkt auf die Wirkung innerhalb des Rechtssystems selbst. Demgegenüber werden die Begriffe hier in einem weitergehenden, durchaus auf das gesellschaftliche und politische Klima bezogenen Sinne verwandt, vgl. etwa Häberle (Fn. 23), 122f. Man mag insoweit an die Systemtheorie denken, die nach ihrer autopoietischen Wende alles Recht darauf beschränkt sieht, "Rauschen" oder "Lärm" zu erzeugen, der andere Systeme "irritiert", vgl. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 442f.; ders, Die Politik der Gesellschaft, 2000, 373f. Das kann man so glauben oder nicht; immerhin mag es als bildliche Umschreibung des gerade hier gemeinten Vorgangs durchgehen. Ansätze ferner bei Hollerbach (Fn. 32), 47f.; Grimm (Fn. 11), 325f., 328f.; Bryde (Fn. 61), Rn. 2f.; Schuppert/Bumke (Fn. 31), 39f.

⁶⁸ Beobachtungen hierzu bei H. Schulze-Fielitz, in: G. F. Schuppert/C. Bumke (Hg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111 (119ff.); zu den noch bestehenden Grenzen A. Brodorcz, in: G. Frankenberg/ P. Niesen (Hg.), Bilderverbot, 2004, 121 ff. Zum ebenfalls hierher gehörenden, 2001 eingeführten "Tag der offenen Tür" A. Brodorcz/S. Schäller, in: Vorländer (Fn. 3), 235 ff.

niert, zeigt etwa das Bemühen der "Neuen Verwaltungswissenschaft"69, den seit einigen Jahren zu beobachtenden Formenwandel der staatlichen Aufgabenerledigung in strukturierenden Schlüsselbegriffen wie "Gewährleistungsstaat", "regulierte Selbstregulierung", "Verantwortungsteilung" etc. zu erfassen; ein Bemühen, das man - nicht nur, aber auch lesen kann als den Versuch, staatliche Gemeinwohlverantwortung in Aufnahme von der Verfassung ausgesendeter Impulse gerade in neuen Zusammenhängen zur Geltung zu bringen⁷⁰. Vergleichbar wirkt auch der dezidiert liberale Kurs, den das BVerfG in Fragen der inneren Sicherheit eingeschlagen hat, wie das fortgesetzte Signal an die Politik, gegen die hier nach dem 11. September zu beobachtenden Verschiebungen die ursprüngliche Tektonik von Freiheit und Sicherheit in Anschlag zu bringen, was immer von den einzelnen Entscheidungen in der Sache zu halten ist und so sehr sich das Gericht selbst im Wettlauf gegen den umfassenden Präventionsstaat zusehends vorkommen muss wie der Hase gegenüber dem Igel im bekannten Märchen⁷¹. Aber es ist auch hier vor allem die Botschaft, die zählt: gegen den unbeschränkten Zugriff auf das Private, gegen die Vorfeldorientierung des Polizeirechts, überhaupt gegen einen Trend, der im Lichte einer in der Verfassung aufbewahrten Gerechtigkeitsvorstellung Ängste weckt. Diese Wirkung kann allerdings auf Dauer nur erreicht werden, wenn auch die äußerlich-technischen Normen der Verfassung in den Vorgang einbezogen werden. Da die

⁶⁹ Der Begriff als Programm und bemerkenswerte Selbstbeschreibung bei A. Voßkuhle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2006, § 1 Rn 16ff.; zur Rückbindung des dort vorgestellten steuerungswissenschaftlichen Ansatzes an die Verfassung "als Ausdruck einer materialen Wertordnung" ebd., Rn. 28.

⁷⁰ Deutlich bei A. Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und die staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (292ff.); C. Franzius, Der Staat 42 (2003), 493 (500ff.); zsfd. die Beiträge in G.F. Schuppert (Hg.), Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2004; zum wesentlich von W. Hoffmann-Riem geprägten Konzept der "regulierten Selbstregulierung" s. die Beiträge in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4. Vgl. demgegenüber noch die Befürchtungen einer Auslieferung des Staates an private Folgebereitschaft bei Grimm (Fn. 11), 361 ff., 420 ff.; U. Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1997), 235 (252ff.), ferner die systemtheoretische Verabschiedung des Staates als Steuerungszentrum der Gesellschaft, H. Willke, Ironie des Staates, 1993, 85ff., 310ff.; N. Luhmann, Politik (Fn. 67), 228ff.

⁷¹ S. BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff; 113, 273 - Europäischer Haftbefehl; 113, 348 - Nds. Polizeigesetz; 115, 320 - Rasterfahndung; 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz einerseits und andererseits die Einschätzung von H. Prantl, SZ vom 21. 4. 2007, 4: "Immer dann, wenn die Richter wieder am Zug sind, ist der Ausbau des Präventionsstaats schon um drei Stockwerke weiter."

Sichtbarmachung der Leitbilder wesentlich in ihrer Anwendung und durch sie hindurch erfolgt, muss sichergestellt sein, dass sie, wenn es tatsächlich einmal ernst werden sollte, auch "greifen" können. Sie müssen deshalb immer weiter kleingearbeitet werden, um die Suggestion aufrechtzuerhalten, dass die Verfassung als solche gerade für die großen Fragen Orientierung und Richtungsweisung bereithält⁷². Alle zunächst nur allgemein und ideal formulierten Gehalte lösen deshalb früher oder später ein dogmatisches oder inhaltliches Nachfassen aus, durch das sie zugleich justitiabilisiert werden: der als Gerechtigkeitsgebot entdeckte Gleichheitssatz in der "neuen Formel", die den Wandel des Staatsbildes reflektierenden Schutzpflichten im Untermaßverbot, das Leitbild der Parteien in der Ausformulierung eines geschlossenen Modells ihrer Finanzierung⁷³. Die vollständige Rückverweisung einer Frage an die Politik kommt dadurch praktisch nicht mehr vor, und wo es doch einmal passiert, wird das, wie im Kopftuchfall, auch aus den eigenen Reihen offen als die Kuriosität kritisiert, die es der Sache nach mittlerweile ist⁷⁴. Die paradoxe Folge der Verlagerung des Zugriffs auf eine abstrakte Ebene ist damit eine Intensivierung dieses Zugriffs im Konkreten, die zudem in dem Maße gesteigert werden muss, wie die Wirkung und Attraktivität der Leitbilder infolge gesellschaftlicher Veränderungen zu verblassen beginnt⁷⁵. Gerade im Grundrechtsbereich ist sie deshalb nochmals in neue, bislang unbekannte Dimensionen vorgedrungen. Wenn hier etwa, um nur einige Beispiele zu nehmen, das BVerfG nunmehr Versicherten in einer Lebensversicherung eine transparentere Berücksichtigung ihrer Prämienzahlungen bei der Ermittlung des Schlussüberschusses⁷⁶, einem Todkranken eine Behandlung durch wissenschaftlich nicht belegte Heilverfahren wie eine obskure "Bioresonanztherapie"77 oder dem Scheinvater neben dem bereits bestehenden

⁷² Dies geschieht wesentlich auch durch die Wissenschaft, nicht zuletzt auf Staatsrechtslehrertagungen, vgl. dazu *M. Bullinger*, JZ 2004, 209 (212 f.).

⁷³ Zum Gleichheitssatz und diesem Zusammenhang L. Osterloh, EuGRZ 2002, 309 (311); zur Parteienfinanzierung BVerfGE 85, 264. Das Untermaßverbot aus BVerfGE 88, 203 (254); es wird mittlerweile nicht einmal mehr benötigt, wie BVerfGE 114, 1 (33 ff.) und 73 (97 ff.) zeigen. Als Beispiel für eine bislang wesentlich von der Wissenschaft betriebene Kleinarbeitung s. die Anreicherung der in Art. 20a GG formulierten Umweltverantwortung durch ein Verschlechterungsverbot, den Nachhaltigkeitsgrundsatz etc., vgl. D. Murswiek, in: M. Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20a Rn. 37 ff., 39 ff.

⁷⁴ S. BVerfGE 108, 282 (306ff.) und das Minderheitsvotum, 335 (338f.): "Überraschungsentscheidung".

⁷⁵ So die begründete Vermutung von H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1 (23).

⁷⁶ BVerfGE 114, 73; dieselbe Tendenz in BVerfGE 114, 1, betr. die Übertragung einer Überschussbeteiligung.

⁷⁷ BVerfGE 115, 25 (41 ff.) mit zu Recht krit. Anmerkung S. Huster, JZ 2006, 466 ff.

Anfechtungsverfahren ein weiteres, rechtlich folgenloses Verfahren zur Klärung seiner Vaterschaft in Aussicht stellt⁷⁸, dann scheinen darin ja alle Dämme gebrochen, die gegen den Übergriff des Verfassungsrechts auf den Alltag des Rechtslebens einmal errichtet waren. In Zeiten unsicherer Wahrheit, von Individualisierung, Pluralisierung und Fragmentierung, vermittelt es dem Bürger aber eben auch eine Ahnung vom Wert und der Bedeutung seiner Grundrechte, zeigt ihm, dass er sich, wenn schon sonst auf nichts, zumindest auf sie verlassen kann. Das Verfassungsrecht rückt so im Ergebnis noch näher an Politik und Gesellschaft heran, deren Diskussionen es beständig dichter umhegt und anleitet.

2. Entformalisierung und Entrationalisierung des Zugriffs

Die Kosten für diese Sichtbarmachung der Verfassung in ihrer Allgemeinheit fallen bei der Entscheidung des Einzelfalls an. Diese wird zwangsläufig offener, beliebiger, das Ergebnis schwerer prognostizierbar⁷⁹. Das liegt zunächst an der neuen Beweglichkeit der äußerlich-technischen Normen, durch die die idealen und richtungsweisenden Gehalte der Verfassung hindurch vermittelt werden. In Beziehung gesetzt zu einer hinter ihnen stehenden inneren Verfassungssubstanz, von der aus sie gelesen werden, verlieren auch diese Regeln an Festigkeit, überhaupt an technisch-formaler Qualität und können in dem Maße verändert, angepasst oder neubestimmt werden, wie dies angesichts des auf sie ausstrahlenden inneren Verfassungskerns geboten erscheint. So konnte in der Vergangenheit aus einer Gleichheit "vor" dem Gesetz unter dem Leitbild eines umfassenden Gerechtigkeitsauftrags des Staates eine Gleichheit "gegenüber" dem Gesetz werden, und so können heute vor einer veränderten Deutung der Rolle der Bundesrepublik in der internationalen Gemeinschaft Auslandseinsätze der Bundeswehr gegenüber Art. 87a Abs. 2 GG mit einer Begründung legitimiert werden, die vor vierzig Jahren einhellig als dubios zurückgewiesen worden wäre⁸⁰. Die

⁷⁸ BVerfG, NJW 2007, 753; immerhin ein mindestens vierpoliges Grundrechtsverhältnis.

⁷⁹ Dies seit jeher der Grundtenor der Kritik von E. Forsthoff, in: FS C. Schmitt, 1959, 35 (50ff.); ders. (Fn. 5), 67ff., über Böckenförde (Fn. 22), 53 (61ff., 80f.), bis hin zu B. Schlink, JZ 2007, 157ff.

⁸⁰ So die zutr. Charakterisierung von BVerfGE 90, 286 durch J. Masing, Der Staat 44 (2005), 1 (1 f.); zur Kritik ferner J. Lege, DVBl. 2007, 1053 (1060). Selbst die an sich eher strikt auszulegenden Kompetenzbestimmungen sind davon nicht frei und stehen nun ebenfalls unter einem allgemeinen "Gebot sachgemäßer und funktionsgerechter Ausle-

Gründe liegen aber nicht weniger in dem geänderten Verhältnis von Rechtssatz und Einzelfall, das mit einer Verfassung, die vor allem politische Gerechtigkeitsordnung sein will, verbunden ist. Nach klassischer Lehre hat der Rechtssatz vor allem die Aufgabe, die Voraussetzungen für eine sachgerechte Entscheidung des Einzelfalles als eine im Hintergrund verbleibende Prämisse bereitzustellen⁸¹. Von einem universalisierten, idealisierten und ethisierten Verfassungsverständnis aus dient umgekehrt die Entscheidung des Einzelfalls wesentlich dazu, die Richtigkeit und die Bedeutung der grundlegenden Prämissen, also der zentralen Gerechtigkeitsvorstellungen, zu demonstrieren. Die Entscheidung des einzelnen Falles nach den Regeln der juristischen Kunst, einer eingespielten Dogmatik oder auch nur der Kontinuität einer eigenen Rechtsprechung wird dadurch eine Sache von untergeordneter Wichtigkeit. So kann rechtliche Bindung fallweise - wie in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz - behauptet, fallweise - wie in der Entscheidung zur Bundestagsauflösung – gelockert werden, ganz wie es die Umstände erfordern⁸². Zwar muss man den Befund nicht dramatisieren: Auch das Verfassungsrecht kennt nach wie vor den einfachen, klaren Fall - die Verfassungsbeschwerde des Ouerulanten, das Gesetz, das nicht über die Ministerialverwaltung hinauskommt -, und oft helfen auch Nach- und Feinjustierungen der Dogmatik, den Entscheidungen wieder mehr Berechenbarkeit zu verleihen. Aber bisweilen nehmen solche Nachjustierungen, wie es vor allem den neuerdings diskutierten Anpassungen der Grundrechtsdogmatik vorgeworfen wird⁸³, selber bloß Verschiebungen in den maßgeblichen Leitbildern auf, wenn sie nicht überhaupt nur dazu dienen, den Zugriff zu erhöhen, ohne seine Rationalität gewährleisten zu können. Erhöhte Präsenz der Verfassung in ihrer Allgemeinheit wird so erkauft mit einem Verlust an Direktivkraft im Einzelfall. Wie in einem Brennglas eingefangen ist diese Aporie in der Zentralnorm des Grund-

gung", vgl. BVerfGE 36, 193 (209); w.N. aus der Lit. bei *P. Lerche*, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 1, 333 (354).

⁸¹ Klassischer Text: H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 73 ff.; s. ferner K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 250 ff., 271 ff.

⁸² BVerfGE 114, 121 – Bundestagsauflösung, dazu etwa die Kritik bei C. Pestalozza, NJW 2005, 2817 ff. ("Art. 68 GG light"); 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz; s. dazu unten Fn. 86.

⁸³ So vor allem W. Kahl, Der Staat 43 (2004), 167 ff.; ders., AöR 131 (2006), 579 (580 f.), zu den Erwägungen von W. Hoffmann-Riem, in: M. Bäuerle u.a. (Hg.), Haben wir wirklich Recht, 2003, 53 (59 ff., 71 ff.); dessen Erwiderung in Der Staat 43 (2004), 203 ff.; zuvor bereits E.-W. Böckenförde, Der Staat 42 (2003), 165 ff. Nüchtern-abwägend etwa D. Murswiek, Der Staat 45 (2005), 473 ff.; gerade die Verknüpfung mit dem neuen Leitbild des Gewährleistungsstaats analysiert R. Martins, DÖV 2007, 456 ff.

gesetzes, der Menschenwürdegarantie, die heute die beiden Seelen der Verfassung in ihrer Brust vereinigen muss. In den fünfziger und bis weit in die sechziger Jahre hinein war sie im wesentlichen nur anspruchsvolles, an moralische und auch religiöse Traditionsbestände anknüpfendes Leitbild, das als Richtschnur und Maß in die übrigen Grundrechte und die Rechtsordnung in einem allgemeinen Sinne ausstrahlte, für die Entscheidung praktischer Streitfragen aber keine Rolle spielte, gerade nicht in die "kleine Münze" umgewechselt werden sollte⁸⁴. Seitdem wird sie, wie es sich in der mehrheitlichen Bejahung ihrer Grundrechtsqualität spiegelt85, zunehmend auch als unmittelbar anwendbarer Rechtssatz genommen, der folgerichtig zu immer mehr Fragen der politischen, sozialen oder technologischen Entwicklung eine Antwort geben soll: Stammzellforschung und Sterbehilfe, Terrorismusbekämpfung und Lohndumping, Pflegeversicherung und Hartz IV, gewaltverherrlichende Computerspiele oder die zunehmende Infantilisierung des Menschen im Zeitalter des Privatfernsehens - zu all dem erhofft man sich von ihr Orientierung oder die Verteidigung bislang als sicher geglaubter Grenzverläufe. Im öffentlichen Diskurs ist die Menschenwürde damit so präsent wie nie - und noch nie war so unklar, was sie in alledem eigentlich bedeutet86.

⁸⁴ So vor allem die Konzeption G. Dürigs, vgl. ders., in: Maunz/Dürig, GG, Erstaufl., Art. 1 Rn. 4ff.; aus neuerer Zeit C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, 109ff.; Dreier (Fn. 36), Art. 1 Rn. 124ff.

⁸⁵ Statt vieler W. Höfling, in: M. Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 1 Rn. 3 ff. m.w.N. BVerfGE 115, 118 (151ff.) scheint demgegenüber, wie der Prüfungsaufbau suggeriert, wieder zur nur objektiv-rechtlichen Lesart zu tendieren; möglicherweise sollte die Frage aber vorerst nur offengelassen werden.

⁸⁶ Stellvertretend die Kontroverse um die Würde des Embryo in vitro, s. dazu mit teils extrem voneinander abweichenden Standpunkten - J. Ipsen, JZ 2001, 989 ff.; C. Starck, JZ 2002, 1065 ff.; W. Heun, JZ 2002, 517 ff.; E.-W. Böckenförde, JZ 2003, 809 ff.; H.-C. Dederer, AöR 127 (2003), 1 ff.; Dreier (Fn. 36), Art. 1 Rn. 81 ff. Auch in bislang als geklärt geltenden Fragen wie der Rettungsfolter wird der Konsens brüchig; für deren Zulässigkeit etwa W. Brugger, Der Staat 35 (1996), 67ff.; R. Herzberg, JZ 2005, 321 ff.; V. Erb, NStZ 2005, 593 ff. Die Entscheidung zu § 14 Abs. 3 LuftSiG - BVerfGE 115, 118 (151 ff.) - versucht insofern eine Sicherheit wiederherzustellen, die weder vor noch nach ihr bestand, vgl. die Kritik von C. Gramm, DVBl. 2006, 653 ff.; C. Hillgruber, JZ 2007, 209 ff.; sie konnte so auch nur getroffen werden, weil das Gericht die mittlerweile entwickelten Präzisierungen und Spezifizierungen der aus sich heraus unzureichenden Objektformel beiseite und es bei der bloßen Behauptung des Verstoßes bewenden ließ. Die tieferen Gründe für die Irritationen liegen darin, dass in der Menschenwürde heute "zwei nicht kommensurable Ebenen" aufeinanderprallen, so zutr. O. Lepsius, in: Schulze-Fielitz (Fn. 21), 319 (351).

3. Zu einer neuen Beweglichkeit der Verfassung

Unter diesen Umständen muss man allerdings fragen, was von der Normativität der Verfassung als einer irgendwie im Normprogramm selbst angelegten Maßstäblichkeit überhaupt noch bleibt. Es ist die Quintessenz der bisherigen Darlegungen, dass auch sie nicht oder doch nur vordergründig in der konkret zur Anwendung gebrachten "Fallnorm"87 gesucht werden kann, sondern nur in den dirigierenden Hintergrundvorstellungen, die in dieser und durch sie vermittelt zur Geltung gebracht werden. Sie hängt dann entscheidend von der Festigkeit oder Veränderlichkeit dieser Hintergrundvorstellungen ab, also davon, ob und inwieweit diese sich gegen die jeweilige Wirklichkeit als etwas Eigenständiges, in der Sache bereits Entschiedenes behaupten oder ob sie umgekehrt sich selbst für deren Veränderungen öffnen. Der Eindruck, den sie hier bieten, ist allerdings zunächst uneinheitlich. Einerseits verfügen die Leitbilder, und zwar alle von ihnen, durchaus über einen festen, der Bewegung entzogenen Kern; obwohl abstrakt, sind sie keineswegs beliebig88. Andererseits müssen sie sich gerade wegen der Besonderheiten ihrer Wirkungsweise in höherem Grade auf die Wirklichkeit einlassen als klassische Imperative. Zudem steigt in dem Maße, in dem sie in einer je eigenen Interpretationsgeschichte mit inhaltlicher Substanz gefüllt werden, auch ihre prinzipielle Veränderlichkeit. Interpretationsgeschichten sind nicht unumkehrbar. Vor diesem Hintergrund erstaunt allerdings die Kontinuität, die einzelne von ihnen im Laufe der Zeit bewiesen haben. Vor allem das Leitbild des politischen Prozesses, das auf eine verhältnismäßig lange Interpretationsgeschichte zurückblicken kann, scheint im Vergleich zu dem, was man solchen Vorstellungen sonst nachsagt, gegen Veränderungen der politischen Wirklichkeit weitgehend resistent, fast immun zu sein: An der darin aufbewahrten Vorstellung einer diskursiven, sich in verschiedenen, aufeinander aufbauenden Schichten vollziehenden Wahrheitssuche hat das BVerfG bis heute jedenfalls fast ein halbes Jahrhundert unverändert festgehalten, und dies gegen alles, was in diesem Bereich seit jeher an Vermachtung und Verflachung real zu verzeichnen ist⁸⁹. Allerdings lässt sich auch die gegen-

⁸⁷ Der Begriff bei W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung IV, 1977, 202 ff., dort indes verstanden als Menge gleicher Sachverhalte, für die eine gemeinsame Rechtsfolge vorgesehen ist.

⁸⁸ A. Voßkuhle, AöR 119 (1994), 35 (53 f.).

⁸⁹ Zutr. beobachtet von *H. Rossen-Stadtfeld*, in: Schuppert/Bumke (Fn. 68), 169 (193 ff.). Dies gilt auch für die daraus abgeleiteten Leitbilder, etwa das Leitbild der politischen Parteien, das Leitbild der beherrschenden Rolle des Parlaments etc. Anders etwa das Leitbild des Abgeordneten, vgl. dazu zusammenfassend *H.-J. Cremer*, Anwen-

teilige Beobachtung machen und kommt es immer wieder vor, dass im Verlauf ihrer Interpretationsgeschichte auch die Leitbilder selbst, als die innere Verfassungssubstanz, an je und je veränderte Realitäten angepasst werden. Bereits auf der der politischen Meinungs- und Willensbildung komplementären, die Ausübung der Herrschaft betreffenden Seite, die dem bekannten "Ketten-" oder "Säulenmodell" der Legitimation folgt, haben sich - wie in der deswegen heftig kritisierten Lippeverbandsentscheidung - zuletzt verschiedene Lockerungen angedeutet, die dem allgemeinen Trend der Auslagerung staatlicher Entscheidungen zu folgen scheinen und den Übergang von einem ursprünglich relativ geschlossenen Modell zu einem Modell höherer Variabilität signalisieren könnten⁹⁰. Als in der Vergangenheit hochgradig offen hat sich aber vor allem das Leitbild des Bundesstaates erwiesen, innerhalb dessen, teils einem politischen Trend, teils auch entsprechenden Verfassungsänderungen folgend, das Pendel mehrfach in ganz unterschiedliche Richtungen ausgeschlagen ist, zunächst in Richtung auf latent einheitsstaatliche Vorstellungen (der "unitarische" Bundesstaat), dann zu einer allgemeinen Idee von arbeitsteiliger Zusammenarbeit (der "kooperative" Bundesstaat), seit einiger Zeit wieder zurück zu Entflechtung und Dezentralisierung (der "kompetitive" Bundesstaat), was sich dann jeweils in einer unterschiedlich großzügigen Auslegung der Kompetenzbestimmungen und Schwankungen in der Haltung zur Zulässigkeit sogenannter Mischverwaltung niedergeschlagen hat⁹¹. Auch im Grundrechtsbereich könnten die derzeit diskutierten Umstellungen von weiten auf engere Gewährleistungsbereiche Verschiebungen im relevanten Leitbild vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Individualisierung und einer zunehmenden Konflikthaftigkeit des Grundrechtsgebrauchs spiegeln⁹². Was aber ist es dann, das über Behauptung oder Anpassung, Beibehaltung

dungsorientierte Verfassungsauslegung, 2000, 53 ff., 199 ff. sowie oben III 2 zu Fn. 51; zu weiteren veränderten Leitbildern sogleich im Text.

⁹⁰ BVerfGE 107, 59 (91 ff.) - Lippeverband, dazu die Kritik von M. Jestaedt, JuS 2004, 649ff. Auch in der Lit. wird das ursprünglich starre Modell heute mehr und mehr aufgelockert, vgl. E. Pache u. T. Groß, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106 (136ff.) und 152 (171); H.-H. Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, (Fn. 69), § 6 Rn. 15 ff.

⁹¹ Zur Mischverwaltung s. zunächst BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (120): "grundgesetzliches Verbot der sog. Mischverwaltung"; abgeschwächt dann zu einem "Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung" in BVerfGE 63, 1 (40). Demgegenüber ist in der TKG-Entscheidung nun wieder die alte Formel zitiert, BVerfGE 108, 169 (182). Zur Auswirkung von veränderten Leitbildern auf die Auslegung der Kompetenzordnung s. unverhüllt C. Calliess, DÖV 1997, 889 ff.

⁹² S. die Nachweise in Fn. 83.

oder Veränderung der verschiedenen Leitbilder als der inneren Verfassungssubstanz entscheidet? Es ist offenbar nicht oder zumindest nicht in erster Linie der Grad, in dem sie sich von den politischen Realitäten entfernen. Gerade das Schichtenmodell der Willensbildung hat unter diesem Gesichtspunkt ja etwas fast schon rührend Altmodisches, vielleicht auch "Alteuropäisches", und es gehört keine große Kunst dazu, es als weltfremd zu entlarven und daran die Forderung zu knüpfen, zusammen mit ihm auch seine verschiedenen Ausformungen - wie die funktionale Deutung der Rundfunkfreiheit mit allem, was an ihr hängt - über Bord zu werfen⁹³. Aber das könnte gerade die Pointe des Leitbilds verfehlen. die in diesem Fall nicht zuletzt darin liegt, die in ihm aufbewahrte Idee auch gegen Degenerationserscheinungen lebendig zu halten, und solange das funktioniert, kann man sich vorerst darauf beschränken, neue Entwicklungen behutsam zu integrieren, wie es in diesem Zusammenhang etwa geschieht, wenn nun auch Wirtschaftswerbung in den Kreis der politisch wertvollen Meinungsäußerungen aufgenommen wird⁹⁴. Mehr als von ihrer Realitätsnähe dürfte die Stabilität der Leitbilder dann aber von der Resonanz und Akzeptanz abhängen, die sie innerhalb der Verfassungsgemeinschaft finden oder besser: noch finden. Die zahlreichen Schwankungen im Leitbild des Bundesstaates hätten ihren Grund so gesehen in einer bis heute grassierenden Orientierungslosigkeit über dessen Sinn, die Lockerungen im Modell demokratischer Legitimation nicht zuletzt in der anhaltenden Kritik daran, während die relative Konstanz im Leitbild des demokratischen Prozesses darauf zurückzuführen wäre. dass dieses als Zielvorstellung ungebrochen attraktiv ist und auch heute noch angibt, wie man sich eine funktionierende Demokratie in etwa vorstellt⁹⁵. Die Festigkeit der einzelnen Leitbilder ist dann aber nur relativ; ihren Halt und eigentlichen Geltungsgrund finden sie im Konsens der Bürger, in einer bei allen Unterschieden der individuellen Interessen und Überzeugungen gemeinsamen Vorstellung, wie das Gemeinwesen, in dem man lebt, idealer- oder vernünftigerweise beschaffen sein soll⁹⁶.

⁹³ In diesem Sinne etwa *T. Vesting*, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. 2, 219 (229 ff.); s. dagegen *H. Rossen-Stadtfeld*, in: Schuppert/Bumke (Fn. 68), 169 (194), dort auch die zitierte Kennzeichnung.

⁹⁴ BVerfGE 102, 347 (359ff.) - Schockwerbung.

⁹⁵ In der konkreten Streitentscheidung fungiert es deshalb als Legitimitätsreserve, auf die das BVerfG rekurrieren *muss*, um diese nach außen überhaupt noch vertreten zu können, so zutr. *H. Rossen-Stadtfeld*, in: Schuppert/Bumke (Fn. 68), 169 (194f.). Ansonsten trennt diese eben Sieger und Verlierer und riskiert damit die integrierende Wirkung der Verfassung, *B.-O. Bryde*, in: Vorländer (Fn. 34), 329 (330, 335 ff.).

⁹⁶ Als allgemeine Konsensabhängigkeit der Verfassung ist dies lange bekannt, statt vieler *Morlok* (Fn. 37), 96ff.; *Grimm* (Fn. 11), 300ff.; vom "Willen zur Verfassung"

Wo eine solche Vorstellung nicht mehr vorhanden ist, hört der normative Anspruch der Verfassung auf.

V. Von der Vorherrschaft der Norm zur Vorherrschaft der Wirklichkeit?

Am Ende scheinen damit alle Bemühungen, diesen Anspruch auf ganz neue, immer schwindelerregendere Höhen zu heben, von denen aus alles erfasst, alles beherrscht sein soll, nur wieder dorthin zurückzuführen, wo einst alles begonnen hat: in die erneute Unterordnung der Verfassung unter die Wirklichkeit. Zwar kann davon nun nicht mehr in dem materialistischen Sinne einer Vorherrschaft der politischen Machtverhältnisse die Rede sein, wie sie von Ferdinand Lassalle zum Ausdruck gebracht war. Es könnte aber in einem ideellen Sinne zutreffen, im Sinne einer bestimmenden Kraft der gesellschaftlichen Überzeugungen, die letztlich nur eine sublimierte Variante dieser alten Vorherrschaft wäre⁹⁷. Und was bedeutete dies in letzter Konsequenz anderes als die Vorherrschaft der je wechselnden Tageswertungen und des Zeitgeists?98 Das Verfassungsverständnis, das solche Befürchtungen nährt, ist in seiner Urfassung bereits vor rund zweihundert Jahren formuliert worden, in der Hegelschen Rechtsphilosophie, und wer wissen will, wo wir heute stehen und wo wir nicht stehen, kann sich dort noch immer orientieren. "Verfassung" ist in dieser Philosophie schon in ihrem Ausgangspunkt nichts. was von den Überzeugungen der Bürger, ihren Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen abgelöst werden kann, sie ist vielmehr mit diesen identisch, und zwar als eine durch Kultur, Sitte und Überliefe-

spricht Hesse (Fn. 6), 12 ff. Es geht aber eben auch um eine Abhängigkeit der konkreten Inhalte, in der auch P. Häberles vielbelächeltes Schlagwort von der "offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten" ihren sachlichen Grund hat; s. dazu sogleich im

⁹⁷ Auch Lassalle (Fn. 8), 480, hat dies i.ü. durchaus gesehen; zu den tatsächlichen, die Verfassung bildenden Machtverhältnissen rechnete er - "in gewissen Grenzen" - auch das "allgemeine Bewußtsein".

⁹⁸ So krit. Böckenförde (Fn 22), 51 f., 63 ff.; T. Würtenberger, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, 147 ff.; nüchtern-registrierend H. Schulze-Fielitz, AöR (1997), 122 1 (16ff.) m.w.N. Das Problem ist auch nicht schon dadurch aus der Welt, dass man auf den "unabänderlichen Kern" der Verfassung, den "Wortlaut als äußerste Schranke der Auslegung" etc. verweist. Solche Kerne mag es geben, vgl. bereits oben IV 3 zu Fn. 88, und auch der Wortlaut kann durchaus steuern, so neuerdings zutr. H. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, 2003, 219 ff., unter Hinweis auf den auch existierenden "klaren Fall"; zw. O. Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, 1988, insbes. 38ff.; R. Christensen/H. Kudlich, ARSP 2007, 128ff. Aber das Problem besteht wesentlich jenseits dieser Kerne und nicht zuletzt bei der Bestimmung von deren Grenzen.

rung geprägte Ordnung, "die Idee und das Bewusstsein des Vernünftigen, inwieweit es in einem Volke entwickelt ist". Für ihr Vorhandensein ist insofern ohne Belang, dass und ob sie irgendwo niedergeschrieben ist, in einer Urkunde oder als sonstiger Text, sie ist überhaupt "kein bloß Gemachtes", sondern "die Arbeit von Jahrhunderten", wie Hegel sagt, und nur dort hat sie Bedeutung und Wert, wo ein Volk "das Gefühl seines Rechtes und seines Zustandes" für sich ausgebildet hat⁹⁹. Die Verfassung wird so wesentlich verinnerlichte und gelebte Ordnung, sie fällt mit dem Verfassungsbewusstsein der Bürger zusammen und hat Realität nur als dieses Bewusstsein. Gerade dadurch entfaltet sie aber regulierende Kraft, und zwar eine weit stärkere, als es ein System bloß gesetzter, diesen Bürgern von einer äußeren Macht übergestülpter Zwangsregeln je könnte: Sie ermöglicht geordnet-friedliches Zusammenleben, grundiert den Gebrauch der individuellen Freiheit, vermittelt Orientierung und Sinn. In alledem gewinnt sie für Hegel eine unmittelbar sittliche Qualität, als das Gerüst und Ferment, das eine liberale, beständig von ihren zentrifugalen Tendenzen bedrohte Gesellschaft innerlich zusammenhält¹⁰⁰. Sie hat andererseits keine Normativität im üblichen Sinne, im Sinne eines von irgendwem verfügten So-soll-es-sein; sie ist Emanation eines Volks- und Zeitgeistes, mit dessen weiterer Entwicklung sie zusammenfällt: eine sich dem Strom der Zeit, dem Fortschreiten der je herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen elastisch anschmiegende Ordnung¹⁰¹. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist dann - wie es die historische Rechtsschule beispielhaft für das Zivilrecht formulierte wesentlich ein Nachzeichnen dieser Vorstellungen, als ein Hineinhorchen in Gefühl und Stimmung der Zeit, das weit mehr intuitiv als irgendwie rationalisiert oder methodengeleitet, eher geisteswissenschaftlich als juristisch ist¹⁰². Sind wir von alledem heute so weit entfernt? In dem Maße, in dem die Verfassung die grundlegenden Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen der Bürger in sich aufnimmt, erscheint ja nun

⁹⁹ G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, in: Werke, Bd. 7, hrsgg. von E. Moldenhauer/K. M. Michel, 1986, § 274 Zusatz (Hervorhebung nur hier).

¹⁰⁰ Ebd., §§ 257, 260, 265.

¹⁰¹ Vgl. die berühmte Vorrede, ebd., 11 ff.: "Was vernünftig ist, das ist wirklich, was wirklich ist, das ist vernünftig"; Hegels eigene Auffassung charakterisiert als "weit davon entfernt, einen Staat" – und damit auch dessen Rechtsordnung – "zu zeichnen, wie er sein soll".

¹⁰² Klassischer Text: F.C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, in: J. Stern (Hg.), Thibaut und Savigny, Neudr. 1959, 69 (75 ff.).

auch diese selbst immer mehr als verbindende geistige Orientierung, die einzige, die noch verblieben ist, nachdem andere Orientierungen dieser Art brüchig geworden sind. Sie wird aber in demselben Maße auch von den Wandlungen dieser Vorstellungen abhängig, und wenn, wie wir aus Berichten ehemaliger Präsidenten wissen, auch das BVerfG, gefangen von der von ihm selbst formulierten Integrationsaufgabe, seine Entscheidungen in einer Art von vorauseilendem Gehorsam auch auf ihre mögliche Akzeptanz auszurichten versucht, zeigt das, bis zu welchem Grade die Anpassung gehen kann¹⁰³. Bindung als inhaltliche Bindung verdankt sich dann aber notwendig einer paradoxen und aus sich heraus prekären Konstruktion¹⁰⁴. Sie kann gerade nur resultieren aus der Verknüpfung der Verfassung mit den real vorhandenen Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen der Gemeinschaft, also daraus, dass es gelungen ist, diese in den geschriebenen Text zu projizieren, so dass sie darin nunmehr symbolisch verkörpert erscheinen¹⁰⁵. Dadurch wird der Verfassung als normativer Form von allen Seiten Verbindlichkeit zugeschrieben, während über ihren konkreten Inhalt in jeder Anwendung neu verhandelt wird. Die Form fungiert dann zugleich als Speicher für in der Vergangenheit entwickelte Ordnungsvorstellungen, als Gefäß einer Tradition und Geltungsgeschichte, die in Präjudizien, Überlieferungen und Sinngebungen in jeder Anwendung präsent ist¹⁰⁶. Der Interpret kann sich davon auch nicht beliebig lösen. Zwar üben vergangene Deutungen über ihn keine Autorität aus, weil sie ihn nicht zur Rechenschaft ziehen können, und er kann sich bei einem Wandel der jeweiligen Ordnungsvorstellungen auch gegen sie entscheiden. Die Autorität über ihn wird aber, wie man in Anlehnung an einige neuere Überlegungen des amerikanischen Pragmatismus formulieren kann, von einer imaginären Zukunft wahrgenommen, in der die von ihm gewählte Lesart ihrerseits

¹⁰³ E. Benda, DÖV 1983, 305 (306f.); J. Limbach, "Im Namen des Volkes", 1999, 165 (176ff.); dazu klassisch bereits B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process, 1921, 168.

¹⁰⁴ Es handelt sich letztlich um das alte Problem der Rechtsgeltung, das hier in einer speziell auf die Verfassung bezogenen Form wiederkehrt, sich für diese aber in Ermangelung eines gesicherten Sanktionsapparats noch verschärft. Überlegungen dazu bei H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, 24ff., 53ff.

¹⁰⁵ Vgl. Vorländer (Fn. 34), 21; ders., in: G. Melville/H. Vorländer (Hg.), Geltungsgeschichten: Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen, 2002, 243 (258f.).

¹⁰⁶ Zur bindenden Wirkung von Präjudizien grundlegend M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 164ff.; empirische Beobachtungen bei S. Schäller, in: Vorländer (Fn. 3), 205 ff. Zur Bindung an den erreichten Stand der Verfassungsinterpretation T. Würtenberger, in: FS A. Hollerbach, 2001, 223 (236f.): Interpretation als "Diskurs mit der Tradition der Verfassungsauslegung".

Gültigkeit beanspruchen will¹⁰⁷. Neuorientierungen müssen deshalb gegenüber früheren Lesarten gerechtfertigt und vor einer Zukunft, in der sie als vergangene Orientierungen erscheinen, verteidigt werden. Bindung im Sinne inhaltlicher Bindung besteht dann durchaus, aber wesentlich als eine Bindung durch gemeinsame Übung; sie ist fundiert in einer als solcher etablierten wechselseitigen Anerkennungsstruktur, die aus der Vergangenheit lebt, aber in die Zukunft hinein gedacht ist und aus der niemand an einer einzelnen Stelle ausbrechen kann, ohne zugleich das Ganze in Frage zu stellen¹⁰⁸.

VI. Suchbild Verfassung

Vom Mythos der Verfassung als einer wie in Stein gemeißelten, unverfügbaren Ordnung bleibt aber damit nur noch die relative Festigkeit einer "sich selbst steuernden und stabilisierenden sozialen Praxis"109 zurück. Im übrigen gilt für sie, was am Ende für jeden Text gilt: Die Autorität des Autors geht, ohne dass dagegen viel auszurichten wäre, in dem Augenblick, in dem er den Text aus seiner Sphäre entlässt, über auf die Autorität des Lesers, d.h. der je geschichtlich-aktuellen Interpretations- und Deutungsgemeinschaft¹¹⁰. Diese versteht den Text von einem vorgefundenen Überlieferungszusammenhang aus, legt ihn sich für ihre Situation neu zurecht, sucht in ihm Antworten auf die Fragen, die sie hier und jetzt bewegen. Die Arbeit mit der Verfassung erscheint so als ein von Generation zu Generation fortgesponnener Interpretationsund Erzählungszusammenhang, die Verfassung selbst als Ausgangspunkt eines gemeinsamen, in seinem weiteren Fortgang durchaus ungewissen Projekts¹¹¹. In diesem Projekt sind auch die Verfassungsgerichte

¹⁰⁷ R. Brandom, DZPhil 47 (1999), 355 (376ff.), dort gerade in Auseinandersetzung mit Hegel. Ausführlicher ders., Making it Explicit, 1994; dt. Expressive Vernunft, 2000, 35ff., 122 ff., 219 ff.

¹⁰⁸ R. Brandom, DZPhil 47 (1999), 353 (376). Zu weitgehend deshalb die These von B. Schlink, JZ 2007, 157 (161), das BVerfG habe sich mittlerweile von jeder Bindung, auch der Selbstbindung befreit; eine solche Befreiung existiert nur in der Theorie.

¹⁰⁹ J. Liptow, Regel und Interpretation, 2004, 220.

¹¹⁰ Die klassischen Texte in dem Reader von F. Jannidis u.a. (Hg.), Texte zur Theorie der Autorschaft, 2000, dort etwa R. Barthes, Der Tod des Autors, 185 ff., M. Foucault, Was ist ein Autor?, 198 ff. Das Vertrauen in die Bindungsfähigkeit von Texten hat nicht zuletzt der Dekonstruktivismus erschüttert, vgl. dazu – speziell bezogen auf das Recht – J. Derrida, Gesetzeskraft, 1991, 43 ff.

¹¹¹ Vgl. B. Ackerman, Yale Law Journal 89 (1989) 453 (477): die (US-)Verfassung als "historically rooted tradition of theory and practice – an evolving language of politics through which Americans have learned to talk to one another in the course of the cen-

und die Staatsrechtswissenschaft nur ein Akteur unter vielen, zunehmend anfällig für die Kritik, die auch andere Akteure auf sich ziehen, und nicht selten auch anfällig für deren Irrtümer¹¹². Zugleich lässt sich beobachten, wie dieses Projekt über nationale Grenzen hinausgreift, man sich für mögliche Lösungen in anderen Rechtsordnungen vergewissert, so wie sich diese auch in unserer Rechtsordnung vergewissern¹¹³. Vor allem in der Anwendung der Grundrechte hat dies unter dem institutionellen Dach des Europa- und Völkerrechts mittlerweile dazu geführt, dass die jeweiligen Ergebnisse einander über alle Unterschiede der Textformulierung hinweg in der Dogmatik, aber auch in den Inhalten immer ähnlicher werden¹¹⁴. In der Folge ist es ein für allemal ausgeschlossen, in den Grundrechten noch wie zu Weimarer Zeiten bloß ein "nationales" System zu sehen, ein "System gerade der Deutschen", durch das sie "sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen"115. Statt dessen werden sie zunehmend zur Grundlage dessen, was verschiedene Gesellschaften auch über nationale Grenzen hinweg verbindet. Die Verfassung als Ausgangspunkt dieses Projekts selbst nimmt über alldem statt einer Sicherheit stärker die Züge eines Suchbilds an. Es ist das Suchbild einer Gesellschaft, die auf der Suche nach ihrer verlorenen Einheit ist und sie zuletzt in wenig mehr finden kann als dieser immer vergeblichen Suche.

turies-long struggle over the national identity"; s. hierzulande P. Häberles Deutung der Verfassung als "öffentlicher Prozess", vgl. ders. (Fn. 23), insbes. 63ff., 121ff.; ferner Denninger (Fn. 56), 29; H. Schulze-Fielitz, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, 385 (410);

¹¹² Zur Rolle des BVerfG bereits I. Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Instrument gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1986; zur zunehmenden Kritikanfälligkeit als neuer Normalität H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1 (25f.).

¹¹³ Zu dieser Aufnahme der rechtsvergleichenden Perspektive P. Häberle, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992; K.-P. Sommermann, DÖV 1999, 1017 ff.; M. Herdegen, JZ 2004, 873 (878).

¹¹⁴ Vgl. W. Kahl, AöR 131 (2006), 579 (585 ff.); umfassend P. Häberle, in: Merten/Papier, HdGR I, § 7. In Europa geht egalisierende Wirkung vor allem von der EMRK und der Rspr. des EGMR aus, literarisch von neuen Gattungen wie dem "Konkordanzkommentar", vgl. R. Grote/T. Marauhn, Konkordanzkommentar zum deutschen und europäischen Grundrechtsschutz, 2006. Zu Angleichungen über die Grundrechte hinaus H. Bauer, JBI 2000, 750ff.; T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess, 2003; B.-O. Bryde, Der Staat 42 (2003), 61 ff. Zur Globalisierung eines ethisch-idealistischen (wertbezogenen etc.) Verfassungsverständnisses als solchem M. Herdegen, JZ 2004 873 (877); umfassend Rensmann (Fn. 35), 215 ff., 243 ff. 266 ff., jeweils mit Hinweis auf die markante Ausnahme der Vereinigten Staaten, s. aber auch dort die Ansätze etwa bei Dworkin (Fn. 61).

¹¹⁵ Smend (Fn. 14), 264.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit

I. Mythos Verfassung

(1) Der Verfassung werden heute, zumal in Deutschland, fast religiöse Qualitäten zugeschrieben. Im Allgemeinen wird aber ihre Prägekraft für die Entwicklung eines Gemeinwesens eher überschätzt. Die Frage ist jeweils, ob es die Wirklichkeit ist, die stärker von der Verfassung, oder die Verfassung, die stärker von der Wirklichkeit beeinflusst wird.

II. Von der Vorherrschaft der Wirklichkeit zur Vorherrschaft der Norm?

(2) Die Antwort hängt von der näheren Analyse ihres normativen Anspruchs ab. Dieser greift über den bloß formalen Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht hinaus und bezieht sich auf ihre sachliche Einwirkung auf die unterliegende Wirklichkeit. In Deutschland wies dies dieser Anspruch anfänglich drei Besonderheiten auf: Er war – jeweils stärker als in anderen Ländern – eher (1.) status-quo-fixiert statt dynamisch, (2.) negativ-limitierend statt positiv-dirigierend, (3.) äußerlich-rechtlich statt geistigethisch gedacht.

III. Der normative Anspruch des heutigen Verfassungsrechts

(3) Der normative Anspruch einer Verfassung ist insoweit wesentlich das Resultat einer Zuschreibung. Für das Grundgesetz lassen sich im Laufe der Zeit mehrere charakteristische Veränderungen feststellen, durch die es selber in seinem Wesen verändert worden ist.

1. Dynamisierung und Universalisierung des Anspruchs

(4) In einem logisch ersten Schritt ist der Anspruch von einem einseitig auf Bewahrung des Gründungskonsenses bezogenen zu einem dynamischen

und entwicklungsoffenen Anspruch umgestaltet worden, wie es sich etwa in der grundsätzlichen Anerkennung des Verfassungswandels spiegelt. Darauf aufsetzend sind die Verfassungsbindungen in alle Bereiche und in alle Richtungen des staatlichen Lebens verbreitert worden. Zentrale Bedeutung hat dabei die Umdeutung der Grundrechte zu staatlichen Handlungsaufträgen und Maßstäben, die in die gesamte Rechtsordnung ausstrahlen.

2. Idealisierung und Ethisierung des Anspruchs

(5) Nach innen entspricht dieser Entwicklung eine allmähliche Ablösung der Verfassung von ihrem Text und die Rückführung auf einen dahinter liegenden geistigen Gehalt. Hinzu tritt eine Ethisierung, die ursprünglich im Begriff der Wertordnung aufgehoben war, davon aber mittlerweile gelöst und selbsttragend geworden ist. Im Laufe der Zeit sind die idealen und ethischen Gehalte zu verschiedenen Leitbildern - des demokratischen Prozesses, der Parteien, der Grundrechte etc. – verdichtet und mit inhaltlicher Substanz gefüllt worden.

3. Zu einem neuen Geltungssinn von Verfassung

(6) Im Ergebnis beansprucht die Verfassung damit nicht mehr nur wie vordem äußerlich-rechtliche, sondern auch geistig-ethische Geltung und schließt in diesem Sinne einen Anspruch auf innere Anerkennung durch die Bürger ein. Zugleich differenziert sie sich intern gleichsam in zwei Kreise aus: in einen äußeren Kreis technisch-instrumenteller Normen und einen inneren Kreis, in dem die zentralen Leitbilder und Ordnungsideen aufbewahrt sind. Sie wird dadurch politische Gerechtigkeitsordnung einer sozialen Gemeinschaft.

IV. Die Einwirkung des heutigen Verfassungsrechts auf die politische Wirklichkeit

(7) Auch die Frage nach der Durchsetzung des normativen Anspruchs muss dann vor allem auf die Wirksamkeit der inneren Verfassungssubstanz, also der zentralen, inhaltlich anspruchsvollen Leit- und Ordnungsideen, bezogen werden.

Abstrahierung und Intensivierung des Zugriffs

(8) Entsprechend ihrer Eigenart bringen sich die Ordnungs- und Leitideen in die Wirklichkeit vor allem in Form von Impulsen und Anstößen ein, die in bestimmten herausgehobenen Momenten des politischen Lebens symbolisch bekräftigt werden. Die Einwirkung als solche wird dadurch abstrakter. Dies erhöht zunächst die Leistungs- und Steuerungsfähigkeit der Verfassung insgesamt, insofern diese nun auch zu eher subkutanen Veränderungen der Wirklichkeit Kontakt halten kann. Parallel nimmt aber auch die Intensität des Zugriffs zu.

2. Entformalisierung und Entrationalisierung des Zugriffs

(9) Die Kosten fallen bei der Entscheidung des einzelnen Falles an, die beliebiger und schwerer prognostizierbar wird. Auch die – nach wie vor die Grundlagen der Falllösung bildenden – äußerlich-technischen Normen der Verfassung werden in dem Maße variabler und offener, in dem sie zu dem hinter ihnen stehenden Leitbild in Beziehung gesetzt und von ihm aus ausgelegt werden. Durch Nach- und Feinjustierungen der Dogmatik können diese Folgen nur teilweise aufgefangen werden.

3. Zu einer neuen Beweglichkeit der Verfassung

(10) Die Normativität der Verfassung hängt unter diesen Prämissen im Wesentlichen davon ab, ob sich ihre zentralen Ordnungs- und Leitideen gegen die Wirklichkeit als eigener Maßstab behaupten oder sich umgekehrt für deren Veränderungen öffnen. In ihrer bisherigen Interpretationsgeschichte haben sie sich von unterschiedlicher Festigkeit erwiesen. Maßgeblich ist letztlich der Konsens der je aktuellen Verfassungsgemeinschaft.

V. Von der Vorherrschaft der Norm zur Vorherrschaft der Wirklichkeit?

(11) Die Verfassung wird auf diese Weise mit den grundlegenden Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen der Bürger verschränkt und so anstelle von älteren Gemeinsamkeiten zunehmend zur inneren Klammer der
Gesellschaft. Andererseits wird sie verstärkt auch von den Wandlungen dieser Vorstellungen abhängig. Bindung erzeugt sich unter diesen Umständen
wesentlich aus einer gemeinsamen Praxis im Sinne einer wechselseitigen Anerkennungsstruktur, über die auch die Vergangenheit Autorität über die Gegenwart ausübt.

VI. Suchbild Verfassung

(12) Die Arbeit mit der Verfassung erscheint so im Ergebnis als ein von Generation zu Generation fortgesponnener Interpretations- und Erzählungszusammenhang, die Verfassung selbst als Ausgangspunkt eines in seinem Fortgang noch unbestimmten Projekts.

3. Aussprache und Schlussworte

Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit

Pieroth: Als der Vorstand die beiden Referenten ausgewählt hat, war er sich bewusst, dass zwei kontrastreiche Referate zu erwarten waren. Er konnte natürlich nicht wissen, wie gegensätzlich sie ausfallen würden. Zwischendurch befiehl mich gar ein ketzerischer Gedanke. Herr Volkmann hat von der Entrationalisierung des Zugriffs des Verfassungsrechts auf die politische Wirklichkeit gesprochen und dies mit Beispielen aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts belegt. Haben wir hier etwa eine Entrationalisierung des Zugriffs der Staatsrechtslehre auf das Verfassungsrecht erlebt? Ich habe mich natürlich gleich damit beruhigt, dass die Staatsrechtslehrervereinigung auf der Suche nach der Einheit ihres Gegenstands gerade diese beiden Referenten zusammengespannt hat.

Isensee: Herr Vorsitzender, Sie haben die Diskussion vorab auf ein Ergebnis hingeführt, wenn Sie einen Widerspruch zwischen beiden Referaten feststellten. Ich meine, ein solcher Widerspruch besteht nur auf den ersten Blick. Hier treffen nicht These und Antithese aufeinander. Vielmehr bewegen sich die Referate auf unterschiedlichen Ebenen. Vom ersten zum zweiten vollzieht sich eine metabasis eis allo genos. Der erste Referent leistet Arbeit am Recht, der zweite beobachtet die Arbeit am Recht.

Der Unterschied wird deutlich am Exempel des Verfassungswandels. Der Beobachter stellt den Verfassungswandel dar als Phänomen der allgemeinen Rechts- und Verfassungsentwicklung. Doch der Rechtsanwender hat keine Befugnis, den Verfassungswandel zu betreiben. Sein Auftrag lautet, die identische Norm auf wechselnde Sachverhalte richtig anzuwenden und so ihren kontinuierlichen Geltungsanspruch zu realisieren. Diese Aufgabe obliegt der Verfassungsdogmatik, jene der Verfassungstheorie. Die Dogmatik ist der Part Herrn Hillgrubers, die Theorie der Part Herrn Volkmanns.

Die Dogmatik ist Zweig der praktischen Rechtswissenschaft, als solcher verbunden der praktischen Rechtsanwendung, wie sie das Bundesverfassungsgericht ausübt.

Ihre Sichtweise ist die Binnenperspektive der Rechtsordnung. Dagegen betrachtet die Verfassungstheorie das Verfassungsrecht von außen und von oben. Gewissermaßen aus der Wolkenhöhe Hegels. Das Recht erscheint als eine Potenz in Wechselwirkung mit anderen Potenzen, als Bestandteil des objektiven Geistes, im Fluß der historischen Entwicklung. Hier waltet letztendlich Harmonie. Rechtliche Entscheidungen erledigen sich: denn sie werden nur da nötig, wo sich hart im Raume die Sachen stoßen. In der Sicht Vollkmanns verschwinden die juristischen Probleme, mit denen Herr Hillgruber zu kämpfen hat: die Abgrenzungen und Grenzüberschreitungen von Recht und Politik. Denn wo alles im Fluß ist, gibt es keine Abgrenzungsprobleme. Die Verfassungstheorie kann mit guten Gründen die Verfassung in der Sphäre des objektiven Geistes verorten. Doch sie darf sich darin nicht erschöpfen. Der objektive Geist kondensiert zu objektiviertem Geist und verfestigt sich zu Verfassungsrecht. Als solches erlangt er Konsistenz, Dauer und Normativität. So kommt denn am Ende die praktische Jurisprudenz doch wieder zum Zuge. Die Sichtweisen der beiden Referate sind also nicht inkompatibel. Sie ergänzen einander.

Häberle: Wir haben zwei teils ungemein kontrastreiche, teils brillante Referate erlebt. Beeindruckt hat mich an Herrn Hillgruber, wie er kritisch abgerechnet hat mit der verfassungswidrigen Praxis der beteiligten Verfassungsorgane zu Art. 68 Grundgesetz (Bundestagsauflösung 2005). Fasziniert hat mich bei Herrn Volkmann die schöne neue Metapher vom "Suchbild Verfassung". Ich glaube, das sollte und wird Schule machen. Erlauben Sie zunächst eine kleine, ins Persönliche gehende Vorbemerkung und danach zwei Grundsatzfragen. An diesem Ort, hier auf diesem Universitätsgrund, ereignete sich 1955 und 1961 Besonderes. Konrad Hesse hat seine Antrittsvorlesung gehalten: "Die normative Kraft der Verfassung" - von Ihnen teilweise vorausgesetzt - gegen die "normative Kraft des Faktischen", und Horst Ehmke hat seine ebenfalls klassischen Prinzipien der Verfassungsinterpretation entwickelt. Beides habe ich als Student bzw. Assistent miterlebt. Hesses Vorlesung gilt nach Roman Herzog als Begründung der "Freiburger Schule". - Die erste Grundsatzfrage ist inspiriert durch den Begriff "kontrafaktisch" - wohl von Herrn Hillgruber gebraucht. Wir erleben, sofern wir erfahrungswissenschaftlich arbeiten, zwei aufregende Beispiele für faktisch greifende Verfassunggebung einerseits, für kontrafaktische Verfassunggebung andererseits. Beim deutschen Wiedervereinigungsauftrag des Grundgesetzes haben Sie überzeugend geschildert, wie vierzig Jahre später der Verfassungstext eingelöst, "erfüllt" wurde - die für mich glücklichste Stunde in unserer deutschen Geschichte. Jetzt aber ein Gegenbeispiel: Die neue

Verfassung von Serbien hat in ihrer Präambel 2006 festgelegt, dass das Kosovo integrierter Bestandteil der Verfassung Serbiens bleibt. Doch ist diese Kontroverse seit Jahren europäisiert und internationalisiert (Stichwort UN-Protektorat, vielleicht sogar Unabhängigkeit von Serbien im Rahmen der EU). Diese Bemerkung ist das einzige kritische Monitum meinerseits gegenüber den beiden Referenten. Sie hätten die europäische Wirklichkeit und ihre normierende Rolle sowie die völkerrechtliche Wirklichkeit da und dort noch stärker einbeziehen können. Dies geschieht vielleicht morgen. - Zweiter Punkt: Thema Verfassungsinterpretation. 1966 entzündete sich zwischen dem Kollegen Hans H. Klein und mir ein heftiger Streit, neuerdings begrüßt er mich freundlich: Er wandte sich energisch gegen meinen Begriff der "wirklichkeitsorientierten Verfassungsinterpretation". Dazu hier und heute nur ein Wort. Sie wurde jüngst gerade nicht eingelöst von unserem Bundesverfassungsgericht – die anwesenden Verfassungsrichter mögen bitte nachsichtig sein. Ich meine das fragwürdige Rundfunkgebührenurteil, das nicht empirisch arbeitet. Diese Entscheidung verkennt, dass das öffentlich-rechtliche Fernsehen heute nicht mehr die kulturelle "Grundversorgung" im Sinne von Konrad Hesse leistet, ein Begriff, der jetzt in Art. 12 Verf. Thüringen auf Verfassungsstufe normiert ist. Wer einmal, wie emeritierte Professoren, die nötige Zeit hat, den gesamten öffentlich-rechtlichen Rundfunk durchzusehen, findet nur noch endlose, teure Fußballspiele, Serien, abundante, nichtssagende Talkshows und anderen Unsinn. Die Selbstkommerzialisierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist leider heute Wirklichkeit - gegen das Grundgesetz (Ausnahme: 3sat und arte sowie manche Dritte Programme)!

Kirchhof, P.: Als ich heute Morgen zu unserer Tagung gegangen bin, hatte ich die Sorge, wir könnten zwei weitere Methodenlehren geboten bekommen, die das Verfassungsrecht zu überlagern drohen. Nun haben wir ein feuriges Plädoyer für eine historische, sprachdisziplinierte, entpersönlichte Verfassung gehört, der sich die verhalten formulierte Erwartung eines in gleiche Richtung weisenden Verfassungsverständnisses anschloss. Dafür bin ich dankbar, das ist großartig.

Doch möchte ich zwei Punkte gegenüber den Referaten, denen ich in vielen Feststellung und Beobachtungen zustimmen kann, hervorheben:

1. Jede Verfassungsnorm ist interpretationsbedürftig und interpretationsfähig. Wenn ich den von Herrn Volkmann eher beiläufig erwähnten Art. 22 GG: "Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold." aufnehmen darf, so bitte ich meine Studenten in der Staatsrechtsvorlesung stets, den Inhalt dieser Vorschrift einmal aufs Papier zu malen. Die Studenten überlegen dann, ob die Flagge längs oder

quergestreift ist, suchen sich historisch zu erinnern, ob das schwarz nach oben oder nach unten gehört. Manche Zukunftsgestalter malen die Flagge nicht in drei parallelen Geraden, sondern geben ihr einen künstlerischen Schwung, um diesem Verfassungsstaat neue Lebendigkeit zu vermitteln. Forensische Begabungen malen eine schwarz-goldene Flagge mit roter Kordel oder eine rot-goldene Flagge mit schwarzem Stander. Dieses erlaubt der Wortlaut, nicht die Geschichte. Auch die vermeintlich einfache Verfassungsbestimmung gewinnt erst durch Deutung ihren Inhalt.

2. Vor allem aber möchte ich noch deutlicher, als es insbesondere in dem Referat von Herrn Hillgruber geschehen ist, bewusst machen, dass die tatsächliche Anfrage an das Recht ganz wesentlich die Antwort des Rechts bestimmt. Herr Volkmann hat auf die beim Bundesverfassungsgericht anhängige Frage der Gleichheitskonformität der Pendlerpauschale verwiesen. Dabei geht es um die Beurteilung. ob die Fahrt des Arbeitnehmers zwischen seinem Zuhause und seinem Arbeitsort beruflich oder privat veranlasst ist. Der Deutsche fährt von zuhause zu seiner Erwerbsstätte und zurück - er will die Voraussetzungen des Erwerbs schaffen -: der Aufwand ist offensichtlich beruflich veranlasst und deswegen absetzbar. Der Amerikaner hingegen fährt von seiner Erwerbsstätte nachhause und zurück - er will seine Familie sehen -: dieser Aufwand ist offenkundig privat veranlasst, nicht absetzbar. Die Entscheidung hängt also, wie oft bei Gleichheitsfragen, im wesentlichen von der Realitätsermittlung und der Wirklichkeitssicht ab.

Ähnliches gilt für die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz. Dort hat das Bundesverfassungsgericht mit hohem Ethos den Schutz der Menschenwürde für jeden der entrechteten, hilflosen, der Staatsgewalt ausgelieferten bedrohten Menschen eingefordert. Die Entscheidung hängt nun aber davon ab, ob sich der Blick im wesentlichen auf die Menschen in dem von den Terroristen geführten Flugzeug richtet oder aber auf die Menschen in dem durch das Flugzeug bedrohten Hochhaus, für die der Staat in seinem Schutzauftrag für Leib und Leben gleichermaßen Verantwortung trägt. Blicken wir lediglich auf die Flugzeuginsassen, müssen wir diese retten, selbstverständlich auch dann, wenn es nur noch um zehn Minuten bis zum Aufprall des Flugzeuges auf das Hochhaus geht. Beziehen wir die im Hochhaus bedrohten Menschen mit in die Beurteilung ein, tritt die Unterscheidung von Recht und Unrecht, der rechtswidrige Angriff in das Blickfeld, auch der präventive Rechtsschutz, der den potentiellen Terroristen jedenfalls nicht zusichert, dass der deutsche Verfassungsstaat bei einem Angriff in Deutschland mit verfassungsrechtlicher Verlässlichkeit untätig bleibt. Auch die tatsächliche Schwierigkeit, die Gefährlichkeit des Angriffs einzuschätzen, die Mitbetroffenheit Unschuldiger festzustellen und die Risiken einer Gegenwehr abzuwägen, weist auf einen Rechtsentscheid, der wesentlich vom Tatsächlichen bestimmt ist.

Der Hinweis auf die Möglichkeit einer Verfassungsänderung löst unser Problem oft nicht. Als in der Somalia- Entscheidung das Bundesverfassungsgericht vor der Frage stand, ob der deutsche Verfassungsstaat an der Entwicklung der internationalen kollektiven Sicherheitssysteme teilnehmen darf, schien die Bundesregierung an diesem Problem fast zu zerbrechen; eine verfassungsändernde Mehrheit im deutschen Bundestag war ausgeschlossen. Dennoch steht der Richter vor der Aufgabe, unseren Verfassungsstaat weiterhin in diesem System kollektiver Sicherheit zu verankern oder ihn aus verfassungsrechtlichen Gründen aus diesem System herauszunehmen. Ich stelle die Frage, welche Entscheidung Sie, meine Damen und Herren, damals mit Ihrer Unterschrift unter dieses Urteil mitgetragen hätten.

Und bei der Entscheidung über den Einigungsvertrag musste das Bundesverfassungsgericht entscheiden, ob das deutsche Grundgesetz durch einen Vertrag mit einer auswärtigen Gewalt - der DDR - geändert werden darf, oder ob das Gericht den Gesetzgeber durch einstweilige Anordnung hindern soll, dem Einigungsvertrag zuzustimmen, und damit den Wiedervereinigungsprozess zu gefährden. Kein Richter täte sich leicht, die Verfassungsänderung unter Mitwirkung einer fremden Staatsgewalt anzuerkennen. Ebenso aber täte sich kein Richter leicht, als dritte Gewalt den Wiedervereinigungsprozess aufzuhalten. Wir hatten glücklicherweise die Möglichkeit, unsere Entscheidung auf das Wiedervereinigungsgebot des Art. 23 II GG a.F. zu stützen, eine Vorschrift, die just durch die einigungsbedingte Änderung des Grundgesetzes entfallen ist, also keinen Präzedenzfall für die Zukunft mehr bietet. Doch auch bei dieser Lösung steht das Gericht wieder elementar vor der Aufgabe, die tatsächliche Anfrage an das Verfassungsrecht realitätsgerecht zu verstehen. Der Richter ist an die Verfassung gebunden, die diese Wirklichkeit aufnimmt und gestaltet.

Meyer: Herr Kirchhof, Sie wären besser der Verfassung gefolgt. Irgendwann wäre sie schon geändert worden, um Auslandseinsätze möglich zu machen.

Herr Hillgruber, Sie schreiben in These 3, dass das Recht mit der Wirklichkeit nur etwas zu tun hat oder von ihr beeinflusst werden kann, wenn und soweit es dies selbst vorsieht oder anordnet. Ich halte das für Unfug und ich will Ihnen auch ein Beispiel nennen, bei dem Sie mir hoffentlich zustimmen, dass die These nicht richtig sein kann. Als 1990 das

Wahlgesetz für das vereinte Deutschland anstand, haben die etablierten Westparteien gesagt, dass machen wir ganz einfach. Wir erstrecken die 5-%-Klausel auf das ganze Gebiet. Die Konsequenz wäre gewesen, dass sämtliche kleinere Parteien in Ostdeutschland überhaupt nicht in den Bundestag hätten kommen können und selbst bei der PDS wäre es zweifelhaft gewesen. Ein großer Teil der Bevölkerung wäre also nicht repräsentiert worden. Mit unserer Rechtsprechung zur 5-%-Klausel, nämlich Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments, hatte das gar nichts zu tun. Gleichwohl hat das Gericht gesagt, das geht nicht. Nach ihrer Meinung hätte das Gericht sich nicht auf die Wirklichkeit beziehen dürfen. Es wäre katastrophal gewesen, wenn das Gericht so verfahren wäre.

Was die Vertrauensfrage angeht so hätte es einen Verfassungswandel gegeben, wenn es nicht die Organstreitfähigkeit einzelner Abgeordneter gegeben hätte. Er hätte darin bestanden, dass die Vertrauensfrage mit dem Ziel der Auflösung verfassungsgemäß hätte gestellt werden können, wenn alle Fraktionen des Parlaments zustimmten. Und ich frage mich auch, was gegen eine solche Interpretation des Art. 68 spräche. Ich habe gegen die erste Auflösung große Einwände gehabt und auch schriftlich niedergelegt, aber nach dem ersten Urteil war die zweite Entscheidung nicht mehr aufzuhalten.

Das Desaster bei der Abtreibungsfrage beruht darauf, dass der zweite Senat einen Kompromiss mit sich selbst geschlossen hat, nämlich die Fundamentalisten mit den Pragmatikern. Es ist aber ganz schlecht, wenn das Gericht einen Kompromiss mit sich selbst schließt, statt Mehrheits- und Minderheitsmeinungen darzulegen. Wahrscheinlich wären wir dann nicht in der Situation, in der wir heute sind. Was schließlich das Verhältnis von Verfassung und Politik angeht: je mehr wir die Verfassung aufladen, umso mehr neigt die Politik zu Umgehungen. Und Sie glauben nicht, wie viel Umgehungsmöglichkeiten es gibt.

von Arnim: Unser Thema hat zwei Pole: den normativen Anspruch der Verfassung und die politische Wirklichkeit. Was die politische Wirklichkeit anlangt, hätte ich eigentlich von den beiden Referenten erwartet, dass sie die für die Ermittlung dieser Wirklichkeit zuständigen Wissenschaften, also vor allen Dingen die Politikwissenschaft und die Neue politische Ökonomik, mit heranziehen. Davon habe ich nichts gehört. Wenn wir das aber tun, ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen beiden Polen und die Frage, ob und wie wir dieses Spannungsverhältnis auflösen können. Ein zentrales Element des normativen Anspruchs des Grundgesetzes ist das Gebot gemeinwohlorientierten Verhaltens der Amtsträger. Das heißt, eine gemeinnützige im Gegensatz zur eigennützigen Haltung. Wie aber, wenn uns Politikwissenschaft und politische Ökonomik übereinstimmend darlegen, dass wir diese gemeinnützige Haltung von Politikern, auch wenn sie ein Amt innehaben, typischerweise nicht erwarten können, sondern dass sie ihrem Interesse an Macht, Posten, Status und Geld im Zweifelsfall Vorrang geben? Genau das sagen uns wichtige Zweige der Politikwissenschaft und der politischen Ökonomik.

Wenn es zutrifft, daß die politische Wirklichkeit tatsächlich so ist, könnte sich das politische Kräftespiel dennoch im Sinne akzeptabler Kompromisse in etwa ausgleichen, falls man auf den politischen Wettbewerb vertrauen könnte. Funktionierender Wettbewerb setzt aber eine adäquate Rahmenordnung voraus. Genau wie in der Wirtschaft der Wettbewerb der Unternehmen in eine Rahmenordnung eingebettet sein muß, damit er funktioniert, verlangt auch der politische Wettbewerb eine solche Rahmenordnung. Wer macht aber die Rahmenordnung für den politischen Wettbewerb? Wer gestaltet die so genannten Regeln des Machterwerbs und Machterhalts? Sind das nicht in Wahrheit die Berufspolitiker in den politischen Parteien selbst? Bilden sie, wie politikwissenschaftliche und politikökonomische Untersuchungen darlegen, nicht eine parteiübergreifende politische Klasse und politische Kartelle? Beides, politische Klasse und politische Kartelle, werden in der Politikwissenschaft seit etwa 15 Jahren intensivst diskutiert. Meine Frage an die Referenten: Warum haben Sie das nicht mit herangezogen? Darf man das, wenn das Thema "politische Wirklichkeit" lautet, einfach übergehen? Sie hätten die politikwissenschaftlichen Darlegungen ja kritisieren und im Ergebnis ablehnen können, aber müssten Sie sich nicht zumindest damit auseinandersetzen?

Das Ergebnis jener Untersuchungen ist, dass die politische Klasse sich die Regeln des Machterwerbs und des Machterhalts selbst parteiübergreifend gibt. Mitten im Staat an den Schalthebeln der Macht sitzend, kann sie Gesetze, öffentlicher Haushalte und, kraft ihrer parteiübergreifenden Mehrheiten, auch die Verfassung gestalten - in ihrem Sinne. Solche Regeln des Machterwerbs sind z.B. das Wahlrecht, die formalen und informalen Regeln über die Ernennung von anderen Amtsträgern, die Politikfinanzierung und die Gestaltung des föderalistischen Systems. Hier entscheidet die politische Klasse in eigener Sache. Die Folge ist eine Verzerrung dieser strategischen Schlüsselregeln unserer Demokratie. Lassen Sie mich nur drei Beispiele nennen: (1) Das Parlamentswahl ist pervertiert. Die Abgeordneten werden nicht mehr unmittelbar vom Volk gewählt, wie das Grundgesetz dies vorschreibt, sondern von den Parteien bestimmt. Es fehlt deshalb an der Verantwortlichkeit der Abgeordneten gegenüber ihren scheinbaren Wählern. (2) Öffentliche Bediensteten werden - im Widerspruch zum Grundgesetz - in großem Umfang nach Parteibuch statt nach ihrer Oualifikation ernannt. Das gilt auch für Mitglieder von Einrichtungen, die die Parteipolitik eigentlich kontrollieren sollten. (3) Im bundesdeutschen Föderalismus hat sich "organisierte Unverantwortlichkeit" breit gemacht. Ich habe diese Fragen an anderer Stelle ausführlich dargestellt.

Die Konsequenz ist eine große Diskrepanz zwischen den normativen Ansprüchen unseres Grundgesetzes und der politischen Wirklichkeit. Damit stellt sich - wenn wir die Verfassungswirklichkeit nicht schlicht als "normativ uninteressant" übergehen, wenn die Staatsrechtslehre sich nicht damit bescheiden will, "im normativen Gehäuse ihr Wesen zu treiben" - die Frage, wie sich das Verfassungsrecht vielleicht dennoch durchsetzen lässt.

Zu diesem Zweck ist es meines Erachtens erforderlich, der politischen Klasse, die dabei in hohem Maß befangen ist, die alleinige Herrschaft über die Regeln des Machterwerbs und Machterhalts zu entziehen. Wir brauchen eine wirksame demokratische Kontrollinstanz. Und warum sollte dafür nicht zuförderst der demokratische Souverän selbst in Betracht kommen? Wir sollten deshalb, bezogen auf die Regeln des Machterwerbs, Volksbegehren und Volksentscheid in Erwägung ziehen. Nicht unbedingt, bezogen auf irgendwelche schrecklich komplizierten Dinge wie Gesundheitsreform etc., wo der Bürger kaum durchblickt. Wenn es aber um das Wahlrecht und andere Regeln des Machterwerbs geht, weiß der Bürger oder ist ihm jedenfalls relativ leicht nahe zu bringen, worum es geht. Daraus könnte die erforderliche Kontrolle der politischen Klasse resultieren, so daß eine gute Chance bestünde, die Wirklichkeit in Richtung auf die Verfassungsnorm "hochzuziehen".

Schneider, H.-P.: Durch beide Referate reich belehrt, haben sich bei mir dennoch mehr Fragen als Antworten ergeben. Herr Hillgruber, es geht Ihnen ja eigentlich nicht um das Spannungsverhältnis von normativem Anspruch der Verfassung und politischer Wirklichkeit. Es geht wenn ich das richtig verstanden habe - in Ihrer These 7 um die Wirklichkeit der Norm. Das heißt, um deren faktische Wirksamkeit. Daraus ergibt sich für mich die Frage, ob in einem System, wo wir eine Instanz haben, die verbindlich über den Inhalt der Norm entscheidet, nämlich das Bundesverfassungsgericht, nicht das gilt, was der ehemalige Präsident des US Supreme Court, Charles Evans Hughes, einmal in die Worte gefasst hat: "We are under a constitution, but the constitution is, what the judges say it is". Ich will Ihnen dafür ein Beispiel geben. Die Auslegung des Art. 68 GG im letzten Auflösungsurteil wird zweifellos von Dauer sein und hat damit zugleich die Norm materiell irreversibel verändert, weil danach niemand mehr irgendeinem Abgeordneten raten

kann, künftig noch gegen die Auflösungsanordnung eines Bundespräsidenten mit Aussicht auf Erfolg nach Karlsruhe zu gehen. Folglich ist somit autoritativ und verbindlich festgestellt, welchen Inhalt Art. 68 GG für alle Zukunft hat. Dies ist sozusagen jetzt die Wirklichkeit der Norm. Meine Frage ist nun: Woher gewinnen Sie eigentlich die Maßstäbe, um dem Bundesverfassungsgericht in Ihren drei Beispielsfällen vorhalten zu können, den Inhalt der Norm verkannt oder verfehlt zu haben? Ich hatte den Eindruck, dass Sie dabei vor allem auf die Entstehungsgeschichte abstellen. Sie haben ja mehrfach den Parlamentarischen Rat zitiert. Das ist die gleiche Methode, die bekanntlich der US Supreme Court anwendet, wenn es um den "original intent" geht. Das kann man machen. Meine Frage ist nur: Wenn man einen Verfassungswandel ablehnt, wie das Bundesverfassungsgericht das ja immer getan hat, verändert sich durch die Entscheidungen des Gerichts dann nicht letztlich doch auch der Inhalt der Verfassung? Mit der Folge, dass wir eigentlich da, wo Konrad Hesse aufgehört hat in seiner damaligen Freiburger Antrittsvorlesung über "Die normative Kraft der Verfassung" auch heute noch stehen bleiben müssen, nämlich bei dem Appell an die Verfassungsarbeiter, Verfassungsinterpreten und vor allem an das Verfassungsgericht, den "Willen zur Verfassung" zu bewahren, zu stärken und durchzusetzen.

Dreier, H.: Aus Zeitgründen möchte ich mich ganz auf Herrn Hillgruber konzentrieren, dem ich im Ausgangspunkt durchaus folgen kann. Ich verstehe seine ersten Thesen so, dass das Recht eine Art von geronnener Politik ist, also Produkt der verschiedenen gesellschaftlichen Interessen. Das Verfassungsrecht ist dann eben das Produkt eines besonders herausgehobenen politischen Prozesses und gewinnt daraus seine Legitimität und seine Maßstabsfunktion für den normalen politischen Prozess. Die Verfassung ist der Maßstab, das Feste, sie verkörpert das Moment des Stetigen, ist Legitimation und zugleich Limitation des politischen Prozesses. Rationalisierung des politischen Prozesses nennen wir das gern. Das rückt natürlich die Frage ins Zentrum, woraus legitimiert sich denn eigentlich dieser scheinbar rechtstechnische Vorrang der Verfassung, der aber eben nicht in bloßer Rechtstechnizität aufgeht. Antwort: Aus der Formel - manche sagen: aus dem Mythos - von der verfassunggebenden Gewalt, von der auch in der Präambel des Grundgesetzes die Rede ist. Sie haben darauf angespielt und in diesem Zusammenhang von einer "Fiktion" gesprochen. Ich glaube, das klingt ein bisschen zu dramatisch. Erstens können wir in Bezug auf das Grundgesetz seit Jahrzehnten keinen wirklichen Legitimitätszweifel mehr erheben. Und zweitens: schaut man in die Geschichte zurück, so muss man sagen, das war 1787 in Philadelphia und

1789 in Paris auch nicht viel anders. Auch dort gab es – anders als bei den Nationalversammlungen in Weimar oder in der Paulskirche - keinen sauberen juristischen Grund- und Legitimationsakt, sondern beides waren Selbstermächtigungen der entsprechenden Versammlungen. die historisch erfolgreich waren.

Jetzt mein zweiter Punkt. Es gibt zweifelsohne Spannungslagen zwischen beiden Autoren, aber ich glaube, es gibt auch eine Spannungslage innerhalb der Thesen von Herrn Hillgruber. In These 3, die ich ein bisschen freundlicher interpretiere als Herr Meyer, sehe ich zunächst die Aussage, dass jede rechtliche Norm gewissermaßen etwas Kontrafaktisches hat, aus der Wirklichkeit eine gewissse Selektion vornimmt und diese Wirklichkeit bewertet. Viel mehr ist es nicht. Aber wie verträgt sich das dann mit den Thesen zu den Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch? Die Grundlage dafür ist doch, dass in den Regelungen der § 218a ff. StGB genau das geschehen ist, was in der These 3 steht. Hier wird eine gewisse normative Selektion vorgenommen, eine bestimmte Situation wird bestimmten rechtlichen Regelungen unterworfen. Hier wird nicht die Normativität von irgendeiner Wirklichkeit überwältigt, sondern wir haben bestimmte Rechtsnormen, die wir dann am übergeordneten Verfassungsrecht prüfen. Die daraus entstehenden Probleme darauf hat Herr Meyer schon hingewiesen - sind sozusagen eher rechtsinterner Natur. Und wenn Sie ietzt dazu sagen. Sie kennen den wahren und richtigen Maßstab, dann würde ich auf eine weitere Spannungslage hinweisen, nämlich zu These 22. Wenn Sie Ihre These 22 ernst nehmen. dann würde ich gerne wissen, woher Sie die klaren Maßstäbe, deren Existenz Sie in bezug auf das ungeborene Leben behaupten, eigentlich aus der historischen Genese gewinnen wollen. Gerade da finden Sie nämlich sehr wenig, was Ihre Position stützen könnte. Und was das Bundesverfassungsgericht angeht: es hat in der Entscheidung zwar von der Rechtswidrigkeit des Abbruchs gesprochen, ihn dann aber in nahezu allen Konfliktfällen als rechtmäßig behandelt. Es hat zwar vom Lebensund Würdeschutz von Anfang an gesprochen, tatsächlich aber ein Stufenmodell des vorgeburtlichen Lebensschutzes gutgeheißen, wie es im StGB angelegt war und ist. Also bei der Problematik des Schwangerschaftsabbruches sehe ich überhaupt keine Überwältigung der Normativität durch die Wirklichkeit, sondern eine rechtsinterne Stufung von Verfassungsrecht und einfachem Recht.

Murswiek: Ich möchte als erstes nachdrücklich Herrn Isensee zustimmen. Auch ich sehe die Referate in einem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung. - Das Referat von Herrn Volkmann beschreibt die Wirklichkeit der Rechtsanwendung und kommt zu dem Ergebnis, dass die grundlegenden Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen der Bürger doch weitgehend das bestimmen, was die Verfassung ausmacht. Herr Volkmann, Sie sprechen von Verschränkung, also irgendeiner Wechselwirkung, aber die Weiterentwicklung gehe von diesen Gerechtigkeitsvorstellungen aus; da fehlt mir bei dieser doch wohl etwas idealistischen Perspektive eine weitere Ebene der Wirklichkeit: Wie kommt denn ein Wandel in den Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen der Bürger zustande? Da spielen doch wohl die Einflüsse der Massenmedien eine ganz große, vielleicht entscheidende Rolle; und wenn das so ist, wenn also die Verfassungsentwicklung von daher maßgebend geprägt ist, dann haben wir in unserem ganzen System einen zusätzlichen Akteur, der über eine entscheidende Machtposition verfügt, mächtiger noch als das Bundesverfassungsgericht, das ja diese Vorstellungen alle nur nachvollzieht, und dann stellt sich aus der klassischen normativen Verfassungsperspektive natürlich wiederum die Frage nach Kontrolle, Machtbalance und so weiter. Das wirft also neue Fragen auf, mit denen sich dann auch die Staatsrechtswissenschaft zu beschäftigen hätte. Das wäre meine Bemerkung zu Ihrem Referat.

Ich möchte noch eine Ergänzung zu einer Frage machen, die in keinem der beiden Referate angeklungen ist, zur Frage nach den Ursachen von Diskrepanzen zwischen Wirklichkeit und Normativität. Wenn es Defizite gibt in der Umsetzung der Verfassung, dann liegt das häufig oder meistens daran, dass es keine wirksame gerichtliche Kontrolle gibt. Dabei gibt es eine Problematik, die sich am Beispiel des Art. 33 Abs. 2 GG gut zeigen lässt, der das Verbot der Ämterpatronage enthält. Wir wissen alle, in der Praxis funktioniert das nicht. Warum nicht? Warum findet bei der Besetzung von Ämtern in der Ministerialbürokratie Parteibuchpatronage statt? Weil es keine wirksame Kontrolle gibt. Die Gerichte entscheiden immer nur den Einzelfall, und in jedem Einzelfall mag es Gründe dafür geben, gerade einen Bewerber zu nehmen, der zufällig ein bestimmtes Parteibuch hat. Aber statistisch lässt sich eindeutig zeigen, dass in bestimmten Bundesländern Missbrauch betrieben wird, weil die größte Zahl der Ministerialbeamten das Parteibuch der entsprechenden Regierungspartei hat. Das Problem, das sich hier stellt, ist: Wie können wir solche Entwicklungen, die nur statistisch, aber nicht im vom Gericht zu kontrollierenden Einzelfall in Erscheinung treten, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen und so die Durchsetzung des Verfassungsrechts ermöglichen?

Engel: Herr Hillgruber hat uns ein verführerisch einfaches Bild gezeichnet. Ich denke, wir sollten der Verführung nicht erliegen. Zwei Unterschiede, die zentral für die Beurteilung unseres Gegenstands sind, ge-

hen verloren. Das eine ist von Herrn Isensee schon angesprochen worden. Aber ich habe Ihr Referat anders gehört als Herr Isensee. Herr Isensee hat gesagt, es gibt den Unterschied - den Hart entwickelt hat zwischen dem Juristen als Akteur, also dem Dogmatiker, und dem Juristen als wissenschaftlichen Beobachter. Mir scheint, Sie haben beide Positionen eingenommen, ohne uns zu sagen, wann Sie wie argumentieren. Aus dogmatisch vollkommen richtigen Argumenten haben Sie die Forderung abgeleitet, dass das auch verfassungspolitisch alles nicht sein darf. Dieser Schluss bedarf aber der Begründung.

Auch eine zweite Unterscheidung ist verloren gegangen. Man kann Ihre Position auf zwei sehr unterschiedliche Arten begründen. Sie verwenden sie beide, sagen uns aber nicht, wann wir die eine der anderen vorziehen sollen. Das eine ist die Position des Verfassungspositivismus. Dann hängt es allein am Geltungsakt. Er besteht darin, dass irgendwann einmal ein Verfassungstext in die Welt gekommen ist. Daran sind wir gebunden. Wie passt das aber zu der Tatsache, dass unsere Verfassung so wenig Respekt vor dem Gesetzgeber hat wie keine zuvor? Die andere Begründung ist wissenschaftstheoretisch. Sie haben gesagt: wir arbeiten ohnehin nur mit konstruierter Wirklichkeit. Da bin ich gern bei Ihnen. Nur: wenn Sie dieses Programm ernst nehmen, sind Sie bei Dworkin. Dann kommt es ausschließlich auf die Konsistenz der Sätze an. Eine strikt konstruktivistische Theorie will die Wirklichkeit gar nicht mehr zur Kenntnis nehmen will. Ist das wirklich Ihr Programm?

Gröschner: Angeregt durch Herrn Volkmanns Hinweis auf die Hegelsche Philosophie des sittlichen Staates und noch zusätzlich animiert durch Herrn Isensee, der von der "Wolkenhöhe Hegels" gesprochen hat, möchte ich den Begriff betonen, der in dieser Philosophie die zentrale Rolle spielt: der Begriff der Freiheit. Er ist wie jeder Grundbegriff Hegels ein dialektischer Begriff, der nur verständlich wird, wenn man seine drei Merkmale - Recht, Moralität und Sittlichkeit - nicht als isolierbare "Elemente" voneinander trennt, sondern als "Momente" begreift, die in einem inneren Verweisungszusammenhang zueinander stehen. Die Freiheit, die durch das abstrakte Recht verwirklicht werden kann, gehört selbstverständlich zum Hegelschen Freiheitsbegriff, aber sie ist eben nur ein Moment der ganzen Freiheit. Und auch ihr zweites Moment, die moralische Selbstbestimmung - durchaus im Sinne der kantischen Autonomie als Selbstgesetzgebungsfähigkeit interpretierbar -, macht nicht das Ganze der Freiheit aus. Um zu diesem Ganzen zu gelangen, müssen alle seine Momente typisch hegelisch "aufgehoben" sein im "politischen Staat" (so Hegels alteuropäische Begriffsbildung), der dann die ganze, rechtliche, moralische und sittliche Freiheit in seinen Institutionen wirklich werden lässt. Das wäre mein Zugang gewesen zur Verbindung der unterschiedlichen Ansätze unserer beiden Referenten, die man schlagwortartig Dogmatisierung im Erstbericht und Ethisierung im Zweitbericht nennen könnte. Wir brauchen beides. Insofern stimme ich Herrn Isensee zu, dass man die beiden Referate dialektisch aufeinander beziehen sollte: Wir brauchen klare Aussagen zu verfehlten Entwicklungen der Dogmatik; wir brauchen aber ebenso die Reflexion darüber, was unsere Dogmatik des "abstrakten Rechts" im Hegelschen Sinne beitragen kann zu einer gelingenden Verfassungswirklichkeit. Hegels Spott über das "abstrakte Denken" der Ungebildeten sollte uns Verfassungsrechtlern Verpflichtung sein, nicht in der "Wolkenhöhe" abstrakter Rechtsbegriffe zu verbleiben, sondern in Freiheitsfragen konkret zu werden.

Mager: Ich fand im Gegensatz der beiden Vorträge lag die große Faszination diese Vormittags: Ich habe Herr Hillgruber hat nach meinem Eindruck aus der Überzeugung heraus gesprochen, dass die Verfassung auf alle Fragen Antworten gibt. Herr Volkmann hat demgegenüber die Verfassung als Suchbild bezeichnet. Das verstehe ich nicht in der Weise, dass die Suche sich auf die Verfassung selbst bezieht, sondern dass in der sich wandelnden Wirklichkeit immer aufs Neue die der Verfassung gemäße Ordnung gesucht wird. Die Verfassung gibt dieser Suche die Richtung vor. Ich glaube, beide Auffassungen haben ihren Anwendungsbereich, je unterschiedlich nach Norm und Fall. Die Verfassung kann durchaus eindeutige Antworten geben; es gibt aber eben auch Fälle, bei denen wir uns am Ende eingestehen müssen, dass die Verfassung eben nicht auf alle Fragen, die an sie aus der Wirklichkeit herangetragen werden, auch gleich eine Antwort parat hat. Die Konflikte zwischen der Forschungsfreiheit und der Menschenwürde in ihrer objektivrechtlichen Bedeutung seien hier nur kurz benannt. Dennoch ist die Verfassung aber auch in diesen Bereichen weder wertlos noch unverbindlich, vielmehr liegt ihr Wert dann darin, dass sie aus geschichtlicher Erfahrung heraus ein spezifisches Problembewusstsein virulent hält. Sie gibt vor, in Bezug worauf die sich wandelnde Wirklichkeit überhaupt befragt und auf Gerechtigkeitsaspekte hin untersucht werden muss. Wenn zumindest ein gemeinsames Verständnis darüber besteht, wo überhaupt die Probleme liegen, ist eine Auseinandersetzung möglich und damit ist schon sehr viel erreicht. Darauf beschränkt sich die rechtliche Verbindlichkeit der Verfassung in unklaren Fällen jedoch nicht, sondern sie stellt darüber hinaus auch ganz spezifische Begründungsanforderungen in Bezug auf diese virulent gehaltenen Probleme, und das scheint mir ein Wert an sich, den ich gerne hervorheben wollte.

Nettesheim: Es macht wohl den Reichtum unserer heutigen Zusammenkunft aus, daß sich die beiden Referenten der Fragestellung aus grundsätzlich unterschiedlicher Perspektive gestellt haben. Herr Hillgruber hat - wissenschaftssoziologisch gesprochen - die Teilnehmerperspektive gewählt und unter Zugrundelegung des ihm eigenen methodischen Grundverständnisses Verfassungsinterpretation betrieben. Herr Volkmann hat hingegen die Beobachterperspektive gewählt und uns in einer präzisen und umsichtigen Tour d'Horizont das schwierige und spannungsreiche Verhältnis zwischen verfassungsrechtlicher Normativität und politischer Faktizität aufgewiesen. So unterschiedlich die beiden Ansätze auch sind, so sehr ergänzen sie sich doch in ihrer kontrastreichen Gegensätzlichkeit. Es geht hier nicht um richtig oder falsch. sondern um Fragen der Zweckmäßigkeit. Die von Herrn Volkmann gewählte Beobachterperspektive erweist sich auch dann als wissenschaftlich wertvoll, wenn sie mit dem Verzicht auf normative Stellungnahme einher kommt. Man wird sehen müssen, wie sich die Mitglieder unserer Vereinigung in ihrer wissenschaftlichen Arbeit dieser Richtungsentscheidung stellen. In den USA jedenfalls ist das ja schon seit längerem prägende Interesse an der Beobachterperspektive teilweise in reinen Empirismus umgeschlagen.

Zu beiden Referaten ließe sich viel sagen. Ich will mich auf wenige Bemerkungen beschränken. Herr Hillgruber hat meisterhaft einige jener Legitimationsansätze und -figuren vorgeführt, denen sich der Verfassungsinterpret bedienen kann, um seine unvermeidlich konstruktiven Bemühungen als bloßen Nachvollzug fremder Entscheidungen erscheinen zu lassen. Der von ihm vertretene Anspruch, daß die Verfassungsinterpretation letztlich nur den "fremden Willen des Volkes" zum Leben bringt, dass sie in der hermeneutischen Feststellung und Verteidigung des bereits Vorfindlichen gegen die unbändige, dynamische und auf Ablösung drängende Wirklichkeit aufgeht, immunisiert den Verfassungsinterpreten. Wer dem Referat von Herrn Hillgruber genau zugehört hat. wird allerdings auf eine Reihe von Begründungsansätzen und Gedankengängen gestoßen sein, die zur Frage Anlaß geben, ob der Anspruch auf (Selbst-)Legitimation durch hermeneutische Ermittlung des Volkswillens wirklich eingelöst und durchgehalten wird. Um nur ein Beispiel zu nennen: Wenn man konsequent wäre, müßte man dort, wo sich nicht mit hinreichender Gewißheit Entscheidungen des "Volkswillens" nachweisen lassen, dem politischen Prozeß Raum geben. Herr Hillgruber will statt dessen hier in unvermittelter Weise der Verfassungsgerichtsbarkeit Raum für Abwägungsentscheidungen eröffnen. Mir blieb unklar, wie sich diese Kompetenzzuweisung unter Zugrundelegung des gewählten Grundansatzes legitimiert und wie sie methodisch beherrscht wird.

Mir schien es, als ob sich durch das Referat ein Bruch zwischen zwei eigentlich inkompatiblen methodischen Ansätzen zieht.

Die Beobachtungen von Herrn Volkmann geben Anlaß zu folgenden Überlegungen. Seine Feststellungen werfen für mich in bemerkenswerter Schärfe die Frage nach der Rolle einer Verfassungsrechtswissenschaft auf, die sich nicht mit der bloßen Kommentierung und Besprechung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und verfassungspolitischer Entwicklungen begnügen will. Der Glaube an die verstetigende, rationalisierende und bindende Kraft der Dogmatik erfährt auf dem Hintergrund der Beobachtungen im Referat von Herrn Volkmann eine erhebliche Erschütterung. Vielleicht ist der dogmatische Reichtum, den die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft insbesondere im Grundrechtsbereich (unter teils bewundernder, teils verwunderter Teilnahme ausländischer Beobachter) erzeugt hat, nicht nur Gewinn, sondern birgt in seinem Kern auch schon eine selbstzerstörerische Beliebigkeit in sich? Wir haben etwa mit der "Versozialstaatlichung" der Verfassung durch die Kreation verfassungsrechtlicher Leistungsansprüche erlebt, wie sich Verfassungsrechtsprechung und -wissenschaft geschmeidig dem gesellschaftlichen Wunsch nach materieller Sicherheit anpaßten. Auch im Bereich der europäischen Integration vollzieht die Dogmatik nach, hat aber letztlich kaum anleitende Kraft. Manches spricht für die Annahme, daß sich in dieser Flexibilität, ja vielleicht auch Weichheit, ein verfassungstheoretisches Vakuum verbirgt. Eine Verfassungsrechtswissenschaft, denen ein theoretisches Fundament fehlt, kommt letztlich nicht umhin, lediglich gesellschaftliche Wirklichkeit in dogmatische Figuren umzuformen und dann anzuwenden. Derartige theoretische Fragen sind im Kreise dieser Vereinigung immer wieder diskutiert worden, in den letzten Jahrzehnten aber in den Hintergrund getreten. In den USA hingegen werden sie mit aller Kraft behandelt. Auf die Frage danach, wofür Rechte gegenüber dem politischen Prozeß gewährt werden und welche Rolle eine aristokratische Institution wie das Bundesverfassungsgericht gegenüber einem demokratischen Gesetzgeber spielt, versucht man dort immer wieder und immer neue Antworten zu geben. Gewiß, das will ich hier betonen, sind dies keine neuen Fragen, und gewiß wird man zu abschließenden Antworten nicht kommen. Mit Blick auf die gesellschaftlichen Herausforderungen, vor denen wir im Prozeß der Individualisierung und Pluralisierung stehen, würde ich es mir erhoffen, daß wir den Versuch unternehmen, Anschluß zu gewinnen. Vor dem Hintergrund der Beschreibungen von Herrn Volkmann sehe ich hierin die Zukunft.

Scherzberg: Für mich liegen beide Vorträge nicht nur auf unterschiedlichen Theorieebenen – zwischen ihnen liegen auch einige Jahrzehnte

hermeneutischen und wissenschaftstheoretischen Bemühens. Ich darf zunächst auf einige Widersprüche hinweisen, die mir im Vortrag von Herrn Hillgruber aufgefallen sind. Herr Hillgruber, Sie haben ziemlich zu Beginn Ihrer Ausführungen gesagt, die Verfassung wolle die Wirklichkeit gestalten. Dem kann ich uneingeschränkt zustimmen. Aber gleichzeitig behaupten Sie, die außerrechtliche Wirklichkeit müsse bei ihrer Auslegung außen vor bleiben. Wie soll eine Verfassung aber wirksam die Wirklichkeit gestalten, wenn diese Wirklichkeit bei ihrer Auslegung keine Rolle spielen darf? Umgekehrt wird doch ein Schuh daraus: weil die Verfassung die Wirklichkeit gestalten soll, muß ihr Interpret Normtext und Wirklichkeit korrelieren. Ein zweiter Punkt: Sie unterscheiden in These 6 und 7 grundlegend zwischen der abstrakten Auslegung der Verfassung und ihrer konkreten Anwendung im Einzelfall und verbinden dies mit unterschiedlichen Deutungs- bzw. Anwendungsregeln. Das scheint mir schon aus logischen Gründen nicht vertretbar. Die abstrakte Auslegung stellt doch nichts anderes als eine Abstraktion von Einzelfällen dar, die man dabei im Blick hat, und ist damit kein grundsätzliches aliud gegenüber der konkreten Anwendung. Es geht deshalb auch logisch nicht zusammen, bei dem einen Vorgang die Wirklichkeit auszublenden und bei dem anderen die Wirklichkeit zu integrieren. Ein dritter, noch grundlegenderer Punkt: An Ihrer Darstellung der Abtreibungsproblematik zeigt sich, dass Sie, Herr Hillgruber, von der Annahme ausgehen, dass die Verfassung stets ein bestimmtes Auslegungsergebnis als sicher richtig hergibt - zugleich zeigt gerade dieses Beispiel aber, wie wenig eine solche Annahme zutrifft. Wo steht denn im Grundgesetz, dass das ungeborene Leben schon direkt nach der Nidation den vollen Schutz des Lebens unterliegt? Und wo steht, wie weit die grundrechtlichen Schutzpflichten dabei letztlich reichen? Sie können sich bei Ihrem Verfassungsverständnis jedenfalls nicht auf den von Ihnen beschworenen historischen Gesetzgeber berufen und auch die herrschende Dogmatik, da bin ich ganz bei Herrn Volkmann mit seinem Hinweis auf den Konsens der Verfassungsgemeinschaft, bietet derzeit nur Erkenntnisse zu Schutzpflichten und Untermaßverbot, die Ihre Folgerung gerade nicht tragen. Am Beispiel der Abtreibung zeigt sich gut das Dilemma, vor dem wir bei der Verfassungsauslegung stehen. Es besteht darin, dass die Verfassung einerseits, wie Sie zu Recht sagen, ein bestimmtes Auslegungsergebnis fordert, sie es aber andererseits in den meisten Fällen eben nicht bietet. Der Text bietet es uns nicht, und der von Ihnen beschworene historische Verfassungsgeber aus den verschiedensten, in der Methodenlehre breit erörterten Gründen auch nicht. Der Text steuert nach allen Erkenntnissen der Hermeneutik eben nicht seine eigene Auslegung. Diese Feststellung ist heute unhintergehbar. Deshalb ist Verfassungsauslegung auch nicht so statisch, wie Sie meinen. Würde die Rechtswissenschaft entsprechende Befunde der Hermeneutik und des kritischen Rationalismus bei ihrer Arbeit außer Acht lassen, würde sie sich in das Abseits der wissenschaftstheoretischen Isolation begeben. Einer solchen Tendenz möchte ich hier und heute energisch widersprechen.

Calliess: Ich wollte mich kurz auf zwei zentrale Thesen von Herrn Volkmann beziehen. Ich fand Ihre verfassungstheoretische Analyse interessant und anregend, aber es bleibt bei mir so ein unbestimmtes Gefühl, das sich bei Ihnen das Verfassungsrecht verstanden als "Recht" in Wohlgefallen auflöst und das beunruhigt mich. Sie schreiben in These 12, die Verfassung reduziere sich auf einen Zielzusammenhang, wenn ich das richtig verstehe, die Verfassung wird zu einem reinen Ausgangspunkt eines in seinem Fortgang noch unbestimmten Projekts. Ein unbestimmtes dynamisches Projekt? Das kommt mir aus dem Europarecht bekannt vor. Und bei aller Sympathie für Anleihen aus dem Europarecht, hiermit kann doch nicht die Funktion unserer Verfassung beschrieben werden. Denn unsere Verfassung soll doch die Funktion einer rechtlichen Rahmenordnung haben. Sie soll insoweit verlässliche Eckdaten für die politische Gestaltung bestimmter Lebensbereiche vorgeben. Sie haben das in Ihrem Vortrag ja auch geschildert und anhand der Leitbilder dann genauer analysiert. Diese Leitbilder mögen im Wandel begriffen sein, aber es gibt - und darüber diskutieren wir ia als Verfassungsrechtler auch ausdauernd - unverrückbare Begriffe und Ecknormen der Verfassung, die einen rechtlichen Rahmen um die politische Wirklichkeit ziehen und dieser bewusst Grenzen ziehen. Ansonsten wäre doch die wesentliche Funktion der Verfassung verloren. Ich sehe bei Ihnen daher eine "Gefahr des Grenzenlosen". Denn wenn sich die Funktion der Verfassung als rechtlicher Rahmenordnung auflöst, wir also praktisch die Verfassung nicht mehr als rechtlichen Argumentationsrahmen anführen können, sondern die Verfassung einem gesellschaftlichen Prozess, der Verfassungsgemeinschaft, überantwortet wird, dann können wir doch nicht mehr von Verfassungsrecht sprechen, Insoweit hätte ich noch gerne einige erläuternde Anmerkungen von Ihnen.

Pieper: Ich bin mit der Erwartung hierher gekommen, dass in den Vorträgen auch die politische Wirklichkeit eine größere Rolle spielt. Herr Volkmann hat die politische Wirklichkeit in seinen Ausführungen stärker berücksichtigt. Herr Hillgruber hat ein Bild entworfen, das der Berliner Wirklichkeit meines Erachtens nicht entspricht. Ich kann nur sagen: Schön wär's, Herr Hillgruber. Die Kollegen in den Verfassungs-

ressorts hätten wahrscheinlich mehr Spaß, wenn sie mit Ihrem Anspruch der Verfassung agieren könnten. Deswegen möchte ich nur ganz profan anmerken, dass die Akteure, die die Verfassung in der politischen Wirklichkeit vertreten - über die wir ja auch gestern gesprochen haben -, große Probleme haben. Das können Sie z.B. daran festmachen. dass die politische Leitung die Verfassungsabteilung eines Ministeriums aus dem Haupthaus an einen abgelegenen Ort fünf Kilometer entfernt verbannt hat - und das zu Gunsten der Sportabteilung. Es gibt ein geflügeltes Wort unter Ministerialen für den Fall, dass ein Vorhaben verfassungsrechtlich sehr problematisch ist und trotzdem umgesetzt wird: Das ist politisch entschieden worden! Das heißt, die verfassungsrechtlichen Bedenken werden weggewischt. Befolgt wird nur das, was tatsächlich durchsetzbar ist, und das geschieht mit dem Blick nach Karlsruhe. Regelmäßig fragen Politiker: Wie wird Karlsruhe das entscheiden? Wie wird das in Karlsruhe gesehen? Der abstrakte Anspruch der Verfassung findet eigentlich wenig Beachtung in der politischen Realität. Ein Schlaglicht, von dem ich gestern gehört habe: In einem Land soll die Verfassungsabteilung eines Innenministeriums gänzlich aufgelöst worden sein. Auch das zeigt, wie es in der politischen Wirklichkeit um die Verfassung bestellt ist.

Schönberger: Ich möchte eine Anmerkung machen zum Vortrag von Herrn Volkmann. Der Vortrag hat mit der Entgegensetzung von "statisch" und "dynamisch" argumentiert. Dynamisch soll es unter dem Grundgesetz zugehen, weil wir dort die Verfassung als politische Gerechtigkeitsordnung verstehen. Statisch soll es hingegen im 19. Jahrhundert zugegangen sein, die Verfassung sei dort bloße Ratifikation existierender Verteilungslagen gewesen, gewissermaßen das "Grundbuch" des Bestehenden. Ich würde dieser These widersprechen; ich glaube, es verhält sich genau umgekehrt. Im 19. Jahrhundert war die Verfassung selbst dynamisch oder ermöglichte jedenfalls die Dynamik der Entwicklung des einfachen Rechts. Die Grundrechte hatten eine programmatische, dirigierende, zukunftsweisende Funktion. Der Vorrang der Verfassung war noch kaum entwickelt, ihre Änderung war vergleichsweise leicht; das zeigt etwa die Reichsverfassung von 1871, auf die Sie hingewiesen haben. Das Bild der Verfassung war damals also durchaus dynamisch und auf den politischen Prozess hin orientiert. Umgekehrt würde ich sagen, dass das Bild der Verfassung unter dem Grundgesetz statisch geworden ist. Wir haben jetzt die Verfassung als umfassende Gerechtigkeitsordnung, wie Sie sie uns hier vorgestellt haben, und sie wird dadurch sozusagen petrifiziert. Die gesamte Rechtsordnung wird durch verfassungsrechtliche Leitbilder durchdrungen und damit gerade statisch gemacht, der Veränderung erst einmal entzogen. Das ist doch ein ganz merkwürdiger Befund. Eine vermeintlich dynamische Verfassung versteinert große Teile der Rechtsordnung. Hier kommt aus meiner Sicht ein Aspekt ins Spiel, der in Ihrem Referat kaum eine Rolle gespielt hat, nämlich die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Institution leistet jetzt zweierlei: Zum einen petrifiziert sie notwendigerweise permanent die Rechtsordnung durch eine ausgreifende materielle Verfassungsinterpretation; zum anderen muss sie diese versteinerte Rechtsordnung dann auch wieder für Veränderung öffnen, indem sie die Verfassungsinterpretation weiterentwickelt. Das ist die merkwürdige Mischung, die wir unter dem Grundgesetz vorfinden. Sie ist gerade das Resultat eines materiell aufgeladenden statischen Verfassungsrechts, und dieses Verfassungsrecht scheint mir sehr viel weniger offen für Entwicklungsdynamik zu sein als dasjenige der konstitutionellen Epoche.

Hoffmann-Riem: Ich habe mich gemeldet, weil der Beitrag von Herrn Hillgruber veröffentlicht werden wird und zwar auch seine Aussagen zu der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz. Als Verfassungsrichter werde ich nicht öffentlich auf Kritik an eigenen gerichtlichen Entscheidungen reagieren, allenfalls durch Nachfolgeentscheidungen. Auch als Verfassungsrichter kann ich mich aber dagegen wehren, wenn gegen den Grundsatz verstoßen wird, dass nur das zum Gegenstand einer Urteilskritik werden darf, was in der Entscheidung drin steht und nicht das, was in irgendeinem Zeitungsberichtet veröffentlicht ist. Die angebliche Äußerung von Herrn Hömig, der die Richtigkeit der Wiedergabe bestreitet, steht so nicht in der Entscheidung, sie gibt auch nicht die Meinung der Richter wieder. Auch ich persönlich habe die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Ermächtigung im Luftsicherheitsgesetz nicht in der Annahme mitverantwortet, dass schon irgendjemand da sein werde, der notfalls außerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen einen Abschussbefehl gibt. Zu Wort gemeldet habe ich mich jetzt insbesondere, weil Herr Hillgruber die Entscheidung in den Kontext seiner Ausführungen zur "unglaublichen Verfassungsheuchelei" rückt und nicht klarstellt, ob er damit auch das Gericht meint, aber jedenfalls den Leitsatz so formuliert, dass auch das Gericht gemeint sein muss. Wer die Entscheidung unbefangen liest, wird nicht übersehen können, dass die Richter im Bewusstsein ihrer Verantwortung die aufgeworfenen Fragen abwägend beantwortet haben und auch keinen "verhüllenden Schleier" über die Frage der Rechtssicherheit geworfen haben. Sie haben aber die starke Unsicherheit betont, unter der eine Entscheidung über den Abschuss eines Flugzeugs getroffen werden müsste, und dabei das hohe Risiko einer Fehleinschätzung der Lage herausgestellt. Dass "Verfassungsbruch" als letzter Ausweg verbleibt, steht nicht in der Entscheidung. Dann sollte das Gegenteil auch nicht suggeriert werden. Kritik darf und muss sein, aber bitte auf der Grundlage dessen, was die Mehrheit im Kollegium oder alle gemeinsam formuliert haben, und nicht auf der Grundlage von Zeitungsberichten über angebliche Äußerungen einzelner Richter.

Walter: Herr Hillgruber, ich würde Sie gerne fragen, ob die Zurückweisung der Lehre vom Verfassungswandel in Ihrer These 23 nicht vielleicht doch etwas arg rigoros ausgefallen ist und ob vor allen Dingen die in These 24 aufgemachte Alternative der "freien" Rechtschöpfung durch das Bundesverfassungsgericht die Dinge nicht stark überzeichnet. Dazu zwei Beispiele, die das illustrieren sollen: Das erste betrifft die Auslandseinsätze der Bundeswehr. Natürlich war die damalige Anfrage an das Verfassungsrecht neu. Auslandseinsätze hatte es bisher nicht gegeben. Darum geht es aber nicht. Denn neu ist, so meine ich, auch die Antwort, die gefunden wurde. Das wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die gefundene Antwort wohl undenkbar wäre, ohne die entsprechenden Veränderungen bei der verfassungsrechtlichen Qualifikation der NATO als Voraussetzung mitzudenken. Solche mehrschichtigen Änderungen zwischen Völker- und Verfassungsrecht können Sie durch ein sehr statisches Verständnis der Verfassung gar nicht abbilden. Mein zweites Beispiel betrifft die Schranken der Religionsfreiheit. Wir haben über viele Jahre die Religionsfreiheit in Art. 4 GG als ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht verstanden. In neuerer Zeit mehren sich immer mehr Stimmen, die Art. 136 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung als Schranke heranziehen wollen. Beides sind valide verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte: Art. 4 GG und Art. 136 Abs. 1 WRV. Was möglich ist, sind unterschiedliche Akzentuierungen zwischen diesen verschiedenen Anknüpfungspunkten. Und diese unterschiedlichen Akzentuierungen sind im Wege der Interpretation vorzunehmen. Sie sind - so meine ich - jeweils zeitgebunden und finden mit Blick auf die soziale Wirklichkeit statt. Das bringt mich zu dem Ergebnis, aus den beiden Beispielen abzuleiten, dass nicht nur die Anfrage, sondern auch das Ergebnis zeitgebunden ist. Wir können also nur die Frage stellen, wie wir das Problem auflösen, dass im Wege der Interpretation verschiedene Antworten möglich sind. Ich meine, wir haben das im Grundgesetz verfahrensrechtlich getan, in dem wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet haben, der die Aufgabe - wie das Grundgesetz für die Rechtsprechung generell sagt - "anvertraut" ist, die jeweils zeitangemessene Antwort zu geben. Dies führt mich zu Ihrer These 24. Ich meine, dass hier die Alternative eben gerade nicht die "freie" Rechtschöpfung ist, sondern die Alternative ist eine normgeleitete, eine textgeleitete Rechtschöpfung, die – noch einmal – unterschiedliche verfassungsrechtliche Ansatzpunkte in zulässiger Weise zeitgebunden unterschiedlich akzentuiert. Wenn das richtig ist, dann meine ich, dass das Konzept wie Sie es uns vorgestellt haben den lebendigen Charakter des Verfassungsrechts verfehlt und damit vielleicht sogar die zentrale Aufgabe des Interpreten verpasst.

Sachs: Ich möchte mit Herrn Isensee beiden Referenten viel Zustimmung aussprechen; dies ist möglich wegen der verschiedenen Ansätze, die Sie beide gewählt haben.

Insbesondere möchte ich vorab ganz kurz Herrn Hillgruber bei den Thesen 17 ff. in soweit zustimmen, als mir eine klare normative Bewertung bei Flugzeugabschüssen notwendig erscheint. Welche das sein müsste, will ich dabei ganz offen lassen.

Ich habe aber Probleme mit der These 6 von Herrn Hillgruber am Ende, wonach es eben nur eine einzige richtige Lösung von Verfassungsrechtsfragen gibt. Dem stimme ich allerdings insoweit zu, als wir bei unserer dogmatischen Arbeit davon ausgehen sollten; wir müssen dabei aber wissen, dass es sich natürlich um eine Fiktion handelt. Diese Fiktion der allein richtigen Lösung bezieht sich immer nur auf eine zeitgebunden richtige Lösung. Der Inhalt der Fiktion muss übrigens nicht die jeweilige Sicht des Bundesverfassungsgerichts sein; denn dann gäbe es keine Kritik an dieser Rechtsprechung mehr und auch keine Fortentwicklung dieser Rechtsprechung.

Die Fixierung von Herrn Hillgruber auf die historisch-subjektive Auslegung scheint mir fragwürdig, obwohl das im Ergebnis auch keinen so großen Unterschied macht. Wenn wir ansonsten von einer gewandelten Sichtweise oder von einer gewandelten Verfassung sprechen, müsste er von der Korrektur früherer Fehler sprechen, und die gerade jetzt richtige Auslegung wäre dann eben in der Zukunft irgendwann einmal eine falsche Auslegung, würde als solche entlarvt werden. Das ist eine vielleicht nicht sehr glückliche Diktion.

Ich will nur einige Beispielfälle nennen für Entwicklungen, die dabei eine Rolle spielen könnten, etwa aus dem Bereich medizinisch-technischer Fortschritt. Wie halten wir es mit dem Lebensbegriff? Jetzt einmal nicht bei der Abtreibung, sondern beim Hirntod. Die außenpolitischen Gegebenheiten, die für die Verfassungsauslegung eine Rolle spielen, haben Sie gerade erwähnt und Herr Kirchhof ja eben auch schon, dazu will ich nichts mehr sagen. Nehmen Sie statt dessen das Beispiel gesellschaftlicher Gegebenheiten. Im Allgemeinen sind die Begünstigungen von Hausfrauen bis in die sechziger Jahre hinein weithin unangefochten

geblieben, so lange es eben vorherrschend die Hausfrauenehe gab. Gesellschaftliche Anschauungen waren bis mindestens zum Ende der 50er Jahre so wirkkräftig, dass das Bundesverfassungsgericht homosexuelle Betätigung zwischen Erwachsenen als strafwürdiges Unrecht ansah, als einen glasklaren Verstoß gegen das Sittengesetz. Ob wir es Anfang der sechziger Jahre durch eine Verfassungsänderung hingekriegt hätten, die heutige Sichtweise festzuschreiben, wage ich zu bezweifeln. Daher ist die Verfassung letztlich vielleicht doch eher ein Suchbild, wie Herr Volkmann meint, aber bei dieser Suche sollten wir auf die eine dogmatisch richtige Lösung im Sinne von Herrn Hillgruber abzielen.

Lege: Beide Referate waren, philosophisch betrachtet, offenbar von Platon inspiriert (um damit den zeitlichen Rückstand unserer Vereinigung nochmals zu illustrieren). Platon mit seinen Ideen und Idealisierungen - nun, bei Herrn Volkmann war diese Ideenlehre doch so ironisch gebrochen, dass es schwer fällt, an klare Thesen anzuknüpfen. Man muss daher wohl auf die Zwischentöne hören. Meine konkreten Fragen wären etwa (es gäbe viele): Warum sagen Sie in Ihrer fünften These "Ethisierung" und nicht "Moralisierung" - nur weil es besser klingt? Und warum sagen Sie in These 10 "Konsens" und nicht "Akzeptanz"?

Zu Herrn Hillgruber: Da führt der Platonismus, denke ich, zu einem methodologischen Bruch, den Herr Scherzberg schon sehr treffend charakterisiert hat: zum Bruch zwischen "Erkenntnis", einer der Wissenschaft zugänglichen Erkenntnis des - idealen? - Verfassungsinhalts, und dann dessen "Anwendung", bei der es, wie Sie sagen, um "Klugheit" geht. Wenn jetzt freilich Kelsen, der ebenfalls im Hintergrund steht und den Sie über seinen geistigen Enkel Jestaedt zitiert haben, zu Wort käme, würde er wohl sagen (und er hat es in dieser Vereinigung auch so gesagt): Hinter dem Recht, insbesondere hinter dem Staatsrecht, steht letztlich das Gorgonenhaupt der Macht. Und deshalb muss ich mich fragen, etwa im Fall der Abtreibung: Wie weit reicht da die Erkenntnisebene, und wo beginnt die Anwendungsebene, bei der es auf - Ihre oder meine? - Klugheit ankommen soll. Oder kommt es doch eher darauf an, wer von uns beiden die Macht hat? Vielleicht können Sie daher die Grenze zwischen "Erkenntnis" und "Anwendung" genauer benennen. Ich glaube, das wird schwierig, insbesondere im Fall der Abtreibung.

Fehling: Sie, Herr Hillgruber, haben uns in Ihrem beeindruckend geschlossenen Konzept als Alternative zum Sündenfall der Interpretationsänderung den demokratischen Königsweg der Verfassungsänderung empfohlen. Das ist sicherlich eine gute und politisch vorzugswürdige

Lösung für punktuellen Reformbedarf. Sie eignet sich aber kaum bei neuen strukturellen Herausforderungen an die Verfassung. Gerade im Hinblick auf Europäisierung und Internationalisierung wird mit punktueller Verfassungsänderung relativ wenig zu erreichen sein. Man kann natürlich - wie geschehen - Art. 23 GG für die Verlagerung von Kompetenzen neu fassen, man bekäme aber schon kaum überwindbare Schwierigkeiten, wollte man die Herausforderungen, welche die völkerrechtskonforme Auslegung an die Grundrechtsinterpretation stellt. durch eine Verfassungsänderung bewältigen. Tiefgreifende Änderungen in der Lebenswirklichkeit müssen im Verfassungsrecht Lernprozesse auslösen, die gegebenenfalls auch zu neuen Ergebnissen bei der Verfassungsinterpretation führen können. Gewiss steht hinter Ihrem rigiden Ansatz die Sorge, dass sich sonst der rechtliche Gehalt der Verfassung in den Schwankungen des Zeitgeistes aufzulösen drohte. Hier schiene mir jedoch ein Blick über die Grenzen des deutschen Rechtssystems sinnvoll. Möglicherweise vermag ein Präjudiziendenken im Verfassungsrecht die Realität teilweise besser zu erfassen und mehr Entwicklungsoffenheit zu gewährleisten, ohne dass sich dadurch alles in Beliebigkeit auflöst Zu überlegen wäre, inwieweit die Verteilung von Argumentationslasten und die Strukturierung von Argumenten - in diese Richtung schienen mir auch die Ausführungen von Frau Mager zu gehen - durchaus hinreichende Rationalität gewährleisten. Kurzum: Die Verfassung ist eben kein Eisenbahnfahrplan - oder moderner ausgedrückt: auch keine Staatsrechtslehrertagungsampel -, verliert aber dadurch keineswegs komplett an juristischer Steuerungskraft.

Kotzur: Ich darf an These Nr. 4 von Herrn Hillgruber anknüpfen und damit eine Frage an beide Referenten verbinden. Sie sagen sehr zu recht, dass es nicht die eine, sondern ganz unterschiedliche, ihrerseits kontextabhängige Wirklichkeiten gebe. Sie sagen weiterhin, dass auch die juristische Wirklichkeit immer eine konstruierte respektive definierte Wirklichkeit sei und das es entscheidend darauf ankomme, wer die Kompetenz zur Wirklichkeitsdefinition habe. Mir scheint, dass in ihren Grundrechten die Verfassung die Kompetenz zur Wirklichkeitsdefinition dem freiheitsbegabten Individuum überantwortet, gerade in der Religionsfreiheit, in der Wissenschafts- und Kunstfreiheit, gewiss auch sehr stark in der allgemeinen Handlungsfreiheit. Damit gibt die Verfassung das, was sie vorgibt oder vielleicht auch aufgibt, ihrerseits ein Stück weit auf. Es wird nämlich in die Hand genau dieses die Verfassung interpretierenden und "lebenden" Individuums gelegt. Darin mag das große Spannungsfeld begründet sein, um das beide Referate ringen. Der normative Anspruch der Verfassung heißt zu einem Stück weit: "lebe mich,

interpretiere mich, erprobe meine Grenzen, teste meine Grenzen aus!" Die Substanzzuschreibungen, von denen Herr Volkmann gesprochen hat, sind meiner Ansicht nach zum großen Teil gerade dadurch bedingt, was der Einzelne, der die Grundrechte austestet, der z.B. Verfassungsbeschwerde erhebt, aus diesen Grundrechtsgarantien "macht". Das Stichwort von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten ist hier genauso relevant wie das Stichwort vom Selbstverständnis, über das Herr Morlok intensiv gearbeitet hat. Beide Topoi haben mit den angesprochenen "Wirklichkeitsdefinitionen" zu tun. Wäre damit ein Ansatz gefunden, die wechselseitige Bedingtheit zwischen Normativität und Realität zu umschreiben? Mögen die Dynamik des Politischen und die Dynamik der Verfassung auch unterschiedlich sein, das Politische und die Verfassung aber haben eines gemein: sie gründen in, ja sie sind dynamische(n) Prozesse(n).

Albers: Ich habe Nachfragen an Herrn Hillgruber, und zwar: Was "ist" das Verfassungsrecht in Ihrer Konzeption? Sind Ihre Ausgangsannahmen dazu tragfähig, und können Sie damit die Kernpunkte angemessen erfassen? Sie haben Ihren Vortrag mit einigen übergreifenden Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Politik oder zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit eingeleitet, und ich halte Ihre These für richtig, dass das Recht seine eigene Wirklichkeit hat und seine eigenen Wirklichkeiten konstruiert. Diese Erkenntnis, die aus dem Konstruktivismus stammt, erschließt sich allerdings erst in vollem Umfang, wenn man den jeweiligen Kontexten der Rechtsproduktion dann auch relative Eigenständigkeit zuerkennt. Sie scheinen dagegen in Ihren nachfolgenden Ausführungen das Recht, insbesondere auch das Verfassungsrecht, auf einen in einer Urkunde festgehaltenen Normenkomplex und weiter auf Willensakte eines Verfassungsgebers zu beschränken - eine Sicht, die sich methodisch in der strikten Trennung von Auslegung und Anwendung widerspiegelt. Kann eine solche Sicht wirklich tragfähig sein? Ist die Verfassung, die ohnehin oft nur vage textliche Anknüpfungspunkte bietet, nicht gerade darauf angelegt, dass es ein entwicklungsfähiges Gerüst gibt, an dem viele Akteure mitwirken - die Gesetzgebung, die Verwaltung, die Justiz, die Bürger und ein bisschen vielleicht auch die Staatsrechtslehrer und Staatsrechtslehrerinnen -, und dass sie sich über immer neue Fälle, Perspektiven und Dogmatiken realitätsgerecht weiterentwickelt? Die wichtigere Frage ist: Können Sie mit Ihrer Sicht die zentralen Entwicklungslinien und Problempunkte des modernen Verfassungsrechts überhaupt erfassen? Sie stellen einige wenige aus Ihrer Sicht problematischen Fälle heraus, so als funktionierte das Verfassungsrecht ansonsten im Sinne Ihres Konzepts. Das ist jedoch nicht der Fall. Viele der aktuellen Debatten kommen in Ihrem Vortrag nicht vor. Beispielsweise wird im Moment auf einer fundamentalen Ebene darüber diskutiert, wie die Gewährleistungsinhalte der Grundrechtsnormen zu begreifen sind oder welche Rolle dem Gesetzesvorbehalt zukommt. Diese aktuellen, auch gesellschaftspolitisch sehr relevanten Kontroversen ent- und bestehen gerade deswegen, weil das Verfassungsrecht eben nicht allein mit Blick auf den Text und nicht allein in historischer Interpretation zu verstehen ist und weil seine inhaltlichen Aussagen und dogmatischen Muster in der sozialen Realität immer wieder rekonstruiert werden müssen. Ich sehe nicht, dass man auf der Basis Ihrer Ausgangsannahmen zu den im Kontext Ihres Themas bedeutsamen Fragen des Verfassungsrechts gelangen und angemessene Antworten finden könnte. Aber möglicherweise können Sie diesen Eindruck mit einigen Ergänzungen zurechtrücken.

Hochhuth: Drei Unterscheidungen, wenn man sie alle zugleich trifft, deeskalieren den Streit.

Zu unterscheiden wären erstens verschiedene Arten von Verfassungen; sodann verschiedene Arten von Vorschriften innerhalb dieser diversen Verfassungstypen und, drittens, verschiedene Arten von Rechtsfällen, nämlich Grenzfälle und Normalfälle.

Den ersten Unterschied machen die Fortschritte der Verfassungstechnik. "Verfassung" war ja lange z.B. einfach das Hausgesetz der regierenden Dynastie. Heute, nach zahlreichen qualitativen Sprüngen, nach 1945, ist sie etwas völlig anderes. Japan 1946/47, Italien 1947/48, oder 1949 das Grundgesetz: Systematisch durchkonstruierte Kodifikationen. Das ist der erste, der zentrale Unterschied.

Nun der zweite Unterschied: Auch in modernen Kodifikationen häufen sich Vorschriften extrem, deren Wortlaut ihre jeweiligen Normalfälle eindeutig ergreift, sie so eindeutig ergreift, wie ein Fahrplan. Ausführliche "Fahrpläne" hat z.B. das Gesetzgebungsverfahren in Artt. 70–78 GG. Es gibt aber auch kurze, wie z.B. Art. 102 GG: "Die Todesstrafe ist abgeschafft."

Der dritte Unterschied ist Normalfall und Grenzfall (mit einer Skala von Schattierungen dazwischen). Das moderne, kodifizierte Verfassungssystem macht 99 % der im außerjuristischen(!) Alltag auftretenden Rechtsfälle zu Normalfällen. Es erledigt sie, vernichtet ihre wissenschaftlichen Probleme durch seine oft wohldurchdachten Federstriche. (– So sehr, dass manche Gelehrte sogar vergessen, dass es normale Fälle gibt.)

Nun die These: Wo der Wortlaut ein so enges System strickt, also eines mit "Vollständigkeitstendenz", dem Ideal der Kodifikation, da

steigt dieser Wortlaut im Rang. Nicht nur aus demokratischen, sondern auch aus auslegungssystematischen Gründen. Kein dogmatisches Kunststück darf ihn in einem solchen System mehr überspielen, wenn er eindeutig ist.

Zum Beispiel: Gäfgen hat Jakob von Metzler entführt, der Polizist Daschner erwägt zu foltern. Art. 1 GG hält ihm die Würde des Menschen, Art. 2 Abs. 2 GG die körperliche Unversehrtheit entgegen. Beide ließen sich vielleicht, per Schutzpflicht, auch "umdrehen". Aber dann kommt Art. 104 Abs. 1 S. 2: "Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden." Mir scheint das eindeutig: Folter und Folterdrohung (seelische Misshandlung) sind illegal. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bricht also Daschners Dilemma rechtlich ab. Sein Dilemma fällt in den "Normalbereich" eines ausdrücklichen Verbots.

Unsere Debatte leidet daran, dass wir Versatzstücke aus der US-Methodenlehre - vorhin wurde Dworkin zitiert -, dass wir Versatzstücke von Savigny, von Ihering, also aus Methoden-Epochen, die längst vergangen sind vor dem Abschluss der modernen Kodifikationen, hineinmischen.

Mit den genannten drei Unterscheidungen legt sich die moderne nachdiktatorische Verfassung, die ganz vieles ganz detailliert regelt, im Normalfall anders aus, als der bedeutende Zwischenschritt der US-Verfassung. Sie zeigen, wo Herr Hillgruber recht hat. Recht, weil der eindeutige Wortlaut zwar noch immer oft nur eine Fiktion ist, aber oft eben auch Wirklichkeit, wie etwa in Kernfällen der gerade zitierten Artt. 102, 104 oder 70 ff. GG. Und dass andererseits auch Herr Volkmann mit seiner Skepsis gegenüber "naivem" (aber eben unvermeidlichem!) Normverständnis oft recht hat: Niemand bestreitet Grenzfälle und Lücken! Doch sie widerlegen nicht den Normalfall.

Klein, E.: Ich meine wir sollten Herrn Hillgruber sehr dankbar dafür sein, dass er so unnachsichtig auf dem normativen Anspruch des Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts besteht und dass er dies sowohl auf den Grundrechtsbereich als auch auf den staatsorganisatorischen Bereich ausdehnt. Ich möchte allerdings die Frage stellen, Herr Hillgruber, ob da nicht doch gewisse Unterschiede sind. Nicht in der Intensität des verfassungsrechtlichen Anspruchs, aber doch darin, dass man berücksichtigen muss, dass die Grundrechtsnormen einerseits, die staatsorganisationsrechtlichen Normen andererseits unterschiedlich gestaltet sind und dass sich daraus auch etwas anderes für die Verfassungsrechtsprechung ergeben könnte. So sehr ich Ihnen im Ergebnis darin folge, was Sie zur Abtreibungsfrage gesagt haben, zweifle ich etwas an Ihrer Kritik an der Auflösungsentscheidung oder an den Auflösungsentscheidungen. Kann es nicht sein, dass die Schwierigkeit der politischen Frage, die hier ja involviert ist, vom Verfassungsgeber - weitgehend jedenfalls - dadurch aufgelöst wurde, dass er ganz bestimmten Akteuren bestimmte Rollen zugewiesen hat? Und wenn diese Rollen ausgefüllt sind, dass dann auch im Grunde das Verfassungsgericht sich darüber nicht hinwegsetzen kann? Dass sozusagen eine Vorprüfung im Verfassungsrecht selber schon vollzogen worden ist? Ich halte es also für denkbar, dass die Grundrechte sozusagen schärfer sind als die organisationsrechtlichen Normen. Das ist übrigens auch der Grund, und da bin ich wieder ganz einig mit Ihnen, dass ich letztlich die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz bedauere. Nicht der Nichtigkeiterklärung wegen, die war unvermeidlich, aber ich meine doch, dass die zusätzliche Argumentation mit der Menschenwürde genau das Dilemma herbeigeführt hat, in dem wir uns heute befinden und das Sie meines Erachtens völlig zu recht hervorgehoben haben. Das Bundesverfassungsgericht hätte hier sich mit der Art. 35 GG betreffenden Begründungsstufe begnügen und damit den Ball in das Feld der Politik, wo er hingehört, zurückspielen sollen.

Hellermann: Ich möchte in aller Kürze das von Herrn Hillgruber behandelte Beispiel des Art. 68 GG aufgreifen und seiner, einer auch sonst verbreiteten Bewertung dieses jüngeren Urteils entgegentreten, nicht nur im Ergebnis, sondern gerade auch mit Blick auf das hier interessierende Verhältnis von normativen Anspruch und Verfassungswirklichkeit, politischer Wirklichkeit. Ich kann in diesem Urteil keine Aufgabe des normativen Anspruchs, keine Kapitulation vor der politischen Wirklichkeit sehen, sondern ich sehe darin eher ein Beispiel rechtlich gebotener Beachtung politischer Realitäten. Die Annahme einer Aufgabe des normativen Anspruchs scheint mir darauf zu beruhen, dass hier dieser Anspruch, dass insbesondere Sinn und Zweck des Art. 68 GG - pointiert gesagt - in einer dogmatisch abgehobenen, eher wirklichkeitsfernen und vergröbernden Weise zu Grunde gelegt wird, wenn die Ablehnung eines Selbstauflösungsrechts des Bundestages, wenn die Stabilität von Parlament und Regierung beschworen werden. Ich meine, die Regelungsabsicht des Art. 68 GG selbst verlangt eine differenzierendere Betrachtung, die die politische Realität, in die hinein Art. 68 GG wirken soll, auch aufnimmt. In diesem Sinne scheint es mir etwa richtig zu sein, wenn das Bundesverfassungsgericht von einem Bundeskanzler nicht verlangt, sich zunächst in einem quälenden Prozess der Auseinandersetzung mit der eigenen Koalition, Fraktion, Partei politisch selbst zu demontieren, um erst dann die Vertrauensfrage zu stellen und gegebenenfalls als Spitzenkandidat in einen Bundestagswahlkampf zu ziehen. Ich greife dieses Beispiel auf, weil ich - allgemeiner gesprochen - der Überzeugung bin, dass man einer Verflüchtigung des normativen Anspruchs der Verfassung iedenfalls nicht erfolgreich wehrt, wenn man einer normativ abgekapselten Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts das Wort redet.

Paulus: Zu meinem ersten Punkt ist meines Erachtens alles gesagt, nämlich zu dem Versuch, den unvermeidlichen Rückstand der Rechtswissenschaft hinter der Sprachphilosophie auf fünfzig Jahre zu begrenzen. Gadamer und Wittgenstein sind ja beispielhaft genannt worden. Zweitens aber, Herr Hillgruber, möchte ich auf eine These eingehen, der bei Ihnen als Nebensatz erschien. Nämlich Ihre starke Betonung der historischen Auslegung. Zunächst scheint mir da ein gewisser Widerspruch vorzuliegen: Einerseits sagen Sie, es sei eine bewusste Entscheidung des historischen Verfassungsgesetzgebers, bestimmte Vorschriften in den Verfassungstext aufzunehmen. Gleichzeitig sagen Sie, wenn der Text dann doch unsicher ist, dann müssen wir der historischen Auslegung den Vorzug geben. In den Vereinigten Staaten gibt es gegenwärtig den Versuch, mit Hilfe der historischen Auslegung die Kontinuität zwischen der amerikanischen Verfassung und der englischen Verfassung des 18. Jahrhunderts herzustellen und zu vergessen, dass dazwischen eine Unabhängigkeitserklärung und eine Revolution standen. Also sprich: der Oberkommandierende wird ganz groß und der Rest der Verfassung wird ganz klein geschrieben. Dieser Versuch demonstriert meines Erachtens das Problem der historischen Auslegung: Sind wir als heutige Juristen überhaupt im Stande zu wissen, was sich die Verfassungsgeber gedacht haben? Und sind wir im Stande, die Entscheidung zu treffen, was davon in den Text hinein zu interpretieren ist und was nicht? Ich glaube wir sind dazu kaum in der Lage. Wir müssen uns auf den heutigen Kontext beschränken. Damit fällt aber auch die Bevorzugung der historischen Auslegung meines Erachtens weg.

Volkmann: Zunächst einmal vielen Dank für die engagierten Beiträge. Auf viele Fragen, die hier gestellt worden sind - man hätte noch mehr berücksichtigen müssen, dies noch und das -, habe ich im Grunde eine ganz einfache Antwort. Das Problem war: Ich hatte nur fünfundvierzig Minuten. Ich hätte gern auch drei oder vier Stunden geredet; man hat mich aber nicht gelassen. Vielleicht hätte dann vieles von dem, was jetzt angesprochen ist, untergebracht oder klargestellt werden können. Und nun bleiben mir auch nur sechs Minuten Zeit, um alle an mich gestellten Fragen zu beantworten, so dass ich auch jetzt zwangsläufig einige Beiträge übergehen muss. - Ich beginne mit Einzelfragen. Herr Häberle hat gefragt: Gibt es Kronzeugen für das von mir beschriebene Verfassungsverständnis, Konrad Hesse etwa, und müsste man die nicht benennen? Herr Kotzur hat in diesem Zusammenhang die These von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten ins Spiel gebracht. Solche Kronzeugen gibt es natürlich, so wie es auch Kronzeugen gibt, die für die Kritik dieses Verfassungsverständnisses stehen. Ich habe allerdings, wie Sie vielleicht bemerkt haben, namentlich nur ganz wenige und zuletzt überhaupt nur diejenigen Kollegen erwähnt, die bereits verstorben sind, und das ist natürlich ein Preis, den nicht jeder für die Erwähnung in einem Vortrag zu zahlen bereit ist. - Herr von Arnim hat gefragt, warum die Erkenntnisse der Politikwissenschaft nicht verwertet worden seien. Das ist in der Tat ein Punkt, der mich stark beschäftigt hat: Müsste man nicht stärker die Politikwissenschaft integrieren? Das Problem ist nur: Auf der Abstraktionshöhe, auf der ich versucht habe, die Frage zu behandeln, äußert sich die Politikwissenschaft zu dem Thema kaum. Wie wirkt denn nun die Verfassung in der politischen Wirklichkeit? Dazu gibt es im wesentlichen nur einen von Hans Vorländer betreuten Sonderforschungsbereich an der Universität Dresden, aber ansonsten behandelt die Politikwissenschaft die Verfassung als Ganzes kaum. Früher hat sich noch ein Wilhelm Hennis damit beschäftigt, aber das gibt es heute so nicht mehr. Was es natürlich gibt, sind Untersuchungen zu Einzelfragen wie etwa zu den politischen Parteien, auf die man sich konzentrieren kann, wenn man das möchte. Auch dann müsste man aber sehen, Herr von Arnim, dass etwa der Ansatz der "Kartellparteien" von Mair und Katz, auf den Sie in ihrer Frage ja anspielen, in der Politikwissenschaft durchaus umstritten ist. Gerade die Pointe von Mair und Katz lautete ja: Wenn die Wirklichkeit so aussieht, wie sie aussieht, dann müssen wir eben unsere Vorstellungen von den Parteien entsprechend anpassen; und das ist ja eine Pointe, die Sie dann auch nicht mitmachen wollen. - Eine weitere Frage kommt von Herrn Schönberger und hat mich auch beschäftigt: Ist es wirklich richtig, dass wir im 19. Jahrhundert eine Versteinerung der Verfassung haben und heute eine Dynamisierung erleben, ist es nicht eher umgekehrt? Auch dazu müsste man im Grunde mehr sagen, als ich es hier kann. Ich glaube aber auch nicht, dass das so zutrifft. Sicherlich, Sie haben recht, die Grundrechte enthielten, darauf ist ja vielfach aufmerksam gemacht worden, in einer ständischen Ordnung notwendig programmatisch-vorausweisende Gehalte; sie zielten eben auch auf eine Umgestaltung dieser Ordnung im Lichte gleicher Freiheit. Sie sind aber später nicht so gesehen worden. Stattdessen sind sie vom staatsrechtlichen Positivismus verkürzt worden auf besondere Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wie Gerhard Anschütz gesagt hat, und das hat ihre spätere

Wahrnehmung wesentlich bestimmt. Dass die Verfassung heute demgegenüber eher versteinernd wirkt, das kann ich nun allerdings überhaupt nicht erkennen. Stattdessen entdecke ich in allen Verfassungen eine immense Dynamik. Wenn Sie einfach nur mal auf die amerikanische Verfassung schauen, die ist entstanden unter einer Sklavenhaltergesellschaft, sie hat schließlich mit nur einer geringfügigen Änderung die Abschaffung der Sklaverei überlebt, und heute deckt sie die Politik der ...affirmative action". Das ist ein Wandel, den wir auch bei uns feststellen können. Hier reicht vielleicht der Blick auf das Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetzes, das Herr Sachs angeführt hat. Man muss sich nur mal überlegen, wie die verfassungsrechtliche Beurteilung dieses Gesetzes in den sechziger Jahren ausgefallen wäre. Sicher, da hätte es natürlich dieses Gesetz schon nicht gegeben, aber wenn es es gegeben hätte, wäre das Ergebnis, glaube ich, klar gewesen. Im 19. Jahrhundert haben wir demgegenüber, meine ich, doch eine sehr weitgehende Statik. Zwar gibt es von Laband und Jellinek Schriften zum Verfassungswandel, in denen dieser natürlich auch gesehen und analysiert wird. Aber beide können ihn von ihrem Standpunkt aus letztlich nicht begreifen. Bei Jellinek etwa kann man nachlesen: Im Verfassungswandel offenbart sich nur das Unvermögen aller Rechtssätze, die Wirklichkeit tatsächlich zu beherrschen. Aber dieses Unvermögen ist vom Standpunkt des Positivismus aus eben nicht in eine Theorie integrierbar. - Das wäre es nun auch schon zu den Einzelfragen; alles andere muss ich aus Zeitgründen leider übergehen. Eine der grundsätzlichen Fragen, die zunächst Herr Isensee, auch Herr Murswiek oder Herr Kirchhof aufgeworfen haben, war: Was ist der Unterschied zwischen den beiden Vorträgen? Insofern kann kein Zweifel daran bestehen, dass mein Vortrag im Ausgang eher deskriptiv angelegt war. Ich habe versucht, mich gleichsam oberhalb der Verfassungsrechtswissenschaft aufzustellen und auf das Ganze so herunterzusehen, als gehörte ich nicht dazu, und dann habe ich mir die Frage gestellt: Was machen die eigentlich da unten, was passiert da? Und von hier oben, meine ich, gibt es doch gute Gründe, die Dinge so zu sehen, wie ich sie gesehen habe. Das schönste Beispiel dafür ist vielleicht der Umgang mit dem Problem im Handbuch des Staatsrechts. Da gibt es einen Paragraphen über die Verfassungsauslegung, in dem wird sehr klar einer Theorie der Verfassungsauslegung als einem rationalen, streng regelgeleiteten Verfahren das Wort geredet. Daneben aber gibt es zweihundert andere Paragraphen, in denen das niemanden zu kümmern scheint. Es wirkt gerade so, als sei dies gar nicht gelesen worden, und das könnte natürlich auch ein Zeichen für das sein, was kürzlich einmal mit einem gewissen Recht ein Reflexionsdefizit der Staatsrechtslehre genannt worden ist. Insofern, Herr Calliess, Sie sagen, ich lasse das Ver-

fassungsrecht hier am Ende allein. Aber das bin gar nicht ich, sondern es sind letztlich alle anderen, die das tun. Ich beobachte das gewissermaßen nur. Die entscheidende Frage, auf die dies am Ende zuläuft, ist dann: Wie stark kann jetzt Verfassung, wie stark kann der Text tatsächlich noch steuern? Danach hat Herr Nettesheim gefragt, das klang bei Herrn Calliess an, und auch Herr Scherzberg hat sich dazu geäußert. Hier müssen wir natürlich sehen, dass die philosophische und sprachwissenschaftliche Diskussion der letzten Jahre und Jahrzehnte das Vertrauen in die Bindungsfähigkeit von Texten doch sehr stark erschüttert hat; man könnte neben der Hermeneutik auch noch auf weitere Ansätze in diesem Zusammenhang verweisen, den Dekonstruktivismus etwa. Ich bin nur andererseits nicht der Meinung, dass das vollständige Beliebigkeit heißt. Auch die von mir so genannten Leitbilder sind nicht beliebig; sie geben immerhin, wenn auch abstrakt, eine Richtung vor, die als solche nicht veränderlich ist. Man könnte auch weiter versuchen. diese Beliebigkeit dadurch in Grenzen zu halten, dass man etwa auf unveränderliche "Kerne", auf den "Wortlaut" als äußerste Schranke der Auslegung oder ähnliches verweist. Aber darum ging es mir in meinem Vortrag gar nicht. Was mich interessiert hat, war: Was passiert eigentlich jenseits dieser Kerne, und nicht zuletzt: Was passiert bei der Bestimmung von deren Grenzen? Und hier bestehen die eigentlichen, die zentralen Probleme, in der wir uns über die Steuerungsfähigkeit der Verfassung und des Textes einerseits und den Einfluss gesellschaftlicher Vorstellungen andererseits unterhalten müssen. Das habe ich versucht zu beschreiben. Ich würde mich deshalb aber ungern, Herr Kirchhof, vereinnahmen lassen für eine, wie Sie es genannt haben, flammende Kritik an diesem Verfassungsverständnis. Dazu müsste man sich dieses Verfassungsverständnis noch einmal näher ansehen und dann etwa fragen, welche Nachteile es hat, welche Vorteile. Und dann würde man sehen, dass es natürlich auch Vorteile hat. Es hat immerhin dazu geführt, dass diese Verfassung, und das zeigen die politischen Debatten, mittlerweile im Bewusstsein der Gesellschaft verankert ist wie keine vor ihr, und das ist meines Erachtens gerade in einer Zeit wachsender Erfahrung von Unsicherheit nicht gering zu schätzen. - Damit komme ich zu meinem Schlusswort und möchte nur noch eines sagen: Als ich das Thema bekommen habe, war ich eigentlich sehr glücklich darüber, weil ich dachte, es ist ein schönes Thema, aus dem man etwas machen kann. Je länger ich aber daran gearbeitet habe, desto unglücklicher wurde ich, weil ich dachte, das Thema ist im Grunde gar nicht beherrschbar. Dann kam eine dritte Phase, in der ich dachte, man kann es beherrschen, aber nicht in fünfundvierzig Minuten. Und da bin ich im Grunde noch heute. Worauf es nun ankäme, und das greift Ihren Einwand, Herr Murswiek,

auf, wäre, die Wechselbeziehungen zwischen den Ordnungsvorstellungen der Gesellschaft und den verfassungsrechtlichen Ordnungsvorstellungen näher zu analysieren, die Leitbilder, wie ich sie beschrieben habe, stärker sichtbar zu machen, auch in und gerade in ihrer Bedeutung für den Prozess der Verfassungsauslegung. Das müsste jetzt geleistet werden. Von daher bin ich dem Vorstand und allen Diskutanten dafür dankbar, dass mir auch in Zukunft die Arbeit nicht ausgehen wird.

Hillgruber: Ich darf zunächst allen, die sich an der Diskussion beteiligt haben, für Anregungen und vielfältige Kritik danken. Ich muss aber zugleich, da ich ia nun mit Kritik überhäuft worden bin, in besonderem Maße um Nachsicht dafür bitten, dass ich mit meiner kurzen Replik nicht jedem gerecht werden kann. Ich will zunächst auf das methodische Problem eingehen, denn hier lag ja der zentrale Angriffspunkt vieler, die sich zu Wort gemeldet haben. Mir war natürlich klar, dass es so kommen würde. Ich sehe mich allerdings zum Teil doch etwas missverstanden, wobei ich meine, dass das nicht unbedingt an mangelnder Klarheit meiner Thesen liegt. Der wichtigste Punkt scheint mir zu sein, dass nach meiner Auffassung das Recht gar nicht wirklichkeitsfremd ist, sondern Wirklichkeit spezifisch verarbeitet. Das Recht ist also, wenn Sie so wollen, wirklichkeitsgesättigt. Ich stelle immer wieder umgekehrt fest, dass diejenigen, die ständig die Wirklichkeit - gemeint ist die außerrechtliche - an das Recht herantragen und diese in sie "einschleusen" wollen, dieses Faktum gar nicht zur Kenntnis nehmen, dass das Recht selbst Wirklichkeit reflektiert und normativ verarbeitet. Sie haben vielmehr die Vorstellung von einem blutleeren wirklichkeitsfremden Recht, das dann sozusagen "Blutzufuhr" von außen braucht. Das ist nicht meine Vorstellung. Insofern kann ich nur nochmals betonen, dass - und so habe ich es ja auch in These 3 formuliert - die Wirklichkeit für das Recht als Normenkomplex keineswegs bedeutungslos ist, dass aber das Recht als geschlossenes System selbst darüber entscheidet, welche Wirklichkeitsausschnitte und Wirklichkeitsanschauungen systemimmanent relevant sind. Und darauf würde ich allerdings auch beharren wollen.

Insofern ist auch die Antwort auf die Frage, warum ich hier politikwissenschaftliche Erkenntnisse nicht berücksichtigt habe, eigentlich eindeutig. Das ist ein anderes System, das seine eigene Berechtigung hat, das bestreite ich gar nicht, aber es ist eben nicht das System, über das ich gesprochen habe und sprechen wollte.

Der zweite Angriff in methodischer Hinsicht ging in Richtung der von mir favorisierten subjektiv-historischen Auslegung. Zunächst besteht auch hier offensichtlich ein Missverständnis, das ich gerne ausräumen möchte. Es geht hierbei nicht um eine Fixierung auf dem Wortlaut. Das wäre eine merkwürdige Verkürzung meines Verständnisses von subjektiv-historischer Auslegung. Ich proklamiere hier keinen Verfassungstextvorbehalt, hinter den es kein Zurück gibt. Nein, mich interessiert gerade, was mit diesem Text wirklich gewollt ist, vom historischen Verfassunggeber oder vom verfassungändernden Gesetzgeber, und das versuche ich zu ermitteln. Der Wortlaut spielt dabei eine Rolle, ich hab es gesagt, aber er ist nicht in dem Sinne abschließend, dass sozusagen dahinter nicht zurückgegangen werden könnte.

Ein dritter Kritikpunkt betrifft die Frage nach dem Verhältnis von Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts. Die Abschichtung dieser Bereiche ist mir in der Tat wichtig. Hier wurde angezweifeltt, ob eine strikte Unterscheidung wirklich leistungsfähig ist. Ich meine ia. aber lassen Sie uns einfach einmal die Probe aufs Exempel machen. Hinter der Unterscheidung steht die Vorstellung, dass im Rechtsgewinnungsprozess immer zweierlei zusammenkommt. Nämlich zunächst die Ermittlung von heteronomen Vorgaben - die Auslegung - und sodann das. was sich unter Beachtung dieser Vorgaben an autonomen rechtsetzenden Anteilen noch hinzufügt - die Anwendung. Die beiden Elemente sind aber methodisch auseinanderzuhalten. Ich muss also im Hinblick auf die Verfassung zunächst fragen: Was gibt sie vor? Und insoweit würde ich in der Tat darauf beharren wollen, das nur ein Auslegungsergebnis richtig sein kann. Wir streiten regelmäßig darüber, und das sollten wir auch fortsetzen, was das richtige Ergebnis ist, aber es kann nur eines richtig sein. Ich will es an einem der von mir angeführten Beispiele verdeutlichen: "Jeder hat das Recht auf Leben", heißt es. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Entweder wird von dieser Vorschrift das ungeborene menschliche Leben mit umfasst oder dies ist nicht der Fall. Beide Ansichten gleichzeitig zu vertreten, scheint mir unmöglich zu sein. Ich muss mich also in dieser Frage klar positionieren. Wenn ich die Vorgaben ermittelt habe, dann bleibt aber natürlich, und bei der Verfassung scheint mir das ganz offensichtlich zu sein. Spielraum. Ich habe das nur ganz kurz ansprechen können im Zusammenhang mit dem Problem der Abwägung, die als solche zwar verfassungsrechtlich vorgegeben ist, nicht aber deren Ergebnis. Das lässt sich ebenfalls an der Abtreibungsproblematik verdeutlichen: Ich komme zu dem Ergebnis, dass der Verfassungsrechtssatz "Jeder hat das Recht auf Leben" auch das ungeborene menschliche Leben schützt. Damit ist die staatliche Schutzpflicht dem Grunde nach gegeben. Anschließend stellt sich die Frage, was in Erfüllung der Schutzpflicht zu tun ist, und hier hat das Verfassungsgericht - dem folge ich auch im Prinzip - gesagt, dem Gesetzgeber Spielraum zugebilligt, wenn auch in den Grenzen des Untermaßverbots. Wir können uns also politisch darüber streiten, in welcher Art und Weise das ungeborene menschliche Leben geschützt werden soll. Wenn Sie mir jedoch darin folgen würden, dass es von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Grunde nach geschützt wird, stünde die Schutzpflicht also solche dagegen außer Streit.

In dieser Hinsicht wurde eingewandt, ob sich diese These denn überhaupt subjektiv-historisch belegen lasse? Ich räume ein, dass, was den Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angeht, in der Tat die Entstehungsgeschichte - so hat es auch Reinhard Merkel einmal formuliert - zu einem "non liquet" führt. Allerdings kommt meines Erachtens in diesem Zusammenhang demWortlaut ("jeder") schon eine gewisse Indizwirkung zu: Man muss schon gute Grunde dafür angeben, warum "jeder" eben doch nicht jeder sein soll, sondern bestimmte Fälle menschlichen Lebens exkludiert sein sollen. Im Übrigen würde ich in diesem Zusammenhang - ohne dass ich das an dieser Stelle näher ausführen kann - natürlich auch die Garantie der Menschenwürde als Grund der Grundrechte hier fruchtbar machen.

Ganz kurz noch zu Art. 68 GG. Ich bin nach wie vor davon überzeugt, dass, wenn man sich das näher anschaut, subjektiv-historisch, worauf ich ja Wert lege, die Vertrauensfrage nicht konzipiert war für den Zweck, zu dem sie hier instrumentalisiert worden ist. Der einzig saubere Weg wäre aus meiner Sicht in der Tat eine Verfassungsänderung. In Sachen Auslandseinsätzen der Bundeswehr oder in der Frage der Reichweite der Religionsfreiheit, Herr Walter, scheint mir dies dagegen nicht geboten zu sein. Hier will ich noch einmal auf meiner Position beharren. Entweder - darüber können wir streiten - entweder waren die Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte von Art. 24 Abs. 1 und 2 GG und Art. 87a GG seit 1949 respektive 1956 abgedeckt oder nicht. Der Umstand der weltpolitischen Wende von 1989/90 mag zwar politisch den Weg für die Inanspruchnahme dieser verfassungsrechtlichen Option erst eröffnet haben, hat aber nicht das insoweit geltende Verfassungsrecht inhaltlich verändert. In gleicher Weise sehe ich das auch bei der Religionsfreiheit. Wenn man das entstehungsgeschichtlich betrachtet, dann ist es keineswegs so eindeutig, dass diese Garantie vorbehaltlos gewährleistet werden sollte.

Erlauben Sie mir eine letzte Bemerkung zu dem, was Herr Hoffmann-Riem gesagt hat, damit hier keine Missverständnisse im Raum stehen bleiben. Ich habe bewusst nicht die Entscheidung als solche kritisiert, vielmehr ganz bewusst offen gelassen, ob diese Entscheidung in der Sache richtig ist oder nicht. Was ich kritisiert habe – und insoweit habe ich mir in der Tat erlaubt, auf diesen Zeitungsbericht Bezug zu nehmen, aber Herr Hömig ist nicht der einzige, der diese Auffassung vertritt -, was ich als Verfassungsheuchelei kritisiert habe und dabei bleibe ich auch, ist eine Auffassung, die ich Ihnen nicht unterstellt habe und auch nicht dem Verfassungsgericht insgesamt, die aber von Kollegen hier vertreten wird, nämlich die Auffassung, was das Bundesverfassungsgericht entschieden habe, sei verfassungsrechtlich schon richtig so, aber man sei sich natürlich auch im Klaren darüber, dass im Fall des Falles natürlich das Notwendige getan werden müsse. Dagegen habe ich mich gewandt, nicht notwendig gegen die Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht die Verfassung hier angewandt hat, obwohl ich, Sie wissen das, da auch eine andere Auffassung habe. Aber das war gar nicht mein Angriffspunkt in diesem Referat.