

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1308

Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit

Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung
materialer Grundrechtsgehalte

Von

Michael Wrase



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL WRASE

Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1308

Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit

Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung
materialer Grundrechtsgehalte

Von

Michael Wrase



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahr 2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14255-2 (Print)
ISBN 978-3-428-54255-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84255-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Monografie stellt eine überarbeitete Fassung meiner Doktorarbeit dar, die im September 2012 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin eingereicht wurde. Rechtsprechung und Literatur wurden ergänzt und aktualisiert, soweit sich wesentliche Änderungen ergeben haben.

Mein besonderer Dank gilt zuerst der Betreuerin der Arbeit, Frau Bundesverfassungsrichterin Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer, LL.M. Die Jahre an ihrem Lehrstuhl haben mein wissenschaftliches Denken und Interesse maßgeblich beeinflusst.

Ebenso danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Grimm, LL.M. für seine umfassende Zweitbegutachtung. Seine sozialhistorische Analyse der Grundrechtsentwicklung sowie Verbindung zur Methodik, besonders mit Blick auf die Bedeutung von Wirklichkeitsbezügen, waren für meine Untersuchung wegweisend. Darüber hinaus danke ich Prof. Dr. Brun-Otto Bryde für die Möglichkeiten und Einsichten, die er mir im Rahmen meiner Referendarstation am Bundesverfassungsgericht eröffnet hat. Die rechtssoziologische und politikwissenschaftliche Perspektive auf das Gericht, die dem Buch zugrunde liegt, hat wesentlich von ihm profitiert.

Dem Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) und insbesondere seiner Präsidentin, Frau Prof. Jutta Allmendinger, Ph.D., habe ich nicht nur für die Übernahme der Druckkosten für dieses Buch, sondern für die Unterstützung zu danken, die ich in den vergangenen zweieinhalb Jahren erhalten habe.

Den Freundinnen und Freunden, Kolleginnen und Kollegen, mit denen ich über die Jahre einzelne Aspekte und Teile der Arbeit diskutiert habe, sei herzlich gedankt in der Hoffnung, die Kontakte und Gespräche in Zukunft fortzuführen. Ein besonderes Forum für diese Gespräche war und ist der Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit (BAR). Aus diesem Kreis möchte ich besonders Dr. Christian Boulanger hervorheben, der sich ausführlich mit einer frühen Fassung dieser Arbeit auseinandergesetzt hat. Ohne seine Ideen und sein Engagement für die Forschung zu Recht und Gesellschaft sähe die Rechtssoziologie im deutschsprachigen Raum heute anders aus.

Dipl. Pol. Anna Schulze hat mehrere Fassungen dieser Arbeit nicht nur ausführlich gelesen und lektoriert. Ihre inhaltlichen und stilistischen Hinweise waren auch eine unschätzbare Grundlage für die Überarbeitung.

Meine Partnerin und Ehefrau Frauke Jakobs hat in den Jahren, in denen diese Arbeit (und einiges Andere) entstanden ist, auch schwierige Phasen mit durchgemacht. Ihre Liebe und Unterstützung haben in mir immer die Zuversicht erhalten, die „Diss“ schließlich zu einem guten Abschluss zu bringen.

Das Buch ist meinen Eltern und meinem Bruder gewidmet.

Oxford im Juni 2015

Michael Wrase

Inhalt

A. Einleitung	17
I. Grundrechtsinterpretation unter Rationalitätsanspruch	17
II. Von ‚Dienern‘ und ‚Pianisten‘: Juristische Methodenlehre und gerichtliche Praxis	26
III. Gang der Untersuchung	36
B. Vom staatsrechtlichen Positivismus zur methodischen Neuorientierung unter dem Bonner Grundgesetz	42
I. Juristische Methode und staatsrechtlicher Positivismus	42
1. Die Entstehung der juristischen Methode und ihre Übertragung auf das Staatsrecht	43
a) Die Ursprünge der juristischen Methode im Privatrecht des 19. Jahrhunderts bei Savigny	44
b) Die Übertragung der juristischen Methode auf das Öffentliche Recht durch Gerber und Laband	50
c) ‚Aufbruch‘ in der Methodenlehre am Anfang des 20. Jahrhunderts: Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz	57
d) Zwischenfazit: Positivismus und Leerlauf der Grundrechte	60
2. Wandel des staatsrechtlichen Methodenverständnisses in Weimar ...	61
a) Die positivistische und die antipositivistische Strömung im sogenannten Methodenstreit	64
aa) Die positivistische Richtung, insbesondere die Rechtslehre Kelsens	65
bb) Die antipositivistische Richtung, am Beispiel von Kaufmann und Heller	70
cc) Zwischenfazit: Die methodische Öffnung im Denken der Weimarer Staatsrechtslehre	74
b) Ansätze für eine Aktualisierung der Grundrechtsbindung – Die Grundrechte bei Schmitt und Smend	76
aa) Die Grundrechte bei Schmitt	77
bb) Die Grundrechte in der Integrationslehre Smends	81
c) Richterliches Prüfungsrecht und Grundrechtsbindung des Gesetzgebers	85
d) Zwischenfazit: Die Ablösung des Positivismus und das ‚Rätsel‘ der Grundrechtsbindung	88
II. Der Bruch mit dem Positivismus und die Entwicklung einer Methode aus dem Selbstverständnis des Bonner Grundgesetzes und seines ‚Hüters‘, des Bundesverfassungsgerichts	89

1. Der Bruch mit dem methodischen Positivismus unter dem Grundgesetz	90
a) Der grundrechtstheoretische Paradigmenwechsel	90
b) Das fortbestehende ‚Rätsel‘ der Grundrechtsbindung	94
2. Die Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts: Ungewissheit über Status und Methode	95
a) Die Entscheidungen des Parlamentarischen Rats und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz von 1951	96
b) Die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichts	102
c) Das methodologische Vorverständnis der ersten Richtergeneration	107
3. Die Begründung von Autorität und Deutungsmacht	114
a) Deutungsmacht und Methode	115
b) Kämpfe um Autorität gegenüber der Regierung	120
aa) Auseinandersetzung um den Status des Bundesverfassungsgerichts	120
bb) Der Streit um die Wiederbewaffnung	123
c) Kämpfe um Deutungsmacht gegenüber den Bundesgerichten, speziell dem Bundesgerichtshof: Der Gutachtenstreit	126
4. Weichenstellungen der Grundrechtsdogmatik durch den Ersten Senat	130
a) Die Verfassungsbeschwerde als prozessualer ‚Entwicklungsmotor‘ der Grundrechtsdogmatik	131
b) Die Elfes-Entscheidung vom 16. Januar 1957	133
aa) Das wertbezogene Grundrechtsverständnis bei Wintrich und Dürig	133
bb) Das Elfes-Urteil	136
c) Der Beschluss zur steuerlichen Zusammenveranlagung von Eheleuten vom 7. Mai 1957	141
d) Das Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958	145
aa) Sich zuspitzende Entwicklungen	148
bb) Die Grundlinien des Lüth-Urteils	150
e) Das Apotheken-Urteil vom 11. Juni 1958	152
5. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung	157
III. Die Methodendebatte in der Bundesrepublik	160
1. Die Neuformierung der Staatsrechtslehre in der Nachkriegszeit	160
a) Die Staatsrechtslehre und die Bewältigung der NS-Vergangenheit	160
b) Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht	162
2. Die Diskussion um die „Methoden der Verfassungsinterpretation“ und die Bedeutung der Smend- und der Schmitt-Schule	165
a) Die Smend-Schule	167
b) Die Schmitt-Schule	168
c) Der Beitrag Forsthoffs zur „Umbildung des Verfassungsgesetzes“	170

3. Der topische Ansatz in der verfassungsrechtlichen Methodendiskussion	176
a) Die Topik nach Viehweg	177
b) Die „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“ von Ehmke	181
4. Praktisch-hermeneutische Interpretationskonzepte	184
a) Einfluss der Neuen Hermeneutik in der juristischen Methodik	184
aa) „Normstruktur und Normativität“ von F. Müller	190
bb) Fortentwicklung des Normbereichskonzepts in den „Grundzügen des Verfassungsrechts“ von Hesse	194
b) „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ von Häberle	198
aa) Die institutionelle Grundrechtstheorie nach Häberle	198
bb) Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten	200
cc) Kritik	202
5. „Bestandsaufnahme und Kritik“ zur Methodendiskussion	207
6. Zwischenfazit: Neuorientierung in der verfassungsrechtlichen Methodendebatte unter dem Grundgesetz	211
C. Konkretisierung der Grundrechte durch Methodik, Dogmatik und Grundrechtstheorie	214
I. Die klassischen Methoden der Grundrechtsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	214
1. Wortlaut	217
2. Entstehungsgeschichte	220
3. Historische Interpretation im weiteren Sinn	227
4. Systematik, insbesondere Einheit der Verfassung	231
a) Wertsystem	231
b) Einheit der Verfassung als zentrales Auslegungsprinzip	232
c) Systematik der Grundrechtsvorbehalte?	234
d) Grundrechtsbeschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht	236
5. Teleologische Auslegung	237
6. Zwischenfazit: Leistungsfähigkeit der herkömmlichen Interpretationsmethoden	238
II. Rechtstheoretische (Vor-)Überlegungen zur Norminterpretation	240
1. Normkonkretisierung	242
2. Fachsprache	244
3. Verwendungskontext	245
4. Juristischer Diskurs und Selbstreferenz	247
5. Zwischenfazit: Grundrechtsinterpretation ist schöpferische Konkretisierung in institutionellen Kontexten	253
III. (Grundrechts-)Dogmatik als Mittel der Grundrechtskonkretisierung	255
1. Zum Begriff der Rechtsdogmatik	255
2. Funktionen der (Grund-)Rechtsdogmatik	258
a) Stabilisierungs- und Rationalisierungsfunktion	259

b) Entlastungsfunktion	260
c) Systematisierungsfunktion	261
d) Wertungs- und Steuerungsfunktion	261
e) Kritik- und Fortbildungsfunktion	263
3. Dogmatik und ‚System‘ – am Beispiel des staatlichen Informationshandelns	264
IV. Rationalisierung der Grundrechtsinterpretation durch eine übergreifende Grundrechtstheorie des Grundgesetzes?	273
1. Die ‚Suche‘ nach einer Grundrechtstheorie des Grundgesetzes	273
a) Das Petitum Böckenfördes	273
b) Systematisierung auf der Grundlage einer einheitlichen Grundrechtstheorie?	275
2. Die Abwehrrechtstheorie	276
a) Die Abwehrfunktion als ‚klassische‘ Grundrechtsfunktion?	276
b) Abwehrfunktion als Hauptfunktion des Grundrechtsschutzes	279
c) Rückkehr zum abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnis? Die Position Böckenfördes	282
d) ‚Rekonstruktion‘ des Abwehrrechts? Der dogmatische Ansatz bei Schlink	286
e) Erweiterung des Eingriffsbegriffs und reflexives Grundrechtsverständnis, insbesondere mit Blick auf Privatrechtskonstellationen	291
f) Abwehrrechtliches Grundrechtsverständnis und soziale Bedingungen der Möglichkeit individueller Freiheit	295
3. Grundrechte als Prinzipien	301
a) Prinzipien als Optimierungsgebote	302
b) Freiheitsbegriff und weite Tatbestandslösung	304
c) Kritik	305
4. Zwischenfazit: Von den Problemen einer übergreifenden Grundrechtstheorie	309
D. Die Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte und ihre funktionell-rechtlichen Grenzen	311
I. Mehrdimensionales Grundrechtsverständnis	311
1. Multifunktionalität des Grundrechtsschutzes	311
a) Multifunktionalität des Grundrechtsschutzes	311
b) Gefahr der Ubiquität des Grundrechtsschutzes	312
2. Die subjektive und die objektive Dimension der Grundrechte	314
a) Objektive Normgehalte und subjektive Rechtsposition(en)	315
b) Grundrechte als Sicherung grundlegender subjektiver Belange durch objektive Ausgestaltungsaufträge	317
c) Speziell: Rundfunk-, Presse- und Wissenschaftsfreiheit	320
3. Grundrechtsfunktionen	327
a) Abwehrfunktion	328
b) Ausstrahlungswirkung	329

c) Schutzpflichten	331
d) Leistungs- und Teilhaberechte	338
e) Einrichtung und Ausgestaltung	343
f) Organisation und Verfahren	352
g) Allgemeiner Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote	356
4. Zwischenfazit: Multifunktionalität als Ausdruck eines materialen Grundrechtsverständnisses	362
II. Gewährleistungsgehalt und funktionale Grenzen der verfassungsrechtlichen Kontrolle	364
1. Gewährleistungsgehalt der Grundrechte	364
a) Weites Tatbestandsmodell und allgemeine Abwägungsregel	366
b) Enges Tatbestandsmodell und generelle Vorrangsregel	370
c) Abwägung: Rationalität der Kontrolle durch Verhältnismäßigkeitsprüfung	375
aa) Legitimer Zweck und Geeignetheit	376
bb) Erforderlichkeit	378
cc) Erforderlichkeitskontrolle bei Einschätzungs- und Prognoseentscheidungen	379
dd) Überprüfungs- und Kontrollaufträge – am Beispiel der Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern	385
ee) Zwischenfazit: Rationale Kontrolle durch Prüfung von gesetzgeberischen Wirklichkeitsannahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit	389
2. Funktionell-rechtliche Grenzen der verfassungsrechtlichen Kontrolle	393
a) Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	395
b) Verfassungskonforme Auslegung	398
c) Folgenverantwortung	399
d) Prüfung spezifischen Verfassungsrechts	400
3. Zwischenfazit: Funktionelle Aufgabenverteilung und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	402
E. Grundrechtsinterpretation als Konkretisierung zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit	404
I. Normkonkretisierung und Steuerung durch problembezogene Entwicklung von Grundrechtsdogmatik	404
1. Steuerung in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts	405
a) Steuerung der Rechtsordnung als Mittel der Sozialsteuerung	405
b) Steuerung der fachgerichtlichen Rechtsprechung und (mittelbar) der Verwaltung	408
aa) Steuerung der Verwaltung über die Steuerung der Fachgerichtsbarkeit	408
bb) Steuerung der Fachgerichtsbarkeit	410

c)	Dogmatische Maßstäbebildung als Mittel der problemorientierten Steuerung	413
aa)	Dogmatische Maßstäbebildung im Rahmen spezifischen Verfassungsrechts	413
bb)	Problembezogene Entwicklung von dogmatischen Maßstäben am Beispiel der Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit	413
cc)	Verfassungsgerichtliche Interventionen und ihre Fortentwicklung in der fachgerichtlichen Rechtsprechung	418
dd)	„Nachfassen“ bei Nichtumsetzung durch die Fachgerichte ...	420
d)	Direkte Steuerung der Gesetzgebung über Normenkontrolle	422
aa)	Abstrakte Normenkontrolle	422
bb)	Konkrete Normenkontrolle	423
cc)	Unmittelbare und mittelbare Überprüfung von Gesetzen im Verfassungsbeschwerdeverfahren	426
dd)	Praxis der Steuerung durch verfassungsgerichtliche Normenkontrolle	428
e)	Weitergehende Steuerung: Gesetzgebungsaufträge und Vorwirkungen im parlamentarischen Verfahren	431
aa)	Primär- und Sekundäradressaten von Gesetzgebungsaufträgen	431
bb)	Vorwirkungen im politischen Prozess	432
f)	Zwischenfazit: Die spezifische Steuerungsfunktion gegenüber Fachgerichten und Gesetzgebung	434
2.	Normkonkretisierung als Vermittlungsaufgabe zwischen Normdeutung und dogmatischer Steuerung – am Beispiel der Rechtsprechung zur Privatautonomie	436
a)	Semantische Kämpfe um das „richtige Verständnis“ der Privatautonomie in der Zivilrechtswissenschaft	437
b)	Die Handelsvertreter-Entscheidung vom 7. Februar 1990	439
c)	Die Bürgerschaftsentscheidung vom 19. Oktober 1993	444
d)	Die Unterhaltsverzichtsentscheidung vom 6. Februar 2001	451
e)	Zwischenfazit: Problembezogene (Fort-)Entwicklung der Rechtsprechung zur Privatautonomie	456
II.	Grundrechtsinterpretation als problembezogene Konkretisierung unter Einbeziehung des sozialen Kontextes	457
1.	Die Einbeziehung von Sozialwirkungen in die Interpretation: Theoretische (Re-)Konstruktion des Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit	457
2.	Juristische Mediatisierung grundrechtlicher Problemlagen	463
a)	Transformation in einfach-rechtliche Rechtskonflikte	464
b)	Mediatisierung und sozialer Bezug der Grundrechte	465
c)	Problembezogene Entwicklung des Gewährleistungsbereichs – am Beispiel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	468

3. Soziologische Verfassungsrechtswissenschaft?	471
a) Problembezogene Grundrechtsinterpretation und soziale Wirkungs- analysen	471
b) Zum Vergleich: Die sozialwissenschaftliche und interdisziplinäre Öffnung der Rechtswissenschaften in den Vereinigten Staaten von Amerika	474
c) Arbeitsteiliger und integrativer Ansatz	479
d) Sollen und Sein in der Grundrechtsinterpretation	484
F. Fazit	486
Literatur	491
Sachwortverzeichnis	538

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
ApothG	Apothekengesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Atw	Internationale Zeitschrift für Kernenergie
Aufl. unveränd.	Auflage unverändert
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayVwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfG-K	Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz

grdl.	grundlegend
h. L.	herrschende Lehre
Herv. i. O.	Hervorhebung im Original
Herv. v. Verf.	Hervorhebung vom Verfasser
HFR	Humboldt Forum Recht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JBl.	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
Lfg.	Lieferung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
stellv.	stellvertretend
u. a.	und andere
usf.	und so fort
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Verf.	Verfasser
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung

ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
Ziff.	Ziffer
zit. n.	zitiert nach
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Vorbemerkungen zur Zitierweise und Namensnennung

Direkte Zitate aus fremden Werken sind mit Zitationszeichen gekennzeichnet. Bei unmittelbar aufeinander folgenden Zitaten aus derselben Quelle findet sich die Quellenangabe nach dem letzten Zitat.

Längere Zitate beziehungsweise solche, die vom Verf. besonders hervorgehoben werden, sind eingerückt.

Soweit im Zitat der Neudruck eines Werkes angegeben ist, wird aus dem unveränderten Neudruck zitiert.

Halbe Anführungszeichen werden für einfache Hervorhebung und Betonung sowie Zitate im Zitat verwendet, Kursivdruck für besondere Hervorhebung und fremdsprachliche (Fach-)Begriffe.

Namensnennungen im Text sind kursiv gedruckt. In der Regel wird nur der Nachname aufgeführt. Der Vorname ist (ausgeschrieben oder abgekürzt) nur zur Hervorhebung bei besonders bedeutenden Personen oder bei ansonsten bestehender Möglichkeit von Verwechslungen aufgeführt.

A. Einleitung

I. Grundrechtsinterpretation unter Rationalitätsanspruch

Betrachtet man den Literaturstand zum Thema Verfassungsinterpretation, so bietet sich mittlerweile eine große Fülle an unterschiedlichen theoretischen Ansätzen.¹ Ähnliches gilt für die Grundrechtstheorie.² Anliegen der verschiedenen Ansätze einer theoretisch-dogmatischen Durchformung ist es, eine Rationalisierung der Grundrechtsinterpretation zu ermöglichen. Die Gewährleistung von Rationalität der Grundrechtsauslegung und -anwendung bezeichnet *Hoffmann-Riem* als ein Anliegen, das „wohl alle Verfassungsrechtler“ umtreibt.³ Grundrechtsauslegung zielt darauf, auf möglichst anerkannte Weise in der Gemeinschaft der Grundrechtsinterpreten anerennungsfähige Ergebnisse zu gewinnen.⁴ Doch auf welche Weise kann Rationalität in diesem Sinne erzeugt werden? *Kommers*, der sich schon früh mit dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik und dem Bundesverfassungsgericht aus einer sozialwissenschaftlich-komparativen Perspektive befasst hat,⁵ gelangt mit Blick auf die Methodik der Grundrechtsinterpretation in Deutschland zu einer durchaus streitbaren, aber für die Thematik dieser Arbeit sehr interessanten Einschätzung:

German legal theorists have commonly assumed that law and justice would thrive solely within the bosom of that perfect society known as the state. The Basic Law represents a major break from this tradition. It does not regard the state as the source of fundamental rights. The core of individual freedom, like human dignity

¹ Überblicksbeiträge von *Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, 1976; *Hofmann*, *Die Konstitutionalisierung der juristischen Hermeneutik*, 2011; *Riedel*, *Methoden der Verfassungsinterpretation im Wandel*, 1990.

² Etwa *Böckenförde*, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, 1974; wiederabgedruckt in *Böckenförde*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 115 ff.; von *Münch*, in: *Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2000, Vorb. Art. 1–19, Rn. 16 ff.

³ *Hoffmann-Riem*, *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch*, 2004, S. 204; für das Verwaltungsrecht auch – statt vieler – *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2006, S. 78.

⁴ *Hoffmann-Riem*, ebd., S. 207, unter Verweis auf *Koch*, *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen*, 1986; zur Rationalität von rechtlichen Begründungen siehe auch *Garrn*, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, 1986.

⁵ Grdl. *Kommers*, *Judicial Politics in West Germany*, 1976.

itself, is anterior to the state. Thus, law and justice, as we have seen now, measure the validity of governmental actions, including judicial decisions. Inalienable rights, justice, values, and other such notions arguably present in the Basic Law militate against the methodology of legal positivism. And yet, for all that, and of immediate interest to us, the approach to judicial reasoning in *Begriffsjurisprudenz* has outlasted positivism and has had a lasting influence throughout Europe, including Germany. As we shall see, German constitutional scholars [...] have made significant attempts to build a theory of judicial decision based on reason and logic.⁶

Diese Aussage ließe sich auf den ersten Blick möglicherweise dahin verstehen, *Kommers* würde Teilen der bundesdeutschen Verfassungsrechtswissenschaft vorwerfen, diese seien – zumindest aus einer historischen Perspektive betrachtet – dem begriffsjuristischen Denken *Puchta'scher* Prägung⁷ oder ganz allgemein Residuen eines positivistischen Methodenverständnisses⁸ verhaftet. Das wäre ganz sicher eine Einschätzung, die sich mit Blick auf die Entwicklung der Methodenlehre und die vielfältigen Ansätze in der Verfassungs- und Grundrechtstheorie als nicht haltbar erweisen würde. Das Gegenteil ist der Fall. Bleiben wir aber nicht bei dieser Deutung stehen, sondern fragen uns, was *Kommers* stattdessen meinen könnte, wenn er im Zusammenhang mit der methodischen Behandlung der Grundrechte von einem Einfluss der Begriffsjurisprudenz spricht, dann kommen wir dem Kern der Sache näher. Es scheint, als wolle er – als Komparatist, dessen Blick sich von der stark rechtsrealistisch geprägten angloamerikanischen Rechtskultur nach Kontinentaleuropa und speziell Deutschland wendet⁹ – eine bestimmte Art des wissenschaftlichen Denkens und Handelns über das Verfassungsrecht, eine Methodik¹⁰, beschreiben, die

⁶ *Kommers*, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, S. 41; vgl. auch *Stone Sweet*, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, 2000, S. 146 ff.

⁷ Eine umfassende und differenzierte Darstellung findet sich bei *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, 2004.

⁸ So betrachtete *Max Weber* das formal-abstrakte Recht als höchsten Grad der Rationalisierung, erkannte aber zugleich bereits notwendige Tendenzen der modernen Rechtsentwicklung zu einer zunehmenden Auflösung des Rechtsformalismus zugunsten materieller Kriterien, *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921/22 (Neudruck 1972), insbesondere S. 331 ff., 468 ff., 504 ff., dazu *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2007, S. 96 ff., und *Uecker*, *Die Rationalisierung des Rechts – Max Webers Rechtssoziologie*, 2005.

⁹ Zu den Interpretationsweisen in unterschiedlichen Rechtskulturen auch *Dorsen et al.*, *Comparative Constitutionalism*, 2003, S. 138 ff., sowie *Goldsworthy*, *Constitutional Interpretation*, 2012.

¹⁰ Unter Methodik wird gewöhnlich zum einen die Lehre von der planmäßigen, das heißt methodischen Vorgehensweise verstanden und zum anderen die Wissenschaft von den Verfahrensweisen oder den Lehr- und Unterrichtsmethoden einer Wissenschaft, vgl. die Einträge in *Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion*, Du-

darin liegt, rechtliche Rationalität in begrifflich-systematischen Abstraktionen zu suchen¹¹ und dabei eine Grenze zwischen dem Recht und außerrechtlichen Kontexten zu ziehen.¹²

Gemeint ist dann das, was *Schlink* in der Tradition *Labands* als „Konstruktionsjurisprudenz“ bezeichnet.¹³ Es ist die „Tradition dogmatischer Rechtsprechung, die mit der Tradition dogmatischer Rechtswissenschaft entstand“.¹⁴ Juristische Entscheidungen sind danach an einem konstruktiven System auszurichten, das von der Rechtswissenschaft entwickelt und in der Rechtsprechungspraxis fortgeschrieben wird.¹⁵ In diesem Modell bringt die Rechtswissenschaft „Entscheidungen, die von den Gerichten verwendet und die in der Rechtswissenschaft selbst entwickelten Gesetzesauslegungen und -anwendungen in ein System, und die Gerichte treffen ihre Entscheidungen aus dem System und auf es hin“.¹⁶ Als ein solches begrifflich-systematisches Vorgehen der Grundrechtsinterpretation zu verstehen wäre bei-

den – Deutsches Universalwörterbuch, 2007, S. 1140, *Wahrig/Wahrig-Burfeind*, Deutsches Wörterbuch, 2009, S. 870. *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004, S. 139, begreift „juristische Methodik“ im Anschluss an *Friedrich Müller* als die „systematisch reflektierende Gesamtkonzeption [...] juristischer Arbeitsweise“. Hier und im Folgenden wird der Begriff verwendet im Sinne eines übergreifenden praktischen Denk- und Arbeitsstils, der das methodische Vorgehen anleitet; zum „Denkstil“ aus wissenssoziologischer Perspektive grdl. *Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, 1935 (Neudruck 1985); auch *Knoblauch*, Wissenssoziologie, 2005, S. 237 ff.; siehe auch unter A. II.

¹¹ Vgl. *Haverkate*, Jurisprudenz: Wissenschaft und Politik – Dogmatische Rechtswissenschaft und „richtiges Recht“, 1975, S. 296 f.; dezidiert für ein „nach-positivistisches“ Methodendenken *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, S. 9 ff.

¹² Kritisch etwa *Stone Sweet*, *Governing with Judges*, 2000, S. 147: „In Europe, the social power of public law scholars has depended critically on their capacity to insulate the law from the social world, and especially from ‚politics‘: the world of political parties, ideologies, interests, and ‚non-legal‘ values. This way of doing things – the maintenance of the law/politics distinction as an article of disciplinary faith – has reproduced itself over many generations. That Continental legal scholarship is highly formalist, relatively immune to critical perspectives on the law, largely disinterested in questions of legal interpretation, but none the less committed to enhancing the prestige and legitimacy of doctrinal and judicial power are tendencies that have been widely commented upon.“

¹³ *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, 1989, S. 165 ff.

¹⁴ *Schlink*, Abschied von der Dogmatik – Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel, 2007, S. 160; vgl. auch *Bourdieu*, *La force du droit*, 1986.

¹⁵ Zur zivilrechtlichen Tradition im deutschen Recht sowie der Juristenausbildung und „legal scholarship“ und deren Einfluss auf die Verfassungsauslegung *Kommers*, *Germany: Balancing Rights and Duties*, 2006, S. 207 ff.

¹⁶ *Schlink*, Abschied von der Dogmatik, 2007, S. 160.