

MATHIAS HONG

Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte

Jus Publicum

276

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 276



Mathias Hong

Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte

Grundfragen,
Entstehung und Rechtsprechung

Mohr Siebeck

Mathias Hong, Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen; 1997 Erste juristische Staatsprüfung; Referendariat in Berlin; 1999 Zweite juristische Staatsprüfung; Promotionsstipendium des Evangelischen Studienwerks Villigst; 2006 Promotion (Bremen); 2005–2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; 2016 Habilitation (Freiburg i.Br.).

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-156926-5 / eISBN 978-3-16-156927-2
DOI 10.1628/978-3-16-156927-2

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt und von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Melanie

Vorwort

Diese Untersuchung ist die überarbeitete Fassung wesentlicher Teile meiner Habilitationsschrift, die der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Wintersemester 2015/2016 vorgelegen hat. Weitere Teile der Habilitationsschrift werden in zwei eigenständigen Bänden unter den Titeln „Abwägungsfeste Rechte – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen“ und „Todesstrafenverbot und Folterverbot – Grundrechtliche Menschenwürdegehalte unter dem Grundgesetz“ veröffentlicht.

Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Johannes Masing danke ich dafür, dass er das Projekt gefördert und begleitet und mir als seinem Mitarbeiter am Gericht und in Freiburg sein Vertrauen geschenkt hat. Auch Herrn Professor Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem danke ich für die Möglichkeit, als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Gericht arbeiten zu können. Herrn Professor Dr. Ralf Poscher danke ich für das Zweitgutachten und für seine Diskussionsbereitschaft. Für die intensive Lektüre und Kritik einer frühen Fassung der Arbeit danke ich Frau Professorin Dr. Gertrude Lübke-Wolff. Für seine Begleitung der ersten Phasen dieser als Dissertationsvorhaben begonnenen Arbeit danke ich Herrn Professor Dr. Ulli F. H. Rühl. Herrn Richter am Landgericht Kim Jost danke ich für seine Lektüre einer frühen Fassung eines Teils der Schrift. Herrn Professor em. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde (†) und Herrn Professor em. Dr. Rainer Wahl bin ich für ihre Anmerkungen zu Vorträgen in den Freiburger Lehrstuhlrunden dankbar.

Nicht zuletzt auch für die Austauschmöglichkeiten der Freiburger Mittagsrunde danke ich Herrn PD Dr. Eike Frenzel, dessen Idee es war, diese Runde gemeinsam ins Leben zu rufen, sowie Herrn Professor Dr. Nikolaus Marsch. Für Diskussionen auch über die Thesen dieser Untersuchung danke ich den damaligen Teilnehmerinnen und Teilnehmern dieser Runde, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl Masing, und den Mitgliedern meines Habilitandenkreises, insbesondere Herrn Professor Dr. Matthias Bäcker und Herrn Professor Dr. Heiko Sauer. Für die gemeinsame Zeit und den Austausch danke ich auch den anderen Kolleginnen und Kollegen in Freiburg, vor allem Frau Professorin Dr. Anna Katharina Mangold, Herrn Dr. Benjamin Rusteberg und Herrn Professor Dr. Thomas Wischmeyer. Für ihre Korrekturen und Anregungen danke ich meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in Frankfurt: Stefanie

Lechler, Sanela Starcevic, Till Rauland, Simon Burgay, Bianca Kieslich, Katharina Lösch, Janina Martin, Anahita Pourmomen und Julien Schickling.

Für die Betreuung der Veröffentlichung beim Verlag Mohr Siebeck danke ich Frau Daniela Taudt, Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, Herrn Dr. Franz-Peter Gillig, Frau Lisa Laux und Frau Dominika Zgolik.

Meinen Eltern, Sooja und Chulpyo Hong, und meinen Schwiegereltern, Erika und Wiegand Wagner, danke ich für ihre Unterstützung. Vor allen anderen aber danke ich meiner Frau, Melanie Hong, für ihre kostbaren Gedanken, ihren Widerspruch und Zuspruch, ihre Geduld und Ungeduld – und für das Glück meines Lebens: ihre große Liebe.

Karlsruhe, im Mai 2019

Mathias Hong

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Methode und Verfassungstheorie	4
III. Norm- und Begründungstheorie – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen	12
IV. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	14
V. Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte	15
1. Kapitel	
Methodische und verfassungstheoretische Grundfragen	
I. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte	17
II. Wille des Verfassungsgebers als Auslegungsziel: Sprachtheorie und Entscheidungstheorie	36
III. Verfassungstheoretische Grundlagen der subjektiv- historischen Auslegung	46
IV. Das subjektiv-historische Auslegungsziel und die juristischen Argumentformen – Entstehungsgeschichte im Kontext der Methodenlehre	67
V. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz	99
VI. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entstehungsgeschichte	117
VII. Menschenwürde zwischen Universalität und Vielfalt im europäischen, internationalen und transnationalen Kontext des offenen Verfassungsstaates	131

VIII. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	143
--	-----

2. Kapitel

Entstehung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG

I. Herrenchiemseer Entwurf	181
II. Zu den Beratungen über Artikel 1 im Parlamentarischen Rat	191
III. Ausschuss für Grundsatzfragen: Grundrechte und Menschenwürde in den ersten drei Sitzungen	196
IV. Erste Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	201
V. Zweite Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	233
VI. Dritte Beratung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	249
VII. Zweite Lesung des Artikel 1 im Hauptausschuss – „Unverletzlich“ als rechtsphilosophisch neutrale Kennzeichnung der positivrechtlichen Unverfügbarkeit	251
VIII. Die Kontroversen über Artikel 1 zwischen Redaktionsausschuss und Grundsatzausschuss	253
IX. „Mehr präambelmäßig ...“? – Zum Rechtssatzcharakter der Menschenwürdegarantie	269
X. Die letzten Beratungen zu Artikel 1 in Fünferausschuss, Redaktionsausschuss und interfraktionellen Besprechungen	275
XI. Entstehungsgeschichte der Identitätsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG	285
XII. Mindeststandard gleicher Freiheit als Quelle von Menschen- würdegehalten aller Grundrechte	307
XIII. Nationalsozialistische Menschenrechtsverletzungen als wiederkehrender Bezugspunkt für den Parlamentarischen Rat ...	384
XIV. Sieben zusammenfassende entstehungsgeschichtliche Thesen	398

3. Kapitel

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde

I. Überblick	411
II. Grundsätzliche Aussagen zur Menschenwürde	414

III. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als Grenze für Verfassungsänderungen	465
IV. Menschenwürde, Identitätsgarantie und Europa in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	481
V. Objektformel und Urteil zum Luftsicherheitsgesetz	489
VI. Kernbereich privater Lebensgestaltung – Konkretisierungen und Abwägungsfestigkeit	501
VII. Weitere Konkretisierungen der Menschenwürde als Abwehrrecht	522
VIII. Schutzpflichten aus der Menschenwürde – Der Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter zwischen Absolutheit und Relativierbarkeit durch Abwägungen	538
IX. Menschenwürde als Leistungsanspruch: das Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums	582
X. Zusammenfassende Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	587

4. Kapitel

Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte

I. Auslegung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG mit Blick auf die entstehungsgeschichtlichen Thesen	598
II. Menschenwürdegehalte und allgemeine Grundrechtslehre	617
III. Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde	643
IV. Arten absolut geschützter Abwehrrechte	654
V. Mindeststandard gleicher Freiheit – Konkretisierungen	667
VI. Zur Genealogie der Objektformel	672
VII. Zu den Grenzen der gezielten Tötung Unschuldiger (Luftsicherheitsgesetz-Urteil)	690
Literaturverzeichnis	743
Sachregister	775

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Methode und Verfassungstheorie	4
1. Verfassung als gemeinschaftliches intentionales Sprachhandeln – Positivismus und subjektiv-historische Auslegung als normativ geboten	5
2. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz	6
3. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	9
III. Norm- und Begründungstheorie – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen	12
IV. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	14
V. Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte	15

1. Kapitel

Methodische und verfassungstheoretische Grundfragen

I. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte	17
1. Wintrich und Dürig als Wegbereiter	17
2. Verfassungstext und systematischer „Dreischritt“ (Enders) des Art. 1 GG	19
3. Ständige Rechtsprechung und (noch) herrschende Lehre: Unabänderlichkeit und absoluter Schutz der grund- rechtlichen Menschenwürdegehalte	20
4. Skeptische Stimmen und besondere Begründungslast für Menschenwürdegehalte	23

a) Zunehmende Erosion der herrschenden Meinung zur Änderungs- und Abwägungsfestigkeit grundrechtlicher Menschenwürdegehalte	23
b) Das Höflingsche Konkretisierungsdilemma	31
c) Gründe für die Begründungslast: Verfassung als Rahmenordnung – Unbestimmtheit des Menschenwürdebegriffs	32
d) Unerfüllte Konkretisierungsaufgabe – auch aufgrund Alexys Kritik an absoluten Rechten	34
II. Wille des Verfassungsgebers als Auslegungsziel: Sprachtheorie und Entscheidungstheorie	36
1. Sprecherintention	37
2. Der Wille des Gesetzgebers als Gruppenintention – Gesetzgebung als gemeinschaftlich-zweckorientiertes Sprachhandeln	38
3. Der Gruppenwille – auch der unterlegenen Minderheit – zum gemeinsamen Beschluss eines Gesetzes	39
4. Wie weit reicht der empirische Überschneidungsbereich des Gruppenwillens – und wie weit bedarf es ergänzender normativer Zuschreibungen?	40
a) Notwendigkeit der Rekonstruktion des kollektiven Willens als bloße normative Zuschreibung (Poscher)?	40
b) Die entstehungszeitliche Wortlautbedeutung als gemeinsamer Rahmen des Gruppenwillens	41
c) Keine Begrenzung auf paradigmatische Anwendungsfälle – Berücksichtigung eines Delegationswillens – Beispiel des Altenpflege-Urteils	42
5. Subjektiv-historische Auslegung als historische Hypothesen- bildung auf normativer Grundlage	45
III. Verfassungstheoretische Grundlagen der subjektiv- historischen Auslegung	46
1. Demokratie, Gewaltengliederung und Rechtsstaat als Gründe für das subjektiv-historische Auslegungsziel	47
2. Die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes – Narration, nicht Fiktion	49
3. Die demokratische Schlagkraft des „Originalism“	52
4. Der Vorrang der Verfassung und seine richterliche Kontrolle – Entstehung in den Vereinigten Staaten	54
a) Marbury v. Madison (1803) war kein „Urknall“: Die kontinuierliche Entwicklung des Prüfungsrechts – und Federalist No. 78	56
b) Die Verfassungskontrolle lag zwischen Marbury und Dred Scott (1857) nicht in einem „Dornröschenschlaf“	59

5. Adoption und Ausbau des nordamerikanischen Modells durch das Grundgesetz	60
6. Grundrehtedemokratie und Grenzen der Mehrheits- herrschaft	61
a) Das Menschenrecht auf Demokratie und seine Mediatisierung durch das Menschenrecht auf Staatsbürgerschaft	62
b) Weitere Grundrechte als Konkretisierung des demokratischen Status gleicher Freiheit	63
7. Grundrehtedemokratie und Verfassungsänderungen	64
8. Verfassung als demokratische Selbstbindung: Odysseus und die Sirenen bei Baruch de Spinoza und Jon Elster	65
9. Notwendigkeit des „Positivierungsnachweises“ (Jestaedt)	66
IV. Das subjektiv-historische Auslegungsziel und die juristischen Argumentformen – Entstehungsgeschichte im Kontext der Methodenlehre	67
1. Gewichtung der Auslegungsmethoden	67
2. Wortlaut	70
a) Wortlaut als Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung – offensichtliches Redaktionsversehen als Ausnahmefall	70
b) Wortlautgrenze und objektiver Empfängerhorizont	70
c) Unterschiede zur Deutung von Meinungsäußerungen	71
3. Systematik	73
a) Bezugspunkt der systematischen Auslegung – Berücksichtigung des Willens anderer Gesetzgeber durch den Gesetzgeber der Ausgangsvorschrift	73
b) Grundsatz der kohärenzsteigernden systematischen Auslegung – Ausnahmen	74
c) Grundrechtskollisionen und Abwägung von Grundsatznormen als Unterfall der systematischen Auslegung	74
d) Auswirkungen höherrangiger Vorschriften – verfassungs- konforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung ...	75
e) Identitätskonforme Auslegung von Grundgesetzänderungen	76
4. Entstehungsgeschichtliche Indizien und ihre Würdigung	77
a) Besonderes Gewicht plenumsöffentlicher Materialien	77
b) Einbeziehung auch von nicht-plenumsöffentlichen Indizien – etwa von Ausschussprotokollen	77
c) Einzeläußerungen: grundsätzliche Verwertbarkeit – erhöhter Kontextualisierungsbedarf	79
d) Grenzen des vertretbaren Aufwands – und der Leistungsfähigkeit der entstehungsgeschichtlichen Auslegung in vielen Fällen	81
e) Gewichtung entstehungsgeschichtlicher Argumente	81

5. Gebot der Ausschöpfung der Canones – Auswertung der Entstehungsgeschichte unabhängig vom Grundlagenstreit um das Auslegungsziel	82
6. Realbereich und Folgenberücksichtigung: Extrajuridisches Wissen	83
7. Rechtsprechung und Gesetzgeberwille	85
a) Irrelevanz der Rechtsprechung bei eindeutigen anderweitigen Ergebnissen	86
b) Epistemische Ebenbürtigkeit („epistemic peerhood“) als Grundlage für die Bedeutung der Rechtsprechung in der Auslegung	86
c) Grundsätzlicher Nachrang einer gegenläufigen Rechtsprechung – Stichentscheidfunktion in seltenen Fällen	88
d) Konkretisierungsfunktion gleichläufiger Rechtsprechung	89
e) Konsistenz der Rechtsprechung als entscheidender Gewichtungsfaktor	89
f) Argumentationslastregel – Verbreiterung der Verständigungsbasis – Gefahr des „Verfassungsgerichtspositivismus“ (Schlink)	89
g) Die gebotene Kontextualisierung der Rechtsprechung (Lepsius) – Beispiel der Entscheidung zur rückwirkenden Klarstellung im Steuerrecht	91
h) Folgerungen des Kontextualisierungsgebotes für Zitierpraxis und Präjudizienwürdigung	93
i) Verallgemeinerbarkeit und Begründungstiefe von Entscheidungen als Grenzen ihrer Kontextualisierung	94
j) Tragende Gründe und obiter dicta	96
8. Verfassungspraxis, herrschende Lehre und offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten	98
V. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz	99
1. Entwicklung der Originalismus-Debatte	99
2. Die maßgebliche Ebene der Allgemeinheit für den Festlegungswillen des Gesetzgebers	103
a) Die Festlegungsthese („fixation thesis“) und die Unterscheidung von konkreteren Anwendungsvorstellungen („original expected applications“) und der Festlegung allgemeinerer Grundsätze	103
b) Fehlende Wertneutralität einer pauschalen Festlegung auf die spezifischsten historischen Anwendungsvorstellungen	105
3. Intendierte Anwendungsfälle – Anwendungsminimum oder Anwendungsmaximum?	106
4. „Vorstellungshorizont“ des Verfassungsgebers: konkret oder allgemein?	107
5. Ein Beispiel: Der U. S. Supreme Court und die Smartphones – Riley v. California (2014)	108

6. Abstrakte Wortlautfassung als allgemeines Indiz – konkreter Befund für das Grundgesetz	110
7. Grenzen der Dynamik – „denkender Gehorsam“ statt Verfassungsfortbildung	111
a) Konkretisierende Auslegung von Grundsatznormen statt rechtsfortbildende „Construction“ – Abgrenzung von Jack Balkins „Framework Originalism“	112
b) Positivistisch gebändigte Dynamik nach dem Modell der Grundsatznormen	113
c) Entstehungsgeschichtlich gewollte Grenzen einer dynamischen Verfassungsfortbildung	115
VI. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entstehungsgeschichte	117
1. Der Kontrast zwischen der Wahrnehmung der frühen Rechtsprechung und der tatsächlichen Auslegungspraxis	118
2. Der zweite Leitsatz des Wohnungsbau-Urteils „revisited“: Die Zweifelsbehebungsfunktion der Entstehungsgeschichte ...	119
3. Umdeutung der Aussagen aus dem Wohnungsbau-Urteil in späteren Entscheidungen	121
4. Vielfalt der auslegungstheoretischen Aussagen neben dem Wohnungsbau-Urteil	122
a) Sachdienlichkeit der Entstehungsgeschichte – „in der Regel“ oder „nicht unbedingt“ ausschlaggebende Bedeutung – „besonderes Gewicht“ bei Zuständigkeitsvorschriften	123
b) Subjektiv-historische Ausrichtung im Beschluss zu Nachflucht- tatbeständen (1986) und der Folgerechtsprechung	124
5. Renaissance der Entstehungsgeschichte in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	125
6. Der Wille des Gesetzgebers und der Wille der verfassungs- gebenden Gewalt in der Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts	126
7. Fazit zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entstehungsgeschichte	129
VII. Menschenwürde zwischen Universalität und Vielfalt im europäischen, internationalen und transnationalen Kontext des offenen Verfassungsstaates	131
1. Grundrechtsschutz in Europa – Verfassungsppluralismus und nationale Perspektive	132
2. Menschenwürde und integrationsfester Identitätskern des Grundgesetzes	135

3. Grundgesetz als offene Verfassung	136
a) Gebot menschenrechtsfreundlicher Auslegung (Art. 1 Abs. 2 GG) .	136
b) Geltung der Charta der Grundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten – souveränitätskonforme Auslegung der Rechtsprechung des EuGH	142
c) Globaler Konstitutionalismus und Achtung fremder Rechts- anschauungen – Beispiel der Auslieferung bei lebenslanger Haft ...	143
VIII. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	143
1. These der Hoffnung auf eine bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	144
a) Überwiegende Gründe genügen: Zurückweisung der Eindeutig- keitsthese – Unterscheidung von epistemischer Unsicherheit und inhaltlicher Unbestimmtheit	145
b) Verfassungsbildung ist nur bei einem exakten Auslegungspatt notwendig	146
c) Richterliche Zurückhaltung (judicial restraint) bei fehlender Eindeutigkeit als Ausweg?	149
d) Verfassung als hinreichend dichtes Gewebe: Notwendigkeit der Verfassungsbildung nur in einer Minderheit der schwierigen Fälle	151
e) Die Rolle der gerichtlichen Beratungskultur: Bundesverfassungs- gericht und U. S. Supreme Court im Vergleich	152
2. Orthodoxe Rechtstheorie (nach Kelsen und Hart): Notwendigkeit von Rechtsfortbildung schon bei fehlender Eindeutigkeit	153
a) Das Lückenmodell des Rechts – oder: der juristische Marathonlauf	156
b) Das „Gummibandmodell“ (oder Zäh-Masse-Modell) des Rechts (Poscher)	157
c) Widerspruch zur tatsächlichen Argumentationspraxis	158
3. Zur Vereinbarkeit von schöpferischer Maßstabsbildung im Entdeckungskontext und besserer Antwort im Rechtfertigungskontext	160
4. Rechtliche Grundbegriffe als wertbezogene „interpretative“ (Dworkin) oder „essentiell streitbefangene“ (Gallie) Begriffe: Rechtswissenschaft als (eigenständiger) Zweig der politischen Philosophie	162
5. Die „Feuerwand“ des positiven Rechts als System- grenze (Jestaedt) – und ihr nichtpositivistisches normatives Fundament	164
a) Humes Prinzip (Sollen muss auch aus einem Sollen begründet werden) und Kelsens Strategie der lediglich hypothetischen oder fiktionalen Rechtsgeltung	165

b)	Das Recht zur Verfassungsgebung – vorverfassungsrechtliche Maßstäbe und positivrechtliche Brückennormen	168
c)	Subjektiv-historische Auslegung: Hermes statt Herkules als Leitbild der Rechtsanwendung	170
d)	Die Normen, die die positivistische Feuerwand des Rechts begründen, sind Grundsatznormen, nicht Alexysche Prinzipien ...	172
6.	Überlegungsgleichgewicht („reflective equilibrium“) als Erkenntnismodell	172
a)	Ethischer Kognitivismus – nochmals: Zurückweisung der Eindeutigkeitsthese und Unterscheidung von Ungewissheit und Unbestimmtheit normativer Wertungen	173
b)	Die „Bürden des Urteilens“ (Rawls) und die Einsichten der empirischen Psychologie in die Fehleranfälligkeit unserer Überzeugungen	174
c)	Reflective Equilibrium bei Rawls und Dworkin	176
7.	Paradigmatische Meinungsverschiedenheiten?	178
8.	Die Frage nach der „einen richtigen Antwort“ als rechtsdogmatische Frage	178

2. Kapitel

Entstehung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG

I.	Herrenchiemseer Entwurf	181
1.	Art. 1 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 HChE als Vorläufer für Art. 1 GG	182
a)	Die textlichen Parallelen zu Art. 1 GG	182
b)	„Die Würde der menschlichen Persönlichkeit zu achten und zu schützen“ – Nawiaskys Fassung des Art. 1 Abs. 2 HChE	183
c)	„Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar.“ – Beyerles Vorschlag	184
d)	„In keinem Falle einschränkbar“ – Art. 1 Abs. 2 HChE als „nicht suspendierbares“ Grundrecht der Menschenwürde	185
2.	„Der Staat ist um des Menschen willen da“ – Art. 1 Abs. 1 HChE	187
3.	Beseitigungsverbot für die Grundrechte (Art. 21 Abs. 1 HChE) und Grenzen der Verfassungsänderung aus Art. 108 HChE ...	189
II.	Zu den Beratungen über Artikel 1 im Parlamentarischen Rat ...	191
1.	Zur Quellenlage	191
2.	Überblick über den Ablauf der Beratungen	192
3.	Zur Bedeutung der Beratungen im Grundsatzausschuss	195
III.	Ausschuss für Grundsatzfragen: Grundrechte und Menschenwürde in den ersten drei Sitzungen	196

1. ‚Es gilt, die Dinge zu konkretisieren.‘	196
2. ‚Das Pathos des Dauernden‘ (Heuss): ‚Ewigkeitsgehalt‘ der Grundrechte trotz provisorischer Verfassung	199
3. ‚Proklamation, Deklaration und Rechtssatz‘: Erster Vorschlag zur Formulierung der Menschenwürdegarantie von Theodor Heuss	200
IV. Erste Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	201
1. Artikel 1 als systematischer Dreischritt vom Naturrecht zu den Grundrechten	202
2. ‚Fluktuierendes‘ Naturrecht – ‚Beweglichkeit der Grundrechtssätze‘ in der Auslegung	203
3. Änderbarkeit der ‚Formulierungen‘ bei ‚manchen‘ Grundrechten zur Anpassung an die ‚Erfordernisse und Bedürfnisse der Zeit‘	203
4. Naturrechtsdebatte und Änderungsfestigkeit der Grundrechte	205
a) Naturrechtliche Position – Verbot der ‚völligen‘ Beseitigung der Grundrechte	207
b) Positivistische Deutung der ‚ewigen Rechte‘ bei Theodor Heuss ...	209
c) ‚Historisches Naturrecht‘ bei Carlo Schmid	210
d) ‚Solange das Grundgesetz besteht‘ – Beseitigungsfestigkeit der Grundrechte als gemeinsamer Nenner der Naturrechtsdebatte	218
5. ‚Der Staat ist um des Menschen willen da ...‘ – ‚Meine Herren, was für ein Deutsch!‘ – staatstheoretische Grundhaltungen bei Schmid und Heuss	218
6. Menschenwürde als ‚nicht interpretierte These‘ bei Theodor Heuss	221
a) Keine Interpretation der vorpositiven Begründung	222
b) Keine Interpretation als vorpositives ‚Recht‘	222
c) Die ewigen Rechte als These, ‚die ihre Interpretation in den Art. 2, 3, 4, 5 erhält‘	226
d) Fazit: Menschenwürde als nur mit Blick auf ihre Begründung und vorpositive Geltung ‚nicht interpretierte‘ These	227
7. Menschenwürde als ‚Mindeststandard‘ und ‚absolute Schranke‘	228
8. Artikel 1 als ‚Verkörperung‘ des Verbotes, die Grundrechte zu beseitigen	230
a) Verhältnis zum Beseitigungsverbot des Art. 21 Abs. 1 HChE	230
b) Identitätsklausel des Art. 108 HChE	232
9. Fassung der ersten Lesung des Grundsatzausschusses	232

V.	Zweite Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	233
1.	„Nicht um ihretwillen sind die gewährleistet.“ – Richard Thomas „Kritische Würdigung“	233
2.	„Jeder Artikel für sich“ – Menschenwürdegehalt und Beseitigungsfestigkeit aller Grundrechte	237
3.	Folgerungen aus der Beseitigungsfestigkeit der Grundrechte für den Grundrechtscharakter der Menschenwürdegarantie ..	240
4.	Vereinte Nationen als Vorbild für die Verknüpfung von Menschenwürde und Menschenrechten	241
5.	Auslegung „im Wandel der Zeit“	244
6.	Repräsentativität der Aussagen v. Mangoldts zur „Beweglichkeit“ der Grundrechtssätze in der Zeit	246
7.	Fassung der zweiten Lesung des Grundsatzausschusses	249
VI.	Dritte Beratung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	249
VII.	Zweite Lesung des Artikel 1 im Hauptausschuss – „Unverletzlich“ als rechtsphilosophisch neutrale Kennzeichnung der positivrechtlichen Unverfügbarkeit	251
VIII.	Die Kontroversen über Artikel 1 zwischen Redaktionsausschuss und Grundsatzausschuss	253
1.	Konfrontation und Annäherung – die ersten beiden Fassungen des Redaktionsausschusses	254
a)	Erste Fassung	254
b)	Zweite Fassung	256
2.	Die dritte Fassung des Redaktionsausschusses als Adaption des Konzeptes des Grundsatzausschusses	257
a)	„Die Verbindung stellt sich von selbst ein.“ – Dehler zum Verhältnis von Menschenrechten und Grundrechten	258
b)	„Aus diesem Bekenntnis heraus“ – Grundrechte als Konkretisierung der Menschenrechte	258
3.	„In erster Linie verpflichtet, sie auch selbst zu achten“ – Schutzpflicht und Achtungspflicht	260
a)	„Sie zu achten, ist oberste Pflicht ...“ – Reaktion des Grundsatz- ausschusses auf die Aufnahme der Achtungspflicht in die erste Fassung des Redaktionsausschusses	261
b)	„Unantastbar“: „ein scheußliches Wort“ – Reaktion des Grundsatz- ausschusses auf die zweite Fassung des Redaktionsausschusses	263
c)	Keine Relativierung der Achtungspflicht für die Menschenwürde durch die Schutzpflicht für sie	266
d)	„In erster Linie verpflichtet, sie auch selbst zu achten.“ – Die Position des Redaktionsausschusses	267

IX.	„Mehr präambelmäßig ...“ – Zum Rechtssatzcharakter der Menschenwürdegarantie	269
1.	Einigkeit über den rechtlichen Verpflichtungscharakter in den sonstigen Beratungen	270
2.	Folgerungen für die Deutung der Äußerung v. Mangoldt	273
X.	Die letzten Beratungen zu Artikel 1 in Fünferausschuss, Redaktionsausschuss und interfraktionellen Besprechungen	275
1.	Entscheidung des Fünferausschusses für die Fassung des Redaktionsausschusses	275
2.	Die inhaltlichen Änderungen durch den Fünferausschuss	276
a)	„Das Deutsche Volk bekennt sich darum ...“ – Menschenwürde und Menschenrechte	277
b)	„Die nachfolgenden Grundrechte ...“, statt „Diese Grundrechte“ – Unterscheidung zwischen Menschenrechten und Grundrechten	278
c)	„Grundlage“ der menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt	279
3.	Letzter Vorschlag Redaktionsausschuss, interfraktionelle Besprechungen und Verabschiedung des Grundgesetzes	280
a)	„Unmittelbar Rechtscharakter“ – Streichungsvorschlag für Art. 1 Abs. 1 und 2 im „Vereinfachten Entwurf“ der SPD: Interfraktionelle Sitzungen vom 28. April 1949	280
b)	Letzte Fassung Redaktionsausschuss, interfraktionelle Besprechung vom 3. Mai 1949, vierte Lesung im Hauptausschuss und dritte Lesung im Plenum	283
XI.	Entstehungsgeschichte der Identitätsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG	285
1.	Herrnchemseer Entwurf (Art. 21 Abs. 1 und Art. 108 HChE) und Beratungen im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates	285
2.	Überblick über den weiteren Ablauf der Beratungen im Parlamentarischen Rat	286
3.	Kombinierter Ausschuss und Organisationsausschuss	288
a)	„Wenn der Himmel einfällt, sind alle Spatzen tot.“ (13. Sitzung)	288
b)	„Eine Reihe von konsequent aneinander gefügten Maßnahmen“ (Schwalber) – Schutz der Bundesstaatlichkeit (14. Sitzung)	289
c)	„Ein Mosaik von Anträgen“ (de Chapeaurouge) (14. Sitzung)	291
d)	„Die Verfassung so von hinten her aus den Angeln zu heben“ (Finck) (16., 18. und 19. Sitzung)	291
4.	„Wenig realistisch“ – erste Fassung des Redaktionsausschusses und erste Lesung des Hauptausschusses	294

5. ‚Auf scheinbar legalem Wege‘ – erste Formulierung einer Identitätsgarantie durch den Redaktionsausschuss (16. Dezember 1948)	295
6. ‚Das Dritte Reich hat damit manipuliert‘: Letzte Diskussion im Organisationsausschuss (29. Sitzung)	296
7. ‚Die Maske der Legalität‘ – Zweite Lesung im Hauptausschuss	299
8. Nichtaufnahme der Wesensgehaltsgarantie und der Rechtsweggarantie – dritte und vierte Lesung im Hauptausschuss und zweite Lesung im Plenum	301
9. Fazit zur Entstehung des Art. 79 Abs. 3 GG	304
a) Anknüpfung an die Beratungen im Grundsatzausschuss durch den Verweis auf die maßgeblich dort entwickelten Grundsätze des Art. 1 GG	304
b) Schutz auch im Vorfeld einer Revolution	304
c) Verbindung zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte	306
XII. Mindeststandard gleicher Freiheit als Quelle von Menschenwürdegehalt aller Grundrechte	307
1. ‚Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden.‘ – Ergänzung des Gleichheitssatzes in den Fassungen des Grundsatzausschusses	308
2. ‚Das ist die Verbindung von Gleichheitssatz und Freiheitssatz.‘ – ‚minimum standard of free society‘ bei v. Mangoldt	310
a) Grundsatzausschuss	310
b) Zweite Lesung des Hauptausschusses und Schriftlicher Bericht	311
c) Absoluter Schutz des Mindeststandards und Verbindung zu den besonderen Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG	312
3. ‚Nur sagen kann man es nicht.‘ – Historische Untiefen des Konzepts	313
a) ‚Zigeuner‘ und ‚nordische Rasse‘ im Parlamentarischen Rat	313
b) „Rasse“ als biologisch weithin unzutreffende, aber gesellschaftlich weiterhin bedeutsame Identitätszuschreibung – auch bei historischer Auslegung des Begriffs in Art. 3 Abs. 3 GG ..	315
c) „Separate but equal“ – v. Mangoldts Vorstellungen zum ‚Rassenrecht‘ und ihr historischer Kontext zwischen „Plessy“ (1896) und „Brown“ (1954)	318
d) Die „standard maxim for free society“ bei v. Mangoldt (1938) – und ihre Grenzen (etwa für Verbote von ‚Eheschließungen und außerehelichem Verkehr zwischen Farbigen und Weißen‘)	322
e) Von Mangoldt zu „Rassenrecht und Judentum“ (1939) – und Adolf Hitlers Rede von der ‚Würde eines höheren Menschentums‘	324

4. Abraham Lincoln als Quelle der „standard maxim for freedom“	326
a) Das Dred Scott-Urteil (1857): Die rassische Definition des amerikanischen Volkes – und ihre Widerlegung im Sondervotum von Justice Benjamin Curtis	326
b) Eigentum an Menschen als Institut der nationalen Verfassung: „Freedom national“ versus „slavery national“ als zentrale Streitfrage zwischen Republikanern und Demokraten vor dem Bürgerkrieg	328
c) ‚And no one misunderstood them.‘ – die Unabhängigkeitserklärung im Dred Scott-Urteil	330
d) Lincolns Rede vom 26. Juni 1857 zum Dred Scott-Urteil: Gleichheit als ein zukunftsgerichtetes Ideal	332
e) „A new birth of freedom“ – Lincolns Verweis auf die Unabhängigkeitserklärung in seiner Rede von Gettysburg (1863) und die Reconstruction Amendments	336
5. ‚[A]ll men are created equal‘ – Die amerikanische Unabhängigkeitserklärung (1776) und der Wille ihrer Verfasser	337
a) ‚This they said, and this they meant.‘ – Das zeitgenössische Verständnis der Unabhängigkeitserklärung	337
b) Der Sklavenhandel als Verletzung der ‚heiligsten Rechte des Lebens und der Freiheit‘ in Jeffersons erstem Entwurf der Unabhängigkeitserklärung	340
c) Sklavenhandel als Handel mit „Menschen“ („MEN“) – Jeffersons erster Entwurf als Indiz für ein weites Verständnis des Begriffs „MEN“ auch in dem Satz „all men are created equal“ ..	341
d) Jeffersons Pläne für die Abschaffung der Sklaverei und sein Briefwechsel mit Benjamin Banneker	341
e) Jeffersons Forderung nach einer Trennung der „Rassen“ – und seine Beziehung zu Sally Hemings	344
f) ‚All men are born free and equal‘ – Die Verfassung von Massachusetts und der Quok-Walker-Case von 1783	347
g) Sklaverei im Kontext der Verfassungsgebung von 1787: Die Strategie des Schweigens und Vertagens	348
h) Benjamin Franklins Eintreten gegen die Sklaverei	349
i) Der Kontext für v. Mangoldts Thesen des Jahres 1938 – Die deutsche Staatsrechtslehre und die „Rassenfrage“	350
6. Fazit bis 1945 – Brüche, Diskontinuitäten und Dynamik in der Geschichte des Gleichheitssatzes	352
7. Wandel der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in den Vereinigten Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg	353
a) Von Plessy v. Ferguson zu Brown v. Board of Education (1954): Aufgabe der Separate-but-equal-Doktrin durch den U. S. Supreme Court	354

b)	Diskreditierung der Separate-but-equal-Doktrin durch die nationalsozialistische Rassenlehre: Perez v. Sharp (1948) als Vorläufer zu Loving v. Virginia (1967)	355
8.	Folgerungen für Gleichheitssatz und Menschenwürdegehalte .	357
a)	Keine Festlegung auf eine Separate-but-equal-These im Grundsatzausschuss	358
b)	Benachteiligungswirkung der „Rassentrennung“	359
c)	Getrennt kann nicht gleich sein – Gleichheitswidrigkeit der „Rassentrennung“ auch bei subjektiv-historischer Auslegung	360
9.	Zukunftsfähigkeit des Mindeststandards gleicher Freiheit	362
a)	„[T]he arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.“ – Entwicklungsfähigkeit des Gleichheitssatzes: 1776, 1868 und 1949	362
b)	Der Mindeststandard gleicher Freiheit als das Verbot diskriminierender Freiheitsbeschränkungen von menschenwürdeverletzender Intensität	365
c)	Die „tote Hand“ der Vergangenheit – und die Verfassung als Versprechen auf künftige Versöhnung („constitutional redemption“)	365
10.	Das gleiche Recht auf Ehe für alle Paare unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung als Menschenwürdegehalt des Persönlichkeitsrechts	366
a)	Die maßgebliche Konkretisierungsebene – und die Unabhängigkeit der Frage vom Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG	367
b)	Abstandsgebot (Gleichstellungsverbot) aus Art. 6 Abs. 1 GG?	368
c)	Biologische Zeugungsfähigkeit als Argument?	369
d)	Ausrichtung eines Abstandsgebotes gerade gegen gleichgeschlechtliche Partnerschaften?	371
e)	Die Unterscheidung von allgemeinem und konkretem Vorstellungshorizont mit Blick auf die gleichgeschlechtliche Ehe – Urteil des EGMR in der Sache Schalk und Kopf (2010)	372
f)	§ 175 RStGB und der Parlamentarische Rat – Richard Thomas Hinweis auf einen möglichen Verstoß gegen das allgemeine Freiheitsrecht	374
g)	Das Ehegrundrecht für gleichgeschlechtliche Paare als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Gleichheitsgrundsätze	377
h)	Die „Ehe für alle“ unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung als von der Menschenwürde gebotener Mindeststandard gleicher Freiheit	380
XIII.	Nationalsozialistische Menschenrechtsverletzungen als wiederkehrender Bezugspunkt für den Parlamentarischen Rat ...	384
1.	Menschenwürdegarantie	384
2.	Leben und körperliche Unversehrtheit	386

a) Holocaust als paradigmatische Menschenwürdeverletzung	386
b) „Euthanasie“-Morde	387
c) „Schreckliche Dinge in den Konzentrationslagern“ – Folter, Zwangssterilisationen und ärztliche Experimente als intendierte Anwendungsfälle des Rechts auf körperliche Unversehrtheit	389
3. Weitere Grundrechte	390
4. Zeitgenössisches Schrifttum	393
5. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur historischen Bedeutung des Nationalsozialismus für die Entstehung des Grundgesetzes	394
6. Fazit	397
XIV. Sieben zusammenfassende entstehungsgeschichtliche Thesen	398
1. These des Menschenwürdegehalts aller Grundrechte – Menschenwürde als fundamentaler Status der Freiheit und Gleichheit und Bündel grundrechtlicher Menschen- würdegehalte	399
2. These des absoluten Schutzes des Achtungsanspruchs für die Menschenwürde und der abwehrrechtlichen Menschen- würdegehalte	402
3. These des Grundrechts der Menschenwürde	404
4. These eines historischen Minimum intendierter Anwendungsfälle	405
5. These der Unabhängigkeit der Menschenwürde von geistigen Fähigkeiten	405
6. These eines egalitären Menschenwürdekerns aller Grundrechte – Das Verbot schwerwiegend diskriminierender Grundrechtsbeschränkungen als ein Mindeststandard gleicher Freiheit	407
7. These der dynamischen Entwicklungsfähigkeit der Menschen- würdegehalte („Living Originalism“)	408

3. Kapitel

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde

I. Überblick	411
II. Grundsätzliche Aussagen zur Menschenwürde	414
1. Oberster Wert und oberstes Konstitutionsprinzip	414
2. Sozialer Wert- und Achtungsanspruch des Menschen um seiner selbst willen	415

3. „Objektformel“	417
a) Ausprägungen der Objektformel	417
b) Rechtliches Gehör und faires Verfahren als frühe Anwendungsfelder ab 1957	419
c) Objekt und „bloßes“ Objekt	421
4. Verbot, die Subjektqualität grundsätzlich in Frage zu stellen („Subjektformel“)	421
a) Erste Verwendung der Subjektformel im Abhörurteil – als Unterfall der aufgegebenen Formel von der ‚verächtlichen Behandlung‘	422
b) Subjektformel als zusätzliche Möglichkeit der Menschenwürdeverletzung oder als Unterfall der Objektformel	424
c) „Vermisstenlassen der Achtung“ und „Missachtung“ als Unterfälle des Infragestellens der Subjektqualität	424
d) Die Kritik an der Objektformel im Abhörurteil, das Eingeständnis der „Grenzen“ ihrer „Leistungskraft“ (Urteil zur Wohnraumüberwachung) und die Verknüpfung mit der Subjektformel im NPD-Urteil	426
5. Menschenwürde als Grundrecht und als Fundament „aller Grundrechte“	428
a) Grundrecht	428
b) Wurzel oder Fundament „aller Grundrechte“	430
6. Menschenwürde als Freiheit: Letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit und absolut geschützter Achtungsanspruch	431
a) Selbstbestimmung und Gemeinschaftsgebundenheit der Person – Wahrung von Eigenwert und Eigenständigkeit	431
b) Abwehrrechte und Schutzpflichten – Vorrang des Menschen vor dem Staat	432
c) Absolut geschützter Achtungsanspruch des Einzelnen – Begrenzung der Schutzpflicht auf damit vereinbare Mittel	434
d) Freiheit und Sicherheit	435
e) Terrorismusbekämpfung und Rechtsstaat: Freiheit für die Feinde der Freiheit	437
f) Achtungsanspruch als innentheoretisches Recht: Rechtsfertigungsausschluss unabhängig vom ein-, zwei- oder dreistufigen Prüfungsaufbau	438
g) Unantastbarkeit der Menschenwürde – Art. 1 Abs. 1 GG als Verbot der „Verletzung“ oder „Antastung“ der Menschenwürde	440
7. Der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung	441
a) Entwicklung	442
b) Absoluter Schutz nicht einer verräumlicht zu denkenden ‚Sphäre‘ höchstpersönlicher Inhalte, sondern bestimmter auf solche Inhalte bezogener Rechte	443

c) Absoluter Schutz und gewichtsbezogene Formulierungen: „sehr schwerwiegende“, „noch so gewichtige“ oder „überwiegende“ Interessen?	444
d) Menschenwürde und Wesensgehalt als Quellen	446
e) Registrieren und Katalogisieren der Persönlichkeit – „Innenraum“ und „Recht, in Ruhe gelassen zu werden“ – Persönlichkeitsprofile	446
f) Rundumüberwachung – Totalerfassung	448
g) Verhältnis zur „Intimsphäre“ – Recht Transsexueller auf personen- standsrechtliche Anerkennung	449
8. Menschenwürde als Gleichheit: Der Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit	451
a) „Menschenwürde ist egalitär“ (NPD-Urteil)	451
b) Menschenwürdewidrigkeit antisemitischer oder auf rassistische Diskriminierung zielender Positionen – Abgrenzung zur Würdigung von Einzeläußerungen mit Blick auf die Meinungsfreiheit	452
c) Menschenwürdewidrigkeit eines ethnischen Volksbegriffs, der zur Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit führt	453
d) Das gleiche Recht aller Bürger auf demokratische Teilhabe unabhängig von ihrer Abstammung als menschenrechtlicher Kern des Demokratieprinzips	454
e) Verbot diskriminierender Eingriffe in Leib, Leben und persönliche Freiheit – Religiöses Existenzminimum als Anwendungsfall	458
f) Wandel der Rechtsprechung zu gleichgeschlechtlichen Beziehungen	460
9. Menschenwürde als Teilhaberecht: Der Anspruch auf demokratische Teilhabe an der politischen Willensbildung	461
a) Verankerung des Anspruchs auf Demokratie (auch) in der Menschenwürdegarantie	461
b) Der „Menschenwürdegehalt politischer Selbstbestimmung“ des Wahlgrundrechts (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) – und das Recht auf Staatsbürgerschaft als Brücke	463
c) Unabhängigkeit vom Streit um die Wirkung des Wahlgrund- rechts gegenüber der Europäischen Union	464
III. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als Grenze für Verfassungsänderungen	465
1. Vom Grundrechtsschutz aus Art. 1 GG zum „Menschen- würdegehalt“	465
a) Bodenreform-Urteil (1991): Zusammenwirken aller drei Absätze des Art. 1 GG	465
b) Gleichsetzung von „Menschenwürdegehalt“ und Verfassungs- identität mit Blick auf Art. 1 GG (Urteil zur Wohnraum- überwachung von 2004)	466

c) „Kernelemente“, „Kerngehalt“, „Menschenwürdekern“, „Substanz“	467
d) Kernbereich privater Lebensgestaltung als Menschenwürdekern der betroffenen Grundrechte (Urteil zum BKA-Gesetz von 2016)	468
e) Aber: Aufhebbarkeit des Asylgrundrechts nach dem Drittstaaten-Urteil von 1996	468
f) Menschenwürdegehalt und Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG): Unterscheidung nach Bindungsadressaten	469
2. Allgemeine Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Identitätsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)	469
a) Von der Modifizierbarkeit der Grundsätze selbst (Abhörurteil) zur Modifizierbarkeit (nur) ihrer positivrechtlichen Ausprägungen (Bodenreform-Urteil)	469
b) Schutz auch vor schleichender Aushöhlung als Zweck der Identitätsgarantie	470
c) Abwägungsfestigkeit der von der Identitätsgarantie geschützten Verfassungsinhalte	473
3. Verfassungsänderungsfeste Menschenwürdegehalte einzelner Grundrechte	474
a) Grundelemente von Eigentumsgrundrecht und Gleichheitssatz (Bodenreform-Entscheidungen)	474
b) Wohnraumüberwachung: Wohnungsgrundrecht und Persönlichkeitsrecht	474
c) Wohnraumüberwachung: Ehe und Familie, Elterngrundrecht, Religionsfreiheit (Geistliche) und Recht auf faires Verfahren (Strafverteidiger)	475
d) Gerichtsschutz oder ‚gleichwertige‘ unabhängige Rechtskontrolle als Willkürschutz (Abhörurteil) – Anspruch auf Benachrichtigung bei geheimen Eingriffsmaßnahmen?	476
IV. Menschenwürde, Identitätsgarantie und Europa in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	481
1. Die Entwicklung von Solange-I (1974) bis Solange-III (2015)	481
a) Die Solange-II-Formel von der generellen Verbürgung des Wesensgehalts der Grundrechte	481
b) Das Urteil zum Europäischen Haftbefehl von 2005 als Vorläufer der Identitätskontrolle am Maßstab der Menschenwürde: Einzelfallprüfung (auch) der Menschenwürdegarantie bei der Auslieferung	482
c) Das Lissabon-Urteil (2009): Formel vom im Wesentlichen gleichkommenden Grundrechtsschutz und Identitätskontrolle mit zunächst unklaren Folgen für den Menschenwürdegehalt	483
d) Der Solange-III-Beschluss zum Europäischen Haftbefehl (2015): Einzelfallkontrolle von Menschenwürdeverletzungen – Nichtanwendbarkeit von Solange-II auf den Menschenwürdekern	484

2.	Zum tragenden Charakter der Aussagen zur Identitätsgarantie in Solange-III – und zum Kriterium der unionsrechtlichen Determinierung	485
a)	Alles nur obiter dicta? – Tragender Charakter aufgrund der (zu) weiten Definition des Kriteriums der unionsrechtlichen Determinierung durch den Zweiten Senat	486
b)	Nachfolgende Kammerrechtsprechung: Auslieferungsverkehr wird durch den Rahmenbeschluss „zumindest teilweise“ unionsrechtlich determiniert	488
V.	Objektformel und Urteil zum Luftsicherheitsgesetz	489
1.	Verbot gezielter hoheitlicher Tötung Unschuldiger in nichtkriegerischen Lagen	489
a)	Objektformel – Tötung als Mittel zur Rettung anderer	489
b)	Objektformel – Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit	490
c)	Prognoseunsicherheiten als nicht allein tragendes, aber wichtiges ergänzendes Argument	491
d)	Subjektformel	492
2.	Keine Verletzung der Menschenwürde der Angreifer	492
3.	Eingrenzung auf nichtkriegerische Lagen	493
4.	Luftsicherheitsgesetz-Urteil und Abwägung von Leben gegen Leben	494
a)	Abwägungsverbot im ersten Abtreibungsurteil – die nationalsozialistische Missachtung des Lebens als Ausgangspunkt	494
b)	Urteil zum Luftsicherheitsgesetz – Verbot der Relativierung des Abwehrrechts nach Maßgabe der Lebensdauer	496
c)	Abwehrrecht als Unterfall der Schutzpflicht	497
d)	Begrenzung des Abwägungsverbots auf nichtkriegerische Angriffe und unschuldige Personen: Rekonstruktion nach dem Grundsatznormen-Modell	498
e)	Tragender Charakter der Aussagen zu Lebensgrundrecht und Menschenwürde	499
5.	„Ohnehin dem Tode geweiht“? – Verbot der Verrechnung von Lebenszeit auch bei sehr kurzer voraussichtlicher Lebensdauer	500
VI.	Kernbereich privater Lebensgestaltung – Konkretisierungen und Abwägungsfestigkeit	501
1.	Höchstpersönliche Inhalte – Zuordnung eines Sachverhalts zum Kernbereich	502
a)	Äußerungen innerster Gefühle oder unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität	502
b)	Kernbereichsrelevanz nichtöffentlicher Kommunikation mit Personen höchstpersönlichen Vertrauens	502

c) Kein Kernbereichsschutz von Kommunikationen oder Aufzeichnungen mit unmittelbarem Bezug zu konkreten Straftaten – Klarstellungen im Urteil zur Wohnraumüberwachung und im Urteil zum BKA-Gesetz	503
d) Intensitäts- und einzelfallbezogene Formulierungen	505
e) Abwägungsfestigkeit des Kriteriums des höchstpersönlichen Inhalts? – Rekonstruktion als abschließende Entscheidung einer Abwägung von Grundsatznormen	506
2. Allgemeine abwägungsfeste Rechte des Kernbereichsschutzes	508
a) Verbot gezielter Eingriffe in den Kernbereich (Urteil zum BKA-Gesetz)	508
b) Abbruchgebot, Lösungsgebot (mit Protokollierungsgebot) und Verwertungsverbot	508
3. Tagebuchbeschluss – Einigkeit über die Zulässigkeit einer ersten Sichtung	509
4. Wohnraumüberwachung	509
a) Absoluter Schutz höchstpersönlichen Verhaltens in der Wohnung .	510
b) Wahrscheinlichkeitsschwelle – der Streit zwischen Mehrheit und Sondervotum als Streit um die Abwägung von Grundsatz- normen	510
c) Erste Sichtung bei fehlender Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsberührung – automatische Aufzeichnungen	512
d) Anwendbarkeit dieser Maßstäbe auch in Gefahrenabwehr- konstellationen (Urteil zum BKA-Gesetz)	512
5. Online-Durchsuchung: Zweistufiges Schutzkonzept – Erhebungsverbot im Einzelfall	513
6. Die Eingriffsschwelle einer hinreichend konkretisierten Gefahr als abwägungsfeste Mindestanforderung im Vorfeld der Menschenwürdegarantie	514
7. Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG)	518
8. Erfordernis gesetzlicher Kernbereichsregelungen bei typischer- weise kernbereichsrelevanten Überwachungsmaßnahmen	520
VII. Weitere Konkretisierungen der Menschenwürde	
als Abwehrrecht	522
1. Verbot menschenunwürdiger Behandlung	522
a) Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung – Schikane	522
b) Verbot der Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK)	523
c) Verbot, die Substanz der Persönlichkeit zu brechen	524
d) Kein Verstoß durch zeitweilige Kontaktsperre – möglicher Verstoß durch langandauernde Einzelhaft	525

e) Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur): Verbot strafrechtlicher Verwertung erzwungener Aussagen (aber nicht unbedingt des Schweigens)	527
2. Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafe – Schuldgrundsatz und Gebot schuldangemessenen Strafens	528
3. Das Verbot, die Hand zu fremden Menschenwürde- verletzungen zu reichen, als Auslieferungshindernis (Solange-III)	529
a) Sachverhalt: Abwesenheitsverurteilung zu 30-jähriger Haft	530
b) Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im Strafprozess	530
c) Menschenwürdekern der Verteidigungsrechte	531
4. Menschenwürdige Haftbedingungen – Resozialisierung (soziale Integration)	532
5. Chance auf Freiheit bei lebenslanger Haft	533
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	533
b) Auswirkungen der Unterscheidung zwischen Rechtsstaatsprinzip und Menschenwürde auf Auslieferungshindernisse	535
c) Aufnahme und Fortentwicklung durch den EGMR: Menschenwürde als Kerngedanke („very essence“) des Konventionssystems	536
6. Grundrechtsschutz aus dem Demokratieprinzip (Art. 79 Abs. 3 i.V. mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) im Lissabon-Urteil	538
VIII. Schutzpflichten aus der Menschenwürde – Der Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter zwischen Absolutheit und Relativierbarkeit durch Abwägungen	538
1. Überblick	539
2. Schutzpflicht für das Leben	541
a) Objektiv-rechtliche Ableitung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG	541
b) Grundsätzliche Relativierbarkeit der Schutzpflicht für das ungeborene Leben durch Abwägungen	544
c) Abwägungsfester Kern der Schutzpflicht für das Leben?	545
3. Schutz der Menschenwürde vor individuell ehrerkrankenden Meinungsäußerungen und nicht-fiktionalen Kunstwerken	547
a) Absoluter Schutz vor individuell ehrerkrankenden nicht-fiktionalen Kunstwerken (Strauß-Karikaturen-Beschluss)	547
b) Soldaten-Urteil: Menschenwürde als abwägungsfeste Vorrang- entscheidung in der Abwägung von Grundsatznormen	547
c) Begründungsanforderungen aus der Meinungsfreiheit für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung	549

d) Benetton-Entscheidungen – keine Menschenwürdeverletzung durch Thematisierung von Leid in kommerzieller Werbung	550
4. Postmortaler Persönlichkeitsschutz	552
a) Abwägbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz im Mephisto-Urteil	552
b) Abwägungsfestigkeit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes nach der jüngeren Kammerrechtsprechung	553
c) Perspektiven: abwägbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz mit absolut geschütztem Menschenwürdekern	554
d) Kein postmortaler Würdeschutz gegen den eigenen Willen in der „Schutzbereichsperipherie“ – Kammerbeschluss zur Krypta im Industriegebiet (2016)	556
5. Menschenwürdeschutz der Vorbilder von Romanfiguren (Esra)	559
a) Aussagen zum absolut geschützten Kernbereich – Einbettung in abwägungsbezogene Formulierungen	560
b) Menschenwürde als Vorrangnorm in einer Abwägung von Grundsatznormen	562
c) Vermutung für Fiktionalität – Erfordernis des Nahelegens einer Tatsachenschilderung und Je-desto-Formel	563
d) Tabuisierung des Sexuellen durch die Je-desto-Formel? – Die Kritik der Sondervoten	564
e) Menschenwürdeverletzung (nur) bei Nahelegen einer Tatsachen- schilderung	567
f) Kammerbeschluss zum Theaterstück „Ehrensache“	569
g) Fazit: Esra-Beschluss und Abwägung von Grundsatznormen	570
6. Menschenwürde von Gruppen und Menschenwürde als Kollektivgut	572
a) Kollektivbeleidigungen – Soldaten-Urteil und Menschenwürde	572
b) Beschluss zur Holocaust-Leugnung	573
c) Zweierlei Menschenwürde – verfassungsrechtlich und einfach- gesetzlich (Wunsiedel-Beschluss)	576
d) Gattungswürde des Menschen? – Verfassungsrechtliches obiter dictum und einfachgesetzliche Ausführungen im „Tanz der Teufel“-Beschluss	576
7. Grenzen von Rechten an der Person eines anderen (Elternrecht)	579
8. Unmittelbare Drittwirkung der Menschenwürde gegen Angriffe Dritter?	580
a) Obiter dicta zur Antastung oder Verletzung der Menschenwürde durch Dritte	580
b) Vorbehalt des Gesetzes bei „Schutz durch Eingriff“	581

IX. Menschenwürde als Leistungsanspruch: das Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums	582
1. Rechtsprechung bis zum Hartz IV-Urteil	582
2. Hartz IV-Urteil (2010) und Folgerechtsprechung	583
3. Vorbehalt des wirtschaftlich Möglichen?	585
4. Menschenrechtliches Sprengpotential	586
X. Zusammenfassende Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	587
1. Allgemeine Formeln: Objektformel – Subjektformel – Vermisstenlassen der Achtung	587
2. Menschenwürde als Grundrecht – Menschenwürdegehalte der Grundrechte – Menschenwürde und Grenzen der Europäisierung	588
3. Absolut geschützter abwehrrechtlicher Achtungsanspruch	588
a) Kernbereich privater Lebensgestaltung als Ausprägung des Achtungsanspruchs	589
b) Abwägungsfestigkeit?	590
c) Luftsicherheitsgesetz und Abwägung von Leben gegen Leben	591
d) Weitere Konkretisierungen des Achtungsanspruchs	592
4. Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter	592
a) Menschenwürde als absolute Vorrangregel bei individuell ehrkränkenden Meinungsäußerungen und nichtfiktionalen Kunstwerken	593
b) Postmortaler Persönlichkeitsschutz	593
c) Schutz der Menschenwürde als Kollektivgut?	593
d) Schutz der Menschenwürde vor fiktionalen Kunstwerken	594
e) Schutzpflicht für das Leben	594
5. Leistungsanspruch auf Existenzminimum aus der Menschenwürde unter dem Vorbehalt des Möglichen	595
6. Fazit	595

4. Kapitel

Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte

I. Auslegung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG mit Blick auf die entstehungsgeschichtlichen Thesen	598
1. Wortlaut und Systematik	598
a) Die Menschenwürde „ist unantastbar“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG): Kategorische Geltung nach Wortlaut und Systematik	598
b) Systematischer Zusammenhang zwischen Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und Wesensgehaltsgarantie	600
c) Verhältnis von Unantastbarkeit, Achtung und Schutz	601

d)	Systematisches Verhältnis von Achtungspflicht und Schutzpflicht: erst „zu achten“, dann „zu schützen“	601
e)	Menschenwürde als Grund für das Menschenrechtsbekenntnis (Art. 1 Abs. 2 GG): „darum“	602
f)	Art. 1 Abs. 2 GG: „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ und „der Gerechtigkeit in der Welt“	603
g)	Bindungswirkung der „nachfolgenden Grundrechte“ (Art. 1 Abs. 3 GG): nur – oder auch?	603
h)	Der Verweis auf die „nachfolgenden“ Grundrechte als Distanzierung nur vom Menschenrechtsbekenntnis, nicht aber zur Menschenwürdegarantie	604
i)	Systematischer Vergleich zwischen der Verpflichtung „aller“ staatlichen Gewalt in Art. 1 Abs. 1 S. 2 und den Bindungsadressaten von Art. 1 Abs. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG	606
j)	Wortlaut und Systematik der Identitätsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG): „Grundsätze“, Berührung und Leichtgängigkeit von Verfassungsänderungen	607
k)	Notstandsregelungen und Verwirkungsregelung (Art. 18 GG) – Fehlen einer allgemeinen Notstandsklausel	609
l)	Ergebnis der Auslegung nach Wortlaut und Systematik	610
2.	Normgeschichte: Rechtsdokumente der Nachkriegszeit	611
a)	Vorgrundgesetzliche Landesverfassungen	611
b)	Charta und Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen	613
3.	Ergebnis der bisherigen Untersuchungen: Bestätigung der entstehungsgeschichtlichen Thesen	614
II.	Menschenwürdegehalte und allgemeine Grundrechtslehre	617
1.	Die Menschenwürdegehalte in der Grundrechtsprüfung	617
a)	Verhältnis von Menschenwürdegrundrecht und nachfolgenden Grundrechten: Partielle Subsidiarität und Spezialität (Höfling)	617
b)	Menschenwürdegehalt als Beschränkungsgrenze („Schranken-Schranke“) von Grundrechten: Die Prüfung der Verletzung der staatsgerichteten Achtungspflicht	618
2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägungsfestigkeit	619
a)	Erste Stufe: Kategorisches Verbot von Eingriffen zu illegitimen Zwecken	620
b)	Zweite und dritte Stufe: Kategorisches Verbot ungeeigneter oder nicht erforderlicher Eingriffe	621
c)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und Abwägung von Grundsatznormen	622
d)	Einheitliche Gewichtsskala des Grundgesetzes: Keine „überwiegenden“ Interessen bei absolutem Schutz	624
e)	Absolut geschützte Kerngehalte als <i>leges speciales</i> des Verhältnis- mäßigkeitsgrundsatzes	625

f) These der Teilidentität von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und absolut geschützten abwehrrechtlichen Positionen des Wesensgehalts und des Menschenwürdegehalts	626
3. Verhältnis von absolut geschützten und abwägungs-unbeständigen Grundrechtsgehalten	626
a) Abwägungsoffenheit (im starken Sinne potentieller Abwägungs-unbeständigkeit) als parteiliche Option	627
b) Höhere Begründungsrationalität durch außentheoretische Rechte?	629
4. Menschenwürdegehalte als Mindeststandard der grund-rechtlichen Wesensgehalte (Art. 19 Abs. 2 GG)	630
a) Zur Wesensgehaltsdiskussion – Grundkonsens über absoluten objektiven Schutz	630
b) Unterscheidung von Schutzgegenstand und geschütztem Recht	631
c) Unterscheidung von Wesensgehalt und Menschenwürdegehalt	633
d) Erst-Recht-Schluss vom Menschenwürdegehalt auf den Wesensgehalt	634
e) Die zwei Schichten des Wesensgehalts und Dürigs „durchgezogene Linie“ von Art. 1 zu Art. 79 Abs. 3 GG	635
5. Menschenwürde als Eingriffsabwehrrecht: Die Abwehrfunktion des Menschenwürdegehaltes der Grundrechte	635
a) Normtextliche Verortung der Abwehrfunktion (auch) in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG: Menschenwürde und Unantastbarkeit im schwächeren Sinn	635
b) Menschenwürde und Unantastbarkeit im stärkeren Sinn als paralleler Bedeutungsgehalt des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG	637
c) Identität von staatsgerichtetem Antastungsverbot (Art. 1 Abs. 1 S. 1) und Achtungspflicht (Art. 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG)	639
d) Achtungspflicht privater Dritter: Unmittelbare Drittwirkung – Parlamentsvorbehalt für konkretisierenden „Schutz durch Eingriff“	641
6. Menschenwürdegehalte und Verfassungsänderung	641
a) Junktum der Änderungsfestigkeit von Menschenwürdegarantie und nachfolgenden Grundrechten	641
b) Zulässigkeit von neuen Systematisierungen – bei Wahrung des spezialgrundrechtlichen Konkretisierungsgrades	641
III. Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde	643
1. Keine „Unausweichlichkeit“ von Kollisionen und Abwägungen mit Vorrang der Schutzpflicht	643
a) Die drei Schritte des Unausweichlichkeitsarguments – und die verwandte These einer Unausweichlichkeit von Kollisionen und Abwägungen zwischen subjektiven Rechten	643

b)	Normkollision nur bei Annahme einer Schutzpflicht, die Verletzungen der Achtungspflicht einschließt	645
c)	Bei Normkollision keine Unausweichlichkeit von ergebnis-offenen Abwägungen im Sinne Alexys	647
d)	Bei Kollision und Abwägung keine Unausweichlichkeit eines Vorrangs der Schutzpflicht	649
2.	Schutzpflichten als Abwehrrechte (gegen Duldungspflichten)?	650
3.	Abwehrrechte als Schutzpflichten (im weiteren Sinne)	652
4.	Abwägungsfestigkeit der Achtungspflicht – gleich, ob durch Eingrenzung der Schutzpflicht oder Vorrang der Achtungspflicht	653
IV.	Arten absolut geschützter Abwehrrechte	654
1.	Eingriffsverbote und Rechtfertigungsverbote	654
2.	Arten von Eingriffsverboten	654
a)	Mittelverbote oder „modal ausgerichtete“ Verbote (Höfling)	654
b)	Zweck-Mittel-Verbote	655
3.	Zweck-Mittel-Verbote: Beispiele zum Menschenwürdegehalt einzelner Grundrechte	656
a)	Hoheitliche Tötungen zu „eugenischen“ Zwecken (Lebensgrundrecht)	656
b)	Strafnormen zu dem „eugenischen“ Zweck, die Geburt von Kindern mit „belastetem“ Erbgut zu verhindern	657
c)	Illegitime Zwecke und als solches geringfügige Freiheitsbeschränkungen: das Beispiel des Judensterns	657
d)	Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen	658
e)	Verbot einer hoheitlichen Untersagung aller anderen Glaubensrichtungen zur Errichtung einer Staatsreligion (Glaubensfreiheit)	658
f)	Gedankenfreiheit (Persönlichkeitsrecht)	658
g)	Kommunikationsfreiheiten: Verbote allein wegen der geistigen Wirkung von Meinungen – Verbot, der jeweiligen Regierungspolitik zu widersprechen	659
h)	Kernbereich privater Lebensgestaltung – Verbot gezielter Ausforschung	661
4.	Rechtfertigungsverbote – Menschenwürdegehalte als „Trumpf“ gegenüber Kollektivgütern als Beispiel	662
a)	Verbot der Rechtfertigung hoheitlicher Tötungen oder Kindesentziehungen zugunsten von Kollektivgütern	662
b)	„Rechte als Trumpfe“ (Dworkin) oder „lexikalischer Vorrang“ der Grundrechte (Rawls)	664
5.	Abwägungsfest definierte Eingriffsschwellen	666

V. Mindeststandard gleicher Freiheit – Konkretisierungen	667
1. Privatschulfreiheit – Persönlichkeitsrecht – Eigentum und Erbrecht	668
2. Gleichbehandlung bei der Gewährung öffentlicher Leistungen – Informationsfreiheit	669
3. Zugang zu öffentlichen Ämtern – Wissenschaftsfreiheit – Zensurverbot	670
4. Berufsfreiheit	671
5. Mindeststandardverletzung bei Schutzpflichten	672
VI. Zur Genealogie der Objektformel	672
1. Das Verdinglichungsverbot bei Beccaria (1766)	672
2. Vorrang der Menschenwürde vor dem Staat: Chisholm v. Georgia (1793) als Vorläufer für Art. 1 Abs. 1 HChE und Art. 1 Abs. 1 GG	673
3. Rezeption des kantischen Menschenwürdebegriffs in der Nachkriegszeit vor 1949	675
a) Carlo Schmid (1946)	675
b) Gustav Radbruch (1947/1948)	676
c) Hans Welzel (1947) und Thomas Würtenberger (1948)	676
4. Vorläufer der Objektformel nach 1949	677
a) Josef Wintrich (1952/1957)	677
b) Günter Dürig (1952/1956/1958)	678
c) Fürsorge-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (1954)	679
5. Drei Anleihen der Menschenwürdegarantie bei Kant	680
a) Selbstzweckformel und Verdinglichungsverbot bei Kant	680
b) Kategorische Geltung	681
c) These einer partiellen, zeitgeschichtlich geprägten Rezeption kantischer Vorstellungen durch den Verfassungsgeber	684
d) Verselbständigung und Neuinterpretation der kantischen Formulierungen im Kontext der Verfassungsgebung	685
6. Das Verbot der Sklaverei – des Eigentums an Menschen – als ein paradigmatischer Anwendungsfall der Objektformel ..	688
7. Fazit: Die Objektformel als plausible Deutung des Willens der verfassungsgebenden Gewalt – und ihre Weiterentwicklung	688
VII. Zu den Grenzen der gezielten Tötung Unschuldiger (Luftsicherheitsgesetz-Urteil)	690
1. ‚Schlechterdings unvorstellbar‘? – Begründungsbedarf und ‚dignitas absoluta‘ (Gröschner/Lembcke)	691
2. Keine unausweichlichen Kollisionen oder Abwägungen mit Vorrang der Schutzpflicht	692

3. Das verfassungssystematische Argument	694
a) „Quantifizierungsvorbehalt“ als Rechtfertigung von Zwangsorgan- entnahmen und Tötungen Moribunder?	694
b) Rekonstruktion des Abwägungsverbots nach dem Grundsatz- normen-Modell: Vergleich mit der Abwägbarkeit des Abwehrrechts bei gerechtfertigten Tötungen	701
4. Vermeidung der verfassungssystematischen Folgen durch Ausschluss an sich ungewollter Nebenfolgen aus der Objektformel?	704
a) Die Doppelwirkungslehre, die „Verhinderer“-Lehre und die „Trolley-Fälle“	704
b) Ein zweiter Blick: das „Näheproblem“	708
5. Das Irrtumsargument: Prognoseunsicherheit als verstärkender Grund für ein Abwägungsverbot	711
6. Kongruenz zwischen Luftsicherheitsgesetz-Urteil und Rechtsprechung des EGMR	714
a) Finogenov-Urteil (2011) und Isayeva-Urteil (2005)	714
b) Tagayeva-Urteil (2017)	716
7. Zur Begrenzung des Luftsicherheitsgesetz-Urteils auf nichtkriegerische Lagen	717
a) Abwägungsfestigkeit jedenfalls unterhalb der Schwelle einer unmittelbaren Existenzgefährdung der Gemeinschaft	717
b) Widerspruch der nur begrenzten Festlegung zur behaupteten Abwägungsfestigkeit?	719
8. Zur Strafbarkeit eines grundrechtswidrigen Flugzeug- abschusses	722
a) Unterscheidung von Handlungs- und Sanktionssituation: Rechtswidrigkeit trotz denkbarem Strafausschluss	722
b) Radbruch und der Mignonette-Fall	724
c) Retten, was zu retten ist? Abwägungsresistenz des Lebens im Urteil des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone zu den „Euthanasie“-Morden (1949)	726
d) Strafausschluss als Anerkennung der moralischen Tragik – nicht als stillschweigende Billigung der Tat	732
9. Ergebnis: Grenzen der gezielten Tötung Unschuldiger als abwehrrechtlicher Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts	739
 Literaturverzeichnis	 743
 Sachregister	 775

Einleitung

Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte besteht aus denjenigen Rechten und sonstigen grundrechtlichen Positionen,¹ die zu beschränken oder aufzuheben zugleich die Menschenwürdegarantie verletzen würde. Das Grundgesetz entzieht ihn sogar der Verfassungsänderung (Art. 79 Abs. 3 GG i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG). Das Konzept solcher Menschenwürdegehalte ist weithin anerkannt. Es sieht sich aber auch wachsender Skepsis und tiefgreifenden Zweifeln ausgesetzt. Lässt es sich weiterhin halten?

Die vorliegende Untersuchung widmet sich vor allem drei grundsätzlichen Fragen, die dieses Konzept nach wie vor aufwirft. Erstens: Wie viele Grundrechte haben einen Menschenwürdegehalt? Zweitens: Sind diese Menschenwürdegehalte absolut geschützt, also nicht durch Abwägungen gegen andere Normen oder Belange relativierbar? Und drittens: Wie entwicklungsfähig sind die Menschenwürdegehalte? Schützen sie nur ein historisch fixiertes Minimum oder können sie sich dynamisch weiterentwickeln? Die Arbeit geht diesen Fragen in vier Kapiteln nach.

I. Entstehungsgeschichte

Das Ziel der Arbeit ist in erster Linie ein rechtsdogmatisches:² die Auslegung des positiv geltenden Verfassungsrechts. Sie legt das subjektiv-historische Auslegungsziel zugrunde und setzt sich dafür ein, die Entstehungsgeschichte als

¹ Zum Begriff der grundrechtlichen Position vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 163 ff., 171 ff.

² Zur Dogmatik als Kernkompetenz der deutschen Rechtswissenschaft *Matthias Jestaedt*, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs – Kennzeichen, Kernkompetenzen und Rezeptionshindernisse*, in: *JZ* 2012, S. 1 (2 f.). Zum Ergänzungsverhältnis von Dogmatik und „rechtsetzungsorientierte[r] Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“: *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., 2012, § 1 Rn. 15 (mit Fn. 108), 71 („produktive Verknüpfung der rechtsaktbezogenen mit der handlungsbezogenen Perspektive“); s. auch *Johannes Masing*, *Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *GVwR I*,

Auslegungsmittel³ stärker auszuschöpfen, als das bislang in der Debatte um die Menschenwürdegarantie geschieht. Ein rechtsdogmatisches Herzstück der Arbeit ist deshalb das zweite Kapitel, das ausführlich die Entstehungsgeschichte von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG auswertet.

Die Materialien halten, trotz Pionierleistungen von Christoph Enders und Christoph Goos,⁴ noch einiges an Entdeckungen bereit. Das gilt vor allem für die Beratungen zu Art. 1 GG im Ausschuss für Grundsatzfragen.⁵ Die entstehungsgeschichtlichen Untersuchungen ergeben, so die These, insgesamt ein erstaunlich klares Bild.⁶ Die verfassungsgebende Gewalt hat auf die drei eingangs genannten Grundfragen des Menschenwürdegehalts recht deutliche Antworten gegeben.

Erstens sollten alle Grundrechte einen Menschenwürdegehalt haben, nicht nur einige wenige⁷ (These des Menschenwürdegehalts aller Grundrechte):⁸ „Je-

2. Aufl., § 7 Rn. 15–20, 19 („unterscheidende Verschränkung“); *Anna-Bettina Kaiser*, Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, in: DVBl. 2014, S. 1102 ff.; s. auch unten S. 83 ff. (zur Bedeutung „extrajuridischen“ Wissens, des Realbereichs und der Folgenberücksichtigung), 160 ff. (zum schöpferisch-kreativen Charakter der Rechtsfindung im Entdeckungszusammenhang).

³ Zur Unterscheidung von Auslegungsziel und Auslegungsmittel: *Matthias Jestaedt*, Und er bewegt sie doch! – Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: Hans-Detlef Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus – Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, 2003, S. 267 (274) (auslegungstheoretische Grundsatzpositionierung, Interpretationsziel und Interpretationsmethoden als „drei Ebenen methodologischer Betrachtung“; dort: der verfassungsgerichtlichen Verfassungsauslegung).

⁴ *Christoph Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung – Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997, S. 404 ff.; *Christoph Goos*, Innere Freiheit – Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs, 2011, S. 75 ff. Vgl. daneben etwa *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, 2004, S. 237 ff., 251 f., 256 ff.; *Matthias Hong*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Eine verfassungsjuristische Betrachtung, in: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter – Der Rechtsstaat im Zwielficht?, 2006, S. 24, S. 30 f.; *ders.*, Asylgrundrecht und Refoulementverbot, 2008, S. 21 ff., 83 ff., 105 ff.

⁵ Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat – 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993.

⁶ Siehe die zusammenfassenden Thesen unten, S. 398 ff., mit den dortigen näheren Verweisen.

⁷ In diese Richtung aber BVerfGE 123, 267 – *Lissabon* (2009) (343) („unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte“; Hervorh. hinzugef.). Siehe auch die Verneinung eines Menschenwürdegehalts des Asylgrundrechts in: BVerfGE 94, 49 (102–104) – *Drittstaaten* (1996).

⁸ Vgl. in diese Richtung auch BVerfGE 30, 173 (194) – *Mephisto* (1971) („Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt“); 35, 202 (235 f.) – *Lebach* (1973) („Als Träger der aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte muß der verurteilte Straftäter die Chance erhalten, sich [...] wieder in die Gemeinschaft einzuordnen.“); 66, 337 (360) – *Lebenslanges Berufsverbot* (1984); 93, 266 (293) – *Soldaten* (1995) („Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte“; „[d]a [...] nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Men-

der Artikel für sich“ sollte „ein Stück Freiheit“ sichern, „das notwendig ist, um die Menschenwürde zu gewährleisten“.⁹ Die Menschenwürde sollte jener fundamentale Status der Freiheit und Gleichheit sein, den die Menschenwürdegehalte der Art. 1 GG nachfolgenden Grundrechte näher interpretieren und rechtlich verbindlich konkretisieren.

Die Menschenwürdegehalte sollten, zweitens, jedenfalls in ihrer abwehrrechtlichen Dimension auch absolut geschützt sein (These des absoluten Schutzes der abwehrrechtlichen Menschenwürdegehalte). Man war sich im Parlamentarischen Rat namentlich darüber einig, dass die Schutzpflicht des Staates für die Menschenwürde nicht die Achtungspflicht relativieren sollte: Der Staat sollte „in erster Linie dazu verpflichtet sein“, die Menschenwürde „selbst zu achten“,¹⁰ und nur unter Wahrung dieser Achtungspflicht auch dazu, sie zu schützen.

Und drittens sollten die Menschenwürdegehalte zwar ein historisches Minimum unhintergebar gewährleisten, zugleich aber in begrenztem Umfang auch in der Zukunft entwicklungsfähig sein (These der entstehungsgeschichtlich gewollten Entwicklungsfähigkeit der Menschenwürdegehalte). Die verfassungsgebende Gewalt wollte die „Beweglichkeit der Grundrechte“ in der späteren Auslegung, gerade auch durch die Gerichte, gewährleisten.¹¹ Menschenwürde und Grundrechte sollten bei der künftigen Auslegung und Anwendung einer

schenwürde sind“); 107, 275 (284) – Benetton (2003) („Fundament aller Grundrechte“; „[d]a [...] die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind“); BVerfG-K I/1 v. 5. 4. 2001, 1 BvR 932/94 (*Wilhelm Kaisen*); I/1 v. 19. 12. 2007, 1 BvR 1533/07 (*Ehrensache*), Rn. 10; I/1, 1 BvR 369/04 u.a. v. 4. 2. 2010 („*Ausländerrückführung*“), Rn. 26 f.; BVerfG-K I/1 v. 20. 2. 2009, 1 BvR 2266/04 u.a. (*Peta-Holocaustvergleich*), Rn. 19 („angesichts des sämtlichen Grundrechten innewohnenden Menschenwürdekerns“); Hervorh. jeweils hinzugef. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausführlich unten S. 465 ff.

Zur Zitierung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Entscheidungen ohne nähere Fundstellenangabe sind nach der Homepage des Gerichts (www.bverfg.de) zitiert. Senatsentscheidungen seit dem 132. Band werden teils auch unter Verwendung der (seitdem mitangegebenen) Randnummern zitiert. Kammerbeschlüsse sind mit „BVerfG-K“ bezeichnet; Senat und Kammer sind abgekürzt angegeben, so steht beispielsweise „BVerfG-K II/1“ für: Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats; der Senat wird also in römischen Ziffern, die Kammer in arabischen Ziffern angegeben. Für eine ähnliche Zitierweise vgl. *Gertrude Lübbecke-Wolff*, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde – Die Zulässigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 2004, S. 669 (669).

⁹ Vgl. v. Mangoldt, in: Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. 5, S. 591.

¹⁰ Vgl. Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat – 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 7, Entwürfe zum Grundgesetz, 1995, S. 134, Anm. zu Art. 1. Näher dazu unten S. 260 ff., 277 (bei Fn. 425). Zur Gegenthese im Schrifttum (Kollision, bei der die Schutzpflicht Vorrang vor der Achtungspflicht erhalten kann) vgl. die Nw. unten S. 25 ff. (Fn. 100 ff.).

¹¹ Siehe nur Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. 5, S. 64 („Beweglichkeit der Grundrechtssätze“), 594, 601 („Beweglichkeit der Grundrechte“), 603, sowie die Zusammenfassung mit den näheren Verweisen unten S. 408 ff.

begrenzten Weiterentwicklung nach Maßgabe der historischen Vorgaben, also im Wege ‚denkenden Gehorsams‘ (Heck), zugänglich sein.¹²

II. Methode und Verfassungstheorie

Das erste Kapitel kann als Fortsetzung der Einleitung gelesen werden. Es wirft einen ersten näheren Blick auf das Konzept der grundrechtlichen Menschenwürdegehalte, das in den 1950er Jahren von Günter Dürig und Josef Wintrich entwickelt wurde, und geht auf methodische und verfassungstheoretische Vorverständnisse und Weichenstellungen der Arbeit ein.

Das Konzept der Menschenwürdegehalte entspricht zwar einer seit langem herrschenden Lehre und der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹³ Seit jeher trifft es aber bei vielen auch auf tiefsitzende Skepsis. Es sieht sich zu Recht einer hohen Begründungslast gegenüber. Aus der Verfassung, die stets Rahmenordnung bleiben muss,¹⁴ sogar Grenzen für Verfassungsänderungen abzuleiten, ist ohnehin in erhöhtem Maße begründungsbedürftig, erlegen sie doch sogar der demokratisch besonders legitimierten Zwei-Drittel-Mehrheit von Bundestag und Bundesrat rechtliche Fesseln auf. Der Begründungsbedarf erhöht sich noch, wenn solche Grenzen zudem ausgerechnet aus dem notorisch unklaren und umstrittenen Begriff der Menschenwürde abgeleitet werden sollen.

Diese Untersuchung geht davon aus, dass sich diese hohe Begründungslast mit dem hergebrachten rechtsdogmatischen Methodeninstrumentarium, vor allem mit der entstehungsgeschichtlichen Auslegung, abarbeiten lässt. Sie nimmt an, dass das Handwerkszeug der traditionellen juristischen Auslegungsmethoden leistungsfähiger ist, als es in der rechts- und methodentheoretischen Debatte vielfach anerkannt wird. Ein so konventionelles – um nicht zu sagen: altmodisches – Methodenverständnis ist freilich seinerseits rechtfertigungsbedürftig. Es sieht sich rechtstheoretischen Einwänden gegenüber, die sich gegen die subjektiv-historische Auslegung, aber auch generell gegen ein positivistisches Methodenverständnis und gegen die Hoffnung auf bessere Antworten in schwierigen Verfassungsfragen wenden. Die Untersuchung nimmt jedoch an, dass sich diese Einwände entkräften lassen.

¹² Zur positivrechtlichen Einhegung dieser grundrechtlichen Dynamik siehe näher unten S. 111 ff. Zur Formulierung Philipp Hecks vom ‚denkenden Gehorsam‘ siehe die Nw. unten S. 109 (Fn. 396).

¹³ Dazu näher unten S. 20 ff.

¹⁴ Siehe unten S. 32 ff.

1. Verfassung als gemeinschaftliches intentionales Sprachhandeln – Positivismus und subjektiv-historische Auslegung als normativ geboten

Die Verfassung lässt sich als ein gemeinschaftliches Sprachhandeln der verfassungsgebenden Gewalt als einer Gruppe von Menschen verstehen, die eine kollektive Sprecherintention verfolgt.¹⁵ Die vielgeschmähte Rede von der verfassungsgebenden Gewalt und ihrem Willen ist deshalb sprach- und entscheidungstheoretisch keineswegs überholt.

Wenn eine subjektiv-historische Auslegung aber möglich ist, dann ist sie auch normativ geboten, und zwar vor allem aus demokratischen Gründen, aber auch aus Gründen des Rechtsstaats und der Gewaltenteilung. Das gilt jedenfalls unter einer Verfassung wie dem Grundgesetz, deren Ursprung eine hinreichende freiheitliche und demokratische Legitimität besitzt, so dass wir uns ihre Gründungserzählung zu eigen machen können.¹⁶ Es sind letztlich normative Gründe der politischen Philosophie, die dann für ein positivistisches Verständnis der Verfassungsauslegung und für das subjektiv-historische Auslegungsziel streiten.

Woher sonst sollen die sechzehn Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts ihre Autorität gewinnen, die Entscheidungen des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu verwerfen, wenn nicht daraus, dass die verfassungsgebende Gewalt selbst, als demokratisch höherstufiger Normgeber, sie dazu ermächtigt hat? Der schwerwiegende Vorwurf, ein ‚entgrenztes Gericht‘ ermächtige sich dazu letztlich nur selbst,¹⁷ kann nur entkräftet werden, indem der „Positivierungsnachweis“¹⁸ erbracht wird.

¹⁵ Dazu unten S. 36 ff.

¹⁶ Zur Rolle von Narrativen im Verfassungsrecht unten S. 49–51 (Fn. 179 f.).

¹⁷ In diese Richtung etwa *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159 (180 [„Selbstermächtigung zur maßstabsetzenden Gewalt“], 190 [Lüth-Urteil als „Vehikel der Selbstermächtigung“]). Auf den „Statusbericht“ und die Denkschrift von 1952 beschränkt: *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, S. 9 (24–26 [„Akt grundlegender Selbstautorisierung“; allerdings mit dem Zugeständnis, Statusbericht und Denkschrift seien insoweit „nicht zu widerlegen“, als das Verfassungsgericht „kein Gericht wie andere Gerichte“ sei], 42 [„kühne[] Selbstermächtigungen der fünfziger Jahre“]), und *Christoph Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, S. 281 (357 f.) (Statusbericht als „eine Art kleines ‚Marbury‘, also eine Form der Selbstermächtigung“). Generalisierend *Uwe Volkmann*, Bausteine zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven – Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 119 (122 f.): Aufgrund der maßgeblichen Rolle des Verfassungsverständnisses für den Umgang mit dem Verfassungstext führe „kein Weg an der Erkenntnis vorbei“, dass die Akteure ihre Rolle „in einem sehr weitgehenden Umfang selbst bestimmen“; in diesem Sinne beruhe der Einfluss von Verfassungsgerichten „typischerweise auf entspre-

Demokratiethoretisch ist eine solche Befugnis, trotz der ungebrochen hohen Popularität des Gerichts, nach wie vor alles andere als selbstverständlich. Diese Arbeit versteht sich deshalb auch als ein Beitrag zu der notwendigen Debatte über die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie sucht diese Legitimation im Willen der verfassungsgebenden Gewalt. Solange die Verfassungsinterpretation sich auf diesen Willen zurückführen lässt, findet sie darin ihre demokratische Beglaubigung. Das Bundesverfassungsgericht verhilft dann, dem nordamerikanischen Modell des richterlich kontrollierten Vorrangs der Verfassung entsprechend,¹⁹ der demokratischen Selbstbindung zur Geltung, der wir uns zum Schutz vor Mehrheitsstimmungen des Augenblicks selbst unterworfen haben – so wie Odysseus sich an den Mast fesseln ließ, um dem Sirengesang widerstehen zu können.²⁰

Die Auslegung ist deshalb auf das subjektiv-historische Auslegungsziel auszurichten, also darauf, den im Verfassungstext zum Ausdruck gebrachten Willen der verfassungsgebenden Gewalt zu ermitteln. In die Abwägung der Gründe, die auf dieses Ziel ausgerichtet ist, sind alle Indizien einzustellen, die sich mit den verschiedenen Auslegungsmitteln²¹ gewinnen lassen.

2. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz

Ist ein solcher subjektiv-historischer Ansatz aber nicht normativ unattraktiv, weil er die Verfassung versteinert und sie damit zusehends ihrer tatsächlichen Wirkungskraft beraubt? Darauf ist zweierlei zu antworten: Erstens wäre es bedeutungslos. Wenn die verfassungsgebende Gewalt selbst tatsächlich eine solche Versteinering gewollt hätte, dann ließe sich daran nur durch Verfassungsänderung oder durch neue Verfassungsgebung etwas ändern. Zweitens hat die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes jedoch gerade keine versteinerte Verfassung gewollt, sondern eine, die sich jenseits eines historischen Minimums dynamisch weiterentwickeln kann.

Die subjektiv-historische Auslegung geht davon aus, dass ein Normgeber im Entstehungszeitpunkt bestimmte verbindliche Festlegungen trifft (Festlegungsthese – „fixation thesis“).²² Es kommt jedoch entscheidend darauf an, auf welcher Abstraktionsebene er diese Festlegungen treffen will. Dabei muss sorg-

chenden Selbstermächtigungen“. Als Beispiele nennt Volkmann *Marbury v. Madison*, Lüth sowie die EuGH-Entscheidungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts.

¹⁸ Zum Positivierungsnachweis als „Lackmus-Test verfassungsdogmatischer Figuren, Konzepte und Begriffe“: *Matthias Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S. 3 (39) (§ 1 Rn. 58) („Ohne Positivierungsnachweis keine Verfassungsdogmatik.“).

¹⁹ Zu dessen Entwicklung unten S. 54 ff.

²⁰ Siehe unten S. 65 ff.

²¹ Zu den juristischen Argumentformen s. unten S. 67 ff.

²² Siehe unten S. 103 (Fn. 350).

fältig zwischen konkreteren und allgemeineren Anwendungsvorstellungen der Entstehungszeit unterschieden werden.²³

Der Festlegungswille des Gesetzgebers kann sich auf konkretere Anwendungsvorstellungen richten. Er kann sich aber ebenso auch darauf beschränken, allgemeinere Maßstäbe festzulegen, deren künftige Konkretisierungen einer dynamischen Weiterentwicklung gerade offenstehen sollen. Er kann „eine spezifische Wandelbarkeit des Rechtssatzes gerade gewollt“ haben.²⁴ Die Verfassung kann also schon ursprünglich als ein lebendiges Dokument gemeint gewesen sein. „Originalism“ kann „Living Originalism“²⁵ sein – wenn die verfassungsgebende Gewalt selbst es denn so will.

Ein allgemeines Indiz für einen solchen Willen der verfassungsgebenden Gewalt zur Dynamisierung können weit gefasste Formulierungen der Verfassung sein. Ein solcher Wille kann sich aber auch aus ausdrücklichen Stellungnahmen im Entstehungsprozess ergeben. So sagte James Madison 1788 mit Blick auf die

²³ Siehe unten S. 103 ff.

²⁴ Heiko Sauer, Juristische Methodenlehre, in: Julian Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl., 2016, § 9 Rn. 31; vgl. auch Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 303, der davon ausgeht es sei „unschädlich“, dass „ein bestimmtes Phänomen zum Zeitpunkt des Normerlasses nicht unter den Normbegriff subsumiert wurde“, wenn „es zu diesem Zeitpunkt noch unbekannt war oder wenn der Gesetzgeber eine *mitwachsende Norm schaffen* wollte (wovon regelmäßig auszugehen ist)“; Hervorh. hinzugef.

Siehe ferner instruktiv zu einer dynamischen Auslegung des Begriffs der Schriftlichkeit: BVerwG, Beschl. v. 15. Dezember 2016, 5 P 9.15, Rn. 16 („Gleichwohl ist eine dynamische Interpretation des Merkmals [...] nicht ausgeschlossen. Aus dem Umstand, dass das allgemeine und im juristischen Fachsprachgebrauch vorherrschende Verständnis [...] zur Zeit des Gesetzeserlasses weniger weit war als heute, folgt nicht, dass der Gesetzgeber den Schriftlichkeitsbegriff [...] darauf verengen [...] wollte [...]. Bei der Wortlautauslegung sind auch [...] technische Phänomene zu berücksichtigen, die zum Zeitpunkt des Erlasses [...] noch unbekannt waren, es sei denn, der Gesetzgeber wollte den historischen Sprachgebrauch festschreiben [...]“). Wird, wie geboten, die Unterscheidung zwischen konkreteren und allgemeineren Anwendungsvorstellungen berücksichtigt, muss eine solche dynamische Auslegung keinen Widerspruch zum entstehungszeitlichen Sprachgebrauch (mit Blick auf die allgemeineren Anwendungsvorstellungen) bedeuten.

²⁵ Für die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vgl. grundlegend Jack M. Balkin, Living Originalism, 2011; siehe näher unten S. 99 ff. Auf den Begriff des Originalism wird hier vor allem deshalb im Sinne eines Parallelbegriffs zur historischen Auslegung zurückgegriffen, weil er im Rahmen der internationalen Debatte anschlussfähig ist – unbeschadet der Frage einer Übertragbarkeit der im anglo-amerikanischen Raum vertretenen Positionen, die für die verschiedenen Ansätze unterschiedlich zu beantworten ist; vgl. etwa zutr. differenzierend dazu Werner Heun, Originalism als Interpretationsmethode im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht, in: Rainer Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation – Vorträge bei zwei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005, 2008, S. 233: „Manche Einzelheiten der Debatte sind auf andere Verfassungsordnungen kaum übertragbar. In der grundsätzlichen Antinomie von *original meaning* und Verfassungswandel sowie in den prinzipiellen praktischen Schwierigkeiten und verfassungs- und auslegungstheoretischen Fragestellungen zeigt die amerikanische Debatte jedoch *exemplarischen Charakter mit generalisierbarer Aussagekraft*.“ (Hervorh. teils hinzugef.).

Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, die Bedeutung weit gefasster Rechtsbegriffe müsse stets in einer Reihe von konkreten Diskussionen und Entscheidungen „realisiert und erkundet“ („*liquidated and ascertained*“) werden.²⁶ Als er davon ausging, dass Grundrechtsgarantien die „Fähigkeit zur Adaptation“ („*capacity of adaptation*“) an eine sich verändernde Welt haben müssen, griff Justice Louis Brandeis diesen Gedanken in einem hellsichtigen Sondervotum von 1928 zur *Olmstead*-Entscheidung des U. S. Supreme Court auf, in dem er mit Blick auf das Abhören von Telefonen von einem „Recht, allein gelassen zu werden“ („*right to be let alone*“) sprach.²⁷

Eine vergleichbare Dynamik, die nicht als Wandlung der Verfassung verstanden werden muss, sondern die gerade als Umsetzung und Entfaltung ihrer ursprünglichen Bedeutung begriffen werden kann, ist auch gemeint, wenn Justice Robert Jackson von der Aufgabe spricht, die „majestätischen Allgemeinheiten“ des Grundrechtskatalogs in konkrete Verpflichtungen zu „übersetzen“,²⁸ und wenn Lawrence Lessig „Treue in der Übersetzung“ („*fidelity in translation*“) von Verfassungsgarantien in neuen Kontexten einfordert.²⁹

Jedenfalls bei der Entstehung des Grundgesetzes entsprach es der Absicht der verfassungsgebenden Gewalt, eine derartige Flexibilität zu ermöglichen und die Grundrechte als entwicklungsfähige und dynamische Maßstäbe zu normieren. Als Vorsitzender des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates betonte Hermann v. Mangoldt die „Beweglichkeit der Grundrechtssätze, soweit die in den einzelnen Artikeln gewählte Formulierung diese ermöglicht“, und

²⁶ James Madison, Federalist No. 37 – Concerning the Difficulties of the Convention in Devising a Proper Form of Government (1788), in: Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, *The Federalist Papers*, 1961/2003, S. 220 (225) („All new laws [...] are considered as more or less obscure and equivocal, until their meaning be *liquidated* and ascertained by a series of particular discussions and adjudications.“) (Hervorh. im Original fettgedruckt) s. dazu auch Richard S. Arnold, *How James Madison Interpreted the Constitution*, in: New York Univ. L. Rev. 72 (1997), S. 267 (288–290) (m.w.Nw.).

²⁷ U. S. Supreme Court, *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 472–478 (1928), Justice Brandeis, dissenting (472: „Clauses guaranteeing to the individual protection against specific abuses of power must have a [...] *capacity of adaptation to a changing world*.“; 474: „*Ways may someday be developed by which the Government, without removing papers from secret drawers, can reproduce them in court, and by which it will be enabled to expose to a jury the most intimate occurrences of the home*.“; 478: „The makers of our Constitution [...] sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, *the right to be let alone* – the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men. To protect that right, *every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy* of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment.“) (Hervorh. hinzugef.).

²⁸ U. S. Supreme Court, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 639, Justice Jackson, Opinion of the Court: „True, the task of *translating the majestic generalities* of the Bill of Rights, conceived [...] in the eighteenth century, into concrete restraints on officials dealing with the problems of the twentieth century, is one to disturb self-confidence.“ (Hervorh. hinzugef.).

²⁹ Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, in: Texas L. Rev. 71 (1993), S. 1165 ff.

sah im Naturrecht „nicht etwas für alle Zeiten ewig gleiches, sondern *etwas Fluktuierendes*“.³⁰ Das weist deutliche Parallelen zu Madisons Gedanken einer „Liquidation“³¹ auf. Der Grundsatzausschuss folgte v. Mangoldt zwar nicht in der naturrechtlichen Deutung der Grundrechte, wohl aber in der Grundaussage ihrer Entwicklungsfähigkeit.³²

Historische Verfassungsauslegung muss deshalb keineswegs mit Versteinern und Blindheit für die Herausforderungen von Gegenwart und Zukunft gleichzusetzen sein. Sie muss weder das schöpferisch-kreative Element der Rechtsfindung im Entdeckungszusammenhang ausblenden,³³ noch die Bedeutung der ausgestaltenden Rolle der Rechtsdogmatik und der Rechtsprechung,³⁴ des extrajuridischen Wissens und der Folgenberücksichtigung³⁵ sowie des internationalen und transnationalen Kontextes der Verfassungsauslegung.³⁶

3. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen

Wenn die vorliegende Untersuchung auf dieser Grundlage zu konkreten streitigen Auslegungsfragen Stellung bezieht, so nimmt sie damit stets auch Partei in der rechtstheoretischen Grundlagendebatte, ob es in solchen Fragen überhaupt die Hoffnung auf eine bessere Antwort geben kann. Sicher, es ist eine methodische Binsenweisheit, dass es eine „einzig richtige“ Antwort auf solche Fragen nicht geben kann – sofern damit eine logisch zwingende, unwiderleglich beweisbare, absolut gewisse Antwort gemeint ist. Von dem Oberflächenkonsens über diesen Gemeinplatz sollte man sich jedoch nicht über die tiefe Kluft hinwegtäuschen lassen, die sich darunter zwischen rechtsdogmatischer Praxis und weiten Teilen der Rechtstheorie auftut.

Denn die rechtsdogmatische Praxis hält es unbeschadet dessen zu Recht weiterhin für sinnvoll, sich über die – relativ – bessere Interpretation der Verfassung zu streiten. Eine weitverbreitete Position in Methodenlehre und Rechtstheorie

³⁰ Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat*, Bd. 5, S. 64; Hervorh. hinzugef.

³¹ Siehe auch den Verweis in: U. S. Supreme Court, *National Labor Relations Board v. Noel Canning et. al.*, Urt. v. 26. Juni 2014, No. 12–1281, Justice Breyer, Opinion of the Court (Slip Opinion), S. 7 f., auf eine ähnliche Äußerung Madisons in einem Brief an Spencer Roane von 1819 („[O]ur cases have continually confirmed Madison’s view [...]“). Zu verschiedenen Deutungen des Konzepts der „Liquidation“ s. näher die Diskussion in: *Curtis A. Bradley/Neil S. Siegel*, *After Recess: Historical Practice, Textual Ambiguity, and Constitutional Adverse Possession*, in: *Supreme Ct. Rev.* 2014, S. 1 ff.

³² Siehe dazu die Zusammenfassung und die näheren Verweise unten S. 408 ff.

³³ Zur Unterscheidung von Entdeckungs- und Rechtfertigungszusammenhang s. unten S. 160 ff.

³⁴ Zur allgemeinen Bedeutung der Rechtsprechung s. unten S. 85 ff.

³⁵ Dazu unten S. 83 ff.

³⁶ Dazu unten S. 131 ff.

hält dagegen die Kraft der positivrechtlichen Argumente in schwierigen Fällen schlicht nicht für ausreichend, um eine auch nur relativ *bessere* Antwort begründen zu können. In Wahrheit muss danach in solchen Fällen vielmehr stets neues Recht produziert, schöpferische Rechtsfortbildung betrieben werden. Weil das Ergebnis dann nicht aus den Vorgaben des positiven Rechts ableitbar ist, muss eine solche Verfassungsfortbildung, nolens volens, maßgeblich (auch) von anderen, nichtpositivistischen Erwägungen geleitet sein.

Nach dieser inzwischen geradezu orthodoxen rechtstheoretischen Lehre ist das rechtsdogmatische Selbstverständnis, man könne sich in einer schwierigen Frage von den – relativ – besseren Argumenten leiten lassen, längst als eine naive Selbsttäuschung entlarvt. Diese Untersuchung bezieht dazu einen rechtstheoretischen Gegenstandspunkt: Für sie bleibt in vielen schwierigen Auslegungsfragen die Hoffnung darauf gerechtfertigt, dass sich darauf eine bessere Antwort finden lässt. Ihr zentrales Argument dafür lautet, dass eine solche bessere Antwort keine logisch zwingende, unwiderlegliche und mit absoluter Gewissheit richtige Antwort sein muss. Es reicht vielmehr vollkommen aus, wenn die Gründe, die dafür sprechen, alles in allem mit hinreichender Sicherheit die Gegengründe überwiegen – und sei es auch nur um einen Hauch.

Wenn sie zwingende Beweisbarkeit zum Maßstab erhebt,³⁷ erklärt die „moderne“ Orthodoxie in der Rechtstheorie das Handwerkszeug der juristischen Auslegungsmethoden bei weitem zu früh für unbrauchbar. Rechtsfortbildung wird jedenfalls nicht immer schon dann unausweichlich, wenn es schwierig wird, weil keine *eindeutig* richtigen Auslegungsergebnisse mehr zu haben sind. Es ist außerdem zu vermuten, dass auch in schwierigen Fällen jedenfalls in entwickelten Verfassungsordnungen eher selten jenes *exakte* Patt von Gründen und Gegengründen vorliegen wird, bei dem eine Verfassungsfortbildung wirklich unausweichlich wird.

Jedenfalls aber lässt sich die Frage, ob ein Auslegungspatt und damit die Notwendigkeit einer Verfassungsfortbildung besteht, nicht durch allgemeine rechtstheoretische Erwägungen klären, sondern nur durch konkrete dogmatische Argumentation: Wie viel das hergebrachte methodische Handwerkszeug taugt, lässt sich nicht aus einer rechtstheoretischen Beobachterperspektive entscheiden, sondern nur aus der rechtsdogmatischen Teilnehmerperspektive. Wenn aus dieser Teilnehmerspektive eine bestimmte Auslegung eher dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt entspricht als eine andere, dann verlangt die Bindung an die Verfassung es, diese Auslegung auch zugrunde zu legen.

Das heißt nicht, dass schon die Verfassungsbindung allein eine wirksame Steuerung und Kontrolle der Verfassungausslegung gewährleisten könnte. In schwierigen Fällen ist stets vernünftiger Streit darüber möglich, auf wel-

³⁷ Zur Zurückweisung dieser Eindeutigkeitsthese (oder Beweisbarkeitsthese) siehe näher unten S. 144 ff.

Sachregister

- Abtreibung
- Abtreibungsurteile 494, 496, 498, 541, 554, 594
 - abwägungsfester Kern der Schutzpflicht für das Leben? 545
 - Relativierbarkeit der Schutzpflicht für das Leben durch Abwägungen 544
 - keine Stellungnahme zum Status des Embryo 406, 546
- abwägungsfeste Rechte
- Arten von Abwehrrechten 654
- agonistische Theorie der Argumentation 158
- Alexysche Unschärfe 506, 548, 600, 620, 627, 702, 720
- Anwendungsvorstellungen (konkretere und allgemeinere) 7, 361, 362, 363, 373
- Auslegungsziel und Auslegungsmittel 1, 37, 67
- Ausschussprotokolle 77
- in der Rechtsprechung des BVerfG 79
- Beweisbarkeitsthese *siehe* Eindeutigkeithese
- Bundesverfassungsgericht
- Beratungskultur (im Vergleich mit dem U.S. Supreme Court) 152
 - richterliche Verfassungskontrolle 54
- constitutional redemption 365
- Doppelwirkungslehre 704
- Ehe für alle 366, 460
- Eindeutigkeithese 145, 153, 173
- epistemic peerhood 86
- essentially contested concepts 162
- Euthanasie-Morde 397, 399, 405, 615, 656, 686, 726, 740
- fixation thesis *siehe* Originalism
- Grundrechtedemokratie 61
- Grundsatznormen 12, 74, 113, 172
- Grundsatznormen-Modell 12, 498, 540, 548, 559, 562, 595, 614, 666
- und Prinzipientheorie 626
 - und Verhältnismäßigkeit 619
- Gruppenintention 38
- als normative Zuschreibung? 40
- Gummibandmodell des Rechts 157
- Holocaust 386, 387, 397
- Holocaust-Leugnung 573
- Humes Prinzip 165, 176
- Interpretative Begriffe 162
- Kernbereich privater Lebensgestaltung 441, 501, 661
- Liberal Originalism 102 *siehe* Living Originalism
- Living Originalism 6, 7, 12, 99, 101, 111, 112, 164, 399, 408, 615 *siehe* Liberal Originalism
- Luftsicherheitsgesetz-Urteil 489, 690
- Marbury v. Madison
- kein Dornröschenschlaf 59
 - kein Urknall 56
- Menschenrecht auf Demokratie 61
- in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht 454
 - Medatisierung durch das Menschenrecht auf Staatsbürgerschaft 62

- Menschenwürde *siehe* Objektformel
siehe Subjektformel
- Abwägungsfestigkeit der Achtungspflicht 653
 - als Grundrecht 404, 428
 - als oberster Wert 414
 - Drittwirkung 413, 580, 641
 - einfachgesetzlicher Begriff 576
 - Gattungswürde 576
 - Kollektivbeleidigungen 572
 - Kollision von Achtungs- und Schutzpflicht 643
 - Leistungsanspruch (Existenzminimum) 582
 - Rechtssatzqualität 404
 - Schutz der Vorbilder von Romanfiguren (Esra) 559
 - Schutz vor Ehrkränkung 547
 - Unantastbarkeit und Achtungspflicht 640
- Menschenwürdegehalt
- aller Grundrechte 3, 307, 399, 667
 - als Schranken-Schranke 618
 - Änderungsfestigkeit auch der jeweiligen Grundrechtsbestimmung (Junktim) 641
 - und Verhältnismäßigkeit 619
 - und Wesensgehalt 446, 630
- Mindeststandard gleicher Freiheit 307, 381, 407, 667
- nationalsozialistische Menschenrechtsverletzungen 384
- Objektformel 417, 587, 672
siehe Subjektformel
- im Luftsicherheitsgesetz-Urteil 489, 690
- one right (or better) answer 9, 114, 143, 145
- original expected applications 103, 106, 367 *siehe* Anwendungsvorstellungen (konkretere und allgemeinere)
siehe Vorstellungshorizont (der verfassungsgebenden Gewalt)
- original intent 100, 113
- Originalism
- demokratische Schlagkraft 52
 - fixation thesis 6, 103
 - Framework Originalism 112
 - original public meaning 41 f., 71, 100, 113
- Parlamentarischer Rat
- Naturrechtsdebatte 205, 251
 - und „Rassenrecht“ 313, 357
 - Positivismus 5, 10, 11, 115, 162, 164, 167, 168, 170, 172, 173, 178, 209, 222, 642, 685 *siehe* Parlamentarischer Rat, Naturrechtsdebatte
 - Verfassungsgerichtspositivismus 89
- Postmortaler Persönlichkeitsschutz 552
- Prinzipientheorie *siehe* Grundsatznormen-Modell
- Rechtsdogmatik 1, 154, 157, 163, 179
- Rechtsprechung (Präjudizien) und Gesetzgeberwille 85
- reflective equilibrium 176
- Schutz durch Eingriff 413, 580, 582, 641
- Separate-but-equal 318, 354, 357
- Sicherheit 435
- Sprecherintention 37
- Subjektformel 421, 587 *siehe* Objektformel
- tragende Gründe und obiter dicta 96
- Trolley-Fälle 706
- Unabhängigkeitserklärung 330, 336, 337
- und Dred Scott-Urteil 326
- Unabhängigkeitserklärung
- und Jefferson 340
- Unantastbarkeit der Menschenwürde (im stärkeren und schwächeren Sinn) 440
- Verfassung als Rahmenordnung 4, 32, 69
- Verfassungsbildung 113, 144, 146, 148, 151 *siehe* Eindeutigkeitsthese
- verfassungsgebende Gewalt 49 *siehe* Anwendungsvorstellungen (konkretere und allgemeinere)
siehe Vorstellungshorizont *siehe* Wille des Gesetzgebers
- Verfassungspraxis 98
- Vorrang der Verfassung 54

Vorstellungshorizont (der verfassungsgebenden Gewalt) 107, 367, 373, 375
siehe Anwendungsvorstellungen
(konkretere und allgemeinere)

Wille des Gesetzgebers 38
– in der Rechtsprechung des BVerfG 126