Schriften zur Rechtstheorie

Band 312

# Rechtswandel

Von

Michel Göbel

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

MICHEL GÖBEL

# Rechtswandel

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schriften zur Rechtstheorie

Band 312

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Rechtswandel

Von

Michel Göbel

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft
der Goethe-Universität Frankfurt am Main im Wintersemester 2024/2025
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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY-SA
(s. http://creativecommons.org/licenses/by-sa/) veröffentlicht. Die E-Book-Version ist
unter https://doi.org/DOI: 10.3790/978-3-428-59614-0 abrufbar.

Die Open-Access-Publikation dieses Buches wurde durch den Open-Access-
Publikationsfonds der Goethe-Universität Frankfurt am Main unterstützt.
The open access publication of this book was funded by the Open Access Publication
Fund of Goethe University Frankfurt am Main.

D30

© 2025 Michel Göbel
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: Prime Rate Kft., Budapest, Ungarn

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-19614-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59614-0 (E-Book)
DOI: 10.3790/978-3-428-59614-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: https://www.duncker-humblot.de

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Meinen Eltern*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten darüber hinaus nur sporadisch berücksichtigt werden.

Danken möchte ich an dieser Stelle zunächst und in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Uwe Volkmann, der mir alle Freiheiten gelassen hat, die ich vor allem brauchte, sich aber auch stets Zeit nimmt, wenn sein Rat gefragt ist. Das Vertrauen und die Wertschätzung, die er mir und meiner Arbeit von Anfang an entgegengebracht hat, halte ich nicht für selbstverständlich. Kurzum: Bessere Forschungsbedingungen hätte ich mir nicht wünschen können.

Mein Dank gilt sodann Frau Prof. Dr. Gabriele Britz, Richterin am Bundesverfassungsgericht a. D., die mir, trotz mancher Differenz in der Sache, ein wohlwollendes Zweitgutachten ausgestellt hat, sowie Herrn Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg, der mich seit meinem Studium fördert.

Die Entstehungsjahre dieser Arbeit werden mir als überaus schöne und durchweg glückliche Zeit in Erinnerung bleiben. Das liegt insbesondere an meinen wunderbaren Kolleginnen und Kollegen bzw. Freundinnen und Freunden am Institut für Öffentliches Recht der Goethe-Universität. Die herzliche Atmosphäre hatte nicht zuletzt Einfluss auf das Gelingen der Arbeit. Deren konkreten Entstehungsprozess am nächsten mitbekommen haben dabei meine Bürogenossin Dr. Samira Akbarian – und Amina Gutjahr, mit der ich Sinn und Unsinn meiner Einfälle meist als erstes diskutiert habe. Gemeint sind aber auch alle anderen. Danke!

Danken möchte ich überdies der Studienstiftung des deutschen Volkes für die großzügige Förderung mit einem Promotionsstipendium sowie dem Open-Access-Publikationsfonds der Goethe-Universität für die Beteiligung an den Publikationskosten.

Frankfurt am Main, im Mai 2025 *Michel Göbel*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Inhaltsverzeichnis

**Einleitung** . . . . . 13

**A. Konzeption und Analyse des Rechtswandels** . . . . . 17
I. Begriffliche Klärung und Abgrenzung . . . . . 22
1. Verfassungswandel . . . . . 22
a) Entwicklung als eigenständige Kategorie . . . . . 23
b) Heutige Bedeutung . . . . . 30
aa) Bedeutungswandel . . . . . 31
bb) Verfassungsdogmatische Eingrenzung des Verfassungswandels . . . . . 35
cc) Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . . 39
dd) Stellenwert in der aktuellen Diskussion . . . . . 44
2. Rechtswandel als übergeordnete Perspektive auf Wandel von Normen jeglichen Ranges . . . . . 52
a) Strukturelle Besonderheiten von Verfassungsrecht . . . . . 52
b) Verfassungstheoretisch vermittelte Besonderheiten . . . . . 58
aa) Integration . . . . . 59
bb) Negation der Besonderheiten . . . . . 63
cc) Umgekehrt besondere Stabilität der Verfassungsinterpretation? . . . . . 66
dd) Verfassungssätze als Orientierungsgesichtspunkte . . . . . 67
c) Konstitutionalisierung der Rechtsordnung . . . . . 69
d) Zwischenbilanz . . . . . 73
3. „Rechtswandel“ im bisherigen Schrifttum . . . . . 74
4. Abgrenzung von Rechtsfortbildung, Rechtswirklichkeit und Auslegung . . . . . 80
a) Rechtsfortbildung . . . . . 81
aa) Theoretische Abgrenzungskriterien . . . . . 81
bb) Abgrenzung in der Praxis . . . . . 87
b) Rechts- und Verfassungswirklichkeit . . . . . 91
c) Auslegung . . . . . 96
aa) Subjektive Auslegungstheorie . . . . . 97
bb) Objektive Auslegungstheorie . . . . . 101
(1) Annäherung an denkbare Abgrenzungskriterien . . . . . 102
(2) Sinnvolle Abgrenzungskriterien . . . . . 105
II. Ursachen des Rechtswandels . . . . . 111
1. Veränderte Umstände und Wertvorstellungen . . . . . 112

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Hindernisse einer formellen Anpassung . . . . . 115
3. Konstitutionalisierung und Europäisierung der Rechtsordnung . . . . . 120
III. Analyse der zu einem Rechtswandel führenden Argumentationen . . . . . 123
1. Vorab: Performative Rechtserzeugung als theoretische Grundlage? 124
2. Scheinbare Kontinuität durch gezielte Sachverhaltsbeschreibung und Entkontextualisierung; Verhältnismäßigkeit . . . . . 128
3. Wandel von der Freiheits- zur Gleichheitsperspektive . . . . . 130
4. Wandel vom subjektiven zum objektiven Recht – und umgekehrt . . 136
a) Die objektive Bedeutung der Grundrechte . . . . . 136
b) Exkurs: Adressatenwandel durch Drittwirkung – oder: Von der Freiheitsgarantie zur privaten Pflicht . . . . . 144
c) Subjektivierung objektiver Normen . . . . . 148
5. Zwischenbetrachtung . . . . . 154
6. Anreicherung formaler Normen mit materialen Gehalten . . . . . 154
7. Wandel durch Induktion von Prinzipien . . . . . 162
8. Rechtswandel und Wertewandel . . . . . 168
9. Wandel durch Erlass niederrangiger Normen . . . . . 169
10. Einordnung des Befunds und nochmals: Zwecke und Mittel im Recht . . . . . 170

**B. Grundpositionen zur Legitimitätsfrage – und deren Kritik** . . . . . 173
I. Grundsätzliches . . . . . 173
II. Legitimationsmodell inhaltlicher Repräsentation . . . . . 176
1. Wissenschaft und Praxis als Repräsentanten des Volks . . . . . 179
2. Repräsentationsobjekt: Volk, Betroffene, global vernetzter Kulturkreis . . . . . 186
3. Rechtsverständnis des inhaltlich-repräsentativen Modells . . . . . 192
a) Integration der pluralistischen Gesellschaft . . . . . 192
b) Kurzsichtiger Politikbetrieb . . . . . 195
c) Minderheitenschutz . . . . . 198
d) Aufgaben des Rechts . . . . . 200
III. Das positivistisch-prozedurale Legitimationsmodell . . . . . 201
1. Das Ideal und seine Wirklichkeitsnähe . . . . . 204
a) Recht als kontrafaktische Sollensordnung . . . . . 204
b) Das Parlament als Quelle der Rechtsordnung . . . . . 206
c) Gefahr der „Versteinerung“ . . . . . 213
d) Rechtsänderungen und allgemeines Rechtsbewusstsein . . . . . 215
e) Symbolik der Rechtsänderung: Anerkennung oder semantischer Ausschluss? . . . . . 220
2. Möglichkeiten des Rückgriffs auf den Willen des historischen Gesetzgebers . . . . . 222
a) Existenz und Konstruktion eines Gesetzgeberwillens . . . . . 224
b) Wann ergibt sich aus einem Materialienbefund ein belastbares Argument? . . . . . 227

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Daraus folgende Anforderungen an die Rechtskultur . . . . . 233
3. Notwendige Konkretisierung des Gesetzes und Wandel auf Ebene der Dogmatik . . . . . 235
4. Kombinationslösungen zur Sicherung des prozeduralen Elements? 238
a) Konkretisierung anhand der „objektiven Wertordnung“ . . . . . 238
b) Geltungszeitlich-subjektive Theorie und Wertungsjurisprudenz . . 240
c) Stillschweigende Billigung . . . . . 246
d) Verfassung als Konzentrat des einfachen Rechts . . . . . 249
e) „Popular Constitutionalism“ als Kombinationsmodell? . . . . . 250
IV. Zwischenbilanz . . . . . 252

**C. Recht und Diskurse** . . . . . 255
I. Warum Recht und Diskurse? . . . . . 256
1. Recht als Ergebnis von Diskursen . . . . . 257
2. Die Aufhebung des Gegensatzes im Diskursbegriff . . . . . 259
II. Die „Hochschätzung des Rechtlichen“ . . . . . 261
III. Recht als Argument . . . . . 269
1. Vermischung der Diskursebenen . . . . . 269
2. Rechtliches Argumentieren als strategisches Handeln . . . . . 275
a) Das Problem auf Ebene des gesellschaftlichen Diskurses . . . . . 276
b) Spezialfall juristischer Diskurs . . . . . 278
c) Praktischer Begründungs- oder moralischer Anwendungsdiskurs? 281
3. Zwischenbilanz . . . . . 284
IV. Der Anspruch auf Richtigkeit – Inszenierung und Sakralisierung des Rechts . . . . . 286
1. Inszenierung . . . . . 287
2. ‚Sakralisierung‘ . . . . . 293
a) Verfassungspatriotismus und Werte . . . . . 294
b) Sakralisierungstendenzen . . . . . 296
c) Leerer Ort der Macht? . . . . . 298
3. Gefahr der Geringschätzung . . . . . 304
V. Desintegration durch Überdruss: Wer glaubt dem Recht noch? . . . . . 307

**D. Elemente eines konstruktiven Gegenkonzepts** . . . . . 312
I. Leitgedanke: Formelle Änderungen forcieren . . . . . 313
1. Grundsätzliches . . . . . 314
2. Beispiele und Abgrenzungen . . . . . 320
3. Die zentrale Rolle des Wahlakts . . . . . 323
II. Mögliche methodische und dogmatische Konsequenzen . . . . . 327
1. Dogmatisches Gebot der Normenklarheit? . . . . . 328
2. Klarheit auf methodischer Ebene berücksichtigen . . . . . 330
3. Funktionaler Vorrang kompromissermöglichender Rechtspositionen? 332
4. Verfassende Urteile oder judikativer Minimalismus? . . . . . 333
a) Verfassende Urteile . . . . . 334

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Judikativer Minimalismus . . . . . 339
5. Rechtsprechung auslegen . . . . . 346
6. Recht im Bewusstsein seiner Änderbarkeit auslegen . . . . . 352
a) Grundsatz . . . . . 352
b) Einwände, insbesondere für die Verfassungsebene? . . . . . 356
**Zusammenfassung und Ausblick** . . . . . 359

**Literaturverzeichnis** . . . . . 362
**Sach- und Personenverzeichnis** . . . . . 411

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Einleitung

Recht soll gerecht sein. Und so sind auch die handelnden Personen bei seiner Setzung vom Willen beseelt, Gerechtigkeit zu positivieren – oder ihr zumindest ein Stückchen näher zu kommen. Jenseits von despotischen Staaten lässt sich Gesetzgebung immer irgendwie auf dieses Motiv herunterbrechen. Doch ob und wie lange ein Gemeinwesen diese Einschätzung teilt, steht auf einem anderen Blatt: Die lebensweltlichen Umstände verändern sich, Wertvorstellungen sind permanent im Fluss. Normen erscheinen dann bald als bereits vom Ansatz her grundfalsch oder umgekehrt als nicht konsequent genug. Nicht alle aber werden dementsprechend geändert – oder erst sehr viel später. Dafür gibt es Gründe, denen im Laufe dieser Untersuchung nachzugehen ist. Im Mittelpunkt steht jedoch das Phänomen, dass den Normen selbst – auch ohne formelle Textänderung – ein Inhalt beigemessen wird, der sich von dem ursprünglich gesetzten zugunsten der veränderten Einstellungen entfernt. Dieses Phänomen soll hier *Rechtswandel* heißen.

Der Forschungsstand hierzu ist gleichzeitig unüberschaubar und äußerst spärlich: unüberschaubar, soweit man das Thema als Ausschnitt der allgemeinen Methodendiskussion begreift. Insbesondere die Interpretationslehren der sog. objektiven Theorie beschäftigen sich seit jeher mit den Spielräumen, die das positive Recht seinen Interpreten lässt. Aber das Bild des Wandels veranschaulicht die tatsächliche Dynamik ganz anders, als es im Rahmen dieser Lehren geschieht. Dort geht es von vorneherein nur um die Veränderlichkeit als Möglichkeit und auch diese schwingt nur implizit mit, wenn vom Gesetz, das klüger als sein Verfasser sei, oder statt vom Nachdenken des Vorgedachten vom Zu-Ende-Denken des Gedachten die Rede ist[1]. Sucht man indes nach Arbeiten, die den Rechtswandel als eigenständige Kategorie begreifen, so wird es spärlich und die einzelnen Beiträge liegen Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, auseinander – was bereits vermuten lässt: ohne nachhaltige Beachtung gefunden zu haben. Vertraut, als solcher dann aber auch geradezu prominent, ist der Wandel allein als *Verfassungs*wandel. Er wurde vor deutlich über 100 Jahren in den Diskurs eingeführt, seitdem kontinuierlich behandelt und hat seit längerem nachgerade Konjunktur, taucht jedenfalls in wissenschaftlichen Texten immer häufiger auf – zumindest in Form einer knappen Auseinandersetzung oder auch nur schlagwortartigen Anspielung auf eine bestimmte

[1] *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 107 bzw. *ders*., Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 254; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorstellung der Dynamik. Neben der Änderung, der Interpretation und dem Verfassungswandel gibt es weitere ‚klassische' Entwicklungsmechanismen des Rechts. Zu nennen ist hier insbesondere die (richterliche) Rechtsfortbildung, die gleichsam den Raum außerhalb des positiven Rechts, die von ihm – und sei es nur in Form unbestimmter Begriffe – gelassenen Lücken, nutzt, um gesellschaftliche Gerechtigkeitsvorstellungen in verbindliche Normen umzusetzen. Selbst die Analogie als vergleichsweise gesetzesnahe Variante hängt über das Merkmal der Vergleichbarkeit der Interessenlagen ja letztlich von solch gesellschaftlichen Wertungen ab.[2] Die durch die Rechtsfortbildung eingenommene Perspektive wirft aber jedenfalls ganz andere Fragen auf als die Vorstellung des Rechtswandels, schon allein weil jene sich dem positiven Recht nach Art eines Vorrangs des Gesetzes unterordnet, während die Frage der Unterordnung für diesen keinen Sinn ergibt, beschreibt er doch gerade die Dynamik der geschriebenen Norminhalte selbst. Daneben stehen Konzepte wie die „Innovation" im Recht, die rechtliche Neuerungen unabhängig von ihrer Zuordnung zu einer dieser Kategorien betrachten möchte bzw. allgemein nach der Reaktion des Rechts auf gesellschaftliche Neuerungen fragt.[3]

In dieser Arbeit soll nun der Begriff des Wandels, wie wir ihn vom Verfassungswandel kennen, ausgearbeitet werden. Das heißt zunächst, dass herauszuarbeiten ist, was genau darunter zu verstehen ist. Denn so geläufig der Topos des Verfassungswandels auch sein mag: Von einer trennscharfen Definition, die im Diskurs konsentiert wäre, kann keine Rede sein. Übergreifende These der Arbeit ist zudem, dass Wandel nicht exklusiv auf Verfassungsebene stattfindet, sondern im gesamten – insbesondere auch im einfachen, aber ebenfalls, hier allerdings nur vereinzelt thematisiert, im untergesetzlichen und internationalen – Recht beobachtet werden kann. Der Rechtswandel erscheint dann als aus dem Verfassungswandel induzierte Oberkategorie. Als Bezeichnung käme neben Rechts- etwa auch Normwandel in Betracht, was möglicherweise eleganter und moderner geklungen hätte. Der gewählte Begriff soll indes herausstellen, dass es sich um spezifisch rechtliche Zusammenhänge handelt und Fragen im Mittelpunkt stehen, die sich so beim Wandel anderer, etwa moralischer, Normen nicht stellen. Mit einem Wort: Es geht um den

---

[2] Diese Wertungsabhängigkeit wird anhand der „Vergleichbarkeit" aber nur besonders deutlich und gilt genauso bereits für das Feststellen einer Lücke, s. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 f., 31 ff.

[3] Um diese Kategorie hat sich insbesondere Hoffmann-Riem verdient gemacht, s. etwa *ders./Schneider* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung; *ders.* (Hrsg.), Innovationen im Recht; *ders.*, AöR 131 (2006), S. 255 ff.; monografisch *ders.*, Innovation und Recht; hinzu kommen vier zwischen 2008 und 2011 gemeinsam mit Martin Eifert herausgegebene Sammelbände zum Thema Innovation und Recht. S. ferner *Hornung*, Grundrechtsinnovationen. Eine frühe Auseinandersetzung erfolgte bereits mit dem Sammelband von *Harenburg u. a.* (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Transfer außerrechtlicher Entwicklungen in die Rechtsnormen hinein; welchen Gesetzen die Veränderung von Normsystemen wie z. B. der Moral unterliegt, ist dagegen ein eigenes Thema, das hier weitgehend ausgeklammert werden muss.

Der hierfür gewählte Forschungsansatz ist zwar ein rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer; die Untersuchung erfolgt aber nicht losgelöst von der juristischen Praxis, sondern operiert eng an tatsächlichen Beispielen und ist um konkrete methodische Erkenntnisse bemüht, die mit dem Konzept des Rechtswandels im engeren Sinne nicht stehen und fallen müssen. Denn dieser betrifft nicht jede Rechtsnorm, ist in seiner Reinform vielmehr durchaus selten, dabei aber ein Phänomen, an dem sich viele Grundprobleme des Rechts mit besonderer Klarheit studieren lassen. Sobald die Arbeit sich dann jedoch dem Rechtswandel über die Besprechung von Beispielen desselben nähert, nehmen die Erläuterungen bisweilen einen kritischen Ton an, den es vorab einzuordnen gilt: Der Untersuchung geht es nicht um die inhaltliche Bewertung bestimmter Rechtszustände. Folglich ist es ausdrücklich nicht die sachliche Entwicklung der Rechtsordnung in diese oder jene Richtung, die kritisiert wird. Dass bei der Analyse rechtswandelnder Vorgänge mitunter dieser kritische Ton durchklingt, liegt stattdessen an der Schwierigkeit, eine Veränderung herauszuarbeiten und als solche auszuweisen, die das Rechtssystem selbst aus legitimatorischen Gründen als Kontinuität darstellen muss. Zumindest in dieser Hinsicht begibt man sich automatisch in Opposition zur eingeübten Lesart und verwendet Argumentationslinien, die jedenfalls parallel zu solchen verlaufen, mit denen die aktuell maßgeblichen Interpretationen als inhaltlich fehlerhaft gekennzeichnet werden sollen. Hinzu kommt, so viel sei vorweggenommen, dass die Arbeit dem Mechanismus des Rechtswandels aus demokratietheoretischen Gründen – die im Anschluss an das erste, konzeptionelle Kapitel (A.) dargelegt werden – durchaus eher ablehnend gegenübersteht. Wenn damit aber die einzelnen rechtswandelnden Vorgänge als rechtstheoretische und in methodischer Hinsicht tatsächlich kritisch gesehen und entsprechend besprochen werden, dann heißt das eben nicht unbedingt, dass – bzw. es spielt keine Rolle, ob – zugleich der konkrete aus einem Wandel resultierende Rechtszustand inhaltlich missbilligt, also etwa das Konzept der grundrechtlichen Schutzpflicht oder, weniger abstrakt, die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare per se für ‚schlecht' befunden würde. Man muss sich nur eben bewusst sein, dass die Richtung, in welche die einmal etablierten Argumentationsspielräume genutzt werden, nicht ein für alle Mal feststeht.

Im bisher Gesagten ist der Gang der Untersuchung bereits teilweise angeklungen. Sie gliedert sich in vier thematische Blöcke: Im ersten Kapitel (A.) wird das Konzept des Rechtswandels ausgehend vom Verfassungswandel von Grund auf entwickelt, gegenüber anderen Kategorien abgegrenzt sowie seinen Ursachen und den Argumentationsmustern nachgespürt, die ihn hervorbrin-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen. Das zweite Kapitel (B.) fragt nach der Legitimation des Rechtswandels, wobei Legitimation hier stets *demokratische* Legitimation heißt. Die Legitimitätsfrage ist besonders brisant, weil der Rechtswandel für seine Legitimation auf positives Recht verweist, dieses aber selbst gerade verändert, sodass der Durchgriff auf den demokratischen Beschluss als seinerseitige Legitimationsquelle des positiven Rechts versperrt ist. Den entsprechenden Ausführungen liegt daher die These zugrunde, dass eine Zurückführung der normativen Dynamik auf das Volk allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Repräsentation der Anschauungen des Volks durch die juristischen Akteure schlüssig sein kann. Dieser Legitimationsansatz wird als *inhaltlich-repräsentatives Legitimationsmodell* einer grundsätzlichen Kritik unterzogen und ihm wird in typisierender Zuspitzung der alternative *positivistisch-prozedurale* Ansatz gegenübergestellt, der die Aufgabe, die Rechtsordnung zu aktualisieren, stattdessen formellen Rechtsänderungen zuweist. Das dritte Kapitel (C.) thematisiert die Verbindung zwischen gesellschaftlichen Werten und der Sphäre des Rechts: den rechtlichen Diskurs bzw. das Recht im Diskurs. Das abschließende Kapitel (D.) formuliert Vorschläge, wie man aus den vorangegangenen Analysen nicht nur abstrakt lernen, sondern aus den zentralen Kritikpunkten auch konkrete Gegenkonzepte entwickeln kann.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# A. Konzeption und Analyse des Rechtswandels

‚Wandel' kann vieles bedeuten. Klar ist zunächst nur, dass der Begriff Veränderungsprozesse anspricht. Im Kontext des Rechts könnte er etwa den Blick dafür schärfen, wie sich eine Rechtsordnung zu einem gegebenen Zeitpunkt von ‚derselben' Rechtsordnung zu einem früheren Zeitpunkt unterscheidet.[1] Dann wäre er im Kern eine (rechts-)geschichtliche Kategorie. Aber auch als rechtstheoretischer Terminus technicus, als der er, zumindest für das Verfassungsrecht, verwendet wird, changiert seine Bedeutung zwischen verschieden weiten Verständnissen. Im Rahmen dieser Arbeit soll nun ein Begriff des Rechtswandels zugrunde liegen, der darauf zugeschnitten ist, was speziell die Perspektive des Wandels ausmacht. Was spricht er an, das andere Kategorien so nicht adressieren? Dieses Anliegen läuft auf einen engen Wandelsbegriff hinaus, der sich – zumindest von seinem analytischen Zuschnitt her – nicht mit verwandten Kategorien überschneidet. Ein solches Alternativverhältnis des informellen Wandels *zu formellen Rechtsänderungen* gehört zu den allgemein geteilten Grundannahmen der Beschäftigung mit demselben und kommt regelmäßig bereits im Titel entsprechender Abhandlungen zum Ausdruck, wenn dort „Wandel und Änderung" gegenübergestellt werden[2]. Bezüglich des Verhältnisses zu anderen Kategorien gehen die Konzepte auseinander. Lothar Michael etwa nimmt keine Abgrenzung zur Rechtsfortbildung vor, sieht den *Verfassungs*wandel vielmehr ausdrücklich als „Spezialfall der *Verfassungs*rechtsfortbildung" an und begreift „jede Rechtsprechungsänderung, die die Interpretation von Verfassungsnormen betrifft, als Verfassungswandel".[3] Noch unspezifischer ist das Begriffsverständnis bei dessen akademischen Lehrer Peter Häberle, der nicht zwischen Verfassungswandel und „Interpretation"

---

[1] Eine solche, die einzelnen Veränderungskategorien übergreifende, Begriffsverwendung etwa bei *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 ff.

[2] So etwa bei *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung; *Würtenberger*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: FS Merten, S. 77 ff.; *ders*., Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, S. 287 ff.; *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 ff. In dem zuvor beschriebenen untechnisch-rechtsgeschichtlichen Sinne würde auch die Rechtsänderung indes unter den Begriff fallen.

[3] *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 6 (Hervorhebung nur hier) bzw. Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abgrenzen möchte.[4] Hier wird dagegen ein engerer Zugriff gewählt. Als diese ganzen Veränderungsmodi umfassender Oberbegriff bietet sich derweil die Verfassungs- oder Rechts*entwicklung* an: Darunter fallen dann *alle* Dynamisierungstechniken im Recht, also eben insbesondere die formelle Änderung, die Rechtsfortbildung, soweit sie Veränderungen bewirkt auch die Auslegung oder Interpretation – und der enger verstandene Rechtswandel.[5]

Enggeführt ist das hier zugrundeliegende Verständnis insofern, als es die Veränderungen auf der ‚Mikroebene' der einzelnen Norm in den Blick nimmt. Es reicht also nicht aus, summarisch allgemeine Akzent- oder Perspektivverschiebungen im juristischen Denken zu konstatieren, wenn sich diese nicht auf konkrete Einzelnormen zurückführen lassen. Erst recht sagen Fortentwicklungen des vom Recht in Bezug genommenen Wirklichkeitsausschnitts als solche noch nichts über deren normative Rezeption aus. Zudem müssen die Norm und ihr grundsätzliches Verständnis sich im Ganzen verändern, also nicht nur die Auffassungen zu punktuellen Subsumtionsfragen. Das heißt wiederum nicht, dass eine gewandelte Norm ihre ursprüngliche Bedeutung komplett eingebüßt haben müsste, aber es muss sich um Verschiebungen handeln, die eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben und zumindest potenziell mit dem hergebrachten Inhalt konfligieren, wenn sie ihn, was auch vorkommt, nicht sogar teilweise ersetzen. Paradebeispiel dieses Wandels sind die zur unverändert bestehenden Abwehrrichtung der Grundrechte hinzugetretenen Grundrechtsdimensionen. Denn ob ein Grundrecht vor aktiven staatlichen Eingriffen schützt oder in seiner Ausprägung als beispielsweise Schutzpflicht den Staat gerade auch zu solchen anhält, berührt das Verständnis der Norm ganz grundsätzlich. Daran wird auch deutlich, dass sich die Veränderung nicht nur irgendwie an der Norm festmachen lassen muss, sie vielmehr zu ihrem festen Bestandteil wird, auf den man sich – wie selbstverständlich – berufen kann, wenn man auf die Norm verweist.

Infolge eines so enggeführten Begriffs fallen zwar weniger Konstellationen darunter als in weiteren Konzeptionen. Aber die spezifischen, von der Kategorie adressierten Probleme, um die es dann schwerpunktmäßig in den folgenden Kapiteln gehen wird, stehen dadurch umso klarer vor Augen. Solange dies der Fall ist, muss es auch kein größerer Nachteil sein, wenn in der Analyse konkreter Fälle öfter unklare Kandidaten auftreten. Denn in einer Erörterung unter dem Gesichtspunkt des Wandels werden die zugrundeliegenden

---

[4] *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (83), *weit* ist dabei aber in erster Linie der *Interpretations*begriff, dazu noch unten I.1.b)bb) sowie I.3.

[5] Siehe zu dieser übergreifenden Kategorie der „Entwicklung", die – genau wie die Perspektive des Wandel – vor allem für die Verfassungsebene verwendet wird, etwa *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4; *Bryde*, Verfassungsentwicklung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

methodischen Sachfragen ja unabhängig von der letztlichen Einordnung aufgeworfen; abstrakte Kategorien strukturieren und sensibilisieren das juristische Denken. Insofern ist eine gewisse Vagheit – in der Anwendung auf den Einzelfall, nicht in der abstrakten Formulierung – gerade auch ein Potenzial.[6] Ein weiter gefasster Wandelsbegriff mag ebenfalls Verschiebungen veranschaulichen, aber auf einer viel pauschaleren Ebene, mit der kein *spezifisches* theoretisches Problem verbunden ist. Er ist damit potenziell immer dem Einwand ausgesetzt, man bräuchte die Kategorie nicht, sie ginge ohnehin in anderen auf.[7]

Ob dann etwa ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, wie es das Bundesverfassungsgericht inzwischen als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG anerkennt, als Wandel im technischen Sinne einzuordnen ist oder nicht, ist ein solch unklarer Fall.[8] *Dafür* spräche etwa, dass diese Entwicklung das aus der Menschenwürde fließende Verbot, zwischen lebenswertem und lebensunwertem Leben zu differenzieren, aufweicht, indem sie es nicht mehr im Sinne eines absoluten, strikt deontologischen Prinzips versteht, das eben überhaupt nicht „angetastet" werden darf, die Differenzierung vielmehr dem Einzelnen anheimstellt.[9] Im Kontext des Suizids ließe sich dann anführen, dessen rechtliche Anerkennung

---

6 Vgl. zum linguistischen Konzept der Vagheit im Kontext des Rechts *Gruschke*, Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, insb. S. 21 ff.

7 Paradigmatisch zum Verfassungswandel *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 50, demzufolge „diese Kategorie gänzlich aufgegeben werden" sollte: Der Vorgang sei illegitim, aber auch als Beobachtungsbegriff suggeriere „Verfassungswandel" bereits die Legitimität des Vorgangs; stattdessen sei der neutralere Begriff der „Verfassungsentwicklung" zu verwenden. Diese Kritik trifft ein Konzept nicht, das den Wandel gerade als Begriff zur *Kennzeichnung* der Legitimitätsprobleme verwendet – was die neutralere „Verfassungsentwicklung" nicht leistet.

8 BVerfGE 153, 182. Das Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts selbst ist jedenfalls nicht aus einem Verfassungswandel hervorgegangen, lässt sich – trotz praeter legem rechtsfortbildenden Anteilen – Art. 2 Abs. 1 GG vielmehr grundsätzlich im Wege der Interpretation entnehmen; vgl. dazu nur *Britz*, NVwZ 2019, S. 672 ff.

9 Das deontologische Verständnis liegt auch im Hinblick auf die Prägekraft des Kategorischen Imperativs für die Ausdeutung der Menschenwürde nahe – wobei dieses ‚Kontinuum' bis in Kants größeres Gedankengebäude hinein zum Teil dadurch gekappt ist, dass weder *Dürig* in seiner Konzeptionalisierung, AöR 81 (1956), S. 117 (127 ff.), noch das diese übernehmende BVerfG (E 27, 1 [6], wo überdies der Verweis auf Dürig fehlt) auf Kant verweisen. Kritisch zum Narrativ dieser Prägekraft allerdings *Seelmann*, Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs, in: Brudermüller/ders. (Hrsg.), Menschenwürde, S. 67 ff. Allgemein zur Rezeption der Rechtsphilosophie durch die Rechtsdogmatik *Frankenberg*, Stichworte zur „Drittwirkung" der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht, in: ders., Autorität und Integration, S. 190 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

könne durchaus Druck auf den Einzelnen ausüben, sein Leben zu beenden, bevor er seinen Angehörigen zur ‚Last' wird – was als Überlegung auch tatsächlich eine gewisse Verbreitung hat.[10] Ein solcher Druck wäre – wenn ansonsten ‚eigentlich' noch Lust am Leben bestünde – schon im Ansatz buchstäblich unwürdig. Die eindeutige Signalwirkung einer rechtlichen Tabuisierung des Suizids dient insofern dem Schutz dieses Prinzips. Dass das Bundesverfassungsgericht die zu diesem Zwecke erlassenen Regelungen unter Berufung auf ein Grundrecht, das seinen Inhalt auch wesentlich aus der mitzitierten Menschenwürde „als programmatische Leit- und Auslegungsrichtlinie"[11] beziehen soll, sogar aktiv kippt, spräche umso mehr für einen Wandel. Wie man wiederum diesen Druck gewichtet, ist aber eine Frage des Menschenbildes: Geht man von der weitgehenden, auch als normatives Leitbild an den Menschen herangetragenen Fähigkeit zur Selbstbestimmung aus, erscheint er bereits nur mehr als Randaspekt.[12]

Aber das ist eben alles vom Suizid und nicht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht her gedacht, das dieses Selbstbestimmungselement von vorneherein und im Zweifel auch als kontrafaktische Idee enthält. Gegen die Annahme eines Wandels spricht insofern, dass hier möglicherweise ein zu kleiner Teilbereich des Persönlichkeitsschutzes mit zwar gewichtigen Auswirkungen betroffen ist, der jedoch die Idee der Persönlichkeitsentfaltung als solche zu wenig prägt. Denn bereits vom bestehenden, ursprünglichen Verständnis ausgehend lässt sich eben in beide Richtungen argumentieren. So streitet auch bei Böckenförde, auf den das Bundesverfassungsgericht als Gegenauffassung verweist, die „Selbstbestimmung als Ausfluß der Menschenwürde" an sich und grundsätzlich für die Zulässigkeit von Selbsttötung und Sterbehilfe.[13] Von hier aus ist dann auch der zunächst naheliegende Einwand, Persönlichkeitsentfaltung sei etwas anderes als deren Beendigung, als hinreichendes Argument zu pauschal.[14] Und auch die soeben, als für einen Wandel sprechender

---

[10] Vgl. BVerfGE 153, 182 (269 ff.); *Böckenförde*, Stimmen der Zeit 2008, S. 245 (255).

[11] Formulierung bei *Barczak*, in: Dreier GG, Art. 2 I, Rn. 76. BVerfGE 153, 182 (263 f.) argumentiert denn auch intensiv gerade aus der Menschenwürde heraus.

[12] Zur Rolle des Menschenbilds *Böckenförde*, Stimmen der Zeit 2008, S. 245 (255 f.); s. auch *Volkmann*, Interpreten der Verfassung, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 7, Rn. 45. Die normativen Bestandteile dieser Annahme werden in der Aussage deutlich, die Würde des Menschen bestehe darin, „dass er stets als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt", BVerfGE 153, 182 (261), vgl. auch S. 308 und ferner die, dazu prinzipiell in einigem Kontrast stehenden, empirischen Daten zu Suiziden, ebd., S. 274 f. Näher zur Rolle der Leitbilder im Prozess des Wandels unten 4.b).

[13] *Böckenförde*, Stimmen der Zeit 2008, S. 245 (253).

[14] Dieser Einwand u. a. ebd., S. 256; nähere Nachweise bei BVerfGE 153, 182 (263 f.). Der Einwand bewegt sich aber auf einer anderen Ebene als der ‚Druck-Einwand', der ja seinerseits auf der Autonomie fußt, sodass das BVerfG „eine strikte Be-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aspekt, angeführte prozessuale Auswirkung hat eine Kehrseite, denn die grundsätzliche Anerkennung eines Rechts auf Selbsttötung ändert nichts daran, dass legislative Eingriffe weiterhin rechtfertigungsfähig sind.[15] Es handelt sich daher um eine Frage der Interpretation des allgemeinen Persönlichkeitsrechts inklusive seines Würdebezugs und es gibt jeweils Argumente dafür, dass es selbst dabei anders als bisher oder aber auf seiner Abstraktionshöhe unverändert verstanden wird.

Klar ist jedenfalls, dass in dieser Frage im Ergebnis – die Begründung erfolgt selbstverständlich abwägend – von der einseitigen Betonung des einen enthaltenen Aspekts zur einseitigen Betonung des anderen gewechselt worden ist und dass dieser Wechsel Ausdruck eines grundlegenden Wandels der gesellschaftlichen Wertvorstellungen ist[16]. Aber das allein macht die rechtliche Rezeption desselben eben nicht zum Rechtswandel. Wertvorstellungen fließen in unterschiedlichste Rechtsoperationen ein, auch in einfache Auslegungsvorgänge. Der Rechtswandel fokussiert dagegen auf eine Veränderung „gerade auch der Norm selbst“[17], wie sie in den letzten Jahren am prominentesten anhand des Art. 6 Abs. 1 GG beobachtet werden konnte, der nun kein „Abstands“- und damit in der Sache Diskriminierungsgebot zwischen der ‚klassischen‘ heterosexuellen Ehe und etwa gleichgeschlechtlichen Partnerschaften mehr statuiert, letztere im Gegenteil in seinen Gewährleistungsbereich mit aufnimmt. Klare Beispiele aus dem einfachen Recht betreffen etwa Normen, die erst infolge eines Rechtswandels subjektive Rechte vermitteln, was aufgrund der damit einhergehenden Möglichkeit der prozessualen Geltendmachung erhebliche Verschiebungen bedeutet. Beobachten lässt sich dieses Phänomen bereits in der „Fürsorge-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts, aber auch bis hinunter ins untergesetzliche Recht, dort insbesondere bei Vorschriften aus Bebauungsplänen, und – natürlich – wiederum im Verfassungsrecht. Unter anderem dieser subjektivierende Wandel wird im Abschnitt III. näher erläutert.

---

schränkung staatlicher Intervention auf den Schutz der Selbstbestimmung“ verlangen kann (308).

15 Vgl. dazu allerdings die Beschränkung auf prozedurale Konzepte, die nicht an materielle Kriterien anknüpfen, BVerfGE 153, 182 (262 f., 309). Vgl. ferner die Ausführungen unten III.2.

16 *Volkmann*, Interpreten der Verfassung, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 7, Rn. 45. Insofern begreift die Gesellschaft auch die Menschenwürde mittlerweile weniger metaphysisch aufgeladen als den Einzelnen übersteigendes Prinzip, als welches sie sich ursprünglich herausgebildet hatte, vgl. dazu abermals *Böckenförde*, Stimmen der Zeit 2008, S. 245 (246 f.), sondern mehr im Sinne einer umfassenden Selbstbestimmung in den besonders ‚wichtigen‘, hier: existenziellen, Fragen.

17 *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (249 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wie man die so umrissene Perspektive auf rechtliche Dynamik ihrerseits konkretisieren kann, ist nun Gegenstand dieses ersten Kapitels (A.). Dazu wird zunächst, auch in Abgrenzung zu ähnlichen Kategorien, näher dargelegt, wie man sich einen wissenschaftlich nützlichen Begriff des Rechtswandels überhaupt vorstellen könnte (I.), und unter welchen Bedingungen er auftritt (II.). Außerdem ist die Struktur der zu einem solchen Wandel führenden Rechtsargumentationen zu untersuchen (III.).

## I. Begriffliche Klärung und Abgrenzung

Die hier zugrunde gelegte Konzeption des Rechtswandels ist an das in der Verfassungstheorie diskutierte Phänomen des Verfassungswandels angelehnt. Ein Verständnis des Rechtswandels setzt insofern eine grundlegende Einführung in den Verfassungswandel voraus (1.), als dieser hier als Ausprägung des allgemeineren Rechtswandels begriffen wird (2.). Vereinzelt taucht indes auch der Begriff des Rechtswandels selbst in der Literatur auf, sodass ein Blick auf die Nähe zum hier entwickelten Begriffsverständnis geworfen werden soll (3.). Weitere Kontur und eigenständige Bedeutung erhält der Rechtswandel in Abgrenzung zu den Kategorien der Rechtsfortbildung, der Rechtswirklichkeit und der Auslegung (4.).

### 1. Verfassungswandel

Der Verfassungswandel gehört heute zu den gefestigten verfassungstheoretischen Figuren.[18] Bevor seine heutige Bedeutung untersucht wird (b)), soll

[18] Der Diskussionsstand ist seit längerem kaum mehr zu überblicken. Siehe – neben den sogleich im Text zu besprechenden älteren Werken von Laband, Jellinek, Smend und Hsü Dau-Lin und den späteren Einzelnachweisen – als wichtige Äußerungen unter dem Grundgesetz u. a.: *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS Schmitt, S. 35 ff.; *Krüger*, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS Smend, S. 151 ff.; *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 47 ff.; *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 145 ff.; *Fiedler*, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung; *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 ff.; *Schenke*, AöR 103 (1978), S. 566 ff.; *Bryde*, Verfassungsentwicklung; *Roßnagel*, Der Staat 22 (1983), S. 551 ff.; *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 ff.; *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, insb. S. 68 ff.; *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 ff.; *Grimm*, Seoul Law Journal 42 (2001), S. 182 ff.; *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 ff.; die Beiträge in *Wahl* (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation; *Michael*, RW 2014, S. 426 ff.; *ders*., Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8; *Becker/Kersten*, AöR 141 (2016), S. 1 ff.; *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse; *Haack*, JZ 2017, S. 213 ff.; *Poscher*, Verfassungs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Frage nachgegangen werden, wie sich diese Kategorie gebildet hat (a)). Alle diese Ausführungen sind nicht als *Abgrenzung* zum *Rechts*wandel zu verstehen. Sie lassen sich im Gegenteil bereits auf diesen übertragen, ist der Verfassungswandel doch stets auch Rechtswandel und genügt zur Abgrenzung die Frage nach dem Rang der in Rede stehenden Norm – wobei freilich die klare Zuordnung *entweder* zur Verfassung *oder* zum sonstigen Recht bisweilen schwierig sein kann, was wiederum für den hier verfolgten übergreifenden Ansatz spricht (dazu dann unter 2.).

### *a) Entwicklung als eigenständige Kategorie*

Rechtliche Dynamik ist unter der Terminologie des ‚Wandels' zuerst für das *Verfassungs*recht diskutiert worden, was bis heute nachwirkt, ist doch der ‚Wandel' weiterhin in aller Regel der Verfassungsebene vorbehalten. Zwar drängen sich jedenfalls aus heutiger Sicht einige Schnittmengen zum klassischen Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Theorie um das richtige Ziel der Auslegung – der seinerseits als allgemeine Methodenfrage verstanden und nicht auf einzelne Rechtsgebiete beschränkt wird – geradezu auf: Dreht sich der Streit doch gerade um Fragen rechtlicher Dynamik, also darum, ob stets an den Vorstellungen des Normgebers festgehalten werden muss, wie es die subjektive Theorie propagiert, die das Recht damit wesentlich statischer versteht als die objektive Theorie, oder ob mit dieser nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern ein, letztlich in jeder zeitlichen Situation neu zu bestimmender, „Wille des Gesetzes" maßgeblich ist.[19] Trotzdem sind die unter den jeweiligen Stichworten – Verfassungswandel einerseits, objektive und subjektive Theorie andererseits – geführten Diskurse auf eine eigentümliche Weise voneinander isoliert.[20] Bevor aber versucht wird, übergreifende

---

wandel – Eine sprachtheoretische Erläuterung, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, S. 201 ff.; *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 ff.; *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 ff.; *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 ff.; *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, insb. S. 65 ff.; *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte; vgl. in der Sache auch *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4. Einen Überblick über Entwicklung und Standpunkte bietet auch *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 159 – 171. Vgl. zur politikwissenschaftlichen Perspektive etwa die Beiträge in *Hönnige u. a.* (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, dort als „impliziter Verfassungswandel".

[19] Überblicksartig zum Streitstand *T. M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 241 ff.

[20] Vgl. schon *Roßnagel*, Der Staat 22 (1983), S. 551 (558), nach welchem beide Diskussionen „unverbunden nebeneinander herlaufen". Dass die Einteilung der rechtlichen Phänomene in unterschiedliche Kategorien nicht aus der Natur der Sache folgt, sondern kontingent ist, zeigt sich schon daran, dass sie in verschiedenen Diskursräu-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Strukturen zu analysieren, soll hier die Trennung noch aufrechterhalten werden, weil sich unter den Bedingungen jener Isolation unterschiedliche Gesichtspunkte herausgebildet haben, unter denen der Wandel betrachtet wird. Die Unterschiede sind nicht vorschnell einzuebnen und daher – an dieser Stelle für den Verfassungswandel – zunächst darzustellen.

Die getrennte Entwicklung, die die Perspektive des Wandels auf das Staats- und Verfassungsrecht beschränkt, hat ihre Ursache im besonderen Gegenstand des Verfassungsrechts als das die Herrschaftsausübung im Staat regelnde „Recht für das ‚Politische'"[21]. Im Konstitutionalismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts, in dem zum ersten Mal über Verfassungswandel geschrieben wird,[22] gilt diese Zuordnung als Recht für das Politische noch stärker als dies heute der Fall sein mag, was sich auch in der zwischenzeitlich eingetretenen Verschiebung der bevorzugten Begrifflichkeit weg vom ‚bloßen' Staats-, hin zum Verfassungsrecht widerspiegelt und insbesondere an der erst unter dem Grundgesetz zum Durchbruch gekommenen zentralen Bedeutung der Grundrechte liegt, die die Verfassung vielfach als Grundordnung für Staat *und* Gesellschaft erscheinen lässt.[23] Dazu später mehr[24]: Paul Laband und Georg Jellinek jedenfalls beobachten, wie sich die Staatspraxis durch die Bestimmungen der Reichsverfassung nicht in feste Bahnen weisen ließ, und bringen dies auf den Begriff der Verfassungswandlung. Gemeint ist damit, anders als heute, weniger eine Veränderung des normativen Gehalts der Verfassung. Wenn Laband formuliert:

> „[Z]wischen dem wirklichen Verfassungszustand eines Staates und den in der Verfassungsurkunde formulierten Regeln besteht oft ein so großer Unterschied, daß der erstere die größten Umwandlungen erfahren kann, ohne daß der Wortlaut des Verfassungsgesetzes abgeändert zu werden braucht"[25],

---

men je anders vorgenommen wird, vgl. etwa *Zedler*, Mehrsprachigkeit und Methode, S. 406 m. w. N.

21 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 16, m. w. N.

22 *Laband*, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895; vgl. auch *ders*., JöR 1907, S. 1 ff.; *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906. Vgl. auch die historischen Überblicke bei *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 26 ff.; *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, S. 40 ff.; *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 92 ff., inklusive einer, hier nicht derart ausdrücklich vorgenommenen, Kontextualisierung der Diskussionskonjunkturen unter dem Grundgesetz (S. 99 ff.).

23 Die Reichsverfassung von 1871 enthielt bekanntlich noch keinen eigenen Grundrechtskatalog; die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung wurden zu großen Teilen als bloße politische Programmsätze ohne rechtliche Verbindlichkeit verstanden. Vgl. dazu nur *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 442 und 542. Vgl. zu den Begriffen „Staats"- bzw. „Verfassungsrecht" nur *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), S. 157 (158 ff.).

24 Unten 2.b)aa), mit Nachweisen.

25 *Laband*, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, S. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und Jellinek präzisiert, es sei nicht ausgeschlossen, „daß Gesetze, die auf dem Boden der geltenden Verfassung stehen wollen, nicht dennoch gegen sie verstoßen und dadurch [man mag ergänzen: ohne Weiteres] eine nicht oder doch wenigstens nicht ausdrücklich gewollte Abänderung der Verfassung herbeiführen“[26], so kommt darin vielmehr die defizitäre Normativität einer Verfassung zum Ausdruck, deren Geltungsvorrang noch nicht anerkannt ist.[27] Die Wandlung vollzieht sich damit auf der Ebene eines Verfassungsbegriffs, der nach dem Zustand, in welchem sich der Staat befindet, nach den „realen tatsächlichen Machverhältnissen, die in einer Gesellschaft bestehen“[28], und nicht nach dem Bild, das die Vorschriften des Verfassungstexts zeichnen, fragt.[29] Letzteres fungiert allein als Vergleichsmaßstab, anhand dessen von „einer rechtswidrigen Wandlung durch unrichtige Interpretation“ *gesprochen* werden kann.[30] Dass die Frage der Recht-, genauer: Verfassungsmäßigkeit faktisch keine Rolle spielt, weil die Praxis darüber hinweg geht, ist denn auch nicht nur der eigentliche Grund des beschriebenen Phänomens, es ist mit diesem letztlich identisch. In Jellineks Resümee, „daß Rechtssätze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen“[31], scheint die Bereichsgebundenheit seiner Ausführungen zur Wandlung durch: Andere Verhältnisse, also durch einfache Gesetzgebung zu regelnde, können im Umkehrschluss durchaus per Gesetz geordnet werden. Der Grund liegt auf der Hand: Die Wirksamkeit des Rechts profitiert von einem staatlichen Durchsetzungsapparat; deshalb gelten Gesetze als Instrumente der Regierung effektiv, wäh-

---

26 *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 9. Ebd.: „Und nicht etwa nur der Gesetzgeber kann solche Wandlung hervorrufen: auch die Praxis der Parlamente sowie der Regierungs- und Gerichtsbehörden kann solches tun und tut es auch wirklich.“

27 Vgl. dazu *Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ XII, § 270, Rn. 16.

28 *Lassalle*, Über Verfassungswesen, S. 26. Diese Verhältnisse sind aber keine bloßen Tatsachen, sondern können als Konventionen ihrerseits handlungsanleitende Kraft erhalten, vgl. *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 27 ff., freilich ohne dass sie in einem spezifischen Bezug zum Verfassungstext stehen müssten.

29 Diese Einordnung trifft jedenfalls auf Laband, auf Jellinek (nur) weit überwiegend, zu (vgl. *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 [126, 130]): Ein vereinzeltes Beispiel für den Wandel des Inhalts einer geschriebenen Verfassungsnorm – also für einen Verfassungswandel im heutigen Sinne – bei *Jellinek* ist das Abolitionsrecht des badischen Großherzogs, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 14 f. Zu beiden Verfassungsbegriffen als „reale“ und „normative“ Verfassung allgemein: *Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ II, § 15, Rn. 177 ff.

30 Zitat bei *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 14.

31 Ebd., S. 72. Ebd.: „Die realen politischen Kräfte bewegen sich nach ihren eigenen Gesetzen, die von allen juristischen Formen unabhängig wirken.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rend die Verfassung darauf angewiesen ist, die Staatsorgane zu einer freiwilligen Befolgung motivieren zu können.

Dieser strukturelle Unterschied zwischen Verfassungen und sonstigem Recht weist die Richtung für eine Erklärung der Bildung einer neuen Kategorie neben dem bekannten Streit um das richtige Ziel der Auslegung. Gänzlich versteht man die Trennung insofern erst vor dem Hintergrund der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit als der Institution, die auf Verbindlichkeit der Verfassungsvorschriften pocht. Jellinek erkennt den Zusammenhang mit „dem Mangel eines richterlichen Prüfungsrechts“[32], sieht die eigentlich übergreifende Ursache aber dennoch in juristischen Einhegungen nicht zugänglichen Eigenheiten und Notwendigkeiten des politischen Systems, wie seine Ausführungen zum amerikanischen System des richterlichen Prüfungsrechts zeigen[33]. Die Trennung hängt entscheidend damit zusammen, dass die Reichsverfassung im Gegensatz zum sonstigen Recht nicht im eigentlichen Sinne *angewendet* wurde, sodass sich die Fragen nach ihrer Interpretation nicht derart drängend stellten, wie es in den anderen Rechtsbereichen der Fall war. Der staatsrechtliche Positivismus des 19. Jahrhunderts mit seiner strikten Trennung von Norm und Wirklichkeit legte die Verfassungsnormen zwar aus, verblieb damit jedoch im Reich der Theorie.[34] Da dem Staatsgerichtshof der Weimarer Republik noch nur stark lückenhafte Kompetenzen eingeräumt waren und die Übernahme einiger verfassungsgerichtlicher Aufgaben durch das Reichsgericht dessen Tätigkeitsfeld nur teilweise ergänzten,[35] haben sich diese Voraussetzungen erst unter dem Grundgesetz mit der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts als erstem ständigen Verfassungsgericht auf ge-

---

32 Ebd., S. 14, vgl. auch S. 10.

33 Ebd., S. 16 ff. als Unterpunkt des Abschnitts III zu Wandlungen durch „Interpretationen“ der Verfassung seitens der Parlamente, der Verwaltung und eben der Gerichte. Auf S. 20 findet sich die Einschätzung, dass die Gerichte „der politischen Notwendigkeit Rechnung zu tragen geneigt sind“. Der Sache nach würden sich die dortigen Ausführungen auch in eine Abhandlung zur objektiven Theorie einfügen. Jellinek denkt hier demgegenüber eher von seiner Figur der normativen Kraft des Faktischen aus (zu dieser *ders*., Allgemeine Staatslehre, S. 337 ff.), allerdings ohne ausdrücklich auf sie zu rekurrieren.

34 Als anschauliches Beispiel mag *Labands*, Art. 13 RV entnommene, Ansicht dienen, der Bundesrat sei keine ständige Versammlung (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, S. 253), was an der Verfassungswirklichkeit des Kaiserreichs vorbeiging, vgl. dazu *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 22.

35 Vgl. *Friesenhahn*, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, § 98, S. 527 ff. Eine positivere Einschätzung zur im damaligen Vergleich fortschrittlichen Verfassungsgerichtsbarkeit in Weimar bei *Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: Simon/Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte, S. 317 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

samtdeutscher Ebene grundlegend geändert.[36] Aus dem Blickwinkel der Anwendung wäre es konsequent gewesen, die Diskussionen um rechtliche Dynamik nun zusammenzuführen und nicht weiter zwischen Verfassungswandel und dynamischer objektiver Auslegung zu unterscheiden. Stattdessen hat mit der endgültigen Anerkennung der Verfassung als vorrangiger Rechtsnorm mit Durchsetzungsanspruch in der Wirklichkeit nur ein einseitiger Vorgang der Zusammenführung stattgefunden: Je mehr konkrete Entscheidungen aus einer Auslegung und Anwendung der Verfassung heraus legitimiert werden mussten, desto intensiver wurde auch für diese über das richtige Ziel der Auslegung nachgedacht und desto eher setzte sich auch dort die objektive gegen die subjektive Theorie durch[37]. Der Diskussion um den Verfassungswandel tat diese Entwicklung aber keinen Abbruch.

Das liegt letztlich daran, dass diese Diskussion ihren Gegenstand unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung fortentwickelt hat. Rudolf Smend und Hsü Dau-Lin schreiben der Verfassung neue Aufgaben zu. Demnach besteht der Sinn einer Verfassung darin, die Totalität des Staates zu integrieren. Und dieser Sinn wird der einzelnen Verfassungsnorm vorgeordnet, jene muss diesem gemäß ausgelegt, gegebenenfalls gewandelt werden.[38] In dieser explizit gegen den staatsrechtlichen Positivismus gewendeten Lehre wird dessen kategoriale Trennung von Verfassungsnorm und Lebenswirklichkeit aufgehoben.[39] Die strenge Normativität der Verfassung, verstanden als kontrafaktische Stabilität, leidet zwar unter der Öffnung der Norm für die Wirklichkeit, Smend liefert damit aber eine spezifisch juristische Theorie des Verfassungswandels, den er – im Gegensatz zu Laband und Jellinek – als „die fließende Geltungsfortbildung des *gesetzten* Verfassungsrechts“ versteht.[40] Die Diskussion wird auf diese Weise auf die normative Ebene verlagert, wo sie seitdem ihren Platz hat.[41] Neben den Mangel an Durchsetzbarkeit bzw. anstelle dieses Mangels tritt demgemäß ein neuer struktureller Unterschied zwischen Verfassung und

---

[36] Zur Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Konzept des Verfassungswandels ebenso *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (143 f.); *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 89; *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 161.

[37] Vgl. bereits aus dem ersten Band der amtlichen Sammlung BVerfGE 1, 299 (312).

[38] *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (187 ff., 241 f.); *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, siehe etwa S. 162 f. Zur Integrationslehre näher unten 2.b)aa).

[39] Vgl. *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (233 ff.).

[40] Ebd., S. 242, Hervorhebung nur hier.

[41] Vgl. auch die Besprechung bei *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (133).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einfachem Recht: Für Smend „ist die Veränderlichkeit der Verfassung, die Möglichkeit der ‚Verfassungswandlung', eine mit der Totalität des Verfassungsrechts gegebene Eigentümlichkeit dieses Rechtsgebiets", weil nur dem Verfassungsrecht das Sinnprinzip der Integration zu eigen sei[42] – wenn der Rechtswandel im Rahmen dieser Untersuchung dagegen als nicht auf die Verfassungsebene beschränkt angesehen wird, geht es auch um die Frage, inwiefern diese Exklusivität zutrifft bzw. noch zeitgemäß ist.

Jedenfalls fand die Staatsrechtslehre der frühen Bundesrepublik einen Diskussionsstand vor, in dem Verfassungswandel zweierlei meinen konnte: das deskriptive Konzept Jellineks oder Smends normative Geltungsfortbildung, die beide auf strukturellen Eigenheiten des Verfassungsrechts basierten.[43] Wenn das Schrifttum in dieser Situation noch unsicher war, ob der Begriff nicht beide Bedeutungen umfassen könnte[44], so darf nicht verschwiegen werden, dass die Jellinek'schen Verfassungswandlungen in den aufgrund des Antragserfordernisses verbleibenden prozessualen ‚Lücken' der Verfassungsgerichtsbarkeit weiterhin ein gewisses Anwendungsfeld im Bereich der Staatsorganisation fanden und finden: Soweit keiner der antragsberechtigten Akteure eine bestimmte Staatspraxis vor das Gericht bringt, findet auch keine Kontrolle statt, sodass die Staatspraxis sich diesbezüglich wie von Laband und Jellinek beschrieben entwickeln kann. Für die Entwicklung des Begriffsverständnisses spielt diese – einigermaßen banale – Erkenntnis indes eine untergeordnete Rolle. Letztlich hat sich die Deutung durchgesetzt, nach welcher unter Verfassungswandel eine inhaltliche Veränderung verfassungsrechtlicher Normen ohne Veränderung des Verfassungstexts zu verstehen ist.[45] Es wurde angedeutet, dass sich diese Problematik auch unter dem Stichwort der objek-

---

42 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (241).

43 Die Unterscheidung wird klar gesehen bei *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 167 f.: „Doppelnatur des Verfassungswandlungsbegriffs", der im „formellen" und im „materiellen Sinne" verwendet werde. Aufgrund der Auflösung rechtlicher Normativität sehr kritisch zur „Mode[ ]" rechtlicher „Dynamik" in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, gerade auch in Form dieses Wandels: *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, etwa S. 81 ff., 119 ff. – allerdings bereits mit der eher beiläufigen Einschränkung, der Wandel könne auch zur „Entfaltung der normativen Verfassung dien[en]", wenn er in den Händen von Gerichten liege (121).

44 Vgl. etwa *v. d. Heydte*, ARSP 39 (1951), S. 461 ff. Allgemein zum argumentativen Bezug auf den Verfassungswandel in der frühen Bundesrepublik, *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 146 ff.

45 Vgl. zur Unterscheidung dieses auf die Normativität abstellenden Verständnisses vom älteren deskriptiven auch *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 90 ff. Im Bereich der Ursachen eines solchen ‚normativen' Wandels kommt der Staatspraxis freilich insofern (weiterhin) eine herausgehobene Rolle zu, als sich die Letztinterpretation des BVerfG stets zu *ihrer* Erstinterpretation der Verfassung verhalten muss, dazu unten III.9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tiven Theorie – oder heute auch unter der Überschrift anderer, weiter ausdifferenzierter methodischer Theorien, etwa als Frage der wechselnden Konkretisierungen – diskutieren *ließe*;[46] die Trennung hat überwiegend historische Gründe[47]. Die Perspektiven, die unter der Fragestellung des Wandels oder der objektiven Auslegung jeweils eingenommen werden, unterscheiden sich aber jedenfalls: Der Verfassungswandel schert sich weniger um methodische Grenzen der Auslegung, denn er ändert ja gerade den Inhalt dessen, was im Einzelfall mal auf die eine, mal auf die andere Weise konkretisiert werden muss. Er nimmt so einen beständigeren, vom Fall abstrahierenden Blickwinkel auf die Norm und ihren Gehalt ein. Dabei fragt er – mehr empirisch als es in einer Methodenlehre geschehen würde – auch nach den in der Geschichte einer Norm zu ihr tatsächlich vorgebrachten Argumentationen und deren Auswirkung auf die Anwendung und das Verständnis der jeweiligen Norm.[48] Dadurch gelingt es der Figur des Verfassungswandels, grundlegende rechts- und normtheoretische Probleme unmittelbar und offen zu thematisieren, ohne sie zunächst durch das methodische Raster verzerrt zu haben.[49]

---

46 Für *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 141 ist die Frage nach der Zulässigkeit des Verfassungswandels „nur ein Ausschnitt aus der größeren und umfassenden Frage nach den Grenzen zulässiger Normkonkretisierung überhaupt"; ebenso *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (457). *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 254 resümiert: „Möglicherweise könnte es die Diskussion vereinfachen, die Auseinandersetzung um den Verfassungswandel in anderen Diskussionen aufgehen zu lassen. Ein Nutzen des Verfassungswandels besteht jedoch gerade darin, dass er zu weiterführenden Diskussionen zwingt, wie z. B. die Erörterung der Grundlagen von Interpretation und Rechtsfortbildung."

47 So auch *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 149: „Diese Differenz erklärt sich in erster Linie aus der Tatsache, daß außer im Verfassungsrecht die Spruchtätigkeit des Richters seit jeher die Aktualisierung des Rechts betrieben hat. […] Die Wandlungslehre […] verliert daher an Terrain in dem Maße, wie die Aufgabe der Verfassungsauslegung und -fortbildung in richterliche Hände übergeht."

48 Ebenso *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 256 f. Vgl. auch das entwicklungsgeschichtliche Konzept des Entwicklungspfads im Recht, dazu *Wahl*, JZ 2013, S. 369 ff.; s. ferner auch *Bumke*, AöR 144 (2019), S. 1 ff. Für eine nähere Abgrenzung von allgemeinem Rechtswandel und objektiver Theorie siehe unten 4.c).

49 Vgl. *Volkmann*, VerfBlog v. 2.7.2017, der es „redlicher" findet, „einen Fall des Verfassungswandels infolge des Wandels der Grundüberzeugungen einer Gesellschaft sowie ihrer rechtlichen Verfasstheit zu erkennen und ihn als solchen dann auch offen auszuweisen", als methodische Spitzfindigkeiten zu bemühen. Ähnlich *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 255: Eine „offenere Diskussion", insbesondere in verfassungsgerichtlichen Urteilsbegründungen, könne „mehr Transparenz" schaffen. Siehe auch *Michael*, RW 2014, S. 426 (477).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

### *b) Heutige Bedeutung*

Nach dieser Einführung in die historische Entwicklung der Figur ist nun näher auf die Bedeutung des Verfassungswandels in der zeitgenössischen verfassungstheoretischen Diskussion einzugehen. ‚Bedeutung' ist hier in einem zweifachen Sinne gemeint: Zunächst ist das, was unter dem Begriff ‚Verfassungswandel' zu *verstehen* ist, weiter auszudifferenzieren. Damit verbunden ist sodann ein Blick auf den *Stellenwert* des Konzepts in der Verfassungslehre (dazu dd)) und -praxis (dazu cc)).

Prinzipiell fällt auf, dass sowohl von ‚Verfassungswandel' als auch von ‚Verfassungswandlung' gesprochen wird, ohne dass damit ein erkennbarer Unterschied im jeweils Gemeinten einherginge. Schon bei Jellinek werden beide Begriffe synonym verwendet und Entsprechendes wird auch in zeitgenössischen Abhandlungen vorgeschlagen.[50] Es gibt aber eine erkennbare Entwicklung weg von der überwiegenden Bezeichnung als ‚Wandlung' und hin zur Rede vom ‚Wandel'.[51] Das hat weniger inhaltliche als allgemein-sprachliche Gründe, weil der Begriff der ‚Wandlung' etwas aus der Mode kommt. (Nur) Deshalb wird auch in dieser Arbeit – im Einklang mit der mittlerweile ganz herrschenden Terminologie – von ‚Verfassungs*wandel*' gesprochen, wenn die Entwicklung des normativen Gehalts gemeint ist.[52]

Inhaltlich ist häufig versucht worden, den Verfassungswandel präzise zu definieren. Versteht man ihn wie oben dargelegt als inhaltliche Veränderung einer Verfassungsnorm ohne formelle textliche Änderung derselben, lässt das Raum für weitere Konkretisierungen und Abgrenzungen. Die wohl systematischste Aufarbeitung zu diesem Zwecke liefert Ernst-Wolfgang Böckenförde mit seinen „Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel". Er verleiht der,

---

50 Bei *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, dominiert die „Wandlung"; auf S. 44 ist aber vom „Verfassungswandel" die Rede. Aus neuer Zeit verwendet etwa *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 79 ff. die Begriffe synonym; *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 159 schlägt ein solches Vorgehen vor, spricht aber i. d. R. vom „Wandel" (m. w. N. zur Verwendung in der Literatur).

51 Das Regel-Ausnahme-Verhältnis kehrt sich ungefähr seit Geltung des Grundgesetzes in diese Richtung um. Insofern erscheinen *Hesses* „Grenzen der Verfassungswandlung" 1973 bereits beinahe als Anachronismus.

52 Siehe aus der neueren Literatur etwa: *Becker/Kersten*, AöR 141 (2016), S. 1 ff.; *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 ff.; *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 ff.; *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 ff. Im Umkehrschluss könnte man erwägen, den Begriff der „Wandlung" für das Entstehen von Differenzen zwischen Verfassungsnorm und Verfassungszustand, wie Laband und Jellinek es beschrieben haben, zu reservieren (in diese Richtung *González de la Vega*, Verfassungswandel als dynamische Verfassungsinterpretation, S. 1). Als klare Abgrenzungsregel würde das aufgrund der teilweise uneinheitlichen Verwendung im älteren Schrifttum indes unnötig Verwirrung stiften.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

insofern konsentierten, Kurzformel Kontur, indem er den Verfassungswandel von ähnlichen, aber zu unterscheidenden Phänomenen abschichtet. In einem ersten Schritt grenzt Böckenförde den Verfassungswandel noch einmal vom deskriptiven Konzept Jellineks und Labands mit seinem „nur konstatierenden Charakter" und vom bloßen Bedeutungswandel einer Verfassungsnorm ab, die beide schon nicht der Kurzformel unterfielen.[53] Bevor die darauf folgenden fünf Eingrenzungen dargestellt werden (bb)), ist kurz auf diesen Bedeutungswandel einzugehen (aa)).

### aa) Bedeutungswandel

Der Bedeutungswandel hat die faktische Bedeutsamkeit von Normen zum Gegenstand; diese ändert sich, der normative Inhalt bleibt aber derselbe.[54] Dafür ließe sich Art. 3 GG als Beispiel nennen.[55] Bei diesem ist der Wirklichkeitsbezug derart breit (letztlich universell), dass die Bedeutungsänderung in seiner Natur liegt – wenn sich die Wirklichkeitsverhältnisse ändern, verschiebt sich auch der Vergleichsmaßstab, anhand dessen eine konkrete Entscheidung dann getroffen wird. Das Gleichheitsgebot verändert seinen Inhalt dadurch freilich nicht: Gleiches soll gleich behandelt werden.[56] Art. 3 GG ist daher zunächst ein gutes Beispiel des Bedeutungswandels. Er ist indes gleichzeitig ein schlechtes, weil es als alleiniges Beispiel den Eindruck erwecken könnte, beim Bedeutungswandel handle es sich um eine Eigenheit des sich etwa von den überwiegenden Freiheitsrechten strukturell unterschei-

---

[53] *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (141 ff., Zitat 143).

[54] In diesem Sinne: *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (142); *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (452). Die Begriffsverwendung ist indes nicht einheitlich; verbreitet wird „Bedeutungswandel" synonym zu „Verfassungswandel" gebraucht (so, in Anlehnung an die unklare Terminologie des BVerfG – dazu unten cc) –, tendenziell *Dreier*, in: ders. GG, Art. 79 I, Rn. 38) oder es ist nicht gänzlich eindeutig, was der Autor gemeint hat. Zum Ganzen auch *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 162 ff. m. w. N., die Böckenfördes Terminologie folgt.

[55] Zu Art. 3 GG auch *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (525), der von „unechtem Verfassungswandel" spricht, und *Michael*, RW 2014, S. 426 (467): „Verfassungswandel i. w. S.". Letztlich gilt dasselbe für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, vgl. *Geminn*, VerwArch 2020, S. 552 (563); dieser ist zumindest einfachgesetzlich, etwa in den Landespolizeigesetzen, auch vielfach positiv normiert. Zu beidem auch *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 87 f.

[56] Auf diese Abstraktionsebene beziehen sich die Ausführungen. Im Bereich des Art. 3 GG ist darüber hinaus ein davon zu unterscheidender Wandel des diesem zugeschriebenen Anwendungsmaßstabs erfolgt, vgl. nur *Bumke*, AöR 144 (2019), S. 1 (28, 67 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denden Gleichheitssatzes. Der Bedeutungswandel ist aber vielmehr allgemein auf die *Abstraktheit der Normen* zurückzuführen, die im Verfassungsrecht besonders hoch ist. Er ist kein außergewöhnliches Phänomen, sondern tritt potenziell immer dann auf, wenn „sich Gegebenheiten im Sach- und Lebensbereich, auf den die Verfassungsnorm bezogen ist, ändern und der (nämlichen) [i. S. v. inhaltlich unveränderten] Norm dadurch eine andere oder neue Funktion zuwächst".[57] So kann eine Norm bei gleichbleibendem Inhalt diametral entgegengesetzte Auswirkungen zeitigen, sobald sich die Umstände ändern, in denen sie wirkt. Herzog verdeutlicht dies am Beispiel des Art. 63 GG, wenn er schreibt:

> „Dass der Bundeskanzler des GG ausschließlich vom Bundestag gewählt wird und nicht etwa zusätzlich auch noch das Vertrauen des Staatsoberhauptes benötigt, wie es Art. 53 Weim.Verf. noch forderte, hat bei den zurückhaltenden Bundespräsidenten seit 1949 und den stabilen parlamentarischen Verhältnissen sicherlich zur Stärkung des Regierungschefs beigetragen, könnte aber bei weniger eindeutigen Mehrheitsverhältnissen u. U. auch eine Schwächung seiner Position bedeuten."[58]

Einem Bedeutungswandel unterlag gleichsam auch die von Art. 18 GG rechtlich ermöglichte Verwirkung von Grundrechten.[59] Gedacht als scharfes Schwert der sog. wehrhaften Demokratie, kommt der Norm, nachdem sie nie erfolgreich angewendet wurde, aktuell keine praktische Relevanz mehr zu. Ihre Bedeutung erschöpft sich in einer Signalfunktion, die einem Missbrauch der Grundrechte auf symbolischer Ebene vorbeugen will, ohne je mit ihrer Drohung ‚ernst' zu machen, während die eigentliche Funktion des Art. 18 GG in der Praxis letztlich von der Schrankendogmatik übernommen wird, indem sie das einzelne Grundrecht *punktuell* zurücktreten lässt.[60] Ähnliches gilt für die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG, für deren Anwendung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz praktisch keinen Raum mehr lässt.[61] Bei einer

---

[57] *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (142).

[58] *Herzog*, in: Dürig/ders./Scholz GG, Art. 65, Rn. 38.

[59] Ein ähnliches Beispiel bringt *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (452), wenn er Art. 15 GG aktuell allein die Funktion zuschreibt, von der Verfassung eingeräumte wirtschaftspolitische Möglichkeiten zu verdeutlichen, was sich aber ändern könne und in diesem Fall einen Bedeutungswandel darstelle. Allerdings schwebt Voßkuhle dabei wohl ein primär quantitativer Begriff des Bedeutungswandels vor, nach dem Verfassungsnormen mehr oder weniger bedeutsam werden können.

[60] *Barczak*, in: Dreier GG, Art. 18, Rn. 9; vgl. dort Rn. 24 ff. auch zur allgemeinen Bedeutung des Art. 18 GG.

[61] Ursprünglich war Art. 19 Abs. 2 GG „von den Verfassunggebern zweifelsohne als eine zentrale Sicherungsnorm zum Schutz der Grundrechte konzipiert", *Dreier*, in: ders. GG, 3. Auflage 2013, Art. 19 II, Rn. 8; zum Ganzen *Wahl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS Würtenberger, S. 823 (insb. 829).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dogmatischen oder praktischen ‚Wiederentdeckung' der jeweiligen Normen wäre eine umgekehrte Entwicklung freilich jederzeit möglich.[62]

Ein in der Rechtsanwendung bedeutenderes Beispiel, das zugleich die Probleme der trennscharfen Abgrenzung von ‚Bedeutungs-' und ‚Verfassungswandel' offenlegt, entstammt der Dogmatik zu Art. 14 GG.[63] Mit dem privaten Sacheigentum hat der Prototyp des Eigentums in seiner ihm ursprünglich zugedachten Funktion als Grundlage individueller Existenzsicherung und Lebensgestaltung sowie als sozialer Ordnungsfaktor an Bedeutung verloren; an seine Stelle treten nunmehr „das Arbeitseinkommen sowie die Teilhabe an den Leistungen des Sozialstaates".[64] Ersteres unterfällt als obligatorisches Recht ohnehin – das heißt: als Ergebnis eines Verfassungswandels unter der Weimarer Reichsverfassung, an den das Grundgesetz anknüpfen konnte – der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, die sozialstaatliche Fürsorge hingegen grundsätzlich nicht.[65] Soweit sie aber Funktionen des Eigentums übernimmt, stellt sich die Frage, inwiefern die Erfüllung dieser Funktionen, im Wege einer stark teleologisch angeleiteten Auslegung, in den Vordergrund tritt und die staatliche Sozialleistung, gleichsam herausgefordert von der andern-

---

62 Zu Art. 18 GG *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 18, Rn. 18. Entsprechendes wird in Bezug auf diesen aktuell wieder vermehrt gefordert, etwa bei *Hong*, VerfBlog v. 6.2.2024 (und in den Folgebeiträgen, auf die dort verwiesen wird); vgl. auch *Lübbe-Wolff*, VerfBlog v. 13.10.2023.

63 Nach *Michael*, RW 2014, S. 426 (434) konnte nie „geklärt werden, wie sich die Grenze zwischen rechtlichem Inhalt und tatsächlicher Bedeutung ziehen lässt", m. w. N.; ebenso *ders*., Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 3. Eindeutig *kein* Fall des Verfassungswandels lag, im Kontext des Art. 14 Abs. 2 GG, BVerfGE 52, 1 (33 ff.) zugrunde: Das Gericht hielt sehr weitreichende Kündigungsschutzregeln bei der Pacht von Kleingärten für einen ungerechtfertigten Eingriff in das Eigentum der Verpächter, weil die Gärten 1979 überwiegend nicht mehr dem existenziellen Zweck der Nahrungserzeugung, sondern ‚nur noch' der Erholung dienten. Das lässt sich allenfalls als Bedeutungswandel im Hinblick auf das „Wohle der Allgemeinheit" verstehen; letztlich handelt es sich aber bloß um einen „Funktionswandel *des Kleingartens*" (ebd., 35, Hervorhebung nur hier), nicht der Norm des Art. 14 Abs. 2 GG. Ob man hier schon von einem Bedeutungswandel sprechen kann oder nicht, spielt keine Rolle, da dieser heuristisch hauptsächlich zur Abgrenzung des Verfassungs- oder Rechtswandels, weniger als eigenständige Kategorie von Nutzen ist.

64 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 192; Zitat bei *Wieland*, in: Dreier GG, 3. Auflage 2013, Art. 14, Rn. 33; vgl. auch BVerfGE 40, 65 (83 f.); 53, 257 (290); 97, 350 (371); 100, 1 (32). Das ist freilich eine mit der Industrialisierung zumindest weit vor Erlass des Grundgesetzes einsetzende Entwicklung. Die Bedeutung des Eigentums zur privaten Existenzsicherung ist zudem seit jeher ungleich verteilt, was aber an der Dynamik nichts ändert.

65 Vgl. zum Wandel unter der WRV nur *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 14, Rn. 46 f.; *Schuppert*, AöR 147 (2022), S. 463 (475 f., 502 f.), dort auch insgesamt eine ausführliche Behandlung zum „Wandel des Eigentums" (so der Titel) aus verschiedenen Perspektiven.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

falls eintretenden praktischen Bedeutungsschmälerung der Eigentumsgarantie[66], in den Schutzbereich des Art. 14 GG einbezogen wird.[67] Die Verfassung würde sich insofern normativ wandeln. Hier kann an den Eigentumsschutz von Sozialversicherungsleistungen gedacht werden.[68] Auf der anderen Seite sind Leistungen des Sozialstaats gerade nicht als solche von Art. 14 GG umfasst, wie etwa das Arbeitslosengeld II zeigt, für dessen verfassungsrechtlichen Schutz als Existenzminimum vielmehr die Garantie der Menschenwürde als Anreicherung des Sozialstaatsprinzips bemüht wurde[69]. Normen passen sich also nicht ohne Weiteres ihren Bedeutungsveränderungen an – und einzelne zunächst als Verfassungswandel erscheinende Phänomene lassen sich nicht selten auch auf andere Weise erklären, zum Beispiel eben als bloßer Bedeutungswandel darstellen[70]. Das liegt nicht zuletzt an der – gerade im Verfassungsrecht – häufigen Unklarheit, wie stark man den Sinn einer Vorschrift wirklich mit den konkreten Zwecken (hier etwa mit dem Absicherungszweck des Eigentums) abschließend identifizieren kann[71]. Zumal die *tatsächlich* übernommenen Funktionen einer Norm sich mit dem Wandel des gesellschaftlichen Kontexts eben verändern können – darin liegt ja gerade die Erkenntnis, die der Begriff des Bedeutungswandels vermittelt.[72]

---

66 Im konkreten Fall würde man das freilich von der anderen Richtung – der Wertigkeit des einzelnen Schutzguts – aus denken, was letztlich aber auf dasselbe hinausläuft.

67 Grundsätzliche Kritik an einer funktionalistischen Bestimmung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs bei *Depenheuer*, AöR 120 (1995), S. 417 (421). *Schuppert*, AöR 147 (2022), S. 463 (496) legt Wert darauf, dass es sich hierbei nicht um einen Wandel der oben beschriebenen Eigentumsfunktionen selbst, sondern um deren Erfüllung durch andere Rechtspositionen handelt.

68 BVerfGE 53, 257 (290); dort heißt es: „Rentenversicherungsrechtliche Positionen […] erfüllen Funktionen, deren Schutz Aufgabe der Eigentumsgarantie ist".

69 BVerfGE 125, 175.

70 Vgl. zum obigen Beispiel der staatlichen Leistungen auch die Ausführungen unten cc). Im Falle des Art. 14 GG muss zusätzlich dessen Charakter als inhaltlich einfachgesetzlich – auch wechselnd – auszugestaltender Institutsgarantie (Abs. 1 S. 2) bedacht werden.

71 Vgl. dazu die Auflistung der Funktionen des Eigentums bei *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 14, Rn. 3 ff.

72 Für *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (142) ist der Bedeutungswandel „eine mögliche, aber keine notwendige Voraussetzung" des Verfassungswandels; das umgekehrte Verständnis wohl bei *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 105: „Inhaltswandel eine mögliche, aber keine notwendige Voraussetzung für einen Bedeutungswandel", allerdings mit Verweis auf Böckenförde. Vgl. auch *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 164 zu Art. 24 Abs. 2 GG.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Verfassungsdogmatische Eingrenzung des Verfassungswandels

Die Formel von der inhaltlichen Veränderung einer Verfassungsnorm ohne textliche Änderung konkretisiert Böckenförde in Richtung einer schärferen Konturierung des Verfassungswandels, indem er von diesem fünf Phänomene abgrenzt, die von der Kurzformel ebenfalls umfasst, von einem Verfassungswandel im „rechtsdogmatischen" Sinne aber zu unterscheiden sind.

Die erste Eingrenzung betrifft eine Konsequenz der strukturierenden Rechtslehre Friedrich Müllers. Nach dieser ist die eigentliche Norm immer aus dem Normprogramm, also dem Resultat der Interpretation des Normtextes inklusive der Materialien, und dem Normbereich, also dem anhand des Normprogramms als normativ relevant ermittelten Ausschnitt des Lebens- bzw. Sachbereichs, zusammengesetzt.[73] Ändert sich der Normbereich, verändern sich entsprechend mit ihm die Norm und ihre ordnende Wirkung – ohne dass der Normtext berührt wäre. Ein Verfassungswandel ist darin nicht zu sehen; dafür müsste sich das Normprogramm als die eigentliche normative Komponente der in Müllers Konzeption begriffenen Norm wandeln.[74] Böckenförde rückt das hier Beschriebene eher in die Nähe des Bedeutungswandels.

In der nächsten Eingrenzung kommt Böckenfördes Grundverständnis der Verfassung als Rahmenordnung, die im Einzelnen eine starre Grenze staatlichen Handelns zieht, zugleich aber regelmäßig weite Ausgestaltungsspielräume innerhalb dieser Grenzen belässt, deutlich zum Vorschein.[75] Anhand der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erläutert er, wie all jene wechselnden gesetzlichen Ausgestaltungen keinen Verfassungswandel darstellen, die im von der Verfassungsnorm gezogenen Rahmen verbleiben.[76] Auch wenn auf diese Weise die Rechtswirklichkeit signifikant verändert werden kann, bleiben die betroffenen Verfassungsnormen insofern stabil, als sie eben diese Dynamik ermöglichen sollen. Man mag hinzufügen, ein Wandel läge erst dann vor, wenn der Rahmen selbst verschoben würde.

Ähnliche Gedanken liegen zugrunde, wenn Böckenförde daraufhin die auf verschiedene Weise konkretisierbaren unbestimmten Verfassungsbegriffe vom

---

73 *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 234 ff.

74 *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (145 f., 153 f.). Ebenso *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 101 f. und *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (452). Eine nähere Würdigung der Standpunkte F. Müllers zum Verfassungswandel unten 3.

75 Dazu allgemein *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (85 ff.).

76 S. *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (146 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verfassungswandel ausnimmt.[77] Auch diese stecken nur einen Rahmen ab, sie haben keine für jeden Anwendungsfall feststehende Bedeutung. So sind beispielsweise die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG „nicht für alle Gemeinden unerachtet etwa ihrer Einwohnerzahl, flächenmäßigen Ausdehnung und Struktur gleich“[78]. Die angemessene Konkretisierung der unbestimmten Begriffe kann auch im Verlauf der Zeit differieren, ohne den abstrakten Sinn der Vorschrift zu verschieben.[79]

Viertens unterscheidet Böckenförde die von ihm sogenannten „Schleusenbegriffe“ vom Verfassungswandel.[80] Der normative Gehalt solcher Regelungen zielt darauf ab, je aktuelle, und damit veränderliche, soziale Anschauungen politischen oder ethischen Charakters in das Recht einzubeziehen. Als klassisches Beispiel verweist Böckenförde auf den Begriff der öffentlichen Ordnung im Polizeirecht und nennt für das Verfassungsrecht den Begriff des Sittengesetzes aus Art. 2 Abs. 1 GG, aber auch das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.[81]

---

77 Ebd., S. 147 f.

78 BVerfGE 79, 127 (152).

79 So liegt – um im Beispiel zu bleiben – für das BVerfG in E 79, 127 (151 f.) „auf der Hand, daß diese Angelegenheiten keinen ein für allemal feststehenden Aufgabenkreis bilden“, weil sie sich auf einer hohen Abstraktionsstufe auf all jene Fragen beziehen, die „den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“; vgl. auch BVerfGE 79, 311 (338 f.) zur Aufnahme neuerer, gesicherter Erkenntnisse zur Erreichung unbestimmt umschriebener Ziele.

80 *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (149 f.). *Poscher*, Verfassungswandel – Eine sprachtheoretische Erläuterung, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, S. 201 (208 ff.) schlägt die Schleusenbegriffe als „indexikalische Rechtsbegriffe“ hingegen dem Verfassungswandel zu, näher dazu unten 4.c)aa).

81 Die Schleusenbegriffe werden bei *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 388 f. noch etwas weiter verstanden, wenn durch sie „politisch-rechtliche oder ethisch-rechtliche Ordnungsideen, die freilich ihrerseits bewegte, nicht starre Ideen sind, rechtliche Bedeutung erlangen“ und darunter die zentralen Normen der Art. 1 Abs. 1 und 20 Abs. 1 bis 3 GG fallen sollen; noch weiter *ders*., Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 26: auch „repräsentatives System, parlamentarische Verantwortlichkeit, verfassungsmäßige Ordnung“. Freilich sollen diese nicht starren Ideen ihrerseits keine ausdrücklich getroffenen Verfassungsentscheidungen umändern können. Eine derart weit verstandene Kategorie der Schleusenbegriffe bietet dennoch Angriffsfläche für Kritik, weil sie Wandel bis zu einem gewissen Maße nur mit einem anderen Begriff benennt, dazu sogleich im Text. Später spricht sich Böckenförde jedoch energisch gegen eine Deutung der Menschenwürde als Schleusenbegriff aus: *ders*., Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, S. 1216 (1225: „Irrweg“).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abschließend behandelt er die verfassungsrechtliche Rechtsfortbildung.[82] Diese ergänzt das gegebene Verfassungsrecht, differenziert es aus und reichert es im Vorgang der Anwendung an, bleibt aber an die bestehenden und sich nicht verändernden Verfassungsnormen gebunden, agiert in der Regel *intra* oder *praeter legem*. Sie ist dem Verfassungswandel insofern ähnlich, als sie die Verfassungsrechtslage ohne eine formelle Änderung umgestalten kann, ist im Unterschied zu diesem aber in den Bereich der textlichen Leerstellen verwiesen.[83]

Dieser Eingrenzung kann man sich im Grundsatz anschließen, wenngleich – nicht zuletzt ob der Kürze der Ausführungen – nicht alle Unklarheiten beseitigt sind, die Übergänge bei der konkreten Einordnung von Beispielsfällen fließend sein können und die Kategorisierung Böckenfördes nicht frei von Kritik geblieben ist. So moniert Walter – nicht ganz zu Unrecht –, Böckenförde unterscheide von vorneherein „zwischen (rechtmäßiger) Verfassungsinterpretation und (kompetenz-überschreitendem) Verfassungswandel“[84]. Mit diesem Konzept könne

> „das Problem der sich verändernden Verfassung nicht verarbeitet werden […]. Wo Veränderungen unvermeidlich sind, werden sie unter den Teppich der Methodenlehre gekehrt. Sie verstecken sich in den unbestimmten Rechtsbegriffen, den ‚Schleusenbegriffen‘ und der richterlichen Rechtsfortbildung. Wo die Veränderungen *Böckenförde* zu weit gehen, handelt es sich um unzulässigen Verfassungswandel“.[85]

Voßkuhle ergänzt, Böckenförde verlagere das Problem der Grenzen zulässiger Verfassungsinterpretation damit „lediglich auf eine begriffliche Ebene“.[86] Die Frage nach der Legitimität des Wandels ist nach dem auch hier zugrundeliegenden Verständnis jedoch in der Tat keine für den Begriff relevante.[87] Ob Verfassungswandel prinzipiell oder im konkreten Fall zulässig ist, ist eine der begrifflichen Klärung (logisch) nachgeordnete Frage, obgleich die Beschäftigung mit dem Verfassungswandel auf sie letztendlich hinausläuft.[88]

---

[82] *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (150 f.).

[83] Näheres zur Unterscheidung zwischen Rechtsfortbildung und Rechtswandel unten 4.a).

[84] *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (529).

[85] *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (530 f.), Hervorhebung im Original. Angesichts der vergleichsweise hohen Dichte an unbestimmten Normen im Verfassungsrecht müssen die unbestimmten Verfassungsbegriffe bei Böckenförde eng – im Sinne von: besonders unbestimmt – verstanden werden, um eine starke Unterscheidungskraft des Konzepts zu gewährleisten. Böckenfördes Beispiele weisen freilich bereits in eben diese Richtung. Differenzierungsmöglichkeiten eröffnet auch die Berücksichtigung der historischen Auslegung, dazu sogleich im Text.

[86] *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (454 f.).

[87] Anders etwa F. Müller, dazu unten 3.

[88] Ebenso *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (152); ferner *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Walter präzisiert seine Kritik mit einem Vergleich zu Häberles Standpunkt, die Kategorie des Verfassungswandels sei überflüssig, weil die entsprechenden Probleme einheitlich als solche angemessener Interpretation zu behandeln seien[89]. Böckenfördes Kategorisierung, so Walter, schaffe hier letztlich keine klareren Konturen, weil die Einordnung ihrerseits eine Interpretationsfrage – etwa nach den Maßstäben für die Deutung als Schleusenbegriff – sei.[90] Anhand dieser Kritik wird deutlich, welche Bedeutung dem historischen Auslegungselement in dem Gedanken der Schleusenbegriffe zukommt: Nur wenn man den *historisch* einer Norm zugedachten Sinn als Schleusenbegriff für maßgeblich erachtet, besitzt das Konzept Unterscheidungskraft. In Häberles enger Verzahnung der Verfassungsinterpretation mit sozialethischen Anschauungen hingegen besteht die Verfassung gleichsam ausschließlich aus Schleusenbegriffen.[91] Diese zentrale Bedeutung des Gesetzgeberwillens gilt für die Kategorie des Verfassungswandels insgesamt. Der Wille des Verfassungsgebers ist stets normativer Maßstab: Von einem Wandel kann – abgesehen von etwaigen nachfolgenden Wandlungsprozessen – erst gesprochen werden, wenn sich eine Norm vom historischen Willen entfernt. Diese Dimension wird betont, wenn Roßnagel vorschlägt, als Verfassungswandel

> „alle die im politischen Raum relevant gewordenen Interpretationen zu bezeichnen, die eine andere Bedeutung einer Verfassungsnorm behaupten, als ihr in der jeweils

---

S. 64 f., der Hsü Dau-Lin dafür kritisiert, dass bei diesem „der Zusammenhang des Problems der Verfassungswandlung mit dem Problem der Legitimität nicht gesehen wird". Überdies greift es zu kurz, Böckenförde mit Walter vorzuhalten, seine Ausgrenzungen seien – anders als der Verfassungswandel – jeweils als prinzipiell zulässige Phänomene gedacht. Gerade bezüglich der verfassungsrechtlichen Rechtsfortbildung – die *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (529) als Beispiel für seine Kritik dient – klammert *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (150 f.) die Legitimitätsfrage ausdrücklich aus („Ausschnitt aus dem allgemeinen Problem der außergesetzlichen Rechtsfortbildung in einer gesetzlichen Rechtsordnung"). Im Verständnis der Verfassung als Rahmen ist das nur folgerichtig. Die Rechtsfortbildung ist in dieser prinzipiell problematisch, weil schon jede Konkretisierung den eigentlich starren Rahmen enger ziehen kann. An anderer Stelle zeigt sich *Böckenförde* darüber hinaus durchaus offen für einen Verfassungswandel, wenn er ausführt, „daß auch der Gehalt dessen, was die Verfassung inhaltlich festgelegt hat, nicht ein für allemal gewiß ist, sondern in einem deutlichen Konnex zu den in der Gesellschaft tatsächlich wirksamen und lebendigen Überzeugungen und Auffassungen steht, insofern *konsensabhängig* ist", Das Bild des Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 58 (65), Hervorhebung im Original.

89 *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (82 f.); ebenso etwa auch *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, S. 51 ff.

90 *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (529); ähnlich *Michael*, RW 2014, S. 426 (434).

91 *Häberle*, Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 121 (123 ff.); ähnlich wiederum *Michael*, RW 2014, S. 426 (434).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestimmten politisch-historischen Situation ihrer Entstehung zugesprochen wurde, um damit inhaltlich geändertes Verfassungsrecht zu schaffen“[92].

Lehnt man die Zulässigkeit eines Wandels ab, dann darf sich entsprechend keine Verfassungsnorm vom historischen Willen entfernen. Aber auch unabhängig von der Frage nach der Legitimität des Wandels ist der Gesetzgeberwille ein empirischer Faktor im Prozess des Verfassungswandels: Mangels anderweitig zur Verfügung stehender Materialien – wie Kommentaren, Fachartikeln oder gerichtlichen Interpretationen – ist er gerade zu Beginn einer Auslegungspraxis (also bei jungen Verfassungsnormen) noch besonders prägend für die Herausbildung einer herrschenden Meinung. Diese Prägekraft nimmt im Laufe der Zeit zugunsten anderer Erwägungen ab.[93]

### cc) Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht äußert sich selten ausdrücklich zum Komplex des Verfassungswandels und die vorhandenen Stellungnahmen liegen mittlerweile meist einige Jahrzehnte in der Vergangenheit. Eine dieser raren expliziten Äußerungen entstammt einer frühen Entscheidung des Gerichts aus dem Jahre 1953. Dort ist die Rede von der Möglichkeit des „Bedeutungswandels“ einer „Verfassungsbestimmung“, „wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“[94] – eine im Kontext des Verfassungswandels viel zitierte Passage. Es ging um die letztlich ablehnend beschiedene Frage, ob ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat aus öffentlichem Recht von Art. 14 GG geschützt ist. Die Begründung folgt der Zweiteilung in privat- und öffentlich-rechtliche Vermögenswerte und legt dann anhand einer historischen Auslegung dar, dass unter die Eigentumsgarantie jedenfalls grundsätzlich nur private Vermögensrechte fielen. Ein „Bedeutungswandel“ hin zu einem Schutz subjektiv-öffentlicher Forderungsrechte habe nicht stattgefunden, weil die staatlichen Eingriffe, wie sie in Rede stünden, seit jeher auf diese Weise erfolgten, es sich folglich gerade nicht um „nicht vorausgesehene Tatbestände“ handle.

---

92 *Roßnagel*, Der Staat 22 (1983), S. 551 (558).

93 Vgl. BVerfGE 54, 277 (297): „Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu“; ferner *Seibert*, „Gesetzesmaterialien“ in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 111 (117); vgl. auch *Hopf*, Gesetzesmaterialien: Theorie und Praxis in Österreich, ebd., S. 95 (105), jeweils allgemein zu Gesetzen.

94 BVerfGE 2, 380 (401).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Böckenförde zieht diese Passage als Beispiel des (im Ergebnis verneinten) Bedeutungswandels heran, während Voßkuhle meint, das Bundesverfassungsgericht spreche hier zwar von „Bedeutungswandel", meine aber „offensichtlich die Inhaltsänderung einer Norm" – also den Verfassungswandel.[95] Beide verstehen jedoch unter einem Bedeutungswandel offenbar dasselbe. Woher rühren also die unterschiedlichen Auffassungen? Wie ist das Gericht zu verstehen? Zunächst einmal scheint Voßkuhle zuzustimmen zu sein, dass eine Veränderung im *normativen Inhalt* des Art. 14 GG erwogen wurde. Schließlich stand in Rede, ob Ansprüche aus öffentlichem Recht – anders als zuvor – von Art. 14 GG geschützt seien. Möglich ist aber auch, dass das Bundesverfassungsgericht tatsächlich (nur) den Bedeutungswandel im oben beschriebenen Sinne meint. Ob eine vermögenswerte Position privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, spielte dann als solches keine (konstitutive) Rolle für den abstrakten Inhalt des Art. 14 GG. Dieser Inhalt wäre vielmehr so gestaltet, dass öffentlich-rechtliche Positionen (in ihrer damaligen Gestaltung) typischerweise nicht darunterfielen. Dabei handelte es sich jedoch um eine bloße Regelhaftigkeit ohne normativen Charakter. Wenn die konkrete Ausgestaltung eines seiner Natur nach öffentlich-rechtlichen Anspruchs aber einmal unter den abstrakten Sinn des Art. 14 GG fallen sollte (etwa weil er das Äquivalent eigener Leistung darstellt oder aufgrund anderer Kriterien), so wäre das Gericht in dieser Deutung zu verstehen, dann wäre er von jenem auch geschützt. Art. 14 GG hätte in einer solchen Situation seine Bedeutung insofern gewandelt, als er – bei gleichbleibendem Inhalt – eben auch einige Vermögensansprüche gegen den Staat umfassen würde.

Welche Deutung letztlich ‚richtig' ist, kann nicht eindeutig geklärt werden, zumal das Gericht einen konkreten Wandel gerade negiert hat. Die Lesart als Verfassungswandel legt der Argumentationsgang, der zunächst darstellt, dass die Eigentumsgarantie historisch stets überwiegend auf das Privatrecht begrenzt wurde, um dann zu konstatieren, daran habe sich nichts geändert, aber zumindest nahe[96], und auch in der Rückschau wäre ein – in der Folge eben-

---

[95] *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (142). *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 (452, Fn. 22), der gleichwohl Böckenfördes Behandlung „präzise" findet. *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 96, Fn. 695 versteht die Äußerung ebenfalls im Sinne einer Inhaltsänderung; deutlich auch Sondervotum *Zeidler*, BVerfGE 62, 1 (67 f.).

[96] BVerfGE 2, 380 (399–401); zwingend ist dieser Schluss indes nicht: Das BVerfG verwendet die Rede vom Wandel in erster Linie, um sich gegen die Ansicht des BGH auszusprechen, *alle* vermögenswerten subjektiven öffentlichen Rechte unterfielen dem Eigentumsschutz. Auf S. 402 hält es dann die für eine Klärung notwendige Untersuchung, „ob öffentlich-rechtliche Ansprüche denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen", für entbehrlich.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

falls ausgebliebener – *Verfassungs*wandel erforderlich gewesen, um den Fall hinsichtlich Art. 14 GG anders zu entscheiden[97].

In einem ein Jahr später erstatteten Plenargutachten verweist das Bundesverfassungsgericht auf diese Äußerung und versteht den „Bedeutungswandel" nunmehr deutlicher im Sinne des Verfassungswandels, erkennt dessen prinzipielle Zulässigkeit an, verneint eine Auswirkung im konkreten Fall aber wiederum, indem es die konkret fragliche Möglichkeit eines Wandels im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen dahingestellt lässt, da die Voraussetzungen ohnehin nicht erfüllt seien.[98] Eine interessante Randnotiz: In der Begründung zitiert das Gericht die Auffassung der Bundesregierung, „der Inhalt des Grundgesetzes [könne] *wie der Inhalt aller Gesetze* ‚im Wege der Auslegung einem Wandel infolge Änderung der Verhältnisse und Anschauungen unterliegen'", ohne diese ausdrücklich zu hinterfragen (freilich bezieht es seine eigenen Ausführungen dann nur auf „Verfassungsbestimmung[en]"). Diese, wenn auch zunächst nur schwache, Andeutung eines übergreifenden Begriffs des Wandels wird in einem Beschluss aus dem Jahre 1958 bestätigt: Der Zweite Senat stützt seine Entscheidung hier tatsächlich einmal auf einen „Bedeutungswandel" – und zwar einer Norm des einfachen Rechts; dies wiederum unter Verweis auf das eingangs besprochene Urteil, wobei aus der „Verfassungsbestimmung" eben eine „Gesetzesbestimmung" wird[99]: Art. 55 EGBGB, der die „*privatrechtlichen* Vorschriften der Landesgesetze" außer Kraft treten lässt, stehe arbeitsrechtlichen Normen auf Landesebene nicht mehr entgegen, weil das Arbeitsrecht „sich als Ganzes – einschließlich seiner Privatrechtsnormen – im Laufe der letzten Jahrzehnte zu einem selbständigen und eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt [habe], das neben dem bürgerlichen Recht steht und nicht mehr vom Kodifikationsprinzip des EGBGB erfaßt wird". Man könnte die Einordnung als Wandel nun im Hinblick auf die tatkräftige Mitwirkung des Gesetzgebers, also der (auch Verfassungs-) Rechtsänderung, bei der Entwicklung eines eigenständigen Arbeitsrechts bezweifeln – oder Art. 55 EGBGB als dynamische Verweisungsnorm im Sinne eines Schleusenbegriffs oder in der Nähe einer Institutsgarantie deuten, wie auch die Formulierung des Gerichts, es handle sich um eine Norm, „die zu ihrem inhaltlichen Bestandteil die sich wandelnde Wirklichkeit hat", nahezu-

---

97 Mittlerweile erkennt das BVerfG zwar in st. Rspr. die Einbeziehung subjektiver öffentlicher Rechte in den Schutzbereich des Art. 14 GG an, sofern diese durch eigene Leistung erworben wurden, vgl. *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 14, Rn. 236 ff. Diese Voraussetzung erfüllt der Entschädigungsanspruch indes nicht (vgl. ebd, Rn. 243). Nicht geklärt ist damit freilich, inwiefern diese Rechtsprechung ihrerseits einen Verfassungswandel darstellt.

98 BVerfGE 3, 407 (422 f.). Dort auch das nachfolgende Zitat, Hervorhebung nur hier.

99 BVerfGE 7, 342 (351); das im Text nachfolgende Zitat auf S. 348.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

legen scheint.[100] Genauso gut lässt sich diese Flexibilisierung indes als Ergebnis des Wandels einer vormals statischen Norm begreifen.

Jedenfalls handelt es sich um eine kurze Episode: Nach einer längeren Stillephase begründet das Gericht 1983 seine erste Entscheidung zur sog. unechten Vertrauensfrage ausdrücklich *nicht* mit dem Verfassungswandel[101], während Zeidler in seinem Sondervotum einen Verfassungswandel erkennt[102].

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht noch einmal mit dem Verfassungswandel, nachdem die Landesregierung Schleswig-Holsteins in ihrer Stellungnahme die Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts in ihrem Bundesland, gegen welche sich die dem Verfahren zugrundeliegende abstrakte Normenkontrolle richtete, mit dem „Einwand des Bedeutungs- und damit Verfassungswandels“[103] zu rechtfertigen versucht hatte. Das Gericht weist diese Argumentation zurück, ohne – wie früher noch – die prinzipielle Zulässigkeit des auch hier „Bedeutungswandel“ genannten Verfassungswandels anzuerkennen:

> „Es trifft nicht zu, daß wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen Bedeutungswandel erfahren habe. Hinter dieser Auffassung steht ersichtlich die Vorstellung, es entspreche der demokratischen Idee, insbesondere dem in ihr enthaltenen Freiheitsgedanken, eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen. Das ist im Ausgangspunkt zutreffend, kann jedoch nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt.“[104]

Weil die Opposition zur großen Koalition im 18. Deutschen Bundestag die grundgesetzlichen Quoren zur Ausübung der Minderheitenrechte nicht er-

---

100 Ebd., S. 351.

101 BVerfGE 62, 1 (49). Vgl. auch BVerfGE 45, 1 (33), dort konstatiert das BVerfG nach Schilderung einer Staatspraxis, diese könne nicht zur Annahme eines kompetenzverschiebenden „Verfassungswandels“ führen.

102 BVerfGE 62, 1 (67 f.). Die Entscheidungsbegründung einschließlich der drei Sondervoten deckt das komplette Meinungsspektrum ab. Während die Mehrheit keinen Verfassungswandel sieht, argumentiert Zeidler mit einem ebensolchen und hält ihn dabei für zulässig; Rinck wiederum spricht sich in seinem Sondervotum (S. 70 ff.) ausführlich gegen eine Abweichung von dem nach seiner Auffassung eindeutig feststellbaren Inhalt des Art. 68 GG und deshalb – anders als Zeidler – auch gegen das Ergebnis der Mehrheit aus. Siehe zur Entscheidung auch unten 4.a)bb).

103 BVerfGE 83, 37 (45).

104 BVerfGE 83, 37 (52), das BVerfG behandelt den Begriff des Volkes stattdessen als durch das Staatsangehörigkeitsrecht einfachgesetzlich auszugestaltende und an veränderte Umstände anzupassende Institutsgarantie. Zum inhaltlichen Themenkreis der „Betroffenendemokratie“ noch unten B.II.2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reichte, hatte das Bundesverfassungsgericht 2016 zu entscheiden, ob den Oppositionsfraktionen diese Rechte trotz der unterschrittenen Quoren aus einem dem Grundgesetz immanenten Grundsatz effektiver Opposition zustehen. Dabei geht es auch auf die Figur des Verfassungswandels ein, versteht diesen im Anschluss an Häberle als „Interpretationsproblem" und schließt sich der Auffassung vom Wortlaut als Grenze des Wandels an.[105] Aber:

> „Selbst wenn man den Wortlaut nicht als Grenze anerkennte, könnte ein Verfassungswandel allenfalls vorliegen, wenn die Quoren ursprünglich dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver Opposition entsprachen, sich die tatsächlichen Verhältnisse jedoch im Laufe der Zeit derart geändert hätten, dass die bestehenden Quoren ihren Sinn verloren hätten."[106]

Davon könne indes nicht die Rede sein, da seit jeher die Möglichkeit entsprechend großer Koalitionen bestehe und sich auch bereits realisiert habe, die tatsächlichen Verhältnisse demnach stabil seien.

Im Ganzen finden sich also nur wenige ausdrückliche und dann auch eher knappe Stellungnahmen des Gerichts zum Verfassungswandel.[107] Das bedeutet freilich nicht, dass es nicht der Sache nach umfangreichen und vielfältigen Wandel vorantreiben würde. Man denke etwa an die vor allem durch das Lüth-Urteil von 1958 angestoßene Ausweitung der Grundrechtsdimensionen, die fortwährend Neuerungen mit sich bringt, zu denen sich bei genauerem Hinsehen nun auch die 2021 im Klimabeschluss des Ersten Senats entwickelte Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung rechnen lässt[108] – oder an die Erfindung gänzlich neuer Grundrechte wie des „Rechts auf Bildung", ferner an prozessrechtlichen Wandel wie den Einbezug der Europäischen Grundrechtecharta in die Gruppe der vom Bundesverfassungsgericht selbst zu prüfenden Rechte[109]. Auffällig ist auch, dass das Gericht in allen Äußerungen

---

105 BVerfGE 142, 25 (65). Schon *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (139) versteht den „Text" als Grenze des Wandels. Wie eng sich das BVerfG durch diese Grenze jenseits des Quorums als seltenem Beispiel eines eindeutigen Wortlauts gebunden sieht, ist eine andere Frage.

106 BVerfGE 142, 25 (65 f.).

107 Vgl. auch die Nachweise zu Äußerungen des BVerfG im größeren Kontext des Wandels bei *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 162 f. und diejenigen zu Äußerungen der Landesverfassungsgerichte bei *Hornung*, Grundrechtsinnovationen, S. 82.

108 BVerfGE 7, 198; 157, 30, zum Klimabeschluss im Kontext des Verfassungswandel näher unten III.4.a). Diese Entwicklung dient *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (151 f.) als Hauptbeispiel des Verfassungswandels. Vgl. als in dieser Arbeit nicht näher thematisiertes Beispiel aus dem staatsorganisatorischen Kontext die Ausführungen im Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 132, 1 (23 ff.) sowie die Beispiele etwa bei *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 (418 ff.) und unten, insb. III.

109 „Recht auf Bildung": BVerfGE 159, 355 – ein neu ‚erfundenes' Grundrecht bedeutet aber nicht per se einen Verfassungswandel, vgl. das eingangs besprochene Recht

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zum Verfassungswandel dem konkret angedachten Wandlungsprozess eine Absage erteilt – und nur einmal zum einfachen Recht eine Ausnahme macht. Insgesamt ist damit eine Diskrepanz zwischen dem bundesverfassungsgerichtlichen Agieren und den entsprechenden Entscheidungsbegründungen zu erkennen. Es wandelt die Verfassung regelmäßig und legt dies bisher *niemals* offen. Die Gründe hierfür sind im für das Gericht etwas heiklen Verhältnis zum Verfassungswandel zu suchen: Das Bundesverfassungsgericht bezieht seine Legitimität – wie jedes Gericht – zunächst einmal aus der Anwendung des durch eine getrennte Gewalt gesetzten Rechts. Ein eigenmächtiges Abwandeln des Entscheidungsmaßstabs berührt dieses Prinzip unmittelbar. Der Verfassungswandel spricht aber einen ebensolchen Vorgang an – und passt sich damit in die gängigen Legitimationsideen nicht ohne Störgefühl ein.[110] Unter anderem deshalb wird er auch in der Verfassungslehre verbreitet kritisch behandelt.

### dd) Stellenwert in der aktuellen Diskussion

Diese kritische Haltung lässt sich deutlich an den prägenden Standpunkten derjenigen ablesen, die wiederholt als Hauptprotagonisten der bundesrepublikanischen Diskussion zum Verfassungswandel angesehen worden sind[111]: Böckenförde und Häberle lehnen den Verfassungswandel ab – allerdings aus ganz unterschiedlichen Gründen und auf unterschiedlichen Ebenen. Während Häberle die heuristische Funktion des Begriffs ablehnt, der Sache nach aber den Vorgang legitimiert, erkennt Böckenförde den heuristischen Nutzen an, will den Vorgang aber unterbinden.[112] Auch aus dieser Ebenenverdopplung

---

auf selbstbestimmtes Sterben; zur Grundrechtecharta („Recht auf Vergessen"): BVerfGE 152, 152 (insb. 179 ff.); 152, 216.

110 Anders der Wandel einfachen Rechts, den die Verfassungsrechtsprechung zumindest reflexhaft bewirken kann (vgl. unten 2.c)): Diesen zu betreiben fällt zwar ebenfalls nicht in die eigentlichen Kompetenzen des BVerfG, ist für das Gericht aber aufgrund des normhierarchisch niedrigeren Ranges, in dessen Folge des einfache Recht Gegenstand, nicht aber Maßstab der Prüfung ist, etwas weniger heikel. Vgl. in diesem Zusammenhang (etwas nebulös) *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 3: „Dass sich Rechtsprechung zu interpretationsbedürftigen Normen ändern kann, ist bezogen auf die Verfassungsinterpretation weniger selbstverständlich als bei der Auslegung einfachen Rechts."

111 Explizit *Michael*, RW 2014, S. 426 (462, vgl. zum Ganzen auch S. 428 f.); implizit auch *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (529 ff.). Beide – Böckenförde und Häberle – haben sich, soweit ersichtlich, jeweils nur an einer Stelle etwas ausführlicher ausdrücklich mit dem Verfassungswandel auseinandergesetzt.

112 Einerseits *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (82 f.); ähnlich *Voßkuhle*, Der Staat 43 (2004), S. 450 ff.; *ders*., JuS 2019, S. 417 (418); vgl. auch *Hong*, VerfBlog v. 9.7.2017, zu ihm noch unten 4.c)aa); andererseits *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erklärt sich der „ambivalente“, aber oftmals, nur eben in unterschiedlichem Sinne, kritisch gefärbte Status[113] des Verfassungswandels. Der heuristische Nutzen des Konzepts wird mittlerweile nur noch selten völlig bestritten.[114] Seine Legitimität und deren Grenzen werden aber immer wieder erörtert und inzwischen wird der Verfassungswandel auch zuweilen beiläufig als selbstverständliche Möglichkeit erwähnt, ohne seine Zulässigkeit zu hinterfragen[115].

Heuristisch dient der Verfassungswandel etwa als Grundlage für Analysen der Rechtspraxis (insbesondere des Bundesverfassungsgerichts) und ihrer Entwicklung – oder seine Ursachen werden untersucht.[116] Auch an der Entwicklung der Kategorie wird unvermindert gearbeitet, etwa durch die Suche nach präzisierenden Definitionen. So soll die von Stock vor einiger Zeit vorgeschlagene Definition dabei helfen, „die Anwendung des Verfassungswandels zu ermöglichen“, weil sich unter sie subsumieren ließe:[117] Der Verfassungswandel umfasst demnach

> „eine Entwicklung des Verfassungsrechts, in deren Folge neue Verhaltensanforderungen (Gebote, Verbote, Erlaubnisse, d. h. Kompetenzen, Verfahren und inhaltliche Maßgaben) an den Normadressaten aus einem gleichbleibenden Text herangetragen

---

Nation, Europa, S. 141 ff.; wie dieser *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: FS Isensee 2002, S. 183 (insb. 192 ff.).

113 Dazu *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 (418). Ein Beispiel dieser Ambivalenz bietet *Ipsens* Einschätzung, die Möglichkeit des Verfassungswandels sei in der Staatsrechtslehre anerkannt, für das Grundgesetz als flexibler Verfassung könne eine Veränderung des normativen Inhalts gleichwohl allein im Wege der formellen Änderung erfolgen, NVwZ 2017, S. 1096 (1098). Mittlerweile wird der Verfassungswandel auch immer öfter in beiden Hinsichten verteidigt, etwa von Michael, dazu sogleich im Text; vgl. ferner etwa *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 (268 ff.). Diese unterschiedlichen Haltungen muss man sich bewusst machen, wenn man mit der Einordnung eines Vorgangs als Verfassungswandel konfrontiert ist: Sie kann als methodische Beschreibung gemeint sein, aus einer inhatlichen Ablehnung oder, seltener, einer ausdrücklichen Zustimmung resultieren.

114 Durchweg kritisch zur Kategorie aber etwa *Schaefer*, AöR 143 (2018), S. 393 (410 ff.); *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, S. 45 ff. Zu *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 50 bereits oben Fn. 7.

115 So etwa bei *Maurer*, Staatsrecht I, § 1, Rn. 74; *Schröder*, JA 2016, S. 641 (643).

116 S. einerseits die Analyse der Entwicklung etwa bei *Luong*, Wirtschaftsverfassungsrecht im Wandel; *Kulwicki*, Verfassungswandel; *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung; *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 (268 ff.); *Pieroth*, Kunstfreiheit im Verfassungswandel; zu den Ursachen andererseits etwa *Geminn*, VerwArch 2020, S. 552 ff. mit Ausblick in die Zukunft, rechtlich aber eher unscharf. In beiden Hinsichten *Haack*, JZ 2017, S. 213 ff.

117 *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 253; vgl. auch *Rijsbergen*, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, S. 118 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden und damit die Vergrößerung oder Verkleinerung der von der Verfassung gestellten Spielräume einhergeht“[118].

Wie viel damit für die präzisere Anwendbarkeit der Kategorie tatsächlich gewonnen ist, steht freilich auf einem anderen Blatt. Becker und Kersten, sowie im Anschluss an sie Peuker, wollen den Begriff des Verfassungswandels hingegen gerade umgekehrt (wieder) phänomenologisch erweitern und von der dogmatischen Engführung des Blicks auf die Veränderung konkreter Norminhalte lösen. Daran ist richtig, dass eine informelle Veränderung „nicht nur die Interpretation einzelner Verfassungsnormen verändern, sondern auch zu strukturell bedeutsamen [gleichsam übergreifenden] Verschiebungen führen kann“.[119] Hier wird gleichwohl das engere Begriffsverständnis zugrunde gelegt, weil sich auch übergreifende Verschiebungen immer in einzelnen Norminhalten niederschlagen und die gewonnene Konturierung angesichts der ohnehin schwierigen Abgrenzung zur Interpretation wichtig ist, um den Verfassungswandel als operationable Kategorie verwenden zu können.

Die Frage nach der normativen Zulässigkeit des Verfassungswandels und deren Grenzen wird in eigenen verfassungstheoretischen Arbeiten[120] gestellt oder im Rahmen von Stellungnahmen zu einzelnen Verfassungsrechtsfragen als Argument verwendet[121] – im Sinne der letztgenannten Variante insbesondere im Kontext der Einführung der sog. „Ehe für alle“[122], welche den Vorgang des Verfassungswandels mustergültig veranschaulicht: Während in den ersten Jahrzehnten unter der Geltung des Grundgesetzes noch niemand ernsthaft in Frage gestellt hätte, dass von Art. 6 Abs. 1 GG ausschließlich Verbindungen zwischen Mann und Frau gemeint sind und die staatliche Anerken-

---

118 *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung, S. 252, in starker Anlehnung an *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 254.

119 *Becker/Kersten*, AöR 141 (2016), S. 1 ff.; *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 137 ff. (Zitat auf S. 141).

120 S. etwa *Michael*, RW 2014, S. 426 ff.; *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 ff.; *Pschorr/Spanner*, DÖV 2020, S. 91 ff.; *Geminn*, VerwArch 2020, S. 552 ff.; *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte. Auch *Becker/Kersten*, AöR 141 (2016), S. 1 ff. beziehen aus ihrer weiten Perspektive Grenzen der Legitimität mit ein, bleiben – auch aufgrund ihres umfassenden Anspruchs – aber eben die Verknüpfung der geschilderten Phänomene mit sich verändernden Verfassungsnormen über weite Strecken schuldig. *Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, S. 48 spricht gar insgesamt von der „verfassungstheoretische[n] Schlüsselfrage […]: Wie stehe ich zur Kategorie des Verfassungswandels?“

121 So *Zuck*, ZRP 1998, S. 457 ff.; vgl. auch die Beispiele bei *Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 7 (24 ff.). Im Kontext der Ehe für alle *Gärditz*, FF 2018, S. 8 ff.; in anderem Kontext etwa *Ogorek*, Geltung und Fortbestand der Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern.

122 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017, BGBl. I, S. 2787.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften *verboten* ist, ändert sich dieses Verständnis spätestens seit den 1990er-Jahren zunehmend. Nunmehr zweifelt kaum jemand daran, dass das Bundesverfassungsgericht die „Ehe für alle" zumindest als von Art. 6 Abs. 1 GG *erlaubt* erklären würde. Einige (politisch oder rechtsmethodisch) konservative Stimmen bedauern das zwar[123], gleichwohl besteht für diese Entwicklung auch in der Literatur breite Zustimmung[124]. Der Gesetzgeber hatte die Einführung der „Ehe für alle" passenderweise nicht zuletzt mit einem Wandel des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs begründet.[125] Es erscheint heute schließlich als nicht allzu gewagte Prognose, dass das Bundesverfassungsgericht zukünftig eine etwaige gesetzgeberische Rücknahme der „Ehe für alle" kassieren, diese also für verfassungsrechtlich *geboten* erachten würde. Damit wäre eine Entwicklung vollzogen, die bei gleichbleibendem Verfassungstext denselben Lebenssachverhalt schrittweise – vom Verbot über die Erlaubnis zum Gebot – unterschiedlich und im Ergebnis *diametral entgegengesetzt* beurteilt.[126]

Das Beispiel zeigt es an: Der Verfassungswandel ist als Topos im Ringen um die Frage, wie die Verfassung gesellschaftlicher Dynamik angemessenen begegnen soll, etabliert und das Bundesverfassungsgericht als Letztinterpret des Grundgesetzes steht dabei naturgemäß im Zentrum der Aufmerksamkeit.[127] Den treibenden Akteuren und theoretischen Befürwortern des Wandels geht es dabei stets um die Anpassung des Grundgesetzes an neuere Umstände und Wertvorstellungen, um eine zeitgemäße Verfassung. Einen bemerkens-

---

123 So etwa *Jestaedt*, FAZ v. 6.7.2017, S. 7; *Schmidt*, NJW 2017, S. 2225 (2227); *Ipsen*, NVwZ 2017, S. 1096 ff.; *v. Coelln*, NJ 2018, S. 1 (3) erkennt die Möglichkeit eines Verfassungswandels zwar prinzipiell an, der Ehebegriff habe sich aber nicht gewandelt; aus der Kommentarliteratur auch mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG etwa *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 6 GG, Rn. 4 ff. m. w. N. Vgl. in diesem breiteren Kontext auch *Germann*, Ehe und Familie, Geschlecht und Sexualität als Gegenstände des Staatsrechts, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 13, Rn. 22: „Als rechtsmethodisches Argument weicht der Verfassungswandel dem Verbindlichkeitsanspruch der Verfassung aus."

124 Vgl. nur *Brosius-Gersdorf*, NJW 2015, S. 3557 (3559 ff.); *Blome*, NVwZ 2017, S. 1658 (1660); aus der Kommentarliteratur deutlich *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, Art. 6 GG, Rn. 59 ff.; *Robbers*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 6, Rn. 47 f. erkennt die Verfassungsmäßigkeit der „Ehe für alle" – entgegen seiner ‚eigentlichen' oder jedenfalls früheren Überzeugung, vgl. dazu auch die 6. Aufl. 2010 der Kommentierung, Rn. 45 ff. – (nur) aufgrund dieses Verfassungswandels an.

125 BT-Drs. 18/6665, S. 7.

126 Vgl. auch *Michaels* „Modellbeispiel eines Verfassungswandels in drei Stufen", RW 2014, S. 426 (467 ff.).

127 Vgl. aber auch die „Lehre grundrechtlicher Dynamisierungsprozesse" bei *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, der Verfassungsdynamik ausdrücklich jenseits der Kategorie des Verfassungswandels strukturieren möchte und dies ausführlich gerade am Beispiel von Partnerschaft und Familie exemplifiziert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wert weitgehenden Vorschlag liefert in diesem Zusammenhang Lothar Michael, wenn er den Verfassungswandel als verfassungstheoretischen „Normalfall" legitimieren will, welcher vom Bundesverfassungsgericht als „Träger einer *eigenständigen verfassungswandelnden Gewalt*, die von der Judikative verschieden ist", vorangetrieben wird und sogar einen Legitimitätsvorteil gegenüber einer formellen Verfassungsänderung nach Art. 79 GG haben soll.[128] Seine, bereits in der (intendiert) normalisierenden Rede von der „verfassungswandelnden Gewalt"[129] greifbare, affirmative Einstellung liegt konträr zur jedenfalls in den Äußerungen der Rechtsprechung und in weiten Teilen der Literatur kritisch gefärbten Grundhaltung bezüglich der Legitimität des Verfassungswandels und wirft mit Blick auf die Normen des Grundgesetzes Fragen auf: So findet Michael es „überraschen[d], dass in der Staatsrechtslehre die Skepsis gegenüber dem Verfassungswandel nicht zuletzt auch mit einem Vorrang des Art. 79 GG begründet wird" und erklärt zum Vorteil (!) des Verfassungswandels, „auch die Blockade von Sperrminoritäten nach Art. 79 Abs. 2 GG durchbrechen" zu können.[130] Diese Überlegungen werden erst vor dem zugrundeliegenden Gedanken nachvollziehbar, es sei problematisch, die verfassungsändernde Gewalt in der Legislative zu verorten.[131] Michael beruft sich hier auf die Sieyès'sche strenge Trennung der verfassungsgebenden von der verfassten Gewalt[132], wonach eine Verfassungsrevision zulässig, aber keinesfalls in die Hände des Gesetzgebers – als von der Verfassung gerade gebundener Gewalt – zu legen sei. Aus diesen gewaltenteilenden Erwägungen leitet er dann die Funktion des Bundesverfassungsgerichts als Organ der Verfassungsrevision her. Über all dies ließe sich *verfassungstheoretisch* diskutieren.[133] Diese Ebene vermischt Michael indes mit dem geltenden Verfassungs-

---

128 Das Zitat bei *Michael*, RW 2014, S. 426 (430), Hervorhebung im Original; zum Verfassungswandel als „Normalfall" ebd., S. 448 ff.; zum Legitimitätsvorteil ebd., S. 457; moderater nunmehr die Darstellung bei *dems*., Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8.

129 Vor Michael, aber an weniger zentraler Stelle, schreibt bereits *Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, S. 287 (295) vom BVerfG als „Träger einer verfassungs*entwickelnden* Gewalt" (Hervorhebung nur hier). In der folgenden Aussprache wendet *Frotscher* ein, die begriffliche Fixierung stelle dem Gericht – entgegen eines judicial self-restraints – „von vornherein eine legitime Kategorie zur Verfügung, um seine Zuständigkeit zu erweitern" (S. 312). Das gilt für die „verfassungs*wandelnde* Gewalt" nicht minder.

130 Die Zitate bei *Michael*, RW 2014, S. 426 (439 und 455, siehe zum letzteren inhaltlich auch 444 f.).

131 *Michael*, RW 2014, S. 426 (437 ff.).

132 *Sieyès*, Einleitung zur Verfassung, in: ders., Politische Schriften 1788 – 1790, S. 239 (250).

133 Neben der klassischen Gliederung bei Sieyès kann zur Unterstützung von Michaels Standpunkt auf funktionell-rechtliche Erwägungen rekurriert werden, nach de-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

recht; seine Geringschätzung des positiven Verfassungstexts bedeutet dabei eine schwere Hypothek für die Plausibilität seiner Vorschläge zur Legitimation des Verfassungswandels unter dem Grundgesetz.[134] Er erkennt selbst, dass seine Prämissen sich mit der „deutschen[n] Tradition, dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung anzuvertrauen, nicht vereinbaren" lassen.[135] Und so zeichnet auch das Grundgesetz ein anderes Bild als das von Michael entworfene: Art. 79 GG ist die zentrale Norm zur Ermöglichung einer normativen Dynamik auf Verfassungsebene. Wenn aus ihr auch keine eindeutige Absage an den Verfassungswandel herausgelesen werden kann, so weist sie die Aufgabe der Fortentwicklung doch zumindest primär dem verfassungsändernden Gesetzgeber zu.[136] Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 sowie 93 Abs. 1 GG, nach welchem das Bundesverfassungsgericht (nur) über „die Auslegung" des Grundgesetzes entscheidet, zeigen zudem, dass die Verfassung ihre Normativität nicht allein oder primär gegenüber dem Gesetzgeber, sondern in gleichem Maße gegenüber dem Gericht entfalten soll. Eine gewisse Gewaltenkonzentration – diese ist es ja, die Sieyès' und Michaels Bedenken zugrunde liegt – entsteht immer, wenn eine verfasste Gewalt über die Verfassung disponieren kann.[137] Im Parlament ist die Konzentration mittels Quoren und durch die Beteiligung des Bundesrates wieder entschärft (Art. 79 Abs. 2 GG), die dortigen Verfassungsänderungen gewährleisten die rechtsstaatlich und demokratisch unbedingt notwendige Transparenz (Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG) und der

---

nen die jeweiligen Entscheidungen vom strukturell am besten geeigneten Akteur zu treffen seien; dazu *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73 ff.); *Schneider*, NJW 1980, S. 2103 ff.; *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation; *Hesse*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Ausgewählte Schriften, S. 311 (insb. etwa 315 f.); *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit; vgl. auch BVerfGE 157, 30 (144 f.) und die kritische Besprechung bei *Hirzel*, Macht und Methode, S. 84 ff. Unter diesem funktionell-rechtlichen Ansatz ist der Themenkreis bei *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 196 ff. behandelt.

134 Vgl. zu dieser Konstellation zwischen positivem Verfassungsrecht und Verfassungstheorie *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 79 f.

135 *Michael*, RW 2014, S. 426 (438) – bezüglich der Sieyès'schen Trennung von Gesetz- und Verfassungsgeber.

136 Vgl. *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: FS Isensee 2002, S. 183 (196 f.); *ders*., Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 277. Michaels Auffassung, Art. 79 GG „versperrt nicht, sondern begründet im Gegenteil erst recht eine ungeschriebene Kompetenz des BVerfG zum Verfassungswandel" (a. a. O., S. 431), ist trotz verbleibender Interpretationsspielräume (vgl. ebd., S. 439) jedenfalls bezüglich des argumentum a fortiori rechtlich doch sehr gewagt; grundlegend kritisch auch *Dreier*, in: ders. GG, Art. 79 I, Rn. 39 f.

137 Deshalb hat *Michael* auch Sympathien für eine – ergänzende – verfassungsablösende Gewalt in der Hand einer eigens einberufenen Versammlung mit anschließendem Plebiszit, RW 2014, S. 426 (445 ff.). Für die Thematik des Verfassungswandels spielt diese Kategorie aber keine Rolle.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bundestag ist nicht zuletzt das demokratisch am besten legitimierte Staatsorgan (Art. 38 Abs. 1 GG). Das ist ein stimmiges Konzept positivierter Normen, für welches es bezüglich des Bundesverfassungsgerichts keine Entsprechung gibt, sodass gerade die dort stattfindende Dynamik auf einer Konzentration von Staatsgewalt beruht. Dieses ‚Sieyès'sche' Argument vermag *de constitutione lata* daher nicht zu überzeugen.

In einem zweiten Argument wendet Michael eben jene im Gericht konzentrierte Gewalt und die damit einhergehende Effektivität ins Positive: Die im Parlament erforderlichen Zweidrittelmehrheiten bedingten dysfunktionale Hemmnisse der Verfassungsrevision, insbesondere zum Nachteil von Minderheiten.[138] Die „Ehe für alle" mag wiederum als Beispiel für die Berechtigung dieses Gedankens dienen. Gleichwohl versucht das beschriebene Konzept des Grundgesetzes, Minderheitenschutz zunächst einmal zu betreiben, indem es mit Hilfe der Sperrminoritäten *Verschlechterungen* des als grundsätzlich gut empfundenen grundrechtlichen Status quo zu *verhindern* sucht.[139] Trennung und Hemmung staatlicher Macht sind Leitprinzipien moderner Verfassungsstaatlichkeit – durchaus auch im Wissen um infolgedessen mögliches Vertun von Chancen. Das steckt ein Spannungsfeld zur Frage der Legitimität des Verfassungs- wie des Rechtswandels im Allgemeinen ab, auf welche im Verlauf der Arbeit noch gründlicher einzugehen ist.

Wenngleich also Michaels Vorschlägen letztlich nicht zuzustimmen ist, zeigt seine ebenso grundlegende wie umfassende Abhandlung doch, wie wichtig – in seinen Worten – „die konstruktiv-kritische Aufarbeitung eines unsere Verfassungsordnung prägenden Elements der Verfassungsrevision" ist, zumal die „Bedeutung des Verfassungsrevisionsrechts […] mit dem Alter einer Verfassung" wächst.[140]

---

138 *Michael*, RW 2014, S. 426 (444 f.).

139 Anders ausgedrückt: Das Quorum des Art. 79 Abs. 2 GG verfolgt in erster Linie gerade den Zweck des Minderheitenschutzes, vgl. dazu im Kontext des Wandels *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 264. Entsprechendes gilt für weitere faktische Hemmnisse des Verfassungsänderungsverfahrens; vgl. allerdings *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 221 ff., die solche Hemmnisse ebenfalls zu Rechtfertigungsgründen ihrer eigenen Kompensation erklärt. Ebd., S. 243 f. wird die Gegenperspektive dann zwar angesprochen; wenn ihr aber unter der Erwägung, der jeweilige Verfassungswandel sei mit den Vorstellungen des historischen Verfassungsgebers vereinbar, keine maßgebliche Bedeutung zuerkannt wird, dann blendet dies die Möglichkeit aus, dass diese Vereinbarkeit einmal nicht vorliegen könnte, und vermengt insofern die deskriptive mit der normativen Ebene. Diese Gefahr droht nicht, wenn den Rechtswandel – wie in dieser Arbeit – gerade kennzeichnen soll, dass er den historischen Vorstellungen zuwiderläuft.

140 Zitate bei *Michael*, RW 2014, S. 426 (479). Hier konnten nur diejenigen Argumente einer Kritik unterzogen werden, welche die „verfassungswandelnde Gewalt" des BVerfG zu begründen suchen (Michaels Arbeit geht darüber hinaus und entwirft

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Interessant ist sein Aufsatz schließlich noch in der Betrachtung aus der Metaperspektive. Namentlich mag er veranschaulichen, wie Verfassungswandel im Allgemeinen ablaufen und angestoßen werden kann. Denn die Wirkung seines Texts erschöpft sich nicht in der Beschreibung des Vorgefundenen, er wird selbst zum Faktor des Wandels: Die Beobachtung eines Phänomens – hier des Verfassungswandels allgemein, nichts anderes gilt aber für konkrete Norminterpretationen –, das von den bisherigen normativen Prämissen aus betrachtet problematisch erscheint und daher auch argumentativ an die Grenzen des im Rahmen dieser Prämissen noch vernünftig Begründbaren gebunden bleibt, veranlasst den positiv gestimmten Autor dazu, dieses Phänomen mit einem neuen theoretischen Unterbau und damit neuen Prämissen zu versehen, die den Vorgang erklären, aber auch genau auf ihn zugeschnitten sind, sodass das Phänomen eben – wie bei Michael ausdrücklich – als „Normalfall" erscheint. Von hier aus sind dann aber wieder weitergehende Entwicklungen einfacher möglich, weil die neuen Prämissen – vorausgesetzt, die Stimme hat als einzelne oder zusammen mit gleichförmigen Stellungnahmen Gewicht – einen neuen argumentativen Ausgangspunkt setzen, der bezüglich einer in Gang gesetzten Dynamik erst an einem späteren Punkt disziplinierend wirkt. Auch hierauf ist noch näher einzugehen (4.c)bb)).

Die vorstehend aufbereitete Kategorie des Verfassungswandels erfüllt damit wichtige Funktionen. Denn sie bringt – regelmäßig schleichende – Entwicklungsprozesse auf den Begriff, die ansonsten als bloßes Nebeneinander singulär-normgeschichtlicher Veränderungen der einzelnen Bestimmungen erscheinen müssten. Der übergreifende Begriff bringt damit Gemeinsamkeiten erst zum Vorschein und ist auf diese Weise nicht zuletzt auch ein Schlüssel zum Verständnis des heute und zukünftig geltenden Verfassungsrechts. Zugleich ermöglicht das Zusammenfassen der Einzelvorgänge einen kritischen oder rechtfertigenden, jedenfalls aber sachnahen Blick auf diesen Wandel und damit auf allgemeine Methodenfragen der Verfassungsinterpretation. Ob Verfassungswandel nun mit Häberle ausschließlich eine Frage der jeweils gebotenen Interpretation oder eine eigenständige Kategorie neben der Auslegung ist, spielt dabei keine Rolle. Sinnvollerweise begreift man den Verfassungswandel als *Produkt* einer Interpretationspraxis. Die Aufarbeitung hat aber auch gezeigt, dass die Frage des Wandels hier zum Teil eng mit Spezifika der *Verfassungs*theorie verwoben ist. Ein Bezug zum pouvoir constituant etwa wird nur in einer Abhandlung zum Verfassungsrecht zu finden sein. Der Idee eines nochmals abstrahierten *Rechts*wandels ist daher die Aufgabe gestellt, den Wandel als allgemeines Problem der Rechtslehre zu formulieren.

---

ein austariertes System der Verfassungsentwicklung durch das BVerfG) – weitgehende Zustimmung dazu aber bei *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 112 ff., hinsichtlich der Eigenständigkeit des BVerfG als „verfassungswandelnde Gewalt" dann freilich kritischer, S. 127.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## 2. Rechtswandel als übergeordnete Perspektive auf Wandel von Normen jeglichen Ranges

Es ist eine zentrale These dieser Arbeit, dass das Bild des Wandels gewinnbringend nicht allein bezogen auf das Verfassungsrecht verwendet werden kann, keine Besonderheit desselben anspricht, sondern entsprechende Entwicklungsprozesse auch in anderen Rechtsbereichen stattfinden und durch eine allgemeine Kategorie des Rechtswandels erhellt werden können. Der Verfassungswandel ist dann Unterfall und besondere Ausprägung des Rechtswandels. Inwiefern eine solche Induktion statthaft und sinnvoll ist, soll an dieser Stelle dargelegt werden. Dazu ist eine Auseinandersetzung mit den strukturellen Eigenheiten des Verfassungsrechts gegenüber sonstigem Recht erforderlich; soll die Idee des Wandels übergreifende Verwendung finden, darf sie nicht von diesen abhängen. Das Ergebnis dieser Untersuchung nimmt Hans Kelsen bereits vor 100 Jahren vorweg:

> „Die als ‚Verfassungswandlung' bezeichnete Tatsache, daß sich die Handhabung der Verfassungsnormen allmählich und unmerklich dadurch ändert, daß den unverändert bleibenden Worten des Verfassungstextes ein anderer als der ursprüngliche Sinn beigelegt wird, oder daß sich eine zum Wortlaut und jedem möglichen Sinne der Verfassung in Widerspruch stehende Praxis bildet, ist kein den Verfassungsnormen spezifisches, sondern ein auf allen Rechtsgebieten zu beobachtendes Phänomen."[141]

### *a) Strukturelle Besonderheiten von Verfassungsrecht*

Was sind nun diese Eigenheiten des Verfassungsrechts und welche Rolle spielen sie für die Idee des Wandels? Zu denken ist hier zunächst an das im Allgemeinen hohe Maß an Unbestimmtheit im Verfassungsrecht. Vielfach wird darauf verwiesen, dass erst dieses den Verfassungswandel ermögliche.[142] Und tatsächlich: Dem Text etwa der Grundrechte lässt sich zumeist nur eine grobe Idee ihrer Gegenstände – Würde, Persönlichkeitsentfaltung, Gleichheit, Glauben, Meinung, Kunst, Ehe etc. – und noch weniger über ihre Wirkrichtung – nur subjektives Abwehrrecht oder auch objektive Dimension? – ent-

---

[141] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 254. Demgegenüber ist der Verfassungswandel etwa für *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 154 ff., Resultat einer Sonderstellung der Verfassung.

[142] Vgl. etwa *Michael*, RW 2014, S. 426 (450 f.). Für *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 155 f., beruht diese „Unvollständigkeit der Verfassungsrechtssätze" wesentlich auf dilatorischen Formelkompromissen; diese gehören aber gerade „zu den typischen Eigenarten nahezu jeder Art von Gesetzgebung […], nicht auf Kompromissformeln gegründete und daher auch dilatorische Formelkompromisse bewusst ausschließende Gesetzgebung wird man wohl in keiner Materie auffinden", *Lerche*, Verfassungsnachholung, in: FS Häberle 2004, S. 631 (642).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nehmen. Das eröffnet argumentative Spielräume, dem Text veränderte Inhalte zuzuschreiben. Die Unbestimmtheit stellt jedoch allenfalls einen graduellen, bloß quantitativen Unterschied zum sonstigen Recht dar.[143] Im Völkerrecht übersteigt der Bestimmtheitsgrad denjenigen des Verfassungsrechts mitunter gar nicht. Aber auch das einfache Recht kennt hochgradig unbestimmte Normen[144], zumal das „Ziel der Interpretation […] in vielen Fällen nicht nur [darin besteht], die Unklarheit zu beseitigen, sondern auch sie erst einmal zu schaffen"[145]. Gemessen daran, müsste der Wandel allenfalls häufiger, nicht aber ausschließlich auf Verfassungsebene auftreten (so verhält es sich denn letztlich auch). Allerdings wird Rechtswandel durch ausgeprägte Unbestimmtheit ohnehin nur *erleichtert*; sie ist keine notwendige Bedingung desselben. Denn es gibt zwar einzelne völlig bestimmte Begriffe – vor allem numerisch klare Grenzen –, nicht aber vollends bestimmte Rechtsnormen. So kann selbst eine vermeintlich eindeutige Norm durch verändertes In-Beziehung-Setzen des eindeutigen Begriffs gewandelt werden.[146]

Ähnliches gilt für weitere augenscheinliche Differenzierungsmerkmale: Die Höherrangigkeit der Verfassung stellt als solche keinen entscheidenden Unterschied zu sonstigem Recht dar. Zunächst, weil der höhere Rang ohnehin kein Alleinstellungsmerkmal der Verfassung ist, sondern je nur relativ zu anderen Normtypen gilt. Auch einfache Gesetze gehen den Verordnungen und Satzungen vor. Der Rang wäre demnach ebenfalls ein bloß quantitativer Unterschied. Das Bild der Normenpyramide veranschaulicht dies. Spezifikum der Verfassung könnte insofern allenfalls die *Höchst*rangigkeit sein. Aber auch diese ist

---

143 Vgl. *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] XII, § 271, Rn. 6.

144 Daher urteilt *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 456: „Letztlich unterscheidet sich die Interpretation der Grundrechte nicht von der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe in anderen Gebieten, wie beispielsweise in § 626 BGB". Nähme man gar den Konkretisierungsbedarf als Indiz für (relative) Unbestimmtheit, so zeigten die Dogmatikmassen, die im Zivil- und Strafrecht produziert werden, wobei gerade zu letzterem häufig jedes noch so unscheinbare Wort Ausgangspunkt eines ganzen Prüfungsmodells ist, einen hohen Unbstimmtheitsgrad an.

145 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 224; vgl. auch S. 223 ff. allgemein zu vermeintlich präzisen Formulierungen.

146 Beispielsweise schreibt § 274 S. 2 StPO klar vor, dass gegen den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist. Das möglicherweise objektiv unrichtige Protokoll soll nach dem gesetzgeberischen Konzept auch dann maßgeblich sein, wenn ein versehentlicher Fehler bewiesen werden könnte; der Begriff der Fälschung markiert das vergleichsweise deutlich. Die Rspr. konnte die Norm trotzdem wandeln. Denn: Die „Fälschung" bezieht sich auf das weniger bestimmte „Protokoll"; die Frage, wann dessen ausschließliche Beweiskraft beginnen soll – ab Fertigstellung oder erst nach einer etwaigen Berichtigung –, entscheidet bereits über die Wirkrichtung der Norm, lässt den bestimmteren Begriff dabei aber noch außen vor. Näher dazu unten III.6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in der international verflochtenen Rechtsordnung in ihrer Absolutheit fraglich geworden – man denke an den Anwendungsvorrang des Unionsrechts oder auch den Einfluss der Rechtsprechung des EGMR[147]. Noch deutlicher wird all dies mit Blick auf die föderale Struktur der Normenhierarchie, denn den *Landes*verfassungen geht Bundesrecht jeglichen Ranges vor. Will man diese nicht von der Idee des Verfassungswandels ausschließen[148], kann der Verfassungswandel nicht in erster Linie auf der Höher- oder Höchstrangigkeit beruhen.[149] Man könnte bei alledem zwar noch am seinerseits der Logik des Rechtssystems entrückten Geltungsgrund der höchstrangigen Verfassung ansetzen, was in der Normenpyramide ein Alleinstellungsmerkmal ist. Lepsius formuliert etwa:

> „Verfassungsinterpretation enthält […] im fortbildenden Gehalt immer etwas Erzeugendes, das sich auch als pouvoir constituant beschreiben lässt, ja als pouvoir constituant beschrieben werden muss, weil man ansonsten auf die formalisierte Zuständigkeitsordnung bei rechtsförmigen Interpretationsakten angewiesen wäre. Nach der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung aber haben nur die Gewalten den Auftrag zur Interpretation von Rechtsregeln.“[150]

Die Perspektive der verfassungsgebenden Gewalt ermöglicht insofern prinzipiell, anders als beim einfachen Recht, außerverfahrensmäßige Änderungen in einem konsistenten System zu denken, weil für die Verfassunggebung als normativer Ursprung selbst keine Regeln gelten. Unter dem Grundgesetz ist allerdings auch dieser Unterschied eingeebnet, erhebt es doch gerade den Anspruch, mit einer diesbezüglichen ‚Zuständigkeits- und Kompetenzordnung' in den Bereich der Verfassunggebung hineinzuwirken, indem es gem. Art. 79 Abs. 1 und 2 GG keine *Änderung* außerhalb des Verfassungstexts bzw. formellen Gesetzgebungsverfahrens erlaubt, also den originären pouvoir consti-

---

147 Entsprechend wird das Konzept des Wandels ohne Weiteres etwa auch auf die EMRK angewendet, so *Nußberger*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte, in: FS Stern 2012, S. 117 ff.

148 Für einen solchen Ausschluss spricht wenig. Die Landesverfassungen sind im öffentlichen und juristischen Diskurs zwar weniger präsent als das Grundgesetz, Wandel ist aber auch bei ihnen zu erkennen, vgl. nur *Lange/Jobs*, Brauchen wir eine Verfassungsreform?, in: FS Hessen 1997, S. 445 ff.

149 Der *Verfassungs*wandel steht aufgrund seiner mit der Rangfrage in Verbindung stehenden rechtlichen Breitenwirkung zwar im Zentrum der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit; diese Breitenwirkung spricht jedoch gerade für die allgemeinere Perspektive des Rechtswandels, wie im Anschluss unter dem Stichwort der „Konstitutionalisierung“ noch gezeigt wird.

150 *Lepsius*, Nachweltschutz und Langzeitverantwortung im Verfassungsrecht, in: Dreier (Hrsg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat, S. 37 (56). Grundlegend zum Rückgriff auf die verfassunggebende Gewalt bereits *Häberle*, Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 182 ff.; vgl. auch *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, dazu noch unten D.II.4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tuant durch einen pouvoir constituant *constitué* ersetzt. Nach Art. 146 GG löst das Grundgesetz zudem seine eigene Gültigkeit für den Fall einer gänzlich neuen ursprünglichen Verfassunggebung auf. Insofern, ließe sich festhalten, ist innerhalb des Grundgesetzes kein Platz für einen pouvoir constituant originaire. Aber gerade aus diesem Korsett soll ja ausgebrochen werden. Dann allerdings fragt sich: Wenn der pouvoir constituant kraft seiner normativen Qualität die ebengenannten Vorschriften verdrängen können soll, warum dann nicht auch und erst recht die allgemeinen Vorschriften des VII. Abschnitts zur Gesetzgebung respektive -änderung? Warum also sollte es ausschließlich den *Verfassungs*wandel geben? Dass der Blick auf den pouvoir constituant diese Exklusivität nicht stützt, wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass man auf ihn hier nur aufgrund einer formallogischen Denkoperation stößt: Bewegt sich eine Interpretation außerhalb der Kompetenzordnung, dann muss an die Stelle dieser Kompetenzordnung etwas anderes treten. Dieses Andere lässt sich in Bezug auf die hier fragliche Verfassung pouvoir constituant nennen. Man kann sich aber auf jeder Ebene der Normenhierarchie jenseits der jeweiligen Kompetenzordnung bewegen. Durch die Konstruktion als pouvoir constituant entsteht kein im Hintergrund stehender *realer* Vorgang, kein *struktureller* Unterschied zwischen den Rechtsebenen.

Auch das Alter der Verfassung und ein damit möglicherweise verbundener Anpassungs- und Modernisierungsbedarf sind für sich genommen keine Stütze für einen der Verfassungsebene vorbehaltenen Wandel, gibt es doch zumindest hierzulande nicht wenige sehr relevante einfache Gesetze, die das Grundgesetz im Alter deutlich übersteigen. Dazu gehören wesentliche Teile der die Rechtsordnung prägenden großen Kodifikationen des Zivil- und Straf-(Verfahrens-)Rechts. Jünger, aber auch nicht mehr taufrisch, sind hauptsächlich Kodifikationen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts.

Die Frage des Alters erscheint allerdings in einem neuen Licht, wenn die Betrachtung um den Aspekt der jeweiligen Hürden für eine formelle Änderung erweitert wird. Da Verfassungsänderungen im selben Verfahren ergehen wie Änderungen einfacher Gesetze, gem. Art. 79 Abs. 2 GG nur ein erhöhtes Quorum erreichen müssen, sind die jeweiligen Änderungshürden gut, sogar numerisch, vergleichbar. Dieses Zwei-Drittel-Quorum in Bundestag und Bundesrat stellt somit einen handfesten strukturellen Unterschied von Verfassungs- zu sonstigem Recht dar – und dient denn auch regelmäßig als Erklärung für den Vorgang des Verfassungswandels, der dann als eine Art Kompensation der Erschwernis, als Ausweichmöglichkeit erscheint[151]. In diesem Bild

[151] Früh: *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 160; *v. d. Heydte*, ARSP 39 (1951), S. 461 (466), der das Bild zweier Ventile eines Dampfkessels verwendet, um die Funktionen von Verfassungsänderung und -wandel zu umschreiben – dieses Bild nun auch bei *Michael*, RW 2014, S. 426 (442) –; *Krüger*, Verfassungswandlung und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

droht die Verfassung zu veralten, gerade weil sie (zu) schwer geändert werden kann. Dann wird der obige Vergleich mit den großen Kodifikationen problematisch: Da Reformbedarf in aller Regel einzelne Normen oder Normgruppen betrifft, nahezu niemals ganze Rechtsbereiche als solche, können jene durch punktuelle Anpassungen leichter – auch weitreichend – aktualisiert werden und bestehen trotzdem noch weit überwiegend aus ihren ursprünglichen Vorschriften. Diese punktuellen Anpassungen sind für die Verfassung erschwert. Im Rechtsvergleich gehört gerade das Grundgesetz indes zu den am einfachsten änderbaren Verfassungen[152] und die Verfassungsänderung ist in der Bundesrepublik auch tatsächlich Teil der „rechtspolitischen Normalität"[153]. Die notwendigen Mehrheiten sind regelmäßig erreichbar, mitunter stützte sich in Vergangenheit schon die Regierungskoalition auf eine solide verfassungsändernde Mehrheit im Bundestag[154]. Umgekehrt kommen als dysfunktional empfundene politische Änderungshürden auch bei einfachen Gesetzen vor. Man denke an mögliche Blockaden von Zustimmungsgesetzen im Bundesrat; diese drohen bei den zukünftig als Regelfall zu erwartenden Mehrparteienkoalitionen auf Landesebene vermehrt, wenn an der Praxis festgehalten wird, im Koalitionsvertrag eine Enthaltung für den Fall zu vereinbaren, dass sich im Landeskabinett kein Konsens herstellen lässt. Auch im Bundestag mag der Trend zu heterogenen Dreier-Bündnissen zusätzliche Erschwernisse bergen. Das Veto eines oder zweier Koalitionspartner und damit einer (klaren) Minderheit des Parlaments gegen ein von allen übrigen Fraktionen befürwortetes Gesetzesvorhaben kann aufgrund der Koalitionsdisziplin den Mehrheitswillen blockieren.[155] Im Unions- oder Völkerrecht schließlich, wo eine Änderung

---

Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS Smend, S. 151 (156). Vgl. aus neuerer Zeit statt vieler *Wahl*, Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, S. 29 (47); *Volkmann*, AöR 134 (2009), S. 157 (181) mit Vergleich zum einfachen Recht. Besonders unmittelbaren Ausdruck fand das Ausweichen der politischen Akteure, namentlich der FDP-Fraktion, von einer nicht durchsetzbaren Verfassungsänderung auf einen Verfassungswandel in BVerfGE 90, 286; dazu *Kneip*, Spiel über Bande, in: Hönnige u.a (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, S. 228 (236 ff.).

152 Statt vieler *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 (266); *Dreier*, in: ders. GG, Art. 79 II, Rn. 17, 9 ff.; siehe auch die empirische Analyse bei *Lorenz*, Verfassungsänderungen in etablierten Demokratien, S. 84 ff. Ein grober Überblick über den Verfassungswandel im Rechtsvergleich bei *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 129 ff.

153 *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (1).

154 Das gilt für drei der vier Großen Koalitionen auf Bundesebene: Die erste unter Bundeskanzler Kiesinger kam 1966 auf rund 90 % der Sitze; die Großen Koalitionen unter Kanzlerin Merkel kamen 2005 auf knapp 73 %, 2013 auf knapp 80 % und nur 2017 auf bloß rund 56 % der Sitze.

155 *Stecker*, GWP 2020, S. 71 ff. In dieser Situation wäre es ein Gebot politischer Klugheit, den strengen Ausschluss wechselnder Mehrheiten – wie er in Koalitionsverträgen üblich ist – zu überdenken, auch dazu ebd.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

regelmäßig einen breiten Konsens heterogener Staaten erfordert, sind hohe Änderungshürden ohnehin und erst recht zu beobachten, weshalb es nicht überrascht, dass die entsprechenden Umgehungspraktiken in der Völkerrechtspraxis bereits unter dem deutlich von der Thematik dieser Untersuchung inspirierten Stichwort „Vertragswandel ohne förmliche Vertragsänderung" analysiert worden sind.[156]

Die Hürden einer Änderung sind aber nicht ausschließlich formeller Natur.[157] ‚Wandlungsdruck' kann etwa auch entstehen, wenn die Praxis ein Änderungsbedürfnis sieht, dem der Gesetzgeber unabhängig von Mehrheiten – wegen fehlender Priorität, politischer Brisanz oder Ähnlichem – schlicht nicht nachkommt. Und schließlich entsteht für das Grundgesetz schon von seinem Inhalt her seltener als im einfachen Recht Reformbedarf, enthält es doch überwiegend kaum änderungsbedürftiges Grundsätzliches bei wenigen Detailregelungen, was die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen formellen Änderungshürden qualitativ wieder relativiert. Letztlich wäre hier jedenfalls nach den einzelnen Bereichen des Grundgesetzes zu differenzieren: Die Grundrechte, in denen sich das basale Selbstverständnis der politischen Gemeinschaft spiegelt, werden nur sporadisch, das Staatsorganisationsrecht, insbesondere das Bund-Länder-Verhältnis – also Kompetenzen, Finanzfragen etc. – wird häufiger, weil auch detaillierter, geändert.[158] Die Änderungshürden sind mit den Quoren also gar nicht hinreichend wiedergegeben; in den Grundrechten sind sie viel höher als etwa in der Finanzverfassung. Dasselbe gilt aber auch im einfachen Recht: Einer Änderung zentraler Normen – beispielsweise im Allgemeinen Teil des BGB oder des StGB – sind faktisch viel höhere Hürden gesetzt als einigen entlegeneren Vorschriften.[159] Änderungsprojekte aus dem detaillierten Verfassungs- und dem zentralen einfachen Recht können insofern

---

156 *Baumbach*, Vertragswandel und demokratische Legitimation; das Zitat dient dort als Überschrift des 2. Teils.

157 Siehe zu Hindernissen einer formellen Anpassung auch unten II.2.; grundlegend zum demokratischen Problem erschwerter Änderbarkeit von Gesetzen, *Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität.

158 Vgl. nur die Darstellungen bei *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 (266 ff.) und *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (15). Zum Stil der Verfassung in ihren verschiedenen Bereichen *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 ff. Für *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 24 können Wandlungsbedürfnisse indes gerade auch „in einem ausdifferenzierten Organisationsrecht" entstehen.

159 Vgl. BVerfGE 34, 269 (289): „[G]esetzgeberische Reformen [stoßen] gerade dann auf besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse, wenn sie zu Änderungen eines der großen Gesetzgebungswerke führen sollen, die das Bild der Rechtsordnung im ganzen so prägen wie die Kodifikation des Privatrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch"; ferner *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 34, der darauf hinweist, dass „Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes […] – ungeachtet der Möglichkeit, die Gesetze mit ‚einfachen Mehrheiten' jederzeit zu ändern – seltener [!] erfolgen als Änderungen des Grundgesetzes"; ebd., Rn. 48 auch zu jenseits

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durchaus einmal ähnlich intensiver parlamentarischer Überzeugungsarbeit bedürfen. Der Wandel muss also nicht als exklusiv im Verfassungsrecht wirkender Kompensationsmechanismus begriffen werden – auch wenn er dort aufgrund der Quoren näherliegen und anteilsmäßig häufiger vorkommen mag.

Ein weiterer struktureller Unterschied der Rechtsebenen im Kontext des Wandels könnte die erhöhte Konsensabhängigkeit[160] der Verfassung sein, zu deren Durchsetzung kein eigener staatlicher Vollstreckungsapparat zur Verfügung steht[161]. Die Befolgung der Verfassung hängt daher wesentlich und enger als im sonstigen Recht auch mit dem Glauben an ihre materielle Richtigkeit zusammen. Diesbezügliche Mängel soll der an gesellschaftlichen Wertungen orientierte Verfassungswandel verhindern. Aber auch dieser Gesichtspunkt taugt nicht als qualitatives Differenzierungskriterium. Denn einerseits partizipiert die Verfassung, die ihre Normativität zu weiten Teilen über die einfache Rechtsordnung entfaltet und nicht zuletzt daher in diese hineinwirkt[162], über diese Vermittlung an den staatlichen Vollstreckungsmöglichkeiten, auch wenn diese zumindest im Bereich der Staatsspitze tatsächlich an Grenzen stoßen[163]. Dieselben Grenzen existieren aber auch im Völker- und Europarecht. Vor allem aber ist die Beachtung des einfachen Rechts allein durch seinen Zwangsapparat ebenfalls nicht hinreichend sicherbar.[164] Jedes Recht muss, will es wirksam sein, gelebt werden. Der Rechtswandel kann hier wie dort seinen Teil dazu beitragen.

### *b) Verfassungstheoretisch vermittelte Besonderheiten*

Neben diesen greifbaren, in ihrer Bedeutung für den Wandel aber zu relativierenden Unterschieden der Rechtsebenen, ist auf Eigenheiten des Verfas-

---

der formellen Quoren bestehenden Hürden einer, insbesondere in Auseinandersetzung mit dem BVerfG erfolgenden, Verfassungsänderung.

160 *Volkmann*, AöR 134 (2009), S. 157 (180); grundlegend schon *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung; siehe zum verfassungsrechtlichen Konsens auch *Grimm*, Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, S. 298 ff.

161 Darauf heben bereits *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 157 f. und *Jellinek*, vgl. oben, I.1.a), ab – freilich jeweils noch ohne eine dem BVerfG vergleichbare Institution vorzufinden. *Smend*, Integration, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 482 (484 f.), bleibt auch unter der Geltung des Grundgesetzes bei dieser Ansicht.

162 Dazu sogleich c).

163 Tatsächlich unterliegen diese staatsorganisationsrechtlichen Vorschriften dem Wandel auch nicht intensiver, sondern eher weniger stark, als dies etwa bei den Grundrechten zu beobachten wäre.

164 Vgl. nur *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 274 ff.; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 117 ff. Die Alternative aus Anerkennung und Befehl führt hier insofern nicht weiter, vgl. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, S. 102 ff., 450 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsrechts einzugehen, die nicht unmittelbar aus der Sache selbst folgen, sondern aus einem theoretischen Überbau an sie herangetragen werden.

### aa) Integration

Die wirkmächtigste dieser Verfassungstheorien geht zurück auf Rudolf Smend. In dessen bereits zitierter These, „die Veränderlichkeit der Verfassung, die Möglichkeit der ‚Verfassungswandlung', [sei] eine mit der Totalität des Verfassungsrechts gegebene Eigentümlichkeit dieses Rechtsgebiets", wird die inhaltliche Allbezüglichkeit des Verfassungsrechts, das seine Wirkung nicht allein gegenüber der staatlichen Sphäre entfaltet und dessen Wertungen alle Rechtsschichten durchdringen, zur entscheidenden Besonderheit gegenüber sonstigem Recht.[165] In dieser Lesart ist die Verfassung Basis des wohlgeordneten menschlichen Zusammenlebens – also „materiale Grundordnung für Staat *und* Gesellschaft"[166]. Um dieser, Staat und Gesellschaft integrierenden[167], Funktion gerecht werden zu können, muss die Verfassung sich dann notgedrungen für gesellschaftliche Entwicklungen öffnen; denn Wertebasis der Gesellschaft ist zunächst einmal ihre (wandelbare) Moral. Die Normen des Verfassungsrechts und die Sozialmoral empfangen wechselseitig Impulse voneinander. Würde diese Korrespondenz durch eine Entfremdung der Wertsysteme unterbrochen, wäre die Verfassung eo ipso nur noch Kompetenzstatut der staatlichen Sphäre. Soweit eine solche Entfremdung nicht durch formelle Aktualisierung im Text verhindert wird – was mit Blick auf die von einer Grundordnung zu symbolisierende Beständigkeit eine Ausnahme bleiben soll[168] –, besteht für die Verfassung unter den Prämissen dieser Theorie ein

---

165 Zitat bei *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (241; vgl. i.Ü. 260 ff.).

166 Diese Formulierung bei *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 189 (Hervorhebung nur hier) fasst den Gedanken am präzisesten. Inhaltlich sind dieser Ansicht etwa *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (61 ff.); besonders einflussreich *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 5 ff.; ebd., S. 10 f., die Formulierung als „rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens"; *Häberle*, Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 121 (122); und im Kontext des Wandels *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 198 f. zuzuordnen. Vgl. zum Konzept der „Grundordnung", allerdings noch weitgehend auf den Staat begrenzt, bereits *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates.

167 Inhalt des Integrationsprinzips ist die immer neue „Herstellung der Staatsgemeinschaft als Willensverband", es will „das ganze Staatsvolk zur staatlichen Einheit integrieren", *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (150 bzw. 144).

168 Vgl. etwa *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (125). Auf der anderen Seite sind es gerade auch Verfassungsänderungen (etwa Art. 3

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

normativer Druck, sich zu wandeln. Dass diese Sichtweise keine Denknotwendigkeit, vielmehr Konsequenz eines bestimmten – hier freilich typisierten – verfassungstheoretischen Vorverständnisses[169] ist, zeigt die Existenz des letztlich etwas weniger einflussreichen gegenläufigen, ‚liberaleren' Modells, in welchem die Verfassung mehr als sachlich zurückgenommene Rahmen- denn als Grundordnung verstanden wird und in die gesellschaftliche Sphäre grundsätzlich nicht hineinwirken soll.[170] Sie empfängt dann von vorneherein weniger Wandlungsimpulse. Dass es sich jeweils um Folgerungen aus Theorien und nicht unmittelbar aus dem positiven Rechtsstoff handelt, wird deut-

---

Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2; 20a GG), welche – herausgefordert von dem Anspruch, Grundordnung zu sein – die Allbezüglichkeit der Verfassung handfest realisieren und die Grundordnungsthese damit plausibilisieren, vgl. *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (66).

169 Zu der damit angesprochenen Frage, „wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt" anschaulich *Volkmann*, Der Staat 54 (2015), S. 35 ff., auch zu den hier dargestellten Theorien. S. im Kontext des Verfassungswandels auch *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 29 ff.

170 *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (85 ff.); *ders*., Grundrechte als Grundsatznormen, ebd. S. 197 f.; *ders*., Der Staat 42 (2003), S. 165 (186 f.); im Anschluss an dens.: *Manterfeld*, Die Grenzen der Verfassung; ferner *Wahl*, Der Staat 20 (1981), S. 485 (507); *Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 10, Rn. 62 f., 78; *Starck*, JZ 1996, S. 1033 (1038 f.); *ders*., Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] XII, § 271, Rn. 6 ff.; *Waldhoff*, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt, S. 75 f.; *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 32 f. Die verbreitete Gegenüberstellung etwa auch bei *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 33 f. Freilich kann ein Verständnis auch Elemente der verschiedenen Ansätze vereinen, etwa die Verfassung als Grundordnung des Gemeinwesens anerkennen, ihre inhaltliche Regelungstiefe aber für beschränkt halten. Auch könnte zwischen dem mehr in den gesellschaftlichen Bereich einwirkenden, entsprechend eher dynamischen Grundrechts- und dem statischeren Staatsorganisationsteil der Verfassung unterschieden werden, so *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 274 ff.; vgl. zum Ganzen *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 8 (14 f.) und differenzierend *Bumke*, Konzepte der Verfassungsentwicklung, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, S. 39 (57 ff.). Smend selbst entwickelt seine Gedanken indes gerade auch im Hinblick auf das Organisationsrecht und lobt die Verfassungen des Kaiserreichs und Norddeutschen Bundes, die reine Organisationsstatute waren, für ihre flexible Integrationskraft, vgl. *dens*., Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (190, 200, 231). Die Fixierung seiner Ideen auf die Grundrechte leistet eher erst seine Schule, während dieselben ebd., S. 189 noch gerade umgekehrt als Beispiel für „ausdrücklich als starr und unelastisch" gemeinte Rechtssätze genannt werden – wobei etwas nebulös hinterhergeschoben ist, anders stehe es in „demokratisierten Staaten". Wiederum den Wandel gerade der Grundrechte analysiert von seinem antidemokratisch-illiberalen Standpunkt aus ausführlich *Huber*, AöR 62 (1933), S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lich, wenn man sich vergegenwärtigt, wie wenig Fokus etwa Smend auf konkret in der Verfassung Vorgefundenes legt, vielmehr um des Integrationserfolgs willen gerade auch ‚Eindeutiges' *normativ* öffnen will[171]. Dieser Befund bedeutet freilich nicht, dass die auf diese Weise herausgearbeiteten Unterschiede des Verfassungs- zum sonstigen Recht belanglos wären, zumal auch die Theorien mehr oder minder reflektiert an die Gesamtschau der je für sich nicht durchschlagenden strukturellen Unterschiede anknüpfen[172] und ein von jeglicher theoretischer Implikation unabhängiges Verfassungsverständnis ohnehin schwer vorstellbar ist.

Als Begründung der Wandlungsfähigkeit allein des Verfassungsrechts ist der Integrationsgedanke aber letztlich nicht tragfähig. Der Ausschluss sonstigen Rechts bleibt bei Smend thesenhaft. Nur an einer Stelle äußert er: Ein „formulierter, als Satzung niedergeschlagener Gehalt ist […] heteronom und starr und bringt ebensosehr die Spannung zwischen Einzelnem und Gemeinschaft zum Bewußtsein, wie die Einbezogenheit in das Ganze", was aber offenbar für die „elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung" nicht gelten soll.[173] In unserem Kontext gibt das ersichtlich nichts weiter her als eine petitio principii: Das einfache Recht wandele sich nicht, weil es starr sei. Bezogen auf die Integrationswirkung ist es aber ebenfalls verkürzt: Die Differenz des Einzelnen zur Gemeinschaft wird diesem stets gewahr, sobald die Gemeinschaft eine Maßnahme erlässt, eine Regierung wählt, eine Institution unterhält, sich einer Symbolik bedient oder allgemein eine Haltung an den Tag legt, mit welcher er sich nicht identifizieren kann – insofern besteht überhaupt kein Zusammenhang zur Rechtsform. Man kann auch dem Verfassungsrecht oder dem durch seine Flexibilität ermöglichten Zustand ablehnend gegenüberstehen. Auf der

171 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (189 f.); deutlich *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 157, für den etwas „formal-juristisch zwar manchmal zu den positiven Verfassungsnormen in klarem Widerspruch stehen, verfassungstheoretisch aber keineswegs rechtswidrig, d. h. verfassungswidrig sein [kann]"; vgl. auch *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 273 f. Die Grundordnungstheorie versucht, Dynamik innerhalb der Verfassungsnorm durch offene Interpretation herzustellen; die Rahmenordnungstheorie will Entwicklungsoffenheit demgegenüber durch Unvollständigkeit – *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (58), spricht vom „fragmentarische[n] Charakter" – der Verfassungsnormen erreichen. Beide Ansätze schließen sich freilich nicht aus, vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 11 f.

172 Vgl. *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (233).

173 Erstes Zitat ebd., S. 163 f.; die geringere Elastizität bringt er dort in Verbindung mit „der extensiven, rationalen, gesetzlichen Formulierung", dazu soeben a); das zweite Zitat auf S. 190.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anderen Seite ist bereits dem Recht als solchem ein integrierendes Moment inhärent.[174] Es zwingt zunächst durch seine Eigenrationalität die Bürger zur gegenseitigen Anerkennung als Personen, wie Hegel[175] lehrt, und verbindet die Rechtsunterworfenen zur Rechtsgemeinschaft, wie es bereits in § 22 der Einleitung des preußischen Allgemeinen Landrechts zum Ausdruck kommt, wenn es dort heißt: „Die Gesetze des Staats verbinden alle Mitglieder desselben, ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts“[176]. Vor allem aber drückt die Rechtsordnung das kollektive Selbstverständnis aus. Hier wiederholt sich das beschriebene wechselseitige Empfangen von Impulsen auf der allgemeineren Ebene des Rechts. Einerseits schlagen sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen in Rechtsetzung und -interpretation nieder. Die Bürger wachsen aber zugleich in einer bestimmten Rechtsordnung auf und internalisieren unwillkürlich deren Normen und Werte.[177] So entwickelt etwa eine Generation, die im Bewusstsein der grundsätzlich legalen, als selbstverständlich erlebten Möglichkeit einer Abtreibung aufwächst, gegenüber einer an die Strafbarkeit der Abtreibung gewöhnten Generation eine ganz andere, wesentlich unkritischere Haltung zu ihrer moralischen Zulässigkeit, nimmt sie als im Hintergrund bestehende Alternative zum Austragen des Kindes wahr, die man als Freiheit vielleicht nicht missen möchte – auch wenn man hofft, nie von ihr Gebrauch machen zu müssen.[178] Die *auch* auf eine solche Weise geprägte Auffassung von der guten Ordnung fließt dann wiede-

---

174 Das arbeitet Volkmann unter der Überschrift der Solidarität heraus. Ausführlich *ders*., Solidarität, S. 52 ff., insb. S. 68 – 71, ebd., S. 59: Recht als „Medium der sozialen Integration“; prägnant *ders*., Solidarität, in: FS Kirchhof, S. 37 (39 f.). Daraus auch die Hinweise auf Hegel, das ALR und Dworkin. Nun noch einmal grundlegend *ders*., Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee, in: Günther u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, S. 47 ff.

175 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 29, 34 ff., insb. § 36.

176 Das Verb „verbinden“ als Betonung der geschaffenen Gemeinschaft zu verstehen, wie es dem heutigen Sprachgebrauch entsprechen würde, dürfte zwar auf eine Fehlinterpretation hinauslaufen – der historische Sprachgebrauch legt vielmehr nahe, das Wort als Synonym zu „verpflichten“ zu lesen („die Gesetze sind *verbindlich*“). Das gemeinschaftliche, integrierende Moment der Rechtsordnung kommt dann aber trotzdem durch die Gleichheit der Pflicht („alle Mitglieder […], ohne Unterschied“) deutlich zum Ausdruck.

177 Diese – edukatorische – Funktion steht etwa in *Aristoteles*’ Rechtslehre noch gänzlich im Mittelpunkt (Nikomachische Ethik, II.1, 1103a13–b25).

178 Das gilt unabhängig davon, dass die Abtreibungsliberalisierung ursprünglich *gesellschaftlich* erkämpft wurde. Die rechtliche Anerkennung stabilisiert das so Erreichte, nicht zuletzt durch Gewöhnung, und hat so einen eigenen Anteil daran, dass die prinzipielle Zulässigkeit der Abtreibung mittlerweile kaum mehr in Frage steht. Dieselben Zusammenhänge gelten etwa auch im Bereich der rechtlichen Gleichstellung Homosexueller. Vgl. zu diesen Zusammenhängen auch *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 86, 90.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rum in Rechtsetzung und -interpretation hinein, sodass das Recht mit Dworkin beschrieben werden kann als „an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction“[179]. Eine Interpretation *auch des einfachen Rechts*, die das Potenzial hat, desintegrative Wirkung zu entfalten, findet entsprechend starke gesellschaftliche Beachtung – man denke etwa an die Kontroverse um die richtige Auslegung des Gewaltbegriffs bei der Nötigung[180]. Dieser Einbezug der gesamten Rechtsordnung in den Integrationsgedanken liegt eigentlich schon bei Smend nahe. Deutlich wird das etwa bei seinen Ausführungen zur integrativen Kraft der Verwaltung und Justiz.[181] Diese sind zwar auf die Persönlichkeit der jeweiligen Beamten und Richter zugeschnitten. Deren Tätigkeit ist jedoch – im Bereich der Verwaltung in zwischenzeitlich stark gestiegenem Ausmaß – vor allem durch das Gesetz bestimmt. Bezüglich der Integrationswirkung nur die persönliche Amtsführung und Ermessensausübung zu berücksichtigen, erscheint insofern nicht sachgerecht, zumal für den einzelnen Bürger die Übergänge zu gesetzesdeterminiertem Handeln kaum nachvollziehbar sein werden.

### bb) Negation der Besonderheiten

Soll man deshalb mit dem entgegengesetzten verfassungstheoretischen Programm Besonderheiten der Verfassungsauslegung per se negieren und die Verfassung auf dieselbe Weise auslegen wie jedes andere Gesetz?[182] Dann

---

179 *Dworkin*, Law's Empire, S. 413; vgl. etwa auch *Cover*, Harvard Law Review 97 (1983), S. 4 (12 ff.), in dessen dezidiert pluralistischer Rechtstheorie das staatlich durchgesetzte Recht das integrierende Moment darstellt.

180 Vgl. dazu nur *Sinn*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar StGB, § 240, Rn. 31 ff. Dass ein solcher Streit dann regelmäßig auch unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Kategorien ausgetragen wird, ändert nichts an seinem spezifisch einfachrechtlichen Charakter.

181 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (146 f.; vgl. auch 156 f.). Für *Merten*, VerwArch 1992, S. 283 (288) übersteigt die Integrationswirkung des Verwaltungs- gar diejenige des Verfassungsrechts, weil die Bürger mit jenem deutlich näher in Berührung kommen.

182 So klassisch *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS Schmitt, S. 35 (36), der dann ebd. zwar betont, „daß das Verfassungsgesetz juristische Elemente enthält, die es von allen anderen Gesetzen unterscheiden“ und sich gegen den „positivistische[n] Normativismus, der streng darauf beharrte, das Verfassungsgesetz wie jedes andere beliebige Gesetz zu interpretieren“ (37), positioniert, was für seine Methodenposition aber allenfalls von untergeordneter Bedeutung ist, vgl. zu ihm auch, ebenfalls klassisch, *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (56 ff.). Ferner etwa *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ XII, § 271, Rn. 6, 17 ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 328; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 204 ff.; *Hillgruber*, Verfassungsinterpreta-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gäbe es keine eigenständigen „Prinzipien der Verfassungsinterpretation". Dafür spricht in unserem Kontext zunächst, dass die Verfassung, wie jedes Recht, schon wesensmäßig die Wirklichkeit nicht nur abbilden, sondern auch gestalten möchte und soll.[183] Das Ergebnis ist dann aber doch zu weitgreifend, jedenfalls soweit die methodische Gleichförmigkeit mehr sein soll als ein auf einen kleineren Nenner abstrahiertes Postulat. Die Verfassung unterscheidet sich ja durchaus von anderem Recht, nur eben weniger qualitativ als quantitativ. Ihre Normen sind etwa häufiger offen gestaltet als an anderer Stelle der Rechtsordnung. Daraus ergeben sich gewisse Konsequenzen für ihre Anwendung. Diese vollzieht sich beispielsweise (nochmals) häufiger im Modus der Abwägung. Insofern ist die Verfassung nicht auszulegen wie *jedes andere Gesetz*. Aber schon die Prämisse, außerhalb des Verfassungsrechts werde eine einheitliche Methodik praktiziert, geht fehl.[184] Auch die übrigen Rechtsgebiete kennen interpretatorische Eigenheiten: Das Strafrecht wird eng und mit besonderem Fokus auf den Wortlaut ausgelegt. Gegenüber diesem und dem gesamten öffentlichen Recht besteht im Zivilrecht für den Umgang mit gesetzlichen Lücken insofern eine gänzlich andere gerichtliche Entscheidungssituation, als es dort nicht um vertikale Eingriffe oder Verteilungsfragen, sondern um die horizontale Zuordnung bereits bestehender (insbesondere Schadens-)Positionen geht. Die Begriffe zeigen es an: Die ablehnende Entscheidung, die bei ersterem mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes ein Gebot des Rechtsstaats sein kann, droht bei letzterem als Verstoß gegen das Rechtsverweigerungsverbot verstanden zu werden.[185] Ebenso unterschiedlich sind die Anforderungen an die Ermittlung eines Normgeberwillens bei Gesetzen des Kollegialorgans Parlament, bei Rechtsverordnungen, für deren Erlass möglicherweise nur eine Einzelperson verantwortlich ist, oder bei Völker- und Unionsrechtsakten, an denen eine Vielzahl heterogener Staaten mitgewirkt haben. Die Auslegung von Normen, mit denen (teilweise) höherrangige Vor-

---

tion, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 505 (522 f.). Vgl. auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 318: „die Interpretation von Rechtsprinzipien unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der Interpretation einfacher Normen".

183 Siehe nur *Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 7 (8 ff., insb. 15 m. w. N.).

184 Für eine „rechtsgebietsspezifische Methodologie" plädiert nachdrücklich etwa *Maus*, KritV 1991, S. 107 ff.

185 Dazu ebd., S. 110. Siehe zum Rechtsverweigerungsverbot nur *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 90 f. Insofern wird man allerdings auch *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 21 zustimmen können: „Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete, z. B. des Strafrechts, lassen sich auf materiell-rechtlicher Ebene lösen und erfordern keine Anpassung der Auslegungsmethoden" (m. w. N.). Allgemein kritisch zum argumentativen Rückgriff auf (vermeintliche) Gesetzeslücken *Burkiczak*, Rechtstheorie 2021, S. 23 (28, Fn. 35) m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gaben, insbesondere des Unionsrechts, umgesetzt werden sollen, unterscheidet sich deutlich von der Interpretation völlig autonom gesetzten Rechts – etc.

Die vermeintliche Besonderheit der Verfassungsinterpretation ist somit keine Besonderheit. Jedenfalls sind interpretatorische Unterschiede die Regel – aber eben nicht aus Prinzip, sondern als Konsequenz des gegebenen Normenbestands.[186] Damit haben die „Prinzipien der Verfassungsinterpretation", zu denen Konrad Hesse neben der soeben besprochenen integrierenden Wirkung die Einheit der Verfassung, die praktische Konkordanz, die funktionelle Richtigkeit und die normative Kraft der Verfassung zählt, ihr praktisches Hauptanwendungsfeld dem Entwurf entsprechend im Verfassungsrecht.[187] Sie lassen sich allerdings auch als allgemeine Methodenregeln lesen. Das heißt im Einzelnen: Die als solche schon länger kritisch gesehene Einheit der Verfassung kann sinnvollerweise nur als Ausprägung der systematischen Auslegungsmethode begriffen werden.[188] Die praktische Konkordanz verweist auf ein allgemeines Konkurrenzproblem und ist bei jeder richtig verstandenen Abwägung als Zielvorstellung vor einer vereinseitigenden Entscheidung anzustreben.[189] Der Maßstab funktioneller Richtigkeit, also das Gebot, die Kompetenzen der übrigen Staatsorgane als Grenze der richterlichen Tätigkeit zu achten, gilt ohne Weiteres für jedes judikative und auch sonstige Staatshandeln.[190] Die normative Kraft der Verfassung schließlich hat als Interpreta-

---

186 Ein grober Überblick über die besonderen Methodenprobleme einzelner Rechtsgebiete bei *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 425 – 484.

187 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 27 ff. Siehe grundlegend sowie insbesondere zur funktionellen Richtigkeit und Einheit der Verfassung auch *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73 ff., 77 ff.).

188 So auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 456 f., für den alle diese Prinzipien auf allgemeine Methodenüberlegungen zurückgehen. Nach *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 205, sind sie alle Ausprägungen der systematischen Auslegung oder jedenfalls der teleologischen. Letzteres ist aufgrund der Weite derselben, die sämtliche Unterschiede unter ihrem Dach vereinigen und so nivellieren kann, freilich wenig hilfreich. Schärfer konturiert *Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ XII, § 271, Rn. 20, wenn er die Prinzipien als Ausprägungen nur der systematischen Auslegung versteht und dann etwa bestimmte Folgerungen aus der „Einheit der Verfassung" kritisieren kann, weil sie aus systematischer Erarbeitung nicht begründbar sind. Hier ist insbesondere an das Überspielen austarierter Gewährleistungen zu denken, kritisch: *Maus*, KritV 1991, S. 107 (116); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 165 und zum Ganzen grundlegend *Müller*, Die Einheit der Verfassung.

189 *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 457. Sie wird als Kollisionsregel wiederum wesentlich erst durch die extensive Interpretation der Verfassung selbst erforderlich, vgl. *Maus*, KritV 1991, S. 107 (109).

190 Kritisch zum suggerierten Selbststand desselben daher *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 174 ff.; ähnlich *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, passim, etwa S. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionsprinzip schon für Hesse neben den anderen genannten wenig eigenständige Bedeutung, gilt als wirkungserhaltende Auslegung, Ziel optimaler Geltungskraft oder „effet utile“ in variierenden Spielarten letztlich für alle Normen und lässt sich bis ins römische Recht zurückverfolgen.[191]

cc) Umgekehrt besondere Stabilität der Verfassungsinterpretation?

Pawlowski leitet aus dem vorgefundenen Normenbestand gar Gründe für eine besondere Stabilität der Verfassungsauslegung gegenüber derjenigen des einfachen Rechts her. Diese liegen in der noch vergleichsweise überschaubaren Anzahl und Intensität der *Verfassungs*änderungen und der daraus resultierenden relativen Homogenität des Verfassungsrechts. Das wiederum ermöglicht eine interpretativ stärkere Fokussierung auf den Willen des Verfassunggebers, der nicht durch kleinteilige Reformen in unterschiedliche Intentionen zerfasert und in sich immer weniger konsistent und greifbar ist, wie es im einfachen Recht zu beobachten ist. In einer solchen Situation ‚sagt‘ der Gesetzgeber immer weniger, weil er nicht mit ‚einer‘ Stimme spricht. Entsprechend nahe liegt dort die ersatzweise (Konstruktion einer einheitlichen) Wertung durch die (Wertungs-)Jurisprudenz, in deren Folge ursprüngliche Intentionen untergehen (sollen).[192]

Unabhängig von der Anzahl der Änderungen gelingt eine belastbare Rekonstruktion des Normgeberwillens umso besser, je aussagekräftiger die zur Verfügung stehenden Materialien sind. Die Frage nach der Möglichkeit historischer Auslegung lässt sich insofern „nur kontextspezifisch beantworten“ und „kann für den gut dokumentierten Verfassungsgebungsprozess möglicherweise anders ausfallen als für das einfache Gesetzgebungsverfahren“.[193] Selbst wenn das historische Auslegungselement schon kraft seiner praktischen Ergiebigkeit im Verfassungsrecht besondere Bedeutung erlangt, wäre dies in-

---

191 Differenzierend *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 164 f.; siehe ferner *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 656 f.; der Bezug zum römischen Recht bei *Potacs*, Rechtstheorie, S. 193 ff.

192 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 1981, S. 60, vgl. auch S. 57 – 82. Seit 1981 ist das Grundgesetz zwar einigen tiefgreifenden Änderungen unterworfen worden, es bleibt auch in seinen Veränderungen dennoch überschaubarer als das einfache Recht mit den seinigen. Insofern trifft die These weiterhin zu – freilich ohne sich in der Anwendungspraxis niederzuschlagen. Auch *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 16 ff. misst der historischen Auslegung im Bereich des Verfassungsrechts gesteigerte Bedeutung zu, begründet dies indes mit der mangelnden Klarheit der Verfassungsbegriffe, deren Sinn – anders als bei weiten Teilen des einfachen Rechts – aus sich selbst heraus und ohne Rückgriff auf die Motive des Gesetzgebers nicht ermittelt werden könne.

193 *v. Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 2015, S. 135 (162, vgl. auch 162 ff.); näher zu den konkreten Möglichkeiten historischer Auslegung unten B.III.2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des jedenfalls keine Frage des methodischen Prinzips, sondern des statistischen Einzelfalls, sodass sich diese Regelhaftigkeit ohne Weiteres von Gesetz zu Gesetz auch umkehren kann.[194]

### dd) Verfassungssätze als Orientierungsgesichtspunkte

Am ehesten könnte noch die spezifische Wirkungsweise der Verfassung ein auch für die These des exklusiven Verfassungswandels belastbarer Unterschied zu sonstigem Recht sein. Und zwar dann, wenn man die positiven Verfassungssätze auf im weiteren Sinne Smend'schem Nährboden und inspiriert von diskurstheoretischen Überlegungen[195] als Orientierungspunkte in der Debatte um konkrete verfassungsbedeutsame Fragen versteht.[196] Sie würden dann keine klassischen Bestimmungssätze enthalten, der Suche nach vernünftig begründbaren Lösungen vielmehr Richtpunkte und Impulse im Sinne von zwar materiell konkretisierungsbedürftigen Ideen, die der Diskurs aber nicht einfach übergehen und hinter welche er nicht zurückfallen darf, vorgeben.[197] Der eigentliche Inhalt der Verfassung setzt sich so – zeitgebunden und entwicklungsoffen –

> „aus und in den Kommunikationen über Verfassung zusammen, die so zugleich den Kern ihrer Anwendung bilden […]. Das Resultat ist ein in mehrfacher Hinsicht offenes, flexibles Verfahren, das sich von der Rechtsanwendung in stärker dogmati-

194 Vgl. *v. Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 2015, S. 135 (152).

195 Vgl. hier nur *Habermas*, Faktizität und Geltung; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation; ebenso relevant wie der engere juristische Diskurs ist hier, wie die Verfassung auch außerhalb desselben auf die gesellschaftliche Meinungsbildung Einfluss nimmt und sich beide Sphären so verzahnen, vgl. *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (76) und ausführlich unten C.

196 *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (passim, insb. 72 ff., 76). Vgl. auch *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 155 ff. Bei *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 (195) ist die geschriebene Verfassung „Anregung" des Verfassungslebens.

197 Vgl. auch *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (54) zur Leitbildfunktion der Verfassung am Beispiel des Sozialstaatsprinzips: „Auch wenn die Konturen dieser sozialen Gestaltung äußerst unklar sind, so wird der Blick doch in eine ganz bestimmte Richtung gelenkt." Diese Richtung entstammt letztlich einem Minimalkonsens über die Bedeutung der Verfassungsbegriffe. Hier ist eine Parallele zu Alexys Prinzipientheorie zu erkennen (vgl. etwa *ders*., Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.). Ein Impuls ist jedoch flexibler als ein Optimierungsgebot und lässt der Argumentation mehr bzw. überhaupt erst rechtlich nicht determinierten Spielraum – was im Hinblick auf die Methodenehrlichkeit von Vorteil sein kann, vgl. unten C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sierten Gebieten oder überhaupt der Rechtsanwendung im üblichen Sinne entfernt."[198]

Daran ist sicher vieles richtig, insbesondere auch als Beschreibung der tatsächlichen Verhältnisse.[199] Aber in einem ersten Schritt ist schon die prämissenhafte implizite Zuordnung von Bestimmungs- oder Konditionalsätzen zum einfachen Recht und die korrespondierende Beschreibung der Verfassungsals Zielnormen[200] angesichts der zunehmenden einfachrechtlichen Verwendung von Finalprogrammen sowie der seit jeher bekannten dogmatischen Konstruktion von strukturierenden und auslegungsleitenden Prinzipien der jeweiligen Rechtsbereiche – etwa der Verschuldenshaftung im Schadensersatzrecht oder der Prozessmaximen im Verfahrensrecht – brüchig[201]. Zugleich ist die Prämisse der weniger starken Dogmatisierung für weite Bereiche des Verfassungsrechts hinfällig oder es ist jedenfalls ein Angleichungsprozess erkennbar, was von diesem Standpunkt aus als „Überdogmatisierung" wahrge-

198 *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 131. Die inhaltliche Anreicherung wird dann veränderungsoffen aus den „dirigierenden Hintergrundvorstellungen", den „Leitbildern" angeleitet, vgl. auch *dens*., VVDStRL 67 (2008), S. 57 (passim, die Begriffe etwa auf S. 82) und *dens*., AöR 134 (2009), S. 157 ff.

199 Der Zugang versteht sich als ein in mehrfachem Sinne mit der Wirklichkeit vermittelter. Die tatsächliche Anwendungspraxis wird verarbeitet und damit inhaltlich primär das Interpretationsverständnis der Verfassung als materialer Grundordnung der realen Gesellschaft weiter ausbuchstabiert. In gewissem Sinne schafft sich die Theorie ihre Voraussetzungen indes auch selbst, verstärkt sie jedenfalls, soweit sie bedenklichen Tendenzen wenig entgegensetzen kann: Der Ort, an dem die Verfassungsnormen und insbesondere die Grundrechte in Praxis vor allem ihre Wirkung entfalten, ist die umfassend verstandene Verhältnismäßigkeitsprüfung, in welcher auch vergleichsweise klare Linien der verfassungsrechtlichen Vorgaben noch verflüssigt werden. Der zwingende Charakter der Verfassung läuft hier Gefahr, als ‚bloßer' Orientierungspunkt insbesondere dann zu leicht überspielbar zu sein, wenn die politische Situation sich in Sachzwängen sieht, wenn die strikte Einhaltung der Verfassung also gleichsam ‚wehtun' würde. Das spiegelt sich auch in den verwendeten Begriffen: Die Rede von den „Impulsen" war ja ursprünglich – etwa im Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (204 f.) – als wirkungsverstärkende, in ihrem konkreten Bindungsanspruch zurückgenommene, Ergänzung der Verfassungsnormativität gemeint und verstanden worden. Soweit sich diese Ergänzungsfunktion nun zum Standardfall der Verfassungsanwendung aufgeschwungen hat, kann man dies eben als Ausdruck einer im Einzelfall reduzierten Normbindung begreifen, zumal im Lüth-Urteil als Impulsquelle noch ein *statischer* Wertekanon fungiert, den „das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat", ebd., S. 206.

200 So aber etwa auch *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (57); *ders*., Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, ebd., S. 11 (17); *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, S. 57 ff.

201 Zu diesen grundlegend *Esser*, Grundsatz und Norm. Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip unten III.7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nommen werden muss, „die sich wie Mehltau über die gesamte Verfassungsanwendung legt, und […] Folgen hat, unter denen der Sinn für Wesen und Eigenart einer Verfassung zunehmend verloren zu gehen droht", gerade weil darin, „die Grenze zum einfachen Recht, das an sich für dieses Kleingedruckte zuständig sein soll", verschwimme.[202] Entgegensetzen lässt sich einer solchen Entwicklung freilich wenig, wenn man den Inhalt der Verfassung nicht nur in realistischer, sondern auch normativer Hinsicht als „Resultat der über sie geführten Kommunikationen"[203] versteht.

### *c) Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*

Damit ist dann aber auch der für die These dieses Abschnitts, der Wandel sei ein allgemeines rechtliches Phänomen, in vielerlei Hinsicht entscheidende Aspekt angesprochen, welcher sie – nachdem bis hierher im Wesentlichen eine Relativierung möglicher Einwände versucht wurde – noch einmal positiv begründet. Das Verhältnis der Verfassung zu sonstigem Recht ist mittlerweile von einer innerlichen Verwobenheit geprägt, die eine kategoriale Trennung der Rechtsschichten vielfach künstlich erscheinen ließe und als „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung"[204] auf den Begriff gebracht ist. Gemeint ist damit die „Ausstrahlungswirkung" der Verfassung in die gesamte Rechtsordnung[205], in deren Folge Rechtsanwendung potenziell immer auch Verfassungsanwendung[206] und damit „immer mehr Recht zugleich Verfassungsrecht und einfaches Recht"[207] ist. Je nach Blickwinkel wird das einfache Recht

---

202 Die Zitate bei *Volkmann*, JZ 2020, S. 965 (966 und 974).

203 *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 141.

204 *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung; *Bryde*, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR I, § 17, Rn. 45 ff. Umfangreiche Nachweise bei *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119 (121 ff.). Zu „Wechselwirkungen" und „Verschränkungen" des Verfassungswandels mit einfachrechtlicher Rechtsfortbildung und internationalem Recht auch *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 6 f.

205 Wirkmächtig formuliert im Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (205 f., Begriff „Ausstrahlungswirkung" auf S. 207).

206 *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (66): Es „gibt – wie beim zivil- und strafrechtlichen Ehrenschutz – mittlerweile sogar Bereiche, in denen sich die gängige Zuordnung von Verfassungsrecht und einfachem Recht geradezu umkehrt, das einfache Recht nur einen inhaltlich offenen, generalklauselartigen Rahmen für die Fallösung bildet, während die eigentliche Rechtsanwendung nahezu ausschließlich Verfassungsanwendung ist".

207 *Volkmann*, Die Rolle von Verfassungsrecht, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, S. 27 (31) und *ders*., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dann entweder verfassungsrechtlich ‚kontaminiert', ‚kolonisiert', ‚gleichgeschaltet' etc.[208] oder der Spieß wird umgedreht und das einfache Recht als „konkretisiertes Verfassungsrecht" mit der Dignität der Verfassung ausgestattet – es wirkt dann seinerseits „invers zur Hierarchie auf das Verfassungsrecht zurück"[209].

Die Ursachen dieser Konstitutionalisierung sind zu vielfältig, als dass ihnen an dieser Stelle eine vertiefte Auseinandersetzung zuteilwerden könnte; und das Phänomen selbst ist im Schrifttum bereits ausführlich genug behandelt worden, um sich hier im Wesentlichen auf seine Auswirkungen beschränken zu können.[210] Die Konstitutionalisierung stützt die These des übergreifend zu verstehenden Wandels, weil in ihrer Folge vieles, was die Verfassung betrifft, auf sonstiges Recht übertragbar wird und sich konkreter Verfassungswandel reflexhaft auch auf solches auswirkt[211]. Unmittelbar einleuchtend ist dies bezüglich der Impulse, die das einfache Recht durch „verfassungsorientierte Auslegung"[212] infolge der „interpretationsleitenden"[213] „Ausstrahlungswir-

---

richtsbarkeit, in: Jesteadt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung III, S. 123 (127 ff.), jeweils in Anlehnung an *Bryde*, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR I, § 17, Rn. 53. Vgl. ferner etwa *Wahl*, Der Staat 20 (1981), S. 485 (502 ff.).

208 Die „Kontamination" bei *Fischer*, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 190; die „Kolonisierung" bei *Oeter*, AöR 119 (1994), S. 529 (532); die „Gleichschaltung" bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 58; zum Ganzen *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119 (122).

209 *Wollenschläger*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 75 (2016), S. 187 (210), der darin allerdings terminologisch eine „Umkehr der Perspektive" des konkretisierten Verfassungsrechts sieht.

210 Eine Ursache bildet jedenfalls die institutionelle Dominanz des BVerfG; vgl. *Jarass*, Die Konstitutionalisierung des Rechts, insb. durch die Grundrechte, in: Scholz u. a. (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, S. 75 (77): „Einen Rechtsstreit, der von den Zivilgerichten bzw. den Verwaltungsgerichten als zivilrechtlicher oder als verwaltungsrechtlicher Konflikt gesehen wird, betrachtet ein aktives Verfassungsgericht als einen Rechtsstreit, der durch Probleme des Verfassungsrechts geprägt wird"; ebenso *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 19 f. In derselben Richtung rechtsvergleichend informiert: *Heun*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 80 (109 ff.).

211 Das Bild des Reflexes dient nur der normhierarchischen Veranschaulichung; tatsächlich vollziehen sich diese Wandlungsprozesse auch gleichzeitig auf Ebene der unterschiedlichen Rechtsdiskurse.

212 Dazu ausführlich und m. w. N. *Wendt*, Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung, in: FS Würtenberger, S. 123 ff.

213 Vgl. BVerfGE 99, 185 (196) in Bezug auf die Grundrechte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kung“ der – gewandelten – Verfassung empfängt. Recht, das seinem Inhalt nach als Konkretisierung der Verfassung verstanden wird, nimmt in einer politischen Ordnung, die ihre Verfassung patriotisch verehrt[214], aber auch an deren Rigidität teil, weil sich eine offene Änderung als Bruch mit der eigenen kollektiven Identität darstellen würde – oder jedenfalls unter dem Damoklesschwert verfassungsgerichtlicher Kassation stünde.[215] Wo diesem Recht Antworten auf neu auftretende Herausforderungen abverlangt werden, ist es der Weg der Uminterpretation, der wie beim Verfassungsrecht gangbar bleibt. Das betrifft – so legt es zumindest die entsprechende Rhetorik nahe – weite Teile des Rechts: Die Rede vom „konkretisierten Verfassungsrecht“ bezog sich historisch zuerst auf das Verwaltungsrecht und erfreut sich inzwischen großer Beliebtheit als Umschreibung einzelner Rechtsgebiete, vom Straf- oder Verfassungsprozessrecht über materielles Recht aus allen Bereichen bis hin zum Zwangsvollstreckungsrecht.[216]

Die Verflechtung der Rechtsebenen bleibt dabei nicht auf Normen des nationalen Rechts beschränkt. Das einfache Recht und die Verfassung sind ihrerseits in einen Kosmos internationalen Rechts eingefügt, von dem sie Impulse empfangen und inhaltlich weiter bestimmt werden.[217] Auf den ersten Blick

---

214 Zum Verfassungspatriotismus noch unten C.

215 Vgl. *Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 4; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 (128).

216 Zum Verwaltungsrecht und begriffsprägend: *Werner*, DVBl. 1959, S. 527 ff. Zur – regelmäßig auch als „angewandtes“ Verfassungsrecht (BVerfGE 32, 373 [383]) bezeichneten – StPO etwa: *Jahn*, ZIS 2009, S. 511; vgl. zu den „Ableitungszusammenhängen“ der Institute des Strafverfahrensrechts aus der Verfassung in der Judikatur des BVerfG *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), S. 387 (408 ff.). Zum Verfassungsprozessrecht: *Häberle*, Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 631 ff. Zum materiellen Strafrecht: *Calliess*, NJW 1989, S. 1338 (1338, 1342 f.). Aus dem Zivilrecht etwa: *Beater*, Zivilrechtlicher Schutz vor der Presse als konkretisiertes Verfassungsrecht, S. 89 ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 619 (Ehe- und Familienrecht); *v. Mutius*, ZMR 2003, S. 621 ff. (Mietrecht). Zum Vollstreckungsrecht: *Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingri ff. Weitere Nachweise bei *Barczak*, in: ders. (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar BVerfGG, Einl., Rn. 92a, Fn. 395. Kritisch zur mit dem Begriff verbundenen Vorstellung: *Lerche*, Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 86 (88 f.); vgl. auch die entgegengesetzte Deutung bei *Michael*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 75 (2016), S. 132 ff.: „Die Verfassung hat auf das Allgemeine Verwaltungsrecht nie eine Ausstrahlungswirkung gehabt, die so nennenswert wäre, dass sie sich noch reduzieren ließe“ (Zitat, S. 133).

217 Vgl. nur *Wollenschläger*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 75 (2016), S. 187 (213 ff.) m. w. N. Wenn *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheint diese dichte, auch wechselseitige Vernetzung den einzelnen Normen Halt zu verleihen, können sie sich doch innerhalb des Systems nicht unabhängig bewegen. Gerade diese Interdependenz hält die Rechtsordnung indes stetig in Bewegung, wenn und weil insbesondere auch die ‚unteren' Normen auf die Anwendungsdynamik der ‚oberen' interpretativ reagieren müssen. Die Konstitutionalisierung begründet damit eine „zunehmende Eigenständigkeit der Fachgerichte" als den zentralen Akteuren des einfachen Rechtswandels:

> „Deren Stellung wird nicht mehr allein durch die Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 3 GG bestimmt. Vielmehr eröffnet die Verfassung über ihre Funktion als Leitlinie und Legitimationsgrundlage den Gerichten einen Gestaltungsspielraum beim Umgang mit dem einfachen Recht."[218]

Das Phänomen der Konstitutionalisierung bedingt den allgemeinen Rechtswandel freilich nicht allein und jedenfalls nicht derart, dass der Wandel des einfachen Rechts ein bloßes Derivat des Verfassungswandels wäre, das diesen auf der nächsten Ebene nur nachzeichnet. Die Argumentationsmuster auf den verschiedenen Ebenen sind vielmehr regelmäßig gleichursprünglich, wie im Abschnitt III. deutlich werden wird. Die Konstitutionalisierung zeigt die sich daraus ergebende Unzulänglichkeit einer analytischen Trennung an.

Zugleich deutet der Begriff der Konstitutionalisierung dann aber doch noch einen bemerkenswerten Unterschied zwischen dem Verfassungs- und sonstigem Recht an, auch wenn er ein Feld betrifft, das erst in einem zweiten, theoretisch informierten Zugriff von spezifisch juristischem Interesse ist: Über ersteres wird innerhalb des gesellschaftlichen und politischen Diskurses ganz anders gesprochen als über letzteres. Die Verfassung muss für alles herhalten und genießt in der öffentlichen Wahrnehmung das höchste Ansehen, wird nahezu sakralisiert. Man könnte angesichts dieser Ubiquität ohne Übertreibung von einer Konstitutionalisierung des allgemeinen praktischen Diskurses sprechen, welche die Verfassung dann auch von der gesellschaftlichen Sphäre her einem erhöhten Wandlungsdruck aussetzen könnte. Allerdings ist es auch dem

---

ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (57) diese Einfügung in einen rechtlichen Kosmos als Spezifikum des einfachen Rechts galt, so greift das mehr denn je zu kurz. Augenscheinlich wird die Einordnung auch der Verfassung in das Völkerrecht besonders im Bereich der Grundrechte – man denke etwa an den Einfluss der Rechtsprechung des EGMR –, aber auch darüber hinaus enthält etwa das Unionsrecht Vorgaben, an denen sich die nationale Verfassungsordnung zu orientieren hat, vgl. etwa Art. 2 i. V. m. 7 EUV. Schließlich sei an den subtilen Einfluss der Rechts- und Verfassungsvergleichung gedacht.

218 *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 73; in dieselbe Richtung *Jestaedt*, DVBl. 2001, S. 1309 (1310, Fn. 9); vgl. auch *dens*., Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 162 f.; *Volkmann*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung III, S. 123 (133 f.). Zur mit Blick auf das Unionsrecht nochmals gesteigerten Eigenständigkeit der Fachgerichte noch unten II.3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sonstigen Recht nicht fremd, als Stütze subjektiver Positionen argumentativ vereinnahmt zu werden. Die Rolle des Rechts in Diskursen und deren Rückwirkung ins Rechtliche sind daher noch ausführlicher unter C. zu besprechen.

### *d) Zwischenbilanz*

Den vorstehenden Bemerkungen geht es um die Einführung und Beschreibung des Rechtswandels als übergreifende Kategorie. Damit ist weder über seine Legitimität noch denknotwendig über die Möglichkeit einer *diesbezüglichen* Differenzierung zwischen den Rechtsebenen befunden[219]. Die exklusive Stellung des Verfassungswandels erklärt sich aus der historischen Entwicklung des Konzepts, welches seiner Formulierung entsprechend nur durch die Verfassungslehre rezipiert wurde. Unter den aktuellen Bedingungen liegt eine Trennung nicht mehr nahe. Bernd Rüthers' nach wie vor eindrückliche Studie zur „unbegrenzten Auslegung" im Nationalsozialismus zeigt materialreich auf, wie sich ein umfassender Rechtswandel im Bereich des Privatrechts vollziehen kann.[220] Dass Wandel bis hinunter auf die Ebene kommunaler Satzungen stattfindet, offenbart das Ringen um die drittschützende Wirkung ursprünglich allein objektiv verpflichtender baurechtlicher Bestimmungen.[221] Dass er bis hinauf ins Völkerrecht stattfindet, zeigt das Verständnis der Europäischen Menschenrechtskonvention als „living instrument" an.[222] Weitere Beispiele eines solchen, auch *außer*verfassungsrechtlichen Rechtswandels werden insbesondere unter III. näher besprochen. Nun wird zunächst beleuchtet, was sich das bisherige Schrifttum unter dem Begriff des Rechtswandels vorgestellt hat und ob sich daraus für das Konzept, wie es hier verstanden wird, etwas lernen lässt.

---

219 Letztlich sprechen indes auch in dieser Hinsicht die besseren Gründe für eine Gleichbehandlung, dazu D.II.6.b).

220 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung. Es ist Rüthers' wissenschaftliches Projekt, aufzuzeigen, wie anfällig unser Recht im Allgemeinen für die Umdeutung gerade auch infolge von politischen Systemwechseln ist, s. etwa *ders*., Rechtstheorie 2009, S. 253 ff. m. w. N.

221 Vgl. dazu BVerwGE 162, 363 (369).

222 Dazu EGMR, NJW 1979, S. 1089 (1090); NVwZ 2012, S. 1603 (1605 f.). Die EMRK ist strukturell natürlich wieder besonders gut vergleichbar mit dem Verfassungsrecht. Vgl. zum „Bedeutungswandel" im internationalen Recht auch *Potacs*, Rechtstheorie, S. 74 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

### 3. „Rechtswandel“ im bisherigen Schrifttum[223]

Der Begriff des „Rechtswandels“ findet sich bereits bei Eugen Ehrlich in dessen „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ von 1913[224] – dies freilich in einem unspezifischen Sinne, der die freirechtliche Vorstellung eines „gesellschaftlichen Rechts“ pointiert, welches sich im Ergebnis stets gegenüber dem „nur zu oft im Rückstande“ bleibenden staatlichen Recht durchsetze[225]. Inhaltlich sind insofern durchaus Parallelen zum hier vertretenen Verständnis des Wandels erkennbar. Die, hier zentrale, konzeptionelle Beschränkung auf unveränderte Normtexte indes hat ihren Hintergrund in der sich äußerlich immer noch positivistisch gebenden Rechtspraxis, die ihre Legitimation wesentlich auf die Bindung an heteronom gesetzte Normen stützt, und ist für Ehrlich, der diese Legitimationsmuster gerade durchbrechen will, entsprechend von untergeordnetem Interesse. Er behandelt zwar „die Anwendung eines juristischen Begriffs des formulierten Rechtssatzes, ohne ihn zu ändern, auf Erscheinungen, die darin gar nicht oder wenigstens nicht nachweisbar vorgestellt waren“ und verweist ausdrücklich darauf, dass hauptsächlich Jellinek dies im Staatsrecht als „Verfassungswandlung“ bezeichnet habe, im Mittelpunkt steht aber allgemein der Einfluss des dynamischen gesellschaftlichen Rechts auf die Rechtsordnung, gleich auf welchem methodischen Wege.[226]

Methodisch versierter behandelt Larenz die Thematik 1959 als „‚Bedeutungswandel‘ der Rechtsnormen“.[227] Er will aus der Kategorie des Wandels den Fall ausschließen, „daß eine bisher geübte Auslegung auf Grund nunmeh-

---

223 Besprochen werden diejenigen Autoren, die sich mit dem Phänomen bzw. Begriff des Rechtswandels einigermaßen fundiert auseinandergesetzt haben, sodass der Blick auf ihre Überlegungen einen Erkenntnisgewinn erhoffen lässt. Unberücksichtigt bleiben die vereinzelten methodisch unreflektierten Verwendungen des Begriffs zur Kennzeichnung wie auch immer gearteter Entwicklungsprozesse.

224 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 336 ff. Vgl. dazu im Kontext des Verfassungswandels auch *Fiedler*, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, S. 30 ff.

225 Vgl. dazu nur *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 339, dort auch das Zitat. Das „gesellschaftliche Recht“ wäre von einem positivistischeren Standpunkt aus als durch gesellschaftliche Veränderung ausgelöstes rechtspolitisches Bedürfnis oder schlicht Moral zu bezeichnen.

226 Das Zitat ebd., S. 340; auch Jellineks Begriff der Verfassungswandlung ist noch etwas weiter als der heutige, wie oben 1.a) gezeigt worden ist. Die Gewichtung der Erkenntnisinteressen bei Ehrlich wird auf S. 333 greifbar: „Der große Irrtum der Juristen, selbst der aus der historischen Schule, besteht darin, daß sie immer nach der Entwicklung der Rechtssätze fragen. Sie mögen sich nur daran gewöhnen, die Entwicklung der Rechtsverhältnisse und der Rechtseinrichtungen zu sehen, und dann werden sie auch bemerken, wie sich die Rechtssätze, auch ohne daß sich ein Beistrich daran geändert hätte, mit ihnen entwickelt haben.“

227 *Larenz*, DRiZ 1959, S. 306 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

riger besserer Erkenntnis als ‚unrichtig', eine andere als die (von Anfang an) ‚richtige' erkannt wird", der Wandel beschränke sich dagegen auf „den Fall, daß eine Auslegung, deren Richtigkeit für die Vergangenheit unbestritten ist, jetzt deshalb einer anderen weichen soll, weil das Gesetz infolge bestimmter Umstände eine andere Bedeutung erlangt habe als bisher".[228] Das ist im Ansatz treffend, denn der Wandel ist von einer – wie auch immer zu bestimmenden – ‚normalen' Diskussion um die kunstgerechte Handhabung des Rechts abzugrenzen. So ist beispielsweise eine Rechtsprechungsänderung dann nicht automatisch Ausdruck eines Rechtswandels, wenn sich das Gericht nunmehr der oppositionellen herrschenden Literaturauffassung anschließt. Die Unterscheidung greift aber insofern zu kurz, als sie auf den Argumentationsmodus und damit auf die Selbstbeschreibung des jeweiligen Akteurs rekurriert. Solch *explizit* betriebene Dynamik bildet einen Unterfall des Rechtswandels. Das Offenlegen des gewollten Neugestaltens kann das Argument indes schwächen; leichter fällt die Begründung regelmäßig, wenn die eigene Ansicht als Resultat einer schlichten Norminterpretation dargestellt werden kann, also allenfalls *implizit* wandelnde Tendenz aufweist.[229] Diesen letzteren Weg beschreitet das Bundesverfassungsgericht in aller Regel, anschaulich etwa zur Legitimation von proaktiven Auslandseinsätzen der Bundeswehr aus Art. 24 Abs. 2 und 87a Abs. 2 GG, deren Verteidigungsbegriff ursprünglich als Reaktion auf einen Angriff konzipiert war.[230] Für eine Theorie des Rechtswandels kann nur das Ergebnis des veränderten Norminhalts zählen. Gerade auch subtilere, schrittweise Wandlungsprozesse über einen längeren Zeitraum sind hier von Interesse. Unter dieser gewissen Plakativität des Zugriffs leidet die – für den Rechtswandel ohnehin stets problematische – Trennschärfe von Larenz' Beispielen: Insbesondere soweit er den Wandel des Sprachgebrauchs oder der Rechtsordnung insgesamt als Ursache der von ihm angeführten Beispiele – bezeichnenderweise ausschließlich punktuelle Urteile – heranzieht, verschwimmt zuweilen die Grenze zu einer ‚normalen' objektiven Auslegung.

---

228 *Larenz*, DRiZ 1959, S. 306 (307); ebenso *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (248, Fn. 14) und *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 585; zu beiden sogleich im Text.

229 Insofern ist die Situation bei Rechtsfortbildungen gleichgelagert, weshalb deren Selbstverleugnung bereits als Erfolgsstrategie erkannt worden ist: *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht; *Volkmann*, Gelingensvoraussetzungen von Rechtsfortbildung, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, S. 63 (77 ff.).

230 Siehe BVerfGE 90, 286 (344 ff.); ausführlich dazu *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung. Für *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (1 f., Fn. 5) stellt die Entscheidung „offensichtlich eher eine reformierende Reaktion angesichts veränderter Umstände als eine den Normgehalt aus besserer Einsicht neu rekonstruierende Interpretation" dar; Einordnung als Verfassungswandel auch bei *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, §§ 8, 61 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Man merke als, notwendigerweise schwammige, Daumenregel: Je weiter die konkrete Interpretationsfrage in die normative Peripherie einer Vorschrift fällt und Details betrifft, die die grundsätzliche ‚Richtung' der Norm allenfalls schwach berühren, desto weniger taugt sie als Paradebeispiel des Rechtswandels.

Weiter würde hier etwa die Betrachtung des Wandels der tatsächlichen Umstände führen. Als solchen will Larenz diesen aber nicht als Grund eines (legitimen) Rechtswandels gelten lassen. Robert Weimar hingegen konzentriert sich 1982 in seinem Beitrag „Der Bedeutungswandel des Gesetzes", der auch an Larenz' Ausführungen anknüpft, auf eben jenen „Wandel der Lebensverhältnisse"[231], betont die Eigenständigkeit des – hier so genannten – Rechtswandels gegenüber der Auslegung[232] und zeigt sich verwundert, dass dieser trotz zahlreicher Veröffentlichungen zu einzelnen Erscheinungsformen desselben als solcher nicht ausgearbeitet ist[233]. Weimars Erläuterung, von Rechtswandel könne man erst sprechen, „wenn es sich um Rechtsnormen handelt, deren Inhalt der (historische) Gesetzgeber nicht flexibel, sondern in einer bestimmten Richtung für ‚dauernd' festlegt und deren ‚Anpassungsspielraum' er dem Wandel der Verhältnisse damit gerade zu entziehen" sucht, erinnert an die Eingrenzungen Böckenfördes und bestätigt die in diesem Zusammenhang offenbar gewordene Relevanz des historischen bzw. genetischen Auslegungselements für die Kategorie des Wandels[234]. Hilfreich ist auch das Bild von der „Richtung" einer Norm. In diesem kann von Wandel erst gesprochen werden, wenn diese Richtung angepasst wird. Den Extremfall bildet dann die diametrale Umkehrung einer Normwirkung – wie man sie wohl beim Ehebegriff des Art. 6 GG beobachten kann.[235] Weimar behandelt, soviel wird deutlich, das, was hier Rechtswandel genannt wird. Seine Ausführungen kreisen dabei um das Phänomen herum, ohne es aber selbst positiv zu fassen und in die Nähe einer Definition zu führen, geschweige denn, es durch Beispiele zu veran-

---

231 *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (250 ff., Zitat: 250).

232 Ebd., S. 251 f. (S. 251: „mit Auslegung nichts zu tun").

233 Ebd., S. 241 ff. Eine einheitliche Terminologie entwickelt Weimar nicht; begrifflich finden sich diverse Variationen aus („rechtlicher") „Normenwandel", „Rechtsnormenwandel", „Bedeutungswandel einer Rechtsnorm" etc.

234 Zitat ebd., S. 247 f. Wenn Weimar in diesem Zusammenhang einen Wandel von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen wegen deren normimmanenter Offenheit für ausgeschlossen hält, so bedarf dies freilich insofern der Ergänzung, als auch der *Bereich* dessen, was als zulässige Konkretisierung dieser Normen angesehen wird, einer Dynamik unterliegen kann, dazu sogleich 4.a). Eine solche Verschiebung des ‚Rahmens' kann man als Rechtswandel begreifen. Zu Böckenförde oben 1.b)bb); das Bild der durch historisch-genetische Interpretation zu ermittelnden „normativen Stoßrichtung" verwendet *Böckenförde* auch selbst, Der Staat 42 (2003), S. 165 (187).

235 Siehe zur Ehe oben 1.b)dd); zur Normrichtung auch unten 4.c)bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaulichen. Ihr insofern fragmentarischer Charakter ist Weimar auch bewusst; er diskutiert den Rechtswandel, „was immer dies nun heißen mag und was als Rechtsänderung oder -erneuerung bezeichnet werden kann“[236].

Während Weimar also in gewisser Hinsicht den zweiten Schritt vor dem ersten tut, legt der Österreicher Franz Bydlinski in seinem im selben Jahr erstmals erschienenen Lehrbuch „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“ eine Definition des Rechtswandels – er nennt ihn „Funktionswandel“[237] – vor. Dieser betrifft nicht die Schwierigkeiten und vordergründigen Anpassungen, die anfallen, wenn überkommene Normen unter neuartigen Lebensverhältnissen zur Geltung gebracht werden, sondern „direkt die normativen Maßstäbe selbst: Formal-wörtlich unveränderte, wie bisher lautende Rechtsnormen und Rechtsinstitute werden unter anderen als den bisherigen Zweck- und Wertgesichtspunkten gesehen und dementsprechend ausgelegt oder ergänzt“[238]. Als Beispiel dient ihm etwa das Lauterkeitsrecht, das zunächst nur den fairen Wettbewerb der wirtschaftlichen Konkurrenten gewährleisten sollte, bevor allmählich der Konsumentenschutz als auslegungsrelevanter Zweck hinzuinterpretiert wurde.[239] Auch Bydlinski unterscheidet die Beschreibung des Phänomens von seiner normativen Zulässigkeit und stellt differenzierte Überlegungen zu Legitimitätskriterien an.[240]

Der hier gewählten Herangehensweise ferner steht insoweit Friedrich Müller, dessen „Strukturierende Rechtslehre“ aber auch auf die Diskussion um die Thematik des Rechtswandels großen Einfluss nimmt. Müller entwickelt auf der Grundlage seiner Rechtstheorie[241] ein Konzept des „Normwandels“. Im Ausgangspunkt sind für ihn

> „zwei Typen der *Rechtsnorm-Änderung* zu unterscheiden: Entweder ändert sich das Normprogramm (im Gefolge einer […] Änderung des Normtexts, aber möglicherweise auch ohne eine solche durch bloßen Wechsel der herrschenden Interpretationspraxis); oder es ändert sich der Normbereich bei gleichbleibendem Normprogramm […]. Den zuletzt genannten Typus der Normänderung ohne Änderung des

236 *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (260 f.).

237 Der Begriff des Rechtswandels selbst dient *Bydlinski* als Kapitelüberschrift und unscharfer Überbegriff zu verschiedenen Dynamiken in der Gesetzesanwendung, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 572 ff. Dessen zentraler Unterfall des „Funktionswandels“ (ebd., S. 577 ff.) deckt sich konzeptionell im Wesentlichen mit dem hier „Rechtswandel“ genannten Phänomen.

238 Ebd., S. 577.

239 Ebd., S. 578. Mittlerweile ist auch der Verbraucherschutz freilich im (deutschen und österreichischen) UWG positiviert.

240 Ebd., S. 579 ff. Vgl. zur Trennung der beiden Aspekte auch oben 1.b)bb).

241 Zu den verwendeten Begriffen bereits knapp oben 1.b)bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> Normprogramms […] sollte man im engeren Sinne mit dem Ausdruck ‚*Normwandel*' bezeichnen, parallel zum sogenannten Verfassungswandel."[242]

Damit entfernt Müller sich von der gängigen und auch hier zugrunde gelegten Gegenüberstellung rechtlicher Dynamik: der Alternative aus formeller Rechtsänderung und Rechtswandel. Die Rechtsänderung ist für ihn der erste Unterfall der Änderung des Normprogramms. Indem deren zweiter Unterfall, der „Wechsel der herrschenden Interpretationspraxis", ebenfalls keinen Wandel darstellen soll, entsteht ein offener Widerspruch zu der Position, die mit Häberle den Verfassungswandel „ausschließlich als ein *Interpretations*problem"[243] ansieht. Häberles Ausschließlichkeit erklärt sich zwar aus dessen sehr weitem Interpretationsbegriff, in welchem vieles aufgeht, was sich auch anders beschreiben ließe – neben dem Verfassungswandel etwa auch die Rechtspolitik. Das relativiert den Gegensatz bis zu einem gewissen Maße. Richtig bleibt aber, dass eine Theorie des Rechtswandels zumindest auch an der Interpretationspraxis, also dem Normprogramm, anknüpfen muss, selbst wenn, wie gesehen, nicht jede Veränderung derselben als Wandel zu verstehen ist. Dass Müller diesen Bereich konzeptionell ausklammert, ist also zunächst einmal erstaunlich – insbesondere weil das, ja seinerseits interpretatorisch flexibilisierte, Normprogramm als Grenze des Normwandels fungieren soll[244]. Dieser Ansatz erklärt sich letztlich aus Müllers Erkenntnisinteresse: Er will Begriffe schaffen, die *zulässige* Vorgänge beschreiben.[245] Der Blick auf die Dynamik des Norm*bereichs* ist insofern von vorneherein weniger prekär. Rechtsentscheidungen beziehen sich auf die Lebenswelt und können eine Veränderung dieses Bezugspunkts – selbst bei vollkommen statischem Normprogramm – gar nicht gleichförmig überdauern. Bei der Frage des Wandels nicht auf die Interpretationspraxis zu schauen, ergibt dann innerhalb von Müllers

---

[242] *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 370, Hervorhebungen im Original. Siehe auch ebd., S. 364 ff. die Besprechung von Beispielen eines so verstandenen Normwandels in der Rspr. und der Rezeption des Konzepts in der Literatur; weitere Nachweise dazu bei *dems./Christensen*, Juristische Methodik, S. 56, Fn. 30; erkennbar inspiriert etwa BVerfGE 74, 297 (350) zur Entwicklungsoffenheit der Rundfunkfreiheit.

[243] Zitat bei *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (83), Hervorhebung im Original. Für Böckenförde ist der Verfassungswandel ausdrücklich eine Frage des Normprogramms, zu beidem bereits oben 1.b)bb).

[244] *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 370.

[245] Müller spricht zwar im Zusammenhang der „Normprogramm-Grenze" durchaus von zulässigem und unzulässigem Normwandel, konzipiert seinen Begriff des Wandels aber eben nicht unabhängig davon, sondern von vorneherein mit Blick auf den zulässigen Wandel; vgl. auch die Formulierung ebd., S. 367, ein bloßer Wertewandel könne keinen Normwandel – gemeint ist: keinen zulässigen Normwandel – bewirken. Hier wird dagegen – im Anschluss an *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (152, 154) – die Legitimitäts- als Folgefrage behandelt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Theoriegebäude insofern Sinn, als die Grenzen derselben als Problem der juristischen Methodik ausgelagert sind – und Müller selbst eine der elaboriertesten Methodenlehren entwickelt hat[246].

Im Rechtswandel treten Normbereich und Normprogramm jedoch in eine derart enge Wechselbeziehung, dass eine kategoriale Trennung regelmäßig an der Realität vorbeiginge.[247] Denn: Der Müller'sche Normwandel, die Veränderung konkretisierungsrelevanter Fakten der Lebenswelt, hat freilich seinerseits Einfluss auf die Interpretationspraxis. Ein (fallübergreifender) Wechsel der Interpretationspraxis wird regelmäßig die – durchaus auch volitive – Reaktion zur Anpassung des Normprogramms auf die gewandelte Struktur des Normbereichs darstellen. Zieht man beide Operationen analytisch auseinander, hindert das den ganzheitlichen Blick auf das interessierende Phänomen. Der heuristische Nutzen von Müllers Normwandel bleibt insofern gering – dies zumal der Vorgang der Bestimmung des Normbereichs anhand des Normprogramms, der „Auswahlspielraum gegenüber den Realdaten"[248], im Zusammenhang des Normwandels unterbelichtet bleibt. Der Normbereich entsteht, indem „der handelnde Mensch, also der konkretisierende Jurist, aus dem Sachbereich der Rechtsnorm als der Gesamtmenge ihrer Kontakte mit sozialer Wirklichkeit […] am Maßstab des sprachvermittelten Normprogramms eine Teilmenge von Fakten *auswählt*"[249]. Er kann sich folglich insbesondere auch dadurch ändern, dass sich die *Beurteilung* der Vereinbarkeit einer Tatsache aus dem Sachbereich mit dem unveränderten Normprogramm (im Laufe der Zeit) verändert. Dieser subjektive Faktor ist umso mehr zu betonen, als bereits der – für den Normbereich basale – Sachbereich auf „die Menge aller Sachaspekte (Realdaten), die nach Kenntnis und *Meinung* des entscheidenden Juristen mit den (zunächst in Gestalt ihrer Normtexte) herangezogenen Rechtsnormen in Beziehung stehen können"[250], verweist. Bei Müller bildet dieser subjektive Faktor gleichwohl den blinden Fleck. Der Normbereich kann sich für ihn nur auf zwei Weisen ändern: Entweder als Reflex eines geänderten Normprogramms oder, und das beschreibt dann den Normwandel, indem sich „*Tatsachen* […] in der normbezogenen gesellschaftlichen Wirklichkeit"[251] verändern. Dass sich die *Auswahl* der unveränderten Tatsachen als zum Normbereich gehörig ändern kann, wird nicht in Rechnung

246 *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik.

247 Vgl. *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (83): „Verfassungswandel geht in der ‚republikanischen' Methodenlehre *und* ihrem sachlichen Gegenstand, der konstitutionellen Wirklichkeit und Öffentlichkeit, auf" (Hervorhebung nur hier).

248 *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 341.

249 Ebd., S. 338, Hervorhebung nur hier.

250 Ebd., S. 251, Hervorhebung nur hier.

251 Ebd., S. 370, Hervorhebung nur hier.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gestellt. Gerade damit ist aber ein entscheidender Aspekt des Rechtswandels angesprochen. Etwas naiv wirkt daher Müllers Standpunkt, ein gesellschaftlicher Wertewandel könne als solcher, das heißt: ohne Rezeption durch das Normprogramm, einen Normwandel nicht bewirken.[252] Will ein Jurist eine bestimmte Entscheidung bzw. Norm begründen, wird und kann er, wie gesehen, an beiden Stellschrauben – Normbereich und -programm – drehen. Dabei kommt es entscheidend auf Wertüberzeugungen an. Insoweit ist Ingeborg Maus' Grundsatzkritik zuzustimmen, Müller erliege der „Illusion, der Jurist gewinne seine subjektiven Wertungen aus den Sachstrukturen"[253].

Müllers Ausgangspunkt, die Zusammenführung der im klassischen Sinne normativen und tatsächlichen Elemente in einen übergreifenden Normbegriff bei gleichzeitiger analytischer Trennung derselben, weist gleichwohl eine Richtung auf, die den Diskurs über die *Grenzen* des Wandels rationalisieren kann. Er löst das Problem letztlich nicht, aber – und damit ist bereits einiges gewonnen – er strukturiert es immerhin. Vorgezeichnet, wenngleich noch nicht ausgearbeitet, ist dieses Verständnis im Übrigen bereits bei Hermann Heller, der im Angesicht des Rechtswandels eine „korrelative Zuordnung" von Sein und Sollen verlangt[254] und damit erstmals eine juristische Begrenzbarkeit des Wandels andeutet[255], nachdem Laband und Jellinek ihn nur resignativ festgestellt, Smend und Hsü Dau-Lin ihn affirmativ gefordert hatten. Zu den Aufgaben einer umfassenden Behandlung des Wandels gehört daher auch, – in Anknüpfung hieran und darüber hinaus – möglichst handhabbare Kriterien zur Beurteilung seiner Legitimität zu suchen und zu erörtern, dazu B.

### 4. Abgrenzung von Rechtsfortbildung, Rechtswirklichkeit und Auslegung

Zunächst einmal ist der Rechtswandel aber zum Abschluss seiner konzeptionellen Konturierung von verwandten Kategorien, namentlich der (richterlichen) Rechtsfortbildung, der Rechtswirklichkeit und der Auslegung, insbesondere in Gestalt der objektiven Theorie, abzugrenzen.

---

252 Ebd., S. 366 f.

253 *Maus*, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, S. 175 (192).

254 *Heller*, Staatslehre, S. 211. Ebd.: „Die ‚Spannung' von Sein und Sollen darf also niemals einseitig entspannt werden, weder nach der normativen noch nach der Seite der gesellschaftlichen Wirklichkeit hin."

255 Vgl. *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, S. 71 f.; *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (134 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

### *a) Rechtsfortbildung*

Mit Blick auf die Rechtsfortbildung bietet sich, gerade auch weil mit ihr angefangen wird, eine Zweiteilung der Betrachtung an: auf die abstrakten Kriterien einerseits und auf den konkreten Fallbezug andererseits.

#### aa) Theoretische Abgrenzungskriterien

Auf theoretisch-abstrakter Ebene gelingt die Unterscheidung von Rechtswandel und Rechtsfortbildung gut. In inhaltlicher Hinsicht betrifft die Rechtsfortbildung das Schließen von ‚Lücken' im Recht, der Rechtswandel hingegen gerade die gesetzliche ‚Substanz' und deren Richtung. Der Wandel spielt sich also „normindogen"[256] ab; es wird an den Normtext angeknüpft und dessen Bedeutung neu gefasst. Veranschaulichen lässt sich der kategorial verschiedene Bereich der Fortbildung (Lücken) und des Wandels (Normsubstanz) wiederum anhand eines Rahmenmodells. Auf die insbesondere von Böckenförde vertretene Vorstellung der Verfassung als Rahmenordnung ist bereits hingewiesen worden. In Hans Kelsens Stufenbau der Rechtsordnung bilden *alle* – für den Wandel interessieren dabei in erster Linie die geschriebenen – Rechtssätze einen Rahmen für die jeweils nächste Konkretisierungsstufe.[257] Das liegt an der bei realistischer Betrachtung offenkundigen Unbestimmtheit und Unvollständigkeit der Rechtsnormen und ihrer Begriffe, die deshalb die jeweils niedrigeren Normen bzw. die Rechtsentscheidungen nicht vollständig determinieren können, dem Spielraum aber Grenzen setzen. Bei Kelsen ist der Spielraum dezisionistisch auszufüllen, die Interpretation als eigentlich juristische Operation stellt nur den Rahmen fest. Diesen Rahmen als das aus der positiven Rechtsnorm stammende Entscheidungsmaterial kann man der Einfachheit halber verbildlichend als Norm*substanz* beschreiben. Der Wandel verschiebt diesen Rahmen – regelmäßig in Gestalt einer Erweiterung, mit welcher die Norm weitere Anwendungsfelder hinzugewinnt. Die Räume innerhalb und zwischen den normativen Rahmen eines Rechtssystems lassen sich dann als ‚Lücken'

256 *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 189. Ebenso *Pauly*, Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen, in: Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. VIII: Verfassungswandel als „norminternes Phänomen", das „sich ‚innerhalb' der jeweils einschlägigen Verfassungsnorm selbst abspielt" – in Anlehnung an die Formulierung bei *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (137).

257 *Kelsen*, Reine Rechtslehre[1], S. 90 ff. Beide Rahmenordnungsmodelle sind dem unterschiedlichen rechtstheoretischen Grundansatz (der sich insofern kaum auswirkt) zum Trotz deutlich enger verwandt als *Hwang*, Der Staat 49 (2010), S. 456 (461 ff.) suggerieren möchte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bezeichnen. Weil insofern „nicht weniger Lücken als Worte da sind“[258], verbleibt ein weites Feld für Rechtsfortbildung. Die rechtsfortbildende Konkretisierung innerhalb des Normrahmens, also von mehr oder weniger unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln, besonders im Wege der Fallgruppenbildung, wird treffend Rechtsfortbildung *intra legem* genannt[259]. Sie beseitigt in erster Linie Zweifel bezüglich der Anwendbarkeit einer Norm auf bestimmte Fallkonstellationen: Einige vormals ‚schwierige‘ Konstellationen lassen sich in Folge der Konkretisierung leicht als Anwendungsfälle der Norm begründen; manche a priori durchaus begründbaren Auslegungen werden dagegen disqualifiziert. Die Lückenfüllung funktioniert folglich in beide Richtungen, verengt den potenziellen Anwendungsbereich der Rechtsnormen aber in der Gesamttendenz[260]. *Praeter legem* heißt diejenige Rechtsfortbildung, die sich im Bereich außerhalb und damit zwischen den gesetzlichen Normrahmen abspielt, also Recht produziert, das nicht im Wege der Auslegung einer geschriebenen Norm begründet werden kann – sondern durch Analogieschluss oder noch weiter normgelöste Argumentation –, aber der Normsubstanz auch nicht zuwiderläuft.[261] Entsteht eine solche Kollision hingegen, geschieht die Rechtsfortbildung *contra legem* und ist nach herrschender und zutreffender Auffassung illegitim[262]. Sie berührt dann zwar ebenso die Normsubstanz, un-

---

258 *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 15. Kantorowicz meint, dass Rechtsnormen nur in begrenzter Anzahl existierten und insbesondere aufgrund ihrer Unbestimmtheit eine Entscheidung nur in absoluten Ausnahmefällen konkret aus ihnen abgeleitet werden könne. Insofern stimmt er mit Kelsens Ansicht überein. Kelsen möchte indes nicht von „Lücken“ sprechen, weil die Unbestimmtheit eine sprachliche Notwendigkeit sei und als Lücke darüber hinaus nur die Differenz zwischen dem allein maßgeblichen positiven Recht und einem bedeutungslosen subjektiven „Wunschrecht“ postuliert werde, *ders*., Reine Rechtslehre[1], S. 100 ff. Der Begriff der Lücke soll hier denn auch allein als idealisierend-veranschaulichende Metapher dienen.

259 Zur Bezeichnung *Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, S. 259 f. m. w. N.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 203 m. w. N.

260 Wenn im Ausgangspunkt der komplette norminterne ‚Lückenbereich‘ als möglicher Anwendungsfall begründbar war, sind nach der Konkretisierung niemals zusätzliche Konstellationen begründbar, sondern allenfalls einige mit weniger Aufwand; andere Konstellationen fallen währenddessen als mögliche Anwendungsfälle komplett weg.

261 Vgl. zum Begriff nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 17 f.

262 Vgl. etwa ebd., S. 33; deutlich *Krey*, JZ 1978, S. 465 ff. Die Legitimitätsfrage stellt sich freilich bei jeder Rechtsfortbildung. Bedenken bestehen insbesondere im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz, weil Fortbildung letztlich Rechtsetzung bedeutet und diese grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten ist; ablehnend deshalb insbesondere *Hillgruber*, etwa JZ 1996, S. 118 ff. Im hier zugrundeliegenden Modell stellt sich die Problematik folgendermaßen dar: Die Konkretisierung *intra legem* verdichtet die Rechtslage und verkleinert den Spielraum innerhalb des von der Norm selbst noch gröber gesteckten Rahmens. Darunter kann – problematisch insbesondere

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

terscheidet sich von einem Rechtswandel aber dadurch, dass sie eine neue Substanz schafft, welche sich gegen die bestehende Norm durchsetzt; diese wird gleichsam in die Defensive gedrängt, während sie bei einem Rechtswandel selbst argumentativ in Stellung gebracht wird.

Ein, noch abstraktes, Beispiel zur Erläuterung: Bydlinski zufolge sind generalklauselartige Normen strukturell besonders geeignet, Gegenstand eines Wandels zu werden, weil weder ein präziser Wortlaut („Der vom Wortlaut ausgehende ‚Widerstand' gegen einen solchen Wandel […] ist hier besonders niedrig"[263]) noch konkrete gesetzgeberische Wertungen („Bei deren Vorliegen wäre präziser normiert worden"[264]) bestehen. Das macht sie aber für eine Analyse des Rechtswandels im hier verstandenen Sinne auch wiederum weniger interessant, weil es eben nur wenig Substanz gibt, deren Richtung verändert werden könnte.[265] Der Rahmen wird im Wesentlichen durch ganz abstrakte Grundwertungen abgesteckt – bei der polizeirechtlichen Generalklausel etwa, *dass* es eine Institution geben soll, die auch im Allgemeinen und unabhängig von Spezialbefugnissen für Sicherheit und Ordnung sorgt. Was der Begriff der Sicherheit umfasst, wann sie bedroht ist und insbesondere welche Mittel zu ihrem Schutz ergriffen werden sollen bzw. dürfen – dem kann man sich zwar mit dem systematischen Blick auf die Standardmaßnahmen nähern und zu speziellen Fallkonstellationen mag sogar die Erforschung des Gesetzgeberwillens Anhaltspunkte zur Entscheidung erbringen. Die ‚richtige' Lösung ist in den meisten Fällen aber auch nach erschöpfender Auslegung des Normmaterials noch völlig offen. Damit die polizeilichen Maßnahmen dennoch juristisch überprüfbar werden, bilden sich *intra legem* richterrechtliche[266] Fallgruppen aus.[267] Mit solchen kann auch auf im Zuge sozialen Wandels neu auftretende Phänomene reagiert werden. Einen Rechtswandel

---

im Verfassungsrecht und damit potenziell gegen den Gesetzgeber gewendet – auch gewollte Flexibilität leiden. Sie kann als normnächste Fortbildung dennoch als unproblematischste Form gelten. Die Problematik der Rechtsfortbildung *praeter legem* besteht darin, dass aus dem positiven Recht stets eine Entscheidungstendenz abgeleitet werden kann, die Klage bei fehlendem Anspruch eben abgewiesen werden *soll*, die Rechtsfortbildung dieses Ergebnis jedoch umkehren kann. Eine „Ergänzung" ist – so betrachtet – stets eine „Ersetzung", vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre[1], S. 102.

263 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 584.

264 Ebd., S. 583.

265 Ähnlich *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 24.

266 Der Begriff des ‚Richterrechts' soll hier, im Einklang mit dem gängigen Verständnis – vgl. zu verschiedenen Verständnissen aber *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 55 f. –, kein aliud zur ‚Rechtsfortbildung', sondern deren Unterfall der *richterlichen* Rechtsfortbildung als Synonym beschreiben.

267 Auch hiernach bleibt freilich die Möglichkeit rechtlicher Einhegung polizeilicher Macht prekär, vgl. statt vieler *Pichl*, Polizei und Rechtsstaat. Über das Unver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bedeutet dies nicht; der Normrahmen ist weit genug, um immer neue Konstellationen in sich einzuschließen. Deshalb sind Rechtsnormen, je unbestimmter sie gefasst sind, besonders gut als Ausgangs- oder Anknüpfungspunkt für Rechts*fortbildungen* geeignet. Als Rechtswandel müsste eben ausschließlich die Verschiebung des Rahmens begriffen werden, welche im Falle der Generalklauseln aber kaum einmal erforderlich sein wird.

Auch dafür gibt es indes Beispiele. Sie fallen wegen der *im Normalfall* fehlenden Notwendigkeit, den Rahmen zu überschreiten, mitunter entsprechend drastisch aus, sodass dem Wandel von Generalklauseln in der Bundesrepublik eher die Rolle einer theoretischen Möglichkeit zukommt. Er lässt sich stattdessen gut anhand der NS-Rechtsprechung nachvollziehen. Anschaulich ist hier etwa ein Urteil des Amtsgerichts Berlin-Schöneberg aus dem Jahre 1938.[268] Es ging um die Frage, ob ein Vermieter das Mietverhältnis zu seiner Mieterin allein wegen deren jüdischer Abstammung einseitig beenden durfte. Streitentscheidend war § 2 MietSchG[269]. Danach kam es darauf an, ob das Jüdisch-Sein ein „Verhalten" der Mieterin darstellte, mit welchem sie sich einer „erheblichen Belästigung des Vermieters" „schuldig" machte, sodass „dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden" konnte. Das war trotz der Weite der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ganz offensichtlich nicht der Fall. Dem Amtsgericht gelang es gleichwohl, die mit den gewandelten Wertvorstellungen einzig übereinstimmende Beendigung des Mietverhältnisses so zu begründen, dass es innerhalb des Urteils ausführen konnte, die eigene Rechtsfindung sei „nicht durch eine Entscheidung außerhalb des geltenden Rechts herbeigeführt, sondern durch eine Auslegung [!] des § 2 MietSchG": Die Vorschrift diene der Ruhe und dem Frieden im Haus, damit dem Erhalt der Haus- als Teil der Volksgemeinschaft; eine „erhebliche Belästigung" sei daher all das, was „einen Mieter als Fremdkörper in der Gemeinschaft der Hausbewohner erscheinen" ließe. Erst einmal in *diese* Formulierung verdreht, lässt sich zu den damaligen Umständen eine Jüdin sogar ‚lege artis' subsumieren. „Verhalten" ist dann „jedes Tun und Lassen" als „Lebensäußerungen der Persönlichkeit". Das „Verschulden" liegt in der fehlenden „innere[n] Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen".[270] Hier wird auf eine Weise aus der Norm heraus argumentiert, die

---

mögen, exekutive Gewalt einzuhegen, in: Loick (Hrsg.), Kritik der Polizei, S. 101 ff. – aber darum soll es hier nicht gehen.

268 AG Berlin-Schöneberg, JW 1938, S. 3045, hieraus auch die in diesem Absatz folgenden Zitate; in dieselbe Richtung AG Halle, JW 1938, S. 2975.

269 RGBl. I 1923, S. 353.

270 Die Annahme ist angesichts des brutalen Antisemitismus dieser Gemeinschaft wahrscheinlich sogar realistisch, dann aber in höchstem Maße zynisch.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

deren Rahmen durch das Implementieren rassistischer Zwecke[271] rechtswandelnd verschiebt.[272]

Die in analytischer Hinsicht insofern gut durchführbare Abgrenzung von Rechtswandel und -fortbildung bedeutet nicht, dass beide Phänomene auch *faktisch* ohne gegenseitige Auswirkungen nebeneinander stünden. So kann eine besondere Bündelung der *intra legem* vorgenommenen Konkretisierungen in einem Randbereich des Spielraums – um die bildliche Sprache auf die Spitze zu treiben: gleichsam als neuer Gravitationspunkt – den Ausgangspunkt des Interpretationsvorgangs beeinflussen und dadurch auch den Rahmen verschieben. Denn der Prozess der Zuschreibung eines Sinnes zu einem Normtext geschieht nicht losgelöst von der vorgängigen Anwendungspraxis. Die Auslegung fängt nicht bei ‚null' an. Der Jurist bildet sich sein interpretationssteuerndes Vorverständnis mit Blick auf bereits vollbrachte Rechtsarbeit: im engeren Wortsinne bei der assoziativen Annäherung an die Norm, aber auch beim methodisch strukturierten Vergleich des eigenen Falls mit ‚gesicherten' Anwendungsfällen derselben[273]. Je eher eine Fallgruppe aus dem Randbereich, zum Beispiel wegen ihrer statistischen Häufigkeit, als Prototyp wahrgenommen wird, desto wahrscheinlicher wird die Subsumtion eines (ursprünglich) außerhalb des Normrahmens liegenden, aber der Konkretisierung ähnlichen Falles. Deutlich wird das etwa dort, wo die richterrechtlichen oder allgemein dogmatischen Rechtsfortbildungen gegenüber dem wenig ergiebigen Normtext eine dominante Position erlangt haben und der routinierte Rechtsanwendende sich ihnen aus dem Gedächtnis heraus eher gewiss ist als der exakten Formulierung des Gesetzes oder gar seinen Entstehungsumständen[274]. Ent-

---

271 Die teleologische Auslegung eignet sich für den verdeckten Einbezug eigener Wertungen – und damit als wandelnde Argumentation – bekanntlich in besonderem Maße. An diesem Beispiel wird die rationalisierende Kraft juristischer Methodik insofern besonders deutlich. Denn: Auch heute muss immer noch betont werden, dass der auslegungsrelevante Normzweck seinerseits ausschließlich im Wege der Auslegung ermittelt werden kann, vgl. nur *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 98.

272 Die schnelllebige NS-Justiz hat diese Rechtsprechung freilich nur so lange aufrechterhalten, bis sie offen dazu übergegangen ist, das mieterschützende Gesetz schlichtweg gar nicht mehr auf Juden anzuwenden, so LG Berlin, JW 1938, S. 3342 (die geschilderte Konstruktion noch bei der Vorinstanz); AG Nürnberg, JW 1938, S. 3243. Vgl. zur mitunter ebenfalls wandelnden Interpretation in der Rechtsprechung der DDR hier nur das Beispiel bei *Giles*, The Modern Law Review 19 (1956), S. 313 ff.

273 Vgl. zu letzterem als „innertatbestandliche Analogie" und deren Relevanz für die „Verschiebung des Verbindlichkeitshorizonts der Rechtsnormen von Fall zu Fall" *Chanos*, Wandel von Rechtsnormen und richterliche Rechtsfortbildung, in: FS Krawietz 2013, S. 665 ff., unter Bezugnahme auf *Heller*, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, S. 87. Siehe auch noch unten D.II.

274 Die Systematik des Gesetzes wird ein routinierter Jurist dagegen wohl verhältnismäßig souverän überblicken. Vgl. zum Ganzen etwa *Sahm*, Elemente der Dogmatik, S. 91 ff.: „Rechtsdogmatische Begriffe beginnen nach ihrer Prägung ein Eigenle-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sprechend intensiv ist hier der Einfluss der Rechtsfortbildung auf das die spätere Entscheidung mitbestimmende Judiz[275].

Neben der inhaltlichen Abgrenzung steht die Unterscheidung nach den rechtswandelnden Subjekten. Die Rechtsfortbildung ist das Feld der Judikative und der wissenschaftlichen Bearbeitung, und zwar insbesondere in deren Zusammenwirken[276], gegebenenfalls auch vorbereitet durch eine entsprechende Staats-, Verwaltungs- oder Geschäftspraxis. Beim Rechtswandel tritt in akteursbezogener Hinsicht der Umstand *hinzu*, dass auch ein Einfluss niederrangiger Rechtssetzung auf die Interpretation höherrangiger Normen konstatiert werden kann, was insbesondere Lerche als „stillen Verfassungswandel"[277] untersucht hat.[278]

---

ben zu führen. Die Aufmerksamkeit der Rechtsdogmatiker richtet sich fortan auf den rechtsdogmatischen Begriff und weniger auf den eigentlich verbindlichen Primärtext" (94), was sodann am Beispiel des Anwartschaftsrechts näher erläutert wird.

275 Solche ‚normalisierenden' Effekte sind nicht nur hinsichtlich Rechtsfortbildungen erkennbar; sie wirken auch nicht ausschließlich über den Hebel des Vorverständnisses, können vielmehr ebenso Begründungslasten und damit die Reichweite des noch als lege artis gewonnen Darstellbaren beeinflussen, näher unten c)bb). Zur Relevanz des Rechtsgefühls bei der ‚Herstellung' der juristischen Entscheidung klassisch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung; noch einmal zugespitzt im amerikanischen Rechtsrealismus, vgl. etwa *Radin*, American Bar Association Journal 11 (1925), S. 357 ff.

276 Dieses Zusammenspiel durchleuchtet statt vieler etwa *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (42 ff.), in kritischer Absicht.

277 *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 47 ff., dazu unten B.III.4.d). Vgl. auch *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 190 ff., der „direkten" von „indirektem", über die Änderung des einfachen Rechts vermittelten, Verfassungswandel unterscheidet. Zur Rolle des Gesetzgebers beim Verfassungswandel ferner *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 150 ff. Die *Bezeichnung* als „stiller" Wandel schon bei *v. d. Heydte*, ARSP 39 (1951), S. 461 ff.

278 Ein solcher Einfluss ist für das Verhältnis von einfachen Gesetzen zur Verfassung am präsentesten. Der Vorgang ist etwa mit Blick auf Satzungen oder Rechtsverordnungen indes kein wesentlich anderer. Erblickt man, wie insbesondere *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 307 ff. – in der Tradition von *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2], S. 228 ff. und *Merkl*, z. B. Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: ders., Gesammelte Schriften I/1, S. 85 (insb. 98 ff.) – in jeder Rechtsentscheidung zugleich einen Akt (niederrangiger) Rechtsetzung, verliert das genannte Kriterium Unterscheidungskraft; gemeint ist hier deshalb nur die formale Rechtsetzung durch Erlass abstrakter schriftlicher Gebote.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Abgrenzung in der Praxis

So klar die Differenzierung in theoretischer Hinsicht auch vorgenommen werden kann, so komplex kann auf der anderen Seite die Einordnung der tatsächlichen Praxis ausfallen; und zwar sowohl mit Blick auf die Feineinteilung innerhalb der Rechtsfortbildungen als auch hinsichtlich der hier besonders interessierenden Abgrenzung von Rechtswandel und -fortbildung. Darin liegt aber kein Problem des Rechtswandels als zusätzlicher Kategorie. Die Möglichkeit der analytisch feineren Zergliederung ohnehin vielschichtiger Vorgänge bedeutet im Gegenteil einen wesentlichen Mehrwert. Dazu das folgende Beispiel zum Zusammenspiel von Rechtsfortbildung und Rechtswandel: Formale und damit aus sich selbst heraus eher unflexible Normen können im Wege der konkretisierenden Rechtsfortbildung materiell angereichert werden, etwa durch das Einführen entsprechender ungeschriebener Tatbestandsmerkmale, die dann ihrerseits einem Wandel leichter zugänglich sind. Das lässt sich anhand des Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG beobachten.[279]

Die Rechtsprechung zur auflösungsgerichteten, sog. unechten Vertrauensfrage war stets heftig umstritten. Nicht wenige sehen hier einen Verfassungswandel,[280] wobei die Belastbarkeit dieses Verdikts bisweilen unter dem Fehlen präziser Begriffskonturen leidet. Der Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG stellt an die Auflösung des Bundestags ausschließlich formale Anforderungen mit vergleichsweise hohem Bestimmtheitsgrad[281]: negativ beantwortete Vertrauensfrage des Bundeskanzlers, Vorschlag desselben, den Bundestag aufzulösen, und schließlich fristgerechte Auflösung durch den Bundespräsidenten. Materielle Voraussetzungen an die jeweiligen Aktionen der Akteure existieren insofern nicht, alle Beteiligten handeln nach freiem Ermessen und in Eigenverantwortung.[282] Die Idee hinter dieser formalen Ausgestaltung war nicht, die Hürden für eine Bundestagsauflösung gering zu halten – ein Selbstauflösungsrecht des Parlaments kennt das Grundgesetz auch vor dem Hintergrund

279 Vgl. hierzu *Heun*, AöR 109 (1984), S. 13 (27 ff.), der den Gedanken der materiellen Anreicherung, innerhalb derselben sich dann ein Wandel abspielen kann, vorzeichnet. Vgl. auch noch unten III.

280 Vgl. nur die umfangreiche Aufbereitung des rechtswissenschaftlichen Schrifttums zu den Entscheidungen des BVerfG bei *Holzner*, Die normative Kraft des Faktischen: Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG, der schließlich selbst von einem Verfassungswandel ausgeht.

281 Anders sehen das nur die Vertreter eines „materiellen" Vertrauensbegriffs, etwa *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG, Art. 68, Rn. 129 f.; *ders*., NJW 1983, S. 150 (153); Sondervotum *Rinck*, BVerfGE 62, 1 (71 f.).

282 Die formale Konzeption des Art. 68 GG betonend, lehnt Lübbe-Wolff in ihrem Sondervotum zu BVerfGE 114, 121 (182 ff.) denn auch jegliche materielle Aufladung der Norm ab (m. w. N. aus der Literatur).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Weimarer Erfahrungen gerade nicht[283]. Art. 68 GG ist vielmehr getragen vom Vertrauen in ein sinnvolles Zusammenspiel und eine gegenseitige Kontrolle der beteiligten Verfassungsorgane,[284] mithin von der Annahme, dass eine Anwendung tatsächlich nur bei einer Vertrauenskrise gegenüber dem Bundeskanzler erfolgen wird. Ob eine solche politische Krise im Verhältnis von Bundeskanzler und Bundestag dann auch normativ als zusätzliche – materielle – Wirksamkeitsvoraussetzung der Parlamentsauflösung zu verstehen ist oder ob die formalen Voraussetzungen vielmehr das *Mittel* sind, jene rechtssicher festzustellen, ist eine Frage der richtigen Interpretation und jedenfalls nicht völlig einfach zu beantworten.[285] Der Vorgang, durch den sich spätestens infolge der ersten Vertrauensfrage von 1972 ein entsprechendes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „Krisensituation" bzw. „politische Lage der Instabilität" für eine unechte Vertrauensfrage fest etabliert hat, bedeutet daher eine rechtsfortbildende Konkretisierung des Art. 68 GG, die dessen Anwendungsbereich präzisiert.[286] Die Funktion als materielle Schranke der unechten Vertrauensfrage erfüllt das Merkmal in seiner Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht, das den Beteiligten, insbesondere dem Bundeskanzler, bei der Bewertung der tatsächlichen Umstände als „instabile Lage" einen weiten, der Überprüfung entzogenen Einschätzungsspielraum belässt, aber nicht.[287] Es ist kaum ein Fall denkbar, in welchem eine tatsächliche Auflösung auf Grundlage des Art. 68 GG am Maßstab dieser Rechtsprechung scheitern wür-

---

283 Zwar kannte auch die WRV kein Selbstauflösungsrecht, ermöglichte es dem Reichspräsidenten gem. Art. 25 WRV allerdings, ohne Mitwirkung eines anderen Organs das Parlament aufzulösen. Tatsächlich ist *jeder* Reichstag in Weimar vorzeitig aufgelöst worden. Gerade auch an dieser Instabilität, die dem Volk keine Verlässlichkeit der Republik suggerieren konnte, ist Weimar gescheitert. Art. 63 Abs. 4, 68, 81 GG versuchen daher, Regierung und Parlament möglichst lange handlungsfähig zu halten und sehen eine Auflösung nur als ultima ratio vor.

284 BVerfGE 62, 1 (51); 114, 121 (157 ff.). Vorzug der formalen Fassung ist die Rechtsklarheit und -sicherheit.

285 Vgl. zur Breite der genetischen Interpretationsmöglichkeiten nur die insgesamt vier Sondervoten in den beiden genannten Entscheidungen. Der Parlamentarische Rat hatte bei der Konzeption des Art. 68 GG jedenfalls den Minderheitskanzler vor Augen, vgl. *Hermes*, in: Dreier GG, Art. 68, Rn. 3 m. w. N., was für die materielle Eingrenzung sprechen könnte, andererseits wäre diesem durch eine rein formal konzipierte Auflösungsmöglichkeit in gleicher Weise gedient.

286 Man könnte hier auch noch vom Resultat einer teleologischen Auslegung sprechen; die Grenzen sind bei der Rechtsfortbildung *intra legem* kaum greifbar. Die Verselbständigung als eigenes „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal", das seinerseits ausgelegt werden muss, rechtfertigt jedenfalls die Einordnung als Rechtsfortbildung, vgl. auch *Terhechte*, JURA 2005, S. 512 (517), der die Darstellung als Tatbestandsmerkmal kritisiert.

287 Vgl. die beiden ergangenen Entscheidungen von 1983 bzw. 2005, BVerfGE 62, 1 ff., 114, 121 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

de.[288] Man könnte daher gegen die These, hier handle es sich um eine Rechtsfortbildung, die dann einen an sie anknüpfenden Wandel ermöglichte, einwenden, das Merkmal sei von der ersten verfassungsgerichtlichen Entscheidung an inhaltlich entwertet gewesen. Eine (nachhaltige) Fortbildung des Rechts hätte dann schlichtweg nicht stattgefunden. Das in der Literatur entwickelte Kriterium ist aber aufgegriffen worden und wird seither praktisch herangezogen sowie an den Universitäten gelehrt. Es wurde also nicht zurückgedrängt, sondern hat sich nur inhaltlich gewandelt.[289] Egal ob man insofern davon ausgeht, damit werde Art. 68 GG im Ergebnis (wieder) genetisch ‚richtig' angewendet oder die Bundestagsauflösung sei infolge der Rechtsprechung erheblich erleichtert, besteht mit dem etablierten materiellen – und einem Wandel damit leichter zugänglichen – Tatbestandsmerkmal jedenfalls eine Dynamisierungsreserve[290]. Und: Die materielle Anreicherung überlagert – und ersetzt damit zum Teil – nun sogar die formelle Konzeption insofern, als

---

288 Auch das vielfach bemühte Argument, missbräuchliche Auflösungen durch die Mehrheitskoalition, um einen politisch günstigen Zeitpunkt für Neuwahlen auszunutzen, verhindern zu müssen, verfängt in Praxis nicht. Im schnelllebigen politischen Tagesgeschehen wäre das Risiko eines Stimmungsumschwungs in den Wochen und Monaten bis zum tatsächlichen Wahlzeitpunkt (spätestens 71 Tage nach der Vertrauensfrage, Art. 68 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 1 S. 4 GG) zu groß, zumal verglichen mit dem voraussichtlichen Nutzen für eine *stabile* Regierungskoalition und unter Berücksichtigung der zu erwartenden medialen Thematisierung der Anrüchigkeit einer solchen Strategie, so auch *Ipsen*, NJW 2005, 2201 (2203). Dass die materielle Anreicherung ersatzlos hinweggedacht werden könnte (vgl. nur das angesprochene Sondervotum Lübbe-Wolff BVerfGE 114, 121 [182 ff.]; *Herbst*, Der Staat 45 [2006], S. 45 [80 f.]), zeigt wiederum, wie klug Art. 68 GG als formale Regel konzipiert ist – unabhängig von der Frage, ob ein Selbstauflösungsrecht des Parlaments verfassungspolitisch vorzugswürdig wäre.

289 So bereits *Heun*, AöR 109 (1984), S. 13 (29), der davon spricht, das strenger verstandene Merkmal der politischen Krise sei vor 1983 „communis opinio" gewesen. Demnach hätte es handfester Abstimmungsniederlagen bedurft, um von einer Krise auszugehen; nach BVerfGE 62, 1 reicht die *Prognose* einer drohenden Handlungsunfähigkeit der Koalition aus; durch BVerfGE 114, 121 ist eine weitere Aufweichung zu beobachten: Plebiszitäre Erwägungen in Bezug auf die aktuelle Politik und eine Blockadeposition des Bundes*rats* spielen nun eine Rolle, obwohl sie nicht unmittelbar das Verhältnis zwischen Bundestag und -regierung betreffen; diese Blockade kann durch Neuwahlen noch nicht einmal behoben werden, jedenfalls nicht zugunsten der Regierung. Auch den inner*parteilichen* Streit um die richtige Politik behebt eine Neuwahl nicht ohne Weiteres. Insofern ist es nachvollziehbar, wenn *Holzner*, Die normative Kraft des Faktischen: Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG, S. 138 ff. m. w. N., in der Entwicklung des Art. 68 GG auch insgesamt einen Verfassungswandel hin zu einem de facto Selbstauflösungsrecht sieht.

290 Mit dem Merkmal besteht eine für das BVerfG komfortable argumentative Stellschraube; es kann in jeder Fallkonstellation bei seiner Linie bleiben und die Einschätzungsspielräume betonen oder aber die Bundestagsauflösung mit Verweis auf das ja stets anerkannte ungeschriebene Merkmal kassieren. Dabei kann es stets aus der Norm selbst heraus argumentieren, wie es für einen Rechtswandel kennzeichnend ist, und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für die Einschätzung des Bundeskanzlers nicht nur ein weiter Einschätzungsspielraum anerkannt wird, sondern diese auch die Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten determiniert, welcher die Auflösung des Bundestags letztlich, ohne Ermessensfehler zu begehen, nur noch verweigern dürfen wird, wenn die Beurteilung des Kanzlers zur Vertrauenssituation eindeutig ‚falsch' ist.[291] Der Übergang von der formellen Konzeption zum maßgeblich auch materiellen Regelungsregime bleibt nicht ohne Einfluss auf den Anwendungsbereich der Norm, sodass hier die Einordnung als Rechts- bzw. Verfassungswandel angezeigt ist.

Das Beispiel zeigt, welche Analysemöglichkeiten die Kategorie des Wandels auch dort bietet, wo die Weiterentwicklung einer Rechtsfortbildung selbst nicht hinreichend als weitere Rechtsfortbildung erklärlich ist.[292] Der Unterschied liegt im Begründungsmodus: Eine Rechtsfortbildung argumentiert mehr aus der Sache heraus, denn sie bewegt sich ja gerade im Bereich der Lücken des Gesetzes. Ist sie vollzogen, so ist die Lücke geschlossen und die Fortbildung bildet selbst Recht. Werden ihre verselbständigten Aussagen nun

---

muss nicht unmittelbar die Sachangemessenheit des Ergebnisses postulieren, wie es eher für eine Rechtsfortbildung typisch ist.

[291] *Ipsen*, NJW 2005, S. 2201 (2203); vgl. auch *dens*., NVwZ 2005, S. 1147 (1150); ihm folgend *Holzner*, Die normative Kraft des Faktischen: Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG, S. 120, 146 f.; vgl. ferner bereits *Heun*, AöR 109 (1984), S. 13 (33 ff.).

[292] Diese Möglichkeiten bestehen ebenso bei Fortbildungen praeter legem. Freilich sind die statistisch überwiegenden Vorgänge trotz Anerkennung der Kategorie des Rechtswandels nicht als solcher einzuordnen (wobei auch seine Ablehnung einen strukturierenden Restnutzen generieren kann). Die vielleicht prominenteste Entscheidung zur richterlichen Rechtsfortbildung, BVerfGE 34, 269 – Soraya, bietet Anschauungsmaterial: Die Anerkennung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht deliktisch geschützt ist, ist ein Paradebeispiel der Rechtsfortbildung *praeter legem*. Dass bei seiner Verletzung indes auch Schmerzensgeld gezahlt werden soll, berührt den Sinn des § 253 BGB. Dieser stellt den inhaltlichen Grundsatz auf, dass immaterielle Schäden nicht in Geld zu ersetzen sind und normiert zugleich die Ausnahme der „gesetzlichen Bestimmung". Die Rechtsprechung unterläuft nun diesen Grundsatz, was aber nicht als Wandel eingeordnet werden muss, weil § 253 diese Möglichkeit durch den Verweis auf gesetzliche Bestimmungen in Rechnung stellt. Ein Rechtswandel könnte nun darin bestehen, den Begriff der gesetzlichen Bestimmung einer neuen, Rechtsfortbildungen einschließenden, Deutung zu unterziehen. Diese Argumentationsstrategie ist aber faktisch nicht gewählt worden – weil sie vor dem Hintergrund des § 253 und seines Regelungsgehalts auch unplausibel ist. Entsprechend hat das BVerfG, wie schon BGHZ 35, 363 in der zugrundeliegenden Rechtsprechung, auch gar nicht erst versucht, aus der Norm heraus zu argumentieren, sondern, bemerkenswert offen, die „schöpferische" Rechtsfortbildung aus ihrer gegenüber der Gesetzeslage überlegenen Sachangemessenheit heraus gerechtfertigt. Im konkreten Fall ergibt sich damit das Legitimitätsproblem, dass die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht von § 253 umfasst war, dieser sich nicht zu einer Einbeziehbarkeit hin gewandelt hat, der Fall aber auch nicht außerhalb seines Wirkbereichs liegt, die Rechtsentwicklung hier folglich *contra legem* vollzogen wurde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dynamisch neuen Lagen angepasst, indem argumentativ primär auf die durch die Rechtsfortbildung aufgestellten Begriffe zurückgegriffen wird, um aus ihnen weitere Wirkungsdimensionen zu erschließen, anstatt selbst neue aufzustellen, dann handelt es sich am ehesten um Rechtswandel. Ohne ihn kann eine Entwicklung im Recht jeweils nur als Auslegung oder Rechtsfortbildung bzw. Teil einer solchen gelesen werden, was zu Unklarheiten führt, weil diese beiden Begriffe nicht immer passen, im Beispiel etwa die Wechselwirkung zwischen normbezogener Rechtsfortbildung und ‚eigentlicher' Normaussage nicht erfassen. Er rationalisiert auch die Frage nach dem Legitimitätsstatus eines Vorgangs, weil sich die unterschiedlichen Operationen hinsichtlich ihres Legitimitätsanspruchs deutlich voneinander unterscheiden.[293] Die Kategorie des Wandels ist gleichwohl dort am wertvollsten, wo die unmittelbare Dynamik geschriebenen Rechts selbst in Rede steht, weil die Vermittlungen durch ungeschriebenes Recht die Grenzen verschwimmen lassen. Das Beispiel sollte gerade auch diese Schwierigkeiten aufzeigen, beinhaltet mit dem Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des Bundespräsidenten freilich auch einen Wandel des geschriebenen Rechts. Im Folgenden ist der Rechtswandel vom anderen großen Pol, der Auslegung, insbesondere der ‚objektiven', abzugrenzen. Zunächst aber bietet das soeben besprochene Beispiel noch Gelegenheit zu einer kurzen Verortung der vielberufenen (Verfassungs-)Wirklichkeit.

### *b) Rechts- und Verfassungswirklichkeit*

Die tatsächlichen Verhältnisse haben als solche noch keine unmittelbare rechtliche Relevanz. Und doch kann eine klare Trennlinie nicht gezogen werden. Denn auch die Kategorisierung der im engeren Sinne normativen Prozesse muss die subtileren Verschiebungen in den Blick nehmen, die vor allem höchstgerichtliche Entscheidungen im normativen Gefüge der Rechtsordnung, hier des Grundgesetzes, bewirken und deren Dynamik sich nicht an einzelnen Normen konkret festmachen lässt, die aber – als Leitbilder – durchaus Eingang in deren Interpretation erhalten. So etwa wenn der Bundestag nicht mehr als „das zentrale politische Forum" angesehen wird, sondern „gleichrangig Parteitage, Erklärungen von Landesverbänden einer politischen Partei u. ä." daneben treten.[294] Das erinnert an den Primat der Verfassungswirklichkeit, wie ihn Laband und Jellinek beschrieben haben, erreicht aber durch die Kontingenz ihrer rechtlichen Rezeption und deren Auswirkungen eine andere

[293] Ein durch Auslegung gewonnenes Ergebnis legitimiert sich durch den vorgegebenen Input, durch seine Legalität; eine Fortbildung durch ihren Output, die Sachangemessenheit. Der Rechtswandel ist inhaltlich eine Fortbildung, gibt sich nach außen aber als Auslegung; zu seiner Legitimität ausführlich B.

[294] Zitate bei *Gusseck*, NJW 1983, S. 721 (723).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Qualität.[295] Die Rechtsentscheidung ist ein Faktor für die weitere Entwicklung dieser Wirklichkeit. Ebenso wenig wie man dessen Bedeutung im Einzelfall überschätzen sollte, darf man sie grundsätzlich unterschätzen. Die Wirklichkeit hätte sich regelmäßig anders entwickelt, wenn die einschlägigen Gerichtsentscheidungen in eine andere Richtung gewiesen hätten. Wenn etwa das Bundesverfassungsgericht im obigen Beispiel auf die Relevanz des Vertrauens gerade des Bundestags und seiner konkreten Abgeordneten[296] insistiert hätte oder den Abgeordneten als im Grundsatz noch nebenbei Berufstätigen, der nach Art. 48 Abs. 3 GG nicht *voll* zu alimentieren ist, betonen würde, dann hätte dies die Position der Bundestagsabgeordneten, gerade auch gegenüber ihren Parteien und deren Listenhoheit, gestärkt und dadurch die Eigenständigkeit der Verfassungsorgane gefördert. Damit ist freilich nur ein Faktor unter vielen beschrieben und noch keine Aussage darüber getroffen, ob die entsprechenden Entscheidungen politisch oder rechtlich besser anders ausgefallen wären. Aber alternative Entscheidungen hätten die Weichen für die weitere Entwicklung automatisch anders gestellt. Wirklichkeit und Norm treten so in ein Wechselverhältnis. Dieses Phänomen wirkt sich, konkret auf die Normen bezogen, zunächst durch ein schleichendes ‚Ausleiern' der entscheidungserheblichen Merkmale und Maßstäbe aus: Während es zunächst streng auf das Verhältnis zwischen Regierung und Bundestag angekommen wäre, um eine Krise festzustellen, öffnet sich dieses Merkmal hin zum Verhältnis der Regierung zu den Parteien, Ländern und in letzter Konsequenz zur öffentlichen Meinung[297]. Damit ist, sofern der Bundestag sich seinerseits, gleichsam vermittelnd, diesen Einflüssen öffnet, kein Verfassungswandel im strengen Sinne beschrieben. Aber die tatsächlichen Verhältnisse entfernen sich von den Vorstellungen des Normgebers. Ein solcher Vorgang provoziert meist eine Reaktion, die rechtstheoretisch dann als Rechtswandel, -fortbildung oder Auslegung einzuordnen, von ihrer Ursache aber gedanklich zu trennen ist.

Das so skizzierte Verhältnis von Wirklichkeit und Norm wird durch den Begriff des Leitbilds erhellt.[298] Einflüsse aus beiden Sphären verdichten sich zu „dirigierenden Hintergrundvorstellungen" über den idealen Charakter rechtlich konstituierter Institutionen und Prozesse, für welchen die fragmenta-

---

295 Siehe zu Laband und Jellinek oben 1.a).

296 Siehe zur Entwicklung, in deren Folge letztlich die Beurteilung des Bundeskanzlers über das allgemeine politische Stimmungsbild maßgeblich ist, soeben a)bb).

297 Überdeutlich wird das im Sondervotum *Zeidler*, BVerfGE 62, 1 (67 ff.), dem die öffentliche Wahrnehmung eines gem. Art. 67 GG gewählten Bundeskanzlers als Kanzler „zweiter Güte" zur Annahme einer „Krise" ausreicht.

298 Diese Einordnung der Leitbilder „zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit" wird bei *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 ff. besonders greifbar.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rischen Normtexte selbst keine Anhaltspunkte bieten.[299] Diese Leitbilder werden dann im Prozess der ‚Norm'-Anwendung entscheidungssteuernd zur Geltung gebracht.[300] Besonders deutlich wird das etwa am soeben aufgeworfenen Beispiel der „angemessene[n]" und „Unabhängigkeit sichernde[n] Entschädigung" für Bundestagsabgeordnete aus Art. 48 Abs. 3 GG. Die Einschätzung, wie hoch die finanzielle Zuwendung ausfallen muss, um die verfassungsgebotenen Attribute zu erfüllen, hängt entscheidend davon ab, welches Bild der Abgeordneten man vor Augen hat – konkret: wie man die Zusammensetzung seines Lebensunterhalts imaginiert. Je weniger andere Einnahmequellen bestehen, desto höher müssen die Diäten ausfallen. Entsprechend greift das Bundesverfassungsgericht in diesem Bereich durchgängig auf (sich verändernde) Leitbilder des Abgeordneten zurück: Noch stark an der Wirklichkeit orientiert, und insofern wenig ‚leitend', argumentiert das Gericht 1975, im „Erscheinungsbild des heutigen Parlamentariers" trete „die berufliche Tätigkeit völlig in den Hintergrund", weshalb die „Entschädigung" als volle Existenzsicherung zu lesen sei und den Charakter eines Entgelts annehme.[301] Ein insofern variiertes „‚Berufsbild' des Abgeordneten", für den die

---

299 Zitat ebd., S. 82. Beispiele für Leitbilder sind etwa: die „ununterbrochene Legitimationskette" zwischen Volk und der Ausübung von Staatsgewalt; die „streitbare Demokratie"; die Parteien als „Mittler zwischen Staat und Gesellschaft"; die angerissene Frage nach Parlaments- oder Parteiendemokratie; die unterschiedlichen Bundesstaatsmodelle, etwa des kooperativen, des unitarischen oder des Wettbewerbsföderalismus; die „Öffentlichkeit" der Wahl, dazu *Volkmann*, Rechtsgewinnung aus Bildern, in: Krüper u. a. (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, S. 77 (79, 82); zu im Grundsätzlichen ansetzenden Leitbildern der Demokratie *ders*., Wahlen in der Demokratie, in: Mörschel (Hrsg.), Wahlen und Demokratie, S. 9 (10 ff.); weitere Beispiele bei *dems.*, AöR 134 (2009), S. 157 (160 ff.) und aus der Praxis neben den sogleich besprochenen Entscheidungen etwa BVerfGE 128, 226 (251 ff., 255).

300 Zur Wirkungsweise näher *Volkmann*, AöR 134 (2009), S. 157 (173 ff.); *Braun*, Leitbilder im Recht, S. 125 ff. Unter das Dach der teleologischen Auslegung passen sich die Leitbilder aufgrund ihrer weitgehenden Unabhängigkeit von konkreten Normtexten nicht recht ein. Sie betreffen i. d. R. größere Vorstellungen außerhalb konkreter Regelungszwecke. Diese Vorstellungen werden zwar nicht von allen Interpreten einhellig geteilt, weisen aber doch eine stark intersubjektiv geprägte und prägende Tendenz auf, weshalb es verkürzend erscheint, die Nähe der Leitbilder zu den stärker individuellen Vorverständnissen zu betonen – so aber *Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung, S. 22; wie hier *Volkmann*, Rechtsgewinnung aus Bildern, in: Krüper u. a. (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, S. 77 (84 f.) –, wenngleich gewisse Gemeinsamkeiten im psychischen Motivationsmodus bestehen.

301 BVerfGE 40, 296 (Zitate auf S. 313); wenngleich ein Leitbild normative und tatsächliche Elemente vereinigt, wird eine Argumentation, die *explizit* auf ein Leitbild zurückgreift, aus legitimatorischen Gründen typischerweise eher die normative Eigenschaft betonen und vom „verfassungsrechtlichen" oder dem „Leitbild des Grundgesetzes" bzw. des entsprechenden einfachen Rechtsgebiets sprechen, deutlich etwa BVerfGE 118, 277 (327 ff.). Das Verständnis der „Entschädigung" als Gehalt ist vorgezeichnet in BVerfGE 4, 144 (151); 32, 157.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mandatszeit „in der Regel einen atypischen Abschnitt außerhalb seiner bisherigen und künftigen beruflichen Laufbahn dar[stellt]“, veranlasst das Gericht 1987, von der vorgenannten Entscheidung teilweise abzuweichen.[302] Im Jahr 2000 ist dann in kritischer Auseinandersetzung vom „Leitbild einer ‚Abgeordnetenlaufbahn‘ “[303] die Rede, bevor das Gericht 2006 im Nebentätigkeitsurteil unmittelbar und ausdrücklich über das maßgebliche Leitbild zu verhandeln hatte: Während der Gesetzgeber und die das Urteil tragenden vier Richter vom Leitbild des Berufsabgeordneten ausgehen, für den Nebeneinkünfte einen Sonderfall darstellen, der offenzulegen und über den Rechenschaft abzulegen ist, soll der Abgeordnete nach Ansicht der Antragsteller und der vier ‚dissentierenden‘ Richter im „wirklichen Leben“ stehen und sich deshalb für die Ausübung der Freiheit, weiterhin einen normalen Beruf auszuüben, nicht rechtfertigen müssen.[304] Hier wird die Wechselwirkung zwischen Gerichtsentscheidungen und Rechtswirklichkeit, inklusive der öffentlichen Meinung, insofern deutlich, als eine zusätzliche Berufstätigkeit nicht mehr der, auch vom Parlamentarischen Rat geteilten[305], Normalvorstellung entspricht, sondern als leicht anrüchiger Makel empfunden wird, der Zweifel an der persönlichen Integrität indiziert. Diese Entwicklung hängt wesentlich mit der „Verfestigung des Leitbilds vom Berufsabgeordneten durch das BVerfG“[306] zusammen, dessen Stimme im gesamtgesellschaftlichen Diskurs als besondere, auch moralische Autorität wahrgenommen wird[307]. Auch wenn damit die jeweiligen Entscheidungen weitgehend aus den zugrundeliegenden Leitbildern hergestellt werden – einen Rechtswandel bedeutet deren Dynamik nicht per se. Dafür muss die Argumentation aus der konkreten Norm und insbesondere ihrem Text, das heißt unter Berufung auf ihre Autorität, einen neuen Inhalt fol-

302 BVerfGE 76, 256 (341 f.).

303 BVerfGE 102, 224 (239); mit Verweis auf *Meyers* vorweggenommene Kritik am Wohlwollen des Gerichts gegenüber der Praxis der Funktionszulagen, Das fehlfinanzierte Parlament, in: Huber u. a. (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, 1995, S. 17 (62 ff., insb. 68 f.). Ebd., S. 67 der Hinweis, ein einzelgängerischer, in der Fraktion nicht engagierter Abgeordneter entspreche nicht dem „Leitbild des Grundgesetzes“ (weshalb er für besonderes Engagement keine zusätzlichen Zahlungen zu erhalten habe).

304 BVerfGE 118, 277 (Antragsteller, S. 300 ff.; die Entscheidung tragenden Richter, S. 327 ff.; die unterlegenen Richter, S. 338 ff.).

305 Vgl. die Darstellung im genannten Sondervotum BVerfGE 118, 277 (341 ff.).

306 So der Titel des krit. Aufsatzes von *Linck*, NJW 2008, S. 24 ff. Die Wechselwirkung beschreibt auch *Szczerbak*, Verfassungsrechtliche Leitbilder als (unterschätztes) Präzisierungsinstrument im Verfassungsrecht?, in: Hein u. a. (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, S. 121 (125 f.).

307 Und als ‚dessen‘ Stimme verbreitet das Entscheidungsergebnis firmiert; unabhängig von der Frage, ob sich dieses ‚nur‘ aufgrund der Verfahrensregeln zum Abstimmungspatt durchgesetzt hat.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gern.[308] Veränderte Leitbilder können ebenso den Anstoß für Rechtsfortbildungen geben oder sich im Rahmen der Auslegung entfalten. Sie sind insofern allgemeine, subtile Zwischenschicht; und zwar zwischen Norm und konkreter Anwendung sowie zwischen Norm und Wirklichkeit.[309]

Die Beispiele sind hier aus dem Verfassungsrecht gewählt. Die Wirkungsweise von Leitbildern ist aber für die gesamte Rechtsordnung von Bedeutung. Darauf weist schon ihre Rezeptionsgeschichte hin: Für das Verfassungsrecht hat insbesondere Volkmann die Perspektive auf Leitbilder fruchtbar gemacht, nachdem sich bereits speziell im Verwaltungsrecht eine rege Diskussion über sie entwickelt hatte.[310] Außerhalb des öffentlichen Rechts ist eine solche Reflexion bislang ausgeblieben, allerdings ohne dass sich hierfür zwingende strukturelle Gründe ausmachen ließen.[311] Ein Bild, das sich potenziell auf *alle* Rechtsverhältnisse auswirkt, ist das Menschenbild der Rechtsordnung.[312]

---

308 Im hiesigen Beispiel ist die Einordnung insofern erschwert, als in atypischer Weise intensiv und ausdrücklich aus den Leitbildern argumentiert wird und diese insofern die *Norm*argumentationen teilweise verdrängen. Gleichwohl spricht einiges dafür, einen Verfassungswandel anzunehmen, weil sich der normative Gehalt des Merkmals „Unabhängigkeit sichern" aus Art. 48 Abs. 3 S. 1 GG bezüglich der „Nebentätigkeit" von einem ‚Nicht-Müssen' zu einem tendenziellen ‚Nicht-Sollen' einer entgeltlichen Tätigkeit außerhalb des Mandats entwickelt hat. *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 174 ff., 191 ff. greift für seine Analyse des Verfassungswandels (den er allerdings etwas weiter versteht als hier) intensiv auf Leitbilder zurück.

309 Das Subtile und damit auch Flexible markiert den Unterschied zu anderen „Zwischenschichten", wie der Dogmatik oder den verfassungsgerichtlichen „Maßstäben", die konkret zu prüfende Kriterien enthalten. Vgl. auch *Braun*, Leitbilder im Recht, S. 128, 190 ff.

310 Wichtig für die frühe Diskussion etwa: *Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 223 (232 ff.). Zum Verfassungsrecht: *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (insb. 68 ff.); *ders*., AöR 134 (2009), S. 157 ff., m. w. N. zur verwaltungsrechtswissenschaftlichen Debatte in Fn. 4; *ders*. Rechtsgewinnung aus Bildern, in: Krüper u. a. (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, S. 77 ff.; *ders*., Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland; *Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung; *Szczerbak*, Verfassungsrechtliche Leitbilder als (unterschätztes) Präzisierungsinstrument im Verfassungsrecht?, in: Hein u. a. (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, S. 121 ff.

311 Daher wählt etwa *Braun*, Leitbilder im Recht, einen grundsätzlich übergreifenden Zugang, in dem allerdings – wie hier letztlich auch – der öffentlich-rechtliche Forschungskontext deutlich durchscheint. Das von *Volkmann* selbst, Rechtsgewinnung aus Bildern, in: Krüper u. a. (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, S. 77 (insb. 81 f.), besprochene Beispiel eines Leitbilds des Vertrags bzw. der Privatautonomie entstammt trotz seiner Aufhängung an BVerfG, NJW 2001, S. 2248 (diese ist bloß Ausdruck der konstitutionalisierten Rechtsordnung) dem Zivilrecht.

312 Dazu hier nur *Böckenförde*, Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 58 ff.; *ders*., Vom Wandel des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schon die Frage, ob der Mensch zuvörderst als Individuum oder als in größere oder kleinere Gemeinschaften eingebundenes Wesen begriffen wird[313], wirkt sich unmittelbar etwa auf die Einordnung einer Handlung als Beleidigung, auf das Sozial- und zumindest mittelbar auch auf das Steuerrecht, auf das Nachbarschafts- und Familienrecht etc. aus – auf Begriffe wie die guten Sitten ohnehin. Wie sich die damit zusammenhängenden Vorstellungen von der Selbstbestimmung des Menschen zwischen tatsächlicher Fähigkeit und normativer Zuschreibung etwa im Zusammenhang der Sterbehilfe auswirken, haben wir eingangs der Untersuchung bereits gesehen.

### *c) Auslegung*

Der Rechtswandel bedarf einer Abgrenzung zur Auslegung der Gesetze schon allein deshalb, weil einige Autoren ihn in dieser aufgehen lassen[314]. Hier stellen sich also insbesondere die Fragen, ob sich die Ergebnisse des Rechtswandels auch im Wege der Auslegung konsistent begründen lassen, inwiefern Überschneidungen zwischen beiden Kategorien bestehen und welche Vorteile eine Unterscheidung birgt. Die Antworten hängen maßgeblich mit der zugrunde gelegten Auslegungstheorie zusammen. Im Grundsatz lässt sich in den Worten Robert Weimars festhalten: Wer für eine subjektive Auslegung eintritt, „stößt zum Problem des Normwandels erst gar nicht vor", weil sich der entstehungszeitliche Wille nicht mehr ändern kann; vom Standpunkt der objektiven Theorie ist der Rechtswandel dagegen „im Grunde nicht ein-

---

Menschenbildes im Recht, in: ders./Gosewinkel, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, S. 13 (insb. 37 ff.); *Becker*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ein Unterfall wäre etwa das Verbraucherleitbild und seine fundamentale Bedeutung für das Verbraucherschutzrecht. Vgl. auch *Baer*, „Der Bürger" im Verwaltungsrecht.

313 Vgl. die klassische Formel des BVerfG, z. B. E 4, 7 (15 f.): „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."

314 Insbesondere Häberle spricht wie gesehen zwar von einem Problem der ‚Interpretation'. Die Begriffe Interpretation und Auslegung werden im rechtstheoretischen Diskurs aber weitgehend synonym verwendet, um den Vorgang der Bedeutungsklärung bzw. -festlegung einer Rechtsnorm zu beschreiben. Wollte man hier differenzieren, wäre die Interpretation wohl das tendenziell weitere Konzept. Während die Rede von Auslegung eher eine Herleitung des Ergebnisses anhand einer weitgehend konsentierten Methodik suggeriert, wird der schwammigere Begriff der Interpretation auch dort verwendet, wo das Ergebnis etwas ‚freier' gefunden wurde. Aber das sind nur Nuancen. Letztlich hängt eben vieles mit dem jeweils vertretenen Interpretationsbegriff und dessen Weite zusammen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mal ein Problem“, sie hält das geltungszeitliche Verständnis ohnehin für maßgeblich.[315]

### aa) Subjektive Auslegungstheorie

Innerhalb der subjektiven Theorie, also der Ansicht, nach der das Ziel der Auslegung in der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens besteht, lässt sich ein Rechtswandel zunächst einmal nicht erklären, weshalb er von ihrer Warte aus illegitim ist. Anders würde das allerdings die Idee eines „living originalism“ sehen, wie sie, dem US-amerikanischen Diskurs entlehnt, hierzulande insbesondere von Mathias Hong vertreten wird.[316] In der Sache versucht Hong, wiederum vor dem Hintergrund der Verfassung, subjektive Auslegung und Verfassungswandel zu vereinen.[317] Der Grundgedanke ist, Argumente für ein prinzipiell dynamisches oder konkret neues Verständnis der jeweiligen Norm gerade den entstehungsgeschichtlichen Materialien zu entnehmen. Dabei stellt sich Hong zunächst unter Berufung auf Philipp Hecks „denkenden Gehorsam“ in die Tradition der klassischen subjektiven Theorie, die er für demokratisch und rechtsstaatlich geboten erklärt.[318] Die für diese untypische Auslegungsdynamik – die subjektive Theorie geht davon aus, „dass der Gesetzgeber im Entstehungszeitpunkt der Norm einen *gleichbleibenden* Sinn des Normtextes kommuniziert und festlegt“ – begründet er anhand einer Unterscheidung Ronald Dworkins.[319] Danach könne auch dann von einem „gleichbleibenden Sinn“ der Norm gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber diesen auf einer sehr allgemeinen Ebene festlegen wollte. Die entscheidende, unter Auswertung der Materialien zu beantwortende Frage sei daher, ob der Gesetzgeber die Anwendungsfälle der jeweiligen Norm auf seine eigenen konkreten Vorstellungen begrenzen oder Inhalte größerer Abstraktionshöhe normieren

---

315 *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (249 f.).

316 *Hong*, Der Menschwürdegehalt der Grundrechte, insb. S. 99 – 117. Nachweise zum Ursprung des Konzepts ebd., S. 101 f. Der Begriff stammt von *Jack Balkin*, Living Originalism. Im Grundsatz ebenso *Potacs*, Rechtstheorie, S. 66 f., bezüglich der Dynamik allerdings wohl zurückhaltender als Hong. Vgl. zum Folgenden auch die differenzierende Aufbereitung bei *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 150 ff.

317 Den Begriff „Verfassungswandel“ will er für sein Verständnis der Dynamik allerdings nicht verwendet wissen, vgl. die Debatte über die Begrifflichkeit zwischen *Volkmann*, VerfBlog v. 2.7.2017 einerseits und *Hong*, VerfBlog v. 9.7.2017 andererseits.

318 *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 46 ff., 111 ff.; *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, insb. S. 19 f.

319 *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 103 (Hervorhebung im Zitat nur hier).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wollte. Im ersten Fall müsste die Norm starr gehandhabt werden, im zweiten das eigene Verständnis der jeweiligen Zeit nur – irgendwie – mit der abstrakten Idee in Einklang stehen. Dworkin spricht hier von ausfüllungsbedürftigen „Begriffen" („concepts") und konkretisierten „Konzeptionen" („conceptions").[320] Wenn der Verfassungsgeber etwa das Gebot der „Fairness" erlasse, so könne er damit eine ganz bestimmte Konzeption der Fairness meinen – etwa nach utilitaristischen, deontologischen oder sonstigen Gesichtspunkten beurteilte. Er könne aber ebenso bestimmen, dass die Staatspraxis jeweils derjenigen Konzeption von Fairness zu folgen habe, die sie selbst bzw. der jeweilige Zeitgeist für angemessen hält, solange diese dem Begriff der Fairness nicht zuwiderläuft.[321] Hong bespricht als Beispiel etwa die Frage, ob das Grundgesetz gleichgeschlechtlichen Paaren dasselbe Schutzniveau biete wie verschiedengeschlechtlichen. Er bejaht sie im Ergebnis, weil die „Ehe" aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht als konkrete *Konzeption* im Sinne einer Privilegierung verschiedengeschlechtlicher Partnerschaften gemeint sei, obwohl eine „Ehe für alle" über den konkreten Vorstellungshorizont des Parlamentarischen Rates hinausginge und dieser der Homosexualität ablehnend gegenübergestanden habe:

> „Wenn man die Mitglieder des Parlamentarischen Rates also nicht nur gefragt hätte, was sie über einen Grundrechtsschutz für die ‚Ehe für alle' denken, sondern auch, ob sie sich vorstellen können, dass spätere Generationen womöglich einen Widerspruch sehen könnten zwischen ihrer Antwort auf diese Frage und ihren allgemeinen Aussagen über die Würde, die Freiheit und die Gleichheit aller Menschen – so sprechen die stärkeren Indizien dafür, dass sie dies zugestanden hätten."[322]

Insoweit wird man zustimmen können. *Vorstellbar* ist aber eben vieles; etwa auch – noch einigermaßen harmlos – das Verbot der polygamen oder Kinder-Ehe als Verstoß gegen Würde, Freiheit und Gleichheit anzusehen[323]; oder – das wäre historisch gar keine Innovation – das Halten von Sklaven als vom Eigentumsschutz umfasst. Das ist natürlich Polemik. Aber es zeigt, welch verschiedene Richtungen im Reich der Hypothesen offenstehen. Und ganz konkret wird ja etwa von einigen Autoren ausgerechnet auf Grundlage eines eigenwilligen Verständnisses des *Menschenwürdeschutzes* das Verbot, Menschen zu foltern, als einer der zentralen Gehalte des Art. 1 GG, relativiert und

---

320 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, S. 227 ff.

321 Ebd.

322 *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 377; die umfangreiche Besprechung ab S. 366.

323 Vgl. das argumentum ad absurdum bei *Ipsen*, NVwZ 2017, S. 1096 (1098) und die Ausführungen bei *Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL 73 (2014), S. 257 (287); für die Vereinbarkeit polygamer Ehen mit Art. 6 GG etwa *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier GG, Art. 6, Rn. 96 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gar eine Folter*pflicht* abgeleitet.[324] Es ist gerade die mit der subjektiven Theorie verbundene Hoffnung, solche Wandlungen nur – mit Blick auf Art. 1 GG müsste man sagen: allenfalls – innerhalb eines demokratischen Verfahrens zu ermöglichen. Was bleibt im „living originalism" also von der subjektiven Theorie übrig? Freilich: Entwicklungsoffene Normen gibt es auch auf ihrer Grundlage ohne Weiteres, man denke etwa an Böckenfördes Schleusenbegriffe. Entscheidend sind letztlich die Begründungsanforderungen an die Feststellung, Entwicklungsoffenheit sei bereits vom Normgeber selbst intendiert. Im Zusammenhang seines Beispiels führt Hong dazu aus, dem Parlamentarischen Rat sei bewusst gewesen, dass großzügig formulierte Freiheitsrechte Argumentationsspielraum lassen, um das damalige strafrechtliche Verbot gleichgeschlechtlichen Verkehrs als verfassungswidrig erscheinen zu lassen.[325] Daraus ein – zumal genetisches – Argument *für* die Zulässigkeit der „Ehe für alle" abzuleiten, wie es Hong tut, dürfte dann allerdings doch zu weit gehen. Denn: Dies wurde als *abschreckendes* Beispiel verwendet, um eine präzisere Normierung zu fordern! Die von Hong gezogene Konsequenz sollte also ausdrücklich verhindert werden. Sein Schluss vom dargelegten „allgemeineren *Vorstellungs*horizont" auf einen entsprechend allgemeinen, nicht im Konkreten verhaftenden, *Normierungswillen* des Parlamentarischen Rates ist somit nicht überzeugend begründet.[326] Für die sachbezogenen Argumente zur „Ehe für alle" mag anderes gelten, aber damit ist die subjektive Theorie dann schon verlassen. Der „living originalism" ist folglich entgegen Hongs Selbstzuschreibung eher eine Spielart der objektiven Theorie. Denn was ist die großzügige Annahme von bloß abstrakten „Begriffen" anderes als ein Votum für die Maßgeblichkeit der geltungszeitlichen Auffassung? Was bleibt noch von einem stabilen Normgehalt übrig, wenn jede Generation eine andere verbindliche Antwort auf die zu regelnden Interessen- und Wertungskonflikte geben darf? – Hier zeigt sich auch, dass Hongs Berufung auf Dworkin an

---

[324] So besonders *Brugger*, JZ 2000, S. 165 ff. (zur Folterpflicht, S. 171); *ders*., Der Staat 35 (1996), S. 67 ff.; siehe auch *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (879 f.); zur Kritik daran *Frankenberg*, Staatstechnik, S. 274 ff. Auf Grundlage einer ernsthaft betriebenen subjektiven Theorie wären solche Ansichten nicht vertretbar, was *Hong* selbst auch mit den entsprechenden historischen Argumenten darlegt und den Vorrang der Abwehrdimension der Würde ausdrücklich und insofern überzeugend begründet, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 260 ff., 643 ff.

[325] *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 374 ff.

[326] Zitat ebd., S. 377 (Hervorhebung nur hier). Beizupflichten ist Hong freilich, soweit er darauf hinweist, dass der Parlamentarische Rat die Verfassungsmäßigkeit des Homosexualitätsstrafrechts, § 175 RStGB, über das Sittengesetz löste und dieses entwicklungsoffen, etwa auch für Böckenförde Paradebeispiel eines Schleusenbegriffs ist. Deshalb wäre ein neuerlicher § 175 StGB auch ohne jeden Zweifel verfassungswidrig. Das beeinflusst die hier entscheidende Frage indes nicht: Das Sittengesetz taucht im Grundgesetz als freiheits*begrenzende* Schranke auf, nicht als Grund für die dynamische Schutzbereichserweiterung sonstiger Grundrechte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dieser Stelle nicht ganz unproblematisch ist. Man wird diesen als einen der zentralen Protagonisten eines antipositivistischen Rechtsbegriffs schon kaum als Subjektivisten einordnen können, weshalb *er* in sich folgerichtig, an der für die Einordnung als subjektive Theorie aber entscheidenden Stelle, die weitere Begründung gänzlich abbricht und unbestimmte Klauseln *per se* als bloße „Begriffe" verstehen will.[327]

Auf Ralf Poschers sprachtheoretische Rekonstruktion des Verfassungswandels, die in der Sache dieselben Fragen behandelt, kann hier nur am Rande eingegangen werden: Er verweist auf indexikalische (Rechts-)Begriffe, wie ‚Ich', ‚hier' oder auch ‚ungewöhnlich', deren „Bedeutung [sich] allein durch einen Wechsel des Anwendungskontextes ändern kann" und die insofern Dworkins „Begriffen" entsprechen.[328] Zwar müsse einerseits für jeden Verfassungsbegriff einzeln bestimmt werden, inwiefern er ein indexikalisches Element enthalten sollte, aber:

> „Vieles spricht prima facie dafür, dass der Gebrauch indexikalischer Ausdrücke den Verfassungen gerade erlauben soll, mit der Dynamik der Gesellschaften, denen sie dienen, mithalten zu können. […] Es bedürfte also schon starker Indizien, wenn man davon ausgehen wollte, dass der Verfassungsgeber sich zwar für einen indexikalischen Ausdruck entschieden hat, aber dennoch dessen Dynamik nicht nutzen wollte."[329]

Diese Vermutungsregel klingt plausibel. Vor dem damit aufgebauten verfassungstheoretischen Hintergrund – Verfassung als Grundordnung der Gesellschaft – ist aber klar, dass die entscheidende Frage, *ob* ein gewisser Begriff nun indexkalischer Natur ist oder nicht, ihrerseits regelmäßig im ersteren Sinne beantwortet werden wird. Die subjektivistisch anmutende Aussage, man folge nur dem Willen des Verfassungsgebers und nehme die Natur seiner Begriffe ernst, bekommt so wiederum einen objektivistischen Einschlag. Bezeichnend ist auch, dass Poscher als Beispiel aus dem deutschen Recht letztlich nur Art. 3 GG heranzieht. Das gelingt zwar überzeugend. Oben ist aber bereits darauf hingewiesen worden, welche Sonderstellung der Gleichheits-

---

[327] *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, S. 229. Hongs intensive Rezeption der Unterscheidung von „Begriffen" und „Konzeptionen" vergröbert den juristischen Zugriff zudem über Gebühr: Es ist eine Sache, zwischen einer utilitaristischen oder deontologischen Konzeption eines derart unbestimmten Begriffs wie der Fairness wählen zu können und entsprechende Konstellationen bezüglich Würde, Freiheit und Gleichheit auszumachen; eine andere ist es, unter Hinweis auf diese Lage der Auseinandersetzung mit den juristisch näherliegenden Normen auszuweichen und etwa die Lösung des Problems der ‚Ehe für alle' außerhalb des *Ehe*grundrechts zu suchen, wie es *Hong* ausdrücklich unternimmt, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 367 f., dazu auch noch unten III.3.

[328] *Poscher*, Verfassungswandel – Eine sprachtheoretische Erläuterung, in: Jestaedt/Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, S. 201 (208).

[329] Ebd., S. 211.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

satz aufgrund seines strukturell universellen Kontextbezugs im Rahmen des Verfassungswandels einnimmt – sowohl der zu subsumierende Fall als auch die Norm, der Vergleichsmaßstab, entstammen hier der dynamischen Wirklichkeit, was durch die vielfältigen parallelen Möglichkeiten der Wahl des Vergleichsmaßstabs noch potenziert wird.[330] Bei der weitaus größten Zahl der Normen ist der entsprechende Nachweis deutlich schwieriger, wie man an Hongs Versuch beobachten kann.

Hongs Ansatzpunkt, und das ist der eigentliche Wert seiner Theorie, befähigt ihn trotz der hier geübten Kritik, auf die neben dem Versteinerungsargument[331] zentrale Ideologiekritik am Standpunkt der Originalisten hinzuweisen:

> „Wenn etwa die historische Bedeutung […] auf der Ebene der spezifischsten Anwendungsvorstellungen enger war und nur bestimmte Verhaltensweisen einschloss, auf einer höheren Stufe der Allgemeinheit aber weiter reichte und (schon historisch) als entwicklungsoffener verstanden wurde, dann ist die Entscheidung für eine Fixierung seiner Bedeutung auf der konkretesten Ebene keineswegs wertneutral."[332]

Die Gefahr einer gewissen argumentativen Willkürlichkeit stellt eine Schwäche im Umgang mit der subjektiven Theorie dar. Hongs Ausführungen vermögen ihre Verwendungsweise insofern tatsächlich zu reflektieren und dadurch zu rationalisieren. Kompliziert wird es indes dadurch, dass er selbst dieser Gefahr nicht minder unterliegt, weil auch umgekehrt die Entscheidung für die Annahme der *abstraktesten* Ebene nicht wertneutral ist – sondern eben Spielräume eröffnen soll, die dann mit ganz konkreten Wertungen gefüllt werden können. Darum soll es an dieser Stelle aber nicht gehen.[333] Hier genügt es festzuhalten, dass nicht gleichzeitig eine subjektive Auslegungstheorie vertreten und ein Rechtswandel für legitim gehalten werden kann.

#### bb) Objektive Auslegungstheorie

Die eigentlichen Abgrenzungsprobleme ergeben sich erst vom Standpunkt der objektiven Theorie aus, nach der dem historischen Auslegungselement keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt[334]. Dazu ist oben bereits man-

---

330 *Poschers* Beispiel ebd., S. 212 ff. Zur Sonderrolle des Art. 3 GG bereits oben 1.a)bb).

331 Dazu noch unten B.III.1.

332 *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 106.

333 Zur Tragfähigkeit der subjektiven Theorie selbst bzw. zur Möglichkeit rationaler genetischer Argumente noch unten B.III. Allgemein zur Wertungsabhängigkeit der Methodenwahl (am Beispiel des Positivismus) *Grimm*, Methode als Machtfaktor, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, S. 247 ff.

334 So die ‚klassische' Position des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 1, 299 (312); 6, 389 (431); 62, 1 (45); 111, 54 (91). Vgl. zur tatsächlichen Relevanz der Entstehungs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ches angerissen worden, sodass sich hier im Wesentlichen auf eine Systematisierung und Entfaltung desselben beschränkt werden kann. Die Figur des Rechtswandels geht zunächst insofern über den Bereich einer Auslegungstheorie hinaus, als sie eine *empirische* Perspektive auf die Auslegungsgeschichte einer Norm eröffnet und dabei die faktischen Wechselwirkungen in den Blick nehmen kann, die zwischen der Auslegungspraxis und den Auslegungsvorschlägen einerseits sowie dem der Norm im Allgemeinen zugeschriebenen Sinn andererseits bestehen.[335] Auslegungstheorien formulieren dagegen methodische Handlungsanweisungen, sind also normativer Natur. Konkrete Auslegungen haben zusätzlich ein engeres Blickfeld; sie sollen einen bestimmten Fall entscheiden. Die analytisch wichtigere Abgrenzung ist jedoch zwischen einem auf Grundlage der objektiven Theorie legitimen *Auslegungswandel* und dem *Rechtswandel* einer konkreten Norm vorzunehmen.

*(1) Annäherung an denkbare Abgrenzungskriterien*

Verlockend wäre hier eine fließende, quantitative Unterscheidung nach dem Intensitätsgrad der Veränderung wie sie etwa Werner Heun zur Frage vorschlägt,

> „ob der Begriff des Verfassungswandels sich auf jeden geringfügigen Auslegungswandel erstrecken soll oder nur tiefgreifenden und grundlegenden Wandlungen vorbehalten sein soll […]; die weite Begriffsverwendung hat die Klarheit für sich, da die Bestimmung des Merkmals ‚tiefgreifend' immer umstritten sein wird und weitgehend auf – subjektiver – Einschätzung beruhen wird. Dennoch ist m. E. eine Einengung erforderlich, um den Begriff des Verfassungswandels nicht zu entwerten. Es bedarf eines Auslegungswandels von nicht ganz unerheblicher Bedeutung, um einen Verfassungswandel hervorzurufen."[336]

Problematisch ist hieran aber in der Tat die Konturlosigkeit des letztlich komparativen Kriteriums „tiefgreifend". Je nach Geschmack ließe sich ein Rechtswandel auf diese Weise stets verneinen oder umgekehrt zu anspruchslos annehmen, sodass die Kategorie zur rhetorischen Figur verkäme.[337] Für eine griffigere Differenzierung kommt es daher darauf an, dass die objektive

---

geschichte in der Rspr. des BVerfG *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 117 ff. sowie *Burkiczak*, Rechtstheorie 2021, S. 23 ff.

335 Wertvolle Beiträge liefern insofern breit angelegte entwicklungsgeschichtliche Arbeiten wie etwa bei *Bumke*, AöR 144 (2019), S. 1 ff. Vgl. auch allgemein zur (fehlenden) Beobachterperspektive auf die Rechtsentwicklung im deutschen Rechts- bzw. Verfassungsdenken *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, insb. Rn. 151 f.

336 *Heun*, AöR 109 (1984), S. 13 (31, Fn. 66).

337 Die erste Variante werden diejenigen wählen, welche die Figur des Rechtswandels ohnehin ablehnen. Die zweite Variante lässt sich etwa bei *Larenz*, DRiZ 1959, S. 306 ff., dazu oben 3., beobachten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Theorie zwar als „‚gegenwartsbezogene' Auslegung […] den Wandel der Verhältnisse berücksichtigt", aber nicht erklärt, „inwiefern dem Wandel bestimmter Verhältnisse eine Veränderung *gerade auch der Norm selbst* entspricht".[338] Um aufzuzeigen, wie die lebensweltliche Dynamik die Norm selbst ergreift, ist oben das Bild der Norm als Rahmen vorgeschlagen worden.[339] In diesem Bild besteht die Aufgabe der Auslegung darin, den Inhalt der Norm, also den Verlauf des Rahmens, zu ermitteln. Ob die spezifische Rechtsentscheidung innerhalb dieses Rahmens dann als dezisionistische verstanden oder als Endpunkt noch der Auslegung zugeschlagen wird, spielt insofern keine entscheidende Rolle.[340] Der Rechtswandel jedenfalls beschriebe Modifikationen am Verlauf des Rahmens. Hat ein solcher stattgefunden, unterfallen der Norm dort neue Sachverhalte, wo sich der Rahmen erweitert hat, oder es fallen, soweit er sich verengt hat, einige Anwendungsfälle aus der Norm heraus. Die von diesem Modell erhoffte qualitative Abgrenzung zur Auslegung – diese hält sich innerhalb des Rahmens, jener verschiebt ihn – gerät jedoch gerade mit Blick auf die objektive Auslegungstheorie zirkulär. Denn während der Normrahmen auf Grundlage der subjektiven Theorie noch einigermaßen stabil ermittelt werden kann, kennt die objektive Theorie keine klare Grenze der Auslegung. Wenn also der Normrahmen immer erst durch Auslegung festgestellt wird, fallen Auslegungs- und Rechtswandel in eins. Das Modell setzt insofern eine Differenzierung zwischen lege artis vorgenommenen Interpretationen und solchen Zuschreibungen an die Norm voraus, die nicht mehr methodisch begründbar sind. Letztere würden dann, soweit sie sich durchsetzen, einen Rechtswandel bewirken.[341] Eine solche Differenzierung ist auf Grundlage der objektiven Theorie aber schlichtweg nicht möglich. Dafür ist diese letztlich zu sehr Sammelbecken verschiedenster methodischer Auffassungen. Es findet sich immer jemand, der neue Normdimensionen mit innovativen Begründungen als gerade von der Norm gefordert darstellt. Zwar

338 *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (249 f., Hervorhebung nur hier).

339 Siehe oben 4.a)aa).

340 Die erstgenannte Variante bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre[1], S. 97 ff., der das Bild vom Rahmen geprägt hat, und in seinem Gefolge etwa *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 320 ff. und *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 505 (517 ff.). Die zweite Variante steht dagegen für den juristischen Mainstream; für sie ist die Rahmenlinie gleichbedeutend mit der ‚Grenze' der Auslegung. Das gilt für die erste Variante zwar gleichermaßen, sie kennt neben dieser ‚äußeren' aber noch die ‚innere' Grenze (zur Dezision/Rechtsetzung), die das Bild des Rahmens erst nahelegt.

341 Damit ist nicht zwingend bereits über die Rechtfertigung des Wandels befunden. Er kann als nicht durch *Auslegung* begründbar, aber trotzdem – anders – legitimiert angesehen werden, wie es etwa auch bei der Rechtsfortbildung der Fall ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kennt auch die von der objektiven Theorie geprägte Praxis des juristischen Meinungskampfes das Verdikt der Unvertretbarkeit – und dieses ist häufig nicht endgültig: Auch ‚abwegige' Mindermeinungen können Einfluss nehmen und sich schließlich durchsetzen. Sofern infolgedessen Rechtsprobleme ohne größeren Begründungsaufwand mit Verweis auf eine Norm gelöst werden können, die dazu vormals keinen Beitrag lieferte, hat sich der Rahmen als Wirkbereich der Norm verschoben und es liegt ein Rechtswandel vor. Das Kriterium der (Un-)Vertretbarkeit aber, obwohl es das Merkmal „tiefgreifend" durchaus konkretisiert, ist in ähnlichem Maße wie dieses von subjektiven Einschätzungen abhängig und wird nicht selten, dafür aber umso uneinheitlicher, als Kampfbegriff in juristischen Meinungsverschiedenheiten genutzt. Als qualitative Grenze zwischen Auslegung und Wandel ist es daher nicht belastbar. Nach alledem mag das Rahmenmodell, das den Rechtswandel noch klar von der -fortbildung abgrenzen konnte, auch sein Verhältnis zur objektiven Auslegung in einem ersten Schritt veranschaulichen. Es bringt aber keine trennscharfen Unterscheidungskriterien hervor.

Die Abgrenzung erfordert also weitere Anhaltspunkte. Hilfreich ist hierbei häufig die Bezugnahme auf vergleichsweise eindeutige Beispiele: Wenn etwa ein Kfz anfangs noch nicht als umschlossener Raum im Sinne des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB galt und dies mittlerweile anders gesehen wird, dann ist das ein Auslegungswandel, weil es nur eine ganz bestimmte Fallkonstellation betrifft und die Norm im Übrigen unberührt lässt.[342] Dagegen betrifft es die Konzeption des Art. 87a Abs. 2 GG im Ganzen, den Verteidigungsbegriff nicht mehr streng reaktiv und auf Aktionen im Staats- oder Bündnisgebiet begrenzt zu verstehen, sondern ihn auf proaktive Interventionen auszuweiten. Entsprechend handelt es sich um Verfassungswandel.[343] Von hier aus lässt sich ein Unterscheidungsgesichtspunkt ausmachen, der zumindest eine weitere Orientierung bieten kann: Stellt sich eine rechtliche Dynamik als Subsumtionswandel dar, ist sie als Auslegungswandel einzuordnen.[344] Betrifft sie

[342] Beispiel bei *Larenz*, DRiZ 1959, S. 306 (308) als „Bedeutungswandel"; entsprechende Rspr.: BGHSt 1, 158.

[343] Zwar betrifft auch dieses zweite Beispiel (Nw. oben 3.) leicht zu überschauende Fallkonstellationen; dies aber bereits auf größerer Abstraktionshöhe. Darüber hinaus gilt prinzipiell: Wenn Normen einen von vorneherein auf wenige Konstellationen begrenzten Anwendungsbereich haben, können die ‚gleichen' Detailanpassungen, die bei abstrakteren Normen als Auslegungswandel einzuordnen sind, bei ihnen einen Rechtswandel darstellen. Denn je präziser normiert wurde, desto intensiver greift eine Dynamisierung des Regelungsgehalts in das gesetzgeberische Konzept ein.

[344] Ein Rechtswandel liegt erst recht nicht vor, wenn aufgrund veränderter Umstände nun bloß neue Fallkonstellationen über alte Normen zu lösen sind, ohne dass entsprechende Sachverhalte vormals anders subsumiert wurden. So hätte etwa der Einbezug weiblicher Genitalverstümmelung in den *Schutzbereich* des Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG, sofern religiös motiviert, keinerlei Auswirkungen auf den Inhalt des Grund-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dagegen bereits die Definition eines Rechtsbegriffs und damit das normative Element selbst, spricht dies tendenziell für einen Rechtswandel. So lassen sich etwa auch Fälle, in denen neue *Einsichten* über die *unveränderte* Wirklichkeit zu einer gewandelten Beurteilung anhand des unveränderten rechtlichen Maßstabs führen, ohne Weiteres vom Rechtswandel unterscheiden.[345] Freilich nutzt dieses Kriterium allein in einem topischen Sinne, weil auch ein ‚bloßer' Auslegungswandel Detailanpassungen an der Definition nach sich ziehen kann[346] und bereits die idealtypische Unterscheidung zwischen Definition und Subsumtion in erster Linie der Entscheidungsdarstellung dient, sich im Anwendungsvorgang aber beide Elemente wechselseitig befruchten, sodass auch die Zuordnung des Wandels zu einem dieser beiden regelmäßig schwierig bleibt.

*(2) Sinnvolle Abgrenzungskriterien*

Besser geeignet und daher ausschlaggebend sind zwei Perspektiven, die ebenfalls bereits angedeutet worden sind. Charakteristisch für einen Rechtswandel ist zum einen, den normativen *Ausgangspunkt* des Rechtsanwendungsvorgangs zu verschieben[347]. Das Bild der normativen *Richtung* erhellt zum anderen, inwiefern eine Neuerung als prinzipielle Kursanpassung begriffen werden muss oder ein punktuelles Phänomen verbleibt.

Der Ausgangspunkt einer Norminterpretation, der dogmatische Kontext, in den sie eingebettet ist, spielt eine zentrale Rolle bei der Frage, welcher Endpunkt mit einer noch tragbaren Begründungslast erreicht werden kann. Erscheint eine Auffassung über den Norminhalt als prekärer Grenzfall, der sich bedenklich weit vom ‚eigentlichen' Kernanwendungsbereich der Norm ent-

---

rechts, wäre vielmehr konsequent. Anders verhält es sich demgegenüber mit dadurch ausgelösten Abwehrreaktionen. So schlägt etwa *Haack*, JZ 2017, S. 213 (217 f., 220) u. a. anhand dieses Beispiels – angesichts weiter Rechtfertigungsmöglichkeiten ohne Not – vor, die Grundrechte unter einen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung zu stellen, näher ausgearbeitet bei *dems.*, AöR 136 (2011), S. 365 ff. Das veranschaulicht auch, wie die Emanzipation einer konkreten Begründung – hier insbesondere: die Holocaustleugnung als *Tabu* innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung, so BVerfGE 124, 300 (321 ff.) – den Ausgangspunkt des Rechtsfindungsprozesses in anderen Fällen und damit die erreichbaren Ergebnisse verschieben kann, dazu sogleich im Text.

345 Vgl. BVerfGE 45, 187 (227, 229).

346 Im Beispiel des § 243 StGB etwa wird der umschlossene Raum nun nicht mehr über eine feste Verbindung zum Boden definiert, vgl. nur *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg, § 243 StGB, Rn. 6.

347 Ebenso *Würtenberger*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: FS Merten, S. 77 (82), der – in Abgrenzung zu bloßen Konkretisierungen – von Verfassungswandel sprechen will, „wenn ein neuer theoretischer Ansatz der Verfassungsauslegung zu Grunde gelegt wird".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fernt, so wird man jedenfalls Schwierigkeiten haben, für den Weg, noch ‚fernerliegende' Standpunkte zu erschließen, eine breite Gefolgschaft zu mobilisieren. Setzt sich die nämliche Position hingegen durch, wird sie dogmatisch verarbeitet und mit einem passgenauen theoretischen Unterbau bzw. einer passenden abstrakten Definition versehen werden, sodass sie sich harmonisch in das Rechtssystem einfügt und als Normalfall oder Prototyp erscheint[348]. Am Ende dieses Normalisierungsprozesses fällt einerseits der Großteil des Argumentationsaufwands weg und die entsprechende Rechtsentscheidung ist durch den bloßen Hinweis auf die Norm oft schon hinreichend begründet.[349] Andererseits entsteht eine neue Ausgangssituation[350], von der aus die Akzeptanz noch weitergehender Interpretationen erreichbar ist, weil der Begründungszwang erst an einem späteren Punkt disziplinierend wirkt.[351] Auf diese Weise kann sich der Norminhalt Stück für Stück[352], und ohne dass diese Dynamik den Akteuren bewusst oder von ihnen beabsichtigt sein müsste[353], verschieben – wie angedeutet, indem sich neue Aussagen bzw. Entscheidungen

---

348 Vgl. zum „Auswechseln der Begründung" allgemein auch *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (376 f.).

349 *A. Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 265 spricht von der „Beschränkung des Nachdenkens über das Recht auf die einmal gegebene dogmatische Ausgangssituation" und konstatiert gleichzeitig: „die Anhaltspunkte, die man hat, wandeln sich […] mit den Anwendungen, die das Gesetz in der Zeit erfährt".

350 Die Terminologie des „Ausgangspunkts" nutzt auch *Eckhoff*, Zur Rechtsschöpfungsfunktion der Gerichte, in: Harenburg u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel, S. 383 (388): „Oberflächlich gesehen basiert jedes Urteil auf der gleichen Rechtsauffassung wie das vorhergehende, aber trotzdem findet eine gewisse Verschiebung von einem zum anderen Einzelfall statt, so daß die Praxis […] sich vom ursprünglichen Ausgangspunkt erheblich entfernt haben kann."

351 Vgl. hierzu auch das Modell des Rechts als Gummiband, das – um die Hüfte des Interpreten gebunden – diesen nicht am Erreichen seines Wunschziels hindert, aber umso größere Anstrengungen erfordert, je weiter dieses – vom Ausgangspunkt – entfernt ist; dazu *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 157 unter Berufung auf *Poscher*, Der juristische Eigenstand der Verfassung, in: Scherzberg u. a. (Hrsg.), Verfassungstheorie und Verfassungsgebung, S. 27 (37 f.).

352 *Höpner*, Wie der Europäische Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen, MPIfG Discussion Paper, No. 14/8, S. 20 ff. zeigt anhand der europäischen Grundfreiheiten auf, wie der EuGH „Wandel in kumulativen Trippelschritten" betreibt. Vgl. auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 67: „jeweils noch unterhalb der Schwelle einer klaren Gesetzesberichtigung geht ein Wandel des Gesetzes vor sich, der im Ergebnis den ursprünglichen Gesetzgeberwillen und die heutige Auslegung voneinander entfernt. Auch eine neuartige, schöpferische Auslegung kann nicht vom ursprünglichen Gesetzgeberwillen ausgehen, sondern von dem Gesetz, so wie es heute verstanden wird."

353 So schon *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 3; präziser *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (127), der zurecht darauf hinweist, dass es für den Begriff des Rechts- bzw. dort Verfassungswandels auf die Frage des bewussten oder unbewussten Betreibens nicht ankommen kann.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

über den Inhalt einer Rechtsnorm von den ihnen Halt und eine ganz bestimmte Ausrichtung gebenden Gründen emanzipieren, sodass diese Aussagen selbst, etwa als Referenz eines weiterreichenden *argumentum e simile*, zu Faktoren der weiteren Rechtsentwicklung werden. Es kann sich aber auch gerade umgekehrt verhalten, dann verselbständigt sich die dogmatische *Begründung* einer Einzelfrage und zeitigt Auswirkungen über die ursprüngliche Konstellation hinaus.[354] Das gilt namentlich auch für explizit als eng begrenzte Ausnahmen eingeführte Normdeutungen, deren ‚dammbrechendes' Potenzial nie gänzlich ausgeschlossen werden kann.[355] Dieser ganze Vorgang lässt sich mit Essers prägnanten Formulierungen als „Kreislauf zurück in die positiven Rechtsquellen" oder „Einverleibung in die weiter tradierten Normvorstellungen" beschreiben.[356]

Veranschaulichen lässt sich das alles an dem in seiner Auswirkung vielleicht bedeutendsten Beispiel für Wandel auf Verfassungsebene: Die Erweiterung der Grundrechtsdimensionen über die klassisch-abwehrrechtliche Wirkung hinaus war zu Beginn dieser Lehre noch begründungsbedürftig, bietet aber mittlerweile selbst die Begründung für neue Deutungen. Entsprechend ist bereits – insofern mit einigem Erfolg[357] – vorschlagen worden, diese Ent-

---

354 Es kommt hier auf die weiteren Argumentationsmöglichkeiten an, die mit neuen Begründungsmustern einhergehen, vgl. die Bemerkung bei *Esser*, Merklicher und unmerklicher Wandel der Judikatur, in: Harenburg u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel, S. 217 (221): „Andere Rechtsvorstellungen führen möglicherweise erst auf dem Umweg zu anderen Rechtsinhalten, daß die juristische Argumentation geändert wird. Ja, die bloße Änderung der Begründungsart kann auch ohne unmittelbare Folgen für die Entscheidungstendenz ein neues Rechtsverständnis eröffnen und ausbilden." Der eigentliche Grund eines Begründungswechsels wird dabei regelmäßig die präzisere Passgenauigkeit der Argumente sein, auch wenn schon eine alte Begründung das Ergebnis ‚noch' tragen konnte.

355 Vgl. etwa *Steinbeis*, VerfBlog v. 27.10.2023 zum Vorstoß des hessischen Justizministers Poseck, die Leugnung des Existenzrechts Israels strafrechtlich vom Schutz der Meinungsfreiheit auszunehmen, obwohl Stellungnahmen zur (in diesem Falle Völker-)Rechtslage schwerlich als Tatsachenbehauptungen angesehen werden können und die Ausnahme aus BVerfGE 124, 300 sich nur auf die Verherrlichung des historischen NS-Regimes bezieht. Letzteres eröffnet über das verbindende Glied des Antisemitismus aber eben argumentative Spielräume (– ohne Antisemitismusbezug ließe sich mit einiger Fantasie ähnliches etwa auch bezüglich deutscher Kolonialverbrechen konstruieren). Wer diese Spielräume nutzt und damit Erfolg hat, darf sich selbst auf der moralisch richtigen Seite wähnen, hinterlässt aber eine andere Meinungsfreiheit als die bisherige. *M. H. W. Möllers*, Menschenwürde, Bürgerfreiheit, Zeitgeist und Staatsräson, in: Lepsius u. a. (Hrsg.), Verfassung und Rechtspolitik: 70 Jahre Grundgesetz, S. 75 (90 f.) deutet bereits BVerfGE 124, 300 als Verfassungswandel.

356 *Esser*, Merklicher und unmerklicher Wandel der Judikatur, in: Harenburg u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel, S. 217 (218).

357 Die mit diesem Vorschlag ebenso in Verbindung stehende Engführung der Schutz- bzw. Gewährleistungsbereiche – dafür neben den sogleich Angeführten insbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wicklung auch auf Ebene der dogmatischen Begriffe zu vollziehen und die Rede vom „Schutzbereich“ zu verabschieden, weil sie ein negatives Freiheitsverständnis suggeriere, und stattdessen den auf ein auch positives Freiheitsverständnis maßgeschneiderten Begriff des „Gewährleistungsgehalts“ zum neuen dogmatischen Ausgangspunkt zu nehmen.[358] Niedergeschlagen hat sich diese Idee etwa in der verfassungsgerichtlichen Kreation des „Grundrechts *auf Gewährleistung* der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“.[359] Mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts hat diese ganze Entwicklung eine neue, sehr aktuelle Facette bekommen, weil hier die Grundrechte noch augenscheinlicher als zuvor gerade die Forderung nach Einschränkungen der Freiheit begründen sollen.[360]

Damit hat sich ihre Stoßrichtung in diesem Fall diametral gewandelt. Die Grundrechte werden hier nicht mehr nur als staatliches Eingriffs*verbot* (mit Rechtfertigungsvorbehalt) verstanden, *gebieten* vielmehr hoheitliche Freiheitsverkürzungen. Das Bild der Normrichtung bietet Abgrenzungspotenziale, ist doch lagerübergreifend anerkannt, dass eine Norm zwar nicht bereits die abschließende Lösung des Einzelfalls enthält, durch sie aber „der Blick doch

---

sondere *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), S. 165 (174 ff.) – hat sich nicht durchgesetzt, vgl. *Hellmann*, Der sogenannte Gewährleistungsgehalt, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts II, S. 151 ff. Das BVerfG verwendet den Begriff „Gewährleistungsgehalt“ dafür mittlerweile regelmäßig als Synonym für den Schutzbereich, so statt vieler in BVerfGE 152, 152 (194); die Literatur ist auch insoweit zurückhaltender.

358 Vgl. zur umfassenderen Diskussion um die „Gewährleistungsgehalte“ mit zahlreichen Nachweisen die Fundamentalkritik bei *Kahl*, Der Staat 43 (2004), S. 167 ff.; die Erwiderung von *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 ff.; sowie *Volkmann*, JZ 2005, S. 264 ff. und *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Insbesondere *Hoffmann-Riem* betont dabei die im Text angesprochene Facette der Terminologie, Der Staat 43 (2004), S. 226 ff.; *ders*., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, S. 53 (57, 71 f., 75 f.).

359 BVerfGE 120, 274 (Hervorhebung nur hier); es steht zu vermuten, dass die Parallelität in der Person *Hoffmann-Riems* als zentraler Fürsprecher der Gewährleistungsgehalte sowie an der Entscheidung mitwirkender Richter Einfluss auf die textliche Fassung des Grundrechts genommen hat. Welch bedeutende Perspektivverschiebung hier mit dem Begriff der „Gewährleistung“ einhergeht, den man in der Sache aus dem ohnehin sperrigen Namen ja an sich auch ersatzlos hätte streichen können, zeigen *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 107 ff.

360 BVerfGE 157, 30, näher dazu unten III.4.a). Der Einfluss, den diese Entscheidung auf die gesamte Rechtsordnung haben wird, ist noch nicht in Gänze abzusehen. Bemerkenswert sind jedenfalls Versuche, in ihrem Gefolge etwa ein deliktisch geschütztes „Recht auf Erhalt treibhausgasbezogener Freiheitsausübung“ in der Rechtsordnung zu platzieren – nun allerdings abgelehnt durch LG Braunschweig, KlimR 2023, S. 88 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in eine ganz bestimmte Richtung gelenkt“ oder „die Richtung angezeigt [wird], in die gedacht werden muss“.[361] Verwendet man dieses Bild als Modell zur Veranschaulichung des Rechtswandels, ist von einem bloßen Auslegungswandel auszugehen, soweit von einer Norminterpretation zu einer anderen, aber in derselben Richtung liegenden, gewechselt wird. Darin wird man je nach Einzelfall bereits einen neuen Ausgangspunkt erblicken können, ohne dass dies als solches schon einen Rechtswandel bedeuten müsste. Ein Beispiel unter vielen wäre der Wechsel vom klassischen zum modernen Eingriffsbegriff, der den Grundrechtsschutz im Staat-Bürger-Verhältnis zwar intensiviert, aber damit die Wirkrichtung der Grundrechte nicht per se berührt (sondern deren ursprünglichen Gedanken im besten Sinne ‚optimiert‘).[362] Ganz deutlich neue Ausgangspunkte setzt auch die immer häufigere Ausweisung eines Interpretationsergebnisses als eigenständiges subjektives Recht. Tendenziell befördert dies aus den oben genannten Gründen den Rechtswandel,[363] ist aber nicht zwinged selbst bereits als solcher anzusehen: Das „Recht auf Bildung“ stellt einen Wandel dar, weil die zugrundeliegende Norm zuvor überhaupt kein subjektives Recht vermittelte; im Falle des „Rechts auf selbstbestimmtes Sterben“ fällt die Einordnung, wie eingangs der Untersuchung gesehen, nicht derart einfach.[364]

Es bedarf daher einer Zusammenschau beider Kriterien, wobei der neue Ausgangspunkt mehr das dynamische Potenzial veranschaulicht und die Richtung dessen spezifische Verwirklichung. Sucht und sieht man die der Norm zuzuschreibende Lösung insofern in einer anderen als der ursprünglichen Normrichtung, ist dies ein Rechtswandel. Maßstab für die Ursprünglichkeit ist der positiv auffindbare Wille des historischen Gesetzgebers.[365] Dabei kann es

---

[361] Das erste Zitat bei *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (54); das zweite bei *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 505 (521).

[362] Zu den Grundrechtsbegriffen *Hillgruber*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ IX, § 200, Rn. 89 ff.

[363] Aus einer dem Rechtswandel kritisch gegenüberstehenden Perspektive heraus erscheint diese Form der Interpretation daher nicht unproblematisch. *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 54 weist dagegen auf die begrenzende Funktion solch neuer Spezialgrundrechte hin; deren Alternativen, etwa die Fortentwicklung der allgemeinen Grundrechtslehren, seien „fundamentalere Weichenstellungen“. Zum Ganzen nun *León Vásquez*, Die grundrechtsschaffende Gewalt, insbesondere am Beispiel des „Rechts auf Bildung“.

[364] Zum „Recht auf Bildung“ unten III.2. sowie III.4.c); zum „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“ oben vor I.

[365] Dass sich ein Gesetzgeberwille im Einzelnen oft nicht rekonstruieren lässt, ist kein konzeptionelles Problem. Denn: Soweit dies der Fall ist, liegt eben von vorneherein kein Rechtswandel vor. Zudem betrifft die Unergiebigkeit der im weitesten Sinne historischen Auslegung vor allem Detailfragen. Je höher der Abstraktionsgrad, auf

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich im Extremfall um die entgegengesetzte Richtung handeln – Musterbeispiel: Wandel vom *Ver-* zum *Ge*bot –, aber auch schlicht andere Richtungen – etwa vom Verbot zur Indifferenz – sind denkbar, was interne Abstufungen ermöglicht. Wissenschaftlich ausgearbeitet und reflektiert ist die Vorstellung der Normrichtung soweit ersichtlich noch nicht. Sie dient eher als naheliegendes rhetorisches Mittel.[366] Dabei verweist bereits Hecks klassische Metapher von den Gesetzen als „Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenübertretenden und um Anerkennung ringenden Interessen" auf die durchaus präzise Vorstellung eines gesellschaftlichen Kräfteparallelogramms.[367] Die Addition der diversen Interessenvektoren zum Normgehalt lässt diesen als Pfeil mit Richtung und Länge erscheinen. Ändern sich mit den gesellschaftlichen Umständen und Wertvorstellungen die maßgeblichen Ausgangsgrößen, summieren sie sich zu einem abweichenden Normvektor. Während dieses neue Ergebnis beim Subjektivisten Heck erst in einem abermaligen Gesetzgebungsverfahren festgesetzt wird[368], liegt ein Rechtswandel gerade dann vor, wenn die Dynamik der sozialen Kräfteverhältnisse außerhalb eines Gesetzgebungsverfahrens auf die Richtung einwirkt. In diesem Sinne verwendet etwa Ebsen das Bild der „Resultante"; so enthalte etwa „auch die mehr oder minder gegebene juristische Vertretbarkeit von Rechtsbehauptungen ein Element von ‚Resultanten'charakter im sozialen Interessenkampf".[369] Die zusätzliche Komponente der Länge des Normvektors würde es prinzipiell überdies ermöglichen, Vorgänge als Rechtswandel zu beschreiben, an deren Ende eine Norm letztlich gar keine Richtung mehr aufweist, wie es etwa bei § 54 S. 1 BGB a. F. zu beobachten war, dessen eindeutigen Regelungsgehalt die Praxis schon seit Jahrzehnten schlichtweg ignoriert und den der Gesetzgeber schließlich mit Wirkung ab 2024 reformiert hat.[370] Jedenfalls über solche Sonderfälle

---

dem sich die Interpretationsdynamik abspielt, desto eher lässt sich – auch ohne ausdrückliche Äußerungen in Materialien – ein Gesetzgeberwille auf entsprechender Abstraktionsebene feststellen.

366 Vgl. auch etwa BGH, NJW 1992, S. 2021.

367 *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 17. Mit dem Bild des Kräfteparallelogramms veranschaulicht bereits *Jhering*, Der Kampf ums Recht, S. 9 die Auswirkungen der sich gegenüberstehenden gesellschaftlichen Kräfte und Interessen auf die Gesetzgebung.

368 Zu Hecks Ablehnung des Rechtswandels und inhaltlich-repräsentativer Positionen (dazu unten B.) *ders*., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 220 f., 238 f.

369 Vgl. *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, S. 230 ff., 263 u. ö.; das Zitat auf S. 270.

370 MoPeG v. 10.8.2021, BGBl. I, S. 3436 ff.; vgl. auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 588 ff.: „Extremfall des Funktionswandels, nämlich der völlige, nicht substituierbare Funktionsverlust". Das Bild der (fehlenden) Richtung legt auch *Weimars* Beschreibung nahe, der Rechtswandel habe „das ‚Gesetz' über weite Strecken nicht nur ergänzt, sondern abgeändert, ins Gegenteil gedreht oder

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hinaus sollen verschiedene Längen des Normvektors hier allerdings keine analytische Rolle spielen. Die Intensität der Normwirkung kann, bei gleicher ‚Richtung', ohnehin von Fall zu Fall variieren und hängt als quantitatives Kriterium in hohem Maße von subjektiven Einschätzungen ab. Ertragreicher ist daher das Bild der Richtung. Ihre Veränderung kann als qualitatives Abgrenzungsmerkmal zum bloßen Auslegungswandel angesehen werden. Das schließt Unklarheiten und fließende Übergänge bei der Einordnung im Einzelfall nicht aus, weil ein Konsens selbst bei klaren Kriterien oft schwierig zu erreichen ist bzw. ein Rechtswandel regelmäßig zeitlich gestreckt vonstattengeht, sodass der exakte Zeitpunkt seines Eintritts nicht stets angegeben werden kann.[371] Ein konzeptionelles Problem liegt in dieser Vagheit ebenso wenig wie darin, dass sich die einzelnen Vorgänge trotz alledem weiterhin *auch* als objektive Auslegung einordnen lassen. Letzteres hat seine Ursache in der Konturlosigkeit der objektiven Theorie. Der Kategorie des Rechtswandels schadet es nicht, aus deren Perspektive ‚nur' eine abgrenzbare Schnittmenge zu bezeichnen.

## II. Ursachen des Rechtswandels

Nachdem nun ausführlich dargelegt wurde, was der Rechtswandel ist, und bevor im nächsten Abschnitt anhand von konkreten Beispielen analysiert wird, wie er sich im Einzelnen vollzieht und welchen Argumentationsmustern er dabei folgt, gilt es an dieser Stelle, einen kurzen Blick auf seine Ursachen zu werfen. Warum und wann geschieht rechtliche Dynamik gerade in Form des Rechtswandels – und nicht etwa als Rechtsänderung? Im Wesentlichen sind zwei Faktoren ausschlaggebend: Es tritt ein lebensweltlicher Umstände- oder Wertewandel auf, der innerhalb des Rechtssystems ein Anpassungsbe-

---

schlicht verschluckt", Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (244). Im Falle des § 54 S. 1 BGB wirkte sich die Norm gleichwohl in einer Weise aus, die der gesetzgeberischen Intention diametral entgegenstand; letztlich ist der Vorgang rechtsmethodisch aber eher nicht als Rechtswandel zu klassifizieren, zum gesamten Beispiel näher unten III.8.

371 Fraglich ist dann etwa, wie einhellig die neue Interpretation vertreten werden muss, um als Rechtswandel zu gelten: Eine bloße Anerkennung in der Literatur wird regelmäßig nicht ausreichen, wenn die Gerichte sich dagegenstellen. In der umgekehrten Konstellation wird man schon eher einen Rechtswandel erkennen können, weil das Recht sinnvollerweise nicht losgelöst von seiner praktischen Relevanz beurteilt werden kann. Je vereinzelter die Judikate (noch) sind, desto mehr kommt es auf die Haltung des Schrifttums an. Das heißt nicht, dass der Ablauf einer gewissen Zeitspanne ein festes Merkmal des Rechtswandels wäre, er kann vielmehr im Einzelfall auch sehr abrupt eintreten, ebenso *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 99, vgl. auch noch B.III.1.c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dürfnis auslöst (1.). Einer formellen Anpassung durch Änderung der Normtexte können aber unterschiedlichste Hindernisse entgegenstehen (2.). Der Rechtswandel bleibt dann eine gangbare Alternative, dem Wandlungsdruck nachzugeben. Ein in dieser Hinsicht eigenständig danebenstehender Motor des Wandels ist die bereits angesprochene Konstitutionalisierung, die zumal in Zeiten eines „europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“[372] fortlaufend neue Impulse in die Rechtsordnung einspeist und sie so stetig in Bewegung hält (3.).

### 1. Veränderte Umstände und Wertvorstellungen

Der Wandel außerrechtlicher Faktizitäten verlangt regelmäßig nach Reaktionen des Rechts. Mit dem technischen Fortschritt, aktuell insbesondere in Gestalt der Digitalisierung[373], den wirtschaftlichen und kulturellen Grundlagen des Zusammenlebens[374] und den ökologischen Herausforderungen des Klimawandels sind nur einige der Dauerthemen benannt, denen hin und wieder internationale Krisen, wie Pandemien oder außenpolitische Spannungen, zur Seite treten. Diese lebensweltlichen Veränderungen detailliert zu typisieren, erscheint angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und Zukunftsbezogenheit für die hier verfolgten Zwecke wenig ertragreich.[375] Sinnvoll ist aber – auch für im weiteren Verlauf der Arbeit anfallende Betrachtungen – eine Zweiteilung der Dynamik in einen Umständewandel einerseits und einen Wertewandel[376] andererseits. Beide sind zwar aufgrund einer gewissen Interdependenz nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden. Dennoch gibt es Lebensbereiche,

372 *Voßkuhle*, NVwZ 2010, S. 1 ff.

373 Zum dadurch angeregten Verfassungswandel ausführlich *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung; zum Wandel einfachen (Strafverfahrens-)Rechts durch technische Entwicklungen *Roggan*, NJW 2015, S. 1995 ff.

374 Dazu gehört etwa der „Verfassungswandel durch Migration“, vgl. den gleichnamigen Beitrag von *Haack*, JZ 2017, S. 213 ff.

375 Für eine etwas detailliertere Sammlung tatsächlicher Veränderungen und rechtlicher Reaktionsmuster siehe beispielhaft *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, S. 14 ff.

376 Im Rahmen dieser Arbeit wird ein weiter Wertbegriff zugrunde gelegt, nach dem jede unterschiedliche Auffassung zu einer bestimmten Thematik Ausdruck einer Wertung ist. Diese muss nicht intersubjektiv geteilt sein, wie es im ebenso ubiquitären wie nebulösen Berufen auf „unsere Werte“ implizit behauptet wird, vgl. dazu *Möllers*, Merkur 883 (2022), S. 5 ff., – faktisch werden Anschauungen freilich regelmäßig gruppenweise geteilt; wie hier *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 131. Als ‚Vorstufe‘ des Rechtswandels äußert sich der Werte*wandel* insbesondere in einer veränderten Wahrnehmung und Interpretation der rechtlich regulierten Situationen bzw. allgemein in der Vorstellung einer guten und gerechten Ordnung. Vgl. etwa zum „Auffassungswandel des Eigentums“ und seiner „dynamischen Struktur“ *Schuppert*, AöR 147 (2022), S. 463 (496 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in denen die gesellschaftlichen Haltungen, Einstellungen und Anschauungen sich weitgehend eigenständig gewandelt haben, ohne eines Anstoßes durch äußerliche Entwicklungen bedurft zu haben. So ist etwa der offenere und positivere Umgang mit geschlechtlichen Orientierungen außerhalb der vorherrschenden Heteronormativität zwar möglicherweise durch moderne Massenkommunikationsmedien und wissenschaftliche Erkenntnisse, die eine Pathologisierung widerlegen, begünstigt worden, in erster Linie aber Folge eines ‚bloßen' gesellschaftlichen Diskurses, in dem mutige Minderheiten langwierige Überzeugungsarbeit geleistet haben und weiter leisten. Es kommt jedoch letztlich gar nicht darauf an, ob ein Wertewandel auf veränderte Umstände zurückzuführen ist oder sich allein kommunikativ vollzogen hat. Die gesonderte Betrachtung rechtfertigt sich aus der herausgehobenen Bedeutung, welche den Wertungen im Recht zukommt. Gesetze enthalten immer auch eine gesetzgeberische Bewertung des zugrundeliegenden Lebensbereichs. Solche Wertungen sind zwar psychologisch durch die Umstände zur Zeit des Erlasses bedingt, hängen juristisch allerdings nicht von ihnen ab, weil aus konkreten Umständen nie ohne Weiteres bestimmte, also nicht-kontingente, Wertungen folgen. Es macht mithin einen Unterschied, ob der Rechtswandel alte Wertungen unter neuen Umständen zu verwirklichen – im prinzipientheoretischen Vokabular: zu optimieren[377] – sucht oder diese Wertungen selbst Gegenstand der Dynamik sind.[378]

Ein immer wieder zu beobachtendes Muster, wie gesellschaftliche Veränderungen Eingang in den juristischen Diskurs finden, ist das folgende: Es bilden sich faktisch funktionelle Äquivalente für rechtlich regulierte Institutionen aus, wodurch die Frage aufgeworfen wird, inwiefern diese am ursprünglichen rechtlichen Schutz teilhaben. Oben ist bereits darauf eingegangen worden, dass die Leistungen des Sozialstaats und das Entgelt für unselbständige Arbeit für die wirtschaftliche Absicherung des Individuums nunmehr eine wesentlich größere Rolle spielen als das private Sacheigentum, und was dies für den Schutzbereich namentlich des Art. 14 GG bedeuten könnte.[379] Die gleichen Fragen stellen sich, wenn sich neue Protestformen im Internet etablieren, die mangels körperlicher Zusammenkunft keine Versammlung darstellen, deren

377 Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

378 Diese Differenzierung macht *Grimm* in seinem Diskussionsbeitrag, VVDStRL 73 (2014), S. 300 f. und zuvor in: Seoul Law Journal 42 (2001), S. 182 (196), für die Analyse rechtlichen Wandels fruchtbar. Vgl. auch *Britz*, Wandel von Ehe und Familienvorstellungen im und durch Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, S. 291 (297 f.); *Rijsbergen*, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, S. 118 ff. Gegen diese Unterscheidung, jedenfalls soweit damit der Wertewandel als unzulässiger Anlass eines Rechtswandels gekennzeichnet werden soll, aber *Sacksofsky*, Merkur Vol. 68 (2014), S. 143 (146).

379 I.1.b)aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kollektiver Beitrag zur Meinungsbildung aber ebenfalls rechtlichen Schutz für sich einfordert.[380] Ein weiteres instruktives Beispiel entstammt dem Bereich des zwischenmenschlichen Zusammenlebens: Das Grundgesetz geht von der Familie als sozialem Lebensmittelpunkt und Rückzugsstätte in die engsten zwischenmenschlichen Bindungen aus. Der herausgehobene rechtliche Schutz der Familie durch Art. 6 GG läuft dabei für die zwischenzeitlich angewachsene Zahl der kinderlosen Alleinstehenden ins Leere, obwohl auch diese enge Fürsorgebeziehungen zu anderen Menschen unterhalten. Sind solche äquivalenten, freundschaftlichen Bindungen nun in gleichem Maße verfassungsrechtlich geschützt?[381] Wer hier den Regelungsgehalt der jeweiligen Normen dynamisch ausweiten will, stellt auf ihre soziale Funktion ab. Die entsprechenden Argumentationen lassen sich daher als „funktionale" zusammenfassen und etwa „substantiellen" Argumenten aus dem feststehenden „Wesen" des rechtlich Geregelten gegenüberstellen.[382] Sie sind eine häufig genutzte Strategie, um außerrechtliche Veränderungen normimmanent zu verarbeiten und können so auch zu einem Rechtswandel führen.[383] Wie auch immer man zu den Einzelfragen stehen mag: Der Blick auf die gesellschaftliche Funktion konfrontiert jedenfalls mit konkreten Veränderungen der Umwelt und strukturiert bzw. problematisiert sie juristisch. Er kann das Bedürfnis nach einer An-

---

380 Einen Überblick zur Onlineversammlung bietet *Sinder*, Versammlungskörper, in: Greve u. a. (Hrsg.), Der digitalisierte Staat, S. 223 ff., die einem Einbezug in den Schutzbereich des Art. 8 GG, wie ihn das „republikanisch-funktionale Argument" (ebd., S. 243) fordere, i. E. ablehnend gegenübersteht, ebenso die (noch) h. M. Dafür aber etwa *Kersten*, Schwarmdemokratie, S. 225 f.; *Vogelsang*, Kommunikationsformen des Internetzeitalters im Lichte der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, S. 108 ff., insb. 133 ff.; *Akbarian*, KJ 2020, S. 225 (233 f.).

381 Dafür *Sacksofsky*, KJ 2021, S. 47 (insb. 53, 56 f.); *dies*., Relationale Freiheit, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 180 (191) über eine entsprechende Interpretation des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dazu noch unten III.3. Die Frage des gleichen Schutzes des Äquivalents stellt sich für jede Teilfunktion einer Norm, vgl. am Beispiel des Art. 6 GG *Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL 73 (2014), S. 257 (280 ff.).

382 So wiederum *Grimm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 45 (1987), S. 108 f., der ebd. Stellung bezieht: „[W]enn die Realanalyse ergibt, daß die verfassungsrechtlich geschützte Funktion zum Teil an Institutionen ausgewandert ist, die keine Ehen und Familien im traditionellen Sinn darstellen, dann müssen diese Institutionen ebenfalls in den grundrechtlichen Schutz einbezogen werden"; ausdrücklich gegen *Grimms* funktionale Argumentation *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 6, Rn. 38 f.; kritisch auch *Germann*, Ehe und Familie, Geschlecht und Sexualität als Gegenstände des Staatsrechts, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 13, Rn. 90.

383 Die Rechtsordnung passt sich permanent den veränderten Bedingungen der Außenwelt an. Das hier vorgeschlagene Verständnis des Begriffs Rechtswandel als Terminus technicus ist dabei nur *eine* Äußerungsform dessen, was man untechnisch auch ‚Wandel der Rechtsordnung' o. ä. nennen könnte, vgl. zu dieser Unterscheidung bereits eingangs von A. (vor I.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

passung der Rechtslage offenlegen und ist zu diesem Zwecke hier exemplarisch herausgegriffen worden. Der Wandel der Wirklichkeit ist jedoch abermals vielfältig. So kann ein Änderungsbedürfnis etwa auch dadurch entstehen, dass bereits die Lösung des ursprünglichen Problemkomplexes durch die bestehenden Normen unter veränderten Gesamtumständen nicht mehr zu überzeugen vermag.

### 2. Hindernisse einer formellen Anpassung

Zu einem informellen Rechtswandel müssten solche Entwicklungen aber prinzipiell nicht führen. Naheliegender wäre es an sich, den Text der ‚überforderten' Rechtsnormen in den dafür vorgesehenen Verfahren förmlich zu ändern bzw. neue Rechtsnormen zu erlassen. Häufig ist dieser Weg allerdings aus diversen Gründen, die sich teilweise gegenseitig bedingen, nur schwer gangbar. Ein besonders augenscheinliches – und letztlich das entscheidende[384] – Hindernis sind fehlende Mehrheiten in den Gesetzgebungsorganen, die insbesondere dort drohen, wo – wie im Verfassungsrecht – qualifizierte Mehrheiten erreicht werden müssen. Dass ein Rechtswandel so betrachtet nicht nur auch, sondern gerade dann auftritt, wenn für eine entsprechende Änderung keine ausreichende Mehrheit besteht, verweist dabei auf sein zentrales Legitimationsproblem. Ganz so einfach fällt die Bewertung mit Blick auf die weiteren Hindernisse freilich nicht.

So scheitern grundsätzliche Neuorientierungen, die eine hohe Zahl von Normen betreffen, nicht zwingend an den je für sich erreichbaren einfachen Mehrheiten, sondern eher an der lähmenden Kumulation des Aufwands vieler kleinerer Rechtsänderungen. Die Vielstimmigkeit von Wissenschaft und Rechtspraxis arbeitet hier naturgemäß mit größerer Breitenwirkung.[385] Entsprechend konstatiert Rüthers zur Rollenverteilung beim Umbau der Weimarer Republik zum NS-Staat: „Der Weg über den Gesetzgeber war im Hinblick auf die Fülle des von der neuen Rechtsidee divergierenden Rechtsstoffes und die Beschäftigung der politischen Führung mit anderen Problemen allenfalls für besonders wichtige Fragen gangbar."[386] So schwierig dieser Vergleich angesichts der massiven Umwälzungen durch das NS-Regime einerseits ist, wird man doch auf der anderen Seite beachten müssen, dass die von einer

---

384 Daher könnten die übrigen auch als Hindernisse für eine solche Mehrheitsbildung verstanden werden. Siehe zu Änderungshürden im Vergleich des einfachen mit dem Verfassungsrecht bereits oben I.2.a).

385 Deshalb ist der Wandel empirisch insbesondere bei grundlegenden Verschiebungen wichtig, Änderungen dagegen eher bei punktuellem Bedarf, vgl. *Volkmann*, JZ 2018, S. 265 (270).

386 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 137. Vgl. auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 149.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Änderung jeweils betroffene Rechtsmasse mittlerweile stark angewachsen ist, sodass eben auch die weniger gravierenden Modifikationen innerhalb eines stabilen, innerlich vernetzten Systems kaum mehr zentral gesteuert werden können.

Den mit solchen Änderungen verbundenen Aufwand zu betreiben, ‚lohnt' sich politisch nur für eine überschaubare Anzahl an Vorhaben, denen ob der mit der Textänderung und insbesondere dem öffentlichkeitswirksamen Parlamentsbeschluss einhergehenden Symbolwirkung von den Regierungsparteien politische Priorität beigemessen wird.[387] Der häufig fehlende politische Wille zu einer Aktualisierung der Gesetzeslage seinerseits hat vor allem strukturelle Gründe: Die kurzfristigen Wahl-(kampf-)perioden lenken die politische Aufmerksamkeit auf jeweils unmittelbar populäre Themen. Die außerhalb dieser Zwänge des politischen Tagesgeschäfts stehenden Gerichte und Behörden nehmen bei der Gewichtung der entscheidungserheblichen Belange eine langfristigere Perspektive ein, setzen also gleichsam andere Prioritäten.[388] Das erleichtert es ihnen ebenfalls, zwar durch die Rechtssprache gefiltert, aber inhaltlich klarer zugunsten bestimmter Wertungen Stellung zu beziehen, als es der Gesetzgeber mitunter ‚wagt'.[389] Der ständige Wettbewerb um die Gunst der öffentlichen Meinung, in dem sich die Parteien auch mit Blick auf die Landtagswahlen befinden, lässt nicht nur manche Materien minder wichtig erscheinen. Er macht überdies einige Themen riskant. So ist es die politische Brisanz, die den Gesetzgeber bis heute davon abgehalten hat, das Arbeits-

---

[387] Insofern wird man mit *Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, S. 61 konstatieren können: „Dass viele Gesetze noch nach Jahrzehnten im Wesentlichen unverändert weitergelten, bedeutet daher nicht notwendigerweise, dass sie nach wie vor politisch befürwortet werden." Dort auch insgesamt ausführlich zu Änderungshürden, insb. S. 48 ff., 75 ff., von denen einige im Kontext der Ursachen des Rechtswandels aber allenfalls eine untergeordnete Bedeutung einnehmen: So können die von den bestehenden Regelungen begünstigten Interessengruppen im Schatten derselben eine einigermaßen konkurrenzlose Expertise aufbauen, die der Gesetzgeber dann in Ermangelung eigenen Detailwissens heranziehen muss, bzw. verfügen schlicht über die Mittel, Lobbyismus zu betreiben (55 ff.), aber wo abweichende Expertise nicht vorhanden ist, kann auch kein Gericht auf sie zurückgreifen. Dasselbe gilt für den „Einfluss bestehender Regelungen auf normative Einstellungen", also den Status-quo-bias, nach dem der Mensch psychologisch dazu neigt, Veränderungen zu scheuen (58 ff.); soweit dieser Effekt greift, mangelt es schon an den oben beschriebenen veränderten Wertvorstellungen.

[388] Aus dieser längerfristigen Perspektive leitet etwa *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, S. 175 einen Legitimitätsvorteil der (Verfassungs-)Gerichte gegenüber dem Gesetzgeber ab; angesichts der üblichen gerichtlichen Zurückhaltung bemerkenswert klar formuliert auch in BVerfGE 157, 30 (144 f.); näher unten B.II.3.b).

[389] Vgl. etwa die Einschätzung von *Höpfner*, NZA 2011, S. 893 (894) zu BAGE 137, 275: Der Senat „bewirkte damit, was zuvor zwei Bundesregierungen trotz entsprechender Selbstverpflichtungen in den Koalitionsverträgen nicht gewagt hatten", zu diesem Urteil näher unten III.9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kampfrecht selbst zu regeln, und die ihn auch weiterhin hemmt, etwa im Recht der Sterbehilfe oder der sexuellen Identität mit politischem Führungsanspruch aufzutreten, sodass die wesentlichen Gestaltungsimpulse hier von der dritten Gewalt ausgehen.[390]

Aber auch soweit grundsätzlich ein politischer Regelungswille besteht, gibt es noch eine Reihe gesetzgebungstechnischer Hindernisse, die sich zusammenfassend beschreiben lassen als die Schwierigkeit guter Gesetzgebung. Als legistische Qualitätsmerkmale können gelten: ein Anspruch und die entsprechende Eignung einer Norm, grundsätzlich auf Dauer angelegt zu sein, das heißt kaum Novellierungsbedarf auszulösen, sodass die Regelung auch in das Rechtsbewusstsein ihrer Adressaten vordringen kann;[391] dafür braucht es einen in prägnanter und verständlicher Sprache formulierten klaren Anwendungsbereich auf klarem Abstraktionsniveau, der sich ohne Widerspruch in die übrige Rechtsordnung einfügt sowie ein ausgewogenes Verhältnis von Eindeutigkeit und ermöglichtem Spielraum durch Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe; diese Vorschriften werden nach Möglichkeit nicht in viele kleine Einzelgesetze verteilt, sondern systematisiert und in wenigen Kodifikationen gebündelt.[392] All dies muss zusätzlich zum politischen Aushandeln der inhaltlichen Zielrichtung des Gesetzes geleistet werden.[393] Die dafür gesteckten Zeitfenster sind häufig knapp bemessen. Dass grundlegende Gesetzesprojekte mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen ‚dürfen', wie noch die Erarbeitung des BGB, die in heutigen Einheiten gemessen sechs (!) Legislaturperioden beschäftigen würde, ist unvorstellbar geworden. Die meisten aufkommenden Gesetzesvorhaben werden innerhalb derselben Wahlperiode

---

390 Am ersten Beispiel könnte man den Wandel ungeschriebener Normen untersuchen. Zur Sterbehilfe hat BVerfGE 153, 182 ff. aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben entwickelt, dazu oben vor I.; bereits zuvor hatte BVerwGE 158, 142 im Hinblick auf ein solches Grundrecht einen Rechtswandel des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG angestoßen: dieser solle den Erwerb des Medikaments zu Suizidzwecken nicht mehr ausnahmslos verbieten (grundsätzlich bestätigt durch BVerwG, NJW 2019, S. 2789 und BVerwG, Urt. v. 07.11.2023, 3 C 8.22, jeweils ohne die Voraussetzungen der Ausnahme bejaht zu haben). Vgl. zur Judikatur im Bereich der sexuellen Identität nur *Eichberger*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 2, Rn. 184 ff.

391 Vgl. *Depenheuer*, Sprache und Stil der Gesetze, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 137 (149). Ausnahmen sind möglich, soweit kurzfristige Regelungen unumgänglich sind und aufgrund des Parlamentsvorbehalts in Gesetzesform erlassen werden müssen; das betrifft insbesondere den Bereich der sog. Maßnahmegesetze.

392 Vgl. nur *Fliedner*, Rechtsetzung in Deutschland, S. 67 ff.

393 Ein für alle Betroffenen akzeptabler inhaltlicher Kompromiss, der den zu regelnden Interessenskonflikt dauerhaft befriedet, ist die wichtigste Voraussetzung, um als gutes Gesetz gelten zu können. Dabei handelt es sich indes um eine politische, keine gesetzgebungstechnische Frage.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder gar nicht mehr abgearbeitet.[394] Wenn man im Parlament und den zuständigen Ministerien angesichts dieser Aufgaben und Rahmenbedingungen merkt, dass eine neue gesetzliche Lösung nicht ‚besser' werden würde als die ‚Lösung' über die Selbstorganisation der Rechtspraxis, wird man immer wieder auch letztere wählen.[395]

Dies gilt – hier nur am Rande erwähnt – in besonderem Maße bezüglich Kodifikationen, da die Form der Kodifikation für moderne demokratische Rechtsetzungsverfahren zu komplex und daher praktisch unerreichbar geworden,[396] für die kodifizierten Rechtsgebiete aber unverzichtbar ist. Eine Totalrevision des Normbestands einer Kodifikation steht vor denselben Schwierigkeiten.[397] Die vielfach vordemokratischen Normen basieren inhaltlich aber zum Teil auf Bewertungen, die heute mehr oder weniger grundlegend anders vorgenommen werden würden. Die Rechtspraxis hat hier schlichtweg mehr Zeit, den Wertewandel im fortgesetzten Diskurs Stück für Stück nachzuzeichnen.

Gesetzgebungstechnisch sind im Einzelnen problematisch: in redaktioneller Hinsicht etwa Einzelaspekte betreffende Normanpassungen, die regelmäßig durch das Hinzufügen eines neuen, nur dem jeweiligen Detail Rechnung tragenden Absatzes oder Paragrafen etc. umgesetzt werden. Infolgedessen bedeuten solche Neuerungen in der Regel ein zum alten Normbestand hinzukommendes Mehr an Text, was der Rechtsklarheit abträglich ist. Manchmal

---

394 Politisch ist das jedenfalls bei wechselnden Regierungskoalitionen oft zwingend, auch wenn verfassungsrechtlich der Grundsatz der Diskontinuität kein Hindernis ist, vgl. nur *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 39, Rn. 59.

395 Freilich geschieht auch das Gegenteil, weshalb Kritik am Verständnis der Gesetze als „Massenware mit ausgeprägter ‚Wegwerf'-Mentalität" eine gewisse Berechtigung hat, so *Depenheuer*, Sprache und Stil der Gesetze, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 137 (151). Die Schwierigkeiten, die skizzierten Anforderungen zu erfüllen, sind nach *Lepsius*, Rechtsgeschichte 2017, S. 152 (153 f., 158) unter den Gesetzgebungsvorschriften der demokratischen Verfassung unausweichlich; die Ansprüche seien daher zu hoch gegriffen. Auch er folgert daraus einen „Bedeutungsgewinn der Rechtsprechung" (ebd., S. 154 ff.). Ausführlich zu Ursachen speziell der „Deaktivierung des Verfassungsgesetzgebers" *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: FS Isensee 2002, S. 183 (204 ff.).

396 Vgl. *Lepsius*, Rechtsgeschichte 2017, S. 152 (153); *ders*., JuS 2019, S. 14 (17); aber auch bereits *Kübler*, JZ 1969, S. 645 ff.

397 Das legt die Vermutung nahe, dass Kodifikationen eher zu einem Rechtswandel neigen als einzelne kurze Gesetze, die wegen des weniger komplexen Systematisierungsanspruchs einfacher geändert oder komplett ausgetauscht werden können; vgl. abermals BVerfGE 34, 269 (289): „wie die Erfahrung zeigt, [stoßen] gesetzgeberische Reformen gerade dann auf besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse, wenn sie zu Änderungen eines der großen Gesetzgebungswerke führen sollen, die das Bild der Rechtsordnung im ganzen so prägen wie die Kodifikation des Privatrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist es aber auch schlichtweg schwierig, das neu Gemeinte kurz und treffend auszudrücken; zumal dann, wenn die fundamentalen Begriffe des entsprechenden Rechtsgebiets dogmatisch aufbereitet und in einem bestimmten Sinne besetzt sind. Begriffe wie der „Tatverdacht" im Strafverfahrensrecht lassen sich praktisch kaum durch andere ersetzen. Und wenn es doch einmal versucht werden würde, bestünde andersherum die Unsicherheit, inwieweit die Dogmatik zum alten Text nach der Änderung noch anschlussfähig ist.[398] Das erschwert punktuelle Interventionen des Gesetzgebers. Hinzu kommt, dass einer Regelungsinitiative prinzipiell immer der Einwand entgegengebracht werden kann, sie sei angesichts der gerichtlichen Problemlösungskompetenz nicht erforderlich, wofür sich auch meist bereits Vorstöße einiger Gerichte in die entsprechende Richtung anführen lassen. Denn strukturell ist es die dritte Gewalt, die zuerst mit aufkommenden Interessenskonflikten in Berührung kommt und sie auf die eine oder andere Weise entscheiden muss. Die bundesweit über 1.000 Gerichte schlagen bei neu aufkommenden Konfliktlagen hinreichend divergente Lösungswege ein, um die Hoffnung auf eine dauerhaft der jeweils eigenen politischen Überzeugung entsprechenden Rechtsprechung aufrechtzuerhalten.[399] Die Judikate sind dabei freilich nicht bloß stochastische Größen. Die Gerichte versuchen mit ihren Mitteln auch inhaltlich, *sachgerechte* Ergebnisse zu erreichen; innovative Dogmatik, Rechtsfortbildung und schleichend rechtswandelnde Argumentationsstrategien[400] haben bezüglich der Anpassung der Rechtsordnung auf neue Probleme insofern den Erstzugriff. Gerade eine höchstrichterliche Entscheidung, die immer auch das Ergebnis des juristischen Diskurses aus Rechtsprechung der Instanzgerichte und Kritik daran ist, wird daher für den politischen Mainstream mal mehr oder weniger, aber kaum einmal gar nicht akzeptabel sein. Was indes nicht als herber Missstand angesehen wird, genießt selten politische Priorität. Soweit also bereits die Justiz Kompromisse zwischen dem bestehenden Normtext und den jeweils aktuellen gesellschaftlichen Wertungen zu finden in der Lage ist und fortlaufend zwischen beiden vermittelt, sodass ein Wortlaut politisch tragbar bleibt, obgleich er die Lösung des aktuellen Interessenskonflikts *eigentlich*

---

398 Eine Neuformulierung ist stets ein Unsicherheitsfaktor, weil der Verlauf der dann auf neuer Grundlage einsetzenden Dogmatisierung schwerlich in Gänze absehbar ist. Diesem Risiko steht auf der Habenseite meist eine Dogmatik gegenüber, die um sachgerechte Ergebnisse im Rahmen der vorhandenen Regelungen bemüht ist. Näheres sogleich im Text. Allgemein zu sprachlichen Schwierigkeiten als faktischem Hemmnis einer Textänderung *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 204 ff.

399 Vgl. die numerische Übersicht zur nationalen Gerichtsbarkeit bei Bundesministerium der Justiz, Gerichte des Bundes und der Länder am 22. Juni 2020 (ohne Dienst- und Ehrengerichtsbarkeit).

400 Dazu sogleich näher unter III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht enthält, trägt schließlich unter anderem auch der Rechtswandel selbst zur textlichen Rigidität als einer seiner Entwicklungsbedingungen bei.[401]

### 3. Konstitutionalisierung und Europäisierung der Rechtsordnung

Über die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung ist bereits einiges ausgeführt worden, um darzulegen, warum der Rechtswandel nicht ausschließlich die Verfassung betrifft. Neben der Erkenntnis, dass die Konstitutionalisierung den Spielraum für *formelle* Änderungen des einfachen Rechts einengt, ergibt sich daraus, warum sie auch unabhängig von einem Wandel der Außenwelt eine Uminterpretation konkreter Rechtsnormen anstoßen kann: Auch eine statische Verfassung sendet Impulse in die Rechtsordnung und kann so das Verständnis des einfachen Rechts lenken und abwandeln, etwa im Wege der verfassungskonformen Auslegung; ein Wandel ihrer selbst potenziert diesen Vorgang nur. Der Konstitutionalisierung lässt sich somit eine eigenständige Sonderrolle als Ursache des Rechtswandels zuschreiben.

Dasselbe gilt überall dort, wo eine Rechtsmasse Vorrang vor anderem Recht genießt, also ebenfalls für den Einfluss europäischen Rechts auf die nationale Rechtsordnung.[402] Nationales Recht ist unionsrechtskonform auszulegen. Das heißt zum einen und im engeren Sinn, parallel zur – richtig verstandenen – verfassungskonformen Auslegung: Unter mehreren möglichen ist dasjenige Auslegungsergebnis zu wählen, das mit dem Unionsrecht nicht konfligiert.[403] Andererseits kommt das Unionsrecht aber regelmäßig auch dann zur Anwendung, wenn eine entsprechende Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich ist.[404] Denn hinter der unionsrechtskonformen Auslegung steht der *An-*

---

401 Vgl. auch *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 48.

402 Entsprechend spricht *Würtenberger*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: FS Merten, S. 77 (89) „[i]n Anlehnung an das bekannte Phänomen der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung […] von einer Konstitutionalisierung des nationalen Verfassungsrechts durch europarechtliche und völkerrechtliche Vorgaben". *Ehricke*, RabelsZ 1995, S. 598 (636 f.) ordnet den Einfluss des Unionsrechts auf nationale Normen in Bydlinskis Terminologie als „Funktionswandel" (vgl. dazu oben I.3.) ein. Zum Verfassungswandel durch Europarecht ferner: *Wolff*, Die europäisierte deutsche Verfassung, in: FS Klein, S. 389 ff.; *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 155 ff.

403 Diese Argumentationsstruktur der Konformauslegung ist strukturell wandelsaffin. Denn sie bringt eine andere als die von Wille und Wortlaut gebotene Auslegung hervor. Jedenfalls bezieht sich die Rede von der Konformauslegung immer auf solche Konstellationen. Gerät eine Norm und ihre Interpretation von vorneherein nicht in Konflikt mit der Verfassung, ist sie natürlich ebenfalls verfassungskonform, aber ohne dass der Figur der Konformauslegung eine eigene Bedeutung zukäme.

404 Ausführlich zum Ganzen *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 443 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*wendungs*vorrang des Unionsrechts, welches im Kollisionsfalle, anders als das Verfassungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen, selbst insoweit an die Stelle des unmittelbar geltenden nationalen Rechts tritt, wie dieses ihm widerspricht.[405] Am prominentesten ist das an der Anwendbarkeit der Deutschengrundrechte auf Unionsbürger zu beobachten, welche, von Art. 18 AEUV geboten, dem klaren Wortlaut des Grundgesetzes zuwiderläuft.[406] Ein nachhaltiger Wandel der nationalen Norm selbst geht damit gleichwohl eher nicht einher. Dem Interpreten ist in aller Regel bewusst, dass das Ergebnis mit der unionsrechtlichen Vorgabe *steht und fällt*. Bemerkenswert anders stellt sich die Lage mitunter bei der nationalen verfassungskonformen Auslegung dar; hier gewinnt das konkrete Verständnis der jeweiligen Norm oftmals einen größeren Selbststand. Das liegt zunächst am methodischen Selbstverständnis, es handle sich um eine ohnehin aus sich selbst heraus vertretbare Auslegung der Norm, die anhand der Verfassung nur ausgewählt wird, zu der die Verfassung aber nichts hinzutut.[407] Darüber hinaus hängen aber die allgemeinen Wertvorstellungen der Gesellschaft und damit der Gerichte derart eng mit dem Grundgesetz zusammen, dass einige der ‚verfassungskonformen' Auslegungen, dächte man sich das Grundgesetz weg, ohne Weiteres durch teleologische Argumentation aufrechterhalten bleiben dürften. Das gilt besonders deutlich für Konformauslegungen am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Diese Differenz zwischen der nachhaltigen Wirkung nationaler und europäischer Konformauslegung mag auch daher rühren, dass das Sekundärrecht eine große und jenseits der entsprechenden Fachkreise oft schwer zugängliche Rechtsmasse ist, während das Primärrecht außerhalb der Grundrechtecharta hauptsächlich organisatorische und einige diskriminierungsschützende Vorschriften enthält, die für die Lösung alltäglicher Rechtsfälle nur selten relevant werden. In ihrer Bedeutsamkeit für das nationale Recht steht die Grundrechtecharta ihrerseits wegen ihres gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh begrenzten Anwendungsbereichs und der zumindest bis zur Recht-auf-Verges-

405 Da die Grundrechte auf beiden Ebenen im Wesentlichen deckungsgleiche Gewährleistungen enthalten, stärkt gerade dies die Rolle der Fachgerichte und Behörden als eigenständige Akteure des Rechtswandels; selbst das Normverwerfungsmonopol des BVerfG aus Art. 100 GG ist insofern relativiert, vgl. *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II, S. 107.

406 Nicht das Ergebnis, nur seine methodische Begründung ist streitig; auch die Lösung über Art. 2 Abs. 1 GG bedeutet eine de facto-Anwendung der speziellen Grundrechte, vgl. *Wollenschläger*, in: Dreier GG, Art. 12, Rn. 57 m. w. N. Zur parallelen Konstellation in Bezug auf die Eigenschaft juristischer Personen als „inländisch" BVerfGE 129, 78; zum Ganzen auch *Dreier*, DÖV 2024, S. 413 (422 f.).

407 Insofern spielt keine Rolle, dass dies regelmäßig einer Selbsttäuschung gleichkommt, vgl. etwa BVerfGE 86, 288; 110, 226 (248 ff.). Aber selbst soweit sich infolge einer Konformauslegung zunächst ‚nur' eine Konkretisierung intra legem zugunsten der bestimmten Auslegungsvariante vollzieht, kann dies einen Wandel anstoßen, siehe bereits oben A.I.4.a)aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sen-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[408] bestehenden Rechtsschutzlücke in der gerade hier fraglichen Schnittstelle zwischen nationalem und Unionsrecht hinter der EMRK zurück[409], an die sie sich überdies gem. Art. 52 Abs. 3 GRCh materiell bindet.

Auch wenn nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass sich die Wertungen des Unionsrechts mit der Zeit stärker im Bewusstsein verfestigen und sich darüber – in Verbindung mit einem gewissen Gewöhnungseffekt – auch hier die konformen ‚Normversionen' stärker von den ihnen gegenüber vorrangigen Normen emanzipieren, spielt daher mit Blick auf das Unionsrecht und ihren Einfluss auf nationalen Rechtswandel die Konformauslegung nur eine untergeordnete Rolle. Das hindert den subtileren Einwirkungspfad einer „(freiwilligen) *europarechtsorientierten* Auslegung" nicht, unionsrechtliche Wertungen interpretationsleitend zur Geltung zu bringen, um die Rechtsmassen, über das Ausbügeln klarer Kollisionen hinaus, folgerichtiger miteinander zu harmonisieren, was in einem Rechtswandel resultieren kann[410] und an Konzepte wie die objektive Wertordnung und Prinzipien als Optimierungsgebote erinnert, die ihrerseits eng mit dem Gedanken der Konstitutionalisierung verbunden sind.

Dem Wandel durch ‚europäische Konstitutionalisierung' kann man sich allerdings noch aus einer anderen Perspektive nähern. Während die nationale Konstitutionalisierung schlichtweg viel von der Flexibilität der Verfassungsnormen in die sonstige Rechtsordnung übertragen hat, wobei die Vorstellung von ‚Flexibilität' maßgeblich durch die „klassische Verteilung von Recht und Wirklichkeit […] – das Recht übernimmt den statischen und stabilen Part, der durch den demokratischen Veränderungsdruck herausgefordert wird"[411] – in-

---

408 BVerfGE 152, 152 (insb. 179 ff.); 152, 216; inwiefern diese Rspr. diesbezüglich eine nachhaltige Veränderung bringt, bleibt abzuwarten. Zumindest einen prozessrechtlichen Wandel, namentlich zum Verständnis des Begriffs „Grundrechte" in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG, der sich ursprünglich ausschließlich auf die im ersten Abschnitt des Grundgesetzes verbürgten Rechte bezog und nunmehr mit weitreichenden Folgen für das Gepräge des BVerfG auch auf die Grundrechte der GRCh ausgedehnt ist (BVerfGE 152, 216 [243]), haben die Entscheidungen angestoßen. Zur Grundsatzkritik an dieser Rspr. siehe nur *Detterbeck*, in: Sachs, Art. 93, Rn. 27b: „lupenreine Ultra-vires-Akte", „Dammbruch"; Einordnung als Verfassungswandel auch bei *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 7; ebd., Rn. 21 f., 35 auch zum Wandel der EMRK und der GRCh im Vergleich.

409 Vgl. zu deren Einfluss auf die Auslegung nationalen Rechts statt vieler BVerfGE 120, 180 (199 ff.).

410 So *Kahl*, Der europarechtlich determinierte Verfassungswandel, in: Haratsch u. a. (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, S. 9 (26 f., Hervorhebung im Original), der dies beispielhaft anhand der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bespricht.

411 *Lepsius*, Rechtsgeschichte 2017, S. 152 (154). Dieses Verständnis statt vieler bei *Schulze-Fielitz*, Verfassung als Prozeß von Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen, in: Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfas-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spiriert ist, wie sie zum Teil auch in den oben dargestellten Ursachen des Rechtswandels zum Ausdruck kommt, ist der Rechtswandel bereits in der „Funktionsrationalität" des europäischen Rechtspluralismus angelegt, wie Oliver Lepsius aufzeigt:

> Weil etwa „der EGMR tut, was er tun soll, nämlich Individualrechtsschutz jenseits der nationalen Rechtsbehelfe zu gewährleisten, erhalten Rechtsordnungen Reformimpulse von außen. Dieses ‚Außen' ist aber nicht die Welt des gesellschaftlichen oder politischen Wandels, sondern Teil der juristischen Institutionenordnung. Man sollte sich jedenfalls vergegenwärtigen, dass ein Großteil des Veränderungsdrucks schon allein durch das ganz normale Funktionieren der Institutionenordnung entsteht".[412]

Der dadurch angeregte Rechtswandel ergreift unmittelbar die Grundrechte des Grundgesetzes, wirkt daneben aber genauso wie diese in die einfache Rechtsordnung hinein. Auch die Fachgerichte müssen das Recht stets im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR auslegen, was das Bundesverfassungsgericht seinerseits in Verfassungsbeschwerdeverfahren kontrolliert[413]. Das Ping-Pong-Spiel der verschiedenen europäischen Verfassungsgerichte (insbesondere BVerfG, EGMR, EuGH), die ohne klare Hierarchie untereinander über den Inhalt der Grundrechte zu befinden haben und dabei stets auf ‚passende' Fälle ‚warten' müssen, regt die Interpretation der gesamten Rechtsordnung kontinuierlich an und potenziert damit zumindest das Phänomen der nationalen Konstitutionalisierung.[414]

## III. Analyse der zu einem Rechtswandel führenden Argumentationen

Um das Phänomen des Rechtswandels zu verstehen, ist es unerlässlich, den konkreten Argumentationsmustern und -strategien nachzuspüren, deren Resultat der Rechtswandel stets ist. Denn er vollzieht sich nicht einfach ‚von selbst' bei einem Wandel der Umwelt: unmittelbar als rechtlicher Prozess

---

sungsinterpretation, S. 219 (219): „Alle diese Formen des Verfassungswandels durch Interpretationswandel gründen letztlich im sozialen Wandel und dessen Rückwirkungen auf die Verfassungsinterpretation."

412 *Lepsius*, Rechtsgeschichte 2017, S. 152 (158). Vgl. etwa KG Berlin, NJW 2005, S. 605 (607), für das die Bindungswirkung eines BVerfG-Urteils im Hinblick auf spätere divergierende Wertungen des EGMR „gelockert" ist.

413 BVerfGE 111, 307 (328 ff.): Missachtung der Rspr. des EGMR als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

414 Vgl. zum Ganzen auch *Würtenberger*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: FS Merten, S. 77 (84 ff.). *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 23 sieht in diesem Zusammenspiel dagegen gerade auch eine Beschränkung des Wandels und eine Stabilisierung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wird er immer durch spezifische Rechtsargumentationen angestoßen. Er ist das Produkt des – mehr oder weniger reflektierten – Versuchs, den Inhalt von Normen neu auszuhandeln. Grob zusammengefasst muss ein juristischer Akteur aus Wissenschaft oder Praxis eine bestimmte Normdeutung vorschlagen und begründen.[415] Erst – aber ebenso: bereits – dann besteht die Chance, dass er Gefolgschaft findet; zumindest eine argumentative, wenn auch anfangs noch ablehnende Auseinandersetzung mit den Thesen wird regelmäßig einsetzen. Je mehr Beachtung der Vorschlag findet, desto wahrscheinlicher und schneller wird er allgemein als ‚vertretbare' Interpretation zur Kenntnis genommen und steht bei Rechtsentscheidungen als alternativer Lösungsweg zur Verfügung. Auch wenn sich die meisten Normdeutungen nie durchsetzen, ist ein gewisser Dammbrucheffekt und sind Gruppendynamiken zu konstatieren, die entstehen, sobald zu einer Rechtsansicht zitierfähiges Material publiziert ist.[416] Es kann daher für rechtspolitische Akteure durchaus rational sein, ihre Positionen im juristischen Diskurs strategisch zu platzieren.

### 1. Vorab: Performative Rechtserzeugung als theoretische Grundlage?

Als theoretische Grundlage dieser ‚bloßen' Abhängigkeit des Norminhalts von Rechtsargumentationen ließe sich das Modell „performativer Rechtserzeugung" heranziehen, das Sabine Müller-Mall im Anschluss an sprachwissenschaftliche Diskussionsverläufe und unter anderem beeinflusst vom Wittgenstein'schen Regelfolgeproblem entwickelt hat. Ob und mit welchem Sinn eine sprachliche Äußerung als Norm anzusehen ist, hängt danach vom nachträglichen Rückgriff auf dieselbe (Iteration) ab.[417] Als solche Äußerung und mithin als (potenzielle) Norm im Sinne des Modells kommt prinzipiell alles in

---

415 Die einzige notwendige Bedingung, um als Akteur Einfluss auf die maßgebliche Interpretationsvariante – und damit u. U. auf einen Rechtswandel – zu nehmen, besteht darin, im Rechtssystem Gehör zu finden. Diese Bedingung kann, zumal bei gelebter rechtswissenschaftlicher Interdisziplinarität, prinzipiell jeder erfüllen. Eine sinnvolle Differenzierung knüpft insofern nur an das (typische) Gewicht der jeweiligen Stimme im juristischen Diskurs an. Hier fällt häufig ein besonderes Augenmerk auf die Rspr. als Letztinterpretin. Der spezifische und ausdrückliche Blick auf die Wissenschaft gerät, auch in dieser Arbeit, gelegentlich zu kurz – ihre Rolle ist oftmals implizit mitgemeint –; ausführlicher zu ihr etwa *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 206 ff.; *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 94 ff.; sowie die Beiträge in *Grimm* (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter? Für eine detaillierte Behandlung der verschiedenen Akteure des (in diesem Falle: Verfassungs-)Wandels siehe etwa *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 145 ff.

416 Diese Zusammenhänge näher zu erschließen könnte gerade jetzt (Stichwort: Künstliche Intelligenz) eine lohnenswerte Forschungsaufgabe sein.

417 *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, S. 211 ff. und passim.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Betracht: Verfassunggebung, Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltungshandeln und allgemein die hier besonders interessierende Interpretation.[418] Die normative Geltung eines gesetzten Rechtstexts kann also nur mit Blick auf nachträgliche Interpretationen desselben beurteilt werden, genau wie deren Geltung wieder von folgenden Iterationen abhängt. Normativität existiert insofern nur als performative Praxis. Das heißt auch, dass jede noch so weit hergeholte Interpretation (subjektive „Sinnzuschreibung“) bereits als „Vor-Norm“ zu betrachten ist, weil es auf der theoretischen Ebene keinen Sinn ergibt, normative Kriterien für die nachgängige Rezeption zu formulieren, wenn es nur auf deren faktischen Eintritt ankommt.[419] Es handelt sich insofern um eine rein deskriptive Theorie, deren Normativitätsbegriff letztlich auf tatsächlicher Anerkennung beruht, nur dass diese eben „als Ergebnis einer Praxis, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung noch nicht abgeschlossen ist“[420], für einen aktuellen Zeitpunkt nie erkannt werden kann. Daraus folgt dann aber – von diesem Standpunkt aus konsequent – die radikale Ablehnung jeglicher Möglichkeit der Normbindung bzw. -anwendung zu Zwecken der Rechtsentscheidung.[421]

Das macht die Beurteilung dieses Modells aus Perspektive des Rechtswandels zumindest ambivalent: Einerseits bietet es eine emphatische Darstellung des Einflusses von Argumentationen auf den einer Norm jeweils zugeschriebenen Inhalt und führt damit dessen Wandlungsfähigkeit vor Augen. Andererseits lässt sich Normativität nach Müller-Mall „nicht als zeitliches Kontinuum verstehen, sondern wirkt punktuell von Gebrauch zu Gebrauch“.[422] Wenn Normen aber von vorneherein nicht linear gedacht werden[423], können sie auch keine ‚Richtung‘ haben, und wenn der Rechtserzeugungsvorgang keine bestehende Norm zum Ausgangspunkt hat, woran das Modell des Rechtswandels jeweils anknüpft, dann stellt sich die Frage eines „Bedeutungswandel[s]“ gar nicht erst[424]. Das allein betrifft nur die fehlende konzeptionelle Kompatibilität, für welche Müller-Malls Modell nicht in größerem Maße verantwortlich

418 Ebd., S. 16 f. Die dort nicht selbständig genannte Interpretation bildet gleichsam die Grundform der Iteration.

419 Die „Sinnzuschreibung“ ebd., S. 223 f.; die „Vor-Norm“, S. 220; die Indifferenz gegenüber den Gründen der Iteration auf S. 264.

420 Ebd., S. 257.

421 Ebd., S. 246 ff.; Recht werde eben vielmehr „erzeugt“ (S. 256 ff.).

422 Ebd., S. 222. Unter ihren Prämissen „würde jede einzelne Applikation einer Rechtsregel in der Sprache nicht nur die Sprache selbst, sondern auch die Rechtsnorm (deren Inhalt ja nur über die Sprache differenzierbar wird) verändern. Genau genommen könnte dann jede Rechtsnorm nur ein einziges Mal angewendet werden“ (S. 26) – wenn man den Begriff der Anwendung nicht ohnehin kategorial verabschieden müsste (S. 228).

423 Ebd., S. 240, 258, 268.

424 Ebd., S. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist als das hier entwickelte. Allerdings löst ihr Normativitätsbegriff letztlich jegliche juristisch sinnvolle Vorstellung von Normativität auf. Das betrifft auf einer ersten Stufe die „Selbstdeklaration" des Rechts:

> „Zwar ist es richtig, dass in der Selbstbeschreibung des Rechts der Anspruch auf Gesetzesbindung normativ verankert ist, aber die Normativität dieser Verankerung steht nur dann nicht in Frage, wenn Rechtsnormen genauso verstanden werden, wie sie in den Rechtstexten beschrieben werden: als bindend. Stellt man nun die Möglichkeit der Gesetzesbindung auf allgemeiner Ebene in Frage oder lehnt sie ab, kann auch diese Selbstdeklaration des Rechts nicht bindend sein".[425]

Das ist seinerseits in zweierlei Hinsicht problematisch. Zunächst ist fraglich, warum – wenn man diesen normativen Anspruch des Rechts an sich ‚erkennen' kann –, man dann nicht auch konkrete Norminhalte prinzipiell mit derselben Sicherheit erkennen können sollte, sodass jedenfalls Normen wie Fristenregelungen eine Bindungswirkung entfalten, die mit dem Grad der Bestimmtheit dann nur nachlässt, aber nicht verschwindet – zumal ‚Bindung' nicht ‚vollständige Determination der Rechtsentscheidung' bedeuten muss.[426] Sodann könnte man überlegen, inwiefern gegenstandsadäquate Rechtstheorien die Selbstbeschreibung des Rechts nicht als normative Vorgabe an ihr Modell berücksichtigen müssten. Positivistische Theorien würden das tun.[427] Müller-Malls Theorie bewegt sich jedoch auf einer anderen Ebene, insofern trifft sie dieser Einwand nicht.[428]

---

425 Ebd., S. 253.

426 Müller-Malls Argument würde nach dem Prinzip „impossibilium nulla est obligatio" nur dann durchgreifen, wenn zwar der normative Anspruch des Rechts erkennbar, aber mangels Erkennbarkeit einzelner Norminhalte nicht einlösbar wäre. Tatsächlich macht es aber in aller Regel einfach einen erheblichen Unterschied in der Ausgangssituation und für die Chance, einen entsprechenden Rechtsfall zu gewinnen, ob es eine Vorschrift gibt, die etwa bestimmt, dass ein Anspruch nach drei Jahren verjährt oder nicht. Dass auch eine solche Norm umgedeutet werden *kann* (dazu die folgenden Abschnitte), ändert nichts daran, dass ihr zu jedem Zeitpunkt eine, möglicherweise auch mehrere, sich am Ende gar widersprechende, aber doch *präskriptive* Aussage(n) auf Grundlage eigenständiger Interpretation oder einer Analyse des juristischen Diskussionsstands beigemessen werden kann.

427 Vgl. die Forderung nach einer „verfassungsgemäßen" Grundrechts- bzw. Verfassungstheorie, so etwa *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 (142); vgl. zur Rezeption dieses Gedankens die Nachweise bei *Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, S. 15.

428 Insofern wäre es allerdings konsequent gewesen, auf eine positivrechtliche Absicherung zu verzichten. Der Hinweis, aus Art. 97 Abs. 1 GG folge, neben der grundsätzlichen Gesetzesbindung, mit dem Begriff der Unabhängigkeit auch „die Eigenständigkeit der richterlichen Entscheidung im Sinne einer über die reine Gesetzesapplikation hinausgehenden rechtlichen Tätigkeit" (a. a. O., 246) ist rechtlich nicht plausibel: Aus Art. 97 Abs. 1 GG folgt, dass die Gerichte nicht *per se* einer anderen Staatsgewalt untergeordnet sind, sondern nur soweit die Gesetzgebung auch Gesetze in Form von abstrakten Geboten erlassen hat. Die Gesetzesbindung *macht* sie insofern unabhängig.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auf einer zweiten Stufe der Betrachtung wäre dann aber zu konstatieren, dass nicht nur das Recht, sondern schon der Begriff der Norm bzw. Normativität auf ein Sollen Bezug nimmt, also ohne präskriptive Eigenschaft nicht auskommt[429]. Wenn der Inhalt des Sollens sich dagegen erst durch den zukünftigen Rückgriff bestimmt, dann hat es als Sollen nie existiert, denn die bereits vergangene Entscheidung kann es nicht mehr motivieren. Müller-Mall beschreibt damit letztlich – in vielen Punkten durchaus zutreffend – den Vorgang der Rechtsentwicklung auf abstrakter Ebene, beleuchtet aber, wie schon die Perspektive auf das „Paradigma der *Erzeugungs*situation"[430] vermuten lässt, zu einseitig das jeder Rechtsentscheidung schon nach Kelsen innewohnende Erzeugungsmoment und dessen Normativität, ohne dabei dem ebenfalls vorhandenen Anwendungsmoment und der Wechselwirkung zwischen erzeugter Normativität und Ursprungsvorschrift gerecht zu werden[431].

Nach der hier eingenommenen Perspektive sind damit zumindest auch die Kriterien zu betrachten, an denen sich die für das Modell so zentrale performative Praxis der Iterationen tatsächlich orientiert, also die juristische Methodik oder – auf dem mittleren Abstraktionsniveau – der juristische Diskurs. Diese vermitteln Überzeugungskraft und den eigentlichen Grund, warum in einem speziellen Kontext auf die Norm Bezug genommen wird. Anders formuliert: Normative Bindung im Sinne einer präskriptiven Wirkung existiert – man muss dafür aber auf die einzelne Norm schauen und sich auf die kleinteilige Interpretationsarbeit im Diskurs einlassen.[432] Daher kann am Norm-An-

---

Etwas anderes ergibt sich weder aus der Entstehungsgeschichte, vgl. *Häberle* (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (Neuausgabe JöR 1951), S. 716 f. (dort nur das dem Zeitgeist vor dem Hintergrund des NS-Unrechts entsprechende Verständnis, „Gesetz" sei auch „im höheren Sinne" zu verstehen, aber keine Lockerung der Bindungsvorstellung), noch aus der einschlägigen Kommentarliteratur, vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 97, Rn. 14 ff.; *Classen*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 97, Rn. 5 ff.; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 97, Rn. 1, 25 ff. Müller-Malls Hinweis, die Soraya-Entscheidung, BVerfGE 34, 269 (293), spiegele einen Konsens zur Frage der Gesetzesbindung wider (a. a. O., 247 f.), ist insofern mindestens veraltet.

429 Anders *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, etwa S. 227.

430 Ebd., S. 256 (Hervorhebung nur hier).

431 Sie wendet sich zwar mit guten Argumenten gegen die „These, Normen und deren Anwendung seien kategorial verschieden" (ebd., S. 229) und sieht auch das Problem der fehlenden ‚aktiven' Normativität (S. 262 ff.), schießt aber mit dem Konzept „passive[r] Normativität" auf Grundlage eines „[u]mgekehrte[n] Ursache-Wirkungs-Zusammenhang[s]" (S. 227) über das Ziel hinaus, vgl. insb. S. 227 ff., 241 ff. Zur Zweiteilung bei *Kelsen*, ders., Reine Rechtslehre[1], S. 91.

432 Differenzierte Kritik bei *Christensen*, KJ 2013, S. 206 (insb. 210 ff.): Auch wenn die Normtexte keine feststehende Bedeutung transportierten, die man ‚anwenden' könnte, „wird das Gesetz nicht beliebig konstruiert, sondern auf Normtexte bezogen. […] Über die Aufstellung einer Sprachnorm und deren Angemessenheit kann man

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendungs-Paradigma, wenn auch nur als veranschaulichendes Modell, festgehalten werden. Um eine Untersuchung konkreter rechtlicher Diskurse und der konkreten Begründungsstrategien und Einwirkungsmuster kommt man aus dieser Perspektive – anders als der rein theoretische Ansatz Müller-Malls – nicht herum. Nachfolgend werden dementsprechend, ergänzend zum unter II.1. bereits erfolgten Blick auf funktionalistische Argumente, einige Beispiele des Rechtswandels im Hinblick auf ihre Entstehung und die zugrundeliegenden Argumentationsschritte inhaltlich analysiert. Dem wiederum vorgeschaltet ist ein kurzer, noch eher abstrakter Blick auf den Zusammenhang gerichtlicher Sachverhaltsarbeit mit der Verwirklichung richterlicher Innovationen sowie auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

## 2. Scheinbare Kontinuität durch gezielte Sachverhaltsbeschreibung und Entkontextualisierung; Verhältnismäßigkeit

Rechtsentscheidungen sind leichter zu begründen, wenn sie mit der bisherigen Praxis im Einklang stehen und so an der laufend geleisteten Legitimationsarbeit partizipieren können, anstatt gegen sie anzukämpfen. Hier nur die eigentliche Rechtsargumentation in den Blick zu nehmen, ergäbe ein verkürztes Bild, in dem die „Vermeidung von Rechtfertigungsaufwand durch Steuerung der Fallproblematik über selektive Sachverhaltsbeschreibung und Problemreduktion“[433] ausgespart wäre. Über eine entsprechende Konstruktion der tatsächlichen Entscheidungsprämisse lassen sich etwa Urteile so darstellen, als stimmten die normativen Maßstäbe mit den bisher verwendeten überein. Hieraus ergibt sich ein für den Rechtswandel zentrales Muster verdeckt-schleichender Dynamik: Die Veränderung wird zunächst als Besonderheit des konkreten Einzelfalls ausgewiesen und damit kaschiert. Dieser Schritt kann sich mehrfach wiederholen, bis eine spätere Entscheidung infolgedessen das verdeckt bereits praktizierte Normverständnis auch ausdrücklich vertreten und dafür auf die vorangegangene Praxis verweisen, sich also ihrerseits so gerieren kann, als füge sie sich bruchlos in eine statische Interpretation ein.[434]

---

diskutieren und vernünftig entscheiden, wenn man spezifische Kontexte berücksichtigt“ (212). Man müsse „die Norm als Form gemeinsam voraussetzen, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem ‚Dass‘ der Norm und dem ‚Was‘ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis der Argumentation eine vorläufige Brücke schlagen“ (217).

433 *Harenburg*, Vorverständnis und Innovation, in: ders. u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel, S. 265 (304); Näheres bei *Hartwieg*, Innovationsleistungen zivilrichterlicher Sachverhaltsarbeit, ebd., S. 339 ff., insb. etwa S. 353. Vgl. allgemein zum Gestaltungseinfluss der gerichtlichen Sachverhaltsdarstellung *Dannecker*, Narrativität im Recht, in: Anderheiden u. a. (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen, S. 621 ff.

434 Vgl. zum ganzen Vorgang bereits *Eckhoff*, Zur Rechtsschöpfungsfunktion der Gerichte, in: Harenburg u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel, S. 383 (388 f.); *Kähler*,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieser letzte Schritt ist dann insofern wieder entscheidend, als die neue Ausdrücklichkeit die Veränderung ihrerseits zum neuen Ausgangspunkt einer sich anschließenden Interpretationspraxis werden lässt. Dieses Muster ist auch deshalb so effektiv, weil die einzelnen Fälle, über deren Konstruktion die Dynamik erst eingeleitet werden konnte, in der späteren Dogmatisierung ohnehin ‚weg'-entkontextualisiert[435] werden.

In einem etwas weiteren Sinne ist auch von „Musealisierung" als einer „Camouflagetechnik" gerichtlicher Innovation gesprochen worden: Gemeint ist der aus Legitimationsgründen unternommene Versuch, „einen neuen Zustand her[zu]stellen, der nur vorgibt, Vergangenheit [im Sinne von positiv konnotierter rechtlicher Tradition] zu sein, indes so niemals existiert hat"[436].

Ganz ähnlich wie der zuerst beschriebene Verdeckungsmechanismus wirkt sich vielfach der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus: Er ermöglicht es, eine Neuerung, insbesondere ein neues Recht als Prüfungsmaßstab, grundsätzlich anzuerkennen, es aber im konkreten Fall als nicht verletzt zurücktreten zu lassen, sodass die Einführung letztlich keinen Unterschied macht. Wird eine neue Rechtsfigur zunächst nur dem Namen nach anerkannt, ohne sich auf die Entscheidungstendenz auszuwirken, erleichtert dies innerhalb des Spruchkörpers[437] die Kompromissfindung und gegenüber der Öffentlichkeit das Generieren von Akzeptanz: Die Einen fühlen sich durch die wohlklingende Neuerung, die Anderen durch das Ergebnis in ihren Ansichten bestärkt. Da sich auf diese Weise nicht zuletzt gesellschaftliche Konflikte befrieden lassen, ließe sich diese Technik gar als Qualitätsmerkmal gerichtlicher Entscheidungen

---

Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, S. 176, 120 ff. zu dieser „Sprungbrett-Taktik": „Jeder einzelne Schritt erscheint als Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung, auch wenn es am Ende zu einer nach allen Kriterien norm- wie ergebnisrelevanten Änderung kommt. Möglich ist dies, indem die Maßstäbe für eine Abweichung wechseln: Einmal betont man die Konsistenz der angewandten oder formulierten Normen, ein anderes Mal die Konsistenz der erzielten Ergebnisse […]. Diese Kriterien sind aber nicht identisch, so dass weder die Konsistenz der Ergebnisse noch die Konsistenz der die Entscheidung stützenden Gründe eine Änderung der angewandten Regeln ausschließt" (S. 120), ebd. auch einige Beispiele; vgl. ferner *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 88 ff.

435 Die dogmatische Entkontextualisierung ist nachdrücklich kritisiert worden von *Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 319 (357 ff.); *ders*., Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 159 (insb. 200 ff., 245 f.); *ders*., Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (56 f.); *ders*., JZ 2019, S. 793 ff.; *ders*., Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, S. 119 ff.

436 *Kulick/Vasel*, Das konservative Gericht, S. 28, 222 ff.

437 Vgl. allgemein zu den sozialpsychologischen Implikationen der Entscheidungsfindung in gerichtlichen Kollegialorganen *Berkemann*, KritV 1988, S. 29 (46 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begreifen – nur stellt sie, wie man sehen muss, die Weichen auf Wandel. Beispiele für ein solches Vorgehen finden sich jedenfalls zahlreich. Hingewiesen sei hier nur auf die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse“: In der ersten stellt das Gericht erstmals die persönliche Begegnung mit anderen Menschen unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in der zweiten entwickelt es ein subjektives Recht auf schulische Bildung.[438] Die Eingriffe in diese Rechte seien aber jeweils noch verhältnismäßig. So entstehen automatisch neue Ausgangspunkte für weitere Fälle. Sind die fraglichen Rechte erst einmal dem Grunde nach anerkannt, fällt das Bewusstsein für die besonderen Situationen, in denen dies geschehen ist, genauso der Entkontextualisierung zum Opfer wie die Tatsache, dass sie sich in den entsprechenden Referenzentscheidungen gerade nicht haben durchsetzen können.

### 3. Wandel von der Freiheits- zur Gleichheitsperspektive

Im Bereich der Grundrechte ist seit längerem eine Verschiebung der Blickrichtung weg vom isolierten Messen des fraglichen Staatshandelns an einem besonders geschützten, herausgehobenen Lebensbereich, wie es der Regelungsgehalt der Freiheitsgrundrechte nahelegt, hin zur Lösung von Fällen über Gleichheitserwägungen zu beobachten.[439] Die Erkenntnis der modernen ‚Antidiskriminierungsgesellschaft‘, dass gerade in einem pluralistischen Gemeinwesen ungleiche rechtliche oder tatsächliche Voraussetzungen zu einem zentralen Gerechtigkeitsproblem werden, diffundiert in freiheitsgrundrechtliche Überlegungen hinein und kulminiert in der Aussage des Ersten Senats im Klimabeschluss, *die* Freiheitsrechte müssten über die Generationen hinweg gleichmäßig verteilt werden[440]. Während die Freiheitsgrundrechte durch den

---

[438] BVerfGE 159, 223 (278); 159, 355; dazu jeweils noch in den folgenden Abschnitten. Ein weiteres Beispiel wäre etwa die Rechtsprechung des BVerwG zu § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG (dazu II.2.), die eine Ausnahme anerkennt, die sich bis zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht ausgewirkt hat.

[439] Darauf weist *Michael*, RW 2014, S. 426 (466 f.) hin; er selbst arbeitet dies in JZ 2008, S. 875 (insb. 878 ff.) am Beispiel der Rechtsprechung zur Folgerichtigkeit heraus. Vgl. auch *Neuner*, NJW 2020, S. 1851 (1854 f.), der neuere Entscheidungen des BVerfG zur Bindung Privater an Grundrechte dafür kritisiert, sie würden zu Unrecht an Art. 3 GG anknüpfen, obwohl es im Kern jeweils nicht um Gleichheitsfragen gegangen sei; dazu auch *Michl*, JZ 2018, S. 910 (914 f.), der vorsichtiger formuliert, Art. 3 GG werde hier erstmals auf privatautonome Rechtsverhältnisse angewendet. Zur „Gleichbehandlungsfunktion der Freiheitsgrundrechte“ – wenngleich zurückhaltend – *Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, § 38, Rn. 39 f.

[440] BVerfGE 157, 30, vgl. Ls. 4: „Das Grundgesetz verpflichtet […] zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz tendenziell relativiert werden, führten etwa der Übergang zur Neuen Formel im Rahmen des Art. 3 GG oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gebot der Folgerichtigkeit[441] von Gesetzen zu einem Bedeutungsgewinn der Gleichheitsperspektive. Letztere verdeckt tatsächlich vorgenommene Gleichheitskontrollen[442] und hatte bereits den Effekt, dass freiheitsschonendere Regelungen – im Rahmen der Prüfung von Freiheitsgrundrechten (!) – eher für verfassungswidrig gehalten wurden als freiheitseinschränkende[443]. Und auch je mehr Raum grundrechtliche Schutz- und Leistungspflichten oder Teilhaberechte einnehmen, rückt die gleichmäßige Verteilung der staatlichen Ressourcen umso deutlicher in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit – was dazu führt, dass die Freiheitsrechte in diesen Dimensionen regelmäßig allenfalls ‚in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG' als verletzt angesehen werden[444]. Der Aufstieg der Gleichheitsperspektive ist von hier aus betrachtet Ausdruck einer Mentalität, die die Risiken der Freiheit höher einstuft als ihre Vorzüge bzw. einer Erwartungshaltung, die den aktiven Wohlfahrtsstaat gewohnt ist. Denn während Freiheit im autoritären Staat als höchstes Gut empfunden wird, mutiert die Gleichheit im leistenden Staat zum wichtigsten Faktor, weil Förderungen nur auf Akzeptanz stoßen, wenn sie niemanden bevorzugen. Repressionen hingegen sind schon für sich betrachtet schlecht, ohne dass es auf ‚Fairness' ankäme. Insofern ist der Wan-

---

von Freiheitschancen über die Generationen". Es kann nicht verwundern, dass darin umgehend „die freiheitsrechtliche Ausprägung der Rechtsfigur der Gleichheit in der Zeit", so *Leisner-Egensperger*, ZöR 2022, S. 671 (673), bzw. schlicht eine „intertemporale Gleichheit", so *Ladeur*, FAZ v. 5.5.2021, S. 5, gesehen wurde. Über die formelle Einführung eines – objektiven, vgl. insofern sogleich 4. – Staatsziels Generationengerechtigkeit wurde bereits vorher debattiert, vgl. nur Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Ausarbeitung WD 9 – 3000-057/10. Die intertemporale Freiheitssicherung ließe sich ebenfalls als Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot reformulieren: Der Gesetzgeber handelt nicht folgerichtig, wenn er einerseits eine strenge Treibhausgasreduktionslast festlegt (§ 1 KSG), deren Einhaltung er dann durch zu geringe konkrete Reduktionsziele selbst unterminiert (vgl. §§ 3 Abs. 1 S. 2, 4 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Anlage 2 KSG a. F.), vgl. auch *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917 (921). Übertragen ließe sich ebenso die Sorge *Brydes*, Sondervotum BVerfGE 121, 317 (379 f.), der Gesetzgeber werde zwischen Über- und Untermaßverbot „eingeklemmt".

441 Vgl. insb. BVerfGE 121, 317; 122, 210; weitere Nachweise etwa bei *Bumke*, Der Staat 49 (2010), S. 77 ff.

442 So das Resümee bei *Payandeh*, AöR 136 (2011), S. 578 (602) zu den Ausführungen insbesondere ab S. 594, vgl. auch S. 609 f. Vgl. zu den sich verselbständigenden Argumentationsmöglichkeiten, die diese Rechtsprechung eröffnet, ferner *Göbel*, DÖV 2023, S. 569 ff.

443 Vgl. BVerfGE 121, 317 (357) und die entsprechende Kritik im Sondervotum *Masing* ab S. 384; ferner *Michael*, JZ 2008, S. 875 (877); *Bäcker*, DVBl. 2008, S. 1180, (1182 f.). Gegen diese Deutung aber *Payandeh*, AöR 136 (2011), S. 578 (606 ff.).

444 Vgl. etwa BVerfGE 33, 303 (351 ff.); 75, 40 (71); 159, 355 (387 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

del von der Freiheits- zur Gleichheitsperspektive aber auch ein Indikator dafür, dass sich die Gesellschaft insgesamt in einem guten Zustand befindet. Doch das hier nur am Rande.

Die beschriebene Entwicklung schlägt sich jedenfalls in einer teils erheblichen Veränderung des Inhalts und der Reichweite der speziellen Freiheitsrechte nieder.[445] Es scheint fast, als sei sie Resultat eines zweistufigen Vorgehens: Geprüft wird nicht (mehr) nur, ob diese oder jene Tätigkeit vom fraglichen Grundrecht geschützt ist, sondern auch, ob das Ergebnis der jeweiligen Grundrechtsinterpretation gleichheitsgerecht ist. Verneinendenfalls beginnt die Suche nach einer Lösung, in der das Gleichheitsproblem nicht auftaucht. Ein Hinweis auf Art. 3 GG erklärt diesen Wandlungsdruck nicht ohne Weiteres. Er ist kein vorrangiger Prüfungsmaßstab: Nur Gesetzgebung[446] und -anwendung, nicht auch die Verfassungsartikel als *leges speciales* müssen Gleichheit wahren.[447] Nicht von ungefähr werden Grundrechte in aller Regel nicht analog angewendet – schon die Vorstellung hat etwas Befremdliches.[448] Die Gleichheitsperspektive gewinnt jedoch auch Einzug, ohne dass dafür auf Art. 3 GG Bezug genommen würde: In der heutigen, stärker diversifizierten Gesellschaft ist es leichter als in einer homogeneren, eine *originär* freiheitsgrundrechtliche Interpretation, die Rechte für strukturell benachteiligte Grup-

445 *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 217 (219) formuliert mit der Zurückhaltung des aktiven Verfassungsrichters, Art. 3 GG erweise sich „als verfassungsrechtlicher Dynamo und beeinflusst mittelbar auch die Auslegung anderer Verfassungsnormen".

446 Die Bindung der Gesetzgebung, also nicht bloß der Rechtsanwendung, an den Gleichheitssatz ist ihrerseits Resultat eines Verfassungswandels, der sich allerdings bereits unter der WRV vollzogen hat. Vorgedacht hatten ihn insbesondere *Triepel*, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, S. 26 ff.; *Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 2 ff. und *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, insb. S. 34 ff., der einen „Bedeutungswandel" (15) sieht und „eine rein normativ-dogmatische Betrachtung" (das zielt auf den damals herrschenden staatsrechtlichen Positivismus) ablehnt, weil erst die „im Rechte lebenden und wirkenden Kräfte" dieses „selbst elastisch und zugkräftig" erhielten (74). Dieses Verständnis hat sich nach zunächst starkem akademischen Streit durchgesetzt und noch vor 1933 auch in der Rechtsprechung niedergeschlagen, dazu ausführlich *Leibholz*, AöR 58 (1930), S. 428 (insb. 432 ff.). Den endgültigen Durchbruch bedeutete dann spätestens das Grundgesetz (als freilich neue Verfassung). Zum Ganzen auch *Hesse*, AöR 109 (1984), S. 174 ff.

447 Das gilt gleichermaßen für Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG; die dort genannten Merkmale decken aber ohnehin nicht alle Fallkonstellationen ab.

448 Anders *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 (383), der indes für den grundrechtlichen Diskurs konstatiert, Analogien würden nur „[d]er Sache nach" vertreten, „ohne das dogmatische Kind beim methodologischen Namen zu nennen"; ausführlich zu „Verfassungsanalogien" allgemein *ders*., Der Staat 60 (2021), S. 1 ff.; ausführlich zur Analogie im Bereich des Art. 6 Abs. 1 GG *Rijsbergen*, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, S. 201 ff.; ausdrücklich gegen die Analogie als Methode des Verfassungswandels *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 83.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pen beansprucht, zu etablieren, weil gesellschaftliche Tabuisierungen dezimiert sind. So ist etwa der Einbezug eines unehelichen Vaters ins Eltern- und Familiengrundrecht ohne Weiteres über die bestehenden Blutsbande, also innerhalb von Art. 6 GG, rechtfertigbar; selbiges gilt für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare als Eltern, wenn man den Wert des ‚familiären' Zusammenlebens[449] betont.[450] Beides sind im Hinblick auf die ausschlaggebende Bedeutung der biologischen bzw. sozialen Verbindung gegenläufige Entwicklungen, doch zusammen stehen sie für den Status quo der Dogmatik zu Art. 6 GG. Das verbindende Glied ist die Gleichheitsperspektive, die hier – angestoßen durch gesellschaftliche Normalisierungsprozesse – *wie selbstverständlich* in die Interpretation des Grundrechts einsickert.

Etwas anders ist dies beispielsweise bei der Ehe für alle: Obgleich sich auch in diesem Fall gleichheitsneutrale Oberbegriffe wie der Schutz spezifischer Paarbeziehungen konstruieren ließen, dreht sich eine Öffnung von Art. 6 Abs. 1 GG hier in der Sache vor allem um Gleichheitserwägungen bzw. diese stehen viel eher im Vordergrund als in den vorigen Beispielen. Art. 3 GG ist das zentrale Argument, wenn ein Wandel des Art. 6 Abs. 1 GG hin zum positiven Schutz der gleichgeschlechtlichen Ehe begründet werden soll. Tatsächlich spricht daher vieles dafür, hierin den Vorschlag einer analogen Anwendung zu sehen.[451] Um der Rechtfertigung einer Grundrechtsanalogie auszuweichen, ist immer wieder auch der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beobachten, wenn es darum geht, Ungleichheiten auf Ebene der speziellen Freiheitsrechte auszugleichen, die innerhalb desselben Artikels unüberwindbar scheinen.[452] Ute Sacksofsky etwa spricht sich dafür aus, angesichts der veränderten individuellen Lebensentwürfe freundschaftlichen Beziehungen denselben verfassungsrechtlichen Schutz beizumessen wie familiären Bindungen:

---

449 Wobei auch dieses seine Gestalt im Verlaufe der Zeit verändert. Die Abhängigkeit der Interpretationsspielräume von der Frage, worin der von einer Vorschrift geschützte Wert jeweils gesehen wird, zeigt *Volkmann*, Der Staat 54 (2015), S. 35 (57, Fn. 109) auf; kritisch *Germann*, Ehe und Familie, Geschlecht und Sexualität als Gegenstände des Staatsrechts, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 13, Rn. 90.

450 Vgl. zum unehelichen Vater BVerfGE 45, 104 (123): Erst (!) „[n]ach dem Wegfall des § 1589 Abs. 2 BGB, der eine Verwandtschaft zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater ausschloß, gilt Art. 6 Abs. 1 GG auch für diese Beziehung"; BVerfGE 92, 158 (176 ff.). Zu gleichgeschlechtlichen Eltern: BVerfGE 133, 59 (77 ff., 82 ff.). Siehe zu diesen und weiteren Beispielen innerhalb von Art. 6 GG auch *Britz*, Wandel von Ehe- und Familienvorstellungen im und durch Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, S. 291 (292 ff.).

451 So *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 (383).

452 So zur Ehe für alle etwa *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 366 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „Das Verfassungsrecht erkennt die Bedeutung dieser Nähebeziehungen traditionell nur im Bereich von Ehe und Familie an. Doch dies greift zu kurz. In einer Welt mit pluralen Lebensentwürfen sind auch frei gewählte Fürsorgebeziehungen geschützt. Es ist irrelevant, ob sie sich aus verwandtschaftlichen Bindungen ergeben […]: Freundschaft ist in dieser Perspektive ebenso geschützt wie Familie."[453]

Dass dies eine *de constitutione lata* eigentlich nur schwer vertretbare Position ist, scheint zunächst einmal ziemlich eindeutig zu sein, könnte eine Verfassung sich doch speziellen Regelungen wie dem Familienschutz einfach enthalten, wenn *alle anderen* zwischenmenschlichen Bindungen einen Schutz gleicher Intensität genießen können[454]. Doch ist bereits angesprochen worden, wie entscheidend es für die Durchsetzungschancen eines Standpunkts ist, ihn in die juristische Diskussion einzuschleusen, und insofern ist diese Ansicht nur das vorerst letzte Glied einer ohnehin bestehenden Tendenz, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Auffanggrundrecht im Range eines speziellen Freiheitsrechts zu verstehen. Zu eben diesem – lückenfüllenden[455] – Zweck ist es letztlich auch als Verbindung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG ‚erfunden' und entsprechend etwa zum informationellen Selbstbestimmungs- oder Computergrundrecht weiterentwickelt worden.[456] Je größer die Überschneidungen zu den ausdrücklich geschützten Lebensbereichen indes werden, desto mehr nivelliert und entformalisiert eine extensive Interpretation des

---

[453] *Sacksofsky*, KJ 2021, S. 47 (53). Ebenso *dies*., Relationale Freiheit, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 180 (191). Vgl. auch *Mangold*, Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, VVDStRL 80 (2021), S. 7 (insb. 16 f.).

[454] Darauf läuft Sacksofskys Position hinaus; im unmittelbaren Anschluss an das Zitat im Text heißt es: „Dabei hat der Staat kein Recht, Kriterien dafür festzulegen, was als ‚Nähebeziehung' anzusehen ist. Es muss den Einzelnen überlassen bleiben, für sich zu definieren, was sie als ihre engen Nähebeziehungen ansehen; Fürsorgebeziehungen können daher unterschiedliche Gestalt haben."

[455] Vgl. etwa BVerfGE 141, 186 (201 f.): Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt „solche Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, die – ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein – diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen". Das macht dann eben die Annahme einer Analogie auf Grundrechtsebene letztlich überflüssig.

[456] Vgl. die vorangestellte Rechtsprechungsübersicht zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei *Barczak*, in: Dreier GG, Art. 2 I. Beim Umgang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist besonders problematisch, dass es Argumente salonfähig macht, die ihren Anknüpfungspunkt eigentlich in der Menschenwürde haben und damit das gewisse Tabu unterläuft, welchem der unmittelbare Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG wegen dessen extremer Unbestimmtheit und der absoluten Rechtsfolgen zu Recht unterliegt. Vor der „Abnutzung" des Art. 1 Abs. 1 GG warnt bereits *Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117 (124); dass darauf nicht jeder hört, kann man bei *Frankenberg*, Tyrannei der Würde?, in: ders., Autorität und Integration, S. 270 (272 f.) nachlesen. Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht würde eine dogmatische „Abkopplung" von Art. 1 Abs. 1 GG diese Probleme lösen, dafür etwa *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, S. 25 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

allgemeinen Persönlichkeitsrechts die grundgesetzlich vorgesehene Ordnung.[457] Bei einem anwachsenden Anteil der öffentlich kontrovers diskutierten Themen spielt das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine zentrale Rolle. Dabei treten auch inhaltlich Wirkrichtungen in den Vordergrund, die früher weniger ausgeprägt waren: Klassischerweise wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Anschlag gebracht, um den Einzelnen vom Zugriff anderer abzuschirmen.[458] Dazu kommt neuerdings ein intensivierter Schutz der *aktiven* Lebensgestaltung. In der Entscheidung zur Bundesnotbremse I hat das Bundesverfassungsgericht – im Ausgangspunkt nahe an Sacksofskys Position – erstmals ausdrücklich den grundgesetzlichen Schutz „familienähnlich intensive[r] Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie" anerkannt.[459] Auch wenn auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur ein Mindeststandard persönlicher Begegnungen, gleichsam ein Vereinsamungsschutz, gestützt wurde,[460] wird hier dennoch die Gegenläufigkeit zur ‚Abschirmung' des Einzelnen besonders deutlich.

All diese Entwicklungen, seien sie rechtsdogmatisch an Art. 3 GG selbst aufgehängt, innerhalb der Interpretation von klassischen Freiheitsrechten oder über den Umweg[461] des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vollzogen worden, wirken als Impulse immer auch in die Anwendung des einfachen Rechts hi-

---

457 Das wiederum ist kein Spezifikum des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; entformalisierend ist etwa auch der Vorschlag bei *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 51, den Verfassungswandel inhaltlich aus den „allgemeinen Verfassungsprinzipien" herzuleiten.

458 Geschützt waren zwar seit Anbeginn der Entwicklung auch die Autonomie und der soziale Geltungsanspruch des Individuums. Die Gefahren hierfür gingen jedoch wiederum von der staatlichen oder gesellschaftlichen Umwelt aus, sodass das allgemeine Persönlichkeitsrecht in aller Regel abschirmend in Anschlag gebracht wird; vgl. BVerfGE 54, 148 (153): „Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs [, das sich] von dem ‚aktiven' Element dieser Entfaltung, der allgemeinen Handlungsfreiheit […], abhebt"; vgl. zur Übersicht über die Wirkrichtungen ferner *Britz*, NVwZ 2019, S. 672 (abschirmend insb. 675 ff.); zur Entwicklung m. w. N. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 2 I, Rn. 127.

459 BVerfGE 159, 223 (277); vorherige Entscheidungen verbleiben insoweit im thematischen Umfeld Ehe, Familie und Lebenspartnerschaften; stets ließ sich argumentieren, bei der jeweils fraglichen Konstellation handle es sich der Sache nach um Familie (oder Ehe), vgl. etwa BVerfGE 128, 109 (125).

460 BVerfGE 159, 223 (278); darüber hinaus seien allgemeine zwischenmenschliche Kontakte nur auf Ebene der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt.

461 Einen Rechtswandel *des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* stellen die vorgenannten Entwicklungen nicht zwingend dar. Einen solchen festzustellen, ist angesichts der Weite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner Prägung durch Rechtsfortbildungen ohnehin schwierig. Seine dynamische Interpretation kann sich aber (wie beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) als Argumentationshilfe und Katalysator für einen Wandel anderer Grundrechte – hier des negativen Regelungsgehalts von Art. 6 Abs. 1 GG – auswirken (vgl. auch unten 4.c)).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nein und verdeutlichen so zuletzt, dass die Gleichheit mehr denn je als Wert der Rechtsordnung begriffen wird. Verwunderlich ist dies nicht, handelt es sich doch um eine besonders gerechtigkeitsnahe – und damit nicht zuletzt: unbestimmte – Idee. Dass sich die beschriebene Dynamik insbesondere im Rahmen einer historischen Interpretation lege artis vielfach nicht begründen lässt, ist hier speziell deshalb interessant, weil sich die Verschiebungen, für die offensichtlich ein Bedürfnis besteht, gerade im Bereich der als „Lapidarformeln" (Böckenförde) gefassten Grundrechte textlich oft nur schwer ausdrücken lassen.

### 4. Wandel vom subjektiven zum objektiven Recht – und umgekehrt

Das wahrscheinlich bedeutendste der hier besprochenen Entwicklungsmuster betrifft die Ableitung individueller Berechtigungen oder objektiver Regelungsgehalte aus Normen, die eine subjektive Rechtsposition vormals entweder nicht verliehen haben oder bei denen diese Verleihung andersherum ganz im Vordergrund ihrer Wirkungen stand. Zwischen diesen beiden Abschnitten zu Objektivierungs- (a)) und Subjektivierungstendenzen (c)) behandelt ein Exkurs den Wandel der Grundrechtsverpflichteten (b)).

#### *a) Die objektive Bedeutung der Grundrechte*

Das wissenschaftliche Interesse an den objektiven Grundrechtsgehalten und ihrer Entfaltung in der Praxis ist seit dem Lüth-Urteil 1958[462] ungebrochen. Insofern kann hier auf die entsprechend ausgiebige Forschung verwiesen und sich auf die Nachzeichnung der aus der Wandelsperspektive wichtigsten Aspekte konzentriert werden.[463] Diese liegen zum einen in der bereits besprochenen Ausstrahlungswirkung in die gesamte Rechtsordnung, um die es an dieser Stelle nicht gehen soll; zum anderen in den ‚neuen', namentlich den nicht-abwehrrechtlichen Grundrechtsdimensionen. So neu freilich ist der Gedanke nicht, der *status negativus* beschreibe die staatlich zu schützende Freiheit nur unzureichend.[464] Die philosophische Debatte um positive und negative Frei-

---

462 BVerfGE 7, 198 (insb. 204 f.); vgl. auch bereits BVerfGE 6, 55 (72).

463 Vgl. zum schon lange unüberschaubaren Forschungsstand nur *Sauer*, in: Dreier GG, vor Art. 1, Rn. 106 ff. m. w. N.; *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte. Eine Besprechung verschiedener Grundrechtsdimensionen unter dem Gesichtspunkt des Wandels bei *Rupp*, AöR 101 (1976), S. 161 ff.

464 Vgl. zur Statuslehre *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 81 ff.; dazu *Brugger*, AöR 136 (2011), S. 1 ff. Mit Blick auf die Philosophien von Hobbes und Locke wird man gar zu *Isensees* Einschätzung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] IX, § 191, Rn. 11, kommen: „Die Schutzpflicht gehört einer genetisch älteren Schicht des Verfassungsstaates an als das Abwehrrecht." Ebd., Rn. 17 aber der Hin-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

heitskonzepte ist bereits weit vor Erlass des Grundgesetzes geführt und dann zunehmend auch für das Verständnis der Grundrechte rezipiert worden.[465] Das Argument ist einleuchtend: Dort wo die tatsächlichen Voraussetzungen zur Freiheitsentfaltung nicht gegeben sind, ist dem Einzelnen durch liberale Abwehrrechte gegen den Staat kaum geholfen. Die Grundrechte laufen insofern leer. Dies gilt umso mehr, als das staatliche Gewaltmonopol noch nie dazu geführt hat, dass der Staat die einzige Bedrohung individueller Freiheit gewesen wäre. Die bekannte Forderung lautet: Freiheit *durch* den Staat, nicht nur *vor* dem Staat bzw. statt bloßer ‚Freiheit von' äußeren Zwängen, ‚Freiheit zu' einem selbstbestimmten Leben. Es ist ein wenig müßig und würde hier jedenfalls zu weit führen, nach dem Verhältnis von positiver und negativer Freiheit in der Grundrechtskonzeption des Parlamentarischen Rats zu fragen. Fest steht, dass die Grundrechte des Grundgesetzes zumindest[466] in erster Linie Abwehrrechte sein sollten – was historisch auch insofern folgerichtig ist, als während des totalitären NS-Regimes, dessen Gegenentwurf sie sind, die *staatliche* Freiheitsbedrohung doch einmal ganz in den Vordergrund gerückt war. Und fest steht auch, dass die skizzierte Forderung auf Ebene des Verfassungsrechts durch Rechtswissenschaft und Praxis in Form sog. objektiver Grundrechtsgehalte rezipiert worden ist, was insbesondere dazu geführt hat, aus den Grundrechten Leistungsrechte oder Schutzpflichten herauszulesen.

Diese ‚objektiven' Grundrechtsdimensionen bewirken zwar die bei ihrer Einführung versprochene „Verstärkung"[467] der Grundrechte; dies aber nur im Hinblick auf die Vervielfachung der Konstellationen, in denen aus den Grundrechten heraus argumentiert wird – also nur soweit man die neuen Dimensionen gleichsam schon zum Grundrechtsbestand hinzurechnet. Mit Blick auf die ‚eigentlich' im Mittelpunkt stehende Grundrechtsfunktion wird man hingegen – allenfalls leicht zugespitzt – konstatieren müssen: Die objektiven Grundrechtsgehalte bewirken letztlich nichts anderes als das genaue Gegenteil der subjektiven Abwehrdimension. *In ihrer Wirkrichtung gegen*

---

weis, diese Priorität kehre sich um, sofern spezifisch die Grundrechtsdogmatik in den Blick genommen werde.

465 S. neben Jellinek etwa *v. Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung, Bd. 3, S. 104; *Berlin*, Two Concepts of Liberty; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 435 ff.; vgl. auch *Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, S. 221 (insb. 225 ff.); *Volkmann*, Autonome Subjekte oder Kinder des Staates?, in: Günther/ders. (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 241 ff.

466 Weitergehend etwa *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte; vgl. auch *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. *Dreier*, DÖV 2024, S. 413 (413) spricht von einer im historischen Ausgangspunkt „relativ strikte[n] Beschränkung auf die klassisch-liberalen Grundrechte"; dort auch insgesamt zur „Expansion der Grundrechte".

467 BVerfGE 7, 198 (205).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*den Staat* sind die Grundrechte der Verlierer dieser Entwicklung, liegt ihnen doch gerade die Idee der „Geltungsverstärkung kraft Bereichsreduktion" zugrunde[468]. Das lässt sich anhand der Attribute ‚subjektiv'/‚objektiv' veranschaulichen. Am deutlichsten kommt der Charakter der Grundrechte als Rechtsposition des Einzelnen in der Durchsetzungsmöglichkeit mithilfe der Verfassungsbeschwerde zum Ausdruck, wie sie – der allerdings erst nach knapp 20 Jahren in das Grundgesetz eingefügte[469] – Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG vorsieht. Die Einklagbarkeit kennzeichnet alle subjektiven Rechte. Dass die Grundrechte daneben selbstverständlich auch – wie alle Normen – dem objektiven Recht zugehören, ändert nichts an der ursprünglichen Dominanz der subjektiven Dimension. Die Schutzpflichten als wichtigste Ausprägung der ‚objektiven' Dimensionen lassen sich indes nach mittlerweile allgemeiner Auffassung ebenfalls im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen.[470] Theorie und Praxis klaffen hier allerdings deutlich auseinander: Betrachtet man einmal das zu Recht[471] ganz im Zentrum der Debatte um die Schutzpflichten stehende Handeln des Gesetzgebers,[472] lassen sich diejenigen Verfassungsbeschwerden, denen wegen einer Verletzung von Schutzpflichten Erfolg beschieden war, an einer Hand abzählen – wobei die Einord-

---

468 Zitat bei *Dreier*, DÖV 2024, S. 413 (413).

469 19. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.1.1969, BGBl. I, S. 97. Einfachgesetzlich ist die Verfassungsbeschwerde freilich seit Anfang an in den §§ 90 ff. BVerfGG vorgesehen, sodass sie seit Gründung des BVerfG 1951 erhoben werden kann.

470 Vgl. nur *Möstl*, in: Stern/Sodan/ders. (Hrsg.), Staatsrecht III, § 68, Rn. 12. Allgemein zur Entwicklung der Rechtsprechung zu den Schutzpflichten *Britz*, NVwZ 2023, S. 1449 ff. m. w. N., auch zu wichtiger Literatur.

471 Die zweite und dritte Gewalt können ihrem Schutzauftrag von vorneherein nur im Rahmen der einfachgesetzlichen Kompetenzordnung nachkommen, s. dazu nur *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 553 (557 ff.); *Britz*, NVwZ 2023, S. 1449 (1452).

472 Bezüglich der anderen Staatsgewalten gilt aber nichts wesentlich anderes, weshalb etwa *Schwabe*, JZ 2007, S. 135 (136 f.) die Schutzpflichten insgesamt als „Modell ohne Praxis" kritisiert. Manche Entscheidungen zu Urteilsverfassungsbeschwerden, wie BVerfGE 99, 185 (194), beziehen sich zwar auf Schutzpflichtverletzungen, dies aber eher unreflektiert und am Rande. In der Sache geht es dann um die richtige Anwendung des einfachen Rechts, insbesondere die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Geschehen hier für den Beschwerdeführer nachteilige ‚Fehler', kann darin nach der Lüth-Rechtsprechung eine Grundrechtsverletzung liegen, die aber keinen spezifischen Bezug zur Schutzpflichtendogmatik aufweist. Als grundrechtsverletzendes positives Tun handelt es sich vielmehr um eine klassische Verletzung der Abwehrdimension (die sich nur wegen des gerichtlichen Entscheidungszwangs ausnahmsweise nicht durch schlichtes Unterlassen hätte vermeiden lassen). Folgerichtig sind solche rhetorischen Fehlgriffe die Ausnahme geblieben; vgl. auch *Schwabe*, Phantomjagd, in: FS Selmer, S. 247 (256 f.). Anders sind nur Fälle wie BVerfGE 103, 89 (105) zu beurteilen, wo die *ausdrückliche* Schutzpflicht des Art. 6 Abs. 4 GG betroffen war.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nung als *Schutzpflicht*verletzung sogar teilweise überrascht, weil eine abwehrrechtliche Konstruktion mindestens ebenso nahegelegen hätte[473] oder die Schutzpflicht gar nicht aus einem Grundrecht[474] hergeleitet wurde.[475] Und auch außerhalb dieser Verfahrensart ändert sich kaum etwas an diesem Befund: Eine Schutzpflichtverletzung hat das Bundesverfassungsgericht bekanntlich in den beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch wegen eines aus seiner Sicht zu liberalen Abtreibungsrechts angenommen.[476] 2016 ist der Gesetzgeber dann aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit psychisch kranker, unter Betreuung stehender Personen verpflichtet worden, ärztliche Zwangsbehandlungen gegen den natürlichen Willen der Betroffenen zu ermöglichen. Auch wenn dafür wie so häufig sachlich überzeugende Gründe sprechen, wäre es doch etwas paradox, in dieser Entscheidung einen Triumph *subjektiver* Rechte zu erblicken, soll hier

---

473 In BVerfGE 114, 1; 114, 73 (vom selben Tag) ging es um Ansprüche von Versicherungsnehmern aus Lebensversicherungsverträgen; zumindest im ersten Fall lag insofern eine abwehrrechtliche Konstellation vor, als die Schutzpflicht hier den gesetzlichen Ausschluss des § 415 BGB kompensieren soll, der sich seinerseits aber als aktives Tun darstellt, ebenso *Sachs*, JuS 2005, S. 1026 (1027).

474 BVerfGE 125, 39 (77 ff.). Die beschwerdeführenden Kirchen rügten zu weitgehende Erlaubnisse zu Ladenöffnungen an Adventssonntagen. Nachdem das BVerfG feststellt, dass sich „aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG […] *keine staatliche Verpflichtung* herleiten [lässt], die religiös-christlichen Feiertage und den Sonntag unter den Schutz einer näher auszugestaltenden generellen Arbeitsruhe zu stellen und das Verständnis bestimmter Religionsgemeinschaften von nach deren Lehre besonderen Tagen zugrunde zu legen“ (S. 79, Hervorhebung nur hier), stellt es entscheidend auf Art. 140 GG i. V. m. 139 WRV ab, der (als an sich rein objektive Norm) den *Schutz* der Sonntagsruhe *ausdrücklich* gebietet und die Schutzpflicht des Gesetzgebers insofern konkretisiere. Zu diesem eher an die Elfes-Konstruktion als an die Schutzpflichtendogmatik erinnernden Vorgehen noch unten c).

475 Auch die Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, die im Triagebeschluss, BVerfGE 160, 79, als verletzt angesehen wird, ist eine Besonderheit, da Schutzpflichten im Gleichheitsbereich überflüssig, weil im Benachteiligungsverbot jedenfalls von vorneherein inbegriffen sind. Instruktiv zur „mittlere[n] dogmatische[n] Konstruktionstiefe“ der Schutzpflichtenjudikatur und den verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten *Britz*, NVwZ 2023, S. 1449 (1449 f.), die ebenfalls von einer „schwache[n] Erfolgsbilanz“ spricht (1456) und dort bezüglich der Verfassungsbeschwerde *zwei* erfolgreiche Verfahren anführt: neben dem Triagebeschluss noch BVerfGE 142, 313 (dazu sogleich im Text), tatsächlich handelte es sich hier indes um ein Verfahren der konkreten Normenkontrolle.

476 BVerfGE 39, 1; 88, 203 (abstrakte Normenkontrollen). E 75, 40 (konkrete Normenkontrolle) folgert aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG eine auf staatliche Förderungsleistungen gerichtete „Schutzpflicht“ zugunsten von Privatschulen, deren Erfüllungsmodalitäten in den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers fielen (S. 62 ff.), rügt in der Sache dann aber ausschließlich einen Gleichheitsverstoß (S. 71 ff.), keine Verletzung des Untermaßverbots.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

doch gerade das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG selbst Dritten erlauben, seinen Träger zu zwingen.[477]

Bezieht man noch die kaum scharf abzugrenzende Leistungsdimension mit ein, kommt die Hartz IV-Entscheidung hinzu, die aber insofern atypisch ist, als sie die Leistungsansprüche zur Sicherstellung eines Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG herleitet, dessen Satz 2 eine Schutzpflicht für die Menschenwürde ausdrücklich vorsieht.[478] Dass das Gericht mitunter die Rüge einer Schutzpflichtverletzung im Rahmen der Beschwerdebefugnis ausreichen lässt, also dem Grunde nach ein subjektives Recht auf Schutz anerkennt, ohne dass die Verfassungsbeschwerde schlussendlich Erfolg hätte,[479] kann in Anbetracht dessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schutzpflichten de facto dazu dienen, Grundrechts*einschränkungen* zu legitimieren, als subjektive Rechte also leerlaufen.[480] Sie werden in aller Regel als einem Abwehrrecht im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen entgegenstehendes Verfassungsgut in Anschlag gebracht. Die Grundrechte setzen dem Staat als Schutzpflichten damit keine Handlungsgrenzen, fungieren vielmehr als objektive Eingriffsbefugnisse[481], zumal der Staatsgewalt eine weitgehende Definitionsho-

---

477 BVerfGE 142, 313 (konkrete Normenkontrolle). Der BGH (NJW 2015, S. 2528) hatte seine Vorlage im Übrigen noch auf eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG gestützt. Das BVerfG lässt das offen (S. 352).

478 BVerfGE 125, 175 (konkrete Normenkontrolle). Darüber hinaus denkt das BVerfG im ersten Numerus Clausus-Urteil, E 33, 303 (333 ff.), eine Leistungspflicht zur Schaffung neuer Studienkapazitäten an, lässt deren Bestehen, sowie die Folgefrage der Einklagbarkeit, aber als nicht entscheidungserheblich, da jedenfalls nicht verletzt, offen und konzentriert sich vielmehr auf die erschöpfende und gleichheitsgerechte Nutzung der bestehenden Studienplätze; in einer späteren Entscheidung verneint es ein solches Recht dann ausdrücklich, BVerfGE 147, 253 (306 f.).

479 Die Möglichkeit einer aus einer Schutzpflichtverletzung resultierenden Beschwerdebefugnis wurde erstmals anerkannt in BVerfGE 77, 170 (214 f.), allerdings ohne, dass sie letztlich darauf gestützt worden wäre; abweichend Sondervotum *Mahrenholz*, ebd., S. 234 ff., der die Verfassungsbeschwerde insofern sogar für begründet hält. Die Beschwerdebefugnis wird hingegen in BVerfGE 157, 30 (90 ff.) unter anderem auf die mögliche Verletzung von Schutzpflichten gestützt. Zur Einordnung muss das Interesse des Gerichts berücksichtigt werden, die Zulässigkeit zu bejahen, um sich im Rahmen der Begründetheit äußern zu können.

480 Vgl. aus der fachgerichtlichen Rspr. aber etwa den Beschluss des VGH Kassel, NJW 1990, S. 336 zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Genehmigung gentechnischer Anlagen; auch in diesem Fall begehrten die Antragsteller indes die Aufhebung der sie belastenden Genehmigung, machten mithin einen Abwehranspruch geltend. Aus dem Schutzpflichtgedanken leitet der VGH ‚bloß' einen Gesetzesvorbehalt für die Erteilung einer solchen Genehmigung und die entsprechende Pflicht zum Erlass eines die Belange ausgleichenden Gesetzes her – diese sollen aber ausdrücklich objektivrechtlicher Natur sein, „d. h. ganz unabhängig von der Geltendmachung subjektiver Ansprüche von Grundrechtsträgern" (S. 337).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

heit über den Inhalt der Schutzpflichten zukommen soll[482]. Was sie ‚gebieten', entspricht meist ohnehin dem politischen Willen; mit der Grundrechtsfunktion, Freiheitsentfaltung auch dort zu ermöglichen, wo dies für die Mehrheit ungemütlich ist, hat das nichts zu tun. Das erste Abtreibungsurteil – eigentlich ja eine seltene Ausnahme – treibt diese illiberale Tendenz sogar noch auf die Spitze, indem dort aus den Grundrechten eine grundsätzliche *Pflicht* des Staates zu strafen (!) hergeleitet wird.[483]

Der Klimabeschluss zeigt nochmals auf, wie gerne das Bundesverfassungsgericht die Feststellung einer Schutzpflichtverletzung vermeidet. Lieber hebt es in einer kühnen Konstruktion eine neue zeitliche Grundrechtsdimension aus der Taufe, die zukünftige massive Grundrechtseingriffe als selbstverständliche Tatsache bzw. verfassungsrechtliches Gebot behandelt, weil ein einfachgesetzliches Ziel sie erfordere.[484] Dass auch in Zukunft nur verhältnismäßige Mittel ergriffen werden dürfen, bleibt eine Randnotiz.[485] Im Gegenteil zeich-

---

481 Vgl. nur *Kingreen*, Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 103 (111).

482 Vgl. BVerfGE 96, 56 (64): „Die primär aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der Grundrechte ergebenden Schutzpflichten andererseits unterscheiden sich […] insofern grundlegend voneinander, als das Abwehrrecht in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten fordert, während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist. Wie die staatlichen Organe ihre Schutzpflicht erfüllen, ist von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden".

483 BVerfGE 39, 1 (50 f.); vgl. insofern schon die Kritik im Sondervotum *Rupp-v. Brünneck/Simon*: „eine *Pflicht* des Gesetzgebers *zum Erlaß von Strafnormen*, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers […] verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil" (S. 73, Hervorhebungen im Original); s. auch die Stellungnahme des Abgeordneten Süsterhenn im Parlamentarischen Rat: „Ein Verfassungsartikel hat niemals irgendwelche strafrechtlichen Wirkungen, es sei denn, daß ausdrücklich dazu eine strafrechtliche Sanktion zugesagt wird", in: *Häberle* (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (Neuausgabe JöR 1951), S. 95.

484 BVerfGE 157, 30 (97 ff., 130 ff.); BVerfG, NVwZ 2022, S. 321 (322 f.); kritisch zu dieser Konstruktion etwa *Kingreen*, Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 103 (117); *Breuer*, NVwZ 2022, S. 1233 ff.; massive Kritik an den Auswirkungen bei *Kruschke*, DÖV 2024, S. 300 (308): „Unter Berufung auf den Klimawandel lassen sich zukünftig praktisch alle erdenklichen staatlichen Zwangsmaßnahmen begründen und durchsetzen, die vormals undenkbar erschienen, weil zur Abwendung der ‚globalen Klimaapokalypse' mit entsprechender politischer (ideologischer?) Begründung letztlich wohl jedes individuelle Einzelrecht zurückzutreten hat." Insgesamt überwiegt aber die positive Resonanz, vgl. statt vieler *Schlacke*, NVwZ 2021, S. 912 ff. S. zum Ganzen auch die Nachweise bei *Dreier*, DÖV 2024, S. 413 (423 ff.).

485 BVerfGE 157, 30 (98), mit dem zutreffenden Hinweis, dass durch steigende Bedrohungen infolge des Klimawandels weitergehende Freiheitsbeschränkungen zumutbar werden, weil das relative Gewicht des Art. 20a GG bei fortschreitendem Klimawandel zunehme – wobei allerdings unterbelichtet bleibt, dass zugleich die Intensi-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

net das Gericht stellenweise ein Bild der prinzipiellen Unfreiheit, die durch eine sinnvolle zeitliche Verteilung nur minimiert werden kann. Vom klassischen rechtsstaatlichen „Verteilungsprinzip", das durch die Grundrechte mehr denn je zur Grundlage des freiheitlichen Staates erhoben wurde und nach dem „die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist", entfernt sich diese Grundvorstellung denkbar weit.[486] Der hierin zum Ausdruck kommende Gedanke einer Kontingentierung der Freiheit lag ersichtlich auch der Politik zur Eindämmung der Corona-Pandemie zugrunde und wird auf diese Weise voraussichtlich tiefe Spuren im gesellschaftlichen und juristischen Verständnis der Freiheitsrechte hinterlassen.[487] Hätte das Bundesverfassungsgericht seine – in der Sache sicherlich sinnvolle – Entscheidung, statt mit der Abwendung künftiger *staatlicher* Freiheitsverkürzungen, mit den unbestreitbar immensen und schon jetzt spürbaren *tatsächlichen* Gefahren des Klimawandels – also maßgeblich unter Berufung auf die Schutzpflichten – begründet, würde sich das Rad des Wandels im Bereich der Grundrechte insofern etwas langsamer drehen, als, ungeachtet der gegen die Schutzpflichten zu erhebenden Vorbehalte, zumindest kein weiterer neuer argumentativer Ausgangspunkt geschaffen worden wäre.[488]

Die eingeführte Figur der „intertemporalen Freiheitssicherung" ist zwar über die „eingriffsähnliche Vorwirkung" dezidiert abwehrrechtlich konstruiert, was gegen einen Wandel sprechen könnte.[489] Auch ist der Gedanke, der von Art. 20a GG gebotene Klimaschutz erfordere Grundrechtseingriffe, natürlich als solcher nicht zu beanstanden. Das Problem nimmt seinen Ausgangspunkt im suggerierten Automatismus, es müssten im Fall der Fälle einseitig die Grundrechte ‚nachgeben' und nicht die einfachgesetzliche Konkretisierung des Klimaschutzgebots, sodass diese letztlich jene überspielt.[490] In der

---

tät der zur strikten Einhaltung der Ziele erforderlichen Eingriffe stark zunimmt und diese deshalb (aus politischen oder rechtlichen Gründen) möglicherweise unterbleiben werden.

486 Das Zitat bei *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126; u. a. aufgegriffen in BVerfGE 128, 226 (244 f.); 148, 267 (282).

487 Im Kontext von Corona: *Volkmann*, Autonome Subjekte oder Kinder des Staates?, in: Günther/ders. (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 241 (252 f.). Zur Parallelität wie hier *Degenhart*, NJW 2022, S. 123 (125).

488 Für eine Lösung über Schutzpflichten statt vieler *Kahl*, Natürliche Lebensgrundlagen und Ressourcenverbrauch, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 19, Rn. 48 m. w. N. Rechtfertigung des Vorgehens insofern aber bei *Britz*, NVwZ 2022, S. 825 (833), mit dem im Kontext des Wandels beachtlichen Argument, dies hätte zu „einer Verstrengerung des für die Schutzpflichtprüfung üblichen Maßstabs" geführt.

489 BVerfGE 157, 30 (Ls. 4; 130 ff.).

490 Das soll zwar nicht absolut gelten (ebd., S. 139), eine Ausnahme erscheint hier indes als eher hypothetische Möglichkeit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Konsequenz dieser Konstruktion sollen Grundrechte nicht mehr ausschließlich aufgrund ihrer objektiven Schutzdimension aktive Eingriffe in die Abwehrdimension gebieten können, sondern *gerade auch auf Grundlage dieser Abwehrdimension selbst*. Insoweit verliert diese ihre Position als den Staat auf Abstand haltender argumentativer Pol. Genau dafür musste man bisher auf die Schutzdimension abstellen.[491] Der abwehrrechtliche Ansatz verhindert also den Wandel nicht, sondern begründet ihn im Gegenteil.

Man muss hier allerdings der Vollständigkeit halber differenzieren: Mit dem soeben Ausgeführten ist nicht der intertemporale Ansatz an sich hinfällig. Er lässt sich auch konstruieren, ohne die Abwehrrechte zu verschiedenen Zeiten gegeneinander auszuspielen – und zwar indem, statt auf die Verteilung der Eingriffslasten, auf die Vermeidung und Verringerung derselben abgestellt wird. Das ist nichts anderes als die in die Zeit hinein geöffnete Idee der praktischen Konkordanz, wonach im Falle von Grundrechtskollisionen, hier bezüglich der Interessen verschiedener Generationen, nicht „eines auf Kosten des anderen realisiert werden" darf, sondern „beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen" sollen.[492] Da dem Klimawandel aber je früher, desto wirksamer *und* grundrechtsschonender begegnet werden kann, lässt sich hieraus ein starkes verfassungsrechtliches Argument für größere Anstrengungen der aktuellen Generationen herleiten. Dann geht es nicht darum, dass spätere Generationen hohe Lasten tragen werden, sondern dass sich heute vergleichsweise einfach in die Wege leiten lässt, was später nur mit intensiven Grundrechtseingriffen erreicht werden *könnte* (wovon man deshalb möglicherweise Abstand nehmen wird). Und gleichzeitig lässt sich hier ohne Weiteres die durch ohnehin zukunftsgerichtete Schutzpflichten adressierte ‚positive Freiheit' einbeziehen.[493]

---

491 Das wäre auch im zugrundeliegenden Fall gangbar gewesen. Denn die Prognose, der Staat werde aufgrund der gestiegenen Bedrohungslage später massiv in Grundrechte eingreifen, basiert ja notwendig auf der Einschätzung eines im aktuellen Verhalten angelegten Kausalverlaufs, vor dessen Gefahren der Staat, sollten sie sich wie unterstellt realisieren, schon jetzt eben doch nur völlig unzulänglich bzw. in erheblich unter dem gebotenen Schutzniveau verbleibendem Maße schützt, vgl. BVerfGE 157, 30 (116) – zumal Ziele festzusetzen eben noch keine wirksamen Maßnahmen bedeutet. Vgl. auch – in anderem Kontext – die Kritik an der Überspannung der Abwehrdimension durch die dortige Senatsmehrheit im Sondervotum Wolff zu BVerfG, NJW 2025, S. 144 (158 f.).

492 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesreprublik Deutschland, S. 28; vgl. aus der Rspr. etwa BVerfGE 152, 152 (185).

493 Wie schwer wiegen dann eine maßvolle Tempobeschränkung auf Autobahnen, Solarpflichten für Neubauten und Industriehallen (von unmittelbar durch Steuergelder finanzierten und somit überhaupt keine individuellen Sonderbelastungen zeitigenden Maßnahmen einmal ganz abgesehen) gegenüber einem sofortigen Verbrenner-Verbot oder eben einer ‚faktischen Enteignung' durch den Anstieg des Meeresspiegels oder den faktischen Beeinträchtigungen des ‚Rechts' auf Gesundheit, wenn das Trinkwasser zur Neige geht?

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Freilich argumentiert das Bundesverfassungsgericht zu weiten Teilen gerade auch aus diesem Gedanken ‚intertemporaler Konkordanz', besonders deutlich, wenn es vom „freiheitsschonenden Übergang[ ] in die Klimaneutralität" spricht und dabei etwa die Zeitspanne betont, die für technische Neuerungen verbleibt.[494] Das überzeugt, ohne einen Wandel zu bedeuten. Die weitere Argumentation aus den Abwehrrechten heraus ist wie gesehen problematischer, denn das *Verteilungs*problem im engeren Sinne wurzelt weniger in den Freiheitsrechten, sondern wäre letztlich als ein zu trennendes Gleichheitsproblem zu diskutieren gewesen (dazu soeben 3.).

### *b) Exkurs: Adressatenwandel durch Drittwirkung – oder: Von der Freiheitsgarantie zur privaten Pflicht*

Eine weitere Entwicklung im Bereich der Grundrechtswirkungen, die in den letzten Jahren massiv Fahrt aufgenommen hat, betrifft nicht die Frage, mit welchen Inhalten der Einzelne sich auf Grundrechte berufen kann, sondern gegenüber welchen Akteuren – sprich: Inwiefern sind Private an Grundrechte gebunden? Weil der Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 3 GG die Antwort: „Gar nicht" eigentlich sehr nahelegt,[495] galt abermals im Anschluss an das Lüth-Urteil lange als gesichert, dass eine „unmittelbare Drittwirkung" nicht in Betracht kommt und stattdessen die mittelbare Einwirkung der grundrechtlichen Wertungen in die Privatrechtsverhältnisse über die Grundrechtsbindung der Gerichte, insbesondere bei der Auslegung von Generalklauseln, einen tragfähigen Kompromiss darstellt.[496] Obwohl diese „mittelbare Drittwirkung" nun schon länger gekünstelt wirkt und wenig Gegenliebe erfährt,[497] lässt sich auf die ‚bekannte' Unzulässigkeit einer unmittelbaren Bindung Privater wei-

494 BVerfGE 157, 30 (insb. 130 ff.; Zitat 130).

495 Siehe aber *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, S. 220 ff., insb. 229 ff., der sich mit viel Aufwand an einer Umdeutung versucht, dabei aber nur, gleichsam negativ, nachweist, dass der Umkehrschluss nicht *logisch zwingend* ist, was indes für fast alle rechtlichen Argumente gilt und nichts daran ändert, dass er deutlich näherliegt als alle anderen Konzepte.

496 BVerfGE 7, 198 (203 ff. und Ls. 2). Für eine „unmittelbare Drittwirkung" trat dagegen insbesondere *Nipperdey* und unter seiner Präsidentschaft anfangs auch noch das BAG ein, vgl. etwa BAGE 1, 185 (193). Umfangreiche Einzelnachweise bei *Bumke*, AöR 144 (2019), S. 1 (23 f., 61).

497 Vgl. etwa *Neuner*, NJW 2020, S. 1851. Treffend *Grünberger*, Personale Gleichheit, S. 1017: „[D]ass eine Norm fallentscheidend für einen Zivilrechtsstreit ist, an die *keine der Parteien gebunden* ist […] [,] ist nur möglich, wenn man zwischen dem einfachen Recht (R) und dem vom grundrechtsgebundenen staatlichen Gericht ausgelegten einfachen Recht (R') unterscheidet. […] Nähme man diese Konstruktion ernst, gibt man damit die elementarste Funktion des Rechts preis: Es ist nicht mehr in der Lage, die Erwartungen der Beteiligten zu sichern, weil es jederzeit möglich ist, dass (R) zu (R') mutiert. Das ist paradox" (Hervorhebung im Original).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

terhin als praktisch schnell durchschlagendes Argument zur Erledigung entsprechender Fälle zurückgreifen.

Dieser Gewissheit treten in letzter Zeit allerdings wieder vermehrt Stimmen aus der Literatur entgegen, die – wie etwa Andreas Kulick, dessen Habilitationsschrift ein klares „Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten" darstellt – der unmittelbaren Dritt- oder Horizontalwirkung ein theoretisches Fundament verleihen.[498] In der Sache passt sie auch nicht mehr zur neueren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts. Zwar sind unter Berufung auf die „mittelbare Drittwirkung" von Anfang an immer wieder Fälle *im Ergebnis* genauso entschieden worden, als wirkten die Grundrechte zwischen Privaten unmittelbar[499]; seit dem Fraport-Urteil 2011[500] ist aber eine Dynamik mit neuer Qualität entstanden. Dabei lässt sich diese Entscheidung selbst, mit der das Bundesverfassungsgericht die staatlich beherrschte, als Aktiengesellschaft organisierte Betreiberin des Frankfurter Flughafens zur Duldung von politischen Versammlungen verpflichtete, noch unschwer als Verhinderung einer „Flucht ins Privatrecht"[501] erklären. Die tragenden Gründe beziehen sich insofern auf die Grundrechtsbindung des Staates. In einem obiter dictum heißt es dagegen,

> „dass möglicherweise Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden, insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat".[502]

Der 2015 im einstweiligen Rechtsschutz ergangene Kammerbeschluss zum „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit", dem insoweit derselbe Sachverhalt zugrunde lag, nur dass die beteiligte GmbH & Co. KG *nicht* staatlich beherrscht war, bezieht sich zur Begründung der versammlungsfreundlichen Entscheidung auf ebendiese Passage, unterschlägt aber das „möglicherweise", wenn er ausführt, das Bundesverfassungsgericht habe „festgestellt", dass die beschriebene Grundrechtsverpflichtung Privater bestehe.[503] Die in dieser Entwicklung zentrale Entscheidung zum bundesweiten Stadionverbot verweist

---

498 Das Zitat als Untertitel bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich; ebenso *ders*., AöR 145 (2020), S. 649 ff.; siehe ferner etwa *Grünberger*, Personale Gleichheit, S. 1009 ff. und, für die Grundrechtsbindung „Intermediärer Gewalten", *Kroemer*, Drittwirkung der Grundrechte, Zitat: S. 142.

499 Deshalb sieht etwa *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901 (903) weiter zurückreichende Rechtsprechungslinien als die hier besprochenen.

500 BVerfGE 128, 226.

501 Dieses Problem beschreibt bereits *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 326 ff.

502 BVerfGE 128, 226 (248).

503 BVerfG, NJW 2015, S. 2485 (2486).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2018 dann bereits ohne Weiteres auf das genannte obiter dictum.[504] Auf diese Weise ist eine ständige Rechtsprechung im Entstehen begriffen, ohne dass eine belastbare Auseinandersetzung mit dem Inhalt stattgefunden hätte. Im Stadionverbotsbeschluss bindet das Bundesverfassungsgericht den deutschen Profifußball beim Verhängen von Stadionverboten an Grundrechte, namentlich Art. 3 Abs. 1 GG. Eine wie auch immer geartete Mediatisierung der Drittwirkung ist dabei in der Sache, wie schon in den anderen hier genannten Entscheidungen, nicht mehr erkennbar. Die mantrahafte Selbsteinordnung als „mittelbare Drittwirkung" wird so zur bezugslosen Floskel, mitgeschleppt um sich die Autorität des Gewohnten rhetorisch zu erhalten.[505]

Bemerkenswert an der Entscheidungsdarstellung des Bundesverfassungsgerichts ist aber nicht bloß die Zitationspraxis. Auch die unter 2. bereits beschriebenen Muster zur Verdeckung der Dynamik finden sich in dieser Rechtsprechungslinie wieder. So werden Sachverhalt und rechtliche Würdigung im Stadionverbotsbeschluss als Sonderfall präsentiert – und gleichzeitig wird die Brisanz der Neuerung durch die Zurückweisung der konkreten Verfassungsbeschwerde als unbegründet insofern im Rahmen gehalten, als sie sich auf die in verschiedenen Entscheidungen vollzogene theoretische Anerkennung einerseits und deren praktische Auswirkung andererseits verteilt, hier noch ergänzt durch Andeutungen in obiter dicta und im vorläufigen Rechtsschutz. Die betonte Besonderheit der Fallgestaltung soll sich daraus ergeben, dass die Bindung nichtstaatlicher Akteure an Grundrechte nur in „spezifischen Konstellationen" in Betracht kommt. Fallgruppenartig werden dafür solche genannt, in denen Private eine öffentliche Veranstaltung abhalten, eine Monopolstellung innehaben oder anderen Privaten strukturell überlegen sind.[506] Derart ‚spezifisch' sind diese Konstellationen, insbesondere mit Blick auf die strukturelle Überlegenheit, indessen gar nicht, wie schnell bemerkt wurde: „Sozioökonomische Machtgefälle, die als ‚spezifische Konstellationen' in Betracht kommen, gibt es jedenfalls zuhauf – […] ‚Giganten wie Facebook' sind nur die offensichtlichsten Kandidaten für eine Expansion der situativ staatsgleichen Grundrechtsbindung Privater."[507] Um eben jenes Facebook drehte sich denn

---

504 BVerfGE 148, 267 (281); ebenso etwa E 152, 152 (191).

505 So in BVerfGE 148, 267 (279 f.); NJW 2015, S. 2485 f. und ebenso NJW 2019, S. 1935. Ebenso etwa *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901 (902); *Michl*, JZ 2018, S. 910 (912 f., 916).

506 BVerfGE 148, 267 (283 f.).

507 *Michl*, JZ 2018, S. 910 (918), der diese Unbestimmtheit mit „‚strategischen' Erwägungen" zur „‚Anschlussfähigkeit' der Entscheidung mit Blick auf künftige Rechtsprechung" erklärt (917). Ein besonders eingriffsintensiver Vorgang ist ein befristetes Stadionverbot auch nicht, vergleicht man ihn etwa mit der Bürgschaftsentscheidung BVerfGE 89, 214, in der es um einen das restliche Leben der Beschwerdeführerin bestimmenden Vertrag ging, dessen Wirksamkeit von der mittelbaren Drittwirkung abhing, vgl. *Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch das vorerst letzte Kapitel dieser Entwicklung. Und der Facebookbeschluss stellt 2019 selbst diese schwache Begrenzung aus dem Stadionverbotsbeschluss subtil in Frage; dort heißt es, die Grundrechtsbindung Privater greife „*jedenfalls* in spezifischen Konstellationen".[508]

Diese Entscheidungen summieren sich zu einer Entwicklung, in der man die „Abkehr von der Grundlinie"[509] des Lüth-Urteils deutlich erkennen kann und die einen neuen Ausgangspunkt für die künftige dogmatische Verarbeitung gesetzt hat, gerade dadurch aber noch nicht an ihrem Ende angekommen ist. Bereits jetzt sind jedenfalls unmittelbar aus den Grundrechten Verhaltensanforderungen an Private abgeleitet worden, denen der Staat selbst zunächst einmal nur aufgrund einfachgesetzlicher Normierung unterliegt.[510] Bei alledem folgt die Bindung Privater letztlich denselben Argumentationsmustern, die zu den objektiven Grundrechtsdimensionen geführt haben: Denn hier wie dort stehen die Freiheitsbedrohungen im Mittelpunkt, die nicht vom Staat, sondern von dritten Bürgern ausgehen. Ob der Staat diese nun vermittelst Schutzpflichten in die Schranken weisen soll oder sie selbst sich an Grundrechte halten müssen, sind nur unterschiedlich intensive Ausprägungen desselben Gedankens. Im Kern geht es wieder um die Grundvorstellung, das Grundgesetz stelle eine materielle Gesellschaftsordnung auf, beschränke sich also nicht auf die spezifisch normierten Schutzinstrumente[511] wie die liberalen Freiheitsrechte, sondern fordere dazu auf, das Bild eines freiheitlichen und gleichen Zusammenlebens auch tatsächlich durchzusetzen. Dieses Idealbild setzt sich aus staatlichem, insbesondere aber auch privatem Verhalten zusammen, sodass aus dieser Perspektive gar nicht ernsthaft in Frage stehen kann, dass etwa der Eigentümer eines – zumal öffentlich zugänglichen – Grundstücks politische Versammlungen jedenfalls insoweit zu dulden hat, wie ihm kein nennenswerter Schaden daraus entsteht.

---

Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), S. 245 (276); ebenso *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901 (909). Der Gedanke der strukturellen Überlegenheit findet sich daneben bereits in der Handelsvertreterentscheidung, BVerfGE 81, 242 (256 f.).

508 BVerfG, NJW 2019, S. 1935 (1936, Hervorhebung nur hier), es handelt sich wiederum um eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz – vgl. zu Facebook auch BGH, NJW 2021, S. 3179 (3184 f.). In BVerfG, NJW 2019, S. 3769 zum Hausverbot für einen NPD-Funktionär in einem Wellnesshotel wird aber immerhin keine „spezifische Konstellation" angenommen.

509 *Michl*, JZ 2018, S. 910 (911).

510 BVerfGE 148, 267 (285 f.) fordert von den Stadionbetreibern die Aufklärung des Sachverhalts (vgl. § 24 VwVfG), die Anhörung der Betroffenen (§ 28 VwVfG) und die Begründung ihrer Entscheidungen (§ 39 VwVfG).

511 Dieses Muster bereits oben a), näher dazu unten 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Freilich galten diese Argumente prinzipiell schon immer. So eindringlich, dass sich die Rechtsprechung zu der beschriebenen Reaktion genötigt sah, sind sie indes erst im Zuge der in den letzten Jahrzehnten voranschreitenden tatsächlichen Entwicklung geworden: Je weniger des Raumes, in dem Freiheitsentfaltung stattfindet, staatlich beherrscht wird – sei es im Rahmen von Privatisierungsprozessen oder des Bedeutungsgewinns neuer, privater Foren wie Internetplattformen oder internationale Verbände und Unternehmen –, desto mehr drohen die Grundrechte leerzulaufen, wenn man ihre Bindungswirkung auf den Staat beschränkt.[512] Ihre Bedeutung würde dann, parallel zu der des Staates im Allgemeinen, zurückgehen.

Auf der anderen Seite muss bezüglich der Drittwirkungsdynamik immer mitbedacht werden, dass hier die Argumente, die den übrigen Wandel im Bereich der Grundrechte zumindest deskriptiv, eventuell sogar normativ erklären, nicht greifen. Der einfache Gesetzgeber kann ohne besondere Hürden Vorschriften erlassen, um die Bereiche, die strukturell problematisch geworden sind, sinnvoll zu ordnen.[513]

### *c) Subjektivierung objektiver Normen*

Eine Dynamik, die über die Grundrechte und das Verfassungsrecht hinausgeht, die Rechtsentwicklung insofern also noch grundlegender prägt als die vorgenannten, betrifft das Ableiten von individuell einklagbaren Rechtspositionen aus Normen, die ursprünglich als ‚bloß' objektive Regelung gedacht waren. Subjektive Rechte sind von zentraler Bedeutung für die Rechtsordnung, weil erst sie den Gang zu den Gerichten eröffnen, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.[514]

In einem allgemeinen Sinne kann der Einzelne inzwischen die Einhaltung potenziell aller Normen zumindest mittelbar gerichtlich überprüfen lassen. Im Zivilrecht versteht sich das weitestgehend von selbst. Im öffentlichen Recht war das Elfes-Urteil in zweierlei Hinsicht wegweisend.[515] Das weite Ver-

---

512 Diese Entwicklung hat das BVerfG erkennbar im Blick, wenn es im bereits zitierten obiter dictum die Drittwirkung insbesondere für private Akteure andenkt, die „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat", BVerfGE 128, 226 (248).

513 Vgl. dazu *Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), S. 245 (277 ff.) m. w. N.

514 Vgl. aber die Grundsatzkritik bereits an der Kategorie des subjektiven Rechts bei *Menke*, Kritik der Rechte. Ausführlich zur „Versubjektivierung objektiven Verfassungsrechts" *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 254 ff.

515 BVerfGE 6, 32.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ständnis von Schutzbereich und Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung" ermöglicht die vollständige Verfassungsmäßigkeitsprüfung – anstelle einer rein grundrechtsspezifischen Prüfung – im Rahmen der Verfassungsbeschwerde. In der Lesart des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit, die durch *jeden belastenden* Verwaltungsakt oder Rechtssatz verkürzt ist, stellt dieser zudem regelmäßig die für die verwaltungsgerichtliche Inzidentkontrolle erforderliche Einstiegsnorm bereit. Um diese mittelbare Subjektivierung soll es hier indes nicht schwerpunktmäßig gehen.[516] Denn sie kommt nur bei einer klaren Abwehrperspektive gegen den Staat zum Tragen, nicht ohne Weiteres in Drittschutzkonstellationen, und erst recht nicht, soweit es um Ansprüche auf das ‚Wie' staatlichen Handelns geht. Hier muss sich der Bürger auf spezifischer handlungsanweisende Rechtsnormen berufen.

Eine Schlüsselrolle im unverändert andauernden Subjektivierungsprozess kommt insofern einer frühen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu, in der das Gericht aus der staatlichen Aufgabe der Fürsorge einen korrespondierenden Anspruch des Hilfebedürftigen ableitete, obwohl die zugrundeliegende Norm bis dahin entsprechend dem rein objektivrechtlichen Verständnis des Verwaltungsrechts „fast einmütig" als bloße Frage der öffentlichen Ordnung angesehen wurde.[517] Die damit angestoßene „kopernikanische Wende", die „ein ganzes System, eine ganze Tradition um 180 Grad wendet", indem sie subjektiv-öffentliche Rechte entdeckt, wo vorher keine gesehen wurden, „vollzieht sich – obgleich fundamental – [jedenfalls regelmäßig] ohne einen einzigen Federstrich des Gesetzgebers".[518] Als wichtiger Meilenstein ist noch die Anerkennung eines Rechts auf richtige Ausübung des behördlichen Ermessens bzw. auf polizeiliches Eingreifen zu nennen.[519] Nun-

---

516 Zur subjektivierenden Wirkung der Elfes-Entscheidung etwa *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 159 (182 ff.); *Dreier*, DÖV 2024, S. 413 (415 f.).

517 BVerwGE 1, 159 (Zitat auf S. 160). Die lesenswerte Entscheidungsbegründung bezieht sich maßgeblich auf gewandelte sozialethische Anschauungen. Ausführlich zur Entscheidung: *Hauer*, Die „Fürsorge-Entscheidung" des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 1, 159) aus rechtshistorischer Sicht.

518 *Ossenbühl*, DVBl. 1993, S. 753 (756), der diese Entwicklung „zunächst im Baurecht, dann im Gewerbe- und Berufsrecht, ferner im Immissionsschutz- und Atomrecht, schließlich sogar im Beamtenrecht und im Polizeirecht" (ebd.) beobachtet. Die „rechtsschöpferische Dimension der ‚Ableitung' subjektiver Rechte" aus objektiven Normen zeigt *Preu* auf, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, S. 120 ff.; ein „konfliktträchtiges Spannungsverhältnis zum (ggf. verfassungsändernden) Gesetzgeber" sieht insofern *Friedrich*, Vom Recht zur Berechtigung, S. 61.

519 BVerwGE 11, 95. Dazu *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, S. 24: „Anschaulicher und handfester" – als die Entwicklung vom „[a]llerheiligsten" Ermessen zur „Phobie gegen Gestaltungs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mehr ist diese Entwicklung wohl am prominentesten im an Dreieckskonstellationen reichen Baurecht zu beobachten[520], betrifft aber prinzipiell alle Bereiche des öffentlichen Rechts inklusive des Verfahrensrechts[521]. Das dazu erforderliche Handwerkszeug, die Schutznormtheorie, stand schon seit Beginn des 20. Jahrhunderts zur Verfügung, wurde nur nicht auf diese extensive Weise gehandhabt.[522] Deren enorme Flexibilität verwundert nicht, vermittelt ihr zufolge doch jede Norm bereits dann subjektive Rechte, wenn sie *zumindest auch* dazu bestimmt ist, dem Interesse einzelner Personen oder Personengruppen zu dienen – und nicht allein dem Gemeinwohl. Da das Gemeinwohl letztlich immer auch auf das Interesse Einzelner hinausläuft, besagt diese Formel alles und nichts – ob die subjektive Begünstigung nur einen Reflex des objektiven Rechts darstellt oder als solche intendiert ist[523], ist insofern austauschbar. Sie klingt zur Begründung eines subjektiv-rechtlichen Charakters aber stets einleuchtend.

Doch selbst diese weite Schutznormtheorie vermag die fortschreitende Subjektivierung der Rechtsordnung nicht mehr in jedem Fall überzeugend zu begründen. Einen beliebten Ausweichmechanismus stellen insofern Normverbindungen dar.[524] Die Kombination mehrerer gedanklicher Gehalte potenziert die je für sich bestehenden Interpretationsmöglichkeiten noch einmal und insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht bietet großen Spielraum bei der Aufladung einer objektiven Norm zum subjektiven Recht[525]. Beobachten lässt sich das etwa am subjektiven Recht auf schulische Bildung, welches der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts als Verbindung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 GG aus der Taufe hebt, während derselbe Art. 7 Abs. 1 GG

---

spielräume" – „kann der Wandel nicht sein"; ebd., S. 20 ff., 35 ff. auch insgesamt zur Subjektivierung.

520 Deutlich im Sinne eines subjektivierenden Wandels BVerwGE 162, 363 (369): „Der Umstand, dass ein Plangeber die Rechtsfolge einer nachbarschützenden Wirkung […] zum Zeitpunkt der Planaufstellung nicht in seinen Willen aufgenommen hatte, verbietet es nicht, die Festsetzungen nachträglich subjektiv-rechtlich aufzuladen."

521 Dazu statt vieler *Steiger*, VerwArch 2016, S. 497 (506 ff.).

522 Grundlegend *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, S. 224; ausführlich zu Entwicklung und Hintergründen *Scharl*, Die Schutznormtheorie.

523 Dazu bereits *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, S. 351 f.; *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 67 ff.; vgl. auch *Menke*, Kritik der Rechte, S. 92 ff.

524 Ausführlich und kritisch dazu *Friedrich*, Vom Recht zur Berechtigung, S. 176 ff.; s. auch allgemein *Breckwoldt*, Grundrechtskombinationen; *Meinke*, In Verbindung mit.

525 BVerfGE 159, 355 (383) versteht das allgemeine Persönlichkeitsrecht insofern ausdrücklich als „das subjektiv-rechtliche ‚Gegenstück' […] zur objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorher noch als Musterbeispiel für eine – auch im Angesicht der Schutznormtheorie – rein objektive Bestimmung gelten konnte.[526] Hier wäre mittlerweile aber wohl auch eine unmittelbare Subjektivierung des Art. 7 Abs. 1 GG akzeptiert worden.[527] Die Subjektivierungen im Sonntagsrecht sind hingegen unter allen methodischen Gesichtspunkten einigermaßen unplausibel. Im Anschluss an die Adventssonntagentscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird hier inzwischen aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV, gepaart mit einem jeweils zum Kläger passenden Grundrecht, ein „Grundrecht auf Sonntag" hergeleitet.[528] Wortlaut, Systematik und Historie des Art. 139 WRV legen ein rein objektives Verständnis dabei derart nahe, dass es über 80 Jahre gedauert hat, bis eine „innovative Relektüre" desselben als subjektives Recht überhaupt ernsthaft vorgeschlagen wurde, der sich das Bundesverfassungsgericht dann, wie gesehen, erst einmal nicht angeschlossen, die Subjektivierung vielmehr über den Umweg der Normverbindung begründet hat.[529] Als Ergebnis können nun jedenfalls etwa auch die Kirchen vor den Verwaltungsgerichten die Verletzung einfachrechtlicher Normen geltend machen, die – wie § 13 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) ArbZG – kraft gesetzlicher Zweckbestimmung – hier § 1 ArbZG – ausdrücklich *anderen* Personengruppen, namentlich den Arbeitnehmern, zu dienen bestimmt sind.[530]

Gerade Subjektivierungen auf Verfassungsebene beziehen sich regelmäßig auf vormalige ‚Gegenrechte', die ursprünglich dazu dienten, Grundrechtseingriffe des Staates zu rechtfertigen, seinen Handlungsspielraum also zu erweitern. Neben Art. 139 WRV lässt sich das etwa am Sozialstaatsprinzip oder an Art. 20a GG beobachten[531] – und, zumindest in der Theorie, auch anhand der

---

526 Einerseits BVerfGE 159, 355; andererseits *Merten*, Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: ders./Papier (Hrsg.), HGR II, § 35, Rn. 114, der sogar darauf hinweist, Art. 7 Abs. 1 GG liege „sicherlich im Interesse der Eltern", aber eben nur reflexhaft.

527 So jedenfalls die Forderung von *Sachs*, JuS 2022, S. 186 (187): „Überzeugender als die Annahme einer wie zufällig bestehenden Inhaltsgleichheit von Art. 2 I und 7 I GG wäre es wohl gewesen, Letzterem selbst auf der Grundlage der Schutznormlehre ein subjektives Recht zuzuordnen".

528 BVerfGE 125, 39; BVerwGE 150, 327; 153, 183. Zum Ganzen monographisch *Friedrich*, Vom Recht zur Berechtigung, S. 40 ff. m. w. N.

529 Die „Relektüre" bei *Morlok/Heinig*, NVwZ 2001, S. 846 (Zitat auf S. 848). Nicht ausgeschlossen ist, dass das BVerfG sich dereinst in scheinbarer Kontinuität mit Verweis auf die ergebnisgleiche aktuelle Rspr. einem unmittelbar subjektiven Verständnis des Art. 139 WRV anschließt, vgl. oben 2.

530 BVerwGE 150, 327 (329 ff.).

531 Zu Ersterem BVerfGE 125, 175; *Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ IX, § 192, Rn. 118 f.; vgl. zu Letzterem insbesondere die in der Literatur vertretene Herleitung eines Grundrechts auf ein ökologisches Existenzminimum, so statt vieler und m. w. N. *Calliess*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20a, Rn. 185 ff.; inwiefern der Klimabeschluss des BVerfG

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grundrechtlichen Schutzpflichten, bezüglich derer von der Resubjektivierung objektiver Grundrechtsgehalte die Rede ist[532]. Die entsprechenden Vorschläge sind kaum zu überblicken und reichen von Isensees prominentem „Grundrecht auf Sicherheit" über das, verfassungsgerichtlich jedenfalls für Ausnahmefälle anerkannte, „Grundrecht auf effektive Strafverfolgung" bis zu einem gerichtlich einklagbaren „Grundrecht auf Verteidigung" durch kriegstüchtige Streitkräfte[533]. Damit geht auch insofern ein Paradigmenwechsel einher, als die Wahrung des Allgemeininteresses traditionell dem Staat zugeordnet war, der über dessen Inhalt demokratisch zu befinden hatte. Wird eine vorher ‚nur' im Allgemeininteresse bestehende Norm subjektiviert, überträgt dies gleichzeitig die Definitionsmacht über den Inhalt des Allgemeininteresses zum Teil auf den einzelnen Kläger, der nun versuchen kann, seine Interpretation gerichtlich durchzusetzen. Das liberal-rechtsstaatliche ‚Gleichgewicht' aus staatlichem Handeln im Sinne des Gemeinwohls und individuellen Rechtspositionen als bereichsspezifische Begrenzung dieses Handelns wird auf diese Weise zumindest neu justiert.[534] Da das Allgemeininteresse durch die staatlichen Entscheidungsträger in Legislative und Exekutive oft strukturell unvollständig vertreten ist[535], bringt diese Entwicklung einige Vorzüge mit sich; bewirkt aber neben dieser ‚Demokratisierung'[536] auch einen Bedeutungsgewinn der Gerichte, was eine zusätzliche strukturelle Ergänzung des Entscheidungszugriffs

---

eine Subjektivierung des Art. 20a enthält, wird unterschiedlich beurteilt, vgl. nur die Nwe. ebd., Rn. 160. Jedenfalls wird der in Art. 20a GG objektivrechtlich konzipierte Umweltschutz nunmehr in die subjektiven Grundrechte hineingelesen, einen weiteren Schritt markiert insofern BVerfGE 161, 63, vgl. dazu *Boehl*, VerfBlog v. 10.5.2022.

532 Vgl. statt vieler *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 351 ff.

533 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit; zum Recht auf Strafverfolgung BVerfG, NStZ-RR 2015, S. 117; NJW 2020, S. 675 ff.; ein guter Überblick über die entsprechende Entwicklung der Rspr. bei *Schmidt-Recla/Pischulti*, MedR 2020, S. 750 ff.; ein „Grundrecht auf Verteidigung" fordert *Heinemann*, VerfBlog v. 4.1.2024.

534 Freilich ist dieses ‚Gleichgewicht' historisch immer im Fluss gewesen. Vereinfachend lässt sich der Erlass des Grundgesetzes als Referenzpunkt verstehen. Bis dahin mussten die Individualrechte – von einer weitgehenden Rechtlosstellung über Meilensteine wie die Magna Charta, die aufklärerischen Revolutionsverfassungen oder die Formel vom Gesetzesvorbehalt bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum – sukzessive errungen werden, befanden sich gegenüber dem staatlichen Gewaltmonopol gleichsam stets in der Defensive. Die Geschichte der Subjektivierung dreht dieses Verhältnis nun um.

535 Inwieweit dies jeweils der Fall ist, lässt sich aber wiederum nur aus subjektiver Perspektive und damit unterschiedlich beurteilen. Die Subjektivierung hat, so gesehen, nicht nur individuell integrierende, sondern bezüglich anderer Auffassungen auch ausschließende Wirkung.

536 Dazu *Voigts*, Die Subjektivierung von Gemeinwohlinteressen als Demokratisierung der Verwaltung, S. 209 ff. Vgl. auch allgemein zu Rechtsbehelfen – in diesem Falle der: „Verfassungsbeschwerde" – „als Hebel der Zivilgesellschaft zur [in diesem Falle] Verfassungsentwicklung" *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darstellen kann[537], wogegen jedoch andererseits die bekannten Einwände wider einen Jurisdiktionsstaat bestehen[538]. Dieser Gedanke, den einzelnen Bürgern den Klageweg gegen die Verletzung von Rechtsnormen in möglichst vielen Fällen zu eröffnen, ist besonders im Unionsrecht prominent, von wo aus er Impulse für die deutsche Rechtsentwicklung sendet und die Subjektivierung weiter vorantreibt. Er kompensiert das Fehlen einer effektiven europäischen Behördenstruktur zur Durchsetzung des Rechts dezentral, indem die Bürger entsprechende Rechtmäßigkeitskontrollen anstoßen können.[539] Eine hohe Dichte an subjektiven Rechten erhöht insofern stets die Effektivität des Rechts, weil Verstöße konsequenter sanktioniert werden. Gleichzeitig können die Gerichte dabei den Inhalt, der auf diesem Weg effektiv wird, noch flexibler fortentwickeln, weil mit den zusätzlichen Fällen schlichtweg neue Gelegenheiten dazu einhergehen. Die hier beschriebene Subjektivierung ist für den Rechtswandel damit in zweifacher Hinsicht interessant: als Produkt und als Katalysator desselben.

Dieselben Zusammenhänge gelten für die in einigen Ländern zu beobachtende Tendenz, der Natur, etwa Flüssen, den Status juristischer Personen einzuräumen – zum Teil auch am Gesetzgeber vorbei. Hierzulande hatte innerhalb des juristischen Diskurses zunächst insbesondere Jens Kersten gefordert, die Grundrechte – inklusive Berufs- und Petitionsfreiheit sowie dem Recht auf rechtliches Gehör – *de lege ferenda* auch Tieren und Naturparks zuzuerkennen.[540] Mittlerweile hat auch das LG Erfurt in zwei Entscheidungen aus der GRCh „Rechte der Natur" hergeleitet.[541] Es hat dafür den erwartbaren

---

rechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 92 f.

537 Vgl. etwa BVerfGE 157, 30 (144 f.).

538 Besonders *Böckenförde*, etwa Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (191 ff.); vgl. auch *Knies*, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"?, in: FS Stern 1997, S. 1155 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie 2009, S. 253 (256) spricht vom bereits existierenden „oligarchischen Richterstaat". *Steiger*, VerwArch 2016, S. 497 ff. differenziert aus ähnlichen Gründen zwischen der legitimen Subjektivierung im Verwaltungs- und der illegitimen im Verfassungsrecht.

539 Zum Ganzen *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, insb. S. 175 ff.

540 *Kersten*, Das ökologische Grundgesetz, S. 106 f. Vgl. aus philosophischem Blickwinkel ferner etwa *Wesche*, Die Rechte der Natur. Kritisch zu Eigenrechten der Natur etwa *Steinberg*, NVwZ 2023, S. 138 ff.

541 LG Erfurt, KlimR 2024, S. 286 ff.; KlimR 2025, S. 26 ff. (dort, S. 29, auch für eine „Subjektivierung" des Art. 37 GRCh). Zur Begründung wird etwa darauf verwiesen, der Begriff „Person" sei nicht auf Menschen oder juristische Personen zu beschränken – obwohl der hierfür primär in Bezug genommene Art. 2 Abs. 1 GRCh jedenfalls in der deutschen Fassung gerade den Begriff „Mensch" und nicht „Person" verwendet (vgl. KlimR 2024, S. 286 [288]; KlimR 2025, S. 26 [28]). Noch deutlicher

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Widerspruch erhalten, aber zugleich die intendierte Diskussion angestoßen.[542] Sollte sich die Konstruktion am Ende durchsetzen, würde es sich um einen prototypischen Rechtswandel handeln. Der gesamte Trend ließe sich als ‚ultra'- oder ‚postsubjektive Subjektivierung' auf den Begriff bringen.

### 5. Zwischenbetrachtung

Die ersten Gliederungspunkte behandeln Dynamiken, die allesamt eng mit der gesellschaftlichen Sicht auf und die Erwartungen an das Recht verbunden sind. Eine Gesellschaft, die ihre Rechtsordnung einerseits verehrt, was seinen Grund aber auch darin hat, dass sie andererseits ihre rechtsethischen Vorstellungen als ‚Recht' begreift und dort ‚Unrecht' wittert, wo ihr die staatliche Regelung ungerecht vorkommt, übt in den vorgenannten Bereichen einen besonderen Wandlungsdruck aus. Bei den Grundrechten liegt das an deren hervorgehobener Prominenz im öffentlichen und medial vermittelten Diskurs; bei der Subjektivierung an der schwer zu ertragenden vermeintlichen Widersprüchlichkeit einer Rechtswidrigkeit, die ‚nur' mangels privater Klagebefugnis nicht behoben wird. Wandel findet sich aber auch in weniger ‚populären', mehr juristisch-technischen Konstellationen, wie die folgenden Beispiele zeigen.

### 6. Anreicherung formaler Normen mit materialen Gehalten

Ein sehr effektives Muster des Wandels ist das Materialisieren formaler, also solcher Vorschriften, die in der impliziten Erwartung, damit den gewollten Zustand hinreichend abgesichert zu haben, ein bestimmtes Mittel normieren. Der bezweckte Effekt selbst findet dabei keinen Niederschlag in der Norm. Das trifft so immer noch auf die ganz überwiegende Zahl der Rechtsvorschriften zu. Das Gegenmodell bildet insofern das gesetzliche Finalprogramm, in dem ausschließlich der zu erreichende Zweck festgeschrieben, die Wahl der zum Einsatz kommenden Mittel dagegen zunächst einmal freige-

---

wird die Entfernung vom Grundgedanken der Charta, wenn in Anlehnung an deren Präambel auf das „Menschenbild" der Charta verwiesen wird, das „die Verantwortung und die Pflichten sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen" betone (KlimR 2024, S. 286 [288]; KlimR 2025, S. 26 [29]): Pflichten sind gerade das Gegenteil von Rechten, aus einer Pflicht resultiert auch nicht notwendig ein korrespondierendes Recht, geschweige denn ein solches der Natur, wenn es dem Menschenbild ausdrücklich um Pflichten gegenüber Mitmenschen geht.

542 Vgl. etwa *Payandeh*, JuS 2024, S. 989 ff.; *Michaels*, ZUR 2024, S. 643 ff.; die Debatte kontextualisierend *Calliess*, NJW 2025, S. 562 ff.; wohlwollend etwa *Gutmann*, VerfBlog v. 28.10.2024.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellt ist. Da die Bestimmung des anzuwendenden Mittels eine wesentlich präzisere Normierung bedeutet, bildet die formale Regelung den Idealtyp einer Rechtsnorm im klassischen, entsprechend auch als ‚formal' bezeichneten, Rechtsstaatsverständnis[543]. Sobald neue Umstände jedoch Zweifel am Hinreichen des Mittels hervorrufen, kommt es vor, dass der dem Normgeber – oder jedenfalls -anwender – vorschwebende Sollzustand argumentativ in den Vordergrund gestellt und so aus derselben Norm materielle Anforderungen hergeleitet werden, um der veränderten oder anders wahrgenommenen Situation gerecht zu werden. So wären etwa – um das vielzitierte Beispiel aus noch einer weiteren Perspektive zu beleuchten – in einem liberalistischen Verständnis Abwehrgrundrechte ein hinreichendes Mittel, um die Freiheit der Einzelnen sicherzustellen. Setzt sich hingegen die Erkenntnis durch, dass nicht ausschließlich vom Staat Gefahren für die Individualfreiheit ausgehen, wird man denselben Grundrechten positive Förderpflichten des Staates entnehmen. Dieselben Zusammenhänge gelten im bürgerlichen Recht, wo etwa die formal verstandene Vertragsfreiheit zwischen in rechtlicher Hinsicht gleichermaßen privatautonomen Subjekten seit Jahrzehnten – freilich *auch* durch formelle Änderungen – materialisiert wird.[544]

Das an dieser Stelle noch interessantere, weil speziellere Beispiel gibt indes das vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur europäischen Integration entwickelte subjektive Recht auf Demokratie ab.[545] Darauf gestützt kann jeder deutsche Staatsbürger Verfassungsbeschwerde gegen eine aus seiner Sicht zu weitreichende Kompetenzübertragung an die Organe der Europäischen Union erheben. Das Gericht leitet dieses Recht im Wesentlichen aus den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und dem Demokratieprinzip her, wobei beide Ansätze überraschen. Denn die Wahlrechtsgrundsätze selbst sind inhaltlich überhaupt nicht berührt, laufen doch die Bundestagswahlen nach den entsprechenden Kompetenzübertragungen genauso – und damit eben auch genauso frei, gleich, allgemein etc. – ab wie vorher. Was betroffen ist, ist die Macht und der Einfluss des Bundestags selbst. Und: Werden seine Befugnisse entleert, entwertet dies, so die Logik

---

543 Grundlegend zum formalen Rechtsstaatsverständnis *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, § 36. Vgl. zur Entwicklung auch *Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 143 (insb. 150 ff.). Plädoyer für den formalen Rechtsstaat bei *Maus*, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, S. 11 ff.

544 Dazu ausführlich *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 22 ff.; vgl. auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 477 ff. („Paradigmenwechsel").

545 Maßgeblich entwickelt in den Entscheidungen zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon, BVerfGE 89, 155 (171 f., 182); 123, 267 (330 ff.); seitdem st. Rspr., vgl. etwa E 142, 123 (190); 154, 17 (84 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Rechtsprechung, auch das – formal unangetastete – Wahlrecht zur leeren Hülse. Aus dieser Erwägung heraus wird das Wahlrecht um das materielle Merkmal eines „hinreichenden Maß[es] an Aufgaben und Befugnissen" des Bundestags ergänzt, obwohl die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG positivierten Wahlrechtsgrundsätze das Mittel gegen eine ganz andere Gefahr für das demokratische Verfahren darstellen, namentlich die wirksame Kontrolle des Parlaments durch das Volk sicherstellen sollen.[546] Dass gewichtige Einflussmöglichkeiten der gewählten Volksvertretung für eine parlamentarische Demokratie konstitutiv und damit jedenfalls vom Demokratieprinzip[547] geschützt sind, steht indessen außer Frage. Allerdings kann dessen Einhaltung mangels Nennung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht mit der Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden. Von hier aus betrachtet ist das Recht auf Demokratie daher ebenfalls ein Paradebeispiel der Subjektivierung – das Bundesverfassungsgericht spricht selbst vom „als subjektives öffentliches Recht rügefähig gemachten Demokratieprinzip[ ]"[548]. Da die Subjektivierung bereits behandelt worden ist und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als originär subjektives Recht jedenfalls essentiell für die Konstruktion ist, steht hier jedoch der Aspekt der „materielle[n] Aufladung"[549] im Mittelpunkt des Interesses.[550]

Diese Materialisierungen gewinnen ihren Gehalt aus einer Art konkretem Ordnungsdenken, wie Carl Schmitt es beschreibt. Für dieses „ist ‚Ordnung' auch juristisch nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern umgekehrt, die Regel nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ord-

---

546 Das Zitat in BVerfGE 123, 267 (330); die Erinnerung an das positivierte Mittel auch bei *Jestaedt*, Der Staat 48 (2009), S. 497 (504); vgl. auch *Schönberger*, JZ 2010, S. 1160 ff.

547 Weil die Europäischen Organe aber prinzipiell ebenfalls einer demokratischen Legitimation zugänglich sind, begründet das BVerfG die Betroffenheit des Demokratieprinzips mit dem „Demokratiedefizit" der EU und behandelt in den genannten Entscheidungen zusammen mit dem subjektiven Recht auf Demokratie das Recht auf nationale Souveränität.

548 BVerfGE 123, 267 (331), vgl. auch S. 340: Anspruch „auf die Einhaltung des Demokratiegebots". Die verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit wäre auch ohne diese Subjektivierung gegeben, etwa im Wege des objektiven Beanstandungsverfahrens der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

549 So zum subjektiven Recht auf Demokratie auch *Friedrich*, Vom Recht zur Berechtigung, S. 189.

550 Siehe zum Verhältnis der beiden Wege in der Rspr. des BVerfG *Steiger*, VerwArch 2016, S. 497 (527 f.). Der doppelte Ansatz ist für das Gericht insofern komfortabel, als beide Wege für sich genommen nicht restlos überzeugen, sodass der Rezeption ein weiter Spielraum gelassen wird, sich auf die jeweils bevorzugte Variante zu konzentrieren. In den neueren Entscheidungen kann das Gericht dann ohne neuerliche inhaltliche Herleitung auf die gefestigte Rspr., wonach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ein subjektives Recht auf Demokratie enthält, verweisen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nung“.[551] Sobald diese Ordnung als eigentlicher Inbegriff des Rechts verstanden wird, der einer präzisen Positivierung unzugänglich ist, muss die Stabilität der einzelnen Norm ohne Weiteres der Stabilität der Ordnung weichen – wozu sich das Implementieren materieller Merkmale oder die materielle Re-Interpretation der vorhandenen formalen Merkmale aufgrund der ungleich höheren Flexibilität dieser vergröbernden inhaltlichen Begriffe besonders gut eignet. Welche Eigendynamik materialisierte Normen dann wiederum annehmen können, zeigt ebenfalls das subjektive Recht auf Demokratie, das – geschaffen, um Verfassungsbeschwerden gegen eine strukturelle Entleerung der Befugnisse des Bundestags zu ermöglichen – im Beschluss zum einheitlichen Patentgericht zu einer auch formellen Übertragungskontrolle weiterentwickelt worden ist, mit der jeder Bürger nun losgelöst von der Frage eines hinreichenden Bestands an Kompetenzen immer auch die Einhaltung der Formalia des kompetenzübertragenden Gesetzgebungsverfahrens überprüfen lassen kann.[552] Denkt man hingegen – normativistisch bzw. positivistisch[553] – von den einzelnen Normen aus und fügt die jeweils herrschende Ordnung erst aus diesen zusammen, dann ergibt sich auch aus völlig statischen, aber eben fragmentarischen Normen immer wieder eine neue Ordnung. Wird etwa die Autarkie und Souveränität der Bundesrepublik als maßgebliche Ordnung verstanden, dann steht das Grundgesetz der europäischen Integration eher entgegen, als wenn auf ein solches übergeordnetes Ordnungsdenken verzichtet wird.[554]

Dieses Wandlungsmuster zeigt auf, welchen Stellenwert die Betrachtung von gesetzlichen Zwecken *und* Mitteln für die Analyse rechtlicher Wandlungsprozesse besitzt. In Bezug auf die Zwecke ist das einigermaßen offensichtlich, ist es doch gerade die teleologische Auslegungsmethode, die gemeinhin als die flexibelste gilt, weil man mit ihrer Hilfe alten Normtexten

---

551 *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 11.

552 BVerfGE 153, 74; in ihrem Sondervotum (164 ff.) kritisieren König, Langenfeld und Maidowski, mit dieser „(nochmaligen) Erweiterung“ (174) „wandelte sich das Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in einen Anspruch jedes Wahlbürgers und jeder Wahlbürgerin auf eine über die Sicherung demokratischer Prozesse hinausgehende allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle demokratischer Mehrheitsentscheidungen“ (176). Vgl. zum Wandel innerhalb materieller Merkmale bereits oben I.4.a)bb).

553 Vgl. *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 10 ff., 24 ff.

554 Entsprechend ist das rechtsdogmatisch einerseits außerordentlich innovative Lissabon-Urteil nicht zu Unrecht auch als „Kulminationspunkt der Konservation“ bezeichnet worden, so *Kulick/Vasel*, Das konservative Gericht, S. 179. Dass die Stabilität der Ordnung sich im konkreten Konflikt mit der formalen Norm durchsetzt, bedeutet dabei nicht, dass es sich bei solchen Ordnungen nicht seinerseits um dynamische Vorstellungen handelt, die im Laufe der Zeit grundlegenden Veränderungen unterliegen können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

neue Zwecke ‚unterschieben' und so den der Norm zugeschriebenen Inhalt maßgeblich beeinflussen kann. Die Reflexion über die durch die Norm an die Hand gegebenen Mittel zum Erreichen des jeweiligen Zwecks gerät unterdessen regelmäßig aus dem Blick, dabei kann gerade sie die Rechtsentwicklung rationalisieren. Diese Einsicht liegt etwa dem Konzept der „entwicklungsgeschichtliche[n] Auslegung" zugrunde, das Alexander Schmitt Glaeser in seiner Habilitationsschrift „Vorverständnis als Methode" entwickelt, um rechtswandelnde Interpretationen als solche methodisch handhabbar und einer intersubjektiv überzeugenderen Begründung zugänglich zu machen.[555] Modifiziert eine Rechtsinterpretation das bisher der Auslegung zugrunde gelegte Vorverständnis, also die Grundwertungen und Grundannahmen über die Wirklichkeit, die mittels der je aktuellen Dogmatik ein bestimmtes Ergebnis nahelegen[556], von dem die neue Interpretation nun abweichen möchte, – modifiziert diese Interpretation also jenes Vorverständnis, so müsse eine methodisch korrekte Begründung explizit herausarbeiten, auf welchen Vorannahmen das bisherige Verständnis beruht, inwiefern sich die nun getroffene Entscheidung mit diesen nicht vereinbaren lässt und warum das neue Vorverständnis strukturell zu ‚besseren' Ergebnissen führen wird.[557] Der Begründungsmodus ist dabei freilich ein rechts*philosophischer* und über die Güte der Ergebnisse befindet am Ende doch wieder ‚nur' die Praxis[558]. Insofern ist wenig gewonnen. Durch den Vorschlag werden aber einerseits immerhin die psychologisch und philosophisch ausschlaggebenden Gründe explizit offengelegt und einem intersubjektiven Aushandlungsprozess zugeführt. Zum anderen betont Schmitt Glaeser nachdrücklich die Relevanz des Normtextes, auf den sich jede innovative Interpretation berufen müsse, um an seiner Autorität teilhaben zu können.[559] Und diese Normtexte enthalten eben in aller Regel „die Mittel, die der Gesetzgeber zur Herbeiführung seiner Ziele bereitstellt; sie bestimmen Möglichkeiten und Strategien der Zielverfolgung"; das heißt: Auch wenn „der Interpret bei der Auslegung der Mittelnormierungen die ursprünglichen Zweckvorstellungen des Gesetzgebers nicht beibe[hält]", handelt es sich eben immer

---

555 *A. Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, insb. S. 264 ff. Der darin liegende – seltene – Versuch, aus der spezifischen Betrachtung des Rechtswandels bzw. der interpretativen Rechtsentwicklung konkrete methodische Handlungsanweisungen zu gewinnen, ist zu begrüßen, weil er das vorhandene Erkenntnismaterial konstruktiv nutzt, anstatt es als bloßes Resultat der Interpretationspraxis nicht weiter zu hinterfragen.

556 Schmitt Glaeser spricht hier von der rechtlichen „Intrastruktur", dazu ebd., S. 183 ff.

557 Ebd., S. 271 ff. und insb. 281 ff.; vgl. zu Offenlegungs- und Begründungspflichten bei Abweichungen im technischeren Kontext der Präjudizienbindung auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 259 ff., 472 ff., dazu auch noch unten.

558 Vgl. *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 286.

559 Ebd., S. 281 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

noch um eine Auslegung der *Mittel*normierungen.[560] Schmitt Glaeser formuliert:

> „Auch wenn man die Zwecke des Gesetzes je nach Problemlage umformen und anpassen kann, die im Gesetzestext vorgesehenen Mittel sind nicht einfach austauschbar, können auch nicht weggelassen oder durch andere Mittel ersetzt werden. […] Die Grenze des Rechts sind die vorgesehenen Mittel, die in ihrer Gesamtheit eine sinnfällige Ausrichtung des Rechtssatzes strukturieren und eine völlige Umakzentuierung der ursprünglichen Gewichtung ausschließen."[561]

Der Clou des materialisierenden Wandels besteht nun aber darin, gerade an der Struktur der Mittel anzusetzen, sie durch inhaltliche Aufladung doch noch umzuformen. Materielle Merkmale stehen den – in diesem Falle: neuen – Zwecken näher als bloß formale Mittel;[562] sie bilden insofern eine Zwischenstufe zwischen den neu an die Norm gebundenen Zwecken und dem ursprünglichen Tatbestand.[563] Daraus ergeben sich im Einzelfall Unterschiede zu Vorgängen, die man noch als teleologische Auslegung bezeichnen könnte. So verhält es sich, wenn die neue Normativität mit der ursprünglichen Norm wirktechnisch gar nichts zu tun hat. Beim subjektiven Recht auf Demokratie zum Beispiel geht es in keiner Weise um Modalitäten des in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG normierten Wahlrechts, wie es auch für eine teleologische *Auslegung* der Bestimmung selbst kennzeichnend wäre.[564] Freilich gibt es auch Fälle, in denen beide Kategorien sich überschneiden: Die Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG etwa sollte ursprünglich jedem Bürger das formale Recht einräumen, an der Bundestagswahl teilzunehmen, ohne dabei „auch in

---

560 Zitate ebd., S. 264; vgl. auch S. 266: „Allein sie [die vorgeschriebenen Mittel] geben dem Gesetzestext eine Konsistenz, die auch die denkbaren Zwecke einschränkt".

561 Ebd., S. 266. Dass letzteres nur normativ zutrifft, bezüglich der empirischen Befunde aber zu optimistisch gedacht wäre, wird sich sogleich zeigen.

562 Vgl. *Ladeur*, KJ 1986, S. 197 (198): „Materialisierung ist ein Phänomen von Zeiten des Wandels, der Diskontinuität, Formalisierung ist dagegen typisch für Zeiten der Stabilisierung von politischen Kontinuitäten."

563 Die Materialisierung unterscheidet sich von der im nächsten Abschnitt zu besprechenden Induktion von Prinzipien damit vor allem dadurch, dass sie sich auf eine bestimmte Norm beschränkt, während das Prinzip regelmäßig einen breiteren Geltungsanspruch erhebt.

564 Für *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 282 „bedeutet teleologische Auslegung nicht Auslegung nach Sinn und Zweck des Rechtssatzes. Entscheidend ist die Frage, ob die Mittel, die in der Norm zur Verfügung gestellt werden, in der neuen Lesart des Gesetzes zu einem gerechteren oder besseren Ergebnis oder doch zu einem besser nachvollziehbaren Ergebnis führen." Dabei verkennt er zwar, dass der Maßstab zur Bestimmung des ‚besseren Ergebnisses' wiederum der der Norm zugeschriebene Zweck ist; unter anderen Zweckgesichtspunkten verändert sich daher auch das Urteil über das ‚bessere Ergebnis' und vice versa. Der postulierte Gegensatz löst sich so auf. Aber Schmitt Glaeser bindet die Interpretation auf diese Weise streng an die normierten Mittel.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einem *positiven* Sinne dafür Sorge zu tragen, daß die Aktivbürger, die […] freiwillig oder unfreiwillig ihr Wahlrecht am Wahlort nicht auszuüben vermögen, von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen können“[565]. Mittlerweile versteht das Bundesverfassungsgericht die Norm dagegen deutlich materieller und spricht vom „Ziel, eine möglichst umfassende Wahlbeteiligung zu erreichen und damit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Rechnung zu tragen“[566]. Dabei handelt es sich aber noch um eine teleologische Auslegung des Merkmals „allgemein“ (im Sinne eines Optimierungsgebots).

Diese Nähe zur teleologischen Auslegung und die damit einhergehende scheinbare Vertrautheit der Emanzipation des – bzw. eines – Zwecks über das Normierte trägt zur Effektivität dieses Wandlungsmusters bei. Mit seiner Hilfe lassen sich auch sehr klare Normen wandeln, wie die prominente Rechtsprechung zur Aufhebung des Verbots der Rügeverkümmerung zeigt, die das Konzept des § 274 StPO in sein Gegenteil verkehrt. Gem. § 274 StPO kommt dem Hauptverhandlungsprotokoll ausschließliche Beweiskraft in Bezug auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu; eine Ausnahme gilt nur bei einem nachweislich gefälschten Protokoll. Weil diese Formenstrenge aber mit der materiellen Richtigkeit konfligieren kann, wurde schon früh Reformbedarf angemeldet, woraufhin der Große Senat des Bundesgerichtshofs 2007 schließlich entschieden hat, dass Fehler im Protokoll, auch wenn sie etwa auf einem Versehen beruhen, zum Nachteil eines sich auf sie berufenden Revisionsführers berichtigt werden dürfen.[567] Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung später gebilligt und die entsprechende Interpretation dadurch verstetigt.[568] Das Verbot einer außerhalb des Protokolls liegenden Beweisführung – im Angesicht der baren, noch nicht dogmatisierten Norm konnte etwa für das Reichsgericht in seinem Urteil vom 31.5.1880 noch

> „keinem Zweifel unterliegen, daß der § 274 StPO gerade für den Fall der Anfechtung des Urteiles Bestimmungen getroffen hat, und daß sonach nur dasjenige Protokoll, welches zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist, und auf welches sich die Anfechtung stützt, hinsichtlich der gerügten Mängel als die jeden Gegenbeweis, mit Ausnahme des Falles der Fälschung, ausschließliche Beweisurkunde angesehen werden kann. Ein erst *nachher*, infolge der Anfechtung verfaßtes Ergänzungsprotokoll […], stellt sich als ein vom Gesetze für unstatthaft erklärtes Gegenbeweismittel dar“[569]

---

565 BVerfGE 12, 139 (142, Hervorhebung im Original); ebenso E 15, 165 (167). Die formale Wahlberechtigung für alle wurde insofern als hinreichendes Mittel zum Erreichen einer legitimationsstiftenden Wahlbeteiligung angesehen.

566 BVerfGE 134, 25 (30); ebenso E 123, 39 (75).

567 BGHSt 51, 298.

568 BVerfGE 122, 248.

569 RGSt 2, 76 (77 f., Hervorhebung im Original). Dieses gesetzliche Konzept war von Anfang an massiver Kritik, gerade auch aus der Rechtsprechung, ausgesetzt, man

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– dieses Verbot hat sich damit im Ergebnis zu einer Erlaubnis gewandelt.[570] Möglich ist das methodisch nur, indem als „Protokoll" im Sinne des § 274 StPO – in diametralem Gegensatz zur Auffassung des Reichsgerichts – von vorneherein die berichtigte Version verstanden[571], der Begriff des Protokolls also mit inhaltlichen Voraussetzungen aufgeladen wird. Nach den Ausführungen des Großen Senats müsste man die Attribute „objektiv wahres" bzw. „nicht widerrufenes" beim Verständnis des Begriffs „Protokoll" hineinlesen.[572] Er beruft sich bei seiner Interpretation des § 274 StPO also auf den Zweck der Ermittlung der materiellen Wahrheit. Nun ist dieser zwar ein wesentlicher Endzweck des gesamten Strafverfahrens, wie sich etwa aus §§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 202, 244 Abs. 2 StPO unzweifelhaft ergibt. § 274 StPO schreibt jedoch – eigentlich – Mittel vor, die diesem Zweck auf eine ganz bestimmte Weise dienen[573], nämlich durch Formenstrenge, die nicht nur die Kontrolle von Verfahrensfehlern erleichtert, sondern die Urkundspersonen diszipliniert und vor allem der Verschlechterung des unmittelbar verfassten Protokolls aufgrund schwindender Erinnerung oder gar eines bewussten ‚Vertuschens' eigener Fehler vorbeugt[574]. In seinem Anwendungsbereich, wie in der Konzeption der Revision als reiner Rechtsprüfung überhaupt, liegt damit letztlich ein formeller, jedenfalls stark formalisierter Wahrheitsbegriff zugrun-

---

sah sich aber – zu Recht – stets gezwungen, die Norm so zu deuten, wie es im obigen Zitat umschrieben ist, für Einzelnachweise s. BVerfGE 122, 248 (295 f.).

570 Dazu BGHSt 51, 298 (317): „Verbleiben dem Revisionsgericht Zweifel, ob die Berichtigung zu Recht erfolgt ist, kann es den Sachverhalt im Freibeweisverfahren weiter aufklären."

571 Deutlich *Hebenstreit*, HRRS 2008, S. 172 (174): „Es gibt nur einen gültigen Protokollinhalt auf den sich § 274 Satz 1 StPO bezieht. Das ist im Falle der Berichtigung die endgültige Fassung der Sitzungsniederschrift." Der Große Senat schränkt die positive Beweiskraft des geänderten Protokolls freilich ein, ihm geht es vornehmlich darum, diejenige des ursprünglichen Inhalts zu beseitigen, BGHSt 51, 298 (317).

572 Vgl. BGHSt 51, 298 (310): „Die Beweisregel des § 274 StPO schafft keinen von der (objektiven) Wahrheit abweichenden Wahrheitsbegriff"; S. 308: „Eine Berichtigung durch Erklärungen der Urkundspersonen enthält […] einen Widerruf der früheren Beurkundung und entzieht ihr, soweit die Berichtigung reicht, die absolute Beweiskraft, so dass es eines Gegenbeweises nicht mehr bedarf".

573 Vgl. auch die Kritik bei *Möllers*, JZ 2009, S. 668 (670): „Der BGH verwechselt hier Tatsachen mit Verfahren zur Ermittlung von Tatsachen. Er scheint anzunehmen, man könne von Tatsachen ausgehen, ohne sie ermittelt zu haben. Dieser Zugang wirkt ausgerechnet im Kontext des Verfahrens(!)rechts recht eigentümlich."

574 Vgl. *Valerius*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, § 274, Rn. 58 ff.; *Jahn/Widmaier*, JR 2006, S. 166 ff. und zum ‚Vertuschen' insb. *Fahl*, JR 2007, S. 345 (348), jeweils m. w. N. Letzteres versucht der BGH durch ein spezielles Berichtigungsverfahren zu verhindern, BGHSt 51, 298 (316 f.), womit aber wiederum das gesetzlich vorgeschriebene Mittel gegen diese Gefahr ausgetauscht wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

de, welcher der Materialisierung hier zum Opfer gefallen ist.[575] Im selben Stil lassen sich selbst Normen wie Fristenregelungen verändern, indem nicht der numerisch eindeutige Begriff, sondern sein Bezugspunkt inhaltlich angereichert und umgedeutet wird.[576]

### 7. Wandel durch Induktion von Prinzipien

Auch wenn der Wandel vergleichsweise präziser Normen damit ohne Weiteres möglich ist, sind die Interpretationsspielräume doch umso größer, je vager die Normtexte sind. Spielt der Text für die Interpretation letztlich gar keine Rolle, wie es regelmäßig bei den Rechtsprinzipien der Fall ist, herrscht dann eine nochmals gesteigerte Flexibilität.[577] Zwar wird man angesichts des

---

575 Zum formellen Wahrheitsbegriff statt vieler *Knauer/Kudlich*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, Vor § 333, Rn. 39. Für das Verständnis der Rechtsprechungsänderung und ihrer Überzeugungskraft ist abermals wichtig (vgl. oben 2.), dass ihr durch vorgängige Rspr., die die Beweiskraft bereits aufgeweicht hatte, der Boden bereitet war, sodass der punktuelle Wandel etwas weniger drastisch wirkte. So waren etwa unwahrscheinliche Verfahrensabläufe sehr schnell als offensichtliche Fehler angesehen worden, die die Beweiskraft entfallen ließen, oder Rügen wurden als missbräuchlich verworfen. Dieser Zustand ist als unbefriedigendes dogmatisches Konstrukt für ein zum Teil befürwortetes Ergebnis empfunden worden, sodass die neue Rspr. gerade auch im Vergleich mit der vorherigen bewertet wird, so etwa *Fahl*, JR 2007, S. 345 ff. und *Hebenstreit*, HRRS 2008, S. 172 ff., der insofern sogar zum Ergebnis kommt, die neue Rspr. habe „der Bedeutung des Protokolls im Hinblick auf seine Beweiskraft (§ 274 StPO) mehr Geltung verschafft. Denn die alte Rechtsprechung hat dessen Beweiskraft mehr beschränkt als die neue“ (S. 174) – das ist richtig, wenn man das Protokoll als zwischengeschalteten Spielball versteht, aus dem letztlich alles bewiesen werden muss, was aber nicht ausschließt, dass es selbst vorher Gegenstand einer Beweisführung zum Zwecke seiner Änderung sein könnte.

576 Ein anderes Beispiel liefert OVG Saarlouis NVwZ 1992, S. 72 ff., das – von BVerwGE 90, 163 nur im Ergebnis, nicht bezüglich des methodisch-dogmatischen Vorgehens beanstandet – das materielle Merkmal der „Schädlichkeit“ aus § 3 Abs. 1 BImSchG mittels einer umfassenden Abwägung unter Einbezug von Nutzen und Tradition interpretiert und so die immissionsschutzrechtliche Relevanz des Lärmgrenzwerte überschreitenden nichtsakralen Kirchengeläuts von vorneherein verneinen kann – anstatt die Schädlichkeit festzustellen und dann offen über Möglichkeiten zu räsonieren, die Immission ausnahmsweise trotzdem hinzunehmen. Weil diese Argumentation gegen die Norm schwer zu begründen gewesen wäre, wird also die einschlägige *Norm selbst* in Stellung gebracht. Krit. *Neumann*, Strategien ideologischer Begriffsbildung im Recht, in: ders., Recht als Struktur und Argumentation, S. 64 (66 ff., das Zitat auf S. 69): „empirisch-technische Begriffe über weltanschaulich begründete normative Korrekturen umdefiniert“; ferner *Jarass*, JZ 1993, S. 601 ff.

577 Vgl. nur das Sondervotum *Mahrenholz*, BVerfGE 86, 288 (346 f.): „Sind solche Prinzipien erst einmal formuliert, entfalten sie ein Eigenleben und können je nach gegebener argumentativer Notwendigkeit veränderte oder gar neue Inhalte aufnehmen.“ Die Mehrheitsmeinung hatte zuvor „das Verfassungsprinzip schuldangemessenen Strafens *gegen den Täter*“ gewendet, obwohl es seit seiner „erstmaligen Artikulation […]

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fragmentarischen Rahmencharakters, den einige unbestimmte Normen aufweisen, heterogene Konkretisierungen nicht stets als Wandel begreifen müssen. Es stellt aber einen Mechanismus des Rechtswandels dar, wenn aus einer konkreten Norm zunächst ein Prinzip induziert[578], auf *dessen* Ebene dann eine interpretative Veränderung vorgenommen und diese schließlich inhaltsbestimmend auf die Ausgangsnorm zurückbezogen wird. Als Beispiel aus dem Verfassungsrecht ließe sich auf die Rechtsprechung zu sog. Out-of-area-Einsätzen der Bundeswehr verweisen, die aus einer Gesamtschau wehrverfassungsrechtlicher Bestimmungen „ein der Wehrverfassung zugrundeligendes Prinzip" herleitet, „nach dem der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven […] Zustimmung des Bundestags unterliegt" und (unter anderem) damit das Konzept der Art. 87a Abs. 2 und 24 Abs. 2 GG überspielt, wonach Militäreinsätze in Drittstaaten nicht vorgesehen sind.[579] Zur näheren Veranschaulichung soll sogleich jedoch in erster Linie das strafprozessuale Legalitätsprinzip dienen, anhand dessen sich das soeben beschriebene Wandlungsmuster deutlicher beobachten lässt. Auffällig ist zuvor indes eine gewisse Parallele zu den Materialisierungen, weil auch die „Rechtsprinzipien […] dazu neigen, Zwecke von den gesetzlich vorgesehenen Mitteln zu abstrahieren"[580]. Abgrenzen lassen sich beide Mechanismen mit Blick auf den Selbststand der Prinzipien, die als Vermittler zwischen einzelnen oder mehreren Normen und bestimmten Neuerungen vom jeweiligen Anlass unabhängig bestehen, während die Mate-

---

als ein die staatliche Strafgewalt *begrenzendes* Prinzip verstanden worden" war (345 f., Hervorhebungen im Original).

578 Zum Vorgang der Induktion eines (Verfassungs-)Prinzips ausführlich *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 407 ff.

579 Zitat BVerfGE 90, 286 (387). Die Herleitung dieses wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts selbst stellt als ‚zusätzliche' Anforderung an den Einsatz der Streitkräfte eine ‚bloße' Rechtsfortbildung dar; erst durch die Aufweichung der Art. 87a Abs. 2, 24 Abs. 2 GG wirkt sie sich wandelnd aus – eben diese weite ‚Auslegung' des Art. 24 Abs. 2 GG zu kompensieren, war dabei das entscheidende Motiv, siehe *Kleinlein*, AöR 142 (2017), S. 43 (47 ff.); *Burkiczak*, NVwZ 2008, S. 752 (752): „Element des verfassungsgerichtlichen Gesamtpakets ‚Auslandseinsatz der Bundeswehr' ". Näher zum Ganzen *Stock*, Verfassungswandel in der Außenverfassung.

580 *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 267. Eine Überschneidung liegt hier ferner darin, dass auch die materielle Wahrheitspflicht als (Instruktions-) Prinzip verstanden werden kann, das dann in Abwägung mit anderen Prinzipien den Inhalt konkreter Normen bestimmend ausfüllt – daran zeigt sich nochmals, dass eine Trennung von Verfassungs- und Rechtswandel in der konstitutionalisierten Rechtsordnung nicht möglich ist, weil die Inhaltsbestimmung einzelner Normen eben häufig durch Prinzipien geschieht, die aus dem Verfassungsrecht, wie das Legalitätsprinzip aber auch aus dem einfachen Recht stammen und trotzdem mehr oder minder gleichwertig gegeneinander abgewogen werden können (jedoch gar nicht abgewogen werden müssen, um zu einem Wandel zu führen, wie das folgende Beispiel des Legalitätsprinzip zeigt).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rialisierungen auf spezielle Wirkungen begrenzt bleiben und sich nicht zur eigenständigen Figur neben ‚ihrer' Rechtsnorm aufschwingen.

Ein dynamischer Rechtsbereich ist beinahe seit jeher der Sicherheitssektor aus Polizei- und Strafverfolgungsrecht, welcher nun schon einige Jahrzehnte durch die bekannten, immer weiteren Vorverlagerungen des behördlichen Zugriffs geprägt ist.[581] Diese folgen regelmäßig dem Muster, dass sich Exekutivhandeln aufgrund strukturell neuer Anforderungen zunächst außerhalb des Gesetzes bewegt und dann sukzessive rechtliche Rückendeckung erhält. Von besonderer Bedeutung sind hier zwar zu diesem Zweck neu erlassene Vorschriften. Eine wichtige Rolle spielt aber auch die dynamische Interpretation bestehender Normen – insbesondere derjenigen mit zentraler Bedeutung für die jeweiligen Rechtsbereiche. Im Strafverfahrensrecht führt das etwa zu einer Erosion des (Anfangs-)Verdachts als „ein[em], wenn nicht de[m] Zentralbegriff des Strafverfahrens".[582] § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet die Staatsanwaltschaft „wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen". Normiert sind damit im Wesentlichen zwei Aspekte: erstens eine Eingriffsschwelle für staatliche Maßnahmen, indem an die die Ermittlung veranlassenden Umstände qualitative Anforderungen gestellt werden – bevor keine ‚tatsächlichen Anhaltspunkte' bestehen und diese insbesondere ‚zureichen', *darf nicht* ermittelt werden[583]; zweitens die *Pflicht*, sobald diese Grenze überschritten ist, auch tatsächlich einzuschreiten. Da ‚Ob' und ‚Wann' der Ermittlungen damit durch das Gesetz selbst bestimmt und nicht den Opportunitätserwägungen der Staatsanwaltschaft anheimgestellt sind, wird auch vom ‚Legalitätsprinzip'[584] gesprochen. Bei der Rechtsfindung aus diesem – schon begrifflich dem zweiten Aspekt näherstehenden – Prinzip verlieren die normierten Merkmale und in der hier beschriebenen Entwicklung insbesondere der erste Aspekt zugunsten einer neuen Dynamik an Bedeutung.[585] Besonders deutlich werden die argumentativen Flexibilitätsreserven beim Umgang mit Prinzipien bei Lange.

---

581 Vgl. aus der längst nicht mehr zu überblickenden Literatur nur den prägenden Befund von *Denninger*, KJ 1988, S. 1 ff. und zuletzt etwa *Volkmann*, APuZ 32–33/2022, S. 17 ff.

582 Vgl. zum „Funktionswandel" des Tatverdachts *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, S. 630 ff., ebd. auch weitere Beispiele eines solchen „Wandel[s] der Prozessbegriffe"; *ders*., ZIS 2014, S. 340 ff., dort auch das Zitat (S. 340).

583 Anschaulich etwa BVerfG, NJW 2022, S. 3070.

584 Das ergibt sich seit dem Gesetz v. 17.7.2015, BGBl. I, S. 1332, auch aus der amtlichen Überschrift, dort „Legalitätsgrundsatz".

585 Eindrückliches Beispiel: *Groß*, Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Anfangsverdachts, in: FS Dahs, S. 249 (254): „Die Funktion des Legalitätsprinzips geht also nur in eine Richtung: Verfolgungszwang, Pflicht zur Verfolgung. Mit einer Begrenzung der Verfolgungserlaubnis hat das nichts zu tun."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Denn ungeachtet der Grenze, mit der die insofern liberal[586] konzipierte StPO das Vorfeld eines Verdachts aus dem Tätigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft ausschließt, konstatiert sie:

> „Eine Vorermittlungspflicht […] zu verneinen, nur weil […] [k]ein Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung gegeben ist, würde die [sic!] durch das Legalitätsprinzip angestrebte Sicherstellung der Ahndung strafbaren Verhaltens nicht gerecht werden." Vielmehr sei „[d]as Legalitätsprinzip […] unter Berücksichtigung des Wandels der Gesellschaftswirklichkeit insoweit neu zu definieren, als die Einschreitenspflicht der Staatsanwaltschaft, *wenn* zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, eine Prüf- und Ermittlungspflicht, *ob* zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, beinhaltet."[587]

Auch wenn diese Äußerung unmittelbar nur auf die sog. Vorermittlungen gemünzt ist, bei denen es darum geht, lose, für sich genommen noch nicht ‚zureichende' Verdachtsmomente auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen, um daraufhin über die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens entscheiden zu können, und die daher im Vergleich zu den sog. Vorfeldermittlungen, mit denen ohne konkreten Anlass erstmals Anhaltspunkte gewonnen werden sollen, weit weniger problematisch sind, wird die Vorverlagerung des behördlichen Zugriffs doch deutlich. Langes Argumentation war und ist erfolgreich. Literatur und Rechtsprechung erkennen Vorermittlungen mittlerweile in weiten Teilen an. Das ist bemerkenswert nicht nur, weil Vorermittlungen trotz gegenteiliger Beteuerungen[588] bereits Grundrechtsrelevanz aufweisen – insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird bei behördlichen Erkundigungen regelmäßig betroffen sein[589] –, sondern vor allem, weil letzt-

---

586 Für *Schünemann*, ZStW 2002, S. 1 (6) gehört „die Reichsstrafprozessordnung zu den großen liberalen Denkmälern des 19. Jahrhunderts".

587 *Lange*, DRiZ 2002, S. 264 (266, Hervorhebungen im Original); ebenso *Keller/Griesbaum*, NStZ 1990, S. 416 (417); *Senge*, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen, in: FS Hamm, S. 701 (707 ff.); *Diemer*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar StPO, § 152, Rn. 9 ff.

588 Vgl. dazu den insoweit unzulänglichen Hinweis, Eingriffsmaßnahmen seien im Rahmen von Vorermittlungen nicht zulässig, mit dem diese Frage regelmäßig abgetan wird, so z. B.: BGH, Beschl. v. 19.8.2020 – 6 BGs 95/20, Rn. 4; *Peters*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar StPO, § 152, Rn. 65.

589 *Langes*, DRiZ 2002, S. 264 (271), Ansicht, Eingriffe in dieses Grundrecht seien im Vorermittlungsverfahren ohne gesetzliche Grundlage zulässig (gewesen), hält etwa *Diemer*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar StPO, § 152, Rn. 11 für jedenfalls nicht mehr vertretbar. Es werden aber Wege gefunden, zu ganz ähnlichen Ergebnissen zu gelangen (für den Rechtswandel ist typisch, dass zunächst sehr weitgehende Neuinterpretationen vorgeschlagen und später Mittelwege beschritten werden). Ders. will ebd. etwa Akteneinsichtnahmen auf § 474 StPO stützen. Voraussetzung dafür ist aber die Erforderlichkeit für Zwecke der Rechtspflege, die eben erst dann bejaht werden kann, wenn man Vorermittlungen bereits anerkannt hat. Da eine solche Datenübermittlung im Einzelfall „durchaus auch schwerwiegende Beeinträchtigungen des RiS [Recht auf inform. Selbstbestimmung]" (*Singelnstein*, in: Knauer/Kudlich/Schnei-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lich aus § 152 Abs. 2 StPO selbst argumentiert wird[590], der aber eben eigentlich klar ausspricht, dass jegliche Ermittlungspflichten zu verneinen sind, wenn kein Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung gegeben ist. Deshalb ist zu Recht davon gesprochen worden, diese „Umdeutung oder Ausweitung des Legalitätsprinzips zu einem generellen Vorermittlungsprinzip" stelle aus Sicht des reformierten Strafprozesses und damit der gesetzgeberischen Konzeption des seit 1877 im wesentlichen unveränderten § 152 StPO eine „Entgrenzung hoheitlicher Macht und Autorität" dar[591].

Diesen Wandel ermöglicht methodisch erst der übersteigerte Rückgriff auf das Prinzip: Hier findet die Rückbindung des eigentlich den Tatbestandsmerkmalen zuwiderlaufenden Ergebnisses in das ‚positiv'-rechtliche Material statt. Die Logik dahinter: Wenn das Ergebnis dem Prinzip entspricht – das nach der einflussreichen Konzeption Robert Alexys ja stets die eigene Optimierung verlangt[592] –, muss es auch im Einklang mit der Norm stehen, weil jenes aus dieser folgt. Insofern ist dieses Vorgehen gar nicht so ungewöhnlich. In allen Rechtsgebieten kommt es vor, dass Lösungen unmittelbar aus Prinzipien abgeleitet und die jeweiligen Ursprungsnormen nur der Vollständigkeit halber mitzitiert werden.[593] Diese Übersteigerung des Prinzips, welches hier ja tatsächlich die Ahndung strafbaren Verhaltens sicherstellen soll, wird flankiert von argumentativen Demontagen der positivierten Merkmale. So etwa bei Haas, der Vorermittlungen zwar ablehnt, dies aber mit einer fehlenden Eignung des gesetzlichen Verdachtskonzepts zur Begrenzung der behördlichen Tätigkeit begründet: „Die Prüfung eines Verdachts einer Straftat ist bereits Verdacht einer Straftat."[594] Es ist also relativ einfach, dem neu verstandenen

---

der [Hrsg.], Münchener Kommentar StPO, § 474, Rn. 15) bedeuten kann bzw. wegen der allgemein immer höheren Sensibilität von Daten – es gibt „kein ‚belangloses' Datum mehr", BVerfGE 65, 1 (45) –, ist die Annahme einer prinzipiell fehlenden Grundrechtsrelevanz der Vorermittlungen jedenfalls falsch.

590 Repräsentativ insofern auch *Senge*, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen, in: FS Hamm, S. 701 (707 f.): Die Pflicht zu Vorermittlungen „findet im Wortlaut des § 152 Abs. 2 StPO darin ihren Ausdruck, dass *zureichende* tatsächliche Anhaltspunkte gefordert werden. Der Prüfung wohnt insofern ein auch normativer Aspekt inne […] [, worin] die Befugnis eingeschlossen [ist], durch weitere Recherchen eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob ein förmliches Verfahren einzuleiten ist" (Hervorhebung im Original).

591 *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, die Zitate auf S. 640 bzw. 642. Man denke dabei auch an die Beschuldigtenrechte, die als Korrelat des Anfangsverdachts bei Eröffnung des Ermittlungsverfahrens, nicht aber während den Vorermittlungen greifen.

592 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff. Unter diesem Optimierungsgebot geraten die strikten Regeln als dessen Grenzen mitunter aus dem Blick.

593 So kennt etwa das materielle Strafrecht das Schuldprinzip, hantiert das Zivilrecht mit dem Prinzip der Rechtsscheinhaftung oder des Vertrauensschutzes, das Verfassungsrecht mit den Staatsstrukturprinzipien – etc.

594 *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, S. 13 ff., Zitat auf S. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legalitätsprinzip freie Bahn zur ungestörten Verwirklichung zu verschaffen, anstatt sich um eine Justiziabilität der vorgegebenen Merkmale zu bemühen. Dabei entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass dieser Weg regelmäßig zur faktischen Geltung des entgegenstehenden Opportunitätsprinzips führt, weil aus Kapazitätsgründen nicht allen vagen Anhaltspunkten nachgespürt werden kann.[595] Aber gerade dies hat seinen Grund letztlich in einem tiefgreifenden Wandel der Überzeugungen, der am Verständnis von Rechtsnormen selten spurlos vorüber geht. Gemeint ist nicht Langes einigermaßen plumper Verweis auf den Wandel der Gesellschaftswirklichkeit, hinter dem sich bei näherem Hinsehen in die dort gesetzte Fußnote neben „Medienberichterstattung" nur die nach allgemeiner Auffassung in repressiver Hinsicht gerade unzulässigen „Vorfeldermittlungen" verbergen. Vielmehr war das Legalitätsprinzip ursprünglich die verfahrensrechtliche Ausprägung der absoluten Straftheorien, sodass es im Zuge der Abwendung von diesen einen neuen theoretischen, und zwar: zweckorientierten Unterbau erhält, der seinerseits die hier beschriebenen Entwicklungen bedingt und fundiert.[596] Die Zweckmäßigkeit im Einzelfall lässt sich dabei, wie bereits der Wortsinn nahelegt, eben nur durch *Opportunitäts*erwägungen bestimmen.[597]

---

595 Laut *Lange*, DRiZ 2002, S. 264 (267) „sind Vorermittlungen am Prinzip der Prozessökonomie auszurichten und Schwerpunkte zu setzen"; im Eregbnis ebenso *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, S. 62 ff.; vgl. auch allgemein *Beulke*, in: Löwe/Rosenberg, § 152 StPO, Rn. 40. Das führt abermals zur Frage der gesetzlichen Mittel, würde doch auch ein von vorneherein strengeres Verständnis des § 152 Abs. 2 StPO die knappen Kapazitäten entlasten.

596 Vgl. dazu insbesondere *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung.

597 Die hier behandelten Argumentationsmuster lassen sich ferner am Beispiel des aus den Art. 4 Abs. 1, 3 Abs. 3 S. 1 GG, 136 Abs. 1 u. 4, 137 Abs. 1 WRV i. V. m. 140 GG induzierten Prinzips religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates beobachten, das *Müller*, Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, VVDStRL 81 (2022), S. 251 (283 ff.) zugunsten eines Toleranzgebots verabschieden will. Die damit einhergehende Identifikation des Staates mit einer bestimmten Religion ist mit dem Sinn der zugrundeliegenden Normen, namentlich: gleicher Religionsfreiheit, kaum zu vereinbaren, birgt vielmehr praktische Diskriminierungsrisiken, wie in der nachfolgenden Diskussion, ebd., S. 355 ff., vielfach angemerkt worden ist. Auch Müller begründet diesen Wechsel – wie Haas – mit der angeblichen Unmöglichkeit, dem vorgefundenen Merkmal Folge zu leisten (insb. S. 274 ff.). Der einzige – methodisch löbliche – Unterschied zum hier beschriebenen Argumentationsmuster besteht darin, dass mit dem Konzept- auch ein Begriffswechsel einhergehen soll; es wäre indes ohne Weiteres vorstellbar, dieselbe Argumentation innerhalb des Neutralitätsbegriffs vorzunehmen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## 8. Rechtswandel und Wertewandel

Dieses Beispiel illustriert damit abermals, was bereits mehrfach deutlich geworden ist, dass nämlich in den Vorgang des Rechtswandels regelmäßig eine Veränderung gesellschaftlicher Wertvorstellungen hineinspielt. Auf die eine oder andere Weise sind Wertungen immer präsent. In Extremfällen reicht bisweilen gar der bloße Verweis auf den Wertewandel, um die wertungsmäßig überholte Norm in ihr Gegenteil zu verkehren. Ein anschauliches Beispiel ist hier § 54 S. 1 BGB in der vom 1.1.1900 bis zum 31.12.2023 inhaltlich unverändert geltenden Fassung. Darin wurden nichtrechtsfähige Vereine – also insbesondere solche, die keinen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und nicht in das Vereinsregister eingetragen sind, § 21 BGB – statt dem Vereinsrecht dem für sie unpassenden und unpraktikablen Gesellschaftsrecht unterstellt. Der Grund dafür lag im obrigkeitsstaatlichen Argwohn gegen politische Parteien, Gewerkschaften und religiöse Vereinigungen, die durch die schikanösen Vorschriften geschwächt bzw. zur Eintragung genötigt werden sollten, um so ihre Betätigung besser unter Kontrolle halten zu können.[598] Nachdem sich diese negative Bewertung des ursprünglichen Gesetzgebers mit dem Systemwechsel zur Demokratie diametral gewandelt hat – was nun vor allem in den Art. 9 und 21 GG zum Ausdruck kommt –, wurde § 54 S. 1 BGB a. F. von der Praxis und ohne Widerstand aus der Literatur „in einer Weise an[ge]wende[t], die keine ‚negative' Bewertung [insbesondere] der Gewerkschaft enthält", sprich: es wurde gegen den Wortlaut überwiegend Vereinsrecht angewendet.[599] Gewandelt ist die Norm hier aber nur im Resultat, in ihrer Auswirkung. In rechtsmethodischer Hinsicht würde die Einordnung als Rechtswandel voraussetzen, dass das Ergebnis aus derselben Norm heraus begründet und diese nicht, wie hier letztlich, derogiert wird. Da stattdessen einiges dafür spricht, hier von einem Fall der – eigentlich anerkanntermaßen unzulässigen – Rechtsfindung *contra legem* auszugehen[600], verdeutlicht die ausgebliebene Proble-

---

598 Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, S. 401 f., 637 ff.; zum Ganzen auch BGHZ 50, 325; *Schröder*, Recht als Wissenschaft II, S. 251 f. Daneben sah das Eintragungsverfahren die Möglichkeit vor, die Eintragung auch gänzlich zu versagen oder die Rechtsfähigkeit nachträglich zu entziehen, wenn ein Verein „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck" verfolgt, vgl. § 61 Abs. 2 bzw. § 43 Abs. 3 BGB a. F., welche bereits durch Art. 124 Abs. 2 WRV wieder abgeschafft wurde.

599 Zitat bei *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 63 (bezüglich der Parteien hat sich die Problematik durch Erlass des § 3 PartG erledigt). Vgl. im Übrigen neben den Nachweisen aus der vorigen Fn. die Rechtsprechungsübersicht bei *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 54, Rn. 2 ff.

600 Die zur Begründung des Ergebnisses hier häufig herangezogene Rechtsregel „cessante ratione legis cessat lex ipsa" – so etwa *Schröder*, Recht als Wissenschaft II, S. 251 f.; *Leuschner*, in: Säcker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, § 54, Rn. 5 – ist ein Versuch, in solchen Sonderkonstellationen eine ausnahmsweise Zuläs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

matisierung gleichwohl mit besonderer Eindringlichkeit die enorme Bedeutung, die gewandelten Wertvorstellungen in der Rechtsanwendung zukommen kann. Wegen des engen Normbezugs ist die Praxis zu § 54 S. 1 BGB a. F. dem Rechtswandel überdies näher als der ‚klassischen' Rechtsfortbildung *praeter legem* und wirft dieselben legitimatorischen Fragen auf wie jener.

### 9. Wandel durch Erlass niederrangiger Normen

Während die maßgeblichen Werte im Beispiel des § 54 S. 1 BGB a. F. insbesondere auch durch neuerlassene *höherrangige* Normen vorgegeben worden sind, was im Kontext der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung als solches nicht mehr verwundert und mit der Normenhierarchie übereinstimmt, ist es der umgekehrte Vorgang, der – obschon er letztere gleichsam auf den Kopf stellt – deutlich häufiger zu beobachten ist. Dass auch neuerlassene *leges inferiores* Einfluss auf den Inhalt der höherrangigen Normen nehmen können, hat Lerche am Beispiel des „stillen" Verfassungswandels aufgezeigt.[601] Dass derselbe ungleich öfter auftritt als der ‚top-down'-Wandel, liegt schlichtweg daran, dass die niederrangigen Normen, insbesondere die einfachen Gesetze, unkomplizierter und damit vor allem häufiger geändert werden können als etwa die Verfassung.

Die Beispiele für dieses Wandlungsmuster sind vielfältig. Besonders anschaulich ist der Einfluss der Gesetzgebung zur Gleichstellung homosexueller Paare auf das Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG – der freilich immer wieder auch vom Bundesverfassungsgericht herausgefordert wurde und sich insofern aus einem Wechselspiel ergibt –,[602] prinzipiell ist ein solcher Effekt aber etwa auch im Verhältnis von Rechtsverordnungen und Gesetzen oder von nationalem zu Völker- oder Unionsrecht denkbar. Dabei ersetzen bzw. ergänzen die neuen Normen – gleichsam als normgeberische Interpretationen des höherrangigen Rechts – die Argumente im wissenschaftlich-gerichtlichen Diskurs und wirken sich auf durchaus vergleichbare Art und Weise auf den Inhalt der fraglichen Normen aus. All jene Gehalte des niederrangigen Rechts, welche die Gerichte noch als vereinbar mit dem höherrangigen Recht ansehen und damit fixieren, können die Ausgangslage bei der Ermittlung des Norminhalts

---

sigkeit des contra legem-Judizierens zu erklären. Entsprechend ist die Legitimität der Rechtsregel nicht unumstritten, vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 189.

601 Vgl. unten B.III.4.d); zum Ganzen als „Normwandel durch Änderung eines rechtserzeugten Normbereichsteils" auch *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 371 f.

602 Vgl. dazu BVerfGE 105, 313; 124, 199; 126, 400; 132, 179; 133, 377; zur Einführung der ‚Ehe für alle' existiert bekanntlich keine Entscheidung des BVerfG. Vgl. zu diesem Komplex auch *Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, S. 173 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verschieben, denn die Inhaltsbestimmung einer Norm wird stets zu einem großen Teil induktiv aus den gesicherten Anwendungsaussagen der Gerichte vorgenommen. Hier ist die Dynamik sogar in aller Regel noch erhöht, was zum Teil daran liegt, dass der Interpretation normsetzender Akteure kraft ihrer Zuständigkeit eine besondere Legitimität zukommt. Der Hauptgrund besteht indes darin, dass die Ansichten des Normgebers – anders als in der wissenschaftlichen Debatte – strukturell nur in absoluten Ausnahmefällen prinzipiell und völlig zurückgewiesen werden. Die Gerichte stellen vielmehr fest, welche konkreten Teilaspekte einer Regelung höherrangigem Recht zuwiderlaufen und stärken damit zugleich die übrigen, vom Spielraum des Normgebers noch gedeckten – wenn auch möglicherweise an dessen Grenze liegenden – Passagen, die dann zu gesicherten Anwendungsfällen der höherrangigen Norm erstarken. Stärker als im wissenschaftlichen Diskurs oder der bloßen Rechtsprechung zu Einzelfällen ist beim Wandel durch niederrangige Rechtsetzung also die Richtung, in die sich die Norm wandeln kann, strukturell vorgegeben. Zwar ist es auch möglich, dass der Erlass einer Rechtsnorm Anlass bietet, (re-)aktiv eine neue Funktion der höherrangigen Norm aus der Taufe zu heben, mit welcher die erlassene Norm von Grund auf kollidieren soll. Dieses Phänomen ist jedoch keine Besonderheit neuer *Rechtsnormen*. Für eine judikative Weiterentwicklung des höherrangigen Rechts kann es vielfältige Anlässe geben. Den hier beschriebenen Wandel zeichnet insofern jedenfalls aus, dass er gerade durch passive Gerichtsentscheidungen befördert wird.

## 10. Einordnung des Befunds und nochmals: Zwecke und Mittel im Recht

Das Ergebnis der vorangegangenen Analyse des Rechtswandels ist nicht als abschließende Typologie zu verstehen. Es sind ‚nur' einige besonders charakteristische Muster herausgearbeitet worden. Ein Rechtswandel kann auch unvermittelt eintreten, etwa wenn ein Gericht schlicht eine Interpretation vornimmt, welche bereits die grundlegende Wirkrichtung der bisherigen Norm verändert, und sich dieses Verständnis in Praxis durchsetzen kann. Im Falle der Rechtsprechung zur Rügeverkümmerung ließ sich das als Materialisierung einordnen. Anders verhält es sich etwa mit dem Urteil des BAG zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG vom 6. April 2011 oder der Rechtsprechung des BGH zu „gewandelten ehelichen Lebensverhältnissen" im Kontext des § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB, die aber im Übrigen insofern parallel zur Rügeverkümmerung-Entscheidung des BGH verlaufen, als alle ein eindeutiges legislatives Konzept umgestalten.[603] Es wären damit weitere instruktive Beispiele

[603] BAGE 137, 275; BGHZ 179, 196; 183, 197, vgl. zur Übersicht über die in diesem Falle größere Rechtsprechungslinie auch BVerfGE 128, 193 (199 f.). Der einzige

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Rechtswandels, hätte das Bundesverfassungsgericht in diesen Fällen ebenfalls *nicht* interveniert.[604] So veranschaulicht nun aber gerade die Parallelität der Konstellationen die methodische Unvorhersehbarkeit, man könnte gar sagen: Zufälligkeit des Rechtswandels. Recht ist kommunikative Praxis; letztlich kommt es daher immer darauf an, wie viel Gefolgschaft eine bestimmte Interpretation findet. An prinzipiell tauglichen Interpretationsvorschlägen mangelt es nicht.

Die argumentative Flexibilität, die die juristische Methodenpraxis belässt, ist mittlerweile hinlänglich bekannt. Gerade das genannte Urteil des BAG veranschaulicht aber nochmals beispielhaft und in Ergänzung zu den Ausführungen unter 6. und 7., wie geschickt sich Normen umdeuten lassen und welches Augenmerk bei der Analyse auf die Argumentation mit Zwecken und deren Verhältnis zu den normierten Mitteln zu legen ist: Mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG wollte der Gesetzgeber die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses ausschließen, wenn „bereits zuvor" ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden hat. Wortlaut und Systematik legen dabei nur nahe und erst in der Zusammenschau mit den Materialien ergibt sich eindeutig, dass „bereits zuvor" hier „jemals zuvor" heißen soll. Das BAG beruft sich gleichwohl auf „die Auslegung der Vorschrift", wenn es „bereits zuvor" im Sinne von ‚innerhalb der letzten drei Jahre' versteht.[605] Es erkennt dabei durchaus, dass Wortlaut und Systematik eher Argumente gegen seine Auslegung enthalten, konstatiert aber – insofern nicht ‚falsch' –: „Der Wortlaut und die Gesetzessystematik zwingen zu keiner bestimmten Auslegung."[606] Auch das Ergebnis der genetischen Auslegung wird nicht verhehlt. Dagegen spreche jedoch der Normzweck – der sich freilich bei wohlverstandener Methodik seinerseits allein durch Interpretation der übrigen Auslegungselemente ermit-

---

analytisch interessante Unterschied zwischen diesen Entscheidungen auf der einen und derjenigen zur Rügeverkümmerung (dazu oben 6.) auf der anderen Seite besteht darin, dass § 274 StPO deutlich älter (ursprünglich sogar vorkonstitutionell) ist als die maßgeblichen Normen der anderen Verfahren. Das beeinflusst aber allenfalls die Brisanz der wandelnden Argumentation, nicht das erforderliche methodische Vorgehen.

604 BVerfGE 128, 193 zu § 1578 BGB (214: „gesetzgeberische Grundentscheidung durch eigene Gerechtigkeitsvorstellungen ersetzt"); E 149, 126 zu § 14 TzBfG.

605 BAGE 137, 275 (277). Man könnte diesbezüglich sogar vom erfolgreichen Bewirken eines geringfügigen Rechtswandels ausgehen: BVerfGE 149, 126 tritt der Zeitgrenze entgegen, gesteht aber eine Ausnahme bei „sehr lang" zurückliegenden Vorbeschäftigungen zu (S. 151). Hieran sieht man, dass das BVerfG nicht nur die Konzeption des Gesetzgebers (dazu oben 9.), sondern auch die Argumentation der Gerichte selten strukturell völlig zurückweist. Das BVerfG begründet diese Ausnahme aber als verfassungskonforme Auslegung wegen Unzumutbarkeit in Extremfällen, was man auch als das Eingreifen eines allgemeinen Korrektivs, vergleichbar der Rechtsmissbräuchlichkeit, und damit nicht als Rechtswandel einordnen könnte.

606 BAGE 137, 275 (278 ff., Zitat 278 f.), dort auch das im Text Folgende.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teln lässt und diesen insofern nicht widersprechen kann[607]. Der postulierte Gesetzeszweck selbst befindet sich denn auch im Einklang mit den übrigen Auslegungsmethoden, Zweck sei „nicht etwa die Verhinderung befristeter Arbeitsverträge und auch nicht die Verhinderung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge [schließlich lässt § 14 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 S. 2 TzBfG beides ausdrücklich zu], sondern die Verhinderung von ‚Befristungsketten' "[608]. Die weitere Auslegung orientiert sich dann indes ausschließlich an diesem Zweck. Er sei durch eine Karenzzeit genauso zu erreichen; als Mittel sei ein „lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung […] überschießend"[609]. Selbst wenn dem so wäre, fällt mit dem Wechsel des normierten Mittels allerdings dessen gesamte Regelungsstruktur weg – und damit ein ganzer Strauß an intendierten Effekten sowie die Grundwertung, wonach die sachgrundlose Befristung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme sei und nicht umgekehrt[610]. Die teleologische Auslegung eröffnet damit auch jenseits *untergeschobener* Zwecke Wandlungsoptionen, wenn sie den Blick weg von den konkret normierten Mitteln, hin zu durchaus korrekten Zwecken lenkt und innerhalb der Argumentation suggeriert, es gäbe stets ein ganz bestimmtes Mittel, mit dem sich ein Ziel am besten erreichen lässt, das dann – gestützt vom angeblichen Primat der teleologischen Auslegung – für maßgeblich erklärt wird.[611] Da Ziele häufig wenig kontrovers sind – insbesondere je abstrakter der Interpret sie jeweils formuliert –, jede Zeit aber ihre eigenen Vorstellungen über den besten Weg dorthin entwickelt, führt dieses Argumentationsmuster im Rahmen des herrschenden Methodenverständnisses zu einem besonders niedrigschwelligen Rechtswandel, den der Interpret selbst mangels methodischer Reflexion regelmäßig nicht bemerkt.

607 *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 98.

608 BAGE 137, 275 (283).

609 BAGE 137, 275 (283).

610 Zu Einzelheiten vgl. BVerfGE 149, 126 (142 ff.); BT-Drs. 14/4374, S. 12. Zum Zusammenspiel gesetzlicher Ziele und Mittel, ebenfalls anhand dieses Beispiels, auch *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 109 f.

611 Vgl. auch *Ekins*, The Nature of Legislative Intent, S. 254: „The imprecision of ‚purposive interpretation' makes it likely that courts will often focus on one or more (abstract) legislative ends, without attending to or identifying the more specific means the legislature has chosen to that end. Yet it is this chosen means, which inference about the end or ends may illuminate or clarify, that is authoritative."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## B. Grundpositionen zur Legitimitätsfrage – und deren Kritik

Nachdem nun aufbereitet ist, was der Rechtswandel *ist* und wie er sich vollzieht, wobei noch keine Bewertung desselben vorgenommen werden sollte oder, wo eine solche doch angefallen ist, jedenfalls die Gründe und Maßstäbe der Bewertung nicht systematisch dargestellt sind, wendet sich dieses Kapitel der Frage nach der Legitimität des Rechtswandels zu.

### I. Grundsätzliches

Legitimität ist hier *demokratische* Legitimität. Das festzuhalten klingt für das Rechtssystem eines demokratischen Staates einigermaßen selbstverständlich. Für die Entscheidung von Rechtsfällen spielen jedoch weitere Legitimitätsmaßstäbe – etwa Gerechtigkeit oder Rechtsstaatlichkeit – eine wichtige Rolle. Deren Perspektive wird im Rahmen dieser Untersuchung gleichwohl nicht unmittelbar eingenommen. Diese thematische Engführung erfolgt nicht willkürlich: Denn zum einen wirft der Rechtswandel vor allem spezifisch demokratische Probleme auf und kann als Kategorie zu Fragen der Gerechtigkeit oder ähnlichem wenig beitragen. Zum anderen ist zu beachten, dass jene Maßstäbe und Kriterien in unterschiedlichen Demokratien verschieden ausgestaltet sind und je eigenen Entwicklungspfaden folgen, es sich mit anderen Worten nicht um absolute, sondern um kontingente Ideen handelt, die ihren konkreten Gehalt ihrerseits erst als Resultat eines demokratischen Interpretations- und im weitesten Sinne Aushandlungsprozesses erhalten.[1] Als dahinter stehender Legitimationsgrund ließe sich daher ohnehin die Demokratie ausmachen.

In Anbetracht dessen taucht im juristischen Alltag und der zugehörigen Methodenlehre eine demokratische Selbstreflexion erstaunlich selten, oft nur ergänzend zu hermeneutischen Erwägungen und solchen zur Sachgesetzlichkeit, auf.[2] Die Legitimation des eigenen Produkts, des Auslegungsergebnisses, scheint bereits durch die Legitimität des behandelten Stoffes, des Geset-

---

[1] Zum Konzept des Entwicklungspfads im Recht *Wahl*, JZ 2013, S. 369 ff.

[2] Ebenso *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, S. 19 ff. m. w. N. und für das Strafrecht *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331 ff. Interessante Ansätze aber etwa bei *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), S. 157 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zes, in demokratischer Hinsicht hinreichend abgesichert – wobei diese Einschätzung aufgrund der unbestritten niedrigen Programmierungsdichte der konkreten Entscheidung durch die abstrakte Norm schon allgemein wenig plausibel ist. Für manche „entwertet [dies] die legitimatorische Kraft der juristischen Auslegungsmethodik nicht, verschiebt sie aber aus dem demokratischen in einen anderen Legitimationskontext".[3] Andere gehen noch einen Schritt weiter und erwägen zwar explizit eine demokratische Legitimation der Rechtsanwendung, halten sie letztlich allerdings für entbehrlich – Roellecke formuliert in diesem Sinne: „Strukturell ist Rechtsprechung nicht auf demokratische Legitimation angewiesen."[4] Im Kontext des Rechtswandels spitzt sich das allgemeine demokratische Problem aber noch zu, indem Norminhalte, die – wenn auch geringfügiger, als es dem Laien zunächst scheinen möchte – Rechtsentscheidungen objektiv programmieren, zusätzlich ohne Beteiligung des Normgebers gewandelt werden und das Rechtssystem sich damit gleichsam gegenüber der politischen Sphäre schließt. Hier muss die demokratische Frage gestellt werden.

In der notwendig von ‚unten' nach ‚oben' zu denkenden Demokratie ist der legitimitätsbegründende Ort die gesellschaftliche Sphäre; von dort aus muss die Normativität in die juristisch-methodische Arbeit hineinwirken. Insoweit dürfte Konsens bestehen. Die Pfade, über die diese Kopplung hergestellt werden kann, lassen sich im Kontext des Rechtswandels zu zwei Grundansätzen typisieren. Diese Einteilung folgt nicht dem bekannten Diskussionsforum der Auseinandersetzung um das richtige Ziel der Auslegung. Im Streit um die subjektive oder objektive Auslegungstheorie beklagen zwar beide Ansichten eine Fremdherrschaft: Erstere die des einzelnen Interpreten über das verfahrensförmig erlassene Gesetz des Gemeinwesens; letztere die der Toten über die Lebenden[5]. Aber die Arbeit will keine festgefahrenen Gemeinplätze aufwärmen. Die Frage nach dem Ziel der Auslegung bedeutet ohnehin eine perspektivische Engführung, die demokratischen Erwägungen zwar nahesteht, es schon aufgrund ihres historischen Ursprungs in prädemokratischen Zeiten allerdings nicht geschafft hat, eine konsequent auf demokratischen Ansprüchen aufbauende Methodenlehre zu entwickeln. Beide Ansichten lassen sich

---

[3] So *Rennert*, Funktion und Legitimation des Richters, S. 8. Vgl. zum Ganzen auch *ders.*, JZ 2015, S. 529 ff.

[4] *Roellecke*, Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt, in: FS Leisner, S. 553 (560); ebd., S. 567: „Mit der Gesetzgebung hat das Volk seine Staatsgewalt gleichsam verbraucht."

[5] In diesem Sinne klassisch *Jefferson*, Letter to James Madison (6th Sept 1789), in: Boyd (Hrsg.), The Papers of Thomas Jefferson XV, S. 392 ff.; vgl. auch die Formulierung in Art. 28 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1793, wonach eine Generation nicht das Recht hat, künftige Generationen seinen Gesetzen zu unterwerfen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jedoch ohne Weiteres den hier zugrunde gelegten demokratietheoretischen Grundmodellen zuordnen, die jeweils auf einer eigenen Vorstellung von der Rolle des Rechts in der Demokratie basieren und in den folgenden Abschnitten besprochen werden. Die dichotomisierende Gegenüberstellung ermöglicht dabei eine anschauliche Strukturierung der letztlich vielschichtigen Strömungen.

Ein erster, hier *inhaltlich-repräsentativ* genannter, in seiner juristischen Tradition mindestens bis zu Savignys Volksgeist zurückgehender Ansatz versucht, die jeweils aktuellen gesellschaftlichen Wertvorstellungen unmittelbar in die Rechtsanwendung hineinzuprojizieren und dort zur Geltung zu bringen. Auch die hier verwendete Terminologie ist bei Savigny bereits vorgezeichnet: Er spricht von „eine[r] materielle[n]", (also inhaltlichen) Wirksamkeit des Juristenstandes, „indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks größtentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird".[6] Diese Position kann eine große Effektivität für sich reklamieren und steht einem außertextlichen Wandel pragmatisch-offen gegenüber (II.).

Demgegenüber betont der *positivistisch-prozedurale* Ansatz (III.) ein möglichst rationalistisches, dem subjektiv-menschlichen Faktor skeptisch gegenüberstehendes, kompetenzmäßiges *Verfahren* der Transformation individueller Wert- und Ordnungsvorstellungen in die letztliche Rechtsanwendung. Ein unmittelbarer Rückgriff auf gesellschaftliche Wertvorstellungen ist ihm zu gewaltsam, er zieht etwa die greifbareren gesetzgeberischen Wertungen heran. Damit tut er sich mit rechtlichen Wandlungsprozessen am Normgeber vorbei eher schwer und muss die Aufgabe der Aktualisierung der Rechtsordnung im Zweifel auf eine formelle Änderung des Normtextes verweisen. Hierin dürften letztlich alle den „demokratischen Königsweg" erblicken.[7] Die Ansätze entzweien sich nicht zuletzt anhand des Zweifels im Hinblick darauf, wie gangbar und zielführend dieser Weg in der Breite ist.[8] Im Zusammenhang mit diesem Modell ist deshalb ein besonderer Blick auf die Rechtsänderung als Alternative zum interpretativen Rechtswandel zu werfen.

---

6 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, S. 46.

7 *Fehling*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), S. 115. Relativierend *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 84: „Königsweg derer, die für ein dezisionistisches Verfassungsverständnis streiten" – was sich aber wohl aus dem an dieser Stelle fehlenden Demokratiebezug seiner Ausführungen erklärt.

8 Wie bei jeder Typisierung gibt es Mischformen, die ihren Reiz gerade aus der Kombination der jeweiligen Vorteile der Typen ziehen. Solche sind ebenfalls auf ihre Tragfähigkeit und Konsistenz hin zu analysieren. Ein Beispiel wäre die Legitimation eines richterlich vorangetriebenen Rechtswandels (erster Ansatz) über die Annahme einer im Schweigen des Gesetzesgebers implizierten legislativen Billigung (zweiter Ansatz), näher unten III.4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## II. Legitimationsmodell inhaltlicher Repräsentation

Der demokratische Anspruch dieser Position beruht auf der Annahme, dass die juristischen Akteure das Recht gemäß den Vorstellungen der Gesellschaft handhaben, also auf dem Gedanken der Repräsentation. Diese Repräsentation soll sich direkt auf den Inhalt der Normen auswirken und nicht personell oder institutionell vermittelt sein. Das oben genannte Problem des durch den Rechtswandel gegenüber der Politik geschlossenen Rechtssystems wäre dann durch die andersgelagerte Öffnung hin zur gesellschaftlichen Sphäre ausgeglichen, eine strukturelle Kopplung, etwa über den Wertbegriff, wiederhergestellt. Den argumentativen Bezugspunkt bildet dabei zwar nicht stets eine dezidiert *gesellschaftliche* Wertvorstellung; häufig wird zur Interpretation schlicht allgemein auf Gerechtigkeitsvorstellungen rekurriert.[9] Dieser Verweis erfüllt aber regelmäßig dieselbe Funktion, weil ein Gerechtigkeitsargument nur vor dem Hintergrund der herrschenden sozial-ethischen Vorstellungen überzeugen wird.

Mit alledem bezieht sich der inhaltlich-repräsentative Ansatz tendenziell eher auf eine Output- denn auf eine Inputlegitimation.[10] Es kommt also weniger darauf an, inwiefern die Bürger *aktiv* – wenn auch durch die bekannte „Legitimationskette“[11] zum Teil stark vermittelt – Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsordnung nehmen, sondern inwiefern die Norminhalte als *Ergebnis* der Rechtspraxis die Vorstellungen der Gesellschaft widerspiegeln.[12] Dabei ist er strukturell durchaus offen für ‚Input-Erwägungen‘, etwa im Wege einer zusätzlichen persönlichen Legitimation der wandelnden Akteure durch Richterwahlen[13].

---

9 Dem Grundansatz sind insofern auch die in der klassischen Terminologie ‚Naturrechtler‘ genannten Vertreter eines – wie es heute überlicherweise heißt – antipositivistischen Rechtsbegriffs zuzuordnen, vgl. etwa *Dworkin*, Freedom’s Law.

10 Vgl. zu diesen Kategorien statt vieler *Müller-Franken*, AöR 134 (2009), S. 542 (552 ff.) m. w. N.

11 S. zur „ununterbrochenen, auf das Volk zurückführenden Legitimationskette für die mit der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten betrauten Amtswalter“ klassisch *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ II, § 24, Rn. 16 f.; vgl. auch BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130) und – im Kontext der Zeitlichkeit demokratischer Legitimation – *Schwab*, Geschichte und Argument, S. 241 ff.

12 Der Output rechtfertigt sich hier also nicht durch seine *irgendwie* zu bestimmende Güte, sondern ist auf die Übereinstimmung mit den tatsächlich vorhandenen Wertungen bezogen. Auch *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 379 (391 f.) nennt diese Form „inhaltliche Repräsentation“; er stellt sie der „formalen Repräsentation“, die dem Inputgedanken folgt, gegenüber. Im selben Sinne spricht *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 191 von „[m]aterielle[r] Repräsentation“ durch das BVerfG.

13 Angesichts des politischen Charakters der Rechtsprechung dafür etwa *Säcker*, ZRP 1971, S. 145 ff. Ein solcher Legitimationsstrang würde freilich Folgeprobleme

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einige der markanten Beispiele dieser in der konkreten Herangehensweise durchaus unterschiedlichen Grundhaltung sind etwa Häberles vielzitierte „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", die zwar auf dem Gedanken basiert, die einzelnen Bürger selbst zu Interpreten aufzuwerten, was letztlich aber nichts anderes bedeutet, als dass die Juristen diese Interpretationsvorschläge zu verarbeiten haben.[14] Im Dunstkreis Häberles bewegt sich nicht zuletzt Michaels „verfassungswandelnde Gewalt", deren repräsentatives Fundament in der Wendung, sie dürfe beim Vorantreiben des Wandels „dem Volk" bzw. „der gesellschaftlichen Entwicklung nicht enteilen", zum Vorschein kommt.[15] Daneben steht Alexys deliberatives Konzept einer „argumentativen Repräsentation" des Volks durch die Verfassungsgerichte, welches zwar mit Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt, aber letztlich auf alle Gerichte übertragbar ist.[16] Im Ansatz ähnlich will Rosanvallon den „Souverän nicht auf den mehrheitlichen Wählerwillen reduziert" und das weniger kurzfristig schwankende „Ideal-Volk" (auch) durch die Verfassungsgerichte repräsentiert sehen.[17] Damit formuliert er einen zentralen Topos der inhaltlich-repräsentativen Position, die strukturelle Kurzsichtigkeit des Politikbetriebs, mit besonderer Klarheit (näher 3.c)). Aus etwas anderer Perspektive wird vorgeschlagen, empirischen Erhebungen zu sozial-ethischen Anschauungen unmittelbar normative Relevanz im Vorgang der Rechtsanwendung zuzuerkennen, um eine „*normimmanente* Verknüpfung von Gesellschaft und Recht auch in der Auslegung abzubilden" und so letztlich den inhaltlich-repräsentativen Ansatz zu radikalisieren oder durch dieses beinahe plebiszitäre Element gar aufzulösen.[18] Diesen Positionen ist gemein, dass sie das, was Forsthoff noch

---

aufwerfen, insbesondere in ein Spannungs- und Konkurrenzverhältnis zur Legitimation der Gesetze treten.

14 *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 155 ff. Unverkennbar ist hier auch der geistige Einfluss Smends; in dessen Konzept ist „[d]er Interpret […] nicht Herr oder Kontrollinstanz solcher [gesellschaftlichen bzw. wirklichkeitsbezogenen] Entwicklungen, er hat sie vielmehr nachvollziehend zu erkennen und ihnen Ausdruck zu verleihen", so die Umschreibung bei *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 53 (73). Vgl. zum Ganzen auch *Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), S. 425 ff.

15 *Michael*, RW 2014, 426 (Zitat auf S. 472 f. bzw. 478), dazu bereits ausführlich oben A.I.1.b)dd).

16 *Alexy*, Der Staat 54 (2015), S. 201 (209 ff.); siehe auch die Nachweise sogleich unter 1. Dazu auch *Oliver-Lalana*, Über die demokratische Legitimation der Justiz, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, S. 129 ff., speziell zur Übertragbarkeit auf alle Gerichte, S. 148.

17 *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, S. 173 f.

18 So zuletzt *Pschorr/Spanner*, DÖV 2020, S. 91 ff. m. w. N. (Zitat auf S. 102, Hervorhebung nur hier), die ihren Beitrag konkret vor dem Hintergrund des Verfassungswandels entfalten, aber ausdrücklich festhalten: „Auch das einfache Recht eröffnet

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abschätzig die „Demokratisierung der Verfassungsinterpretation“ nannte, ins Positive wenden.[19] Dass die Konzepte vielfach auf Ebene der Verfassung ansetzen, liegt nicht zuletzt daran, dass solch grundlegende Methodenfragen häufig als Verfassungsfragen aufgefasst und diskutiert werden[20]. Auf die gesamte Rechtsordnung bezogen gehören der hier dargestellten Grundauffassung in der Sache auch die Vertreter der objektiven Auslegungstheorie – und damit der Großteil der theoretisch und praktisch arbeitenden Juristen – an, freilich zumeist ohne zu den hier interessierenden Fragen ausdrücklich Stellung zu beziehen.[21] Letztlich liegt die demokratische Implikation der objektiven Theorie aber darin, die ‚Objektivierung‘ des Gesetzgeberwillens nicht als Flexibilisierung ohne richtungsweisenden Halt zu verstehen, sondern als Umsetzung der aktuell – vermeintlich oder tatsächlich – konsensfähigen Wertungen.[22] Diese herrschende, aber in aller Regel unreflektierte[23] Praxis, mit der die gesellschaftlichen Wertvorstellungen im Wege der Interpretation Eingang in die Rechtswirklichkeit finden, rekonstruiert etwa Volkmann – abermals für Verfassungen – zu einer grundsätzlich affirmativen Theorie dieser Praxis.[24] Mit ihrer radikal vom Vorgang des Urteilens her denkenden Rechtstheorie hat zuletzt auch Müller-Mall ein im Ergebnis repräsentatives Konzept entwickelt.[25]

Um der Konsistenz und Tragfähigkeit des beschriebenen Ansatzes nachzuspüren, wird in den folgenden Abschnitten nun zunächst jeweils ein Blick auf diejenigen Akteure, die in diesem Modell als Repräsentanten agieren (1.), so-

---

immer wieder Spielräume in Gestalt unbestimmter Rechtsbegriffe, die eine Berücksichtigung gesellschaftlicher Anschauungen zulassen“ (S. 102). Ebenso *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 37: Für die Auslegung komme „es weder auf den Willen des Gesetzgebers noch auf den (in Wirklichkeit nur fiktiven) Willen des Gesetzes an, sondern ausschließlich auf den Willen der Rechtsgemeinschaft, d. h. in der Demokratie auf den Willen des Volkes“; *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung, S. 54 f.; vgl. auch *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 73 ff.; *Ferejohn/Pasquino*, U. Pa. J. Const. Law 13 (2010), S. 353 (363 f.).

19 *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 69; das Zitat zielt unmittelbar auf die aktive Mitsprache von Nichtjuristen im juristischen Diskurs. Der deutlichste Gegensatz besteht damit zu Häberles Position.

20 Vgl. etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 436 ff.

21 Dasselbe gilt auch für die juristische Topik, dazu noch unten C.IV.1.

22 Darin sieht denn etwa auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 20 das „demokratische[ ] Legitimitätsverständnis“ der objektiven Theorie (im Kontext des – in seiner Terminologie – „Bedeutungswandels“).

23 Vgl. *Thym*, AöR 145 (2020), S. 40 (45).

24 *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland; vgl. auch *ders*., JZ 2020, S. 965 (972).

25 *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, dazu noch ausführlich unten D.II.2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wie auf die zu repräsentierende Gruppe (2.) geworfen und schließlich die zugrundeliegenden Vorstellungen zu den Aufgaben des Rechts besprochen (3.).

### 1. Wissenschaft und Praxis als Repräsentanten des Volks

Der Gedanke, dass das Volk bezüglich der normativen Kraft des gesellschaftlichen Rechtsbewusstseins mit zunehmender gesellschaftlicher Ausdifferenzierung von den Juristen als einer Art gesellschaftlichen Rechtsausschusses vertreten werde, ja dass dies die eigentliche Aufgabe des Juristenstands sei, ist nicht neu. Savigny formuliert vor über 200 Jahren: Nachdem das Recht in kulturell weniger entwickelten Zeiten „im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentiert wird".[26] Um demokratischen Ansprüchen zu genügen, ist das freilich zu unterkomplex, zumal Savigny diese Ansprüche gar nicht erhebt. Aber auch die Juristen sind eben Teil der Gesamtgesellschaft und teilen sich mit dieser insofern die herrschenden Wertvorstellungen. Verändert eine Gesellschaft ihre Anschauungen nachhaltig, so wird sich das, nach und nach, auch in der professionellen Interpretation der Rechtsnormen niederschlagen. Gleichwohl kann man nicht davon ausgehen, dass es sich bei ‚den' Juristen um einen realistischen Querschnitt der Gesellschaft handelt. Das wäre eine notwendige Voraussetzung, um von einer repräsentativen intrinsischen Wertegrundlage ausgehen zu können. Dafür ist dann aber doch die gesellschaftliche Oberschicht schon beim Einstieg ins Studium zu deutlich überproportional vertreten, ganz abgesehen davon, dass die juristische Ausbildung und Sozialisation strukturell ohnehin dazu tendiert, „kleine Konservative"[27] zu produzieren – daher können auch kollektive Entscheidungsgremien wie Senate oder Kammern, wo sie zuständig sind,

---

[26] *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 12. In dieser Tradition auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 591: Da juristische Spezialfragen von Laien für gewöhnlich noch nicht einmal zur Kenntnis genommen würden, müssten dort, wo es bei der Rechtsanwendung auf gesellschaftliche Wertungen ankommt, „die Verhaltensweisen und Äußerungen der mit solchen Fragen befaßten juristischen Fachleute" herangezogen und diese „wohl oder übel als Repräsentanten der Gesamtheit der Rechtsgenossen betrachtet werden, da andere Anhaltspunkte für allgemeine Wertungen in solchen Fragen nicht zur Verfügung stehen", wobei nicht erwogen wird, auf die Berücksichtigung *allgemeiner* Wertungen zu verzichten, wo solche nicht aufzufinden sind. Krit. zur „These, die Richter, oder allgemeiner: die Juristen seien stets Vollzugsbeamte der Gesellschaft" *Weimar*, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 241 (257).

[27] *Volkmann*, Pfadabhängigkeit im Recht, in: Wagner u. a. (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, S. 27 (45).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Problem durch ausgleichende ‚Binnenpluralität' entgegenwirken,[28] es aber nicht auflösen. Delikate Einsichten, wie die „Vermachtungsprozesse" innerhalb der Wissenschaft, tun ihr Übriges.[29]

Dass auch die Parlamente kein Abbild der Gesellschaft darstellen, ist ein Einwand auf anderer Ebene. Denn sie werden zumindest unmittelbar demokratisch besetzt, sodass ein echter Einfluss des Wahlvolks besteht. Man mag weiter einwenden, das Verfahren funktioniere nicht angemessen oder werde nicht entsprechend genutzt, müsse reformiert, etwa die Macht der politischen Parteien begrenzt werden. Aber das trifft das Input-Legitimationsniveau des Parlaments – zumal verglichen mit der Jurisprudenz – nicht. Denn obgleich vieles dafür spricht, dass bei einer gleichmäßigeren Besetzung der Entscheidungsgremien im Ergebnis bessere Entscheidungen produziert werden[30], ist es alles andere als eine Selbstverständlichkeit, dass die Bürger jeweils ausschließlich von ‚ihresgleichen' vertreten werden *wollen*. Im Gegenteil dürfte es sich gerade im Hinblick auf die erwarteten Ergebnisse, den Output, so verhalten, dass der Bürger seine Interessen strukturell eher in die Hände von relativ besser qualifizierten Vertretern legen will, als sie solchen anzuvertrauen, die vordergründig weniger Expertise aufweisen als er selbst.[31] Jedenfalls da er die so gewählten Vertreter selbst wieder abwählen kann, ist die Zusammensetzung der Parlamente mit der Repräsentativität der Juristen nicht vergleichbar, die fehlende Querschnitthaftigkeit der letzteren im hier maßgeblichen Kontext mithin problematischer.

Wenn ‚die Juristen' also nicht schon von selbst querschnittsartige Überzeugungen ‚mitbringen', benötigt die Idee einer Repräsentation zumindest einen extrinsischen Bezugspunkt.[32] Hier setzt Alexys Konzept einer „argumentati-

---

28 Vgl. etwa *Walter*, AöR 125 (2000), S. 517 (549).

29 Dazu *Häberle*, Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlergemeinschaften, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 159 (insb. 167 ff.).

30 Vgl. etwa *Schäfer*, Der Verlust politischer Gleichheit, S. 37 ff. U. a. dieser Gedanke ist übersteigert bei *van Reybrouck*, Gegen Wahlen.

31 Freilich handelt es sich hierbei nur um eine strukturelle Tendenz, die auch nicht ausschließt, dass in anderen Hinsichten als der Qualifikation Wert etwa auf die Zugehörigkeit zur selben sozialen Minderheit gelegt wird. Vgl. zur Spiegelbildlichkeit der Parlamente ferner *Volkmann*, Demokratie und Vernunft, S. 58 f.

32 Von einer bereits intrinsischen Repräsentativität geht aber implizit etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 226 aus. Er hält ein positivistisches Verständnis nur solange für tragfähig, wie es den *Allgemeininteressen* dient, überlässt die Frage, wann dieser Punkt erreicht ist, aber dem *juristischen* Diskurs. Einzelne Fehleinschätzungen würden sich dabei in Praxis „von selbst korrigieren; man pendelt sich immer wieder auf die goldene Mitte ein." Im Unterschied zu den ‚klassischen' juristischen Diskurstheorien (zu Alexy noch unten C.III.; vgl. ferner etwa *Habermas*, Faktizität und Geltung, z. B. S. 323 f.) besteht bezüglich der normbegründenden Wertungen damit keine

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ven Repräsentation“ des Volks durch die (Verfassungs-)Gerichte an.[33] Danach ist eine argumentative Repräsentation insbesondere dann legitimitätsstiftend, wenn im Parlament keine hinreichende Diskussion stattgefunden hat, welche die gesellschaftlichen Ansichten angemessen widerspiegeln würde.[34] Diese Ansichten könnten dann im Prozess der Rechtsanwendung durch die Gerichte – gleichsam in ‚zweiter Instanz‘[35] – aufgegriffen, argumentativ aufeinander bezogen und daraus der Fall entschieden werden. Im Kontext des Rechtswandels ist die Konsequenz dieser Konstruktion von besonderer Bedeutung: Denn „um eine argumentative Vertretung“ könnte es sich, so folgert namentlich Oliver-Lalana, „auch dann handeln, wenn – während der Zeitspanne zwischen dem Erlass und der Überprüfung eines Gesetzes – neue Argumente angeführt werden können oder sich die verfassungsrechtlichen Ein-

---

Priorität des allgemein-praktischen Diskurses; die Juristen treten insofern an die Stelle der Bürger.

33 Dazu *Alexy*, Grundgesetz und Diskurstheorie, in: Brugger (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, S. 343 (359 f.); *ders*., Grund- und Menschenrechte, in: Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, S. 61 (71 f.); *ders*., Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, S. 250 ff.; *ders*., Der Staat 54 (2015), S. 201 (209 ff.) – entwickelt vor dem Hintergrund des judicial review als Repräsentation *gegen* das Parlament; es spricht aber nichts dagegen, das Konzept auf die gesamte Gerichtsbarkeit zu übertragen, *Oliver-Lalana*, Über die demokratische Legitimation der Justiz, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, S. 129 (148).

34 Vgl. *Oliver-Lalana*, ebd., S. 145 f. Vgl. auch *Häberles* Gedanken in selber Stoßrichtung: Gesetze, „denen die Öffentlichkeit enormes Interesse entgegenbringt, die ständig in der Diskussion stehen, die unter weitgehender Beteiligung und unter der wachen Kontrolle der pluralistischen Öffentlichkeit zustande gekommen sind“, dürfe das BVerfG wegen der besonderen demokratischen Legitimation nur zurückhaltend kontrollieren (Die Verfassung des Pluralismus, S. 91) sowie *Elys* „representation-reinforcement theory“, nach der Verfassungsgerichte eine umso intensivere Prüfung vorzunehmen haben, je mehr die Belange einer gesellschaftlichen Minderheit betroffen sind, die parlamentarisch unzureichend abgebildet ist (Democracy and Distrust, S. 73 ff.); dazu *Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, S. 256 ff., der Ely dem prozeduralen Ansatz zuordnet, weil er nicht bereit sei, dem Verfassungsgericht einen („undemokratisch[en]“) Vorrang „im Hinblick auf materiale Erfordernisse wie Gleichheit, Gerechtigkeit oder Freiheit zuzubilligen“ (258). *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 190 f. will Elys Ansatz um eben solche Erfordernisse materiell aufladen und liegt damit i. E. nahe bei Alexys Konzept.

35 Erst durch diesen gedanklichen Einbezug der Fallibität des parlamentarischen Verfahrens gewinnt Alexys Konzept eine Grundplausibilität und umgeht den Einwand, eine unmittelbar argumentative gerichtliche Repräsentation sei angesichts des „Kommunikationsfluß[es] zwischen öffentlicher Meinungsbildung, institutionalisierten Wahlentscheidungen und legislativen Beschlüssen“ nicht erforderlich, da bereits die Abgeordneten als ‚erste Instanz‘ ihre Diskurse „repräsentativ oder stellvertretend“ führten (die Zitate bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 362 bzw. 223).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellungen der Bürger geändert haben".[36] Diese Ansichten sind dann im Parlament eben nicht hinreichend diskutiert worden.

In der konkreten Ausgestaltung zeigt sich aber, wie Alexys Konzept das Verhältnis zwischen Volk und Vertreter letztlich umkehrt: Nicht auf die real bestehenden Ansichten der Bürger soll es ankommen, vielmehr sei entscheidend, dass „das Verfassungsgericht als Reflexionsinstanz des politischen Prozesses akzeptiert wird"[37]. Er konkretisiert diesen Gedanken wie folgt:

> „Dies zeigt, dass es zwei fundamentale Bedingungen wahrer argumentativer Repräsentation gibt: erstens, die Existenz guter oder richtiger Argumente und, zweitens, die Existenz einer hinreichenden Zahl rationaler Personen, das heißt, von Personen, die fähig und willens sind, gute oder richtige Argumente zu akzeptieren, weil sie gut oder richtig sind." Deren Existenz könne unterstellt werden, denn „ohne Vernunft wäre das ganze Unternehmen des demokratischen Konstitutionalismus ohnehin eine schwächliche Veranstaltung".[38]

Die Übereinstimmung der gesellschaftlichen Überzeugungen mit dem ‚Output' ist hier also nicht nur von vorneherein hypothetisch, sondern selbst gelingendenfalls vom Ansatz her immer eine *gemachte*. Der ‚Output' ist nicht responsiv auf vorgefundene Einstellungen *bezogen*, sondern versucht, in seinem Sinne zu überzeugen. Zumindest in der theoretischen Konzeption handelt es sich hierbei also nicht um eine ‚bottom-up'-Repräsentation, stattdessen kommt deutlich zum Vorschein, wie die Rechtsentwicklung ‚top-down' vorgegeben werden soll – Pädagogik oder Paternalismus statt Repräsentation.[39] Die passive, bloße Akzeptanz, die man angesichts der anhaltend hohen Beliebtheitswerte gerade des Bundesverfassungsgerichts[40] kaum wird anzwei-

---

[36] *Oliver-Lalana*, Über die demokratische Legitimation der Justiz, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, S. 129 (146).

[37] *Alexy*, Grund- und Menschenrechte, in: Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, S. 61 (72).

[38] *Alexy*, Der Staat 54 (2015), S. 201 (212). Knüpft man die Überzeugungskraft der Demokratie so eng an die Vernunft, muss man nur die faktische Einlösung von *Alexys* Unterstellung hinterfragen, um ein Argument gegen die Demokratie als solche zu erhalten; dieses Programm ausführlich bei *Brennan*, Against Democracy.

[39] Der Vorwurf des Paternalismus etwa bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 323; gerade das BVerfG warnt in verschiedenen Zusammenhängen immer wieder vor „einer Umkehrung des Prozesses der Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen", so zuletzt E 162, 207 (246) m. w. N. zur eigenen Rechtsprechung. Ein pädagogisches Element ist in Theorien zur Verfassungsgerichtsbarkeit ein verbreitetes Motiv (vgl. zur Übersicht etwa *Volkmann*, Interpreten der Verfassung, in: Kischel/Kube [Hrsg.], HStR I, § 7, Rn. 49 f. und die dortigen Nachweise) und als solches nicht per se problematisch, kann aber jedenfalls umgekehrt keine demokratische Legitimität begründen.

[40] *Vorländer/Brodocz*, Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht, in: Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 259 ff.; ebd., S. 262, zeigt sich auch, dass das Vertrauen in die Justiz allgemein, verglichen etwa mit

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

feln können, ist eine notwendige Mindestvoraussetzung, keine hinreichende Bedingung, um eine Herrschaftsposition – hier: über die Rechtsentwicklung – überhaupt als *irgendwie* legitim anzusehen. Damit Legitimität *demokratisch* genannt werden kann, müssen anspruchsvollere Kriterien hinzutreten.

Wie allzu leichtfüßig Alexy „die ideale Ebene des Arguments und der Richtigkeit mit der realen Ebene der tatsächlichen Akzeptanz verknüpft“[41], zeigt sich aber noch aus einem anderen Blickwinkel: Die Bürger nehmen zum allergrößten Teil allenfalls das Ergebnis einer Gerichtsentscheidung, nicht aber deren Gründe überhaupt zur Kenntnis.[42] Insofern kann man in aller Regel nicht davon sprechen, sie würden sich mit den Gründen auseinandersetzen und sie gegebenenfalls für überzeugend befinden. Diese gesellschaftlichen Faktizitäten lassen sich auch nicht einfach als mangelnde Vernunft übergehen. Der parlamentarische Prozess vermittelt unter den gegebenen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen eine ganz andere Informationsgrundlage: Zwar beschäftigen sich auch bei weitem nicht alle Bürger mit den einzelnen Parteiprogrammen – was für die Legitimität des Gesetzgebers wiederum eine Idealvorstellung wäre –, aber bezüglich der Vorhaben und Positionen der Parteien bekommt man dann doch einfach einen recht großen Teil medial immer und immer wieder vermittelt, während die Gründe von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen – von anderen Gerichten ganz zu schweigen – dort allenfalls am Tag der Entscheidung kurz angerissen werden: Einer ausführlicheren öffentlichen Auseinandersetzung steht dabei nicht nur entgegen, dass die juristische Fachargumentation vonseiten der Journalisten in aller Regel für zu komplex befunden wird, um sie in außerfachlichen Massenmedien wiederzugeben; für fachgerichtliche Verfahren ist sie während des kurzen Aufmerksamkeitsfensters vielmehr oft schon strukturell unmöglich, weil die Gründe der Entscheidung erst Wochen nach ihrer Bekanntgabe veröffentlicht werden.[43]

---

dem Bundestag, ebenfalls ein gutes Ergebnis erzielt; dazu auch *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, S. 156 f.; vgl. zur Einordnung dieses Vertrauens aber noch unten 3.b).

41 *Alexy*, Der Staat 54 (2015), S. 201 (212).

42 Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, S. 111 (117 f.). Vgl. aber den „Entwurf einer Theorie zur offenen Rechtskomkmunikation über Massenmedien“ bei *Castendyk*, Rechtliche Begründungen in der Öffentlichkeit, S. 332 ff.

43 *Meier*, Zur öffentlichen Wahrnehmung juristischer Berichterstattung in Presse und Medien, in: Stürmer/ders. (Hrsg.), Recht Populär, S. 146 (162). Gerade Entscheidungen des BVerfG bilden hier freilich die zu begrüßende Ausnahme. Allgemein zu den Modalitäten der medialen Vermittlung von Gerichtsöffentlichkeit *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, insb. S. 130 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine derartige Verzahnung der konkreten gerichtlichen Argumente mit den gesellschaftlichen Anschauungen geht an der Realität also vorbei. Dieser Einwand trifft aber zunächst nur die theoretische Formulierung des Gedankens. In der politikwissenschaftlichen Forschung wird seit einiger Zeit untersucht, inwiefern sich das Bundesverfassungsgericht bei seinen Entscheidungen an der – vorgefundenen – öffentlichen Meinung orientiert. Die Auswertungen zeigen, dass zumindest ein Zusammenhang besteht.[44] Der US-Supreme Court hat in Vergangenheit sogar ausdrücklich zur Legitimation seiner Entscheidungen auf die öffentliche Meinung verwiesen.[45] Aus dieser Perspektive ist das Medium der Repräsentation nicht mehr die persönliche Vernunft, sondern eben die öffentliche Meinung. Sie determiniert zwar die Entscheidung nicht völlig, aber stellt zumindest eine – inhaltliche – Kopplung zwischen Volk und Entscheidungsträger her.[46] Die reine Vernunft kann das nicht. Denn es ist ja nicht die Vernunft, die etwa bestimmt, wie weit die europäische Integration oder staatliche Maßnahmen im Bereich der Sicherheit etc. im Einzelnen gehen dürfen – es sind unterschiedliche *Wertungen*, die in sich jeweils völlig vernünftig sein können. *Diese* machen die verschiedenen Haltungen in der Gesellschaft aus und *diese* sind es, die durch Repräsentation in der Entscheidungssituation im Wortsinne vergegenwärtigt werden, weil die Gegensätze allein durch rationale Argumentation nicht aufgelöst werden können.[47] Anders ausgedrückt: Die Vernunft ist zu absolut, um die rundum relative Idee der Repräsentation zu vermitteln.

Die so in den Mittelpunkt rückenden Wertungen können die Rechtsentscheidung ihrerseits auf unterschiedliche Weise informieren. Wird Recht – wie soeben dargestellt – im Hinblick auf die öffentliche Meinung angewendet, wirken die gesellschaftlichen Einstellungen *psychologisch*, gleichsam als Vorverständnis, müssen sich dann aber gegen konkurrierende Vorverständnisse

---

[44] Vgl. vor allem *Sternberg/Gschwend/Wittig/Engst*, PVS 2015, S. 570 ff. m. w. N. Dieser Zusammenhang ist nicht auf das BVerfG beschränkt und kann auch durchaus auf kurzfristige Impulse reagieren, vgl. *Volkmann*, FAZ v. 6.5.2020, S. 9.

[45] Dazu *Bassok*, U. Pa. J. Const. Law 16 (2013), S. 153 ff.; s. auch *Friedman*, The Will of the People.

[46] Vgl. die entsprechende Kritik von *Kumm*, Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review, in: Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason, S. 201 (206 f.), wonach „a volitional/decisional link between the people and constitutional courts has to exist, if they are to qualify as genuinely representative institutions".

[47] *Alexy*, Der Staat 54 (2015), S. 201 (212) erkennt zwar in Anlehnung an *Rawls*, Political Liberalism, S. 55, das „reasonable disagreement" an, zieht daraus aber nicht die nötige Konsequenz, dass Repräsentation gerade nicht bedeuten kann, dass der nicht übereinstimmende Bürger die Argumente des Gerichts als gleichermaßen vernünftig anerkennt. Das macht ihn zum fairen – demokratischen – ‚Verlierer', aber nicht zum Repräsentierten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durchsetzen und können sich in den unterschiedlichsten Formen, insbesondere auch als normgelöste Rechtsfortbildung, niederschlagen. Die insofern weitergehenden Positionen, nach denen der Inhalt von Rechtsnormen – meist umso intensiver, je unbestimmter der Text – unmittelbar von den gegebenenfalls demoskopisch zu ermittelnden gesellschaftlichen Wertvorstellungen abhängt, postulieren eine methodische Pflicht zur Berücksichtigung der jeweiligen Auffassungen, also eine *normative* Wirkung derselben.[48] Beide Varianten fordern letztlich Repräsentation, weil die entscheidenden oder wissenschaftlich verarbeitenden Juristen den Befund an Wertungen jeweils noch im Recht zur Geltung bringen müssen. Die Bedeutung einer Umfrage für einen konkreten Rechtsfall versteht sich nicht aus sich selbst heraus. Vielmehr bedarf es der Interpretation, wie sich das demoskopische Material auf die einzelnen Rechtsnormen auswirkt und welche Relevanz diesen Normen dann im jeweiligen Fall zukommt. Und selbst dort, wo die gesellschaftlichen Anschauungen eine ganz bestimmte Auslegung eines eindeutig fallentscheidenden unbestimmten Rechtsbegriffs einmal ohne Zweifel nahelegen, bleibt es der Jurist, der diese Forderung umsetzt.

Dass solche Umsetzungsspielräume im Einklang mit den sozial-ethischen Wertvorstellungen genutzt werden, kann der inhaltlich-repräsentative Ansatz bei alledem nicht gewährleisten.[49] Er hat aber die Beobachtung eines allgemeinen, im einzelnen diffusen Zusammenhangs zwischen öffentlicher Meinung und Rechtsprechung auf seiner Seite. Dieser Zusammenhang besteht nicht bloß in eine Richtung von jener zu dieser; er ist interdependent: Die Rechtsprechung greift die öffentliche Meinung auf, prägt diese aber auch ihrerseits; auch dadurch generiert sie hohe Vertrauenswerte, die dann wiederum die Akzeptanz einzelner Entscheidungen befördern.[50] Um diese Wechselwirkungen zu pflegen, kann im Einzelfall bewusst populär entschieden (und die Verantwortung in anderen Fällen auf schlechte Gesetze abgewälzt) werden. Die im Großen und Ganzen stabile Grundeinschätzung, auf die Gerichte sei im allgemeinen Verlass, – sie ist als „Hochschätzung des Rechtlichen“ be-

---

48 Dafür *Pschorr/Spanner*, DÖV 2020, S. 91 ff.; *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 41 ff.; vgl. auch BVerwGE 84, 314 (327 f.). Differenzierend zum „Rückgriff auf die sozial anerkannten Werte“ *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 78 ff.

49 Am ehesten können dies noch die demoskopischen Positionen, deren Ergebnisse einem methodischen Richtigkeitsdiskurs potenziell zugänglich wären, vgl. zur Kritik an der Belastbarkeit und Rationalität demoskopischer Umfragen aber *Rottleuthner*, Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, in: FS Bryde, S. 293 (302 ff.); zur normativen Kritik selbst an einer „perfekte[n] Demoskopie“ *Möllers*, Freiheitsgrade, S. 128 f.

50 Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, S. 111 (119 ff., 127 ff. und passim).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zeichnet worden[51] – bildet so letztlich die Basis des inhaltlich-repräsentativen Ansatzes. Sie ist zwar nicht das Resultat rationaler Auseinandersetzung, sondern mehr emotional vermittelt. Das ändert indes nichts daran, dass die Gerichte, genauso wie die dogmatisch vor- und aufbereitende Rechtswissenschaft, sich nicht zu sehr von der sozialen Wertebasis entfremden darf, soll dieses – für nicht-totalitäre und zumal demokratische Staaten konstitutive – Grundvertrauen nicht abreißen.[52] Dieser subtile Zusammenhang verleiht der von den Protagonisten des hier beschriebenen Ansatzes explizit oder implizit erhobenen These der Repräsentation ihre Grundplausibilität.

### 2. Repräsentationsobjekt: Volk, Betroffene, global vernetzter Kulturkreis

Als Repräsentanten der Gesellschaft kommen aber nicht nur die Juristen in Betracht. Phänomene wie von Bürgern und zivilgesellschaftlichen Verbänden betriebene strategische Prozessführung liefern ebenfalls eigene Norminterpretationen auf Basis eines dynamischen Rechtsverständnisses und erheben damit implizit den Anspruch, die Überzeugungen einer breiteren Masse wiederzugeben. Insofern könnte man auch diese Akteure für Repräsentanten halten. Genauso ließen sie sich jedoch als bloß exponierte Minderheiten deuten, die durch ihr Verhalten in der öffentlichen Wahrnehmung gerade überrepräsentiert sind.[53] Häberle umgeht das Problem der Abgrenzung durch seine konzeptionell beide Gruppen, Juristen und Zivilgesellschaft, umschließende, eben ‚offene' Interpretationsgemeinschaft[54] – dies wie gesehen aber nur vordergründig, weil am Ende doch die Juristen entscheiden. Deshalb sind die einzelnen Bürger, die Verbände, die Gesellschaft insgesamt[55] als Repräsentationsobjekt

---

51 *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (373).

52 Vgl. für die verfassungstheoretische Umsetzung der entsprechenden Zusammenhänge bereits oben A.I.2.b)aa).

53 Das trifft letztlich auf alle bedeutsamen Gerichtsentscheidungen und insbesondere auf die Verfassungsbeschwerde zu, dazu *Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 283 (319): „Hier wird über das Anliegen eines einzelnen Beschwerdeführers entschieden, unter Umständen mit einem Ergebnis, das die ganze demokratische Rechtsgemeinschaft angeht. […] Man kann in dieser Konstellation von einer potenziellen Überrepräsentation der Prozessbeteiligten und ihrer Anliegen sprechen."

54 *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 155 ff.

55 In diese Richtung auch *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] II, § 24, Rn. 27, wenn er Repräsentationsbeziehungen innerhalb des Volks ablehnt: „Volk im demokratischen Sinn meint die Gesamtheit der (Staats-)Bürger, wie sie in der Aktivbürgerschaft zur Erscheinung kommt, von der der einzelne Bürger nur ein Teil ist. Beliebig gruppierte einzelne Bürger aus dem Volk

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Juristen, die *als Bürger* freilich *auch* der ersten Gruppe angehören, gegenüberzustellen.[56]

Nach dieser Strukturierung fangen die Probleme indes erst an: Wer genau ist das Repräsentationsobjekt? Wer gehört dazu, wer nicht? Wie lassen sich die maßgeblichen Anschauungen, die man dann normativ verarbeitet, überhaupt greifen? Phänomene wie die erwähnte strategische Prozessführung oder allgemeinere Protestbewegungen bis hin zum zivilen Ungehorsam erregen eben eine besondere Aufmerksamkeit. Das lässt sich als Ausdruck einer tiefen gesellschaftlichen Verankerung der entsprechenden Anliegen verstehen, zumal deren Berechtigung meist unwidersprochen bleibt. Wer wendet sich schon grundsätzlich gegen Klima- oder Tierschutz, bessere Arbeits- und Lebensbedingungen oder die Forderungen nach Toleranz und Gleichberechtigung? Auf diesem Weg werden daher wichtige Werte erkennbar; dies umso mehr, als entgegengesetzte Demonstrationen, etwa migrationskritische, deutlich kontroverser diskutiert werden. Schwierigkeiten bestehen aber, soweit man Faktoren wie Gruppendynamiken oder das Problem der sog. „cancel culture“[57] zu berücksichtigen versucht, über deren Konzept zwar auf beiden Seiten nicht frei von ideologischen Implikationen gestritten wird, die aber eine im Kern nicht unberechtigte Kritik des öffentlichen Diskurses formuliert[58].

Aus eben diesen Gründen ist die Wahl als entscheidender demokratischer Mitwirkungsakt nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und den entsprechenden Bestim-

---

bleiben einzelne (‚singuli‘), auch wenn sie – durch Zusammenschluß und Aktivität – zu ‚pouvoir de fait‘ werden; weder sind sie noch repräsentieren sie das Volk“.

56 Zur Terminologie: *v. Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union, in: Vöneky u. a. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, S. 191 (199 f.) unterscheidet ein „Legitimationssubjekt“ (die von staatlicher Herrschaft Betroffenen) und ein „Repräsentationssubjekt“ (die Staatsbürger); zu dieser Unterscheidung in der Sache sogleich im Text. Die Rede vom „Subjekt“ betont die Autonomie der gemeinten Personengruppe. Die hier gewählte Bezeichnung als „Objekt“ betont dagegen, dass es um diejenigen geht, die repräsentiert werden, also insofern die passive Rolle einnehmen.

57 Dazu etwa *Daub*, Cancel Culture Transfer. Es ist letztlich dasselbe Phänomen, das *Noelle-Neumann*, Die Schweigespirale, schon vor Jahrzehnten als „Schweigespirale“ beschrieben hat. Die neue Dimension besteht im Wesentlichen im Versuch, das deskriptiv erfasste Phänomen für die Entwicklung der gesellschaftlichen Mentalitäten proaktiv zu nutzen. Vgl. auch *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 171 f.

58 Die Freiheit, seine Meinung frei von strukturellen Zwängen sagen zu können, ist nach Habermas eine der Bedingungen einer idealen Sprechsituation, dazu unten C.III.2. Die – in negativer Absicht – als „cancel culture“ bezeichneten Praktiken zielen insofern zwar einerseits auf den Abbau faktisch bestehender Diskriminierungen und Machtgefälle, implementieren zu diesem Zweck aber eben andererseits neugelagerte Beschränkungen. Die Schwierigkeit einer Bewertung des Phänomens ergeben sich aus dieser Zweck-Mittel-Relation.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mungen anderer Verfassungen diesem Diskurs durch seine Geheimheit entzogen. Damit ist sichergestellt, dass niemand entgegen seiner eigentlichen Wertvorstellung stimmt. Wichtiger ist jedoch, dass die Frage der eigenen Überzeugungen noch nichts über deren relative Gewichtung aussagt. Bei konkreten Wertungsfragen geht es aber in aller Regel um Prioritäten. Gerade diesbezüglich kann es zu Diskrepanzen zwischen dem öffentlichkeitswirksam artikulierten Meinungsspektrum und dem tatsächlichen Wahlverhalten kommen.[59] Dabei bildet ersteres die Fülle der Wertvorstellungen, letzteres die Prioritäten exakter ab: Zwar wird die Wahlentscheidung auf individueller Ebene immer anhand von „Präferenzpaketen" getroffen, die nie völlig kongruent zu den angebotenen Programmen der Parteien sind,[60] aber infolgedessen gehen einzelne Wertungen eher in der Breite unter, während die Gewichtung den Ausschlag gibt[61]. Auf kollektiver Ebene stellen Wahlergebnisse sicher, dass die ‚schweigende Mehrheit' nicht unberücksichtigt bleibt – der öffentliche Diskurs kann das naturgemäß nicht, hat aber, wie gesehen, andererseits den Vorteil, zentrale gesellschaftliche Anliegen zu formulieren und so einer breiten gesellschaftlichen Diskussion zuzuführen, in der die unterschiedlichen Positionen begründet werden. Es handelt sich also um ein gegenseitiges Ergänzungs- und Ausgleichsverhältnis. Die Schwierigkeit besteht für die Rechtsprechung bei alldem darin, aus öffentlichem Diskurs und Wahlverhalten, die beide stark schwanken können, ein objektiv-repräsentatives Wertefundament zu gewinnen, das dann die konkrete Rechtsanwendung anleitet oder zumindest informiert. Meinungsumfragen können hier helfen, das Problem aber nicht auflösen.

Den Willen des Repräsentationsobjekts festzustellen bereitet folglich schon bei unterstellter Identität von Wahlvolk und Träger der öffentlichen Meinung Probleme. Noch komplizierter wird es, wenn man berücksichtigt, dass sich die öffentliche Meinung ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeiten – und, anders als das Wahlrecht, auch ohne Rücksicht auf das Alter – bildet. Hier kann jeder mitreden. Das Ergebnis eines Diskurses hängt aber maßgeblich von der Zusammensetzung seiner Teilnehmer ab. Habermas formuliert das folgendermaßen:

---

[59] Vgl. *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] III, § 42, Rn. 21.

[60] Diese Folge der gesellschaftlichen Pluralisierung arbeitet *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (265 f.) heraus. Vgl. zu weiteren Mängeln der parlamentarischen Repräsentation, „welche die Annahme, der parlamentarisch gebildete Wille sei der Wille des Volkes, erschüttern", *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (344 f.).

[61] Das zeigt sich deutlich an den Parteiprogrammen der großen Parteien, die sich in ihren abstrakt formulierten Zielen nicht unterscheiden. Alle stehen etwa für Klimaschutz, soziale Gerechtigkeit, Sicherheit und Wohlstand ein, gewichten diese Ziele aber unterschiedlich.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Die Personen, oder besser: ihre Persönlichkeitsstrukturen, bilden gleichsam Knotenpunkte in einem askriptiven Netzwerk von Kulturen und Überlieferungen, von intersubjektiv geteilten Erfahrungs- und Lebenszusammenhängen. Und dieser Kontext ist auch der Horizont innerhalb dessen die Staatsbürger, ob sie es wollen oder nicht, ihre ethisch-politischen Selbstverständigungsdiskurse führen. *Ändert sich die Grundgesamtheit der Bürger, so ändert sich auch dieser Horizont, so daß über dieselben Fragen andere Diskurse geführt und andere Ergebnisse erzielt werden*."[62]

Zu den epistemischen mischen sich insofern normative Probleme. Eine spezifisch ‚deutsche' öffentliche Meinung zu ermitteln ist aufgrund der Verwobenheit des Diskurses nicht möglich; ein Versuch wäre daher von vorneherein sinnlos. Man könnte vielmehr umgekehrt überlegen, ob hier die Idee der Betroffenendemokratie[63] ihren legitimen Platz hat, sodass neben Staatsbürgern auch alle anderen Personen ein Mitspracherecht genössen, die sich am deutschen Diskurs beteiligen. Das Bundesverfassungsgericht hat einer Umdeutung des Begriffs „Volk" aus Art. 20 Abs. 2 GG in Richtung der der Staatsgewalt dauerhaft unterworfenen Menschen zwar eine Absage erteilt, dies allerdings im Kontext des Wahlrechts.[64] Die hier in Rede stehende subtilere Repräsentationsform betrifft dagegen Fragen der juristischen Methodik. Die Argumente für und gegen die Betroffenendemokratie – Identität von Herrscher und Beherrschten als Grundgedanken der Demokratie einerseits, positives Verfassungsrecht und Tradition andererseits[65] – sind freilich prinzi-

---

62 *Habermas*, Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, S. 237 (255 f., 268, Zitat auf S. 255, Hervorhebung nur hier). Interessanterweise hat er dabei nur die Staatsbürger im Blick, obwohl diese Eigenschaft gerade nicht über den Zugang zu öffentlichen Diskursen entscheidet. Diese Unschärfe hat ihren Grund in dem auch bei ihm mit normativen Aspekten aufgeladenen Entwurf eines prozeduralen Demokratiemodells, in dem die Diskurse auf die Institutionen einwirken sollen, wobei die Institutionenordnung ihrerseits aber normativ konstituiert, unter anderem eben auf das Konzept der Staatsbürgerschaft zugeschnitten ist.

63 Dafür, im Wesentlichen i. S. eines Ausländerwahlrechts, *Bryde*, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 305 ff.; *Wallrabenstein*, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, S. 102 ff.; *dies*., Zwischen „Volksdemokratie" und menschenrechtlichem Demokratieverständnis, in: Rixen (Hrsg.), Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt, Bd. I, S. 21 ff.; vgl. auch die Beiträge in Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, insb. S. 119 ff.; dagegen etwa *Isensee*, Abschied der Demokratie vom Demos, in: FS Mikat, S. 705 ff.; *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 20, Rn. 148 ff. m. w. N.; vgl. auch – im Kontext der Zeitlichkeit demokratischer Legitimation – *Schwab*, Geschichte und Argument, S. 241 ff.

64 BVerfGE 83, 37 (52); 83, 60 (71), dazu bereits oben A.I.1.b)cc).

65 Die Umdeutung des Begriffs „Volk" aus Art. 20 Abs. 2 GG wäre zwar aus Perspektive des Verfassungswandels keineswegs ausgeschlossen; Art. 116 GG etwa definiert nur, wer „Deutscher" ist, enthält aber kein eindeutiges Junktim zwischen der Staats- und der Volksangehörigkeit. Gleichwohl legen die Gesamtschau der positiven Verfassungsnormen und insbesondere deren Entstehungsgeschichte diese Interpreta-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

piell übertragbar; die Alternative spitzt sich in der globalisierten Welt aber insofern zu, als eine Absage an die Betroffenendemokratie gleichbedeutend ist mit der Absage an repräsentative Rechtsanwendung überhaupt. Entweder es werden auch nicht wahlberechtigte Personen repräsentiert oder der Norminterpretation kann gar kein repräsentativer Charakter zugeschrieben werden. Die inhaltlich-repräsentativen Ansätze, wie etwa die objektive Theorie, müssen die erste Variante wählen. Deren normative Implikationen sind nun alles andere als ein Schreckensbild, aber man muss sich ihnen stellen.

Dies gilt umso mehr, als das Bewusstsein der Einzelnen und der Gesellschaft vermehrt über nationale Grenzen hinweg geöffnet ist und Diskurse, insbesondere solche über Werte, entsprechend international geführt werden. Dabei entsteht keine weltumfassende öffentliche Meinung. Innerhalb der westlichen Gesellschaften stellen sich aber immer wieder dieselben Fragen und politischen Konflikte und sie kreisen um dieselben Lösungsalternativen, auch wenn sich die Gesellschaften im Einzelnen ganz unterschiedlich positionieren[66]. Die entsprechenden Argumente und Bewegungen sind im gesamten global vernetzten Kulturkreis annährend in Echtzeit präsent, vor allem über soziale Medien. Sie beeinflussen daher auch die nationalen Diskurse und jedenfalls die Wahrnehmung derselben, was es zusätzlich erschwert, ein repräsentatives Bild über die demokratisch maßgeblichen Auffassungen zu erlangen. Oder die Diskurse werden gar von vorneherein gemeinsam auf dem weltweiten Forum des Internets geführt. Das potenziert die Intransparenz der jeweiligen Mehrheits- und Machtstrukturen und erschwert die Orientierung hieran zum Zwecke demokratischer Rechtsanwendung nochmals.[67]

Und schließlich: Selbst wenn man die internationalen Implikationen des Internets wieder ausblenden würde, wäre das Ergebnis kein der basisdemokratischen Utopie der frühen Interneteuphorie entsprechender öffentlicher Raum, in den sich jeder einbringen könnte, um gemeinschaftliche Anliegen über soziale Grenzen hinweg zu diskutieren und gegenüber den Staatsorganen zu artikulieren. Internetplattformen, Foren etc. sind keine digitalen ‚Marktplätze' der Meinungen, sondern stellen sich – wiederum mit Habermas – als „Halböffentlichkeiten" dar, die ihre gemeinsamen Bezugspunkte und mit ihnen den „inklusiven Charakter der Öffentlichkeit" gerade verloren haben, also „die Aufmerksamkeit der Bürger nicht mehr auf die relevanten und entscheidungs-

---

tion mehr als nahe, vgl. neben den genannten etwa Art. 8 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 2, 3 GG. Näheres zu den jeweiligen Argumenten bei den soeben aufgelisteten Nachweisen.

66 Vgl. auch *Volkmann*, Interpreten der Verfassung, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 7, Rn. 348.

67 Vgl. zu allen drei Aspekten – Repräsentativität der öffentlichen Meinung, keine Rücksicht auf Staatsangehörigkeiten und internationaler Diskursraum – auch *Rottleuthner*, Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, in: FS Bryde, S. 293 (insb. 301, 307 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bedürftigen Themen lenken und die Ausbildung konkurrierender öffentlicher […] Meinungen nicht mehr gewährleisten“ können, weil sie ihren jeweils „identitätswahrend begrenzten Horizont“ nach Art privater Konversationen nicht verlassen.[68] Ein derart fragmentierter Diskursraum ist – abgesehen von den fragwürdigen Ergebnissen weitgehend abgeschotteter Diskurse – nicht zu überblicken.[69] Die mediale Welt verlagert sich indes genau in diese Sphäre.

Prozedurale Lösungen umgehen all diese Probleme, weil bei ihnen die unmittelbare Mitwirkung auf die Staatsbürger beschränkt ist und neben dem formalisierten Wahlakt keine materiellen Legitimationsstränge im Stadium der Rechtsanwendung vorgesehen sind. Dass die übrigen ‚Betroffenen‘ und der internationale Diskurs die Staatsbürger ihrerseits beeinflussen, wirft dabei kein normatives Problem auf, da die Demokratie den einzelnen Menschen so nehmen muss wie er ist. Der vermittelte Einfluss ist zudem über die Öffnung zumindest einiger Kommunikationsgrundrechte von Bürger- zu Menschenrechten, wie sie in Deutschland erst das Grundgesetz vorgenommen hat,[70] positivverfassungsrechtlich abgesichert. Diese normative Stringenz erkauft der prozedurale Ansatz, indem er die Sensibilität des rechtlichen Systems für gesellschaftliche Anliegen deutlich zurücknimmt.[71] Er weist sie dem politischen System zu, auf dessen Ebene die Parlamentarier die gesellschaftlichen Auffassungen wesentlich unproblematischer verarbeiten können, weil sie für eine konkrete politische Agenda gewählt worden sind, die bereits Resultat der gesellschaftlichen Strömungen ist, und wieder abgewählt werden können, wenn ihre Politik zu wenig responsiv ausfällt. Die bei der Rechtsanwendung immer vorhandenen Spielräume bleiben damit aber eine Leerstelle in diesen Konzepten.

Die inhaltlich-repräsentativen Ansätze möchten diese Sensibilität im Rechtssystem erhalten. Für sie ist es daher verlockend, der schwierigen *empirischen* Greifbarkeit des Volkswillens zu begegnen, indem das Repräsentationsobjekt selbst *normativ* aufgeladen wird. Beispielhaft dafür steht Rosanvallons Unterscheidung des „Wahl-Volks“ – also der jeweiligen Wahlergeb-

---

68 Die Zitate bei *Habermas*, Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 9 (62 f., 65).

69 Vgl. dazu *Spiecker gen. Döhmann*, Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), S. 9 ff.; vergleichsweise optimistisch *Holznagel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, VVDStRL 68 (2009), S. 381 (400 ff.). Zum Ganzen auch *Vesting*, Staatstheorie, S. 170 ff.

70 Vgl. nur *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] II, § 24, Rn. 37.

71 In Bezug auf die Inkongruenz von Volk und Gesellschaft kann ein liberaleres Einbürgerungsrecht die Sensibilität erhöhen bzw. den ausschließenden Charakter reduzieren. Im repräsentativen Ansatz würde es die normativen Probleme entschärfen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nisse, auf die sich die prozeduralen Ansätze konzentrieren – von einem „Ideal-Volk", in welchem sich grundlegende soziale und positiv-(verfassungs-) rechtliche Wertungen vermischen und das dann insbesondere von den Verfassungsgerichten repräsentiert werden soll, wobei die normativen Elemente wiederum dieselben subjektiven Spielräume eröffnen, die der Repräsentationsgedanke eigentlich ‚objektiv' füllen will.[72]

### 3. Rechtsverständnis des inhaltlich-repräsentativen Modells

Die beiden vorstehenden Abschnitte veranschaulichen, welche Schwierigkeiten ein inhaltlich-repräsentatives Legitimationsmodell damit hat, seine Grundidee der repräsentativen und daher demokratischen Rechtsanwendung in einem anspruchsvollen Sinne, das heißt: rational und konsistent, umzusetzen. Es muss sich insofern mit dem Vertrauen begnügen, die Repräsentation werde im Großen und Ganzen schon gelingen – also die entscheidenden Juristen in der überwiegenden Zahl der Fälle die vorherrschenden Wertvorstellungen richtig erkennen und sich zu eigen machen bzw. aus widerstreitenden Strömungen angemessene Mittelwege bilden oder zumindest unbewusst entsprechend handeln. Damit verbinden sich verschiedene Hoffnungen daran, was das Recht leisten kann und soll: Das Recht soll (a)) die pluralistische Gesellschaft integrieren, (b)) strukturelle Defizite des kurzfristig denkenden Politikbetriebs ausgleichen und (c)) Minderheiten schützen, die zu schwach sind, um ihre berechtigten Interessen im parlamentarischen Verfahren durchzusetzen.

#### *a) Integration der pluralistischen Gesellschaft*

Wie gesehen sind die Gedanken eines wandlungsfähigen Rechts und der Integration des Gemeinwesens eng miteinander verbunden.[73] Bei Smend hat die Integrationslehre antipluralistische Züge, die ihr als Illiberalität vorgehalten werden können.[74] Integration und Pluralismus können sich aber auch ge-

---

[72] Das Ideal-Volk geht damit als Repräsentationsobjekt nicht unmittelbar aus dem reellen Volk hervor, sondern wird durch einen Akt der Interpretation erst hergestellt, bevor es die Interpretation der konkret anzuwendenden Rechtsnorm seinerseits informieren soll. Zum Ganzen *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, S. 161 ff., 173 ff., der diese Gedanken insbesondere mit Blick auf Verfassungsgerichte entwickelt; es sorgten aber nicht nur diese dafür, „dass die Grundprinzipien des gesellschaftlichen Lebens stets gegenwärtig bleiben. Das ist auch die allgemeinere Funktion des Rechts, dessen direkte oder indirekte Vertreter die dritten Gewalten sind" (ebd., S. 175).

[73] Dazu oben A.I.2.b).

[74] Dazu *van Ooyen*, Integration, insb. S. 31 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

genseitig ergänzen.[75] Dann erscheint das Recht als verbindendes Forum, dem sich die Bürger aus den unterschiedlichsten Richtungen zuwenden und auf dem sie in der gemeinsamen Sprache der Rechtsbegriffe um Anerkennung ihrer Anliegen ringen. Dieser Hinwendung bereitet der inhaltlich-repräsentative Ansatz den Boden, indem er die nötige Offenheit des Rechtssystems für die Rezeption von „Individualpositivierungen"[76] bereitstellt. Prozedurale Modelle setzen demgegenüber auf das im Parlament verkörperte Politiksystem als Bezugspunkt einer integrativen Hinwendung, setzen damit aber nicht mehr in gleichem Maße motivierende Kräfte frei, weil der Weg bis hin zu einer erfolgreichen Gesetzesänderung beschwerlicher und frustrierender ist als die unmittelbar greifbare Chance, mit der eigenen Individualpositivierung Gehör zu finden. Insofern trägt der inhaltlich-repräsentative Ansatz dazu bei, seine eigenen Schwachstellen zu mildern: Repräsentation gelingt umso besser, je mehr das Repräsentationsobjekt integriert ist. Oder: Die tatsächlichen gesellschaftlichen Anschauungen spielen eine umso größere und realistischere Rolle im Rahmen der Rechtsanwendung, je mehr gesellschaftliche Gruppen ihre Ansichten dort verwirklicht sehen *wollen*. Damit löst sich das Kernproblem, wonach es „[g]erade die fehlende Gemeinschaftlichkeit in politischen, ideologischen und weltanschaulichen Überzeugungen ist […], die der Rechtsanwendung die größten Probleme bereitet"[77], nicht in Luft auf. Aber es wirkt der Aufspaltung des juristisch-politischen Auslegungsdiskurses in mehrere geschlossene Interpretationszirkel entgegen, die sich dann gegenseitig nichts mehr zu sagen haben.[78] Vor diesem Hintergrund ist einerseits etwa das Offenhalten der ‚richtigen', also objektiven oder subjektiven, Methode sinnvoll, um über ein fallweise flexibles Begründungsmuster zwischen den Polen ‚die historische Auslegung ist nicht entscheidend'[79] und ‚das gebietet der eindeutige

---

75 Für diesen Ansatz steht beispielhaft die dezidiert pluralistisch geöffnete Weiterentwicklung der Integrationslehre in diversen Schriften bei *Häberle*, z. B.: Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 121 ff. Die Integration spielt auch in *Rosanvallons* Ausführungen eine wichtige Rolle; seinem Ideal-Volk entspricht „ein ‚integrativer Gemeinwille', der die Gesellschaft daran arbeiten lässt, alles Unterscheidende und Trennende in sich aufzuheben" (Demokratische Legitimität, S. 163); ebd., S. 162: „Das Subjekt des Rechts ist deshalb nichts anderes als die Figur dieses Ideal-Volks: Es reduziert seine vielfältigen Ausprägungen auf das Wesentliche, verkörpert es in einer Form, in der sich alle wiedererkennen".

76 Mit diesem treffenden Begriff umschreibt *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 171 ff. jede Behauptung über den Inhalt einer Rechtsnorm.

77 *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 263; das gilt speziell für eine inhaltlich-repräsentative Interpretation.

78 Dazu ebd., S. 261 ff. Vgl. auch *Vischer*, Die Fremdheit des Rechts, S. 329 f. zu *Cover*, Harvard Law Review 97 (1983), S. 4 (insb. 12 ff.).

79 In diese Richtung prägend BVerfGE 1, 299 (312): „Nicht entscheidend ist […] die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wille des Gesetzgebers' zu verfügen. Zur aktiven Kanalisierung der eigenen Wertvorstellungen in rechtliche Verfahren und Diskurse trägt aber unter anderem auch der Rechtswandel bei, indem er die immer neue Vermittlung der gegensätzlichen Extreme verkörpert und den Bürgern vor Augen führt, dass engagiertes Eintreten für die eigenen Wertungen in Form einer verschobenen ‚Mitte'[80] honoriert wird, und zwar regelmäßig ohne dass eine Seite völlig ‚verliert', weil sie der Mitte immerhin Maß gibt.[81] Dieses Vor-Augen-Führen nimmt dabei freilich nicht den ‚direkten' Weg von der Theorie ins Bewusstsein des Bürgers. Die Gesellschaft entwickelt über die gelebte Rechtskultur aber durchaus ein Gespür für die Rezeptionsoffenheit der entscheidenden Instanzen. Diese Rezeptionsoffenheit wird bei Andreas Voßkuhle deutlich: Die Idee der Mitte leitet für ihn „die praktische Urteilskraft des *Rechts*anwenders" an und wird ihrerseits „von den konkreten *gesellschaftlichen* Gegensätzen her und damit auf der Grundlage offen ausgetragener Konflikte bestimmt".[82]

Diese Konflikte – so die zunächst paradox anmutende Feststellung der Konflikttheorie – stellen nun ihrerseits eine Ressource gesellschaftlicher Integration dar, sofern sie nur nicht zu einem Totalkonflikt zwischen ‚Feinden' ausarten, sondern vielmehr von einem zumindest minimalen Grundkonsens getragen werden.[83] Als diesen Grundkonsens versucht der inhaltlich-repräsentative Ansatz das Vertrauen in die Integrität und Leistungsfähigkeit des Rechtssystems zu positionieren. Er und die Konflikttheorie ergänzen sich insofern gut. Allerdings können prozedurale Ansätze die integrierende Wirkung von Konflikten innerhalb ihres Konzepts ebenfalls für sich in Anspruch nehmen. Zwei Probleme blendet das repräsentative Modell jedenfalls aus: Zum einen kann gerade die Erfahrung erfolgreichen Einflusses engagierter Gruppen auch erhebliche desintegrative Kräfte freisetzen; namentlich dann, wenn sich größere Teile der weniger lautstark auftretenden gesellschaftlichen Grup-

---

einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung", ebenso etwa BVerfGE 144, 20 (213).

[80] Die Mitte existiert „nur [in] immer neue[n] Entscheidungen, die innerhalb eines dynamischen Kontextes relative Balancen finden müssen"; so *Voßkuhle*, Die Verfassung der Mitte, S. 23 f., der in der Idee der Mitte ein Leitprinzip des Grundgesetzes erkennt.

[81] Vgl. dazu auch das gelegentlich herangezogene Bild des „Overton-Fensters", dazu *Rabe*, Das wird man wohl bald sagen dürfen, SZ v. 2.8.2018.

[82] *Voßkuhle*, Die Verfassung der Mitte, S. 48 und 50, Hervorhebungen nur hier. Vgl. etwa auch die Perspektive der „Verfassung als ‚sozialer Kompromiß'" bei *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, S. 348 ff. (Zitat S. 348).

[83] Anschaulich dazu *Frankenberg*, Tocquevilles Frage, in: ders., Autorität und Integration, S. 136 ff. (insb. 154 ff.) m. zahlr. Nw. Vgl. ferner etwa *Simmel*, Soziologie, S. 197 ff.; *Coser*, Theorie sozialer Konflikte; *Bark*, Zur Produktivität sozialer Konflikte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pen dadurch abgehängt fühlen und sich mit den geführten, als elitär empfundenen Diskursen nicht mehr identifizieren können. Zum anderen wirkt die Zurichtung der Konflikte auf das Rechtssystem nachteilig auf die Qualität der Diskurse zurück, weil sie die Gleichheit der Konfliktparteien durch die rhetorische Vermachtung der Argumentationsstruktur untergräbt und damit zivilgesellschaftliches Kapital verspielt.[84]

### *b) Kurzsichtiger Politikbetrieb*

Als zentrales Argument für ein aktives Akzentuieren bestimmter Wertungen durch das Rechtssystem kristallisiert sich im Zuge der immer schnelllebiger werdenden Welt die strukturelle Verzerrung der Perspektive heraus, auf der die Normsetzungstätigkeit des Politikbetriebs basiert. Der Gesetzgeber wird zum Getriebenen der stets objektiv anstehenden Problemlagen und akuten Nöte der Bürger. Er löst sie immer auch mit Blick auf die aktuelle Popularität der Alternativen – da im Durchschnitt alle drei bis vier Monate eine reguläre Bundes- oder Landtagswahl ansteht, gibt es keine wahlkampffreien Phasen.[85] Langfristige Belange, deren positive Effekte in der Zukunft liegen und nicht unmittelbar spürbar sind, werden in der Folge schwächer gewichtet. Dieser „Diktatur der Kurzfristigkeit" setzt, wie bereits angedeutet, etwa Rosanvallon eine spezifische Legitimität der Judikative entgegen, die sich aus deren langfristigerem, dem politischen Tagesgeschehen mit seinen Sachzwängen entzogenen Horizont speist.[86] Im (verfassungs-)rechtstheoretischen Diskurs wäre diese Position als „funktionell-rechtliche" Erwägung anschlussfähig.[87]

Interessanterweise werfen die Kritiker diesem Ansatz in der nachdrücklich verwendeten Formulierung Böckenfördes jedoch gerade vor, bei der entsprechenden interpretativen Rechtsentwicklung seinerseits einem kurzfristig schwankenden „Positivismus der Tageswertungen" zu verfallen.[88] Und tat-

---

[84] Zu beidem noch unten C.

[85] Wahltage werden zwar häufig auch auf einen gemeinsamen Termin zusammengelegt, dafür wächst dann aber die Bedeutung des jeweiligen Termins. Ausgeklammert sind hier zudem Europa-, Kommunal- und Neuwahlen.

[86] *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, S. 164 f., 173 ff. (Zitat, S. 175), der damit eine moderne Interpretation von Ideen wie Rousseaus volonté générale oder Savignys Volksgeist liefert; vgl. auch BVerfGE 157, 30 (144 f.). Zum Ganzen bereits oben A.II.2. Kritisch zu den „Gefahren einer Kompensation parlamentarischer Entscheidungsdefizite durch Verfassungsgerichte" aber *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (115 ff.).

[87] Vgl. dazu die Nachweise oben A.I.1.b)dd).

[88] *Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 67 (90); *ders*., Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, ebd., S. 92 (112); *ders*., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders.,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sächlich werden Gerichte und Rechtswissenschaft vor allem diejenigen langfristigen Belange in den Rechtsdiskurs einspeisen, die zur jeweiligen Zeit in Mode sind. Insofern ist es gerade auch der prozedurale Gegenansatz, der die Stabilität des Rechts dem kurzfristig denkenden Politiksystem hemmend entgegensetzen will. Allerdings argumentieren beide auf unterschiedlichen Ebenen: Während Rosanvallon der strukturellen Kurzsichtigkeit des Gesetzgebers weitsichtige Belange gegenüberstellen will, geht es dem prozeduralen Ansatz darum, das Recht nicht zu dynamisieren – egal ob im Hinblick auf langfristige oder kurzfristige Belange.[89] Er kritisiert gleichsam die Dynamik des Rechtssystems, während der repräsentative Ansatz die Dynamik des Politiksystems kritisiert. Böckenfördes Kritik trifft diese Position von daher nur zum Teil.

Die strukturelle Kurzsichtigkeit des in Wahlkampfperioden organisierten Parlaments ist allerdings wiederum ein Reflex der Prioritäten des Wahlvolks, also ‚von unten' steuerbar – so betrachtet handelt es sich eben um eine immanente ‚Gefahr' oder das ‚Wagnis' der Demokratie selbst. Das Volk könnte andere Prioritäten setzen, entscheidet sich dann aber letztlich doch häufig für eine kurzfristigere Perspektive. Es will also die Kurzsichtigkeit. Es will aber gleichzeitig auch die langfristige Perspektive, wenn man isoliert danach fragen würde. Diese Zerrissenheit bildet Rosanvallon mit dem Ideal-Volk ab. Das Volk ist danach bereits intrasubjektiv gespalten: Es wählt einerseits nach seinen kurzfristigen Interessen, unterstützt es aber im Sinne der prinzipiellen und langfristigen Gestaltung des Gemeinwesens, wenn die kurzfristig gedachten Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht und anderen Gerichten revidiert oder modifiziert werden. Letzteres, so ließe sich anführen, kann man an den dauerhaft hohen Zustimmungswerten ablesen, die die Justiz und insbesondere das Bundesverfassungsgericht erzielen.[90]

---

Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 (131); vgl. auch *ders*., Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, ebd., S. 29 (52).

89 Vgl. etwa *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 134 f., wonach der Richter die Folgen seiner Entscheidung gar nicht berücksichtigen darf; s. zu diesem Argument auch die Beiträge in: *Teubner* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe.

90 Dazu bereits oben 1. m.Nw. Etwas problematisch an solchen Umfragen ist freilich mitunter, dass die gestellten Fragen, wenn sie über die bloß allgemeine Frage des Gesamtvertrauens hinausgehen, die kaum vergleichbaren Funktionsweisen der jeweiligen Institutionen unberücksichtigt lassen, sodass sie in Verbindung mit der Gegenüberstellung bereits eine Antwort nahelegen: Als Beispiel dient hier die empirische Erhebung von *Patzelt*, ZParl 2005, S. 517 (527), in der die Befragten BVerfG und Bundestag u. a. im Hinblick auf folgende Aspekte bewerten sollten: „lässt sich bei seinen Entscheidungen vom Gemeinwohl leiten und nicht von den Interessen einiger durchsetzungskräftiger Gruppen"; „setzt nicht Parteiinteressen an die erste Stelle" – selbst wenn beide Institutionen perfekt funktionieren würden, müsste das BVerfG besser abschneiden, weil die Abgeordneten die jeweiligen *Partei*programme, für die sie gewählt worden sind, einlösen sollen, während jedes Gericht in erster Linie un*parteiisch* sein soll. Entsprechendes gilt für „trägt Meinungsverschiedenheiten sachlich aus" (ebd.) –

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieses Vertrauen hat aber seinerseits strukturelle Gründe und lässt sich nicht in gerader Linie auf die inhaltlichen Ergebnisse der Institutionen zurückführen.[91] Dass die Bürger dem Verfassungsgericht mehr vertrauen als dem Bundestag, dürfte auch daran liegen, dass die jeweils favorisierte Partei dort stets in der Minderheit sein wird. Selbst wenn sie einer Regierung angehört, wird es in aller Regel einen ‚störenden' Koalitionspartner geben. Das heißt, man kann die Ursache seiner eigenen Unzufriedenheit weiterhin in der ‚ungerechten' oder ‚unvernünftigen' Mehrheit verorten.[92] Sobald speziell das Bundesverfassungsgericht ein ungeliebtes Gesetz oder ähnliches dann einkassiert, erscheint es spiegelbildlich als verlässlicher Fels in der Brandung oder Retter, der Schlimmeres verhindert.[93] Das Gericht profitiert insofern von einer Art Bonus; denn der eigenen Wertung zuwiderlaufende Entscheidungen trüben das Vertrauensniveau kaum oder nur kurzzeitig – und eine solche Resonanz dürfte weitgehend auf den bei unbeliebten Parlamenten eher seltenen Fall beschränkt sein, in dem das Gericht eine befürwortete Maßnahme zurück-

---

in der politischen Auseinandersetzung gehört eine gewisse Zuspitzung dazu, während sie sich für ein Gericht streng verbietet. Zur Kritik der Demoskopie auch *Rottleuthner*, Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, in: FS Bryde, S. 293 (302 ff.).

91 Ähnlich *Patzelt*, ZParl 2005, S. 517 (524): „Die so überaus positiven Urteile der meisten Deutschen über das BVerfG scheinen […] keine sehr solide Wissensgrundlage zu haben, sondern sich recht stark auf diffuse, doch trotzdem weit verbreitete und üblicherweise nicht in Frage gestellte Vermutungen zu stützen." Ein struktureller Grund liegt auch im unmittelbaren Kontakt der Justiz zu den Anliegen des Einzelnen, insbesondere im Vergleich zum ‚fernen Berlin'. Was *Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 283 (298) als Grund für die Beliebtheit des BVerfG anführt – die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde –, gilt erst recht für die Fachgerichtsbarkeit, die (anders als jenes, § 93d Abs. 1 S. 2 BVerfGG) ein Anliegen nicht begründungslos zurückweisen kann. Vgl. zu strukturellen ‚Vorteilen' der Gerichtsbarkeit beim Erlangen von Vertrauen auch unten C.IV.2.

92 *Patzelt*, ZParl 2005, S. 517 (537): „Um recht konkrete und oft zu scharfen Interessenkonflikten führende Dinge geht es dem BTag – um ziemlich grundsätzliche und meist auf gesellschaftlichen Konsens abzielende Entscheidungen dem BVerfG. Also hat das Gericht viel bessere Chancen als das Parlament, beim Bürger Anerkennung zu gewinnen, Tadel aber zu vermeiden. […] Was […] der BTag entscheidet, liegt ganz offen im ‚streitigen Sektor' der interessenpluralistischen Gesellschaft. Also werden Parlamentsbeschlüsse von all denen als unausgewogen und problematisch erachtet, die ihre Interessen nicht berücksichtigt oder hintangestellt empfinden. Das BVerfG indessen spricht aus, was im ‚unstreitigen Sektor' unserer Gesellschaft liegt oder zu liegen hätte". In einem nochmal allgemeineren Sinne könnte man gar davon sprechen, das Volk tue sich schwer, die gesamte Funktionslogik des Parlaments zu verstehen und zu akzeptieren, woraus ein „latenter Verfassungskonflikt" erwachse, so *Patzelt*, PVS 1998, S. 725 ff.

93 Die Beliebtheit des Gerichts basiert insofern gerade auch auf der Unbeliebtheit seines ‚Gegenspielers' Parlament.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nimmt[94]. In der umgekehrten Konstellation einer ausfallenden Intervention liegt dagegen kaum Ablehnungsgefahr, weil die Verantwortung für die eigentliche Entscheidung (zu Recht) weiterhin beim Parlament (oder der Regierung) verortet wird. Entspricht eine Entscheidung indessen der eigenen Präferenz, ist der positive Effekt dafür umso größer, weil die Bestätigung nicht von vorneherein als selbstverständlich einkalkuliert wird. Von den Vertrauenswerten lässt sich also nicht ohne Weiteres auf eine spezifische Zustimmung oder gar einen Auftrag zur Verwirklichung langfristiger Belange schließen.

Dass die Judikative infolge ihrer Funktionsstruktur, insbesondere der persönlichen Unabhängigkeit, aus einer grundsätzlicheren Perspektive entscheiden kann, steht dennoch außer Frage. Und einige Bürger werden die jeweiligen Erwägungen auch immer unterstützen. Welchen demokratischen Stellenwert man dieser – kontraparlamentarischen – Perspektive zuerkennen soll, ist dann allerdings wiederum eine *normative* Frage, die die beiden hier gegenübergestellten Grundansätze unterschiedlich beantworten.

### *c) Minderheitenschutz*

Interessant ist der repräsentative Ansatz schließlich noch für den Minderheitenschutz. Was zunächst paradox wirkt, weil er seine Legitimität aus den Wertvorstellungen derselben Gesellschaft bezieht, in der die Minderheiten um Anerkennung kämpfen, ist aus zwei Gründen folgerichtig. Zum einen ist es kein logischer Widerspruch, dass die Gesellschaft die Belange der Minderheiten grundsätzlich anerkennt und im Prinzip unterstützt, dies aber nicht genügend Motivation freisetzt, um konkrete legislative Prozesse anzustoßen. Zum anderen ist die wertbezogene Legitimationsstruktur offen für eine aus normativen Gründen differenzierende Gewichtung der verschiedenen in der Gesellschaft vorhandenen Haltungen zu Anliegen konkreter Minderheiten. Die zugrundeliegende Erwägung lautet: Je intensiver der Einzelne von bestimmten Regelungen betroffen ist, desto relevanter wird seine Vorstellung von einer gerechten Ausgestaltung derselben bzw. umgekehrt: je weniger andere betroffen sind, desto weniger kommt es auf deren Wertungen an. Eine solche Repräsentationsstruktur dürfte im Grundsatz breite Zustimmung erfahren. Häufig wird sogar noch einen Schritt weiter gegangen und ein Legitimationsproblem gleichheitsgerichteten Wandels von vorneherein negiert, weil er „niemandes Rechte […] zurücktreten“ lasse, sondern nur den Freiheitsraum für einige vergrößere, während andere nicht betroffen seien.[95] Das ist aus liberalistischer

[94] Im Ergebnis ebenso *Schulze-Fielitz*, AöR 122 (1997), S. 1 (11 f.) mit Beispielen auf S. 3.

[95] So z. B. *Britz*, Wandel von Ehe- und Familienvorstellungen im und durch Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, S. 291 (299).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Perspektive ein sinnvoller Standpunkt und insofern ein starkes rechtspolitisches Argument, blendet als universale Doktrin aber einige demokratische Aspekte aus.[96] In der Demokratie geht es nicht allein um das Aushandeln von Freiheits- oder individuellen Rechten. Die Rechtsordnung konstituiert noch weitergehend das, was man mit dem etwas angestaubt wirkenden Begriff einer gemeinsamen gesellschaftlichen Ordnung beschreiben könnte[97]. Diese Ordnung geht auf die eine oder andere Weise jeden an. Es entspricht gerade der Grundidee der Demokratie, die Bürger nicht in atomistische Herrschaftssphären einzuteilen, in der sie frei über ihre Belange entscheiden können, sondern ein Gemeinwesen zu errichten, das von allen als gemeinsames Projekt gestaltet wird und in dem Freiheitsrechte nur den äußersten Rahmen abstecken. Die Demokratie ist auf solches Engagement angewiesen und darf es nicht als Anmaßung zurückweisen, wenn jemand etwa einem Recht auf Abtreibung kritisch gegenübersteht, weil er dem ungeborenen Leben ein höheres Gewicht beimisst als andere, obwohl es seine eigene Rechtssphäre nicht betrifft. Genauso dürfen Konservative für größere Zurückhaltung in der linken Identitätspolitik eintreten und dies etwa mit der Sorge begründen, ‚normale' Menschen könnten in vermeidbare Identitätskrisen geraten[98], auch wenn diese Haltung unmittelbar Betroffene schmerzen, wissenschaftlich zweifelhaft und grundrechtlich nicht der naheliegende Weg sein sollte. Im Hintergrund solcher rechtlichen Fragen geht es immer auch um einen Gesellschaftsentwurf; wird ein Freiheitsrecht gewandelt, entzieht dies der Gemeinschaft ihre Befugnis, über den Entwurf mitzuentscheiden.[99] Das ist nicht per se ein Problem des

---

96 Vgl. dazu auch *Germann*, Ehe und Familie, Geschlecht und Sexualität als Gegenstände des Staatsrechts, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 13, insb. Rn. 89 ff.

97 Man könnte auch von einem ethisch-politischen Entwurf als Produkt von „Selbstverständigungsdiskurse[n] […] über eine gemeinsame Konzeption des Guten und die gewünschte, als authentisch anerkannte Lebensform" sprechen, so *Habermas*, Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat, Die Einbeziehung des Anderen, S. 237 (254).

98 So stellvertretend etwa *Hümpel*, Sollten Minderjährige bei ihrer Geschlechtsidentität mehr Rechte bekommen?, Welt.de v. 23.4.2021.

99 Insofern spielen solche Argumente die Idee des Liberalismus gegen die Idee der Demokratie aus. Überhaupt ist das Identifizieren der eigenen Auffassung mit einem rechtlichen Anspruch desselben Inhalts – auch wenn seine Emanationen zu einem großen Teil gerade liberalistische Deutungen aufheben – ein Produkt übersteigert liberalistischen Denkens: Denn der Liberalismus hat zur Basis ja gerade das Denken ausgehend von individuellen Ansprüchen anstatt vom „Primat der Verpflichtung", dazu *Menke*, Kritik der Rechte, S. 22 ff. Noch einmal gesteigert, und dann dezidiert gegen liberale Vorstellungen gewendet, wird vonseiten der Critical Race Theory mitunter vertreten, bestimmte Probleme könnten von vorneherein nur von den unmittelbar betroffenen Bevölkerungsgruppen verstanden und adäquat behandelt werden, sodass andere Gruppen keine Mitspracherechte hätten; insofern drohen diese Autoren sich von der Idee eines demokratischen Gemeinwesens zu verabschieden, das die Möglichkeit der gelingenden Kommunikation und des wechselseitigen Verständnisses voraussetzt

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtswandels: Differenzierte ‚Mitspracherechte' sind der Idee des Minderheitenschutzes, in der es gerade darum geht, der „Tyrannei der Mehrheit"[100] berechtigte Minderheitsanliegen entgegenzusetzen, immanent und insofern legitim. Man darf sich nur nicht vormachen, ein solcher Liberalismus stünde konfliktfrei neben der Demokratie. Diese büßt durch die Gefahr, totalitaristische Züge anzunehmen, nicht ihre Daseinsberechtigung ein.

Der Rechtswandel ist mit der Idee des Minderheitenschutzes jedenfalls eng verbunden, weil er die Anliegen einer Gruppe durchsetzt, bevor diese stark genug ist, sich auf dem parlamentarischen Weg durchzusetzen. Das ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil sich im Gefolge der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung stetig neue Minderheiten bilden, die der Gesetzgeber, gerade im Vergleich zu Gerichten und Behörden, immer erst verzögert wahrnimmt und die es insbesondere bezüglich einer *verfassungs*rechtlichen Anerkennung schwer haben, soweit sie strukturell durch das Raster des jahrzehntealten Grundrechtekatalogs zu fallen drohen.

Rechtswandel und Minderheitenschutz können aber auch kollidieren, wie nicht nur das Extrembeispiel der Umbildung des Rechts im NS-Staat zeigt.[101]

### *d) Aufgaben des Rechts*

Integration, ausgleichende Weitsichtigkeit und Minderheitenschutz sind nur einige der Aufgaben, die dem Recht zugewiesen werden. Gemeinsam ist ihnen, dass schon das Herantragen solch übergreifender inhaltlicher Aufgaben an das Recht in Konkurrenz mit jedem einzelnen konkreten Norminhalt tritt.[102] Es

---

(krit. daher etwa *Mounk*, Im Zeitalter der Identität, S. 179 ff. und passim; *Stegemann*, Linke Identitätspolitik als Treiber autoritärer Entwicklungen, in: Frankenberg/Heitmeyer (Hrsg.), Treiber des Autoritären, S. 345 [354 ff.]), auch wenn der Grundansatz durchaus Potenziale zur Fortentwicklung, gerade auch der spezifisch juristischen Denkstrukturen, enthält, vgl. etwa *González Hauck*, ZfRSoz 2022, S. 153 ff.

100 So *Tocquevilles* klassische Sorge, Über die Demokratie in Amerika, S. 145 ff.

101 Insofern legt *Bryde*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 68 (2009), S. 95, den Finger in die Wunde: „Der Religionsfreiheit wurde ein ungeheuer hoher Stellenwert gewährt, als das eigentlich nicht nötig war, weil wir nur eine Mehrheitsreligion hatten, deren Ausübung durch den Staat ohnehin nicht gefährdet wurde, und in dem Augenblick, wo es eine diskriminierungsgefährdete Minderheit gibt, die auf den Schutz des Grundrechts als Minderheit angewiesen wäre, da haben wir eine Entwicklung, die diesen Schutz zurückfährt." Man denke auch an die Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie, bei denen Minderheitenrechte zugunsten des Mehrheitsinteresses aus dem Blick zu geraten drohten. Damit ist nicht per se ein Wandel eingetreten und der Fokus war auch nicht per se illegitim; das Beispiel beeinflusst den Horizont künftiger Interpretationen gleichwohl stark.

102 Der Konflikt wird (auf dem höchstmöglichen Abstraktionsniveau) in BVerfGE 34, 269 (287) besonders deutlich: Voraussetzung für die letztlich *contra legem* vollzo-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

veranlasst die Interpreten dazu, das Recht stets im Lichte der entsprechenden Idee auszulegen und gegebenenfalls zu wandeln. Diese Aufgaben, „Rechtsideen“ oder „Funktionskriterien der Sinnerfüllung“[103] können dabei eben so unterschiedlich sein, wie die NS-Rassenideologie durchzusetzen oder vulnerablen Gruppen Schutz zu bieten[104]. Der positivistische Ansatz, um den es im Folgenden geht, ist mit solchen, die Summe der einzelnen Norminhalte transzendierenden, Aufgaben zurückhaltender.[105] Er trägt sie allenfalls an spezifische Rechtsmaterien heran – die Integrationsfunktion etwa an das Wahlrecht –, sodass im Einzelnen die Grenze zwischen übergeordneter Aufgabe und konkretem Normtelos verschwimmt.

## III. Das positivistisch-prozedurale Legitimationsmodell

Das positivistische Element des nun zu besprechenden Gegenansatzes bezeichnet in der klassischen Wendung seine Auffassung von einer – zumindest in der Reinform: strikten – Trennung von Recht und Moral, während der Rechtsbegriff des repräsentativen Modells Moral und Recht umschließt. Daran knüpft auch etwa Ralf Dreiers Unterscheidung zwischen einem „Legalismus“ und einem „Konstitutionalismus“ als den beiden Grundtypen juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat an – die insofern parallel zu den hier beschriebenen Positionen verläuft.[106] Der Begriff der Moral trifft

---

gene Rechtsfortbildung sei, „daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt“.

103 Mit der unterschiedlichen Terminologie gehen keine sachlichen Unterschiede einher; die „Rechtsidee“ etwa bei *Rüthers*, NJ 2003, S. 337 (341); *Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, S. 141 (155) formuliert: Wird das „Funktionskriterium[ ] der Sinnerfüllung der Verfassung als Integrationssystem […] als die tragende, alle Einzelnormen umschließende Grundnorm der Verfassung aufgefaßt, ist es logisch möglich, die durch die Anwendung oder Konkretisierung dieses normativen Prinzips sich hervorbringende Inhaltsänderung der verfassungsrechtlichen Einzelbestimmungen als deren Interpretation zu qualifizieren.“

104 Die „Abgrenzung zum NS-Staat“ ist zwar die „vielleicht fundamentalste Entscheidung des Grundgesetzes“, so statt vieler *Geminn*, VerwArch 2020, S. 552 (564), wurde methodisch insofern aber gerade nicht umgesetzt, wie insbesondere *Rüthers* immer wieder betont hat, s. etwa NJ 2003, S. 337 ff. oder Rechtstheorie 2009, S. 253 ff., je m. w. N.

105 Beispielhaft *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 132, für den „das Recht *nur eine* Funktion erfüllt“ (Hervorhebung im Original), die aber mit dem jeweiligen Norminhalt zusammenfällt, weil sie darin besteht, die normative Erwartung seiner Befolgung zu stabilisieren.

106 *R. Dreier*, Konstitutionalismus und Legalismus, in: FS Maihofer, S. 87 ff. Der Konstitutionalismus entspricht insofern der repräsentativen Position, der Legalismus der positivistischen. R. Dreier selbst bezieht zugunsten des ersteren Stellung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dabei einiges, verdeckt aber durch seinen mitunter zu engen Rekurs auf spezifisch ethische Probleme auch manches. In juristisch-technischen Kontexten wirkt er bisweilen deplatziert. Ein zeitgemäßer Positivismus beschreibt sein „[m]ethodologisches Kernelement" dagegen als „schlichte These, daß das Verfassungsrecht, wie es ist, vom Verfassungsrecht, wie es sein sollte, strikt zu trennen ist".[107] Das gilt für jede Art von Recht.

Das Attribut ‚prozedural' bezieht sich hier auf das Demokratieverständnis und betont die Bedeutung von rationalistischen *Verfahren* als Grundlage der Rechtserzeugung, also insbesondere die zentrale Stellung des förmlichen Gesetzgebungsprozesses.[108] Auf diese Verfahren bezieht sich und aus ihnen folgt die demokratische Legitimation, sodass sich eine deutliche Präferenz für die ‚Input'-Legitimation ergibt[109]. Nicht gemeint ist das entgegengesetzte prozedurale *Norm*verständnis, das auf die Dynamik der Rechtsinhalte hinweist, die ab Erlass des Normtexts dem dauerhaften Aushandlungsprozess unterworfenen sind.[110] Hinter diesem Vertrauen in die Rechtsetzung steht die Erwägung, in einer Demokratie müsse das Volk über die Regeln, denen es unterworfen ist, stets selbst entscheiden, woraus sich eine Skepsis zum einen gegen die Institution einer Verfassungsgerichtsbarkeit – Stichwort: „counter-majoritarian difficulty"[111] –, zum anderen aber auch gegen jede Art von richterlicher Zutat, die über die bloße Anwendung des zuvor Beschlossenen hinausgeht, ergibt. Sprich: Alle inhaltlichen Entscheidungen sind den unmittelbar demokratisch legitimierten Organen vorbehalten. In dieser Radikalität findet sich

---

[107] So *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 (341). Diesem Ansatz sind insofern die Vertreter des Rechtspositivismus zuzuordnen; aus dem englischsprachigen Raum sind hier etwa *Waldron*, Emory Law Journal 58 (2009), S. 675 (684 ff.); *Raz* (vgl. die Beiträge in: ders., The Authority of Law) und *H. L. A. Hart* (z. B.: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: ders., Recht und Moral, S. 14 ff.) besonders prominent; im deutschsprachigen Raum waren insbesondere Laband und Kelsen herausragende Vertreter, in der systemtheoretischen Spielart später auch Luhmann.

[108] Ausdrücklich steht etwa bei *Potacs*, Rechtstheorie, S. 66 die Möglichkeit formeller Änderungen einem „Bedeutungswandel" des positiven Rechts entgegen. Eine besonders elaborierte Ausarbeitung des „prozeduralistischen Rechtsverständnisses" bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, etwa S. 516 ff.

[109] Prototypisch *Maus*, Über Volkssouveränität, S. 51, die „alle Aufmerksamkeit auf die Gerechtigkeit dieses [Gesetzgebungs-]Prozedere, die Symmetrie der Verfahrenspositionen und Partizipationschancen konzentriert".

[110] In diesem Sinne bezeichnet etwa *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (64) seinen Verfassungsbegriff als „normativ-prozedurales Verfassungsverständnis".

[111] Der Begriff geht zurück auf *Bickel*, The Least Dangerous Branch, S. 16 f.; ausgearbeitet etwa bei *Waldron*, Yale Law Journal 115 (2006), S. 1346 ff.; ein Überblick bei *Friedman*, Yale Law Journal 112 (2002), S. 153 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diese Auffassung etwa bei Ingeborg Maus – oder in der klassischen Variante, noch ohne das demokratische Fundament, bei Montesquieu.[112]

Mit Blick auf die Akzentuierung der demokratischen Entscheidbarkeit überschneidet sie sich mit den dezisionistischen Rechtstheorien, denen klassischerweise die Vertreter der sog. ‚Schmitt-Schule', also etwa Forsthoff und Böckenförde sowie zum Teil wiederum deren ‚Schüler', zugerechnet werden.[113] Gerade mit letzterem ist auch das Bild der Verfassung als strikter und starrer Rahmenordnung verbunden, in welcher der Versuch, eine gestufte Rechtsordnung mit einer umfassenden Entscheidbarkeit zusammenzudenken, beinahe notwendig resultiert. Noch deutlicher wird das in Kelsens Konzeption, in der das gesamte Recht als Rahmen für die jeweils nächste Konkretisierungsstufe begriffen wird.[114]

Die gemeinsame Konsequenz dieses Ansatzes besteht danach darin, Veränderungen in den normativen Prämissen einer Rechtsentscheidung, soweit wie möglich, nur als Folge formeller Rechtsänderungen zu akzeptieren. Dafür setzt sich mit Vehemenz etwa auch Hillgruber ein.[115] Dem Rechtswandel ist damit eine Absage erteilt. Solange eine Norm gilt, ist sie statisch zu interpretieren – wobei die Auffassungen, auf welche Abstraktionsebene sich diese Statik bezieht, auseinandergehen –; das heißt insbesondere auch: Der Wille des rechtsetzenden Organs behält auch bei fortschreitendem Zeitablauf seine normative Verbindlichkeit[116] – schließlich erhält das Recht seinen Inhalt ja gerade durch Entscheidungen, die nichts anderes sind als Willensbetätigun-

---

112 *Maus*, Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, S. 212; *dies*., Über Volkssouveränität, S. 52 f., 76 ff.; *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, S. 221. Die Positionen der beiden vorgenannten liegen trotz dieser Gemeinsamkeit weit auseinander, worauf *Maus*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, S. 30 und öfter, besonderen Wert legt, es hier aber nicht weiter ankommt.

113 *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 78 ff. stellt in seiner Dichotomie, die wiederum einigermaßen parallel zur hier vorgeschlagenen verläuft, in Anlehnung an *Volkmann*, Der Staat 54 (2015), S. 35 ff. einen integrativen und einen dezisionistischen Standpunkt gegenüber. Volkmann zählt ebd., Fn. 24 zur „mittleren und jüngeren Generation" des dezisionistischen Verständnisses etwa „Bernhard Schlink, Christoph Endes oder Ralf Poscher"; s. auch *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 81 ff. Im Kontext des Verfassungswandels fordert etwa auch *Haack*, JZ 2017, S. 213 (215 ff.) angesichts einer sich (dort: migrationsbedingt) verändernden Gesellschaft vergrößerte parlamentarische Gestaltungsspielräume.

114 *Kelsen*, Reine Rechtslehre[1], S. 90 ff. Damit ist dann freilich wiederum die Erkenntnis verbunden, dass im Rahmen der ‚Anwendung' des höherrangigen Rechts immer Spielräume verbleiben, die ab einer gewissen Stufe nicht mehr durch demokratische Entscheidungen ausgefüllt werden können.

115 *Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 7 ff.; *ders*., JZ 1996, S. 118 ff.

116 *Burkiczak*, Rechtstheorie 2021, S. 23 (38 f.) m. w. N. auch zur Gegenansicht; dazu ausführlich auch *Schwab*, Geschichte und Argument, S. 235 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen. So gesehen fallen Recht und Wille in eins. Daraus folgen ohne Weiteres die subjektive Auslegungstheorie als methodisches Fundament[117] bzw. der Voluntarismus als zugrundeliegende Demokratietheorie[118] des prozeduralen Ansatzes.

### 1. Das Ideal und seine Wirklichkeitsnähe

Die Schwierigkeiten dieses Ansatzes sind anders gelagert als die des inhaltlich-repräsentativen. Der prozedurale Ansatz denkt von einer deutlich stärkeren Trennung rechtlicher Normativität und gesellschaftlicher Faktizität aus. Für ihn genießt die theoretische Stimmigkeit der normativen Ebene Priorität. Als seine Maxime ließe sich aufstellen: Auf einem unzureichenden normativkonzeptionellen Fundament kann kein wirklich demokratisches Haus errichtet werden. Während das repräsentative Modell immer versucht, die Forderungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit auf pragmatischem Wege normativ zu rezipieren – auf das Erreichen echter Repräsentativität dabei aber letztlich schlichtweg vertrauen muss –, verweisen die Prozeduralisten auf erhabene Prinzipien demokratischer Legitimationsvermittlung.[119] Sie wiederum laufen damit stets Gefahr, sich mit ihrem idealen Modell von der Wirklichkeit zu entfremden, wenn ihre Tatsachen-Prämissen – insbesondere: Qualität zivilgesellschaftlichen Engagements in der Breite, Responsivität der Institutionen (dazu a) bis c)), aber auch bezüglich der Leistungsgrenzen formeller Änderungen (dazu d) und e)) – sich als unterkomplex und die angebotenen Verfahren und Lösungen in der Folge als dysfunktional erweisen.

#### *a) Recht als kontrafaktische Sollensordnung*

Beide Ansätze akzentuieren bereits die rechtstheoretischen Grundlagen der Normwirkung gegensätzlich, lösen die „Spannung von Weltdistanz und Welt-

---

117 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 328 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 493 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 128 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 28 ff.

118 *Möllers*, Demokratie, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 5, Rn. 96 ff.; *ders*., Freiheitsgrade, S. 89. Für das gegenüberstehende rationale Modell (dazu etwa *Volkmann*, Demokratie und Vernunft, die Gegenüberstellung auf S. 17 ff.) ist nicht der Wille oder die (Be-)Wertung, sondern die Vernunft der Grundbegriff der Demokratie; insofern ließe es sich der objektiven Auslegungstheorie zuordnen.

119 Vgl. insofern auch *Gärditz*, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 105 (118): „Ein prononcierter Wirklichkeitsbezug ist dann schlicht ein Vehikel, die Formalisierungsleistungen des Rechts aufzuweichen."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bezug […], die alle normativen Praktiken auszeichnet“[120], zu unterschiedlichen Seiten auf. Für den inhaltlich-repräsentativen Ansatz steht der Effekt, den die Normen in der Wirklichkeit haben und mit dem sie diese in ihrem Sinne verändern, im Mittelpunkt.[121] Die damit einhergehende erhöhte Konsensbedürftigkeit wird gerade auch durch Flexibilisierung bedient. Der positivistische Ansatz versteht eine Rechtsnorm mit Luhmann dagegen als „kontrafaktisch stabilisierte[ ] Verhaltenserwartung“[122] und betont so die „Weltdistanz“, also die diese wiederum konstituierende Spannung zwischen Norm (Soll-Zustand) und Wirklichkeit (Ist-Zustand) selbst als Wirkungsbedingung und Strukturmerkmal des Rechts. Dieses „erhält seinen Sinn und seine Bedeutung auch [und gerade] als potentieller Gegenentwurf zu der von ihm geregelten Wirklichkeit“;[123] das heißt: Im Rechtsbegriff dürfen Norm und Wirklichkeit nicht aneinander gekoppelt sein[124] – selbst wenn sie im Falle einer optimal erfüllten Norm faktisch einmal zusammenfallen, besteht die Spannung als potenzielles künftiges Auseinanderfallen[125].

Der Fokus auf die kontrafaktische Stabilität der Normen ist eine Folge der liberalen Perspektive, wonach das Recht als Zwangsordnung besonders hohen Legitimationsanforderungen unterliegt. Soll es seine rationalisierende Wirkung entfalten, darf sein Inhalt nicht beliebig sein. Seine Dignität gebietet für jede Änderung der Normativität das Betreiben eines besonderen – formalisierten – Aufwands.[126] Zur ursprünglichen Setzung ist schließlich derselbe Aufwand geleistet worden. Dieser Aufwand ist dabei natürlich kein Selbstzweck. Er dient der Selbstvergewisserung der demokratischen Gemeinschaft. Das führt zum nächsten Punkt.

---

120 *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, S. 116.

121 Wirkmächtig ist insofern Hesses Formel von der „normativen Kraft der Verfassung“, *ders*., Die normative Kraft der Verfassung.

122 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 131 ff. (Zitat: 134).

123 *Gusy*, JZ 1991, 213 (216). Ob die Wirklichkeit oder der Gegenentwurf, und wenn ja: welcher, vorzugswürdig – in *Möllers'* Terminologie: „positiv markiert“ (Die Möglichkeit der Normen, insb. S. 155 ff.) – ist, ist nach diesem Ansatz dann eine ausschließlich innerhalb des Normgebungsverfahrens zu lösende Frage.

124 Jedenfalls nicht im Sinne einer Wechselwirkung, wie sie etwa die strukturierende Rechtslehre F. Müllers vorsieht, dazu oben A.I.3. Das Recht ist freilich auf die Wirklichkeit bezogen und kann gar nicht anders, als seine Begriffe und Institute auf sie auszurichten.

125 Vgl. *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, S. 131 f.

126 Vgl. *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (17): Im „kontrafaktischen Anspruch liegt die Würde des Verfassungsrechts und jeder verfassungsrechtlichen Kritik: Indem sie auf das Moment der Setzung besteht, besteht sie auf der Idee der Freiheit.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*b) Das Parlament als Quelle der Rechtsordnung*

Der interpretative Rechtswandel ersetzt das gesetzgeberische Handeln nicht einfach punktuell und als strukturelles Äquivalent. Seine innere Struktur weicht dem Moment der Entscheidung geradezu aus.[127] Bei wissenschaftlichen oder gesellschaftlichen Individualpositivierungen ist das einigermaßen offensichtlich. Sie verweisen für die Überzeugungskraft ihrer Standpunkte nicht auf entsprechende eigene Entscheidungen, sondern auf das Recht. Richtersprüche firmieren zwar als und sind in der Sache auch „Entscheidungen", operieren aber ebenfalls und wie jene im Begründungsmodus „Erkenntnis". Hinzu kommt die Vielstimmigkeit der Judikative. Bevor man von einem Rechtswandel sprechen kann, kursieren meist ganz unterschiedliche Auffassungen und selbst die Obergerichte agieren in der Regel nicht in großen Zäsuren, sondern in kleineren Schritten. Auf diese Weise verflüchtigt sich der eine Moment der Entscheidung zu einem Kontinuum. Damit fällt ein für den demokratischen Prozess wichtiger Bezugspunkt kritischer Reflexion und Verantwortungszurechnung weg. Denn die Entscheidung ist ja nicht, wie es noch bei Carl Schmitt durchscheint, ein mythischer Akt der Sinnerschaffung aus dem Nichts, sondern gerade im Gegenteil das entzaubernde nüchterne Prinzip, mit dem die Demokratie für den Augenblick unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten – die es in der pluralistischen Gesellschaft immer geben wird – einer vorläufigen Lösung zuführt.[128] Offen rechtspolitische Erwägungen sind der Judikative strukturell versagt und die Wissenschaft fürchtet um das Gewicht ihrer Stimme, wenn sie zu sehr auf Distanz zum geltenden Recht geht[129]. Aber erst aus der Distanz lässt sich die Qualität eines Gegenstands erkennen und beurteilen, weshalb sich die Demokratie gar als „Herrschaftsform der Distanz" fassen lässt[130]. Dieser Abstand entfällt, wenn die Normen sich in einem diffusen Prozess, an dem jeder sich beteiligen kann, indem er *seine Wertvorstellungen* einfließen lässt – also eine emotional starke Verstrickung eingeht –, wie von selbst ergeben.

Erst wenn der Abstand zwischen Recht und eigenen Wertungen akzeptiert ist, wird es vor deren Folie inhaltlich kritisierbar und einer offenen Diskussion

127 Vgl. im Einzelnen oben A.III.

128 Vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, S. 37 ff.; *ders*., Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 20 ff. Zur „Entzauberung der Rechtswelt" *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 12 ff.

129 Vgl. *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (43 ff.): „Geltungsproblem" der Wissenschaft; vgl. auch *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein …, S. 37: „Dogmatik ist strukturell affirmativ und habituell distanzlos."

130 Zur „Herrschaftsform der Distanz" *Frankenberg*, Autoritarismus, S. 257.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

über seine demokratische Gestaltung zugänglich gemacht.[131] Denn Werte sind im demokratischen Diskurs keine Argumente, sondern gerade der Abbruch einer Begründung.[132] Auf ihrer Ebene lassen sich allenfalls *politische* Kompromisse schließen. Dagegen scheitern Versuche einer „verrechnenden Gegenüberstellung von Werten […] in der politischen und rechtlichen Wirklichkeit an deren fehlender Kommensurabilität“[133]. Damit ist die konkrete Rechtslage notwendigerweise Ausdruck eines wertungsmäßigen Vorrangverhältnisses, das seine Legitimität nur aus seiner Vorläufigkeit, also aus seinem Charakter als revidierbare Entscheidung, und nicht aus seiner Richtigkeit beziehen kann. Wertungen sind damit der letzte Grund des Rechts*inhalts*, weil sie im rationalen Austausch über Gründe die rational nicht überbrückbare Differenz zwischen den politisch-ideologischen Lagern bilden – die demokratische Normativitätsgenese hinterfragt insofern die Ebene der individuellen Wertüberzeugungen nicht[134]. Sie taugen aber zugleich nicht selbst als inhaltlicher Geltungsgrund des Rechts, weil sie von der aktuell unterlegenen Gruppe gerade nicht akzeptiert werden. Vielmehr ist, worauf Kelsen hinweist, „der [Wert-]*Relativismus* die Weltanschauung, die der demokratische *Gedanke* voraussetzt“[135].

Die Rechtsentwicklung muss folglich als Produkt (vorläufiger) politischer Entscheidungen des institutionalisierten Parlamentsbetriebs verstanden werden – obwohl sie es angesichts judikativer Ausgestaltung zu weiten Teilen nicht ist –, damit der demokratische Legitimationspfad vom Volk in die

---

131 Vgl. auch *Hart*, Der Begriff des Rechts, S. 247 f.

132 *Podlech*, AöR 95 (1970), S. 185 (208): „[D]ie Berufung auf die eigene Werterfahrung [bedeutet] Abbruch der Kommunikation, […] Werte können daher prinzipiell keine Begründung leisten“. *Möllers*, Merkur 883 (2022), S. 5 (7 f.) ergänzt: „Es soll bei solchen [Wert-]Behauptungen auch gar nicht um Begründungen gehen, sondern um eine abgekürzte Unterstellung von geteilten Präferenzen, die auf den ersten Blick einleuchten.“

133 *Voßkuhle*, Die Verfassung der Mitte, S. 21 m. w. N. Vgl. zur Inkommensurabilität allgemein auch *Raz*, Morality of Freedom, S. 321 ff.

134 Hier tritt, so gesehen, die Sollens- aus der Seins-Sphäre hervor, vgl. etwa *Staake*, Werte und Normen, S. 446: „Fragen der Normbegründung und Legitimation stellen sich hier [bei Fragen der individuellen Moral] nicht.“ Nur auf den ersten Blick ähnlich ist die Auffassung, die bestehende gesellschaftliche Ordnung inklusive ihrer Tabus stelle „den Ursprung des Sollens im Sein“ dar, so *Haack*, AöR 136 (2011), S. 365 ff. (Zitat, S. 376). Zwar lassen sich gelebte Ordnungen aus Werten rekonstruieren (Haack denkt seine Tabus sogar als statische Größen, was aufgrund ihrer kulturellen Kontingenz indes nicht überzeugen kann), aus dem Blick geraten dann aber diejenigen, die es anders sehen und von denen es in pluralistischen Gesellschaften viele gibt. In der Demokratie muss daher eine Ebene vorher, bei den individuellen Wertungen, angesetzt werden, um Entscheidbarkeit (nicht zuletzt über die Ordnung) zu ermöglichen.

135 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 370, Klammerzusatz nur hier, Hervorhebungen im Original.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsnormen hinein funktioniert. Die repräsentative Demokratie des Grundgesetzes bildet dabei ein austariertes Modell der Verbindung von grundlegenden Wertungen mit konkreten Gestaltungsentscheidungen über das Prinzip der Verantwortlichkeit.

Mit Entscheidungen geht Verantwortlichkeit einher. Das Volk kann diese Verantwortung nicht selbst übernehmen – jedenfalls nicht in einem politischen Sinne.[136] Es kann politische Konzepte nicht im Detail selbst aushandeln und Volksabstimmungen ohne vorherige intensive Ausarbeitung möglicher Kompromisse führen zu unausgewogenen Wertvorrängen[137], weil sich das Volk für seine Entscheidungen nicht rechtfertigen muss und das strukturell auch gar nicht kann[138]. Gegenüber wem auch? Hierin äußert sich seine Eigenschaft als Souverän. Souverän ist, so gesehen, wer sich für seine Entscheidungen nicht rechtfertigen muss. Dieselbe Konstellation besteht bei wertmäßigen Norminterpretationen: Die Reflexionsebene fällt weg; zumindest die Obergerichte müssen sich für ihre Interpretation gegenüber niemandem rechtfertigen und auch die unteren Gerichte können sich unter Verweis auf ihre Rechtsbindung stets gegen Kritik immunisieren. Das Parlament wird hingegen für seine Entscheidungen bei der Wahl verantwortlich gemacht[139] und trifft sie daher gerade bei polarisierenden Fragen abwägender, mit Blick auf die größeren Zusammenhänge ausgewogener und damit regelmäßig rationaler als das Volk

---

136 Vgl. auch *Schuler-Harms*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), S. 417 (443); *Kleindiek*, Machen Volksgesetzgebung und Transparenz unsere Demokratie besser?, in: FS Bryde, S. 175 (196 f.); *Paulus*, Direkte Demokratie wagen, ebd., S. 273 (288); *Rottleuthner*, Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, ebd., S. 293 (300 f.). Zur *moralischen* Verantwortlichkeit des Volks sogleich im Text. Die unterschiedlichen Verantwortlichkeitsstrukturen von Parlament und Wahlvolk haben auch auslegungstheoretische Auswirkungen, siehe unten 2.a).

137 Vgl. *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), S. 191 (195): Plebiszite sind „schon wegen des großen Bedarfs an Entscheidungen und der Komplexität der Sachfragen, die ein Entweder-Oder vielfach nicht zulassen, sondern verhandelt werden müssen, kein Allheilmittel".

138 Anders das Parlament; vgl. *Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (52): „Die von den Repräsentanten getroffene *Entscheidung über Relevanz und Priorität* muß sich vor dem common sense der Wähler rechtfertigen. Der demokratische Legitimationszirkel ist also ein ständiger *Rechtfertigungs*prozeß" (Hervorhebungen im Original).

139 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 239 ff. arbeitet ausführlich heraus, warum man das Kollektiv Parlament als solches (im Gegensatz zum Wahlvolk) für seine Entscheidungen in einem anspruchsvollen Sinn verantwortlich machen kann, dazu näher unten 2.a). Vgl. auch *Grimm*, Seoul Law Journal 42 (2001), S. 182 (196): „Gerichte sind nicht die geeignete Instanz, Vorreiter gesellschaftlicher Veränderungen zu sein, weil sie nicht in den demokratischen Verantwortungszusammenhang eingebunden sind und, wenn es um Verfassungsrecht geht, von den gewählten Institutionen nur schwer korrigiert werden können."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

selbst.[140] Oder eben als die Gerichte: Diese sind – ohne dass man ihnen das vorwerfen könnte, da Wertungsfragen gar nicht anders als aus einem subjektiven Blickwinkel heraus beurteilt werden können[141] – bei ihren Entscheidungen viel anfälliger dafür, sich von der *einen* ‚richtigen' Wertung leiten zu lassen, als es das Parlament mit seinem politischen Kräftegleichgewicht ist. Damit sind Gerichte eben auch besonders attraktiv für politisch motivierte Verfahren. Selbst wenn man vor der Mehrzahl der Gerichte scheitert, kann durch eine Vielzahl von angestrengten Verfahren, gepaart mit dem gerichtlichen Entscheidungszwang, politische Veränderung bewirkt werden. Zu verlieren gibt es regelmäßig nichts: Eine ablehnende Entscheidung belässt es beim Status quo.[142]

Obgleich die Aussicht auf eine „Abrechnung durch Wahl" inhaltlich responsives Agieren zur „Obliegenheit" des Gesetzgebers werden lässt,[143] bleibt der Einfluss des Wahlvolks auf die Rechtsentwicklung im Einzelnen freilich gering, weil konkrete Normen regelmäßig nur geringes Politisierungspotenzial aufweisen und im gesellschaftlichen „Präferenzenmix"[144] unterzugehen

---

140 Kritisch zu Plebisziten etwa *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR$^3$ III, § 35, Rn. 47 f.; positiver etwa *Lübbe-Wolff*, Demophobie. Vgl. auch *Habermas*' Kritik an der „liberalkonservativen Deutung des Repräsentationsprinzips" im Sinne „der Abschirmung der organisierten Politik gegen die stets verführbare Volksmeinung": „normativ betrachtet, ist diese Verteidigung der Rationalität gegen die Volkssouveränität widersprüchlich: wenn die Meinung der Wähler irrational ist, ist es die Wahl der Repräsentanten nicht weniger" (Faktizität und Geltung, S. 624). Das trifft prinzipiell zu, ändert aber nichts an den *strukturellen* Unterschieden der Entscheidungssituation. Letztlich gründet sich denn auch bei Habermas „die normative Erwartung vernünftiger Ergebnisse auf das Zusammenspiel zwischen der institutionell verfaßten politischen Willensbildung mit den spontanen, nicht-vermachteten Kommunikationsströmen einer nicht auf Beschlußfassung programmierten, in diesem Sinne nicht-organisierten Öffentlichkeit" (ebd., S. 625). Dieses Zusammenspiel basiert auf dem Rechtfertigungszwang der Parlamentarier, dazu ebd., S. 627: Die Abgeordneten möchten „sich in der Regel der Kritik ihrer Wähler nicht aussetzen […], denn die Repräsentanten können bei nächster Gelegenheit von ihren Wählern sanktioniert werden, während sie diesen gegenüber keine vergleichbaren Sanktionsmittel in der Hand haben".

141 Die Frage, wie groß die Bedeutung von Wertungen in der Rechtsanwendung ist, hängt dabei ihrerseits von der juristischen Kultur ab, die wiederum auch vom Stand der Methodendiskussion geprägt ist.

142 Freilich kann es Ausnahmen geben, wenn das Gericht das Verfahren zum Anlass nimmt, eine entgegengerichtete Dogmatik zu entwickeln, die es den aktivistischen Verfahren in Zukunft schwerer macht.

143 Zitate bei *Herzog*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Repräsentation, in: ders./Weßels (Hrsg.), Konfliktpotentiale und Konsensstrategien, S. 307 (325) bzw. *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), S. 191 (202).

144 *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (266). Vgl. auch *Volkmann*, Wahlen in der Demokratie, in: Mörschel (Hrsg.), Wahlen und Demokratie, S. 9 (21 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

drohen[145]. Im Verhältnis zu Zwei-Parteien-Systemen, wie sie im Vereinigten Königreich oder den USA zu finden sind, ist die Zielgenauigkeit der Stimme in Deutschland sogar noch vergleichbar hoch und wächst im Zuge der fortschreitenden Diversifizierung der Parteienlandschaft weiter an.[146] Das ändert aber nichts daran, dass die Vorstellung des prozeduralen Modells zu optimistisch ist. Es fußt auf der Annahme, eine als ungerecht empfundene Rechtslage löse breiteres zivilgesellschaftliches oder auch parteipolitisches Engagement in Form der Hinwendung zu den gesetzgebenden Organen aus, sodass das Parlament die gesellschaftlichen Interessen in die Rechtsordnung kanalisiert. Diese Hinwendung findet nicht in ausreichendem Maße statt. Die Aufmerksamkeit konzentriert sich in der Regel allenfalls auf die wenigen großen politischen Themen der jeweiligen Zeit. Die breite Masse aber bleibt in Fragen der Rechtslage nicht nur buchstäblich teilnahmslos, sondern nimmt ihre Details meist gar nicht erst zur Kenntnis.[147] Die Bürger wählen stattdessen häufig den Weg über die Gerichte, was auch mit Blick auf die Gesamtgesellschaft verhältnismäßig kleinen Gruppen sowie Einzelpersonen, die ihre als persönlich empfundenen Anliegen einklagen wollen, gut möglich ist. Die Judikative ist mit den aktuellen Problemen damit unausweichlich konfrontiert und produziert aktuelle Rechtsprechung, während der Gesetzgeber auch einfach untätig bleiben kann. Diese *konkrete* Hinwendung ist der Grund für das feine Gespür der Gerichte, obwohl die Parlamentarier, wie gesehen, als professionelle Repräsentanten und Teil eines großen Kollektivorgans ihrerseits von ihrer Entscheidungssituation aus *in abstracto* die geeigneteren Interpreten des gesellschaftlichen Willens sind.[148]

Der prozedurale Ansatz hält trotz allem daran fest, das Recht als Produkt politischer Entscheidungen zu verstehen – nicht zuletzt um die *Entscheidbar-*

---

145 Vgl. nur *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 164 f. Zu den Problemen des Wahlakts, die Rechtsentwicklung zu beeinflussen, auch *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 217 ff.

146 Was im Kontext des repräsentativen Ansatzes zur strukturellen Kurzsichtigkeit des Politikbetriebs beiträgt (s. oben III.3.b)), unterstützt hier zudem seine Responsivität: Wenn stets zumindest eine Landtagswahl in Sicht ist oder gerade abgehalten wurde, stellen die neuen Kräfteverhältnisse immer auch eine Reaktion auf die jeweiligen Entscheidungen der politischen Lager dar. Als Kehrseite wird beklagt, dass omnipräsente Wahlen mutige Entscheidungen hemmen, vgl. dazu nur *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), S. 191 (231 f.) und oben II.2. Gebündelte Landtagswahltermine könnten hier Abhilfe schaffen und zudem die gesamtdeutsche Repräsentativität des jeweils reagierenden Wahlvolks erhöhen. Die Responsivität verringert sich aber eben umso mehr, je länger die ‚wahlfreien' Phasen sind.

147 Was für *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 116 ff. bekanntlich gerade das Funktionieren des Justizsystems anzeigt.

148 Vgl. *Waldron*, Law and Disagreement, S. 125.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*keit* zu erhalten. Diese ist in normhierarchischer Hinsicht durch die mit dem Wandel in der Regel einhergehende Berufung auf besonders hohe Werte – also solche der Verfassung bzw. in Verfassungsfragen durch einen Würde- oder Rechtsstaatsbezug – ohnehin belastet. Hinzu kommt, dass Gesetze und Dogmatik zwar aufeinander bezogen sind, aber auf unterschiedlichen Ebenen agieren. Die Dogmatik arbeitet Normen klein und entwickelt sich unter dem Eindruck neuer Gesetze oder neuer Sachangemessenheitsvorstellungen fort. In dieses bestehende dogmatische Gerüst werden neu erlassene Normen des positiven Rechts eingeordnet; sie erhalten auch von ihm aus eine bestimmte Richtung, der sie sich mitunter nur schwer erwehren können, ohne eine grundlegende Neuordnung des entsprechenden Rechtsbereichs vorzunehmen.[149] Denn die dogmatischen Strukturen, an denen sich die Rechtsetzung orientiert, implizieren oftmals ganz bestimmte Denkmuster, die ‚frischen Wind' durchaus abflauen lassen können.[150] Als Beispiel mag hier die konservierende Grundtendenz des Eingriffs- und Schrankendenkens dienen.[151] Ferner sei an die ausgiebige Konstruktion von Rechtsgütern aus schlichten Ge- oder Verbotsnormen – besonders anschaulich etwa im Strafrecht – gedacht, die dann auch der erste Schritt zu einer Subjektivierung der objektivrechtlichen Vorschriften sein kann[152], zunächst aber jedenfalls das Denken innerhalb des jeweiligen Rechtsgebiets auf die entsprechenden Rechtsgüter konzentriert. Allgegenwärtig ist nicht zuletzt die intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung, die

---

149 Überspitzt: *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 75: „Das Gericht wird die Neuregelung tunlichst in das Netz seiner bisherigen Interpretation einbinden und die Änderung juristisch ins Leere laufen lassen." Seine Remedur ebd.: „Je dichter das verfassungsändernde Gesetz, desto eher kann es sich gegen das Bundesverfassungsgericht behaupten." Zum Zivilrecht *Lobinger*, AcP 216 (2016), S. 28 (48): „Gesetzgebung vergeht, Dogmatik besteht."

150 Diese Orientierung muss keine bewusst-reflektierte sein: Die Legisten, die in den Ministerien Gesetzesfassungen erarbeiten, sind in aller Regel Juristen und haben als solche – zumindest im deutschen System – bereits im Rahmen ihrer Ausbildung das Denken von konkreten dogmatischen Strukturen aus verinnerlicht. Gerade in unserer verrechtlichten Diskurskultur (dazu C.) besteht darüber hinaus die Gefahr, dass auch später „im Parlament die Juristen aus den jeweiligen Fraktionen den Diskurs über Verfassungsthemen monopolisieren – denn Unkenntnis der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird vom politischen Gegner schnell als solche enthüllt und als mangelnder Respekt vor dem Grundgesetz angegriffen. Wird der parlamentarische Diskurs jedoch nur unter Juristen mit den entsprechenden Fachbegriffen geführt, so besteht die Gefahr, dass dabei die Grenzen der etablierten Dogmatik stets eingehalten werden, mit anderen Worten: dass sich kein genuiner politischer Verfassungsdiskurs entwickelt, in dem ein breiteres Meinungsspektrum vertreten ist", so *Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), S. 425 (441).

151 Dazu *Schlink*, EuGRZ 1984, S. 457 (462 f.).

152 Dazu bereits oben A.III.4. Vgl. krit. zur entdemokratisierenden Wirkung der Konstruktion von, auch dem Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsgütern im Strafrecht *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331 (334 f., 351 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

als „große[r] Gleich- und Weichmacher“[153] in allen Rechtsbereichen auch den Impetus neuer Normen stets abdämpfen kann. In der Frage des Konkurrenz- und Ergänzungsverhältnisses von Rechtsetzung und konkretisierender Dogmatik nimmt freilich nicht stets die Dogmatik den statischen, der dynamischen Rechtsetzung gegenüberstehenden Part ein. Die umgekehrte Konstellation wird unten noch einmal aufgegriffen (3.).

Nach alledem beharren prozedurale Modelle also darauf, das Parlament bzw. den Gesetzgeber als Quelle der Rechtsordnung zu verstehen – und nicht, wie polemisiert worden ist: „[d]ie Verfassung als juristisches Weltenei“[154]. Das bedeutet nicht, dass etwa die faktisch große Exekutivlastigkeit des Gesetzgebungsprozesses oder andere Verbesserungspotenziale ausgeblendet werden.[155] Als solches kommt auch eine Öffnung für Plebiszite in Betracht, die zwar die beschriebenen Schwächen aufweisen, aber wegen des unmittelbaren Rückgriffs auf den demokratischen Souverän auch unbestreitbare Vorteile haben.[156] Wichtig ist hier letztlich nur, dass sich solche Verbesserungen auf das Gesetzgebungs*verfahren* und nicht auf bestimmte Inhalte beziehen. Das *Parlament* steht an dieser Stelle insofern prototypisch für den formalisierten Rechtsetzungsprozess, weil es auf der klassischen nationalen Ebene der zentrale Akteur ist.

Der Fokus auf das Parlament ist dabei die rechtstheoretische Konsequenz des Denkens vom Verfahren her. Er soll das Volk nicht aus seiner *moralischen* Verantwortung für die Rechtsordnung entlassen, diese demokratische Implikation im Gegenteil gerade betonen und ermöglichen, während sie in der Erzählung allgemeingültiger, übergesetzlicher Rechtsinhalte nicht gebraucht wird. Diese Erzählung erzeugt – in den Worten Rudolf Wiethölters – vielmehr

> „den Schein einer ‚höheren‘ Verankerung von Rechtsgeschehen, die unverrückbare [man mag ergänzen: materielle] Maßstäbe enthält. Sie lenkt den Blick von der Verantwortlichkeit des Menschen *für ‚sein‘ Recht* ab und wendet ihn auf eine Verantwortlichkeit des Menschen *vor ‚dem‘* [übergesetzlichen] *Recht*. Indessen, dieses ‚Recht‘ gibt es nicht. Daran zu glauben, schwächt in Wahrheit die menschliche Verantwortlichkeit für Recht und bietet zugleich trügerische Alibis für Nichtverantwortlichkeit.“[157]

---

153 *Ossenbühl*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 39 (1981), S. 189, dort bezogen auf die „Verfassungsmaßstäbe“.

154 *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 144; weiter heißt es dort: „aus dem alles hervorgeht, vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern“.

155 Dazu *Huber*, Direkte Demokratie?, in: Botha u. a. (Hrsg.), Das Ende des repräsentativen Staates?, S. 293 (299 ff.).

156 Zu Chancen statt vieler *Paulus*, Direkte Demokratie wagen, in: FS Bryde, S. 273 ff.; *Lübbe-Wolff*, Demophobie; s. auch *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] III, § 34, Rn. 23 ff.

157 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 60, Hervorhebungen im Original.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

### *c) Gefahr der „Versteinerung"*

Gegen die Alleinzuständigkeit des Gesetzgebers zur Aktualisierung des Rechts hat sich der Einwand etabliert, die Rechtsordnung „versteinere" in der Folge, weil dieser dem Dynamisierungsbedarf hoffnungslos hinterherhinke.[158] Bereits an dieser Stelle fragt der Subjektivist indes nach den Alternativen: Willensbildungsphasen sind der Demokratie immanent. Sie ist der Gegenentwurf zum schnell und effektiv durchregierenden Alleinherrscher. Nun wandeln sich Normen ebenfalls eher in längeren Zeitabschnitten bzw. inhaltlichen Teilschritten,[159] also weniger wenn eine konkrete Reform in einer bestimmten Legislaturperiode einmal keine Mehrheit findet. Wenn sich aber dauerhaft keine Mehrheiten finden, wird die Frage auch gesellschaftlich und wissenschaftlich in aller Regel umstritten sein. Dann den informellen Weg des Wandels zu gehen, bedeutet, denen Recht zu gewähren, die sich außerhalb des parlamentarischen Verfahrens tatsächlich durchsetzen können – ist also undemokratisch.[160]

Gar keine Anpassungen vorzunehmen ist allerdings auch nicht recht zufriedenstellend. Denn dann bleibt es eben beim teilweise viele Jahrzehnte alten Regelungskonzept, welches heute häufig ebenfalls keine Mehrheit mehr finden würde. Die subjektive Theorie weist damit eine implizit konservative Tendenz auf.[161] Insofern ist die objektive Theorie tatsächlich ausgeglichener, weil sie

---

[158] Vgl. *Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: FS Winkler, S. 1231 ff.

[159] Ein besonderer Zeitablauf ist zwar kein notwendiges Merkmal eines Rechtswandels, so für Verfassungen auch *Hesse*, Grenzen des Verfassungswandels, in: FS Scheuner, S. 123 (127) m. w. N. zur Gegenansicht, faktisch wächst aber seine Wahrscheinlichkeit mit zunehmendem Alter der Norm: zum einen, da Gesetze regelmäßig Ausdruck eines beim Erlass (noch) breiten gesellschaftlichen Konsenses sind, sodass faktisch nur wenige überhaupt das Bedürfnis nach Aktualisierung verspüren; zum anderen, weil der Gedanke der Gewaltenteilung und damit der Gesetzesbindung bei neueren Gesetzen eine besondere normative Autorität des Gesetzgebers impliziert.

[160] Vgl. auch *Püttner*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 73 (2014), S. 302: „Wenn sich die gesellschaftlichen Auffassungen wirklich so gewandelt haben sollen, dann muss es doch auch möglich sein, dem mit Hilfe eines verfassungsändernden Gesetzes Rechnung zu tragen."

[161] Wenn *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 100 dagegenhält: „der Originalismus [ist] keineswegs auf eine spezifisch ‚konservative' Ausrichtung festgelegt", dann ist ihm insofern zuzustimmen, als die subjektive Theorie als solche in keinem Zusammenhang zu konservativen Wertauffassungen steht – die konservative Tendenz ist zunächst nur Reflex ihrer rechtstheoretischen Prinzipien, also insbesondere des Wertrelativismus, gepaart mit dem Alter der Normen. (Siehe zur Überzeugungskraft von Hongs Versuch, auf Grundlage der subjektiven Theorie inhaltlich progressive Norminterpretationen zu begründen, aber bereits oben A.I.4.c).) Da es zu Argumentationszwecken indes naheliegt, diejenigen Methoden zu vertreten, die das individuell bevorzugte Ergebnis stützen, steht es hierzu nicht im Widerspruch, wenn

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich allen Wertrichtungen öffnet. Man wird sie jedenfalls nicht umgekehrt per se modernistisch nennen können.[162] Eine statisch ausgelegte Norm kann aber als sachliche, da zumindest ehedem mehrheitlich beschlossene, Basis den Normsetzungsdiskurs unter den mit ihr Unzufriedenen verbessern, indem sie dazu zwingt, um aktuelle Konsense und gemeinsame Lösungen zu ringen, anstatt rechtlich aufmunitioniert für die eigene Sicht der Dinge und gegen die Anderen zu argumentieren.[163] Jedenfalls das einfache Recht mit seiner verhältnismäßig leichten Änderbarkeit kann einer drohenden Versteinerung damit regelmäßig normativ angemessen begegnen.[164] Problematisch bleiben hauptsächlich die nicht breitenwirksamen Themen – wobei hier weniger die Versteinerung als vielmehr die nur dünne demokratische Basis der tatsächlich vorgenommenen Reformen das Problem ist[165] – und die Strenge des Theorieverständnisses: Man darf die subjektive Theorie nicht übersteigern, indem man auch die allgemeinen, im jeweiligen Normsetzungsprozess gerade nicht konkretisierten Wertvorstellungen einer vergangenen Zeit ergänzend in die Interpretation hineinzieht. Dazu gibt es bei fehlender Positivierung weder Anlass noch bärge ein solches Unterfangen eine besondere Objektivität, weil vergangene Wertüberzeugungen noch schwieriger zu fixieren sind als bestehende und zudem ihrerseits zwangsläufig vor dem aktuellen Werthorizont interpretiert werden.[166] Das wird umso problematischer, je intensiver der Rekurs auf Werte in der Interpretation ausfällt und je mehr diese Werte zusätzlich aus der Verfassung als besonders statischer Norm hergeleitet werden.[167] Freilich ist eine

---

für *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 (423) „die Berufung auf den ursprünglichen Willen des Verfassungsgebers nicht selten Chiffre für eine konservativ-traditionalistische Auslegung und damit selbst Wertung" ist.

162 Das liegt auch daran, dass sie letztlich kaum ein eigenes Konzept, sondern nur die Negation der subjektiven Theorie bezeichnet. In diesem Sinne kann die objektive Theorie als solche nicht für eine spezifisch politische Richtung vereinnahmt werden – was nicht heißt, dass die einzelnen auf ihrer Grundlage vorgebrachten Argumente wertfrei wären.

163 Dazu ausführlich unten C.

164 Im Bereich des Verfassungsrechts ermöglicht die subjektive Theorie eine gewisse Dynamik, indem sich die Verfassung zu bestimmten Detailfragen auf ihrer Grundlage nicht verhalten kann, sodass das BVerfG Reformprozesse zum Teil nur schwer wieder einkassieren kann.

165 Dazu soeben b).

166 Im Ausgangspunkt ist mit dem Rückgriff auf Gesetzesmaterialien als „quellenbasierter" Vorgang im Sinne von *Raz*' „sources thesis" (Authority, Law, and Morality, in: ders., Ethics in the Public Domain, S. 210 ff.) aber die Hoffnung verbunden, dass Existenz und Inhalt des Rechts „can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument" (ebd., S. 211, bezogen nicht allein auf Gesetzesmaterialien).

167 Eine solche Kombination ist hierzulande eher selten, weil klassischerweise die subjektive Theorie den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont. Vgl. aber noch

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

trennscharfe Abgrenzung mitunter schwierig, da gerade als selbstverständlich empfundene Wertungen trotz ihrer unmittelbaren Kausalität für die Normsetzung in den Materialien nicht stets klar als solche ausgewiesen sind; diese Zusammenhänge kommen zum Teil erst retrospektiv deutlich zum Vorschein. Dann können diese Wertungen bei der Interpretation aber nicht einfach unberücksichtigt bleiben. Wichtiger ist aber ohnehin die umgekehrte Konstellation: Auf Grundlage der subjektiven Theorie können Normen nicht im Laufe der Zeit mit neuen Wertungen angereichert werden.

Eine andere Frage ist, inwiefern der normativ verbindliche Wille des Gesetzgebers auch tatsächlich erkannt werden kann und welche Möglichkeiten des Rückgriffs auf diesen Willen sich daraus ergeben, dazu sogleich (2.). Zunächst wird aber noch beleuchtet, in welchem Verhältnis formelle Rechtsänderungen zum allgemeinen Rechtsbewusstsein der Gesellschaft stehen (d)) und welche Symbolik mit Gesetzesänderungen, insbesondere im Bereich des Minderheitenschutzes, verbunden ist (e)).

#### *d) Rechtsänderungen und allgemeines Rechtsbewusstsein*

Das allgemeine Rechtsbewusstsein der Gesellschaft ist in der pluralistisch-prozeduralen Demokratie eine ambivalente Kategorie. Einerseits ist schon nicht recht klar, was damit überhaupt beschrieben sein soll. In Rechtsordnungen, die noch stark auf Traditionen beruhten und mit diesen wuchsen, konnte man das Rechtsbewusstsein nahe an der Sozialmoral verorten und als unmittelbare Rechtsquelle begreifen.[168] Je mehr hingegen das – auch positivistisch verstandene – positive Recht die Rechtsordnung prägt, desto hinfälliger wird die Kategorie scheinbar. An der Moral kann sie sich kaum mehr orientieren, soll sie von spezifisch juristischem Interesse sein. Geht sie wiederum in der bloßen Gesetzeskenntnis auf, verliert sie jeglichen Eigenstand als normative Kategorie, obwohl der Begriff des Rechtsbewusstseins einen normativen Anspruch impliziert.

Andererseits kommt dem Rechtsbewusstsein gerade als Zwischenkategorie aus intuitiver Kenntnis der Rechtsordnung in ihren groben Zügen und innerer Überzeugung von der Richtigkeit oder jedenfalls dem Wert zumindest ihrer tragenden Prinzipien eine besondere demokratische Relevanz zu.[169] Dass ein

---

unten 4.a). Öfter findet man diese Kombination im US-Diskurs, namentlich unter den konservativen Originalisten.

168 Vgl. für die Situation in Deutschland klassisch *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Für case-law Systeme, die auf Präjudizien, aber damit letztlich auf der praktischen Vernunft (der Richter) basieren, gilt entsprechendes.

169 Vgl. zur Kategorie des Rechtsbewusstseins auch *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, S. 392 ff. und *Wür-*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsbewusstsein entsteht, der Bürger also überhaupt eine relativ präzise Vorstellung des geltenden Rechts hat, ist insbesondere in grundlegenden Rechtsbereichen wichtig, damit der Kontrollauftrag bei der Wahl wahrgenommen werden kann – bzw. genauer: damit das Recht für die Wahlentscheidung eine Rolle spielt, was für die Rückführung der Rechtsnormen auf das Volk im prozeduralen Verständnis ebenso unabdingbar wie schwierig zu erreichen ist.[170] Es geht also um die Fähigkeit des Einzelnen, (potenzielle) Gesetzesänderungen angemessen einzuordnen. Das hat dann auch Bedeutung über den Moment der Wahl hinaus und wird nicht zuletzt zur Voraussetzung „der Institutionalisierung einer Rechtsöffentlichkeit, die *über die bestehende Expertenkultur hinausreicht* und hinreichend sensibel ist, um problematische Grundsatzentscheidungen zum Fokus *öffentlicher Kontroversen* zu machen“[171].

Ein Rechtsbewusstsein aber muss sich *bilden*, ist insofern auf eine gewisse Statik des Bezugsgegenstands angewiesen.[172] Grundprinzipien des Rechts-

---

*tenberger*, Zeitgeist und Recht, S. 90 ff. jeweils m. w. N. Wenn das „Rechtsgefühl“ für *Britz*, Rechtsgefühle, in: Keiser u. a. (Hrsg.), Rechtsgefühle, S. 141 (148 ff.) im demokratischen Verfassungsstaat keine sinnvolle Folie für Kritik an der legislativen Rechtsentwicklung ist, dann ist das auf die rhetorische Verschleierung der „Wollensgetriebenheit“ demokratischen Rechts gemünzt: „Gerade indem solches Wollen als *Rechts*gefühl beschrieben würde, ginge potenziell ein nötiges Stück Rechtfertigungs- und Werbungslast verloren“ (ebd., S. 150, Hervorhebung im Original). Aus dieser Perspektive ist das völlig richtig (näher unten C.). Hier geht es indes um das innere Verhältnis des Einzelnen zum Recht und zur Dignität desselben als demokratisch gestaltbare Basis des gesellschaftlichen Zusammenlebens, also um die (Äußerungen ‚vorgelagerte‘) individuelle Bildung des politischen Wollens. So verstanden, kann dem Rechtsgefühl oder -bewusstsein dann auch eine sinnvolle Rolle in rechtskritischen Diskursen zukommen.

170 Auf Ebene der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetzgebung wäre diese demokratisch-funktionale Facette anschlussfähig an ein vom Bestimmtheitsgebot klarer getrenntes Gebot der Normenklarheit, wie es im Sondervotum König/Maidowski/Müller zum Urteil des BVerfG v. 29.11.23 – 2 BvF 1/21 (ohne diese Facette) angedacht wird, dazu noch unten D.II.1.

171 *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 530 (Hervorhebungen nur hier); formuliert als Kontrollinstanz *richterlicher* „Entscheidungen in der Grauzone zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung“, damit aber erst recht übertragbar auf legislatives Handeln.

172 Zur Wechselwirkung eines allgemeinen Rechtsbewusstseins mit dem Gedanken einer Rechtssicherheit, die auch durch Novellierungen erschüttert werden kann, *Denninger*, KJ 1988, S. 1 (6 ff.); s. auch *F. X. Kaufmann*, Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts, in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, S. 185 (192 ff.). Vgl. zur Bedingtheit des Un-/Rechtsbewusstseins auch durch die positive Rechtslage bereits oben A.I.2.b)aa), ebendiese betont auch *Jhering*, der in Abkehr von der historischen Rechtsschule formuliert: „Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht, sondern das Recht hat das Rechtsgefühl erzeugt“ (Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, S. 16); ausführlich zu Jherings Lehre des Rechtsgefühls *Birr*, Der Schatten des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

staats, der Demokratie und der Menschenrechte in ihrer jeweiligen Ausformung[173] internalisiert und lernt der Mensch als Teil seiner Persönlichkeitsentwicklung über einen längeren Zeitraum. Kurzfristiges ‚Umlernen' gibt es hier nicht.[174] Zu viele Rechtsänderungen können vielmehr verwirren und dazu führen, dass sich kognitiv überforderte Bürger gedanklich vom Recht abwenden.[175] Insofern ist möglicherweise ein vorsichtiger Wandel die bessere, auch demokratischere, Alternative, der es gelingt, veränderte Anforderungen stets wieder mit dem Normtext zu vermitteln, auf diese Weise den Steuerungsanspruch des Gesetzes, wenn auch modifizierend, aufrecht zu erhalten und punktuelle formelle Änderungen im Rahmen eines kontinuierlichen Diskurses zu ermöglichen, die dann ein höheres Maß an ursprünglicher Legitimation transportieren. Der Rechtswandel folgt eben eher dem Modus des Rechtsbewusstseins, das keine abrupten Zäsuren kennt, wie sie der Rechtsänderung eigentümlich sind.

Diese Einsicht findet sich im Grunde schon bei Thomas von Aquin, für den das menschliche Gesetz – im Gegensatz zum natürlichen – aufgrund seiner Abhängigkeit von der entwicklungsfähigen praktischen Vernunft zwar geändert, also verbessert, werden kann, wobei

> „aber die Gesetzesänderung selbst, in sich betrachtet, schon einen gewissen Nachteil für das allgemeine Wohl [bedeutet]. Denn zur Beobachtung der Gesetze trägt die Gewohnheit sehr viel bei […]. Wenn deswegen ein Gesetz geändert wird, verringert sich seine zwingende Kraft in dem Maße, als die Gewohnheit aufhört. Daher darf das menschliche Gesetz nur dann geändert werden, wenn die Beeinträchtigung des allgemeinen Wohls in dem Maße ausgeglichen wird, in dem sie erfolgte." Bzw.:

---

Wanderers, insb. S. 191 ff.; vgl. auch *Britz*, Rechtsgefühle, in: Keiser u. a. (Hrsg.), Rechtsgefühle, S. 141 ff.

173 Selbst der konkrete Inhalt der ‚universalen' Menschrechte ist stets kontingent. Wie weit solche Internalisierungen die Details der Rechtsordnung umfassen, lässt sich ebenfalls nicht allgemein festlegen. Das Bewusstsein einer konstitutionalisierten Rechtsordnung versteht ja gerade sehr vieles als Ausdruck eines grundlegenden Gerechtigkeitsgedankens, sodass etwa auch Einzelfragen des Mietrechts ohne Weiteres fest im Rechtsbewusstsein verankert sein können.

174 Medien dieses Lern- und Internalisierungsprozesses sind die (institutionelle) ‚Inszenierung von Recht', die mediale Vermittlung derselben und die Rolle des Rechts in gesellschaftlichen Diskursen, zu allem unten C.

175 In der Tradition des Klagens über eine Gesetzes- oder Normflut kritisiert *Winkler*, Zeit und Recht, S. 203 f. eine Mode der auf Dauer gestellten „Gesetzgebung auf Probe": „Das grundsätzlich zukunftsoffene Ende der Verbindlichkeit von Sinngehalten entspricht im allgemeinen dem Wesen eines Gesetzes", wodurch „für die Adressaten eine Art von rechtsstaatlicher Zukunftsperspektive" begründet werde. Dies werde zunichte gemacht, wenn das Gesetz „zu einem flexiblen gesellschaftspolitischen Instrument des Alltags degradiert und in den Dienst einer experimentierfreudigen Tagespolitik gestellt" werde. Kritik an Winkler bei *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts, S. 355.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> Das Gesetz darf „nicht um einer beliebigen Verbesserung, sondern um großen Nutzens oder großer Notwendigkeit willen“ geändert werden.[176]

Hierin kommt Thomas' Prägung durch Aristoteles deutlich zum Ausdruck. Dessen Rechtsverständnis ist edukatorisch im Sinne einer sukzessiven Hinführung der Menschen zur Tugend durch das Einüben tugendhaften Verhaltens.[177] In der hier eingenommenen demokratietheoretischen Perspektive steht nicht das äußere normgemäße Verhalten des Einzelnen im Mittelpunkt des Interesses, sondern seine rechtspolitische Reflexionsfähigkeit, für die insoweit aber dieselben Zusammenhänge gelten.

Im Einzelnen lässt sich Thomas' Rechnung so natürlich nicht, schon gar nicht als operationable Regel, auf den modernen, säkularen und verrechtlichten Staat mit seinen Gesetzesmassen übertragen, die eine fortlaufende Gesetzgebungstätigkeit erfordern, in der der Nutzen der einzelnen Änderung gar nicht (mehr) präzise ermittelt werden kann, weil eine einzelne Maßnahme regelmäßig eine Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen betrifft, die technisch so zusammenwirken, dass bereits kleinere Anpassungen ausdrückliche Änderungen erforderlich machen, oder neben der konkreten Verhaltensregulierung noch einem Bündel weiterer Ziele dient, etwa der Harmonisierung mit internationalem Recht oder mit Vorgaben der Judikative, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts. Aber gerade hier, in einer Situation, in der ein Gefühl für die positive Rechtslage zu entwickeln den Durchschnittsbürger schon ohne fortlaufende Änderungen latent überfordert, ist der Kerngedanke, mit der Rechtsordnung keinen Aktionismus zu betreiben, besonders wichtig.

Auf einen gewissen Aktionismus in der Rechtssetzung baut der prozedurale Ansatz indes gerade auf. Und er tut dies seinerseits gerade aus dem Bedürfnis nach Klarheit heraus, welche durch den nicht formalisierten Rechtswandel ebenfalls bedroht ist. Forsthoff formuliert mit Blick auf die Verfassung, was sich gleichermaßen auf das gesamte Recht beziehen ließe: „Jede Evidenz der Verfassung ist damit [infolge des Rechtswandels] dahin, und die Bildung und Praktizierung einer eigenen Meinung durch den Rechtsgenossen geschieht auf eigenes Risiko.“[178] Es ist insofern eine Kalamität der Verrechtlichung selbst, dass das Rechtsbewusstsein sowohl durch Wandel als auch durch Änderung potenziell Schaden nimmt. Eine der Thesen dieser Arbeit besteht nun darin,

---

176 *Thomas von Aquin*, Summa Theologica, I–II, Frage 97, Art. 2.

177 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, II.1, 1103a13–b25.

178 *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS Schmitt, S. 35 (47); genaugenommen bezieht sich Forsthoff an dieser Stelle auf die Praxis der Gerichte, den Rechtswandel scheibchenweise voranzutreiben, wie es oben A.III. beschrieben ist. Für ihn untergraben die in jedem Schritt vagen, alle Optionen offenlassenden Formulierungen die Evidenz des Gesetzes, die freilich, so der Tenor des gesamten Aufsatzes, bereits dadurch leidet, dass sich der Norminhalt nicht mehr durch ‚klassische' Interpretation ermitteln lässt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dass als Reaktion auf die immer flexiblere Interpretationspraxis breite Teile der „Rechtsgenossen" das „Risiko", sich ihre eigene Meinung über den Inhalt des Rechts zu bilden und diese selbstbewusst zu vertreten, nicht mehr scheuen, vielmehr immer extensiver praktizieren. Etwas anderes bleibt politisch engagierten Kreisen oft auch nicht mehr übrig, lassen sich zu konkreten Rechtsfragen doch häufig die verschiedensten Rechtsmeinungen vertreten, ohne dass eine objektive Evidenz in die eine oder andere Richtung erreichbar scheint. Das wird den Rechtswandel auch in Zukunft befördern, nachdem er in Vergangenheit noch stärker innerhalb des juristischen Fachdiskurses vorangetrieben worden ist – dazu mehr unter C. Der prozedurale Lösungsansatz für das Problem des Rechtsbewusstseins jedenfalls muss die Frage der Geltungsdauer der Gesetze ausblenden (weil dort mit seinen Mitteln ‚nichts zu holen' ist) und sich auf „die Publizität und Transparenz der Entstehung der Gesetze" konzentrieren.[179] Wird der parlamentarische Normsetzungsdiskurs auf einen breiten und intensiven öffentlichen Diskurs hin angelegt und von einem solchen begleitet, dann können die tragenden Wertungen auch auf diesem Wege erkennbar werden. Der Vorteil des konkreten Diskurses gegenüber der abstrakten Geltungsdauer liegt dabei in der rational-aktualisierenden Selbstvergewisserung über die das Gemeinwesen konstituierenden Grundsätze und deren Konkretisierung in den einzelnen Normen anstelle des oben beschriebenen eher intuitiv-emotionalen Zugangs. Damit baut dieser Ansatz freilich auf deutlich anspruchsvolleren Voraussetzungen auf. Die politische Aufmerksamkeitsspanne des Einzelnen müsste sich dafür aber immerhin quantitativ weniger steigern, als man zunächst meinen könnte, wenn eine politische Diskurskultur heranwüchse, die das vorhandene Einsparpotenzial im Bereich ausgiebigen Skandalisierens zugunsten eines sachorientierten Austauschs von Argumenten in der Öffentlichkeit nutzte.

Nie *gänzlich* ausräumen lässt sich bei alledem die Gefahr der Überforderung der gesellschaftlichen Basis, mit der das Recht mehr und mehr zum Spezialsystem der Juristen würde, das abgekoppelt vom Rechtsgefühl und weitgehend ohne Verbindungslinie in die Moralvorstellungen der Gesellschaft keine – oder nur noch eine je nach Skandalisierungspotenzial situativ durch die Opposition angestachelte – politische Änderungskontrolle ‚von unten' mehr kennt.[180] Der prozedurale Ansatz sieht darin in letzter Konsequenz das

---

[179] *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, S. 355; dort heißt es weiter: „Synchronisierung von Gesetzesinhalt und gesellschaftlicher Entwicklung kann vielmehr eine Dynamisierung der Gesetzgebung erfordern, soll nicht überwiegend auf eine [eben intransparente] Anpassung der Gesetze durch Rechtsprechung ausgewichen werden."

[180] *Hegel* formuliert das für seine Zeit, in der ihm eigentümlichen Verschachtelung, drastisch: „Wenn die Kenntnis des Rechtes durch die Beschaffenheit dessen, was die Gesetze in ihrem Umfange ausmacht, ferner des Ganges der gerichtlichen Verhandlun-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wagnis der Demokratie, die das politische Engagement der Bürgerschaft als Fundament voraussetzen muss[181]; das inhaltlich-repräsentative Rechtsverständnis zieht in Problemfällen die ersatzweise Pflege des Rechtsbewusstseins durch Rechtswandel, damit aber gleichsam ‚von oben', vor.

### *e) Symbolik der Rechtsänderung: Anerkennung oder semantischer Ausschluss?*

Ein weiteres ambivalentes Feld betrifft die Symbolik von Rechtsänderungen, gerade in Bereichen, in denen die Änderung aus dem Selbstverständnis motiviert ist, dem ‚eigentlich' angemessenen Normalzustand der Gesellschaft näherzukommen, also insbesondere im Bereich von Identitätspolitik, Gleichstellung und Minderheitenschutz. Hier stellt es einen qualitativen Unterschied dar, ob sich ein erfolgreicher Kampf um Anerkennung der eigenen Belange im Wege der wandelnden Interpretation niederschlägt oder ob der ‚Fortschritt' durch einen modifizierten Normtext auch als solcher offengelegt wird. Letztere Variante steht vor den höheren Hürden des Gesetzgebungsverfahrens; sie im Erfolgsfalle überwunden zu haben symbolisiert ein besonderes Maß an Anerkennung, schafft Rechtssicherheit und verstetigt durch die Hürden einer formellen Rückänderung das Anliegen. Auf der anderen Seite betont ein geänderter Normtext eben das Moment der Änderung und läuft damit Gefahr, entgegen seiner Intention die Unterschiede symbolisch zu verfestigen, anstatt sie

---

gen und die Möglichkeit, das Recht zu verfolgen, *Eigentum* eines auch durch Terminologie, die für die, um deren Recht es geht, eine fremde Sprache ist, sich ausschließend machenden Standes ist, so sind die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, die für die Subsistenz auf *ihre Tätigkeit, ihr eigenes Wissen und Wollen* angewiesen sind, gegen das nicht nur Persönlichste und Eigenste, sondern auch das Substantielle und Vernünftige darin, *das Recht, fremd* gehalten und unter *Vormundschaft*, selbst in eine Art von Leibeigenschaft gegen solchen Stand gesetzt. Wenn sie wohl das Recht haben, im Gerichte leiblich, mit den *Füßen*, zugegen zu sein (in iudicio *stare)*, so ist dies wenig, wenn sie nicht *geistig*, mit ihrem eigenen *Wissen* gegenwärtig sein sollen, und das Recht, das sie erlangen, bleibt ein äußerliches *Schicksal* für sie" (Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 228 – Hervorhebungen im Original, dort unmittelbar als Argument für Geschworenengerichte). Die Einführung der Demokratie als solche verändert dieses Schicksalhafte nur der Idee nach, zumal die Rechtsmassen selbst gleichzeitig unübersichtlicher werden. Für *Schützeichel*, Soziologie des Rechtsgefühls, in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, S. 65 (89 f.) liegt das Problem primär in der Ausdifferenzierung und Spezialisierung des Rechtsstoffs.

181 Wobei die lebensweltlichen Bedingungen dieses Engagements freilich wiederum durch Recht gestaltbar sind, vgl. zuletzt etwa *Honneth*, Der arbeitende Souverän. Die – materialistische – Frage nach den Bedingungen ist sicherlich konstruktiver als das Beklagen fehlender staatsbürgerlicher Tugenden. Das apodiktische Einfordern derselben ohne Angabe der dort hinführenden Mittel wirkt hilflos und ihm haftet etwas Illiberales an, vgl. dazu *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, S. 139 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einzuebnen. Eine inkludierende Interpretation symbolisiert dagegen Normalität und die Selbstverständlichkeit der Gleichheit.[182] Man stelle sich etwa eine – zugegebenermaßen etwas plumpe – geänderte Fassung des Art. 6 Abs. 1 GG zur verfassungsrechtlichen Absicherung der „Ehe für alle" vor, in der es in einem zweiten Satz hieße: „Das gilt auch für Paare gleichen Geschlechts". Damit wäre implizit ausgedrückt, dass die „Ehe" im Sinne des Art. 6 GG gleichgeschlechtlichen Paaren ‚eigentlich' nicht offensteht – und non-binäre Personen würden in einer solchen Formulierung ohnehin durch das Raster fallen. Die einfachgesetzliche Umsetzung in § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB – „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts" – umgeht nur dieses zweite Problem, drückt aber gleichfalls nicht vollkommen aus, was eigentlich gemeint ist, dass nämlich die Frage des Geschlechts gar keine Rolle spielen soll.

Das Problem gründet häufig in der diskriminierenden Sachstruktur des Regelungsgegenstands, die durch die ausdrückliche Gleichstellung nicht einfach verändert ist[183] – dann handelt es sich nur um eine unvollkommene Zwischenlösung innerhalb des gesellschaftlichen Normalisierungsprozesses. Die Beurteilung dieses Aspekts fällt wiederum ambivalent aus: Einerseits sollte das rechtliche Ergebnis im Mittelpunkt der Betrachtung stehen, sodass die Frage der rechtstechnischen Umsetzung an Relevanz verliert, zumal es auch von (bewusstseinsbildendem) Wert sein kann, wenn die historische Entwicklung aus den Vorschriften ablesbar ist. Andererseits darf man die symbolische Dimension des Normtexts im Recht nicht geringschätzen. Dieses ist im Positivismus zwar nicht von der Moral abhängig, muss sich aber gerade deshalb nach Möglichkeit darum bemühen, trotzdem als Gerechtigkeitsordnung wahrgenommen zu werden. Dafür sind Verweise oder Ausnahmebestimmungen eher abträglich; anzustreben sind stets gerechte Grundsatznormen. Wir haben gesehen, wie der Rechtswandel im Ergebnis neue ‚Ausgangspunkte' schafft, anstatt Randkorrekturen vorzunehmen. Da der prozedurale Ansatz den Rechtswandel ablehnt, steht er hier mitunter vor Schwierigkeiten, auch wenn sich mit umsichtigen Neuformulierungen viel erreichen lässt.[184] Ohnehin darf das

---

182 Zu den Schwierigkeiten angemessener Neuformulierungen auch *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 204 ff.

183 Auch radikale Lösungen, im hier aufgeworfenen Beispiel etwa die Streichung der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG bzw. ein Abbau der rechtlich an die Ehe anknüpfenden Konsequenzen, können insofern sinnvoll sein, um ein höheres Maß an Gerechtigkeit zu erreichen. Mehrheiten für solche Vorschläge werden sich freilich regelmäßig nicht kurzfristig organisieren lassen.

184 Dort wo gerade die verwendeten Begriffe und nicht deren Interpretation als Problem wahrgenommen werden, kann ohnehin nur auf formelle Änderungen zurückgegriffen werden, vgl. etwa die Diskussion um den Rasse-Begriff im Grundgesetz, dazu statt vieler einerseits *Liebscher*, AöR 146 (2021), S. 87 (insb. 126 f.); andererseits *Kischel*, AöR 145 (2020), S. 227 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

alles nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch, und zwar nicht nur ausnahmsweise, ‚klare Fälle' gibt, in denen gegen die Symbolik der Änderung nichts zu erinnern ist.[185]

## 2. Möglichkeiten des Rückgriffs auf den Willen des historischen Gesetzgebers

Nachdem nunmehr einige Einwände gegen eine volle Konzentration auf die Rechtsänderung als Mittel der Rechtsentwicklung besprochen sind, soll es nun – ihre normative Verbindlichkeit innerhalb des prozeduralen Modells voraussetzend[186] – noch einmal konkret um die rechtsmethodische Leistungsfähigkeit der subjektiven Theorie gehen. Wenn nicht alles täuscht, erhält diese in den letzten Jahren wieder vermehrt Zulauf. Das mag daran liegen, dass mittlerweile die bestehende staatliche Ordnung im Großen und Ganzen als gerecht wahrgenommen wird, sodass für eine Umwertung der Rechtsordnung mithilfe der objektiven Theorie, anders als in der frühen Bundesrepublik, kein Bedürfnis mehr besteht. Der Aufschwung lässt sich aber durchaus auch als Ausdruck der heutigen schnelllebigen, von Informationsunsicherheiten und extremem Pluralismus geprägten Zeit lesen, in der es schwierig ist, Meinungen als solche zu erkennen und sich eigene zu bilden.[187] Die Sehnsucht nach Übersichtlichkeit führt dann zum Bestreben, aus der Vielzahl der Meinungen klarer nach dem prozeduralen Mehrheitsprinzip zu filtern. Wie gut funktioniert das?

---

185 Ein gelungenes Beispiel einer gleichstellenden Formulierung hätte etwa die Änderung des Art. 41 Abs. 2 der Irischen Verfassung dargestellt. Dort heißt es: „Der Staat erkennt insbesondere an, dass die Frau durch ihr häusliches Leben dem Staat eine Stütze ist, ohne die das Gemeinwohl nicht erreicht werden kann. Der Staat ist daher bestrebt, dafür zu sorgen, daß die Mütter nicht durch wirtschaftliche Notwendigkeit gezwungen werden, unter Vernachlässigung ihrer häuslichen Pflichten zu arbeiten." In der Neufassung, die allerdings im Referendum vom 8.3.2024 mit deutlicher Mehrheit abgelehnt wurde, hätte es geheißen: „Der Staat erkennt an, dass die Fürsorge der Familienmitglieder füreinander aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Bindungen der Gesellschaft eine Stütze ist, ohne die das Gemeinwohl nicht erreicht werden kann, und ist bestrebt, diese Fürsorge zu fördern."

186 Zum konstitutiven Zusammenhang von Positivität und Historizität des Rechts (wenn auch nicht konkret als Begründung der subjektiven Auslegungstheorie) ausführlich *Schwab*, Geschichte und Argument.

187 Gerade in Zeiten, in denen angesichts von ‚Fake News' und ‚alternativen Fakten' das allgemeine Vertrauen in gefestigte Grundsätze und -gewissheiten erodiert, ist es besonders einfach, eine komplett neue Interpretation eines alten Texts als die – eventuell gar: von Anfang an – ‚richtige' zu platzieren. Diese Gemengelage für die eigenen rechtspolitischen Ansichten zu nutzen, befördert diese Entwicklung seinerseits.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zunächst einmal bedeutet subjektive Theorie nicht bloß, den Vorrang des historischen oder genetischen Auslegungselements zu betonen. Da die Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien tatsächlich regelmäßig keine oder nur schwache Anhaltspunkte für die Lösung eines konkreten Auslegungsproblems ergibt, wäre sie insofern eine Teilzeit-Methodik. Eine subjektiv-theoretische Interpretation sucht vielmehr *in jedem Fall* nach dem Willen des Normgebers als dem *Ziel* der Auslegungstätigkeit – denn dieser Wille ist für sie identisch mit dem Norminhalt. Als Indizien für die Erkenntnis dieses Ziels dienen dabei *alle* Tatsachen, aus denen auf diesen Willen geschlossen werden kann, also insbesondere auch Wortlaut und Systematik des Gesetzes.[188] Lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien hingegen eine belastbare Annahme über den Gesetzgeberwillen entnehmen, so kommt ihm durchaus ein besonderer Stellenwert zu, den Indizien aus anderen „Auslegungsgegenständen" im Regelfall nicht überspielen können. Darin liegt denn auch der entscheidende Unterschied zur objektiven Theorie, für welche der historischen Interpretation gerade umgekehrt eine den übrigen Auslegungselementen eher untergeordnete Relevanz zukommt. Mit dieser Einordnung soll es an dieser Stelle daher letztlich doch ‚bloß' um den Umgang mit Gesetzesbegründungen und die Möglichkeiten, die eine Auswertung derselben für eine rationale Rechtsanwendung eröffnet, gehen.[189] Auch dazu ist in letzter Zeit einiges publiziert worden.[190]

Schwierigkeiten bestehen – abgesehen von der Konstellation, in welcher die Materialien zur konkreten Auslegungsfrage schlichtweg schweigen – im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird bereits grundsätzlich bezweifelt, dass sich aus den zur Verfügung stehenden Materialien, die stets Äußerungen von Einzelpersonen enthalten, ein normativ belastbarer Wille des – im Fall der Bundesgesetzgebung aus zwei *Kollektiv*organen zusammengesetzten – Gesetzgebers konstruieren lässt (a)). Hält man dies für möglich,

---

188 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 338 ff. Dort auch die Bezeichnung als „Auslegungsgegenstände".

189 Ebenso *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 87: „Der abstrakte Streit über das Auslegungsziel wird erst dann relevant, wenn es zum Schwur darüber kommt, ob Aussagen aus den Gesetzesmaterialien vom Gericht ignoriert werden dürfen oder ob sie bindend wirken. Damit zeigt sich, dass beide Fragestellungen zusammenhängen und die Materialienfrage gleichermaßen den Kern der Diskussion bildet."

190 Als ‚Startschuss' ließe sich womöglich der von *Fleischer* 2013 herausgegebene Sammelband Mysterium „Gesetzesmaterialien" ansehen. Monografisch aus zivilrechtlicher Perspektive *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers; aus öffentlichrechtlicher Perspektive *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?; siehe ferner *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, insb. S. 225 ff., 377 ff.; *v. Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 2015, S. 135 ff.; vgl. für eine strafrechtliche Perspektive etwa *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 204 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellt sich zum anderen die Frage, wie ein historisches Argument konkret gebildet werden soll, also welche Kriterien für seine Qualität maßgeblich sind; denn wie bei jedem Auslegungsmittel kann selbstverständlich auch die Analyse der jeweiligen Gesetzesmaterialien von Fall zu Fall unterschiedlich zwingende Folgen für die Interpretation ergeben (b)). Im Anschluss ist der Frage nachzugehen, wie die theoretischen Erkenntnisse zu diesen Punkten praktisch umgesetzt werden können (c)).

### *a) Existenz und Konstruktion eines Gesetzgeberwillens*

Der klassische Einwand des sog. Willensarguments weist darauf hin, dass Parlamente als Kollektivorgane so etwas wie einen Willen als psychologische Tatsache nicht bilden könnten.[191] Die Public Choice-Theorie sekundiert mit dem Verweis

> „auf die Vielzahl verschiedener, teils gegenläufiger Interessen der konkret am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen […], die regelmäßig bestimmten Interessengruppen, Wählerschichten, Parteilogiken und vor allem dem Projekt ihrer Wiederwahl verpflichtet sind. Diese Interessen ließen sich zwar politisch in ein Gesetz als Text gewordener Kompromiss fassen, nicht aber analytisch zu einem übergreifenden Zweck aufsummieren, der gleichsam einem übergeordneten Akteur […] zugeschrieben werden könnte."[192]

Danach wäre eine subjektive Auslegung in nachabsolutistischen Zeiten allenfalls noch für Normen möglich, die eine Einzelperson erlässt oder die einer solchen jedenfalls zugerechnet werden, etwa Rechtsverordnungen eines Ministers.[193] Dieser Einwand darf indes für den bundesrepublikanischen Diskurs als weitgehend überholt gelten. Hierzulande besteht mittlerweile ein breiter (Minimal-)Konsens darüber, dass man dem Gesetzgeber zu Auslegungszwecken einen einheitlichen Willen als *normative* Größe zurechnen kann.[194] Die

---

191 Einflussreich *Binding*, Handbuch des Strafrechts I, S. 454 ff.; weitere Nwe. zum deutschsprachigen Raum bei *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 131 und *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 350; zur internationalen Diskussion bei *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, S. 230.

192 So die Zusammenfassung von *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 231, der diesen Einwänden jedoch ein Konzept der „Rechtsetzung als kollektiver intentionaler Aktivität" entgegensetzt, dazu sogleich im Text.

193 Zur Diskussion um einen Zusammenhang von Auslegungstheorie und Staatsform *Schröder*, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, S. 88 ff. m. w. N.

194 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 351 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 46 f.; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 132, jeweils m. w. N. Entschieden a. A. aus neuerer Zeit etwa *Meyer*, Der Staat 48 (2009), S. 278 (282 ff.). Im anglo-amerikanische Rechtsraum ist die Public Choice Skepsis stärker vertreten, wobei man den unterschiedlichen Stellenwert des Gesetzes für den Prozess der Rechtsentwicklung in case-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Frage, wie diese Zurechnung im Einzelnen begründet werden kann, erhält dabei aber erstaunlich wenig Aufmerksamkeit. Sie wird als theoretisches Problem den sich dafür interessierenden Spezialisten überlassen. In der Folge ist diese „zentrale Schnittstelle von Legitimations- und Auslegungstheorie […] in theoretischer Hinsicht eine Leerstelle“[195] – von einer merklichen Rezeption durch die Praxis ganz zu schweigen. Keine Schwierigkeiten bereitet die Zurechnung hinsichtlich des Willens, den konkreten Normtext zu verabschieden. Darüber wird abgestimmt. Die Probleme wurzeln darin, dass sich diese Abstimmung nicht auf den Inhalt der Gesetzesmaterialien erstreckt, sodass keine per se authentischen Begründungen oder Erläuterungen existieren. Entsprechend müssen die während des Gesetzgebungsverfahrens – aus Sicht der Rechtsanwendungstheorie: als Beiwerk – anfallenden Materialien herangezogen und aus diesen mithilfe normativer Vorannahmen ein Wille mehr konstruiert als rekonstruiert werden. Den ebenfalls schon klassischen Ansatz hierzu bildet die Paktentheorie: Danach macht sich die gesetzesbeschließende Parlamentsmehrheit die Ausführungen der Entwurfsbegründung insoweit zu eigen, wie sie keine Änderungen vornimmt.[196] Angesichts der Praxis, Gesetzesentwürfe im Regelfall in den Ministerien auszuarbeiten und allenfalls zur Beschleunigung des Verfahrens nach Art. 76 GG über die Fraktionen in den Bundestag einzubringen[197], begünstigt das zwar die Exekutivlastigkeit der Gesetzgebung. Im Grundsatz ist die Paktentheorie jedoch durchaus tragfähig. Es darf vermutet werden, dass die Entwurfsbegründung dem Willen des Parlaments entspricht, solange andere Indizien aus dem Gesetzgebungsverfahren dies nicht widerlegen.

Eine Stufe anspruchsvoller ist insofern ein neuerer Ansatz, der unter dem Stichwort der „kollektiven Intentionalität“ von der Sozialphilosophie angeregt und dann insbesondere von Thomas Wischmeyer und Markus Sehl in den deutschen rechtstheoretischen Diskurs eingeführt worden ist.[198] Danach kann auch

---

law-Systemen berücksichtigen muss. Aus dieser Tradition heraus galt im UK gar über 200 Jahre lang die „exclusionary rule“, ein prinzipielles Verbot, im Rahmen der gerichtlichen Rechtsfindung Gesetzesmaterialien zu konsultierten; s. dazu etwa *Fleischer*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 1 (21 ff.).

195 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 228.

196 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 142; *Fleischer*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 1 (15); krit. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 226 ff., jeweils m. w. N.

197 Siehe die Zahlen bei *Risse*, in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 76, Rn. 30 ff., 109. Die Anregung zu Gesetzesentwürfen auch der Ministerien kommt allerdings wiederum regelmäßig aus den Fraktionen, *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, S. 176.

198 S. für einen Überblick über die philosophische Debatte *Schmid/Schweikard* (Hrsg.), Kollektive Intentionalität; die juristische Rezeption bei *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 225 ff.; *ders*., JZ 2015, S. 957 ff.; *Sehl*, Was will

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

das Handeln von Kollektiven, insbesondere des Gesetzgebers, als tatsächlich intentionale Aktivität verstanden und infolgedessen der normative Anteil bei der Bestimmung eines Gesetzgeberwillens auf ein Minimum reduziert werden.[199] Bei Wischmeyer ist das normative Element dabei noch vergleichsweise deutlich erkennbar: Er verweist auf die notwendigerweise kooperative Arbeitsweise des Parlaments, das detaillierten Regeln zum Zwecke einer klar strukturierten Entscheidungsfindung folge. Weil Gesetzgebung „dem Einzelnen gar nicht möglich ist, […] vielmehr von seiner Einbettung in eine Gruppe […] abhängig ist", ist sie „stets ein überschießender, andere einschließender Plan".[200] Unter solchen Bedingungen könne einem Kollektiv als solchem ein Wille zugerechnet werden und sei das Kollektiv als solches verantwortlich für seine Beschlüsse. Verdeutlichen lässt sich das insbesondere anhand eines Vergleichs mit dem Wahlvolk, das als Kollektiv keine eigenen Intentionen hat, weil es nur als Summe von individuellen Stimmabgaben existiert, die ihrerseits aus den verschiedensten Hoffnungen und Erwartungen motiviert sind, ohne dass die Einzelnen in einem Sinne interagieren könnten, der die Möglichkeit inhaltlicher Kompromisse eröffnen würde.[201] Sehl hingegen begreift den Willen des Gesetzgebers als „sozial-ontologisches" Faktum „geteilter Absichten" der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten.[202] Diese ließen sich prinzipiell, wenn auch nicht zwingend in jedem einzelnen Fall, empirisch ermitteln, wobei auf die Bestimmung eines ‚einheitlichen' Willens konsequenterweise verzichtet wird.[203] Normative Erwägungen spielen in diesem Konzept insofern erst bei der Umsetzung des Befunds an „geteilten Absichten" in ein rechtliches Argument eine Rolle. Das führt zum nächsten Punkt.

---

der Gesetzgeber?, S. 99 ff.; vgl. auch *v. Landenberg-Roberg/ders.*, RW 2015, S. 135 (145 ff.).

199 Der Kritik an einem Verständnis des Gesetzgeberwillens als normative Konstruktion und damit Fiktion (*Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 228 f., 243 f.; *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 97 ff.), wird man mit *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 134 f. entgegenhalten müssen, dass auch sie im Hinblick auf die Materialien ‚nur' elaborierte Kriterien für eine letztlich „wertende Zuschreibung" (*Frieling*, ebd.) entwickeln. Auf die Begriffe kommt es hier indes weniger an. Wischmeyer und Sehl ist jedenfalls darin zuzustimmen, dass ein vorschnelles Ausflüchten auf die Funktionalität von Fiktionen in diesem Zusammenhang einer sachangemessenen und zu den eigentlichen Problemen vordringenden Behandlung oftmals im Wege steht.

200 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 246.

201 Vgl. *Ekins*, The Nature of Legislative Intent, S. 146 ff. Soweit die Fiktionalität des Willens also ein Argument gegen die genetische Auslegung wäre, gälte dies erst recht für Vorstellungen wie die öffentliche Meinung oder den Zeitgeist pluralistischer Gesellschaften, die der Gegenansicht als Referenzobjekt dienen.

202 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 106 ff.

203 Ebd., S. 113 ff. Vgl. auch das Beispiel des Parlamentarischen Rats bei *v. Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 2015, S. 135 (152 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die hier offenbar gewordenen Schwierigkeiten bei der Fixierung eines verbindlichen Gesetzgebungswillens verdeutlichen, obwohl sie überwindbar sind, jedenfalls noch einmal die Relevanz der Unterscheidung von gesetzlichen Zwecken und Mitteln in der Rechtsanwendung. Gerade die genetische Auslegung, mit der ja der ‚subjektive' Zweck des Gesetzgebers ermittelt werden soll, gebietet angesichts nicht stets einheitlicher Motivlagen der Parlamentarier einen besonderen Fokus auf die normierten Mittel, weil über *diese* Einigkeit innerhalb der beschließenden Mehrheit bestand, und entschärft insofern einige Probleme bei der Zweckermittlung.[204] Für die Suche nach einem normativ belastbaren präzisierenden Willen als ‚eigentlich' genetische Auslegung verbleibt in Anbetracht der Abstraktionshöhe des Normtexts dabei ein breiter Raum.[205]

### *b) Wann ergibt sich aus einem Materialienbefund ein belastbares Argument?*

Kriterien für die Qualität eines konkreten genetischen Arguments sind schon deshalb unerlässlich, weil der Fall nicht selten ist, in dem die „Masse an Materialien […] bei günstiger Selektion […] scheinbar für jede Behauptung eine Rechtfertigung"[206] bietet. Eine erste Sortierung der anfallenden Materialien

---

[204] Deshalb wäre es ein – mitunter freilich schwer umsetzbares – Desiderat an die rechtspolitische Praxis, dass die gesetzgebenden Akteure, nachdem sie sich auf gemeinsame Ziele einigen konnten, ihre politische Arbeit nicht einstellen und ebenjene normieren, sondern weiter um Kompromisse ringen, wie sich diese Ziele am besten umsetzen lassen, also nach konkret zu normierenden Mitteln suchen. Diese sind zwar vor einer Umdeutung nicht gefeit, halten die Spielräume dazu aber im Rahmen des der Politik Möglichen klein – und den Anteil des im demokratischen Verfahren Entschiedenen innerhalb der Rechtsordnung entsprechend groß: Gäbe es nur Ziele, würden diese sich mit zunehmender Zahl gegenseitig relativieren; die Judikative müsste sie von Fall zu Fall gegeneinander ausspielen und das Wesentliche selbst gestalten.

[205] Vgl. zum Ganzen *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 250: „Das Problem der Suche nach dem Gesetzeszweck ist also nicht, dass Gerichte nach der Intention des Gesetzgebers suchen, sondern die Annahme, es gäbe genau ‚das eine' maßgebliche oder gar vernünftige Ziel eines Gesetzes. Die Praxis bestätigt, dass die Suche nach Singularität und nicht die nach Intentionalität das eigentliche Problem ist. Der Gesetzgeber kann vielmehr durchaus strategisch Unklarheiten und Ambiguitäten produzieren, wo Uneinigkeit über die Auflösung von Zielkonflikten besteht. Diese Ambiguitäten darf der Rechtsanwender nicht durch die Suche nach dem vermeintlich eigentlichen oder richtigen Zweck überspielen." Untermauern ließe sich diese Einschätzung etwa durch *Reichelts* empirische Untersuchung, Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dort S. 183: „Eine argumentative Auseinandersetzung mit verschiedenen in Betracht kommenden Zwecken nimmt der BGH grundsätzlich nicht vor."

[206] *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 95. Das dient bisweilen als Argument gegen die Verwendung von Materialien, verdeutlicht aber gerade im Gegenteil die Dringlich-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf Grundlage seiner vorigen Ausführungen findet sich bei Wischmeyer: Obwohl sie die prinzipielle Richtung erstmals vorgeben, sind Referentenentwürfe demnach keine tauglichen Materialien, weil sie dem Bundestag nicht unmittelbar zugänglich sind und die parlamentarische Willensbildung insofern nicht beeinflussen können.[207] Etwas anderes gilt für den Gesetzesentwurf und seine Begründung als „Bezugspunkt der gesamten parlamentarischen Prozedur".[208] Den Plenarprotokollen, insbesondere denjenigen der ersten Lesung, soll hingegen keine Auslegungsrelevanz zukommen, weil in der parlamentarischen Aussprache – zumal durch Individualäußerungen der Abgeordneten – gerade die *unterschiedlichen* Positionen der Fraktionen transparent gemacht werden, die im Laufe des Verfahrens zu *einem* Willen des Kollektivs kondensieren sollen.[209] Den die Ausschussberatungen dokumentierenden Materialien misst Wischmeyer ebenfalls keine Bedeutung im Rahmen der Rechtsanwendung bei, da sie selbst wiederum die Willensbildung des Plenums nicht beeinflussen. Erst den Ausschussbericht und die Beschlussempfehlung macht sich der Bundestag zu eigen, indem sie die Grundlage der weiteren Beratungen bilden.[210] Sodann sollen nur noch etwaige erfolgreiche Änderungsanträge Berücksichtigung finden.[211]

---

keit, mit der eine entsprechende Methodik etabliert werden muss. Gewisse Mindeststandards existieren freilich schon immer – was die Praxis aber nicht verlässlich davon abgehalten hat, sie zu missachten, vgl. nur die scharfe Kritik bei *Esser*, JZ 1975, S. 555 ff.

207 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 389 f.

208 Ebd., S. 390.

209 Ebd., S. 391. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 169 differenziert hier: Anhand von Protokollen könnten anhand von „Quelle[n] erster Ordnung" über die Äußerungen von Einzelpersonen und deren gegenseitige Bezugnahmen „geteilte Absichten" rekonstruiert werden, während aufbereitete Materialien wie Berichte ihrerseits den Vorteil hätten, bereits koordinierte Absichten widerzuspiegeln.

210 *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 392 f. Diese Begründung kritisiert *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 207 f. zurecht. Die weitere Befassung entspricht dem ordnungsgemäßen Verfahren, sodass sich der Bundestag den Ausschussbericht in dieser Konstruktion nur dann *nicht* zu eigen macht, wenn er ausdrücklich widerspricht und Änderungen vornimmt. Die Aneignung knüpft also nicht selbst an positive Voraussetzungen an und bleibt damit Fiktion. Als solche ist sie zu dünn begründet. Eine tragfähige Begründung desselben Ergebnisses stellt dagegen, zumindest ergänzend, auf die schon vorher einsetzende Rückkopplung der Willensbildung des Ausschusses an die Arbeit innerhalb der Fraktionen ab, dazu ebd. Denselben Gedanken kann man – mit einigen Abstrichen – auch bereits hinsichtlich der Einbindung der Fraktionen in die Entwicklung des Regierungsentwurfs und seiner Begründung heranziehen, ebd., S. 215 f.

211 Die Mitwirkung des Bundesrats klammert *Wischmeyer* aus, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 394. Zur Rolle des Vermittlungsausschusses bei der genetischen Auslegung *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 223 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wischmeyer verarbeitet seine legitimationstheoretischen Vorklärungen in rechtsanwendungstheoretischer Hinsicht insofern allerdings ‚nur' zu einer abstrakten Typologie der existierenden Materialien,[212] wobei er über die Paktentheorie letztlich kaum hinaus kommt. Auch auf ihrer Grundlage kann sich der Bundestag nichts zu eigen machen, was er nicht kennt, sodass konsequenterweise etwa der Referentenentwurf als maßgebliches Dokument herausfällt.[213]

Weiter geht Sehl: Er entwickelt Kriterien, mit denen „Rekonstruktionsnarrationen" im Sinne von Hypothesen über den Willen des Gesetzgebers als mehr oder weniger „gesättigt" und damit als mehr oder weniger gewichtiges Argument betrachtet werden können.[214] Von zentraler Bedeutung ist insofern das Ausschussstadium. Zwar findet die intensivste inhaltliche Arbeit an den Gesetzen entgegen verbreiteter Auffassung nicht im Ausschuss selbst, sondern innerhalb der Mehrheitsfraktionen, in deren Arbeitskreisen und Sitzungen, statt.[215] Diese können sich dann im Ausschuss mit ihrer Mehrheit einfach durchsetzen. Aber in den Ausschüssen werden die unterschiedlichen auf diese Weise bereits vorher erarbeiteten Auffassungen am intensivsten miteinander – und nicht nur für die Öffentlichkeit – diskutiert, sodass sich hier ein gemeinsames Verständnis aller herausbilden oder jedenfalls die letztlich maßgebliche Mehrheitsposition in Abgrenzung zu den konkurrierenden Verständnissen offenbar werden kann.[216] Sehl sieht im Ausschussbericht denn auch den Aus-

---

212 Auch wenn er seine Ausführungen selbst nicht als „starre Typologie von stets oder nie relevanten Materialienarten" verstanden wissen will, JZ 2015, S. 957 (965), und abstrakte „Kriterien für die Relevanz von Materialien in der Rechtsanwendung" mitliefert (ebd., S. 964 f.). Vgl. auch die Behandlung der unterschiedlichen Materialientypen bei *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 173 ff.; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 317 ff.

213 Dessen ungeachtet ist die theoretische Absicherung dieser Zusammenhänge bei Wischmeyer von großem Wert.

214 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 149 ff., 197 ff. Die „Rekonstruktionsnarration" soll dabei „weniger […] empirische Ermittlung […] als […] narrative, indiziengestützte Verknüpfung von Texten" sein (S. 192). Obgleich er durchgängig von „Rekonstruktion" spricht, soll auch im Hinblick auf die genetische Auslegung gelten, dass „jede rechtliche Auslegung dominante Anteile einer Rechtserzeugung aufweist, und sich eben nicht im bloßen Nachvollzug eines vermeintlich bereits Vorhandenen erschöpft" (S. 192 f.). Der Begriff der „Sättigung" eines genetischen Arguments bereits bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 293, 301 f. Vgl. auch *v. Landenberg-Roberg/Sehl*, RW 2015, S. 135 (161 ff.).

215 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 208 f.; *Schöne*, „Die Mehrheit muss stehen", in: Korte/Florack (Hrsg.), Handbuch Regierungsforschung, S. 1 (3 f.); *v. Oertzen*, Das Expertenparlament, S. 175 ff., 245, 272.

216 Zum Ganzen *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 205 ff., 179 ff. Ein gemeinsames Verständnis möglichst aller muss insbesondere angestrebt werden, wenn das Gesetz der Zustimmung des von der Opposition dominierten Bundesrats bedarf. Insofern

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gangspunkt jeder genetischen Argumentation.[217] Von ihm aus wird auf die bereits vorliegenden Äußerungen Bezug genommen, wodurch deren normative Relevanz eine Einordnung erfährt. So entspricht es etwa der ständigen Praxis, im Ausschussbericht ausdrücklich auf die ursprüngliche Entwurfsbegründung zu verweisen, soweit mit ihr Übereinstimmung herrscht, sodass ein positives Votum über die Bedeutung dieser Begründung vorliegt.[218] Die übernommenen Teile macht sich der Ausschuss und mit ihm der Bundestag[219] zu eigen, etwaige herausfallende Sequenzen verlieren je nach Grad der artikulierten Ablehnung mit unterschiedlicher Eindeutigkeit, aber jedenfalls der Tendenz nach deutlich an Normativität.

Der Sättigungsgrad steigt dann etwa, je mehr Nachweise aus verschiedenen Stadien des Verfahrens ein Argument absichern und damit belegen, „wie präsent die [jeweilige] Konkretisierungsfrage den Gesetzgebern im gesamten Verfahren war".[220] Er steigt auch, je näher die dokumentierte Aussage auf den Gesetzestext bezogen ist, indem sie nicht nur Stellung zur Bedeutung eines Begriffs nimmt, sondern den Text selbst auch verändern will. Dies aus zwei Gründen: Zum einen muss eine angestrebte Textänderung, sofern sie nicht nur redaktionelle Gründe hat, inhaltlich gut und insbesondere in Auseinandersetzung mit dem Ausgangsentwurf begründet sein – aus einer solchen Abgrenzung ergibt sich die beabsichtigte Richtung dann oftmals mit besonderer Klarheit. Zum anderen wird über Änderungsanträge gem. §§ 81 ff. GO-BT abgestimmt, sodass sie das Ausmaß ‚geteilter Absichten' gut dokumentieren, und zwar sowohl für den Fall, dass sie angenommen werden, als auch für den Fall ihrer Ablehnung, weil die Mehrheit den Inhalt des Ursprungsentwurfs bevorzugt.[221]

Soweit zur generellen Aussagekraft der Materialien – der Überzeugungskraft genetischer Argumente kann man sich darüber hinaus über die Bildung von Fallgruppen nähern. Das ist ein niedrigschwelliger Ansatz, weil er nicht

---

kann dessen Beteiligung die genetische Auslegung nicht nur verkomplizieren, sondern die Beratungen und damit die Materialien auch von vorneherein weniger konfliktreich gestalten, sodass der ‚Wille des Gesetzgebers' potenziell einheitlicher ausfällt, vgl. dazu ebd., S. 212 f., Fn. 842.

217 Ebd., S. 229 f.

218 Ebd., S. 217 f.; *Seibert*, „Gesetzesmaterialien" in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien", S. 111 (116 f.).

219 Vgl. soeben Fn. 210.

220 *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, S. 233.

221 Zum Ganzen ebd., S. 233 f. Wird die Änderung verworfen, weil ihr Inhalt bereits in der ursprünglichen Fassung enthalten sei, bleibt ein Normverständnis im Sinne des Änderungsantrags möglich, *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 122 f.; die Gründe für die Ablehnung werden sich regelmäßig nachvollziehen lassen, im Zweifel dürfte eine Vermutung für eine inhaltliche Differenz sprechen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

das gesamte Verfahren im Blick behalten muss, sondern sich jeweils auf eine spezifische Konstellation konzentrieren kann. Zuletzt hat Tino Frieling einige Fallgruppen im Hinblick auf typisierte Willensäußerungen zusammengestellt.[222] Verbindlich sind demnach zunächst konkret geäußerte Vorstellungen über die Bedeutung der verwendeten Rechtsbegriffe, sodann die mit der Regelung verfolgten Ziele und schließlich Aufträge zur Rechtsfortbildung an Wissenschaft und Praxis. Unbeachtlich seien indes erläuternde Beispielsfälle – von ihnen gingen keine vorentscheidenden Subsumtionsvorgaben für die Rechtsanwendung aus – sowie Äußerungen über die rechtlichen oder tatsächlichen Prämissen der Regelung. So könne aus dem Willen zur richtlinienkonformen Rechtsetzung kein genetisches Argument hergeleitet werden, die tatsächlich richtlinienwidrige Ausgestaltung in einen konformen Willen umzudeuten; wie auch falsche Faktenannahmen in der Rechtsanwendung nicht an die Stelle der Wirklichkeit treten könnten, nur weil der Gesetzgeber hier selbst irrte.

Man wird diese Einteilungen im Einzelnen hinterfragen können. Insbesondere spiegelt sich in Beispielsfällen regelmäßig die Absicht des Gesetzgebers wider, sodass sie prinzipiell als wichtige Erkenntnisquelle herangezogen werden dürfen, auch wenn der Gesetzgeber nicht selbst zur Entscheidung über Einzelfälle berufen ist.[223] Diese Beispiele werden sich aufgrund der Einzigartigkeit jedes Lebenssachverhalts ab einer gewissen Komplexität ohnehin nicht mit den in Praxis zu entscheidenden Fällen decken. Gleichwohl rationalisieren die Fallgruppen den Zugriff auf den Willen des Gesetzgebers und können insofern auch noch weiter entfaltet werden. So dürfen „bei offenbaren Fehlvorstellungen und Fehleinschätzungen des Normgebers über die seinen Wertun-

---

[222] Die folgenden Fallgruppen bei *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 105 ff., 211 ff. Vgl. etwa auch den Ansatz bei *Waldhoff*, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien", S. 75 ff.; Fallgruppen auch bei *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 527 f.

[223] Gleichzeitig muss der dienende Charakter von Beispielen berücksichtigt werden, vgl. dazu *Gärditz*, DÖV 2017, S. 41 (45): „der Lamarckismus markierte zu seiner Zeit die Front wissenschaftlichen Fortschritts; mit der Identifikation der Mechanismen genetisch kodierter Evolution hat sich dies erledigt. Ein fiktives Freiheitsgrundrecht hätte die Theorie in den 1820er Jahren ebenso gewiss schützen müssen wie sie heute nicht mehr ernsthaft als wissenschaftlich angesehen werden könnte. Ein rechtlicher Wissenschaftsbegriff muss insoweit jedenfalls in der Lage sein, wissenschaftlich unbestritten Widerlegtes auszusondern" – und das eben auch dann, wenn in den fiktiven Materialien als Motiv ausdrücklich der Wille erkennbar gewesen wäre, den Lamarckismus als Musterbeispiel für Wissenschaftlichkeit schützen zu wollen. Im Kollisionsfall geht dann doch der abstrakte Sinn der Norm vor. Insofern kann die Bedeutung von Beispielen auch von Norm zu Norm variieren; dem Begriff der Wissenschaft sind ja bereits die Suche nach Wahrheit und der Fortschritt durch Falsifikation inhärent. Vgl. auch die im Text folgenden Ausführungen zu Irrtümern.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen zugrundeliegenden *Daten und Fakten*" nicht nur die tatsächlichen Gegebenheiten zugrunde gelegt, sondern unter Umständen auch die Wertungen selbst überspielt werden[224] – was freilich nicht bei sich verändernden Umständen, sondern ausschließlich bei bereits im Zeitpunkt der Rechtsetzung unzutreffenden Annahmen, also unter einem restriktiven Maßstab, gelten kann, weil sonst die Bedeutung des Gesetzgebers im gewaltenteilenden Verfassungssystem allzu leicht zu unterminieren wäre.

Bei alldem bergen die seit einigen Jahren in vorsichtiger Lösung vom überkommenen Grundsatz, der Gesetzgeber schulde keine über das Gesetz hinausgehende Begründung[225], verfassungsgerichtlich an die Legislative herangetragenen Darlegungs- und Begründungslasten, ungeachtet ihrer kontroversen Beurteilung, jedenfalls Potenziale für die genetische Auslegung.[226] Zwar darf man sich angesichts der weiterhin unter dem Sachzwang der Kompromissfindung stehenden pragmatischen Staatspraxis keine Wunderdinge erwarten[227], aber: Je intensiver eine Norm begründet ist, desto eher lässt sich der ihr zugrunde liegende Wille rekonstruieren; je ausführlicher die angenommene Faktenlage dargelegt wird, desto besser sind etwaige Fehlvorstellungen identifizierbar.

---

224 *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 141 (Hervorhebung nur hier); über Wertungen als solche kann man nicht irren, besteht jedoch ein qualifizierter Kausalzusammenhang zwischen Faktenannahme und wertender Schlussfolgerung, ist die Vermutung zulässig, dass die Wertung mit dieser Faktenprämisse stehen und fallen sollte.

225 Dieser geht zurück auf *Geiger*, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, S. 131 (141).

226 Vgl. etwa BVerfGE 125, 175 (226); 130, 263 (301 f.); 139, 64 (126 f.), relativierend aber etwa E 137, 34 (73 f.); diese Begründungslasten werden freilich nicht aus einer rechtsanwendungsbezogenen Perspektive hergeleitet, sondern sind Gegenstück der mit den entsprechenden Normen einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen. Kritisch zu Begründungspflichten, jeweils m. w. N. zur Diskussion, *Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), etwa S. 49 (61 f.); *Schwarz/Bravidor*, JZ 2011, S. 653 ff.; differenzierend *Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz", in: FS Isensee 2007, S. 325 ff., vgl. auch die Nachweise ebd., S. 327 f. zu Begründungspflichten in der hier nicht näher angeführten, mittlerweile älteren Rechtsprechung des BVerfG. Die Akteure der Gesetzgebung haben sich im Rahmen ihrer Geschäftsordnungsautonomie jedenfalls ohnehin Begründungspflichten auferlegt, vgl. § 76 Abs. 2 S. 1; §§ 42, 43 GGO. Zum Zusammenhang mit der genetischen Auslegung *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, S. 2825 ff.; ausführlich, aber kritisch *Kischel*, Die Begründung, S. 260 ff.; ebenfalls kritisch zum Nutzen *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, S. 60 ff.

227 *Seibert*, „Gesetzesmaterialien" in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien", S. 111 (123 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*c) Daraus folgende Anforderungen an die Rechtskultur*

Es lassen sich also ohne Weiteres konkret anwendbare Methodenregeln zur Gewinnung rational überprüfbarer Argumente aus Gesetzesmaterialien entwickeln. Die vorangegangenen Ausführungen weisen eine grundsätzliche Richtung auf, sind aber nur ein Anfang. Sie können aufgegriffen und weiterentwickelt werden und müssen dies sogar, denn von einer weitgehend konsentierten Methodenlehre im Umgang mit Materialien kann aktuell keine Rede sein. Die Praxis darf jedoch nicht warten, bis die Literatur ihr eine allgemeingültige Methodik bereitstellt. Das wäre in der heterogenen Wissenschaftslandschaft utopisch, zumal deren hauptsächlich verbindendes Moment gerade ihr ‚Gerichtspositivismus' ist.[228] Manche Schwierigkeit in der rationalen Handhabung der genetischen Interpretation hat ihren Grund schlichtweg in der mangelnden Übung der Praxis.[229] Würde diese die Materialien stets und systematisch heranziehen, bildeten sich automatisch nach einiger Zeit systematisierbare Kriterien heraus. Daran hat die Praxis freilich kein Interesse. Sie will ohne methodisches Korsett pragmatisch entscheiden können und nutzt die Auslegungscanones primär zur Darstellung, weniger zur Herstellung ihrer Judikate. In der Folge gerät gerade die genetische Auslegung schnell willkürlich: Die Rosinen passender Materialienpassagen werden herausgepickt und im Übrigen wird nicht weiter auf die Entstehungsgeschichte eingegangen.[230] Vonseiten der Praxis ist somit ebenso wenig wie von der Wissenschaft zu erwarten, dass sie allein eine Materialienmethodik entwickelt. Nun bietet das Zusammenwirken stets Potenziale. Das größte Potenzial aber birgt die Lehre.

Juristen wenden in Praxis das an, was sie in ihrer Ausbildung gelernt und als selbstverständlichen Bestandteil des juristischen Handwerkszeugs aufgefasst haben. Insofern wird man Frielings Einschätzung, Gesetzesmaterialien seien „mit Abstand das wichtigste Auslegungsmittel in der Gerichtspraxis" nicht teilen müssen. Träfe sie indes zu, wäre das Problem methodischer Willkür infolge des Mangels an entsprechenden Ausbildungsinhalten nur noch drängender.[231] In Bezug auf die entstehungsgeschichtliche Auslegung be-

---

228 Vgl. zum klassischen Vorwurf des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus" *Schlink*, Der Staat 28 (1989), S. 161 ff.; dagegen die Verteidigung der Rechtswissenschaft bei *Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 177 (187 ff.); *Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 4, Rn. 98 ff.

229 Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 357, Fn. 103.

230 Vgl. etwa die Beispiele bei *Esser*, JZ 1975, S. 555 ff.

231 Vgl. auch *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 378 f. Das Zitat bei *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 209. Wenig hilfreich ist auch *Reichelts* Interpretation ihrer eigenen, prinzipiell wertvollen Analyse, Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schränken sich die einschlägigen Methodenveranstaltungen nämlich noch zu oft auf das Erwähnen ihrer Existenz und günstigstenfalls eine Differenzierung zwischen historischer und genetischer Auslegung, die daraufhin auch schnell wieder vergessen wird. Während die übrigen Auslegungselemente dann wenigstens in den dogmatischen Fächern laufend angewendet werden, fristet die Materialienauswertung ein Schattendasein. Dabei gäbe es vieles strukturell zu erlernen und zu verstehen, was eine belastbare Aussage auf Grundlage der Materialien erst ermöglicht – angesichts der Fülle des zunehmend nicht mehr zu überblickenden materiellen Prüfungsstoffs wird diese Fähigkeit, vertretbare Rechtsmeinungen selbst zu rekonstruieren, ohnehin immer wichtiger. Die obigen Ausführungen zeigen das Programm auf: Es beginnt bereits bei Kenntnissen zum spezifischen Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens, die über das hinausgehen, was üblicherweise zum Staatsorganisationsrecht vermittelt wird. Dieser Teilbereich der Rechtserzeugungsregeln ist für das Verständnis einer vom positiven Recht geprägten Rechtsordnung besonders wichtig und bildet die Schnittstelle zwischen positivem (Verfassungs- und Geschäftsordnungs-)Recht, Rechtstheorie und Methodenlehre.[232] Von der so erreichten Einordnung der anfallenden Materialien ist es kein allzu großer Schritt mehr zur Beschäftigung mit den normativen Problemen, die beim Umgang mit ihnen typischerweise auftreten. Der Ort dafür ist zunächst eine Veranstaltung

---

richtshofes, S. 183 f.: „Obgleich sich die Rechtsprechung immer wieder zur Befolgung der objektiven Theorie bekennt, folgt sie tatsächlich jedoch vorrangig der subjektiven Theorie. In 68,4 % der 114 ausgewerteten Entscheidungsbegründungen, in denen eine Quelle für die Zweckfindung genannt wurde, wurden im Ergebnis unter anderem die Gesetzesmaterialien zur Bestimmung des Gesetzeszweckes herangezogen. […] Die genannte Prozentzahl bezieht sich allerdings nur auf die Entscheidungsbegründungen, in denen auch mitgeteilt wurde, dass die Gesetzesmaterialien genutzt wurden. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Gesetzesmaterialien teilweise auch in solchen Entscheidungen zur Zweckfindung zu Rate gezogen wurden, in denen dies vom BGH nicht kenntlich gemacht wurde. Die Zahl der Entscheidungen, die letztlich der subjektiven Theorie folgend zugerechnet werden könnten, könnte also durchaus noch höher sein.“ Im Gegenteil ist anzunehmen, dass der BGH stets den ‚einfachen‘ bzw. ‚sicheren‘ Begründungsweg wählt, also soweit die Gesetzesmaterialien die angestrebte Auslegung stützen, auch argumentativ auf sie zurückgreift und das Legitimationspotenzial nicht verschwendet. Fruchtbarer wäre insofern eine Untersuchung, inwieweit bei den übrigen 31,6 % ein Konflikt mit den Materialien besteht. Vgl. für eine Übersicht zur Rolle der historischen Auslegung in der Gerichtspraxis ferner *Fleischer*, Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in: FS Goette, S. 75 ff.; *Kischel*, Die Begründung, S. 274 ff.

232 Vgl. *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, S. 389, mit Verweis u. a. auf *Nourse*, Yale Law Journal 122 (2012), S. 70 (Zitat: 76, näher: 92 ff.): „one should never read legislative history without knowing Congress's rules“. Das gilt neben der nationalen auch für die europäische Ebene, weil die Rechtsordnung als immer stärkeres Mehrebenensystem ohne eine Beschäftigung mit den jeweiligen Gesetzgebungsprozessen nicht mehr verstanden werden kann.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zur Methodenlehre; aber es spricht auch nichts dagegen, innerhalb einer dogmatischen Klausur gelegentlich Materialien anzuhängen, die dann ausgewertet werden müssen – das wäre obendrein eine praxisnähere Konstellation.[233]

Über die Lehre lässt sich so zwar nicht per se ein Konsens bezüglich der Methoden erreichen, aber zumindest die durchschnittliche Reflexionsfähigkeit erhöhen, sodass Ausdifferenzierungen der genetischen Auslegung in der Breite angemessen rezipiert werden können.

### 3. Notwendige Konkretisierung des Gesetzes und Wandel auf Ebene der Dogmatik

Zu jeglichem Recht bilden sich im Prozess der Anwendung und wissenschaftlichen Aufbereitung dogmatische Regeln heraus, deren normativer Status im Einzelnen zwar ungeklärt ist, die aber jedenfalls handlungsanleitende Wirkung für die Rechtsanwendung entfalten.[234] Das ist ein notwendiger Vorgang, der zunächst keine größeren Legitimitätsprobleme aufwirft. Auch ein gewisser Selbststand der Dogmatik, dergestalt dass sie gegenüber den positiven Normen in den Vordergrund der Rechtsfindung rückt, muss keine Lockerung der Rechtsbindung bedeuten.[235] Gleiches gilt für Anpassungen der Dogmatik an eine sich wandelnde Lebenswelt oder aufgrund neuer Einschätzungen zur Berücksichtigungswürdigkeit dieser oder jener Aspekte. Diese können ohne Weiteres innerhalb des Konkretisierungsspielraums der jeweiligen Normen verbleiben. Überkommene Dogmatik hat insofern – soweit sie nicht auf den historischen Regelungsvorstellungen des Gesetzgebers beruht – keinen

---

233 Außerhalb der Klausursituation sind die Gesetzesmaterialien in Zeiten der Digitalisierung – anders als früher –innerhalb kürzester Zeit verfügbar. Im Idealfall werden dann noch im Rahmen einer Veranstaltung zur jüngeren Rechtsgeschichte die Grundlagen gelegt, um Gesetzesprojekte historisch grob kontextualisieren zu können. Hier wird man angesichts des eng getakteten Lehrplans allerdings nicht zu viel erwarten dürfen. Vgl. zu weiteren Desiderata in der Juristenausbildung *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S. 402 ff.

234 Vgl. zum normativen Statuts etwa *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 111 ff. Im Einzelnen treten Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere zur Rechtsfortbildung *intra legem* auf, auf die es hier nicht weiter ankommt. Gesichtspunkte für die Annahme einer Rechtsfortbildung könnten eine besondere Verfestigung der Konkretisierung, etwa in Gestalt eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals oder der Fallgruppenbildung sein, während Dogmatik eher im Abstrakten verbleibt. Im Hinblick auf den Begründungsmodus ist Dogmatik stärker normgebunden (auch wenn sie sich je nach Auffassung gleichzeitig für moralische und faktisch regelmäßig für pragmatische Erwägungen öffnet), während die Rechtsfortbildung sich aus Sachangemessenheitserwägungen rechtfertigt.

235 *Sahm*, Elemente der Dogmatik, S. 91 f., legt dar, warum diese „Aufmerksamkeitsverschiebung“ (91), „gerade wenn und weil der Primärtext ernst genommen werden soll“ (92), die Autorität des selbigen zugleich stärkt und relativiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legitimitätsvorsprung gegenüber neuer Dogmatik. Daher muss man etwa die zuweilen erhobene Forderung, die Intensität eines Grundrechtseingriffs im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung anhand der subjektiven Empfindung der Betroffenen zu bestimmen,[236] ebenso wenig als Rechtswandel begreifen wie die „Umwälzung" der Dogmatik zu Art. 14 GG durch den Nassauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts – diese hat zwar massive Auswirkungen auf zu fällende Rechtsentscheidungen, die Leitvorstellung einer ‚Enteignung', obgleich unterschiedlich kleingearbeitet, bleibt davon aber unberührt[237]. Entsprechendes gilt rechtsgebietsübergreifend für das absolute Gros der juristischen Meinungsstreitigkeiten: In der Regel geht es um die Frage, wie man einen Begriff, über dessen grundsätzliche Wirkungsdimension keinerlei Uneinigkeit besteht, auf operationable Kriterien herunterbricht. Und selbst die Übertragung dogmatischer Figuren von einem Regelungsbereich in einen anderen muss nicht dazu führen, Sinn und Richtung der Zielvorschriften zu verschieben.

Freilich *kann* beim dogmatisch-technischen Kleinarbeiten konkreter Rechtsfragen das große Ganze der Normausrichtung aus dem Blick geraten. Steht die sachliche Problemlösung ganz im Vordergrund der Rechtsarbeit, werden an die Ableitbarkeit des Ergebnisses aus der Norm keine allzu strengen Anforderungen gestellt, zumal die Methodenpraxis für beinahe jeden Interpretationsvorschlag zumindest einzelne Argumente finden wird. Insofern ist die Dogmatik potenzielles Vehikel für das Phänomen des Rechtswandels, der als rechtstheoretische Reflexionskategorie dann dazu anhalten soll, aus der dogmatischen Detailarbeit immer wieder auch herauszuzoomen und sich der normativen Leitlinien zu vergewissern.

Die Figur des Rechtswandels kann, soweit man dem Wandel kritisch gegenübersteht, insofern als eine Grenze zulässiger Interpretation angesehen werden, was für diejenigen Konkretisierungen, die sich *nicht* als Wandel begreifen lassen, im Umkehrschluss eine Legitimitätsvermutung bedeutet.[238] Diese Sichtweise – ‚Wandel als Grenze' – dürfte jedenfalls ertragreicher sein als die umgekehrte Suche nach Grenzen des Wandels, die mit einer prinzipiel-

---

236 *Sacksofsky*, Relationale Freiheit, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 180 (192).

237 BVerfGE 58, 300; vgl. dazu hier nur *Lege*, JZ 2011, S. 1084, zur „Umwälzung der Dogmatik" ebd., S. 1086 f.

238 Mit dem Konzept des Rechtswandels ist insofern auch die Hoffnung eines Beitrags zur rationalen Beurteilung der Legitimität einzelner Normkonkretisierungen verbunden. Man darf dann freilich nicht der Versuchung erliegen, die Einordnung in die Kategorien anhand der subjektiven Haltung zur jeweiligen Interpretationsfrage vorzunehmen, vgl. zu entsprechenden Warnungen oben A.I.1.b)bb), sondern muss sich an den aufgestellten Kriterien orientieren, vgl. die hier unterbreiteten Vorschläge oben A.I.4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

len Anerkennung der Legitimität des (dann zumeist: *Verfassungs*-)Wandels regelmäßig verbunden ist. Die Vorschläge reichen vom Text oder dem historischen Willen als Grenze über eine Aktivierung des Art. 79 Abs. 3 GG als äußerste Grenze auch des Wandels oder des Zeitfaktors als immerhin relativer Grenze bis hin zur wohl ehrlichsten Negation jeder Begrenzbarkeit[239] – denn der Rechtswandel verändert ja gerade die Bedeutung des aus dem Normtext gefolgerten Inhalts, um vormalige Grenzen zu verschieben. Das gilt dann selbstverständlich auch für den Text der von Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Art. 1 und 20 GG. Erinnert sei nur an die prinzipielle Möglichkeit, aus Art. 1 GG eine Folterpflicht herzuleiten, – oder im Hinblick auf Art. 20 GG auch an die häufig anzutreffende Argumentation, gegen störende Abweichler der unterschiedlichsten Richtungen sei mit der ‚vollen Härte des Rechtsstaats' vorzugehen, womit dann gerade Maßnahmen gemeint sind, die rechtsstaatlich zumindest fragwürdig erscheinen.[240] Die einzig realistische Grenze ist somit keine methodisch unmittelbar rationalisierbare und schon gar keine absolute, sondern besteht in dem, was der juristische Diskurs jeweils als Norminhalt (nicht) anerkennt.[241] Ohne Anerkennung stellt sich freilich die Frage des Wandels erst gar nicht.

---

239 Der Text als Grenze bei *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (139), vgl. auch BVerfGE 142, 25 (65); *Schenke*, AöR 103 (1978), S. 566 (588 f.); *Rijsbergen*, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, S. 198 ff.; das „Gewollte als Grenze" bei *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 ff., wodurch der Wandel aber wohl keine von der Interpretation sinnvoll zu unterscheidende Kategorie mehr wäre, fängt er doch nach hier zugrunde gelegter Konzeption insbesondere dort an, wo der historische Wille übergangen wird; Art. 79 Abs. 3 GG bei *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 271 in kritischer Auseinandersetzung mit *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 178, Fn. 332, der darin gerade keine Grenze sieht; vgl. zu Art. 79 Abs. 3 GG auch *Geminn*, VerwArch 2020, S. 552 (564 ff.); zum Zeitfaktor *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 47 (53 f.). Ebenfalls keine Grenzen des Wandels sieht *Hsü Dau-Lin*, Die Verfassungswandlung, S. 176.

240 Zur Folterpflicht oben A.I.4.c)aa). Zur ‚vollen Härte des Rechtsstaats' nun ausführlich *Pichl*, Law statt Order.

241 Dazu *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (88): „Neuorientierungen müssen […] gegenüber früheren Lesarten gerechtfertigt und vor einer Zukunft, in der sie als vergangene Orientierungen erscheinen, verteidigt werden. Bindung im Sinne inhaltlicher Bindung besteht dann durchaus, aber wesentlich als eine Bindung durch gemeinsame Übung; sie ist fundiert in einer als solcher etablierten wechselseitigen Anerkennungsstruktur, die aus der Vergangenheit lebt, aber in die Zukunft hinein gedacht ist und aus der niemand an einer einzelnen Stelle ausbrechen kann, ohne zugleich das Ganze in Frage zu stellen". Dieser Ansatz ist, um den Aspekt der Bindung ‚bereinigt', ausführlich ausgearbeitet bei *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, vgl. S. 257: „Ein Erzeugungsvorgang lässt sich nicht diskret, abgegrenzt von anderen, betrachten, sondern er bedarf sowohl des Rückgriffs auf frühere Erzeugungsereignisse als auch eines späteren Rückgriffs auf seine eigenen Produkte. Normativität ist damit nicht als Wir-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Kategorie des Rechtswandels lässt sich insofern als Kompromissvorschlag lesen: Inhaltsorientierte Dynamik und rationalitätsorientierte Statik haben als Grundanliegen des Rechts ja jeweils ihre Berechtigung – weshalb die richtige Zuordnung ein allenfalls Konjunkturschwankungen unterliegendes Ewigkeitsthema bleiben wird. Der Kompromiss des Rechtswandels liegt nun darin, die Legitimität der Dynamik im Grundsatz anzuerkennen und erst dort auf Statik zu beharren, wo jene in der spezifischen Form des Wandels auftritt.

### 4. Kombinationslösungen zur Sicherung des prozeduralen Elements?

Einige rechtstheoretische Konzepte lassen sich als Versuch lesen, die von den gesellschaftlichen Verhältnissen provozierte Dynamik der Rechtsanwendung mit dem prozeduralen Ideal der Rückführbarkeit aller Rechtsnormen auf das Parlament bzw. die anderen nach der Kompetenzverteilung zur Rechtsetzung berufenen Stellen zu vereinen. Diese Konzepte sollen dann die Legitimation des Rechtswandels sichern und dem Gesetzgeber die Gestaltungsmacht über die Rechtsordnung erhalten. Genauer: Letzteres fungiert als Grund für ersteres. Wie und ob beides zusammengeht, wo doch der Rechtswandel am Gesetzgeber vorbei geschieht, wird im Folgenden anhand von je nach Lesart fünf oder sechs Ansätzen untersucht.

#### *a) Konkretisierung anhand der „objektiven Wertordnung“*

Das erste Konzept wirkt dem Rechtswandel noch eher entgegen, folgt aber derselben Logik wie eine Spielart der sogleich zu behandelnden Wertungsjurisprudenz und ist zudem das prominenteste, weshalb eine kurze Einordnung sinnvoll erscheint. Danach ist immer, wenn im Rahmen der Normanwendung Wertungsspielräume bestehen, also insbesondere – aber wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat: bei weitem nicht nur – bei den sog. unbestimmten Rechtsbegriffen, die Konkretisierung anhand der Grundrechte und sonstiger Verfassungsnormen[242] vorzunehmen. Diese bilden so eine „objektive“, aus der genuin rechtlichen Normativität des Grundgesetzes und nicht dem faktischen Empfinden der Bevölkerung entnommene Wertordnung, eine Art ‚Allgemei-

---

kung eines bestimmten Rechtserzeugungsereignisses noch als Ursache für spätere Rechtserzeugungsereignisse anzusehen – sondern als Ergebnis einer Praxis, die im Zeitpunkt ihrer Erzeugung noch nicht abgeschlossen ist.“ Näher dazu oben A.III.1.

242 Vgl. etwa den Rückgriff u. a. auf das Republikprinzip zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Ebenbürtigkeitsklauseln in Erbverträgen des Adels in BVerfG, NJW 2004, S. 2008 (2010 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen Teil‘ der Rechtsordnung in Wertungsfragen.[243] Wie ‚prozedural‘ dieses Vorgehen ist, zeigt eine Gegenüberstellung zweier Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zur Sittenwidrigkeit von Peep-Shows: Im ersten Urteil von 1981 stellt das Gericht im Sinne des eben Ausgeführten auf die objektive Wertordnung ab und misst die Sittenwidrigkeit an der Menschenwürde. 1990 wählt es den entgegengesetzten Weg und stellt auf die „vorherrschende sozialethische Überzeugung“ der Rechtsgemeinschaft ab.[244] Damit ist dann das volle Programm der mit einer inhaltlich-repräsentativen Rechtsanwendung verbundenen Probleme im Hinblick auf die Ermittlung dieser Überzeugungen aufgeworfen.[245] Freilich ist auch die „objektive Wertordnung“ nur insoweit ein pro-

---

[243] Die Formel von der „objektiven Wertordnung“ hatte insbesondere im Nachgang des Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198; vgl. auch bereits E 2, 1 [12] und E 5, 85 [138 f.]) Hochkonjunktur und ist seitdem viel kritisiert worden, vgl. hier nur *Denninger*, JZ 1975, S. 545 ff. und differenzierend *Di Fabio*, JZ 2004, S. 1 ff., findet sich aber bis in die neueste Rechtsprechung des BVerfG, vgl. E 153, 182 (287, dort nur „Werteordnung“); E 148, 267 (280, dort in Anführungszeichen). S. für einen Gesamtüberblick etwa *Augsberg*, Wertordnung, Leitkultur, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 9.

[244] BVerwGE 64, 274 (276 ff.) einerseits, ähnlich VG Neustadt, NVwZ 1993, S. 98 (99) zum „Zwergenweitwurf“; E 84, 314 (327 f.) andererseits. Gerade die Sittenwidrigkeit öffnet sich als Schleusenbegriff auch in prozeduralen Konzepten immer wieder den jeweils aktuellen sozial-ethischen Anschauungen, vgl. oben A.I.1.b)bb). Die Einordnung als Schleusenbegriff ist aber ihrerseits eine Interpretationsfrage, die wesentlich vom eher positivistisch-prozeduralen oder eher inhaltlich-repräsentativen Vorverständnis des Interpreten abhängt und den Rückgriff auf die Sozialmoral nur legitimiert, aber dessen Durchführung nicht rationalisiert. Die Orientierung an der vorgegebenen Wertordnung bietet hier prinzipiell die Möglichkeit, empirische Beurteilungen der Sozialmoral zu vermeiden und sich stattdessen auf dem Terrain rechtlicher Auslegungsarbeit zu bewegen, das die Juristen besser beherrschen. Deutlich im Sinne der ersten Variante auch BVerfGE 39, 1 (67), wonach „das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet“ hat und damit „Gestaltung und Auslegung der gesamten Rechtsordnung“ bestimmt: „Auch ein allgemeiner Wandel der hierüber [konkret über den Wert des menschlichen Lebens] in der Bevölkerung herrschenden Anschauungen – falls er überhaupt festzustellen wäre – würde daran nichts ändern können.“ Noch ohne Rekurs auf das Grundgesetz will BGHSt (GS) 6, 46 den Begriff der „Unzucht“ i. S. d. §§ 180, 181 StGB a. F. anhand des Sittengesetzes als „objektiv geltende und verpflichtende Wertordnung“ (S. 50) konkretisieren, deren Werte „unabhängig davon [gelten], ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln“ (S. 52), ebenso BGHSt 17, 230. Unabhängig von der aus heutiger Sicht skurrilen Konstellation entspricht das Ergebnis damit zwar wohl dem Willen des entsprechenden Gesetzgebers, die Konstruktion hat aber nichts mit dem im Text beschriebenen Konzept zu tun, weil die maßgeblichen Wertungen gerade nicht dem Grundgesetz entnommen, also nicht losgelöst von der einzelnen Norm prozeduralisiert werden.

[245] Dazu ausführlich B.II. Gerade die häufig dem ‚Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden‘ entnommenen ‚guten Sitten‘ veranschaulichen die normativen Probleme: Wertkonsense gibt es in der pluralistischen Gesellschaft kaum, der norma-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zedurales Konzept, wie der Inhalt des Grundgesetzes nicht seinerseits anhand der repräsentativ ausgesprochenen gesellschaftlichen Wertvorstellungen bestimmt wird, was aber tatsächlich im Rahmen ‚wertmäßiger' Interpretation regelmäßig der Fall sein wird[246] – weshalb die Rede von der „objektiven Wertordnung" dann auch eher diese Vorstellung evoziert. *Prinzipiell* bindet der Rekurs auf die Normen des Grundgesetzes die Veränderung der maßgeblichen Wertungen jedoch an ein förmliches Verfahren – das der Verfassungsänderung. Damit ist eine Anwendungsdynamik unveränderter Normen des einfachen Rechts nicht per se ausgeschlossen. Aufgrund der hohen Hürden (zumal bei einem Bezug auf Art. 1 GG) und den entsprechend seltenen Verfassungsänderungen geriete dieses Konzept in Praxis aber entweder zu statisch, um von einer Kombinationslösung zu sprechen, oder es wird eben durch die dynamische Interpretation der Verfassung unterlaufen.

### *b) Geltungszeitlich-subjektive Theorie und Wertungsjurisprudenz*

Einen anderen Ansatz wählt die Wertungsjurisprudenz, die in der Bundesrepublik insbesondere innerhalb des Zivilrechts zur vorherrschenden Methodenströmung avanciert ist.[247] Sie basiert auf der (zutreffenden) Erkenntnis, dass Gesetzgebung immer mit einer (Be-)Wertung verbunden ist. Der Gesetzgeber regelt die jeweils betroffenen Interessen unter mehreren Gestaltungsmöglichkeiten auf eine ganz bestimmte Weise und schafft damit ein (kontingentes) Vorrangverhältnis. An diese Wertungen ist die Rechtsanwendung dann gebunden. Von diesem Ausgangspunkt aus lassen sich im Einzelnen unterschiedliche Modelle entwickeln.

Da die demokratisch höchste Autorität nicht irgendein – womöglich schon viele Jahrzehnte alter –, sondern allein der aktuelle Gesetzgeber sei, wird auf

---

tive Filter des ‚billig und gerecht Denkens' schließt aber je nach Strenge der Lesart u. U. gar die Mehrheit der Bürger aus, wobei ein solch enges Verständnis sogar naheliegt, wenn ein Konsens ‚aller' in diese Gruppe fallenden verlangt wird, so auch *Häberle*, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 59 (68), insofern beispielhaft für die viel kritisierte Formel. Sie ist damit nichts weiter als eine Form richterlichen Argumentierens mit tatsächlichen oder eben nur vermeintlichen Mehrheiten, so wiederum *Häberle*, Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, ebd., S. 565 (576) und im Einzelnen dazu *ders*., Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 328, 347 f., 425 ff., 609 f.

246 *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 (360) spricht insofern von der Umkehrung der wertordnenden Wirkung der Grundrechte. S. zur Flexibilisierung durch wertmäßige Interpretation auch *Augsberg*, Wertordnung, Leitkultur, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 9, Rn. 22.

247 Zu ihr ausführlich *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 60 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 119 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 123 ff., jeweils m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundlage der Wertungsjurisprudenz teilweise vertreten, für die Rechtsanwendung komme es nur auf dessen (Be-)Wertungen an.[248] Ihm seien alle geltenden Gesetze „zuzurechnen“[249], woraus dann die Maßgeblichkeit einer „geltungszeitlich-subjektiven Theorie“ gefolgert wird.[250] Ziel der Auslegung ist danach nicht – wie bei der ‚klassischen‘ subjektiven Theorie – der Wille des Gesetzgebers, der die in Rede stehende Norm erlassen hat, sondern des jeweils aktuellen Gesetzgebers. Es handelt sich also um ein Kombinationsmodell aus dem repräsentativen und dem prozeduralen Ansatz, insofern als das in der Rechtsanwendung repräsentierte Subjekt prozedural vorgeformt und dadurch wesentlich greifbarer ist als das Volk im Ganzen. Diese Position ist allerdings bereits im theoretischen Ausgangspunkt nicht haltbar und ebenso wenig praktikabel. Denn der ‚heutige‘ Gesetzgeber be- bzw. entsteht immer nur als Autor der konkret von ihm erlassenen Gesetze und hat darüber hinaus keine übergreifende Existenz.[251] Die Rationalität, aus der das Gesetzgebungsverfahren seine legitimierende Kraft bezieht, lebt gerade vom formellen Mehrheitsprinzip, das im letztendlichen Gesetzesbeschluss verkörpert ist. Die geltungszeitlich-subjektive Theorie stellt dagegen auf das Verständnis der jeweils aktuellen Regierungskoalition ab. Dann könnte sich aber der Inhalt derselben Gesetze spätestens alle vier Jahre ändern – mit fatalen Folgen für die Idee der Rechtssicherheit.[252] Und selbst innerhalb einer Regierungskoalition können die Wertvorstellungen stark auseinandergehen. Unter solchen Umständen kann der Gesetzgeberwille nicht losgelöst von einem tatsächlich stattfindenden Gesetzgebungsverfahren, also fiktiv, als maßgebliche Größe herangezogen werden und gar einen früheren handfesten Willen ausstechen. Insbesondere geht es nicht an, auf Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag abzu-

---

248 *Wank*, RdA 2012, S. 361 (362) ergänzt, dass aus Sicht der Judikative „unter Gewaltenteilungsaspekten nur ihm gegenüber ein Konkurrenzverhältnis besteht“; vgl. auch *Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, S. 176.

249 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 70, vgl. auch ebd., S. 63.

250 *Wank*, RdA 2012, S. 361 (362 f.); *ders*., Juristische Methodenlehre, S. 161 ff.; im Ansatz ähnlich auch *Krüger*, DVBl. 1961, S. 685 ff.; vgl. ferner den elaborierten Ansatz bei *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 130 f., dessen „veredelte subjektive Methode“ auch Elemente der beiden folgenden Modelle integriert; eine Zuordnung zur sogleich im Text zu besprechenden Spielart der Wertungsjurisprudenz verbietet sich indes, weil er zwar auf die *Erkennbarkeit* des gesetzgeberischen Willens insistiert, dafür aber nicht zwingend ein positiv durchgeführtes Gesetzgebungsverfahren fordert.

251 In anderen Worten: „Das Recht ist zwar seit seiner Positivierung ein Produkt der Politik. Im Rechtsstaat emanzipiert es sich aber im Moment des Inkrafttretens von seinem Urheber“, so *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (340). Vorschläge, wie sich diese emanzipierende Zäsurwirkung mit einem fortbestehenden dynamikbezogenen Gestaltungsvorbehalt der Politik zusammendenken lässt, unter D.

252 Dieses Problem ist bei *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 68 noch präsenter als in den späteren Veröffentlichungen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellen und diese in vorauseilendem Gehorsam umzusetzen, bevor sie beschlossen sind, wie Wank es für den oben beschriebenen Kettenbefristungsfall des Bundesarbeitsgerichts vorschlägt.[253] Der Koalitionsvertrag kann nicht *dem* Gesetzgeber zugerechnet werden. Dazu pflegen zu viele Projekte am Ende doch nicht oder nur in völlig veränderter Form verabschiedet zu werden. Gerade die letztlich nicht verwirklichte Reform des Befristungsrechts aus Wanks Beispiel zeigt auf, dass eine Regelungsabsicht die Umsetzung im Parlament durchlaufen muss, bevor ihr normative Wirkungen beigemessen werden können. Allenfalls könnte man noch versuchen, eine Art Durchschnittswillen der letzten Jahrzehnte gegen deutlich ältere Bewertungen auszuspielen und das spekulative Moment zu minimieren, indem man sich auf besonders klare Fälle beschränkt, aber wohin führt das, wenn eine deutlich andersgestimmte Regierungskoalition gewählt wird? In zahlreichen wichtigen Fragen herrscht auch zwischen den etablierten Parteien ohnehin keine einheitliche Bewertung. Aus diesen Gründen ist auch das Störgefühl, das die Kombination aus „geltungszeitlich" und „subjektiv" bei manchem Leser hervorgerufen haben mag, durchaus berechtigt und ist diese Ansicht – entgegen Wanks Dafürhalten – zu Recht ein rechtstheoretischer Exot.[254]

Dass der Gesetzgeber nicht unabhängig von seinen Äußerungen in Form von Gesetzen gedacht werden kann, steht aber einem Rückgriff auf die in neueren Gesetzen tatsächlich konkretisierten Wertungen nicht entgegen. Dieser Rückgriff liegt auf Grundlage der Wertungsjurisprudenz nahe; denn wenn die Normativität im Wesentlichen der legislativen *Bewertung* als eigenständiger Größe zugeschrieben wird[255], dann können alte und neue Wertungen kollidieren, sodass sich eine Auflösung nach dem *lex posterior*-Gedanken empfiehlt.[256] Wertungen aus neueren Gesetzen werden dabei zur Auslegung älteren

---

253 *Wank*, RdA 2012, S. 361 (362 f.); wenn er ebd. mit der Rolle der „Regierung als Initiator der Gesetzgebung" argumentiert, verkennt das den Inhalt der grundgesetzlichen Gewaltenteilung, die der Regierung eben nur dieses Gesetzes*vorschlags*recht einräumt.

254 *Wank*, RdA 2012, S. 361 (362): „[A]uch für die Vertreter der subjektiven Theorie ist die Bindung an den Willen des historischen Gesetzgebers nicht maßgebend. Diese Theorie wird heute – mit Recht – nur (noch) in Form der geltungszeitlich-subjektiven Theorie vertreten." Vgl. als Gegenbeispiel nur die ausdrückliche Stellungnahme bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 353.

255 Deutlich etwa *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 222 f., 280; *Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 14 ff., 21.

256 So argumentiert etwa *Weller*, Von der GbR zur OHG: Abkehr „Vom Geist der Gesetze" durch richterliche Rechtsfortbildung?, in: FS Roth, S. 881 (886). Auch *Wank* greift als Indizien für die Wertungen des aktuellen Gesetzgebers auf erlassene Gesetze zurück, bleibt dabei aber wie gesehen nicht stehen (vgl. Juristische Methodenlehre, S. 161 ff.; ebd., S. 17, auch das Bekenntnis zur „Wertungsjurisprudenz"; nur auf erlassene Gesetze abstellend noch *ders*., Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 66 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechts herangezogen, also letzteres mit ersteren angereichert oder die alten Wertungen schlicht ausgetauscht. Insofern erweitert sich der Horizont der grundrechtlichen Wertordnung um die spezifischeren Werte des einfachen Gesetzgebers. Soweit der Begriff der gesetzgeberischen (Be-)Wertung dabei das Moment der Dezision betont[257], verdeutlicht er auch den Kombinationscharakter dieses Ansatzes zwischen Dynamik und Verfahren. Insofern geht mit der Orientierung an geltenden Gesetzen verglichen mit der vorgenannten Handhabe eine wesentliche methodische Rationalisierung einher. Problematisch bleiben indes die grundsätzlichen Schwierigkeiten und Unschärfen einer stark wertmäßigen Rechtsanwendung.[258] Eine bestimmte Wertung legt zwar häufig eine Regelungstendenz nahe, aus ihr folgt aber kein präzises Handlungsprogramm, sodass die Spielräume des Rechtsanwendenden beim Rückgriff auf Werte stets wachsen, zumal die Zuordnung von ursprünglicher Norm und neuem Wert auf unterschiedlichste Weise erfolgen kann. Bevor man überhaupt mit diesen Fragen konfrontiert ist, müssen zudem die maßgeblichen Wertungen aus der Gesamtheit der geltenden Rechtsnormen erst einmal ‚bestimmt' werden. Die Rechtsordnung besteht aber aus Normen, denen die verschiedensten, sich teilweise zuwiderlaufenden Wertentscheidungen zugrunde liegen, sodass in dieser Hinsicht eher von einer Rechtsunordnung gesprochen werden müsste – daraus eine konsistente Ordnung *herzustellen* ist ja schließlich auch das Anliegen dieses Ansatzes. Damit der Interpret sich aus diesem Füllhorn der Wertungen dann nicht einfach die ihm gerade passenden herauspickt, braucht es also nachvollziehbare Kriterien. Abstellen ließe sich insofern auf das Alter, den normhierarchischen Rang, die zentrale oder eher randständige Bedeutung einer Norm für ihren Regelungsbereich, die Intensität, mit der eine Norm von der zugrundliegenden Wertung ‚durchtränkt' ist, oder auch auf

---

In der Terminologie von *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 67 ff. heißt dieser Rekurs auf die (Be-)Wertungen aus erlassenen Gesetzen „normative Wertungsjurisprudenz"; daneben tritt noch die „objektive Wertungsjurisprudenz", die neben Gesetzen auch andere Anhaltspunkte zur Ermittlung der aktuell maßgeblichen Wertungen heranzieht, insbesondere Richterrecht (auf S. 78 dann der Hinweis auf eine gewisse Zirkularität dieser Konstruktion), wobei der Geltungsgrund dieser Wertungen aus der gesellschaftlichen Anerkennung kommen soll, sodass dieses Konzept ein Paradebeispiel der inhaltlich-repräsentativen Denkweise und kein Kombinationsmodell ist; und schließlich die „soziale Wertungsjurisprudenz", die sich aller denkbaren Anhaltspunkte für die aktuellen Wertungen der Gesellschaft bedient, insbesondere auch empirischer Meinungsforschung.

257 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 61, 69.

258 Sie eignet sich insofern vor allem für grobe Neuausrichtungen der Rechtsordnung, wo das ältere Recht krass ungerechten Erwägungen entsprungen ist. Das erklärt den Aufstieg der Wertungsjurisprudenz in der Bundesrepublik. Man muss dann nur eben auch sehen, dass derselbe Mechanismus umgekehrt genauso funktioniert, worauf bereits hinlänglich hingewiesen worden ist; vgl. hier nur *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 68 und grundlegend *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die schlichte Anzahl der Normen, denen die entsprechende Wertung entnommen werden kann. Diese Kriterien können sich aber ohne Weiteres widersprechen[259] und gerade (aber nicht nur) das Beispiel der Verfassung als ranghoher Norm zeigt, wie die Rückwirkung, die die so vorgenommene ‚Umwertung' auf den Bestand an Wertungen hat, zirkulär werden kann, indem die neuen Wertungen in die Verfassung erst hineingelesen werden, damit sie von dort aus wieder in die Normen des einfachen Rechts wirken können. Einen etwas gesicherteren Methodenkontext erschließt man dem Vorhaben, wenn man es der systematischen Auslegung zuordnet, die schon immer andere Normtexte zur Interpretation des gerade fraglichen heranzieht. Das grenzt den Referenzbereich thematisch ein, weil die systematische Auslegung einen engeren systematischen Zusammenhang zwischen den betrachteten Normen voraussetzt. Ein nochmal zusätzliches Kriterium macht die Sache aber nicht unbedingt einfacher, zumal die tatsächliche oder angebliche Ähnlichkeit der entschiedenen Wertkonflikte als verbindende Brücke dienen und damit einen solchen Zusammenhang begründen kann.

Zumindest aus Sicht der subjektiven Theorie ist mit Systematik auch zunächst einmal die *ursprüngliche* Systematik gemeint, weil der Regelungskontext der auszulegenden Norm Aufschluss über die Regelungsabsicht ihres Gesetzgebers zu geben vermag. Spätere Normen können diese ursprüngliche Systematik erst einmal nicht verändern. Sie können aber unter Umständen Fernwirkungen zeitigen, indem die neue Systematik ihrerseits Rückschlüsse auf die Rolle erlaubt, die der Änderungsgesetzgeber der textlich unveränderten alten Norm beimisst. Ein verändertes Verständnis dieser Norm ist bei einem engen systematischen Zusammenhang und einer entsprechend klar erkennbaren Regelungsabsicht, für die man auch auf die Materialien der neuerlichen Gesetzgebung zurückgreifen kann, ohne Weiteres legitim.[260] Es kommt insofern zu einer Verschmelzung der vorhandenen Gesetzgeberwillen – die allerdings nur Randkorrekturen oder allenfalls den Wandel wenig bedeutsa-

---

[259] Der Vorgang wird umso prozeduraler, je weniger der hohe Rang eine Rolle spielt, und je relevanter dafür die sachliche Nähe ist, weil ansonsten kaum Einfluss des verfahrensmäßigen Gesetzgebers bestünde, während der höherrangige, aber unspezifische Wert sich durchsetzt. Am sachnächsten ist aber stets die umzuwertende Norm selbst, vgl. auch *Honer*, DÖV 2024, S. 349 (352 ff.). Ein Kriterienkonflikt besteht zumindest insofern immer.

[260] Der Gedanke, der Gesetzgeber wolle seine aktuelle Wertung zur maßgeblichen (innerhalb eines kohärenten Rechtssystems) erklären, ist grundsätzlich einleuchtend, muss aber im Einzelfall belegbar sein und ist mangels Kohärenz der Rechtsordnung ohnehin nicht in Gänze einlösbar. Weder lässt sich die Diversität der vorhandenen Regelungen mit den Mitteln der Rechtswissenschaft auf eine einheitliche Wertgrundlage stellen, noch wäre dies ein wünschenswertes Unterfangen. Die Heterogenität der Regelungen ist vielmehr Ausdruck eines positiven Pluralismus und hat gewaltenteilende Eigenschaften.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mer Hilfsvorschriften zulässt. Den ursprünglichen Willen völlig zu überspielen würde die disziplinierende Wirkung verkennen, die dem einzelnen Rechtssatz für den politischen Prozess insofern zukommt, als er grundsätzlich konkret verfahrensmäßig – und damit nicht zuletzt öffentlich – angepasst werden muss. Zudem darf die ‚Fern'-Wirkung nicht allzu fern wirken, soll sie, deren Sinn in der methodischen Einhegung liegt, nicht wieder weitreichende Selektionsmöglichkeiten für den Rechtsanwender eröffnen.[261] Eine Berücksichtigung innerhalb desselben zusammenhängenden Gesetzes ist danach einigermaßen unproblematisch, weil die Strukturierung in Abschnitte und der unmittelbare Regelungszusammenhang eine Systematik im eigentlichen Sinne ergeben.[262] In anderen Konstellationen, in denen weniger eine bestehende Systematik analysiert, als vielmehr verglichen und transferiert wird, um eine mehr oder weniger plausible, übergreifende Systematik zu konstruieren, bestehen dagegen hohe Begründungslasten.

Wie weitreichend man Wertungen heranziehen kann und wie schwer eine einzelne oder mehrere Normen mit entsprechenden (Be-)Wertungen wiegen, sind am Ende ihrerseits Wertungsfragen, die nicht zuletzt auch davon abhängen, ob man die einzelne Vorschrift mehr als Ausprägung der allgemeinen Werte (des Gesetzgebers) ansehen will – die dann gleichsam als Wertordnung ‚hinter' der positiven Rechtsordnung stehen – und die Interpretation an diesem System ausrichtet, wobei Parallelen zur begriffsjuristischen Inversionsmethode unverkennbar sind.[263] Oder ob man umgekehrt die maßgeblichen Wertungen immer nur konkreten Gesetzen entnimmt, in denen ein *bestimmter* Wertvorrang zum Ausdruck kommt, und sie gerade nicht als Ausprägung eines übergreifenden, ‚eigentlichen' Bezugssystems, sondern im Zweifel fragmentarisch liest. Nur diese zweite Variante ermöglicht im Ansatz eine rationale Einhegung.

Unabhängig von den verbleibenden Gefahren argumentativen Selektierens, die hier zwar immer noch vergleichsweise stark ausgeprägt, aber beim Inter-

---

261 Diese ‚Fernwirkungen', als Frage nach dem Geltungsgrund bei einer auf unterschiedliche Gesetzgeber zurückgehenden Systematik, sind ein wenig beleuchteter Aspekt im Zusammenhang der systematischen Auslegung, vgl. aber *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 332 ff., grundsätzlich zurückhaltend und mit Beispielen aus der Rechtssprechung des BGH; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 580 f.; *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 282; s. auch bereits *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 230 ff.

262 Auch dort folgt aus einer geänderten Systematik freilich nicht per se ein veränderter Norminhalt. Mit *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 527 verbietet sich vielmehr eine neue Auslegung der „‚stehen gebliebenen' Vorschriften […], wenn sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, dass man die alten Regelungen bewusst beibehalten hat und insoweit also keine Veränderung der Rechtslage wollte".

263 Vgl. *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 64, 68.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pretationsvorgang ohnehin nie gänzlich auszuschließen sind, befördert die Lesart als systematische Auslegung den Rechtswandel insofern, als das vorgeschlagene Ergebnis ohne weitere Begründungsleistungen als Inhalt der fraglichen Norm und nicht als Produkt einer Umdeutung bzw. Umwertung oder einer sich anschließenden Rechtsfortbildung erscheint. Denn die Systematik gehört zum selbstverständlichen Kanon der Auslegungselemente, vor deren Durchlaufen sich eine Aussage über den Norminhalt verbietet. Die Integration in dieses Stadium verdeckt daher die stattfindende Dynamik, zumal die systematische Auslegung, anders als die teleologische – deren Aufstieg eng mit dem Einfluss der Wertungsjurisprudenz zusammenhängt –, des Einspeisens subjektiver Wertungen im Allgemeinen kaum verdächtig ist.

### *c) Stillschweigende Billigung*

Nachdem also die Orientierung an den Werten der Verfassung in Praxis auf ein dynamisches Referenzsystem hinausläuft, das gerade nicht zur prozeduralen Geschlossenheit und Autopoiesis des Rechtssystems beiträgt, und die geltungszeitlich-subjektive Theorie den Bezugspunkt der inhaltlich-repräsentativen Norminterpretation schlichtweg vom Volk auf das Parlament verschiebt – wenn es sein muss, auch ohne tatsächlich durchgeführte Verfahren heranzuziehen, also auf im buchstäblichen Sinne haltlose Art und Weise –, schafft der Rekurs auf im Nachgang der anzuwendenden Norm konkret getroffene Wertentscheidungen insbesondere des einfachen Rechts eine gewisse prozedurale Verankerung. Da damit aber einerseits Meinungsverschiedenheiten über die korrekte Anwendung der wertungsjuristischen Vorgaben nicht ausgeschlossen sind, andererseits (jedenfalls bei einem ‚richtigen', also: engen Verständnis) manche gewollte Dynamik mangels hinreichender Konkretisierung in bestehenden Gesetzen in weitere Ferne rückt, verwundert es nicht, dass zumindest noch ein weiterer Begründungsansatz immer wieder auftaucht.

Auch dieser sucht den erforderlichen Halt beim aktuellen Gesetzgeber, und zwar über die Konstruktion der impliziten Billigung vorangegangener Wandlungsprozesse.[264] Die zentrale Idee ist, der Gesetzgeber mache sich die ohne

[264] So etwa *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 246; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 128, 225 f.; *Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, S. 287 (296 f.); *Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS Stern 1997, S. 1135 (1138); *Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[1] II, § 56, Rn. 111; *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit" der Entscheidung, S. 55; vgl. aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis ferner D. Kennedy, A Critique of Adjudication, S. 100: „Judge-made common law is democratically legitimate because the legislature could change it if it wanted to, rather than because it is interpretation of legislative will". Aus der Rspr.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sein Zutun veränderte Norm zu eigen, wenn er nicht zugunsten des ursprünglichen oder eines gänzlich neuen Inhalts interveniere[265]. Für diese Billigung können dann wiederum tatsächliche Anhaltpunkte – etwa Änderungsinitiativen einer Minderheit, die die Mehrheit mit entsprechend aussagekräftiger Begründung zurückgewiesen hat – angeführt werden. Regelmäßig begnügt man sich aber auch damit, sie bei fehlender Intervention zu unterstellen bzw. als Indizien normative Kriterien wie eine hohe Praxisrelevanz (die im Falle der Ablehnung der Neuerung ein Untätigbleiben nicht erlaube) heranzuziehen. Denkbar ist auch, auf das Alter des Wandels abzustellen, wenn es in mehreren Legislaturperioden unterlassen wurde, ihn rückgängig zu machen.

Der konzeptionelle Vorteil dieser Ansicht besteht darin, konkret an das jeweils fragliche Auslegungsproblem anzuknüpfen und nicht auf andere, sachlich fernerliegende Normen abstellen zu müssen, deren Analyse und Übertragung auf die alte Norm ein unberechenbares Moment birgt. In der Konsequenz verkehren sich aber die Gewaltverhältnisse, sodass der Gesetzgeber „im Ergebnis zu einem ‚Getriebenen' der Judikative" verkommt.[266] Es stimmt zwar, dass ein legislatives Schweigen zu einer bestimmten Rechtsprechung die Vermutung nahelegt, der Gesetzgeber halte seine tatsächlich verabschiedeten Gesetze für drängender. Daraus lassen sich jedoch keine normativen Schlüsse ziehen, zumal der beinahe ubiquitäre Hinweis auf die Überforderung des Parlaments bei der Aktualisierung der Rechtsordnung ja gerade von einem Standpunkt aus erfolgt, der für großzügige Freiheiten des Interpreten im Umgang mit dem Gesetzgeberwillen plädiert[267]. Auch die umgekehrte Perspektive, aus welcher man unterstellt, der Gesetzgeber sei froh, seine Auffassungen nicht

---

ebenso BGHSt 28, 69 (70) – hier sah sich der Gesetzgeber später gerade umgekehrt dazu veranlasst, die Rspr. mit dem StVÄG 1987 ausdrücklich zurückzuweisen, vgl. etwa BT-Drs. 10/6592, S. 21. Auch *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, S. 59 f. folgt dieser Konstruktion, kritisiert aber ein entsprechendes Untätigbleiben als verantwortungslos.

265 Solche Interventionen kommen durchaus vor; vor allem im Steuerrecht sind sie keine Seltenheit, vgl. dazu und den damit ebenfalls mitunter verbundenen verfassungsrechtlichen Problemen, *Maciejewski*, Nichtanwendungsgesetze, vor allem am Beispiel des Steuerrechts, Beispiele aus anderen Gerichtszweigen auf S. 27 ff.; am Beispiel des Gesellschaftsrechts: *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), S. 597 ff.

266 Sondervotum *Voßkuhle/Osterloh/Di Fabio*, BVerfGE 122, 248 (298), gerade die in diesem Fall über 100 Jahre anhaltende massive Kritik am legislativen Konzept (Nwe. ebd., S. 295 ff.) hätte es dem Gesetzgeber leicht gemacht, entsprechende Änderungen vorzunehmen; dass dies nicht geschehen ist, legt in normativer Hinsicht somit eher nahe, dass ‚er' am bestehenden Konzept festhalten wollte. Ablehnend ebenfalls BVerfGE 78, 20 (25); *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (187); *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 337; *Achenbach*, NJW 1979, S. 2021 (2022) gegen BGHSt 28, 69.

267 So etwa *Lobinger*, AcP 216 (2016), S. 28 (57 ff.); vgl. auch die Kritik von *Achenbach*, NJW 1979, S. 2021 (2022).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

selbst umsetzen zu müssen, führt nicht weiter: Zwar liegt insbesondere nach einem Regierungswechsel auch die Nichtbilligung ‚älterer' Gesetze mitunter nahe[268], aber die neue Koalition muss sich dann eben ‚durchringen', die ungeliebte Norm zu ändern, wenn sie einen Einfluss auf die Rechtsentwicklung haben möchte. Diese Formenstrenge ist auch in ihrem Sinne, weil ihre eigenen Gesetze andernfalls ebenfalls bald an Bindungswirkung verlören. Letztlich wurzeln die Probleme dieser Konstruktion noch stärker als diejenigen der geltungszeitlich-subjektiven Theorie im dort beschriebenen Umstand, dass der Gesetzgeber nicht unabhängig von seinen Äußerungen in Gesetzesform existiert, sodass er genau genommen gar nicht ‚schweigen' *kann*.[269]

Lässt man sich indes für einen Moment auf die Logik des Konzepts ein, dann ergibt es vor allem dort Sinn, wo die Hindernisse formeller Änderungen niedrig sind. Je leichter der Gesetzgeber reagieren könnte, desto aussagekräftiger wird sein Unterlassen. Daraus folgt ohne Weiteres, dass das Argument der stillschweigenden Billigung jedenfalls zur Legitimation des *Verfassungs*wandels völlig unbrauchbar ist, wird dieser doch gerade aus den hohen Hürden der Verfassungsänderung erklärt.[270] Die Umkehrung der Staatsgewalten lässt sich insofern besonders plastisch abbilden: Während es eigentlich einer Zwei-Drittel-Mehrheit bedarf, um das Grundgesetz zu verändern, reicht hiernach bereits eine Minderheit von einem Drittel (plus einer Stimme) in Bundestag *oder* Bundesrat aus, um zu verhindern, dass die Missbilligung der

---

268 Auch *Lepsius*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 73 (2014), S. 309 f. weist auf die Schwierigkeiten hin, die bei einem politischen Wandel, etwa von einem rot-grünen zu einem schwarz-gelben Gesetzgeber auftreten. Man könne sich insofern nicht einfach auf ‚den' Gesetzgeber beziehen.

269 Komplizierter wird es, wenn späteren Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte für eine Billigung entnommen werden können, obwohl die dort erlassene Norm keinen spezifischen Zusammenhang zur auszulegenden aufweist; das ist dann im Einzelfall zu lösen, je nachdem, wie stark die Indizien aus den Materialien ausfallen und das Verständnis als bloße „losers' history" (dazu *Nourse*, Yale Law Yournal 122 [2012], S. 70 [118 ff.]) bzw. unreflektierte Nebenaussage ohne eigentliche Bedeutung für das dort verfolgte Gesetzesprojekt ausschließen (Maßstäbe zum Umgang mit Materialien oben 2.). Ein Beispiel, in dem auch ein systematischer Zusammenhang bestand, sodass man zwar nicht von einer formell positivierten, aber doch von einer ausdrücklichen, also nicht bloß stillschweigenden Billigung sprechen kann, die letztlich normativ belastbar ist, bei *Würdinger*, Rechtskultur 2013, S. 79 (85).

270 Davon unbeirrt *Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, S. 287 (296 f.), der aber immerhin zu bedenken gibt, es erscheine insofern „gravierend, wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den letzten Jahren dazu neigt, Grundsatzentscheidungen auf die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG zu stützen und dabei zugleich zum Ausdruck zu bringen, dass selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber diese Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht konterkarieren könne". Wie hier *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 241 mit Fn. 478.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(verfassungs-)gerichtlichen Dynamik ausgedrückt werden kann. Zumal das Bundesverfassungsgericht durchaus auch mit Blick auf gesellschaftlich und damit in aller Regel auch parlamentarisch relevante Auffassungen judiziert[271], lässt sich die Sperrminorität in dieser Situation praktisch nicht überwinden[272].

### *d) Verfassung als Konzentrat des einfachen Rechts*

Zuletzt noch ein kurzer Blick auf den „stillen" Verfassungswandel, wie ihn Lerche beschreibt: Dieser stellt vielleicht den pragmatischsten Vorschlag zur Kombination prozedural verankerter und interpretativ vermittelter Dynamik, jedenfalls auf Verfassungsebene, dar. Ohne so eng auf die Vorstellung eines Gesetzgeberwillens zu rekurrieren wie die zuletzt genannten Ansätze, verwendet Lerche das Bild der Verfassung als „Konzentrat" des unterverfassungsgesetzlichen Rechts[273]. Wenn die Verfassung sich (ausschließlich) durch eine intensive und dauerhafte Abfolge von Einzelveränderungen des einfachen Rechts wandle, sei damit ein tragfähiger Ausgleich von Elastizität und Stabilität erreicht, zumal „die Erhöhung der Grundzüge dieser Rechtsmassen [des einfachen Rechts] zu Verfassungsrang" diese wiederum „dem *unmittelbaren* Zugriff des einfachen Gesetzgebers" entziehe[274].

Das ist im Ansatz sicherlich sinnvoll, weil es immerhin eine prozedurale Rückbindung in Form tatsächlicher Gesetzesbeschlüsse beinhaltet – setzt dem Wandel freilich im Einzelfall höhere Hürden, als es zunächst möglicherweise scheinen mag, gerade bei vergleichsweise abruptem Wandelbedarf; aber auch im Übrigen muss man erst einmal die Einschlägigkeit der einfachgesetzlichen Wertungen konkret nachweisen. Insofern steht diese Konstruktion dann vor ähnlichen Operationabilitätsproblemen hinsichtlich eines rationalen Transfers der Werte von einer Norm in die andere wie die Wertungsjurisprudenz: Die Weite der Verfassungsbegriffe, in deren Folge es leicht fällt zu begründen,

---

271 Siehe oben B.II.1.

272 Seltenes Gegenbeispiel: BVerfGE 106, 62 (136 ff.): „In der Grundgesetzänderung kann eine klare Anweisung des verfassungsändernden Gesetzgebers an das Bundesverfassungsgericht gesehen werden, seine bisherige, als korrekturbedürftig bewertete Rechtsprechung zu ändern" (136 f.), dazu *Jestaedt*, Und er bewegt sie doch!, in: FS Schmidt Glaeser, S. 267 ff. Die Übergänge sind hier zuweilen fließend, weil sich zumal bei Verfassungsänderungen die Ursachen selten auf einen bestimmten Umstand reduzieren lassen, und so wird man mit *Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, S. 287 (297) etwa auch zur Neuregelung des Asylrechts in Art. 16a GG sowie des Lauschangriffs in Art. 13 Abs. 3 – 6 GG sagen können, die Interpretation des BVerfG zu den Vorgängerregelungen habe hierbei eine Rolle gespielt.

273 *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 47 (insb. 51 f.), vgl. auch bereits oben A.I.4.a)aa); A.III.9.

274 Ebd., S. 52, Hervorhebung im Original.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dass eine einfache Norm in den jeweiligen Wirkungsbereich fällt, erleichtert die Aufgabe nur scheinbar, weil wiederum begründet werden muss, auf welche Weise die Normativität all der älteren Normen, die die einzelne Verfassungsnorm aufgrund dieser Weite ebenso tangieren, zu berücksichtigen ist.

Zu diesen praktischen Problemen kommen die normativen hinzu, die mit der normhierarchieübergreifenden Dimension einhergehen. Das sind zweierlei. Zunächst zum Offensichtlichen: Die legitimierende Kraft ist umso schwächer, je rangniedriger der wandelnde Input ausfällt. Hier wird schließlich der Gedanke der interpretationsanleitenden objektiven Wertordnung, wie er oben beschrieben ist und der *im Hinblick auf die Normhierarchie* keine Probleme aufwirft, umgekehrt. Nicht die höhere, nur aufgrund eines breiten Konsenses änderbare, Norm überlagert die, schon von knappen Mehrheiten durchsetzbare, niedrigere, sondern andersherum. Das darf *eigentlich* nicht sein, ist aber – eben pragmatisch – besser als nichts, sprich: als freies Umdeuten ohne positivierte Anhaltspunkte. Zweitens vergröbert die doppelte Übersetzung den Zugriff, soweit die Werte des einfachen Gesetzgebers nicht nur in die Verfassung hineinintegriert (und dann als verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab verwendet) werden, sondern von dort ihrerseits wieder, nach Art der objektiven Wertordnung, in das einfache Recht hineinwirken sollen. Hier wäre dann der unmittelbare Transfer, wie er der Wertungsjurisprudenz zugrunde liegt, der präzisere, für Übersetzungs-‚Fehler' weniger anfällige Ansatz. Andererseits fällt so die Verfassung als transparente Reflexionsinstanz weg, die wiederum rationalisierende Tendenz haben kann; wiederum andererseits befördert eben gerade dieser Einbezug der Verfassung die Dynamik, weil einer Wertung völlig andere Strahlkraft zukommt, sobald sie als Verfassungswert gilt. Insofern ist der Wandel auch in dieser Konstruktion ambivalent.

#### *e) „Popular Constitutionalism" als Kombinationsmodell?*

Ein Kombinationsmodell in dem Sinne, dass er input-basierte Legitimationselemente des prozeduralen Ansatzes und output-basierte Elemente des inhaltlich-repräsentativen Ansatzes einander final zuordnen würde, um rechtliche Dynamik zu begründen, ist der aus dem US-amerikanischen Verfassungsrechtsdiskurs der letzten Jahrzehnte stammende „Popular Constitutionalism" nicht. Dafür ist er in seiner Grundforderung, die Verfassung den Gerichten wegzunehmen und dem Volk zurückzugeben, damit es selbst entscheide, zu radikal.[275] Er basiert aber in bemerkenswerter Weise zugleich auf Grundannahmen beider hier referierter Modelle, sodass ein kurzer Blick auf sein

[275] S. vor allem *Kramer*, The People Themselves, der „Popular Constitutionalism" dort im Untertitel; *Tushnet*, Taking the Constitution Away from the Courts; ferner

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verhältnis zum Verfassungswandel lohnenswert erscheint. Im Ausgangs- oder besser Endpunkt überschneidet sich der Popular Constitutionalism mit der alten Kritik am judicial review, dem verfassungsgerichtlichen Recht, Gesetze anhand der Verfassung zu prüfen und zu verwerfen. Doch während die Gründe für diese Kritik bisher unter dem Stichwort der „counter-majoritarian difficulty", also der Entscheidung gegen eine das Gesetz stützende demokratische Mehrheit, zusammengefasst werden konnten, akzentuiert der Popular Constitutionalism nicht allein die demokratische Dignität des Mehrheitsentscheids, der mit einer Verfassungsinterpretation konfligieren kann. Er unterfüttert seine Ablehnung des judicial review vielmehr gerade mit der Annahme, die Verfassungsinterpretation selbst sei beim Volk besser aufgehoben als bei den Gerichten, versucht also, statt einen Gegensatz zwischen seinen Forderungen und der Verfassung aufkommen zu lassen, diese selbst für seine Position in Stellung zu bringen.

Wahrnehmen sollen „the people themselves" ihre Interpretationshoheit aber nicht in einem anarchischen oder direktdemokratischen Sinne. Sie werden dabei durch die gewählten Parlamente vertreten. Die einzige Änderung zum Status quo betrifft somit – technisch gesehen – eben das Wegfallen verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Damit entpuppt sich die Rückgabe der Verfassung an das Volk aber noch nicht als „leeres Versprechen", wie es in Grimms Grundsatzkritik am Popular Constitutionalism heißt.[276] Zwar darf das Volk tatsächlich weiterhin nur in der Wahl bestimmen; das neue ‚Framing' nimmt die Bürger indes durchaus in eine Art protestantische Eigenverantwortung für ihre Verfassung, wie sie im US-Diskurs bereits thematisiert worden war[277]. Sie können sich nicht länger auf einem obrigkeitlichen Hüten der Verfassung durch ein Gericht ausruhen, sondern haben es deutlicher denn je selbst in der Hand, ihre Prinzipien – durch Wahl – zu verwirklichen. Das kann ein rechtskultureller Vorteil für ein demokratisches Bewusstsein sein.

Jedenfalls klingt es nach einem radikal prozeduralen Verständnis, das die Gestaltungsentscheidungen den unmittelbar demokratisch legitimierten Organen vorbehält. Andererseits muss man den Fokus nur geringfügig verschieben, um eine deutlich inhaltlich-repräsentative Seite des Konzepts zu erkennen. Sie erwächst aus dem ihm zugrundeliegenden und von ihm an die Verfassung herangetragenen Anspruch, diese müsse „die politischen Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen der Bürger symbolisch […] repräsentieren und ordnungs- und systembildend zum Ausdruck […] bringen", den der positivis-

---

*Waldron*, Yale Law Journal 115 (2006), S. 1346 ff.; *Griffin*, U. Pa. J. Const. Law 4 (2002), S. 281 ff. Ein Überblick bei *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (322 ff.).

276 *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (332).

277 *Dworkin*, Law's Empire, S. 413; *Levinson*, Constitutional Faith.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tisch-prozedurale Ansatz so von vornherein nicht erhebt.[278] Hinzu kommt: Die Auslegung der Verfassung dem Volk oder den Parlamenten zu überlassen, verhindert nicht rechtliche Dynamik außerhalb der entsprechenden Verfassungsänderungsverfahren, auf die das ‚normale' Parlament keinen Zugriff hat. Die Akteure werden umgekehrt freier in ihrer Verfassungsinterpretation. Damit läuft der Popular Constitutionalism allerdings letztlich im Kern auf eine immense Schwächung der normativen Verfassungsgeltung hinaus.[279] Wenn von der Verfassung bzw. einer für ihre Interpretation zuständigen Kontrollinstitution keine verbindlichen und fallübergreifenden Vorgaben mehr kommen, dann erübrigt sich die Kategorie des normativ verstandenen Verfassungswandels weitgehend. Er ist dann nur noch der deskriptive Analysebegriff, als der er in der konstitutionell sehr ähnlichen Konstellation im Kaiserreich erstmals erdacht wurde,[280] – mit der Besonderheit, dass die Berufung auf eine hochgeschätzte Verfassung, wie die US-Verfassung oder das Grundgesetz, politisch wirksam sein kann – was aber wiederum in einer Diskussionskultur, die es schafft, jede erdenkliche Forderung auf die Verfassung zu stützen, kaum einen rationalisierenden Mehrwert hat.[281] Da aber Verfassungs- und Rechtswandel erst auf Grundlage der Prämisse, ihre Ergebnisse seien verbindliches Recht, überhaupt interessant sind und erst von hier aus legitimatorische Probleme aufwerfen, kann der Popular Constitutionalism keinen unmittelbaren Beitrag zu dieser Kategorie leisten, durch seine Radikalität aber die zur Analyse des Wandels hier entwickelten Modelle und ihr ‚Zusammenspiel' beleuchten.

## IV. Zwischenbilanz

Der Legitimitätsstatus des Rechtswandels bleibt damit alles in allem prekär. Der inhaltlich-repräsentative Ansatz kann die Dynamik letztlich immer nur aus dem ‚besseren' Ergebnis selbst begründen und vernachlässigt dabei die rationalisierende Vermittlungsleistung des positiven Rechts, die es ermöglicht, gerade nicht für jeden Einzelfall von neuem aus der allgemeinen Idee der Gerechtigkeit Lösungen ableiten zu müssen, sondern stattdessen zunächst normative Vorfestlegungen vorzunehmen, die danach als konkretere Handlungsanweisung bereitstehen. Ein besseres Verfahren zur demokratischen

278 Zitat bei *Volkmann*, Interpreten der Verfassung, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 7, Rn. 38.

279 *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (insb. 345 f.).

280 Dazu oben A.I.1.a).

281 Wenn der Vorschlag für die USA überzeugender ist als hierzulande, dann liegt das an der praktisch vollends fehlenden Möglichkeit, den Supreme Court durch eine Verfassungsänderung in die Schranken zu weisen, wofür aufgrund des Unmuts über dessen Politisierung mehr denn je ein Bedürfnis besteht, also an einer Gewaltendisbalance, von der sich unsere Verhältnisse unterscheiden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Produktion dieser Vorfestlegungen als dasjenige der parlamentarischen Demokratie bietet der inhaltlich-repräsentative Ansatz nicht an. Der positivistisch-prozedurale Ansatz ist daher zumindest theoretisch und methodisch konsistenter. Als Verbindung beider Konzepte zu einer Legitimationstheorie des Rechtswandels ist allenfalls der wertungsjuristische Rückgriff auf positivierte neuere Wertungen, möglicherweise auch solchen des niederrangigen Rechts, tragfähig, der das ‚objektiv'-präskriptive Element der Normen, verglichen mit statisch interpretierten Vorschriften, allerdings ebenfalls deutlich schwächt. Ein für gerechter gehaltener Inhalt kann sich insofern allein in den Grenzen der eng verstandenen Radbruchschen Formel ausnahmsweise gegen die Legalität durchsetzen.[282]

Für den einzelnen Rechtsanwendenden wird die Aufgabe der Interpretation durch die Einsicht in den prekären Legitimitätsstatus des Rechtswandels indes nicht einfacher. Die historische Interpretation etwa wird im Allgemeinen zu gering geschätzt, aber die Rechtsordnung kann ihre Aufgaben eben auch nicht erfüllen, wenn sie in einem abrupten Akt vom Kopf auf die Füße gestellt würde[283], zumal ja die Grenzen zwischen zulässiger Interpretation und unzulässigem Wandel kaum einmal exakt gezogen werden können. Rechtssicherheit und Verlässlichkeit würden zusammenbrechen. Aber man kann auf die Bremse treten und allzu weiten Überdehnungen Schranken aufzeigen. Dafür müssen die Erkenntnisse auf die methodische Ebene einwirken und dort zumindest das Bewusstsein schärfen. An solchen methodischen Folgerungen wird sich das abschließende Kapitel (D.) versuchen.

Für den Rechtswandel spricht trotz allem ein offenbar starkes Bedürfnis der Rechtspraxis. Im nun folgenden Kapitel (C.) wird dazu die These entfaltet, dieses Bedürfnis habe seine tieferliegende Ursache in einer allgemeinen Haltung zum Recht und werde insofern aus der gesellschaftlichen Sphäre – genauer: vermittelt über die Art und Weise, über Recht zu sprechen – in die

---

282 *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105 (107). Auch die Radbruchsche Formel lässt sich als Verbindung der beiden Ansätze lesen, die dabei aber nicht zusammenwirken sollen, sondern strikt getrennt bleiben, wobei die Maßgeblichkeit des einen, namentlich des positivistischen, an einem bestimmten Punkt – für welchen der andere (inhaltliche) den Maßstab bildet – endet und damit, wenn man so will, in diesen umschlägt. Das Recht hört damit aber auf zu gelten, kann sich also keinesfalls im Hinblick auf die Radbruchsche Formel wandeln.

283 Im Ansatz treffend daher *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 67: „Selbst wenn nach Jahrzehnten in einem Akt der Rückbesinnung jemand den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers klar zutage fördert, kann er damit allein nicht die Auslegung in neue Bahnen zwingen", vielmehr müsse „das Ausgraben des ursprünglichen Gesetzgeberwillens vielfach als Anachronismus erscheinen". In einem ohnehin im stetigen Fluss befindlichen Interpretationsdiskurs ist aber nicht ersichtlich, warum nicht auch eine ‚bessere' Erkenntnis des Gesetzgeberwillens als starkes ‚neues' Argument auf die Richtung des weiteren Diskussionsverlaufs einwirken sollte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsnormen hineingetragen. In diesem Zusammenhang soll der Rechtswandel, nachdem er bisher rechtstheoretisch konzipiert (A.) und auf seine rechtsphilosophische Legitimationsfähigkeit befragt (B.) wurde, nun noch einmal quer zu diesen Perspektiven (im weiteren Sinne) diskurstheoretisch untersucht werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## C. Recht und Diskurse

Um das Recht und die Vorgänge innerhalb seines Systems in einem tieferen Sinne verstehen und in der Folge auch bewerten zu können, muss man es als soziale Praxis – oder einfach: Kultur – begreifen. Das gilt für den Rechtswandel als dynamisches Phänomen in besonderem Maße. Vor diesem Hintergrund ist das nun folgende Kapitel Ausdruck eines topischen, sich dem Rechtswandel aus unterschiedlichen Blickwinkeln nähernden Vorgehens – wobei der Ordnungsbegriff des Diskurses als Unterkategorie der Kultur die richtige Abstraktionshöhe aufweist, um einen gegenstandsadäquaten Horizont für die nähere Betrachtung des Rechtswandels aufzuspannen (dazu I.). Zwar sind Aussagen über gegenwärtige Diskurse, zumal aus der Innenperspektive, stets mit epistemischen Unsicherheiten und einer Gefahr der Verzerrung verbunden.[1] Einige Beobachtungen lassen sich dann aber doch festhalten – oder zumindest zur Diskussion stellen: Das Recht nimmt im gesellschaftlichen Bewusstsein eine herausgehobene Stellung ein. Politische Fragen werden wie selbstverständlich in rechtlichen Begriffen gedacht und diskutiert.[2] Das Recht als solches ist allgemein als integre Instanz anerkannt und geschätzt. Die Ursachen und Auswirkungen dieser ‚Hochschätzung' sind komplex, weshalb sie zunächst grundsätzlich einzuführen ist (II.). Daraus ergibt sich, dass der rechtliche und der gesellschaftliche Diskurs in Praxis vermischt sind, sodass sich die einzelnen Beiträge zwar in der Regel formal der einen oder der anderen Sphäre zuordnen lassen, inhaltlich aber derart eng aufeinander bezogen sind, dass es letztlich oftmals dieses diskursive Konglomerat ist, das die Richtung vorgibt, in die sich die Normen wandeln. Denn wird die Rechtspraxis stetig mit einem Selbstverständnis der Gesellschaft konfrontiert, die den Rechtssätzen verschiedenste normative Gehalte beimisst, baut dies einen beständigen, mal mehr, mal weniger akuten Rechtfertigungsdruck auf die Gerichte auf[3]. Wenn sie sich im Angesicht dieser Verständnisse *nicht* responsiv verhalten wollen, müssen sie begründen, weshalb diese Deutungen nicht verfangen. Regelmäßig wird das mit juristisch schlichten Argumenten zu bewältigen

---

[1] Vgl. für den juristischen Diskurs etwa *Röthel*, AcP 220 (2020), S. 19 (25).

[2] Vgl. nur *S. Schönberger*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), S. 291 (291 ff.).

[3] Dieser steigt mit dem Grad der öffentlichen Anteilnahme; vgl. insofern BVerfGE 103, 44 (68): Eine erhöhte mediale Präsenz im Gerichtssaal kann das Interesse an „einer ungestörten […] Rechtsfindung" beeinträchtigen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sein; gleichzeitig birgt die Situation aber stets die unterschwellige Unsicherheit des ‚Warum eigentlich nicht?'. Jedenfalls fordert eine solche Rechtskultur die hergebrachten Rechtsverständnisse fortlaufend heraus.[4]

Die Rationalitätsbedingungen der reell geführten praktischen Diskurse entsprechen aber gerade dann nicht den diskurstheoretischen Idealvorstellungen, wenn die Diskursbeiträge aus dem Recht heraus argumentieren, weil mit dem Moment des Rechts auch ein Moment der Macht in die ‚herrschaftsfreien' Diskurse gelangt (III.). Von dort aus kann die „Hochschätzung des Rechts" entfaltet und als Quasi-‚Sakralisierung' kritisch gewürdigt werden (IV.).

Im Ganzen wirft das kein gutes Bild auf den Rechtswandel, auf den noch einmal gesteigert zutrifft, was das Reden über Recht auch im Allgemeinen häufig kennzeichnet: dass nämlich die demokratisch-prozeduralen Entstehungsbedingungen des Rechts keine Rolle spielen. Insofern tragen diese Zusammenhänge zu den beobachtbaren Erosionstendenzen der Rechtsgläubigkeit bei, die als Basis des gesellschaftlichen Zusammenhalts zum Teil in Frage gestellt wird (V.).

Nicht zuletzt liefert die auf die politische Kultur innerhalb der Gesellschaft zielende Analyse dieses Kapitels einen wichtigen Teil der Grundlage für das darauffolgende abschließende Kapitel (D.), in welchem die Grundzüge möglicher Reaktionen auf bzw. Lehren aus der Beschäftigung mit dem Rechtswandel vorgestellt und diskutiert werden sollen.

## I. Warum Recht und Diskurse?

Eingangs ließe sich fragen, warum in einer Arbeit über den Rechtswandel der Zusammenhang zwischen dem Recht und praktischen Diskursen in einem eigenständigen Kapitel betrachtet wird. Die Gründe liegen zum Teil auf der Hand: Das Recht kann als intersubjektive Ordnung in Praxis gar nicht anders, als seine Inhaltsbestimmung aus einem fortgesetzten Kommunikationsprozess zu beziehen (1.). Das ist im Verlauf der Arbeit bereits mehrfach angeklungen und ist ob seiner Relevanz nun noch einmal aus unterschiedlichen Blickwin-

[4] Vgl. auch allgemein *Schenke*, AöR 103 (1978), S. 566 (588): Wenn „jede Rechtsfrage als Verfassungsfrage deklariert wird, muß [dies] zwangsläufig die Verfassung dynamisieren". In einem gewissen Sinne kommt es dabei auf die ‚offizielle' Umsetzung durch die Gerichte auch nicht zwingend an. Denn Recht wirkt ja nicht nur als Zwangsordnung; vielmehr hat die Art und Weise der faktischen Befolgung bzw. eben der Verwendung im Diskurs ebenfalls großen Anteil an seinen Auswirkungen. Hier sollen aber nicht die inoffiziellen gegen die offiziellen Deutungen ausgespielt werden; denn die Wechselbezüglichkeit verläuft geradezu selbstverständlich auch in Richtung von der staatlichen in die gesellschaftliche Deutung, kommt jener doch die zentrale Signal- und Leitwirkung zu.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

keln zu betrachten. Zudem birgt die Vorstellung idealer – oder jedenfalls: hochwertiger – Diskurse das Potenzial, die konzeptionellen Gegensätze zwischen prozeduralen und inhaltlich-repräsentativen Ansätzen aufzuheben – oder jedenfalls: zu entschärfen – (2.).

### 1. Recht als Ergebnis von Diskursen

Zwar sind die positivierten Rechtstexte die wichtigste Rechtsquelle des modernen Rechts, dennoch lässt sich kein allgemeingültiger Inhalt dieser Normen ermitteln[5]. Konkrete Norminhalte existieren insofern nur als psychologische Tatsachen, die, wollen sie Wirkung über das jeweilige Subjekt hinaus zeitigen, auf kommunikative Mitteilung angewiesen sind. Bereits dies wendet den juristischen Blick unweigerlich auf diese einzelnen Sprechakte, gleichviel ob ihre Urheber mit institutioneller Autorität[6] ausgestattet sind oder nicht. Eine erste Idee, wie sich diese Wirkungszusammenhänge im Kontext des Rechtswandels denken lassen, vermittelt schon Jellineks vielzitierte Figur der normativen Kraft des Faktischen.[7] „Der Mensch", heißt es in Jellineks Allgemeiner Staatslehre, „sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübte nicht nur als Tatsache, sondern auch als Beurteilungsnorm an, an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet." Wenn danach das Bestehende die psychologische Tendenz habe, sich in Geltendes umzusetzen, schwingt damit freilich zunächst einmal eine konservative, dem Wandel entgegenwirkende Dimension mit. Entsprechend trage stets derjenige, der eine Veränderung des Status quo herbeiführen will, die Argumentationslast.[8] Es kommt allerdings immer darauf an, *welche* Faktizität man in den Blick nimmt. Versteht man den (werdenden) Rechtswandel – genauer: die dynamischen argumentativen Deutungen der bestehenden Normtexte – bereits als rezipiertes Faktum[9], so besteht die Ten-

---

[5] Dafür sind die jeweiligen Vorannahmen zu unterschiedlich. Interessanterweise markiert damit gerade die praktische Unmöglichkeit eines Konsenses die Notwendigkeit, eine rechtsrealistische Perspektive diskurstheoretisch zu denken, obwohl der Konsens für Diskurstheorien regelmäßig eine zentrale Größe ist.

[6] Vgl. zum intergerichtlichen Diskurs *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 257 (266 ff.), die herausarbeitet, wie jedenfalls die höchstgerichtlichen Entscheidungsbegründungen ein eigenständiges „Kommunikationsformat" bilden.

[7] *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 337 ff.; nicht von ungefähr bezieht sich gerade auch die Literatur zum Verfassungswandel hierauf (s. statt vieler *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 74 ff.), hat Jellinek doch gerade auch für diese Kategorie grundlegende Arbeit geleistet, vgl. oben A.I.1.a).

[8] *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 339 f.; das wörtliche Zitat auf S. 337.

[9] Diese Unterscheidung wird gestützt durch neuere Forschung, die zwischen Fakten als „durch Deutung gewonnenem Gemachtem" und Daten als „Vorgegebenem" (in

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denz, den überwiegenden Normdeutungen Geltung beizumessen, womit die Figur dazu beiträgt, ältere Norminhalte zu verändern. Jellinek: „Wenn es […] das Faktum ist, welches das Recht erzeugt, so erzeugt in diesen Fällen umgekehrt die Vorstellung des Rechtes das Faktum“[10] – welches dann wiederum normative Kraft entfaltet. So weit, so banal: Die ‚herrschende Meinung‘ hat immer die besten Chancen, Gefolgschaft zu finden. Das Faktische wird bei Jellinek aber nicht gänzlich aus sich selbst heraus, sondern erst durch „sich [zusätzlich] äußernde Anerkennung zur Norm erhoben“.[11] Auch das ist mittlerweile ein rechtstheoretischer Gemeinplatz.[12] Das Interessante im Zusammenhang des Rechtswandels ist dabei, dass beide Elemente im Akt der rechtlichen Kommunikation zusammenfallen: Sie selbst drückt die Anerkennung des postulierten Inhalts als Norm aus und ist zugleich das Faktum, auf das sich die normative Kraft bezieht. Dieses performative Moment haben wir bei Müller-Mall ausbuchstabiert gesehen, wobei sich die Normativität des Rechts konzeptionell aufgelöst hat.[13]

Vor ähnlichen Problemen steht ein diskurstheoretisch-realistischer Rechtsbegriff[14]: Einerseits *wirkt* das Recht als Produkt einer kommunikativen Praxis; der Norminhalt teilt sich dem Interpreten wesentlich aus dem juristischen Meinungsstand mit. Andererseits erklärt diese Umschreibung die Innenperspektive nicht hinreichend: Die ‚Faktoren‘ des ‚Produkts‘, also die einzelnen Behauptungen über den Inhalt des Rechts, nenne man sie nun „Vor-Normen“

---

unserem Falle v. a. der Normtext) differenziert, sodass die Faktizität der herrschenden und angewandten Rechtsdeutung und unser Wissen darüber als im Diskurs hergestellt offenbar wird, dazu *Felder*, Faktizitätsherstellung mittels handlungsleitender Konzepte und agonaler Zentren, in: ders. (Hrsg.), Faktizitätsherstellung in Diskursen. Die Macht des Deklarativen, S. 13 ff. (Zitate auf S. 14).

10 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 345. Jellinek expliziert das anhand von naturrechtlichen Forderungen an das positive Recht, die entweder eine Änderung desselben bewirkten oder – in der heutigen ‚durchpositivierten‘ Rechtsordnung relevanter – „als vermeintlich dem positiven Recht entsprungen“ (346) rezipiert wurden.

11 Ebd., S. 342.

12 Es schlägt sich etwa in der gängigen Definition des Gewohnheitsrechts nieder, vgl. etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 152. Auch die Verfassung und damit die gesamte auf ihr fußende Rechtsordnung gilt – ohne dass sich hieraus juristisch operationable Kriterien ergeben müssten – letztlich nur, weil wir so tun, als ob sie gälte (vgl. etwa *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 14 f., insofern beeinflusst von Kelsen), also weil und solange wir sie faktisch anerkennen (vgl. bereits *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2], S. 219; näher *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 145, 295 ff.), was wiederum in den alltäglichen Kommunikationen zum Ausdruck kommt.

13 Dazu oben A.III.1.

14 Vgl. etwa *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation; *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder „Individualpositivierungen“[15], können sich nicht völlig an einem, ihnen gleichsam entrückten, Rechtsdiskurs orientieren, den sie wie Unbeteiligte beobachten, denn sie sind ihm als Faktoren ja gerade vorgeschaltet. Der juristische Diskurs setzt sich mit jedem Beitrag fort und jeder Beitrag hat prinzipiell dieselbe Autorität wie die vorherigen. Dem einzelnen Richter war deshalb mit der klassischen Rechtsdefinition von Oliver Wendell Holmes – „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law“[16] – im Hinblick auf seine eigene Entscheidung noch nie geholfen. Entsprechend stellt er sich die Normativität nicht als Ergebnis des Diskurses vor, sondern beruft sich auf den Inhalt der Norm. Auch wenn er diesen wiederum zu großen Teilen mit Blick auf die vorangegangene Rechtsarbeit ‚erkennt‘, löst der Norminhalt sich nie ganz in der kommunikativen Praxis auf, bleibt Bezugspunkt immer auch die Norm selbst als eine Art Schlussstein, ohne den das ganze Gebilde in sich zusammenfällt.[17] Die Zusammenhänge lassen sich durch kluge Analysen und Modelle erhellen, letzten Endes aber nicht endgültig fixieren und erst recht nicht einseitig auflösen. Geprägt ist das Verhältnis jedenfalls durch zwei Aspekte: Einerseits wirkt der Diskurs nicht als flüchtige Größe aus allen vielgestaltigen Einzeläußerungen, sondern gerinnt immer wieder zu anerkannten neuen Ausgangspunkten – im Bereich der Grundrechte etwa: Schutzpflichten, Drittwirkung etc. Andererseits wird deren Autorität eben nicht unmittelbar auf eine normative Kraft des Diskurses gestützt, sondern auf die geschriebene Norm, aus der er folgen soll. Andernfalls würde sich nicht nur der ursprüngliche Inhalt, sondern auch die Rechtsform selbst auflösen. Für den Rechtswandel heißt das: angestoßen und gelenkt wird er durch den Diskurs, tritt dann aber seinerseits *als Norminhalt* auf.

### 2. Die Aufhebung des Gegensatzes im Diskursbegriff

Bei den Angriffsflächen, welche die unter B. gegenübergestellten Legitimationstheorien ihren Kritikern bieten, handelt es sich jeweils um vorausset-

---

[15] Die „Vor-Norm“ bei *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, S. 220; die „Individualpositivierung“ bei *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 171 ff.

[16] *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), S. 457 (461). Ebenso klassisch der Charles Evans Hughes zugeschriebene Satz: „We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is“.

[17] Je nach methodischem Grundverständnis hat die vorherrschende Auffassung einen größeren (objektive Theorie) oder geringeren (subjektive Theorie) Anteil am Norminhalt. Manche Akteure müssen ihre eigene Auffassung auch strukturell zugunsten des vorhandenen Meinungsbilds bzw. der voraussichtlichen Rechtsprechung zurückstellen, etwa Instanzgerichte oder Gutachter. Andere – insbesondere die Obergerichte und das Schrifttum – können diesbezüglich freier agieren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zungsreiche Prämissen, denen die Wirklichkeit nicht gerecht wird oder werden kann: Es mangelt auf der einen Seite an der Erkennbarkeit tatsächlicher Überzeugungen, auf der anderen an politischer Aktivität und Einflussmöglichkeiten des Einzelnen. Aus diskurstheoretischer Perspektive lässt sich nun beides als Problem des Diskursniveaus reformulieren und damit auf einen Nenner bringen. Im prozeduralen Ansatz ist der formal gedachte Einzelne Grund und Quelle der Legitimität des Rechts, deren konkretes Maß aber von der autonomen Meinungsbildung dieses Einzelnen abhängt, wie sie sich nur in möglichst wenig verzerrten, ‚herrschaftsfreien' Diskursen entwickeln kann[18]. Auch wenn der Diskurs selbst unter diesen Bedingungen kaum in der Lage sein wird, weitgehende Konsense zu schaffen, so kann er doch die rational nicht überbrückbaren Dissenslinien freilegen, zu denen sich dann die Parteien positionieren müssen – womit die Zielgenauigkeit der Stimmabgabe bei Parlamentswahlen und in der Folge die Responsivität der Politik deutlich steigt. Im repräsentativen Ansatz ist dagegen nicht der Einzelne, sondern die gröbere ‚öffentliche Meinung' bzw. der ‚Zeitgeist' die entscheidende Größe. Auch deren konkreter Inhalt lässt sich umso zuverlässiger erfassen, je mehr die gesellschaftliche Debatte diskurstheoretischen Idealen entspricht, also etwa insbesondere die nur relative Gültigkeit der eigenen Auffassungen anerkannt wird.

Damit wird der Diskurs zu einer Art Schlüsselbegriff zur Auflösung des dargestellten Gegensatzes. Hochwertige gesellschaftliche Diskurse erscheinen gar als Gelingensbedingung repräsentativer Demokratie. Diese Arbeit will in diesem Zusammenhang keine weitere Diskurstheorie entwickeln; es reicht aus, punktuell auf die vorhandenen Konzepte insbesondere von Habermas und Alexy zurückzugreifen, um die Rolle des Rechts als Produkt dieses Prozesses, aber im Folgenden vor allem als Faktor innerhalb desselben zu beleuchten. Gefragt ist insofern nach der Rückwirkung des jeweiligen Rechtsverständnisses auf den diskursiven Prozess. Die zentrale These ist dabei, dass die sich in den einzelnen Debattenbeiträgen äußernde Haltung, das jeweils bestehende Recht enthalte bereits die gewünschte Lösung, negativen Einfluss

[18] Vgl. *Habermas*, Was heißt „deliberative Demokratie"?, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 89 (89 und 99: „die demokratische Wahl *als der letzte Schritt eines problemlösenden Prozesses*, das heißt als das Ergebnis einer gemeinsamen Meinungs- und Willensbildung von Bürgern […], die *ihre Präferenzen* erst in der Auseinandersetzung mit den politisch regelungsbedürftigen Problemen im Laufe einer öffentlichen, mehr oder weniger rational geführten Debatte *ausbilden*", Hervorhebungen im Original). Auch in der Rspr. des BVerfG, wonach der „Prozeß der politischen Meinungs- und Willensbildung des Volkes […] im Wahlakt gipfelt" (E 44, 125 [143]) wird die kategoriale Trennung zwischen Meinungsbildung und Wahlentscheidung durch die Vorstellung eines Kontinuums aufgeweicht; vgl. auch *Möllers*, Freiheitsgrade, S. 165: „Eine gelingende Öffentlichkeit […] muss die Kommunikation auf politische Verfahren ausrichten."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf das Diskursniveau hat. Kriterien für die Qualität der Diskurse sind insbesondere die „ideale Sprechsituation“ bzw. allgemein diejenigen des „herrschaftsfreien“, „verständigungsorientierten Diskurses“ im Sinne von Habermas. Wichtig ist auch eine sinnvolle Abschichtung der unterschiedlichen Erfordernisse allgemeiner gesellschaftlicher und juristischer Diskurse, wofür Alexy ein anschauliches Modell vorlegt.

## II. Die „Hochschätzung des Rechtlichen“[19]

Als Ausgangspunkt der Untersuchung[20] soll hier die Beobachtung einer im Allgemeinen auffallend affirmativen Einstellung der Gesellschaft zu ‚dem‘ Recht dienen. Begriffe wie Wertordnung, Verfassungspatriotismus oder auch die bisweilen vorgenommene Übersteigerung des Rechts als ‚Zivilreligion‘ deuten, häufig ausgehend von der Verfassung, an, wie sich das Recht von einer Zwangs- in eine Identifikationsordnung wandeln kann.[21] Dazu trägt wie gesehen der den Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen inhaltlich rezipierende Rechtswandel selbst bei.[22] Die positive Grundhaltung speist sich aber auch bereits aus den eher formelleren Leistungen des Rechts[23]: Wenn ‚das Recht‘ tatsächliche Probleme sachgerecht löst und es schafft, aktuelle Konflikte zu befrieden, dann wenden sich die Bürger ihm zu, verlassen sich auf dieses Befriedungspotenzial und finden in ihm einen gemeinsamen Bezugspunkt, der außerrechtliche Konfliktlösungsmechanismen überflüssig macht.[24] Das Recht geht bezüglich der ihm entgegengebrachten Anerkennung auch gleichsam in Vorleistung: Es statuiert den Einzelnen als Rechtsperson und gewährt ihm subjektive Rechte, die es ihm erlauben, gegen echte oder vermeintliche Ungerechtigkeiten vorzugehen, selbstbewusst und in einem

---

19 *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (373).

20 Nicht des Phänomens selbst: Der diskursive Status des Rechts ist als kultureller Prozess durch vielgestaltige Interdependenzen geprägt und bewegt sich entsprechend eher zirkulär als linear. Entsprechend wird die „Hochschätzung“ im Verlaufe dieses Kapitels immer weiter ausbuchstabiert (insb. IV.).

21 Zum Verfassungspatriotismus noch unten IV., vgl. zur Zivilreligion nur *v. Bogdandy*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), S. 156 (159) m. w. N.

22 Oben B.II.3.a).

23 Sowie aus einer entsprechenden Inszenierung und Entscheidungsrhetorik, zu diesen Aspekten unten IV.1.

24 Vgl. *Luhmann*, Rechtstheorie 1983, S. 129 (146): „Im Zuteilen von Recht und Unrecht liegt immer auch ein Moment der Reproduktion des Rechtssystems, eine Art ‚Mehrwert‘, der – darf man sagen: unter Ausbeutung der Streitsucht der Leute? – für das System abgeschöpft wird.“ Dazu und krit. zum „herrschenden Justizvertrauen der Bevölkerung“ *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, S. 17 (insb. 26 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gleichordnungsverhältnis auch den sonst übermächtigen Staat vor Gericht zu zitieren[25]. Auf eine etwas vereinfachende Formel gebracht, führen die positiven Erfahrungen, die die deutsche Bevölkerung seit Gründung der Bundesrepublik mit dieser Leistungsfähigkeit des Rechts macht[26] – wobei sich dieses ‚Erfahrungswissen' wesentlich gerüchteweise[27] und mit den einhergehenden Verzerrungen und Verklärungen über den Kreis der unmittelbar Betroffenen hinaus[28] verbreitet –, zu einer latenten Vorordnung des Rechtlichen auch vor das Demokratische, abzulesen an (auch ‚strategischer') Klagefreudigkeit und Justizvertrauen auf der einen, niedriger Wahlbeteiligung, Politikverdrossenheit und Protestwahlverhalten auf der anderen Seite. Der Demokratie fehlt das Komfortable, das durch die immer breiter gewährten subjektiven Ansprüche bereitgestellte Wohlfahrts- oder Serviceelement des Rechtlichen. Sie wird mehr mit streitsüchtigen, zu allererst am eigenen Machterhalt interessierten Parteien oder korrumpierten Abgeordneten assoziiert. Die Gründe dieser „Bejahung des Rechts" liegen im Einzelnen tiefer und sind zum Teil historisch bedingt[29], wirken dabei freilich bis heute fort. Solche Einzelheiten hat unter

---

25 Vgl. auch die strukturellen Gründe, die für das Vertrauen in die Gerichte (über welche der Bürger am intensivsten mit dem Recht in Berührung kommt) sorgen, dazu oben B.II.3.b).

26 Mit Blick auf das dem Klagebegehren zum Teil sehr weitgehende Entgegenkommen des BVerfG konstatiert *Volkmann*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (79): „In Zeiten unsicherer Wahrheit, von Individualisierung, Pluralisierung und Fragmentierung, vermittelt es dem Bürger aber eben auch eine Ahnung vom Wert und der Bedeutung seiner Grundrechte, zeigt ihm, dass er sich, wenn schon sonst auf nichts, zumindest auf sie verlassen kann. Das Verfassungsrecht rückt so im Ergebnis noch näher an Politik und Gesellschaft heran, deren Diskussionen es beständig dichter umhegt und anleitet."

27 Vgl. zu dieser Verbreitungsweise aus einem internationalen und sozialanthropologischen Blickwinkel *Eckert*, Gerüchte vom Recht, in: Grimm u. a. (Hrsg.), Gerüchte vom Recht, S. 227 ff. (insb. ab S. 235 ff. dann auf eine auch im Kontext dieser Arbeit instruktive Vorstellung von „Rechts"- bzw. „Normwandel" bezogen); dort wird auch deutlich, dass das besondere Vertrauen in das Recht keine spezifisch deutsche Haltung ist. Diese gerüchteweise Verbreitung wird durch die Inszenierung des Rechts weiter befördert, dazu unten IV.; ferner speisen Gerüchte (sich aus) Narrative(n), zu deren Bedeutung für das Recht sogleich im Text.

28 Dass das Vertrauen in Recht – wie jedes Vertrauen – eng mit Nicht-Wissen verbunden ist und daher „gerade diejenigen, die kaum Rechtskontakte haben, meist die höchsten Erwartungen in die Rechtsordnung setzen" (*Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, S. 156), lässt sich auch empirisch nachweisen, s. *Blankenburg*, Empirisch meßbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein und Vertrauen in Recht, in: Hof u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten, S. 83 (90 ff.).

29 Beispielsweise erkannte die Nachkriegsgesellschaft immer deutlicher die Vorteile der Überwindung des NS-Regimes, das ein Willkür- und Unrechtsstaat, aber, wenn auch keine Demokratie, so doch ein von einer Mehrheit getragenes System war;

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dieser Überschrift insbesondere Rainer Wahl herausgearbeitet.[30] Mit ihm lässt sich das beschriebene „besonders affirmative[ ] Verständnis von Recht und seiner Leistungsfähigkeit“ jedenfalls als „innere[r] Zusammenhang“ der bundesdeutschen Rechtsentwicklung begreifen. Von einer bewussten ‚Geringschätzung‘ der Demokratie als solcher wird man demgegenüber nicht sprechen können. Die Demokratie steht als Idee zumindest mittlerweile ebenso deutlich wie das Rechtliche für das ‚Gute‘, was gelungene Staaten auszeichnet. Strukturell ist sie aber das weniger lebensnahe Konzept; mit ihr kommt man nicht derart unmittelbar in Berührung – die Zuwendung zum Recht hat insofern eher unbewusst-implizite, reflexartig zulasten des Vertrauens in demokratische Prozesse gehende Auswirkungen[31].

Der Betrachtung bedarf nun aber das Zusammenspiel aus positiver Haltung zum Recht und Dynamik seiner Interpretation. Jene kann sich im Angesicht dieser gerade nicht auf einen irgendwie fixierten, konkreten Inhalt der Normen beziehen. Das Recht wird also einerseits in einem allgemeineren Sinne in Bezug genommen; auf der anderen Seite hindert dies nicht daran, zur Unterstützung des eigenen Standpunkts auch auf ganz konkrete Normen als eine Art moralische Autorität zu verweisen. Was ist also mit ‚Recht‘ jeweils gemeint, wenn in Debatten um Gerechtigkeitsfragen in einer Weise argumentativ auf bestehende Rechtsnormen rekurriert wird, die die Möglichkeit einer ‚besseren‘ als der aktuellen Norm nicht in Rechnung stellt? Es gibt hier zwei Varianten. Beide bedeuten eine Verortung des Rechts nahe bei dem Gedanken der Gerechtigkeit.[32] Damit erschweren beide eine distanzierte Diskussion von Sachproblemen.

---

gleichzeitig war das ‚Gezänk‘ noch präsent, an dem die Weimarer Demokratie nach landläufiger Meinung zugrunde gegangen ist.

30 Vgl. zum gesamten vorstehenden Absatz *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (insb. 372 f., dort auch das im Text folgende Zitat); *ders*., Die praktische Wirksamkeit von Verfassungen, in: FS Stern 2012, S. 233 (insb. 249 ff., das vorstehende Zitat auf S. 251), jeweils mit Verweis auf weitere Veröffentlichungen; ein ähnlicher Ansatz bei *Grimm*, Leviathan 2009, S. 603 ff. mit besonderem Fokus auf die Verfassung. S. zu den historischen Zusammenhängen ferner *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV, S. 305 ff., insbesondere zum Aspekt der „idiosynkratische[n] Beziehung“ der (Nachkriegs-)Deutschen zur Demokratie – deren „autoritätsgläubige Grundhaltung […] sich gar nicht schlecht mit einem mächtigen Verfassungsgericht“ vertrug, so *Bryde*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, S. 197 (201); dazu auch *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 9 (43 f.).

31 Angelehnt an *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (373), der formuliert: „Die Hochschätzung des Rechtlichen hat eine Kehrseite; sie geht zu Lasten des Vertrauens auf demokratische Prozesse.“

32 Vgl. *F. X. Kaufmann*, Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts, in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, S. 185 (195): „Der Pluralismus der öf-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der ersten – nennen wir sie: die unkritische – Variante wird das Gerechte mit der Antwort des Rechts identifiziert. Dazu neigen, nicht zuletzt der Einfachheit halber, etwa juristisch versierte Personen, die die ratio der Norm kennen bzw. es gewohnt sind, eine solche herauszufinden und sich auf sie einzulassen. Das gilt prinzipiell für alle rechtlich regulierten Bereiche und lässt sich besonders anschaulich etwa im Umfeld des Eigentums beobachten: Dann erscheinen Vorschriften über eine mietrechtliche Zwangsräumung als gerecht, weil sie das Eigentum des Vermieters schützen, ohne dass der lebensweltliche Kontext aus Wohnungsnot vor allem in den Großstädten, entsprechend steigender Mietpreise und existenzieller Angewiesenheit auf Wohnraum überhaupt in den Blick geriete.[33] Ebenso würde eine große Mehrheit der Bürger eine Abschaffung oder steuerliche Aushöhlung des Erbrechts als besonders intensiven Eingriff in ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage und entsprechend als große Ungerechtigkeit empfinden, obwohl finanziell betrachtet nur ein verschwindend geringer Bruchteil der Bevölkerung wirklich vom Erben profitiert und es für alle anderen eigentlich vorteilhaft wäre, angehäuftes Vermögen umzuverteilen.[34] Damit ist das Feld der Ideologiekritik im Recht betreten, die man hieran folgerichtig anschließen könnte. Insofern erscheinen dann sogar die allgemeinen Menschrechte in einigen Hinsichten als fragwürdig und schon im Ansatz weniger universalisierbare Lösung, als die sie in der Regel behandelt werden.[35] Hier soll es aber weniger um eine solche letztlich materielle Ideologiekritik gehen. Im Mittelpunkt steht eher eine aus der Wahr-

---

fentlichen Meinung führt in seiner Vielschichtigkeit und unentscheidbaren Widersprüchlichkeit leicht dazu, unterschiedliche Positionen als gleich gültig, und damit zunehmend als gleichgültig anzusehen"; s. auch bereits oben B.III.1.d).

[33] Das hängt natürlich immer vom Grad der individuellen Betroffenheit ab: Diejenigen, zu deren Lasten eine Norm einen Interessenskonflikt entscheidet, halten sie in der Regel in der konkreten Konfliktsituation für ungerecht. Deshalb erfreut sich auch etwa das Steuerrecht entgegen der hier beschriebenen Gesamttendenz keiner besonderen Beliebtheit; der Mensch empfindet eben Verluste intensiver, als er Vorteile und Gewinne veranschlagt, die psychologischen Stichworte sind hier Endowment-Effekt und Status-quo Bias, vgl. dazu nur *Thaler/Sunstein*, Nudge, S. 53 ff.; gerade letzterer ist auch ein Grund für die Hochschätzung des Rechts bzw. die Abneigung gegen Rechtsänderungen im Allgemeinen.

[34] Vgl. die umfangreichen Nachweise zur Debatte bei *Röthel*, AcP 220 (2020), S. 19 (19 ff.). Dort auch ausführlich und differenziert zum „affirmative[n] Grundverständnis des Rechts zu vererben" und den Gründen dieser Haltung (25 ff., Zitat auf S. 28). Der Fokus liegt dabei auf dem juristischen Diskurs, dennoch lässt sich der Beitrag als Beschreibung eines Unterfalls der allgemeinen „Hochschätzung des Rechtlichen" lesen.

[35] Die klassische Kritik an den Menschenrechten bei *Marx*, Zur Judenfrage, in: ders./Engels, Werke, Bd. I, S. 347 (364 ff.): Verkürzung des Menschen auf ein egoistisches, vom Gemeinwesen isoliertes Wesen. Neuere Ansätze kritisieren etwa die kolonialistische oder patriarchale Perspektive der Menschenrechte; insbesondere im Kontext der Critical Race Theory wird die Möglichkeit universeller Werte und Normen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nehmung des Rechtlichen als etwas *insgesamt* ‚Gutes‘ folgende ‚Standardeinstellung‘, diese Anerkennung im Zweifel auch jeder einzelnen Norm entgegenzubringen. Das dient der Orientierung in der normativen Überkomplexität der Gesellschaft, indem es diese auf ein überschaubares Maß reduziert, entdifferenziert damit aber zugleich die individuelle und kollektive Meinungsfindung und verstellt den Blick auf politische Entstehungsbedingungen von Recht, das aus den diversen Perspektiven auf Gerechtigkeit notwendigerweise eine bestimmte herausgreift und fixiert[36]. Letztlich ist diese Variante jedoch gar nicht derart problematisch, weil zum einen tatsächlich meist gute Gründe[37] für die einzelnen Regelungen existieren, die ‚Rechtspatriotin‘ sich also nicht die schlechteste Autorität ausgesucht hat, und eine auf diese Weise gebildete Meinung zum anderen durch bessere Gegengründe im Einzelfall revidierbar bleibt[38].

In der zweiten Variante – die nicht einfach einer anderen Personengruppe zuzuordnen ist, vielmehr changiert eine rechtsaffirmative Haltung von Fall zu Fall zwischen beiden – wird umgekehrt die Antwort des Rechts im Gerechten verortet, also die eigenen Ordnungs- und Wertvorstellungen *als* Recht postuliert.[39] Das ist dann Ausdruck der grundlegenden „Einschätzung, Recht als eine Lösung und nicht als ein Problem zu verstehen“[40]. Wenn das Recht aber bereits die Lösung beinhalten soll, dann erscheinen als ungerecht empfundene Konkretisierungen (etwa Urteile oder Verwaltungsakte) als fehlerhafte An-

---

überhaupt bestritten, vgl. für einen groben Überblick nur *do Mar Castro Varela/Dhawan*, APuZ 20/2020, S. 33 ff.

36 Das lässt sich auch durch interessensausgleichende Regelungskompromisse nicht verhindern; diese können immer auch anders ausfallen, sind kontingent.

37 Im Zwangsräumungsrecht kann man schlüssig darauf verweisen, die Hürden einer Zwangsräumung seien bereits sehr hoch und die Probleme könnten im Übrigen über staatliche Sozialleistungen oder die Regulierung der Mietpreise adressiert werden; das Erbrecht hat für Erblasser wie Erbe vor allem auch emotionale Bedeutung, für deren prinzipiellen Schutz sich eine menschliche Gemeinschaft legitimerweise entscheiden kann; und selbstverständlich ist der jedem Individuum als gleichwertige Rechtsperson entgegenzubringende Respekt, den die Menschrechte einfordern, als solcher ein kaum zu überschätzender Wert.

38 Nicht ganz so unkritisch wird etwa der Eigentumsschutz, z. B. durch die Diebstahlsparagrafen, im Bereich dessen, was man auch als Allgemeingüter begreifen könnte, gesehen; hierzu wiederum klassisch *Marx*, Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz, in: ders./Engels, Werke, S. 109 ff.; neuerdings stehen eher das ‚Containern‘ oder die Aneignung von Wasser oder Land durch große Konzerne im Mittelpunkt der Debatten.

39 Vgl. *Pichler/Giese*, Rechtsakzeptanz, S. 309, 347 f. Gleichermaßen krit., aber eher knapp, zu einer „Juridifizierung der Moral“ und einer „Moralisierung der Rechtsordnung“ *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, S. 110 f.

40 Die Wendung bei *Wahl*, Die praktische Wirksamkeit von Verfassungen, in: FS Stern 2012, S. 233 (251).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendungen einer an sich gerechten Ordnung.[41] Soweit man das gesetzte Recht infolgedessen nicht als „Problem" wahrnimmt, bleibt auch ein Diskurs über seinen angemessenen Inhalt aus. Als Reflex wird *politische Gestaltung implizit zunehmend von Gerichten (aller Art) erwartet*.[42] Völlig ausgeblendet bleibt in dieser stark ergebnisorientierten Perspektive die „institutionelle Dimension des Rechts" aus politischen Entstehungsbedingungen und verfahrensrechtlich regulierter Anwendung des Rechts; vielmehr „nivelliert sie […] die ausdifferenzierten Zuständigkeiten zugunsten einer Fixierung auf das materielle Recht, das Systemerwartungen genügen soll".[43] Verfahren geraten bei einem solchen Fokus strukturell aus dem Blick, obwohl das Verfahrensrecht für die rationalisierenden Leistungen des Rechts von zentraler Bedeutung ist.[44] Verfahrensregeln wecken weniger Emotionen, was aber nicht heißt, dass sie nicht auch gelegentlich Gegenstand von Umdeutungsversuchen wären[45] – nur eben

---

41 Vgl. zu einem besonders eindrücklichen Beispiel *Simon*, Erwartungen der Gesellschaft an die Justiz, in: FS Deutsche Richterakademie, S. 3 ff.; *Ogorek*, KritV 1997, S. 5 ff.; ferner *Castendyk*, Rechtliche Begründungen in der Öffentlichkeit, S. 288 f.; *Meier*, Zur öffentlichen Wahrnehmung juristischer Berichterstattung in Presse und Medien, in: Stürmer/ders. (Hrsg.), Recht Populär, S. 146 (153, 156 f.); und aus sozialanthropologischer Perspektive *Eckert*, Gerüchte vom Recht, in: Grimm u. a. (Hrsg.), Gerüchte vom Recht, S. 227 ff. Diese Haltung hat Dworkin mit seiner „one right answer"-These zu einem idealisierten Modell ausbuchstabiert, s. etwa *ders*., Bürgerrechte ernstgenommen, insb. S. 448 ff.

42 *Ogorek*, KritV 1997, S. 5 beobachtet, wie sich in Urteilskritiken „gesellschaftliche Vorstellungen artikulieren, die mit großer Selbstverständlichkeit eine Einheit von Recht und Moral unterstellen und dem Bild vom Richter als einem neutralen Diener des Gesetzes nichts abgewinnen wollen" (8) bzw.: „Es wird nicht etwa erwartet, daß der Richter seine politischen oder moralischen Überzeugungen unterdrückt. Es wird erwartet, daß er die ‚richtigen' Überzeugungen hat (und diese im Prozeß durchsetzt)" (11). *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, S. 17 (26 f.) beschreibt das als eine Art obrigkeitsstaatliche Mentalität, in der „die Erwartungen an das Bundesverfassungsgericht an die Stelle eigener staatsbürgerlicher Aktivität treten. Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz kommen oft weniger im eigenen Wahlverhalten geschweige denn in der Beteiligung an nichtinstitutionalisierten gesellschaftlichen Willensbildungsprozessen zum Ausdruck, sondern in der Hoffnung auf Zuteilung dieser Güter durch das höchste Gericht." Die immer weiter zunehmende strategische Prozessführung, insbesondere in Fragen des Umwelt- und Klimaschutzes, wie sie nicht nur dem Klimabeschluss des BVerfG (E 157, 30) zugrunde lag (ferner etwa EGMR, KlimR 2024, S. 150 ff.), ist klarer denn je Ausdruck dieser Erwartungshaltung.

43 *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (53).

44 *Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, S. 175: „Als richtig wird – Verfahren hin, Verfahren her – am Ende doch nur empfunden, was *im Ergebnis* als richtig, als gerecht empfunden wird" (Hervorhebung im Original).

45 Siehe etwa die Beispiele oben A.III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zumeist genau dann, wenn sie dem Durchbruch des materiell für richtig Gehaltenen zu sehr im Wege stehen.

Ein antipositivistischer Rechtsbegriff, der Recht und Moral verknüpft sieht[46], befeuert wenig überraschend beide vorgestellten Varianten. Für die zweite bildet er die theoretische Legitimation eigener Interpretationsakte. Dafür braucht es allerdings *Akteure*. Für die breite Masse, die in den meisten Fragen jeweils nur passive Konsumentin der staatlichen Entscheidungsapparate ist, entfaltet die auf einen solchen Rechtsbegriff zugeschnittene Rechtsrhetorik vielmehr suggestive Kraft im Sinne der ersten Variante – darauf ist noch einzugehen (IV.).

Die Zusammenhänge zwischen dem Recht und den ihm entgegengebrachten Einstellungen sind also vielschichtig, von Wechselwirkungen geprägt und beruhen selten auf einem rational-reflektierten Zugriff. Ihre Relevanz für spezifisch juristische Interpretationen könnten die daraus hervorgehenden Deutungsimpulse dabei gerade aus diesem diffusen Zugriffsmodus gewinnen, der sich einer ausdrücklichen argumentativen Auseinandersetzung und damit der Möglichkeit ihrer völligen Zurückweisung entzieht. Das legt zumindest die Lektüre von Robert Cover nahe, der den Einfluss von gesellschaftlich-kulturellen Narrativen auf das Verständnis von Rechtsnormen herausgearbeitet hat.[47] Diese Narrative formen sich auch unter dem Eindruck der gesellschaftlichen Gerechtigkeitserwartungen und betten die Normtexte in größere oder kleinere Zusammenhänge ein, aus denen sich dann Deutungsmuster ergeben. Da sie aber nur im Plural existieren, sich aus den unterschiedlichsten Quellen speisen und entsprechend diverse Erklärungsangebote machen – die durch den gesellschaftlichen Wandel zudem stetig irritiert und neu angepasst werden –, konfrontieren sie das Rechtssystem zugleich fortlaufend mit der Möglichkeit anderer als der gerade gängigen Interpretationsvarianten oder Subsumtionsmuster und brechen damit vermeintliche Sicherheiten auf.[48] Man

---

46 Gemeint ist damit nie eine denkbare moralische Pflicht zur Befolgung des positiven Rechts aus Gründen der Gleichheit (dazu *Volkmann*, Rechtsphilosophie, S. 183 im Anschluss an *Hoerster*, Die moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam, in: ders., Recht und Moral, S. 129 ff.) – das wäre ja gerade die innere Moralität des Rechtspositivismus –, sondern immer eine in Konkurrenz zum originär Rechtlichen tretende Moral. Damit geht zwangsläufig eine stärkere Betonung der Einzelfallgerechtigkeit gegenüber der positivrechtlichen Formalisierung einher.

47 *Cover*, Harvard Law Review 97 (1983), S. 4 ff.

48 Bei Cover steht dieser Pluralismus noch einmal stärker im Mittelpunkt (s. dazu *Seinecke*, Das Recht des Rechtspluralismus, S. 260 ff.). Für ihn kann es mehrere Deutungsmuster nebeneinander geben, die gleichermaßen das Prädikat ‚Recht‘ verdienen; dieser (etwa dem Freirecht verwandte) Rechtspluralismus mag das diskursive Stadium noch einigermaßen angemessen beschreiben, als dem Rechtswandel zugrundeliegender Rechtsbegriff taugt er weniger, weil man dort voraussetzen muss, dass *eine bestimmte* Deutung nunmehr ‚gilt‘ – was nicht zwingend bedeuten muss, dass immer

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kann diesen Narrativen als Jurist kaum ausweichen, weil sie als kollektive Dimension der aus der Rechtshermeneutik bekannten individuellen ‚Vorverständnisse' den Interpretationshorizont bilden, der unwillkürlich bereits die Wahrnehmung konkreter Situationen und Sachverhalte vorstrukturiert und über den man zwar reflektieren, aus dem man aber nicht ausbrechen kann.[49] So betrachtet, verdeutlicht dieser Fokus auf die Bedeutung der Narrative noch einmal den subtilen, aber starken Einfluss der *Diskurse* auf die rechtliche Normativität, weil Narrative immer im fortgesetzten Diskurs entstehen.[50] Von der persönlich geäußerten Meinung über mediale Kommentare, politische Agenden und künstlerische Verarbeitungen bis hin zu philosophischen Modellen schreiben alle an diesen gemeinschaftlichen Erzählungen mit, ohne dass der Beitrag der einzelnen Stimme im Nachhinein immer nachvollzogen werden könnte.[51] Der Grad, in dem diese Narrative rechtliche Normen in ihre Weltdeutung einspinnen oder diese gar auf jene ausrichten – man denke etwa an die Fortschrittsgeschichte der Gleichberechtigungskämpfe[52], die nunmehr manchen als Beeinträchtigung der Kunst- oder Redefreiheit erscheinen –, zeigt dabei die Relevanz des Rechts für das kulturelle Bewusstsein an. An ihm lässt sich abermals die Hochschätzung des Rechtlichen ablesen, zumal eben in Deutschland, wo wir die die Gesellschaft jeweils umtreibenden Themen immer auch als Rechtsfragen diskutieren.

---

eine andere Deutung deshalb wegfällt; manche Normdimensionen können auch nebeneinander bestehen, sodass die neue nur hinzutritt (etwa Schutzpflichten als Ergänzung der Abwehrdimension).

49 Vgl. etwa *Cover*, Harvard Law Review 97 (1983), S. 4 (10): „The codes that relate our normative system to our social constructions of reality and to our visions of what the world might be are narrative."

50 Vgl. dazu *Vischer*, Die Fremdheit des Rechts, S. 327 f.

51 Darin liegt ein Grund für die bestenfalls subtilen Rezeptionsmodi der Rechtswissenschaft gegenüber explizit philosophischen Konzepten, dazu *Frankenberg*, Stichworte zur „Drittwirkung" der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht, in: ders., Autorität und Integration, S. 190 ff.

52 Diese monieren zwar – auch im Recht – bestehende Ungerechtigkeiten, dies aber wiederum zumindest schon lange unter Berufung auf bestehende Gleichheitsrechte. Unabhängig von Gleichheitsfragen bedeutet eine allgemein affirmative Einstellung zum Recht nicht, dass jeder Einzelne sie stets teilen oder die Bevölkerung sich generell gegen Reformen zentraler Rechtsbereiche stellen würde. Reformbedarf kann sogar weitgehend konsentiert sein und seine Dringlichkeit gerade auch aus der Hochschätzung des Rechts beziehen. Unzufriedenheit wird dann eher auf den prinzipiell kritisch wahrgenommenen ‚Staat' oder seine ‚Eliten' projiziert (unfähig, rückständig, bürokratisch). Das Recht selbst wird hingegen auch von Gegnern der gegenwärtig herrschenden Gesellschaftsordnung eifrig in Bezug genommen und als Kampfmittel gegen ihre politischen Gegner benutzt. Übrig bleiben im Wesentlichen die ganz extremen politischen Ränder, die das positive Recht fundamental ablehnen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## III. Recht als Argument

Diese Hochschätzung hat zur Folge, dass einem rechtlichen Argument in gesellschaftlichen Debatten besondere Autorität zukommt. Was das für eine demokratische Kultur bedeutet, gilt es nun zu untersuchen.

### 1. Vermischung der Diskursebenen

Zu diesem Zweck ist Alexys vierstufiges prozedurales Modell des Rechts aufschlussreich, das den diskursiven Konkretisierungsprozess von gesellschaftlichen Vorstellungen hin zur rechtlichen Entscheidung auf einem niedrigen Komplexitätsniveau, aber dadurch intuitiv einleuchtend darstellt und Orientierung ermöglicht:

> „Das Modell umfaßt vier Stufen: (1) den allgemeinen praktischen Diskurs, (2) die Rechtsetzung, (3) den juristischen Diskurs und (4) die Rechtsanwendung. Auf der ersten Stufe, im allgemeinen praktischen Diskurs, werden allgemeine praktische Fragen erörtert, also ethische oder moralische Antworten gegeben. Hier wird die Frage beantwortet, wie das Recht sein soll. Auf der zweiten Stufe, der Rechtsetzung, werden die diskursiven Ergebnisse in Rechtsvorgaben gegossen. Die Gesetze entsprechen nach dieser Vorstellung im Idealfall inhaltlich der Deliberation des Gesetzgebers im allgemeinen praktischen Diskurs zum Zeitpunkt der Setzung. […] Die zwei folgenden Stufen des Modells dienen der näheren Beschreibung der Struktur des Rechtssystems, das sich auf die im Wege der ersten beiden Stufen entstandene Verfassung und die nach ihrer Maßgabe erlassenen Gesetze gründet. Die Rechtsanwendung bedient sich des juristischen Diskurses, um im Rahmen des gesetzten Rechts zu rechtlichen Entscheidungen in einzelnen Anwendungssituationen zu kommen. Der juristische Diskurs unterscheidet sich dabei in einer wesentlichen Hinsicht vom allgemeinen praktischen Diskurs: Er ist gebunden an den Rahmen des geltenden Rechts.“[53]

Es fällt auf, dass für einen Rechtswandel die zweite Stufe ausgelassen wird. Der dynamische Impuls resultiert unmittelbar aus dem allgemeinen praktischen Diskurs und löst sich so vom parlamentarischen Normsetzungsdiskurs. Im Überbrücken dieses prozeduralen Stadiums (und seiner funktionellen Mängel) wird, wie oben gesehen, gerade der Sinn und Wert des Rechtswandels ausgemacht. Die zweite und vierte Stufe des Modells dienen also dazu, diskursiv an sich mögliche Alternativen auszuschließen und so den weiteren Diskurs zu beschränken, während (1) und (3) solche verschiedenen Deutungsangebote auf ihrer je eigenen Ebene hervorbringen. Fällt wie im Rechtswan-

---

[53] Diese Zusammenfassung bei *Bäcker*, AöR 143 (2018), S. 339 (361 f.); s. auch die ausführl. Besprechung des Modells bei *dems*., ARSP 2001, S. 346 ff. Die ursprüngliche Konzeption bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 499 f.; *ders*., Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 93 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

del (2) weg, fallen (1) und (3) somit zusammen – jedenfalls wenn die Einbettung in ein größeres bestehendes Normensystem unterschlagen würde. Unterschlägt man dies nicht, werden beide Ebenen dennoch vermengt: Auf der ersten – eigentlich unbeschränkten – Ebene werden rechtliche Argumente herangezogen und verzerren dort die Bedingungen, unter denen die Vernünftigkeit dieses Diskurses unterstellt werden könnte. Dieser Aspekt soll im Folgenden im Vordergrund stehen. Und auf der dritten Ebene, die sich eigentlich gerade durch die rechtlichen Beschränkungen auszeichnet, werden eben vermehrt Argumente anschlussfähig, die sich diesen Bindungen nach Art der ersten Stufe entziehen, sodass auch deren spezifische Rationalität unterlaufen wird.[54]

Recht dient – wie wir spätestens seit Jhering und Heck wissen[55] – der Durchsetzung von Interessen. Das gilt im Bereich der Rechtsetzung für den Lobbyismus, im Bereich der individuellen Durchsetzung subjektiver Rechte für die gerichtlichen Auseinandersetzungen und es gilt nicht minder im politischen Diskurs. Denn wenn auf Rechtsnormen argumentativ Bezug genommen wird, dann geschieht das in aller Regel zum Zwecke der Unterstützung des eigenen Standpunkts. Es wird dann nicht unvoreingenommen Recht ausgelegt, sondern strategisch gehandelt. Offensichtlich ist das insbesondere bei der anwaltlichen Vertretung konkreter Interessen. Aber etwa auch hinter dem In-Auftrag-Geben rechtlicher Gutachten steht oft weniger die Intention, die Rechtslage aufzuhellen, als die Hoffnung und Erwartungshaltung, das Gutachten möge die Position des Auftraggebers stützen und mit dem Glanz rechtlicher Objektivität versehen. Die mit Blick auf die Interessensnähe bzw. -ferne günstigste Ausgangssituation haben noch rechtswissenschaftliche Beiträge wie Kommentare oder Lehrbücher, auch diese sind indes nicht davor gefeit, zumindest die rechtspolitische Haltung des Verfassers nur dogmatisch verfremdet wiederzugeben.[56] Nach alledem ist es nicht verwunderlich, dass der

---

54 Vgl. zum Ganzen etwa auch *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, S. 111 (118 f.), nach dem zumindest das BVerfG sowohl dem Fachdiskurs als auch dem der breiten Öffentlichkeit gerecht werden muss, wobei sich beide Ebenen „nur analytisch, aber kaum mehr praktisch trennen lassen".

55 *Jhering*, Der Kampf ums Recht; *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; vgl. auch *Römer* (Hrsg.), Der Kampf um das Grundgesetz; *Suntrup*, Umkämpftes Recht.

56 Die genannten Gattungen haben den Vorteil, größere Rechtsmassen zu behandeln und daher weniger anlassbezogen verfasst zu werden als etwa ein Zeitschriftenaufsatz (vgl. in diesem Zusammenhang zur „Unsitte des Schreibens in eigener Sache" *Redeker*, NJW 1983, S. 1034 f.). Auch Gerichte sind freilich in einer unparteilichen Position, entscheiden aber anders als die Wissenschaft stets vor dem Eindruck der unmittelbar beteiligten Interessen. Vgl. zum Ganzen bereits *Schnur*, Der Begriff der „herrschenden Meinung" in der Rechtsdogmatik, in: FS Forsthoff, S. 43 (54 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politische Diskurs in der gesellschaftlichen Sphäre ebenfalls bevorzugt dann auf das Recht zurückgreift, wenn auf diese Weise die je eigenen Präferenzen in der eigentlich diskutierten *Sache* befördert werden können.[57] Auch dort geht es schließlich regelmäßig um Erfolg in Form politischer Gestaltung – und dieser Erfolg erscheint greifbarer, sofern die nötigen Schritte rechtlich bereits jetzt geboten wären. Postulate, die auf einer Rechts- oder Verfassungsdeutung basieren, entfalten gegenüber einer rein sachlichen oder moralischen Argumentation immer zumindest insofern ein gesteigertes Gewicht, als sich die Gegenseite mit der behaupteten Verankerung im Recht jedenfalls auseinandersetzen (und sie in gewisser Parallele zum zivilverfahrensrechtlichen Beibringungsgrundsatz bestreiten) muss, wenn sie sich in Praxis nicht wegen rechtlicher Hürden diskreditiert sehen möchte, während man die andere Seite ansonsten auch hie und da schlicht als moralisch oder in anderen Hinsichten unterlegen ignorieren könnte. Und: Eine solche behauptete Verankerung lässt sich – besonders, wenn sie sich auf die Verfassung bezieht – in einer dynamischen Rechtskultur selten endgültig überzeugend ausräumen. Mit dem allgemeinen Grad der Verrechtlichung wächst zusätzlich der Druck zur Rückbindung der eigenen Ansicht im Gesetz, denn eine fehlende Rückbindung wird so zunehmend zur Ausnahme.

In der Folge findet eine Verrechtlichung des allgemeinen praktischen Diskurses statt. Selbst wenn kritisch über die Güte von Rechtsvorschriften gestritten wird, geschieht dies ja meist unter Rückgriff auf andere rechtliche Normen, etwa indem ein Verfassungs- oder Völkerrechtsverstoß durch die Norm beklagt wird.[58] Das rechtliche Argument lässt sich bei alldem aus darstellerischen Gründen in zwei Typen einteilen: Einmal wird die Norm mit ihrem Inhalt zum Argument auf Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses, der Norminhalt tritt an die Stelle des sachlichen Arguments oder diesem verstärkend zur Seite. Der Hinweis auf die Rechtslage kann aber auch, zweitens, den Eintritt in einen echten Diskurs als vermeintlich nutzlos im Keim zu ersticken suchen; auch das geschieht fortlaufend.[59] Exemplarisch herausgegriffen sei hier etwa ein kurzes

---

[57] Dazu *Ogorek*, KritV 1997, S. 5 (insb. 9 ff.); soweit insofern „die präferierten Wert- und Moralvorstellungen […] mit dem schwer widerlegbaren Rechtsargument bewehrt und die Gegner gleichzeitig ins Unrecht gesetzt" werden, wird das Recht „der Moral inkorporiert und nicht – wie Juristen gern träumen – umgekehrt" (9 f.).

[58] Umgekehrt wird die Güte von Normen häufig (und insbesondere auch in Gesetzesbegründungen) mit ihrer Verfassungs- oder völkerrechtlichen Gebotenheit begründet; dazu bereits *Wahl*, NVwZ 1984, S. 401 (407).

[59] *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 215, sieht darin auch eine „konservative" Funktion der Verfassungsrechtswissenschaft, dass es regelmäßig bei umstrittenen Gesetzesvorhaben Meinungen geben wird, die das Vorhaben für verfassungswidrig erklären: Dann werde „die Neigung, es aus Vorsicht nicht weiterzuverfolgen, um sich nicht später dem Vorwurf auszusetzen, trotz ausreichender Warnung die Verfassung verletzt zu haben, recht groß sein." Kritisch zu dieser Neigung („Politikverzerrung") indes

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufflackern der Debatte um das Ehegattensplitting aus dem Sommer 2023: Der SPD-Vorsitzende Lars Klingbeil hatte sich in einem neuen Vorstoß dafür ausgesprochen, das Ehegattensplitting wegen der Begünstigung der überkommenen, als nicht mehr zeitgemäß empfundenen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau abzuschaffen, den Reformvorschlag aber aus Vertrauensschutzgründen von vorneherein auf neu geschlossene Ehen beschränkt. Das Vertrauensschutzargument dient den Gegnern der Reform schon länger als verhindernde Hürde – und tatsächlich muss der Gesetzgeber bei einer Neugestaltung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ‚Altfälle' berücksichtigen, die ihr Modell des Zusammenlebens gerade auf die vom Gesetzgeber selbst geschaffenen Regelungen ausgerichtet haben und denen eine Veränderung, gar hin zu einer Zweiverdienerehe, schon aus arbeitsmarktpolitischen Gründen kaum möglich ist. Dass der Bürger aber ein schutzwürdiges Vertrauen darauf bilden könnte, dass seine Steuerlast *in der Zukunft* nicht steigen werde, gibt die auf Grundlage des Rechtsstaatsprinzips richtigerweise entwickelte vertrauensschutzrechtliche Dogmatik nicht her – dies zumal in einem Fall wie dem Ehegattensplitting, das seit Jahrzehnten politisch derart heftig umstritten ist und gegen das sich unter anderem mit der SPD nicht irgendeine Partei positioniert, sondern eine, die zum Zeitpunkt der Kontroverse auf Bundesebene innerhalb der letzten 25 Jahre gerade einmal vier Jahre lang keine Regierungsverantwortung getragen hatte.[60] Neu geschlossene und Bestandsehen mussten und müssen insofern schon seit einigen Jahren vernünftigerweise damit rechnen, dass ihre steuerliche Situation nicht unangetastet bleiben wird. Klingbeils Selbstbeschränkung und die daraus folgende Engführung der Debatte wird man insofern als politischen Kompromissvorschlag, nicht als verfassungsrechtlich zwingend einordnen müssen. Peer Steinbrück, der dem Vorstoß seines Parteikollegen offenkundig wenig abgewinnen konnte, ging daraufhin in der rechtlichen Diskreditierung von Diskursalternativen noch einen Schritt weiter: Nachdem er eingewendet hatte, einer auf zukünftige Ehen begrenzten Reform stünde der allgemeine Gleichheitssatz entgegen, verlief sich das Thema schnell im Sande. Genau das bezwecken solche Hinweise auf rechtliche Hürden in aller Regel; man will über eine unliebsame Position zügig hinweggehen und sie in der Sache gerade nicht diskutieren. Dasselbe Muster findet sich entsprechend in Radio- oder TV-Debatten – insbesondere während des Wahlkampfs –,

---

*Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), S. 425 (441 f.) im Anschluss an *Tushnet*, Michigan Law Review 94 (1995), S. 245 ff.

[60] Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage ist prinzipiell nicht schutzwürdig. Mit Blick auf die bereits in der Vergangenheit liegende Eheschließung ließe sich allenfalls von einer sog. unechten Rückwirkung ausgehen, die ebenfalls als grundsätzlich zulässig angesehen wird; je eher die Adressaten mit einer Neuregelung rechnen mussten, desto wenig schutzwürdig ist ihr Vertrauen zudem, vgl. zum Ganzen nur *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20, Rn. 70 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in medialen Kommentaren und weiterem mehr, von wo es in die unmittelbare Diskussionskultur abfärbt. Sofern irgendwie möglich, versuchen alle Seiten, ihre Position mit rechtlichen Argumenten gegen (namentlich nicht-rechtliche) Kritik zu immunisieren – und damit jedenfalls dem außerjuristischen Diskurs zu entziehen. (Dem juristischen Diskurs selber fehlt jedoch letztlich der Beurteilungsmaßstab für Normsetzungsvorhaben; er kann nur deren rechtliche Umsetzbarkeit behandeln, als solcher aber die Gründe für oder gegen den Vorschlag nicht hervorbringen, sondern muss auf politisches Terrain ausweichen.) In unserem Beispiel führt das zu der merkwürdigen Konsequenz, dass der Gleichheitssatz, verbunden mit dem Vertrauensschutzargument, eine Reform bis in alle Ewigkeit verhindern würde, während er – materiell interpretiert und unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 GG – zugleich das zentrale verfassungsrechtliche Argument gegen das Splitting ist[61]. Die rechtsrealistisch einzig sinnvolle Folgerung daraus ist, die Lösung solcher Fragen nicht im Recht zu suchen, sondern diejenige Gestaltung deliberativ herauszuarbeiten, die der Gemeinschaft aktuell am adäquatesten und gerechtesten erscheint. Aber – in den Worten von Schuppert und Bumke –: „[D]ies ist ein dorniger Weg, weil der politisch erfolgsversprechendere Weg in aller Regel der ist, sich als in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung und als ihr Ausgestalter zu profilieren“[62]. Jedenfalls für den institutionalisierten politischen Diskurs gilt insofern: Verfassungsrechtliche Argumente sind selten derart zwingend, wie es dargestellt wird, und sonstige Hinweise auf rechtliche Hürden – sie kommen gar nicht so selten vor, freilich meist als pauschale Behauptung ohne konkreten Normbezug – entbehren insofern einer rationalen Grundlage, als die Ausgestaltung der Rechtsordnung gerade das zentrale Handlungsinstrument der Politik ist. Regelmäßig schlägt allenfalls der Verweis auf fehlende Regelungskompetenzen der jeweiligen Ebene durch.

Zur Unterbindung eines inhaltlichen Diskurses über politische Maßnahmen ist aus normhierarchischen Gründen das verfassungsrechtliche Argument in besonderem Maße erfolgsversprechend. Und auch für den ersten Typ, in dem das Recht zur Unterstützung des eigenen politischen Standpunkts innerhalb einer laufenden Debatte herangezogen wird – die Übergänge sind hier derart fließend, dass man diesen Fall als den Grundtyp wird ansehen können –, nimmt die Verfassung mit ihrem Nimbus die erste Stelle ein[63]. Das heißt aber

---

61 Vgl. statt vieler *Sacksofsky*, NJW 2000, S. 1896 (insb. 1899 f.); *dies*., Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: FS Pfarr, S. 363 (366 ff.) jeweils m. w. N.; s. zu weiteren Gegenargumenten aus interdisziplinärer Perspektive etwa *Becker/Englisch*, DStR 2016, S. 1005 ff.

62 *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 76. Verzerrungen beklagt auch *Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), S. 425 (440 ff.).

63 Das ist vielfach gesehen, vgl. hier nur *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: ders. u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 77 (86) oder den Abschnitt

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht, dass sonstiges Recht als Argument für eine Veränderung oder Beibehaltung der jeweiligen Politiken keine Rolle spielen würde. Ein eklatantes Beispiel ist die konservative Kritik an einer angeblich zu liberalen Flüchtlingspolitik, die insbesondere zu Zeiten der ‚Flüchtlingskrise' von 2015 mit dem geltenden Recht unvereinbar gewesen sein soll. Konkreten Eingang in den breiten Diskurs finden solche Topoi nicht zuletzt durch entsprechende Einlassungen von Rechtsexperten, die dann dankbar aufgegriffen und weitererzählt werden. Da der Stimme des Juristen nur bezüglich rechtlicher Einordnungen ein erhöhtes Gewicht zukommt (und er wohl auch gerade im Hinblick auf klare Auskünfte gefragt wird), sind solche Postulate verlockend. Das erklärt die Ubiquität des Verdikts der Rechtswidrigkeit in rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen,[64] dispensiert aber nicht von juristischen Begründungsstandards. Gerade aufgrund des starken Einflusses, den die Frage der Rechtslage auf den Debattenverlauf nehmen und dort namentlich die Sachargumente marginalisieren kann, müssen Rechtsinterpretationen eigentlich der spezifischen Rationalität, die ihnen auf ihrer Ebene durchaus zukommt, mittels einer intersubjektiv überprüfbaren Begründung ihrer Verankerung in einer Norm gerecht werden. Dieser *Einfluss* nimmt indes regelmäßig ab, je differenzierter eine Rechtsansicht begründet wird, weil das Ergebnis dann beinahe zwangsläufig weniger eindeutig, weniger plakativ und weniger einprägsam ist. In diesem Zwiespalt muss vor allem die an der Schnittstelle zum gesellschaftlichen Diskurs agierende juristische Expertise einen maßvollen Modus finden. Dass jedoch selbst der juristische Fachdiskurs dieser Verantwortung im Eifer des Gefechts nicht durchgehend nachkommt – und damit nicht zuletzt dem Populismus in die Karten spielt –, hat etwa Kingreen am Beispiel der Flüchtlingspolitik pointiert angeprangert.[65] Um die aus Sorge um die Staatsfinanzen, die Entwicklung des Arbeitsmarkts, den gesellschaftlichen Zusammenhalt als Wertegemeinschaft oder die ethnische Zusammensetzung der Bevölkerung etc. für falsch gehaltene Politik möglichst abzuändern, ist nicht allein deren angebliche Zweckwidrigkeit argumentativ aufgezeigt, sondern zugleich massiv von der griffigen und zwingend erscheinenden Formel der Rechtswidrig-

---

zum „Alltag des Sich-Berufens auf die Verfassung in Deutschland" bei *Wahl*, Die praktische Wirksamkeit von Verfassungen, in: FS Stern 2012, S. 233 (238 ff.).

64 Von stärker interessegeleiteten juristischen Akteuren ganz abgesehen. Mit Blick auf die Legislative formuliert *Lepsius*, VerfBlog v. 30.3.2021 entsprechend: „Dem Gesetzgeber kann im Grunde immer nur eine Expertise gegeben werden, nämlich Verfassungswidrigkeit zu vermeiden. Das erklärt, warum im rechtspolitischen Wirken von Rechtswissenschaftlern das Verdikt der Verfassungswidrigkeit eine herausgehobene Stellung spielt."

65 *Kingreen*, JZ 2016, S. 887 (insb. 887 f.); seine Kritik richtet sich namentlich an den von *Depenheuer* und *Grabenwarter* herausgegebenen Sammelband „Der Staat in der Flüchtlingskrise", wobei – wie immer – zwischen den einzelnen Beiträgen zu differenzieren ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

keit Gebrauch gemacht worden. Mit einigem Erfolg: Verstanden doch selbst die Befürworter dieser Politik das Geschehen in erster Linie als Triumph der Humanität, weniger als den rechtlich vorgezeichneten Weg. Das weitgehend ausgebliebene Bemühen um einzelne Nachweise der pauschal beklagten Brüche des einfachen und des Unionsrechts, die jedenfalls in Bezug auf das Verhalten der deutschen Bundesregierung auch nicht ohne Weiteres zu erbringen gewesen wären,[66] tat der Wirkung als politischer Appell und auf das kollektive Bewusstsein insofern keinen Abbruch. Wie immer, so werden die ‚großen', prinzipiellen Gesichtspunkte – Volk, nationale Identität etc. – auch hier an das Grundgesetz angebunden.[67] Der strategische ‚Vorteil' beim Beklagen vermeintlicher Brüche mehr technisch-ausführender Normen liegt dagegen in deren größerer Klarheit begründet. Ein behaupteter Verstoß erscheint in der Folge unwillkürlich plausibel, denn der juristische Laie hat allenfalls ein Gefühl dafür, dass speziell beim Argumentieren mit *Verfassungs*verstößen oder -geboten die juristische mit der politisch-rhetorischen Dimension verschmelzen kann. In allen anderen Fällen dürfte die Einsicht in die eigene Laienschaft das kritische Bewusstsein, mit dem juristischen Behauptungen begegnet werden könnte, weitgehend absorbieren.

### 2. Rechtliches Argumentieren als strategisches Handeln

Mit Blick auf die Rolle des rechtlichen Arguments in politischen Debatten ist damit zu konstatieren: Bei all dem Streit, ob ein Vorhaben nun rechts- oder verfassungswidrig ist oder nicht, droht die Frage, was *von der Sache selbst* zu halten ist, in den Hintergrund zu geraten.[68] Den jeweils gegenüberstehenden

---

66 Vgl. hierzu die Ausführungen und Nachweise bei *Kingreen*, JZ 2016, S. 887 (887 f.), die insofern als exemplarisch für den geführten Diskurs gelten können; wie Kingreen etwa auch *Thym*, AöR 145 (2020), S. 40 (47 ff.) m. w. N. Solch pauschale Polemik wirkt sich nicht unmittelbar im Sinne eines Rechtswandels aus, befördert aber die rechtszentrierte Diskussionskultur als eine seiner Ursachen.

67 Vgl. etwa *Murswiek*, Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise, S. 125 ff.; ferner *Vosgeraus*, Klageschrift zum entsprechenden Organstreitverfahren der AfD-Fraktion, insb. S. 81 ff., verworfen durch BVerfGE 150, 194.

68 Aus diesem Grund versucht etwa *Volkmann* in seinem Beitrag auf dem VerfBlog v. 9.2.2019 das Paritätsgesetz, das der brandenburgische Landtag einige Tage zuvor beschlossen hatte (GVBl. I 2019 Nr. 1) und das letztlich durch VerfG Bbg, NJW 2020, S. 3579 für verfassungswidrig erklärt worden ist, entgegen dem herrschenden Zugriff auf die Debatte – daher krit. zu diesem etwa *Lautsch*, DÖV 2019, S. 441 (446) – gerade nicht in spezifisch verfassungsrechtlichen Figuren zu besprechen. Zur hier nicht näher zu besprechenden sachlichen Thematik, einschließlich der vergleichbaren Vorgänge in Thüringen, statt vieler *Möllers*, JZ 2021, S. 338 ff., der ebenfalls kritische Worte zum verrechtlichten Debattenzugriff verliert (347).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Streitparteien kommt es darauf nicht mehr an.[69] Sie haben sich auf eine Position festgelegt und versuchen nun, diese durchzusetzen: Sie agieren strategisch.

### *a) Das Problem auf Ebene des gesellschaftlichen Diskurses*

Das strategische Handeln fungiert bei Habermas als Gegenbegriff zum kommunikativen Handeln.[70] Während dieses auf die Verständigung der beteiligten Personen ausgerichtet ist und die Herstellung eines echten Einvernehmens anstrebt, zählt für jenes nur der Erfolg im Sinne der Durchsetzung eigener Interessen ohne Rücksicht auf die Positionen der übrigen Diskursteilnehmer, sei es im Wege manipulativer Rhetorik oder indem vorhandene Machtpositionen dazu genutzt werden, die Partizipationsmöglichkeiten der anderen zu verringern. Dass alle Diskursteilnehmenden kommunikativ handeln – also in der berühmten Wendung „ausschließlich der eigentümlich zwanglose Zwang des besseren Arguments" herrscht –, ist bei Habermas Voraussetzung dafür, das Ergebnis eines Diskurses, im Idealfall: den erzielten Konsens, als vernünftig anzusehen.[71] An diesem Konzept ist vielfach sein idealer Charakter kritisiert worden: Da reale Diskurse diesen Bedingungen nicht entsprechen, tauge die Theorie nicht zur Erklärung und Lösung realer Probleme.[72] Und auch Habermas selbst distanziert sich mittlerweile jedenfalls von der Begrifflichkeit der „idealen Sprechsituation", die – gekennzeichnet durch symmetrisch verteilte Partizipationschancen aller Diskursteilnehmer hinsichtlich des Einbringens und der Rechtfertigung eigener sowie des Hinterfragens fremder Ansichten, vorgetragen jeweils im transparenten Modus der Wahrhaftigkeit –, die strukturellen Voraussetzungen umschreibt, unter denen die Akteure kom-

---

[69] Entsprechend stützt im Beispiel des ‚Flüchtlingsstreits' – natürlich – auch die liberale Gegenposition ihre Forderungen auf das Recht und schert sich dabei – natürlich – ebenfalls kaum um juristische Präzision, dazu *Thym*, AöR 145 (2020), S. 40 (insb. 49, 54), der schildert, wie sich auf diese Weise die verständigungsorientierten Potenziale, die gerade der Verfassung oft zugeschrieben werden, auflösen, was ebd., S. 60, beschrieben ist als „rhetorische[ ] Eskalation, die sich inhaltlich auf die Verfassung bezieht und eine Annäherung blockiert".

[70] Vgl. etwa *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns I, S. 384 ff. Ausführlich zum „Schnittfeld von Systemen strategischen und diskursiven Handelns" im Kontext des juristischen und des allgemein-praktischen Diskurses, dort speziell bezogen auf das BVerfG, ebenfalls *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, S. 230 ff.

[71] Siehe zum Konzept ausführlich *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 127 ff. (Abwandlungen des Zitats auf S. 144, 161); *ders*., Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, ebd., S. 11 (109 ff., wörtliches Zitat auf S. 119).

[72] S. beispielhaft *Luhmann*, Systemtheoretische Argumentationen, in: Habermas/ders., Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, S. 291 (insb. 316 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

munikativ handeln, sprich: unter denen die Diskurse tragfähige Ergebnisse produzieren sollen.[73] Die Kritik schlägt aber insofern nicht durch, als gerade der kontrafaktische ideale Charakter die Maßstäblichkeit der Kriterien begründet und die Möglichkeit eröffnet, die Wirklichkeit anhand von diesen zu beurteilen.[74] Je mehr ein Diskurs danach diskurstheoretischen Idealen entspricht, desto höher wird man seine Qualität veranschlagen dürfen. Das ermöglicht Kritik an bestehenden Debattenkulturen sowie konstruktive normative Konzepte zur Behebung der identifizierten negativen Ursachen und fungiert so als Grundlage und Leitidee der deliberativen Demokratie.[75] Aus dieser Perspektive erscheint dann eben auch das Berufen auf aktuell bestehende Rechtsnormen, um der eigenen Ansicht einen Vorteil im Wettstreit der Optionen zu verschaffen, als „systematische Verzerrung der Kommunikation“[76]. Das gilt insbesondere im Angesicht der Unbestimmtheit und Variabilität des Rechts, das sich nur allzu leicht den jeweiligen Interessen anpasst. Doch selbst wenn man sich eine eindeutige Rechtslage vorstellt, steht es einem idealen Diskurs im Wege, sich auf sie als absolute Autorität zu berufen, denn „keine Vormeinung“, auch keine positivrechtlich fundierte, darf „auf Dauer der Thematisierung und der Kritik entzogen“ bleiben[77], sollen nicht potenziell

---

73 So zuletzt *Habermas*, Deliberative Demokratie. Ein Interview, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 69 ff. Zur idealen Sprechsituation selbst insbesondere *ders*., Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 127 (174 ff.).

74 *Habermas*, Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 11 (119): Ideale Sprechsituation als „kritischer Maßstab, an dem jeder faktisch erzielte Konsensus auch in Frage gestellt und daraufhin überprüft werden kann, ob er ein zureichender Indikator für wirkliche Verständigung ist“.

75 Zudem ist Kommunikation, gerade zwischen verschiedenen politischen ‚Lagern‘, ohne die wechselseitige Unterstellung eines gewissen Mindestmaßes an Vernünftigkeit und Verständigungsorientierung von vorneherein unmöglich, vgl. *Habermas*, Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 11 (118, Fn. 90): „Einen Diskurs können wir nicht führen, ohne zu *unterstellen*, daß die Bedingungen für das Eintreten in einen Diskurs schon erfüllt sind“ (Hervorhebung im Original). Auf ganz ähnliche Weise funktionieren viele demokratische Praktiken nur, wenn (bei aller Kritik im Einzelnen) insgesamt auch kontrafaktisch an einigen Idealisierungen festgehalten wird, dazu wiederum *Habermas*, Deliberative Demokratie. Ein Interview, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 69 (71 f.).

76 Das Zitat bei *Habermas*, Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 11 (119). Die Überhöhung der Verfassung in pol. Debatten ist bei *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, S. 108 „Gift für den offenen demokratischen Prozeß“.

77 Das Zitat bei *Habermas*, Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, S. 11 (120).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die un- oder auch nur „fast gerechten Verhältnisse[ ]“[78] zementiert werden. Eine starke Verrechtlichung der gesellschaftlichen Debatten beeinträchtigt damit die Diskursqualität und lässt die Hoffnung auf tragfähige Lösungen der zugrundeliegenden Konflikte schwinden. Zugespitzt ließe sich formulieren, der dem Recht eigene *Zwangs*charakter, der auf dem Wege des argumentativen Bezugs auf die Autorität des Rechts Eingang in die Diskussionskultur findet, verdränge den „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“, der das Ideal des herrschaftsfreien Diskurses auszeichnet.

### *b) Spezialfall juristischer Diskurs*

An diesem Punkt stellt sich indes die Frage, ob die beschriebene Verzerrung des Diskurses durch rechtliches Argumentieren nicht gleichermaßen innerhalb des juristischen Fachdiskurses stattfindet. Jenseits der Theorie der einen richtigen ‚Antwort' bzw. Norminterpretation lässt sich ein juristischer Streit durch rein rechtliche Argumente ja eigentlich nicht entscheiden, weshalb die jeweiligen Vertreter auch hier politische oder moralische Argumente strategisch *als* rechtliche ausgeben müssen, wenn sie nicht bei der Feststellung eines Normrahmens stehenbleiben möchten.[79] Entsprechend sind die Diskursergebnisse potenziell irrational, schließlich basiert etwa die rechtliche Anschlussfähigkeit mancher Interpretationen auf einer rein zufälligen doppelten Wortbedeutung, die mit dem sachlichen Wertungskonflikt nichts zu tun hat. Das juristische Argument ist dann nur vorgeschoben, dient der Außendarstellung, während die zugrundeliegende Überzeugung sich aus anderen Quellen speist. Dem Vorwurf der Irrationalität tritt nun aber Poscher mit einer „agonistische[n] Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten“ entgegen.[80] Danach ist das strategische So-tun-als-ob (es eine rechtlich eindeutige Lösung gäbe) trotz der Einsicht in die Unbestimmtheit des Rechts rational – und zwar nicht nur im Sinne einer strategischen Zweckrationalität, sondern auch im Hinblick auf die Vernünftigkeit der erzielten Ergebnisse. Diese Rehabilitation des strategischen Handelns könnte auch auf die Rolle des rechtlichen Arguments in politischen Diskursen durchschlagen. Zur Begründung seines Ansatzes steigt Poscher mit einer Kritik an der „aufgeklärten Methodenlehre“ ein:

> „Auch wenn wir in den vorgeblich juristischen Meinungsstreitigkeiten tatsächlich nur über politische und moralische Überzeugungen stritten, sähe es auf dem Gebiet der Politik und Moral ja kaum besser aus. Angesichts der dem Recht jedenfalls nicht nachstehenden Unbestimmtheitsprobleme bei der Frage nach der richtigen Politik

[78] Die Wendung bei *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 392.

[79] Zu den Konsequenzen für ein Modell des juristischen Diskurses anhand der Auseinandersetzung von Alexy und Günther sogleich c).

[80] *Poscher*, JZ 2013, S. 1 ff., das Zitat aus dem Untertitel des Aufsatzes.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> oder Moral müssten wir dann immer noch erklären, inwieweit es sinnvoll ist, sich über politische oder moralische Fragen zu streiten, deren Antwort ebenfalls unbestimmt ist."[81]

Diese Kritik fußt jedoch auf einer verfehlten Grundannahme. Das Recht kann als positives Recht nur begrenzte Aussagen machen, sodass sich keine eindeutigen, bis in die letzten Fallkonstellationen reichende Schlüsse aus ihm ziehen lassen. Aber es enthält sich auch nicht vollends der autoritativen Vorgaben. Das ist gerade sein Sinn und seine Fortschrittsleistung gegenüber der Politik und der Moral. Diese sind demgegenüber zutiefst subjektive Kategorien, in denen Richtigkeit von vorneherein nicht objektiv festgestellt werden kann, weil das objektive Maß fehlt – das dem Recht durch Normtext, Systematik und Genese eigen ist, verbindliche Texte zu Moral und richtiger Politik gibt es eben nicht. Gerade in Ermangelung solch feststehender Orientierungen ist es aber sinnvoll, rationale Argumente auszutauschen, um nicht mit der eigenen Subjektivität und ihren Schwachpunkten allein zu bleiben. Von einem unverzerrten, das heißt die Reichweite des Rechts rhetorisch nicht überspannenden, Diskurs können auf dieser Ebene insofern alle Seiten profitieren. Oder anders formuliert: Die Frage der richtigen Politik oder Moral ist keine Frage der korrekten Anwendung, sodass ihre „Unbestimmtheit" keine Rolle spielt.[82] Zwar gibt es selbstgegebene Prinzipien, mit denen man versuchen kann, im Einklang zu bleiben, aber auch eine begründete Abweichung im Einzelfall evoziert nicht den Vorwurf des Unmoralischen, sondern diskreditiert den Akteur allenfalls *als* Liberalen, Deontologen oder ähnliches.

Die Argumente, die Poscher in der Folge selbst für die Rationalität juristisch-agonaler Meinungsstreits anführt[83], begründen dann entweder nur, warum es auch in rechtlichen Meinungsverschiedenheiten sinnvoll ist, Diskurse zu führen – woran kein ernsthafter Zweifel bestehen kann –, bieten aber abseits der genannten Grundannahme keinen Grund dafür, politische Fragen mit rechtlichen Argumenten zu diskutieren. So leidet etwa die Hoffnung auf eine doch noch eintretende Einigung, das integrierende Potenzial, welches das Erkennen eines unstreitigen Sektors geteilter Grundannahmen auch bei fortbestehenden Divergenzen birgt, oder die dialektische Produktivität der Konfrontation mit Gegenargumenten darunter, wenn jede Seite sich auf die vorgebliche Alternativlosigkeit juristisch vermeintlich zwingender Lösungen zurückzieht. – Oder seine Argumente basieren doch auf einem strategischen Rationalitätsverständnis, bei dem die Suche nach einer Übereinkunft neben

---

[81] Ebd., S. 4.

[82] Freilich lässt sie sich als solche konstruieren, vgl. etwa *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit und *ders*., Rechtstheorie 1989, S. 163 ff.; das setzt aber eine Vorfestlegung auf die Geltung bestimmter moralischer Regeln voraus, die in intersubjektiv verbindlicher Weise gerade nicht existiert.

[83] Dazu im Einzelnen *Poscher*, JZ 2013, S. 1 (6 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Kalkül zur Durchsetzung der eigenen Position keine Rolle spielt: Dass es vor Gericht um „Sieg oder Niederlage" geht, bedeutet offensichtlich nicht, dass man nur die vernünftigsten Argumente vorzubringen sucht, vielmehr können sogar gerissene Lügen oder gezielte Diffamierungen die eigenen Erfolgsaussichten verbessern. Der Hinweis auf „inferentielle Bindungen", also den Effekt, dass ein in einem ersten Kontext verwendetes Argument den Akteur auch in anderen Kontexten binden kann, schließlich nimmt eine Zwischenstellung ein. Zwar erhöhen sie tatsächlich die Kohärenz rechtlicher Argumentation und damit die diskursive Rationalität, und dies möglicherweise sogar in stärkerem Maße als bei allgemeinen praktischen Diskursen, weil die rechtlich relevanten Begriffe feststehen und es nur um ihre Bedeutung geht. Andererseits ermöglicht die Kombination aus Unbestimmtheit und Zwangscharakter des Rechts es, Rechtsfragen strategisch miteinander zu verknüpfen, die derart unterschiedlich sind, dass sie nicht allein unter dem verbindenden Aspekt betrachtet werden dürfen. Um Poschers eigenes Beispiel aufzugreifen: Nur weil die Absolutheit der Menschenwürde die Rettungsfolter verbietet, ist damit noch lange nicht über die (Un-)Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen entschieden. Die rationalisierende Wirkung inferentieller Bindungen steht insofern unter ähnlichen Vorbehalten wie diejenige der Analogie[84].

Die Berufung auf Rechtsnormen verzerrt also nicht bloß die Bedingungen des gesellschaftlichen, sondern tatsächlich auch des juristischen Diskurses selbst. Daraus folgt aber nicht die Rationalität strategischen Handelns, sondern die diesbezügliche Irrationalität des rechtlichen Meinungsstreits[85].

Gleichwohl ist dem dogmatischen Rechtsdiskurs die Möglichkeit abgeschnitten, Rechtsfragen offenzulassen oder ausdrücklich unter politischen und moralischen Erwägungen auszudiskutieren bzw. zu entscheiden. Der Grund dafür ist nicht zuletzt bei der, in Poschers Fixierung auf die Streitenden unterbelichteten, Gerichtsbarkeit zu suchen, an deren Argumentationsmodus – sie *muss* die Fälle entscheiden – sich die Literatur als Aufbereiterin des Rechtsstoffs ihrerseits anpassen muss. Die eingestandene Subjektivität würde die Akzeptanz des Justizsystems untergraben. Zudem liefe die ‚Erlaubnis' außerrechtlicher Argumente tatsächlich Gefahr, die disziplinierende Wirkung des

---

84 Vgl. zur begrenzten Rationalität des juristischen Analogieschlusses nur *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, S. 396 f.

85 Dieses Problem stellt sich freilich umso stärker, je politisierter die Interpretationsfrage ist. Es gibt auch Meinungsstreits, bei denen die rechtliche Verfremdung von politischen Argumenten keine größere Rolle spielt, die vielmehr einigermaßen ‚rein' juristisch geführt werden. Ein Beispiel wäre der Streit um die richtige Abgrenzung von §§ 249 und 253, 255 StGB (wobei selbst hier für die Ansicht der Rspr. hauptsächlich pragmatische Praktikabilitätserwägungen sprechen, die ihrerseits allenfalls an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik zu verorten sind).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eingespielten juristischen Begründungskorsetts aufzubrechen, in dem ‚primäre' Argumente aus dem positiven Rechtsstoff mit richterrechtlich-dogmatisch entwickelten Maßstäben, die sich aus Rechtsprinzipien und moralischen bzw. politischen Erwägungen speisen, verwoben und nur vorsichtig verklausuliert mit Erwägungen zur Einzelfallgerechtigkeit angereichert werden, die dann wiederum Rückwirkung auf das Richterrecht zeitigen können. In dieses Geflecht lässt sich eine freie moralische Argumentation kaum einbinden, selbst wenn sie sich ausdrücklich in den Grenzen eines rechtlich gesetzten Rahmens halten will. Der Verlauf dieser Grenze ist letztlich das Problem: Da er notwendig unbestimmt und streitig bleibt, könnte jedes offen moralische Argument mit dem Verweis auf einen Verstoß gegen das Normierte zurückgewiesen werden. Der juristische Diskurs wäre also durch diese kategoriale Zweiteilung ebenfalls intern vermachtet und würde sich diesbezüglich dem verrechtlichten gesellschaftlichen Diskurs annähern, sodass letzten Endes durch eine ‚ehrlichere' Diskussionskultur nichts gewonnen wäre. Diese ‚Paradoxie' muss er aushalten, sie wurzelt in seinem Gegenstand, dem Recht. Die Praxis löst das Problem durch Verfremdungstechniken, die moralisch-politische Erwägungen als rechtliche Argumente erscheinen lassen und sie so mehr oder weniger auf dieselbe Ebene heben; zu nennen wären etwa teleologische Auslegung und Rechtsfortbildung, aber auch Topoi wie Sachgerechtigkeit oder Praktikabilität.

### *c) Praktischer Begründungs- oder moralischer Anwendungsdiskurs?*

An dieser Stelle bietet es sich an, noch einen genaueren Blick auf das Wesen des juristischen Diskurses zu werfen. In Alexys eingangs zitiertem Vier-Stufen-Modell ist dessen berühmte Sonderfallthese bereits angeklungen, nach welcher der juristische Diskurs insofern ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses ist, als auch auf seiner Ebene argumentativ um Antworten auf die Frage nach dem richtigen Verhalten gerungen wird, nur dass eben die Geltung des gesetzten Rechts nicht mehr in Frage steht.[86] Auf dieser Grundlage liegt das soeben verworfene offen moralisch-politische Diskutieren nahe, soweit die Grenzen des Rechts ausgelotet sind. Für Klaus Günther ist der juristische Diskurs damit indes nicht angemessen beschrieben. Es gehe nicht um die Begründung einer zu befolgenden Norm. Für ihn steht vielmehr das Anwendungsmoment im Vordergrund. Der juristische Diskurs behandle die Herstellung von Kohärenz zwischen allen in einer konkreten Anwendungssituation berührten Rechtsnormen, deren Geltung auf seiner Ebene ex definitione

[86] Zum Vier-Stufen-Modell oben III.1., zur Sonderfallthese näher *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 261 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorausgesetzt sei.[87] Die Geltung einer Norm bedeute aber eben nicht, dass in einer solchen konkreten Anwendungssituation nicht ganz unterschiedliche Rechtsnormen prinzipiell zu passen scheinen. Kohärenz zwischen all diesen Normen herzustellen heißt, eine Zuordnung der einzelnen Normen zu entwickeln, die für diesen Fall angemessen ist, also alle Merkmale der Situation berücksichtigt. Für außerhalb des Rechts wurzelnde Handlungsgründe ist dann kein Platz. Welche dieser Beschreibungen trifft den juristischen Diskurs nun besser?

Alexys Modell ist insofern mit dem Kelsen'schen Rahmenmodell verwandt, als beide die Entscheidungsfindung durch das positive Recht zunächst einmal nur begrenzt und nicht vollständig determiniert sehen. Der Unterschied besteht dann im Wesentlichen darin, dass die nächste Konkretisierungsstufe für den Positivisten Kelsen innerhalb des gesetzten Rahmens „jede[n] beliebige[n] Inhalt" annehmen kann, während sie in Alexys antipositivistischer Rechtstheorie praktisch ausdiskutiert, also begründet werden und in der Folge intersubjektiv begründbar sein muss.[88] Für Günther geht es dagegen nicht um das Ausfüllen von rechtlichen Lücken oder Spielräumen, sondern um die situationsangemessene Auswahl, welche der als geltende Größen vorausgesetzten Rechtsnormen mit welchem Gehalt zur Anwendung gebracht werden sollen, was sich aus einer abstrakten Betrachtung des geltenden Rechts noch nicht ergibt. Soweit dabei zu dem rechtlichen Material nichts hinzuzutun ist, harmoniert Günthers Modell mit der rechtspositivistischen Idealvorstellung bzw. Selbstdarstellung des juristischen Systems.[89] Insofern handelt es sich um eine normative Theorie mit dem hohen Anspruch, die Richtigkeit von juristischen Einzelfallentscheidungen begründbar zu machen. Dieser Einzelfallbezug steht dann indes ganz im Mittelpunkt, der Diskurs soll die Merkmale der bestimmten Situation ermitteln und ihnen gerecht werden. Das passt für den Mikrokosmos eines konkreten gerichtlichen Prozesses.[90] Der breitere Diskurs über die richtige Norminterpretation – an dem die einzelne Entscheidungsbegrün-

---

[87] *Günther*, Rechtstheorie 1989, S. 163 (183 ff.); ausführlicher *ders*., Der Sinn für Angemessenheit. Der Begründungsdiskurs, der für Alexy Grundtypus des juristischen Diskurses ist, behandele die davon zu trennende Frage nach der generellen Richtigkeit der anzuwendenden Normen.

[88] Das wörtliche Zitat bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2], S. 201. Zu den Unterschieden zwischen Alexy und Kelsen näher *Mori*, ZöR 2020, S. 835 ff.

[89] Man beachte die Parallelen zu den oben B.III.4. beschriebenen Kombinationslösungen.

[90] Vgl. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 58: „Der Mikrokosmos einer jeden einzelnen Situation ist ebenso unendlich wie der Makrokosmos aller Situationen, auf die eine Norm anwendbar ist." Alle Merkmale kann man auch nach Günther nicht tatsächlich berücksichtigen, es soll aber zumindest als Anspruch seine Wirksamkeit entfalten. Dieser Anspruch ist von vorneherein allenfalls in konkreten Prozessen einlösbar und damit nur dort sinnvoll.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dung ja durchaus maßgeblich mitarbeitet[91] – blendet diesen Einzelfallbezug aber weitgehend aus und versucht gerade, auf abstrakter Ebene Handlungsorientierungen zu finden: zu dogmatisieren. Einzelfälle erscheinen hier eher als Anregungen oder bloße Beispiele.[92] Dass Günthers Konzept mit seinem „ad hoc-Charakter“[93] Probleme hat, diesen evolutionären Prozess der vom Einzelfall abstrahierenden Norminhalte zu erfassen, lässt sich insofern auf die verschiedenen Erkenntnisinteressen zurückführen. Dieser abstrakteren Variante gilt indes auch hier das Augenmerk und der Begriff des Diskurses ist diesbezüglich auch treffender. Denn im gerichtlichen Mikrokosmos herrschen am wenigsten verständigungsorientierte Diskursbedingungen vor: Die Parteien handeln strategisch – dies hält freilich auch Alexy nicht davon ab, von einem Diskurs auszugehen[94] – und die richterliche Entscheidung wird gerade deshalb durch ein „verfahrensrechtliche[s] Vakuum“ von der Verhandlungssituation ein Stück weit abgeschirmt, kann also nur bedingt als Ergebnis eines prozessualen Diskurses angesehen werden.[95]

Entscheidend für die Einordnung der jeweiligen Modelle ist für die Zwecke dieser Arbeit letztlich der Umgang mit der Unbestimmtheit des Rechts. Ihre Überwindung durch Dogmatik ist Gegenstand des abstrakten Diskurses, während es bei Günthers Anwendungstheorie zunächst einmal so scheint, als sei sie auf die Lösung von Kollisionen mehrerer klar subsumierbarer Regeln zugeschnitten. Freilich bleibt die Unbestimmtheitsfrage bei Günther am Ende nicht außen vor. Er will die verschiedenen Bedeutungsvarianten einer Norm behandeln wie verschiedene kollidierende Normen, über deren jeweilige Situationsangemessenheit diskutiert wird.[96] Hier treffen seine und Alexys Theorie sich dann im *Ergebnis*: Denn da dem Hineinlesen von möglichen Bedeutun-

---

91 Diese Verbindung schafft erst die Perspektive des Diskurses, die etwa bei *Kelsens* Unterscheidung der „rechtswissenschaftlichen“, die möglichen Inhalte einer Norm *ohne Fallbezug* erarbeitenden Interpretation von der Recht im Hinblick auf einen konkreten Fall erzeugenden Interpretation durch „Rechtsorgane“ (Reine Rechtslehre[2], S. 346 ff., 352 ff.) nicht einbezogen ist.

92 Für *Günther* ist dieses „illustrativ[e]“ (Rechtstheorie 1989, S. 163 [167]) Abstellen auf „hypothetische[ ] Situationen“ bzw. „Beispielsituationen“ (Der Sinn für Angemessenheit, S. 51) ein Merkmal des Begründungsdiskurses.

93 *Alexy*, Normenbegründung und Normanwendung, in: FS Krawietz 1993, S. 3 (10), der ebd. moniert: „Eine universalistische Entscheidungspraxis ist in dieser Konstruktion nicht möglich.“

94 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 269 ff.; anders *Habermas*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?, in: ders./Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, S. 142 (200 f.); *ders*., Faktizität und Geltung, S. 283, 288 ff., dort auch der Begriff des „verfahrensrechtlichen Vakuum[s]“ (S. 291).

95 Deshalb verwirft etwa *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 150 f. Günthers Modell.

96 *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, S. 293.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen in einen Normtext kaum Grenzen gesetzt sind, ließen sich diese Bedeutungsvarianten auch unmittelbar als praktische Argumente einbeziehen.[97] Ob wir nun darüber streiten, inwieweit eine Interpretation als neu konstruierte Norm „noch zur Menge der gemeinsam als gültig akzeptierten Normen“[98] gehört – soweit dies der Fall ist, soll nach Günther ein Anwendungsdiskurs ausreichen – oder ob wir unseren Streit als Debatte über die Richtigkeit verschiedener Interpretationsvarianten verstehen, ergibt praktisch keinen Unterschied. Das klingt letztlich auch bei Günther selbst durch, der ausführt, soweit der Geltungsanspruch dieser Bedeutungsvariante strittig sei, könnte in einem *Begründungs*diskurs geklärt werden, ob sie zu dieser Menge der als gültig akzeptierten Normen gehören soll.[99] Die Streitigkeit wird in Praxis aber die Regel sein – zumindest in den interessanten Fällen. Günther verkehrt dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Theorie, um den Begründungsdiskurs als den Modus, in dem ein Gesetzgeber seine Entscheidungen trifft, möglichst fern vom juristischen Diskurs zu halten, der seinem Legitimationsstatus entsprechend ein Anwendungsdiskurs sein muss. Der Schlüssel zum Verständnis ist jedenfalls die Unbestimmtheit. Alexy legt dar, wie die Gerichte in ihrem Angesicht ständig mit außerrechtlichen Aspekten argumentieren, während sie den Gerichten und in Günthers Theorie gerade dazu nützt, die in Kohärenz zu bringenden Normen als rechtliche qualifizieren zu können – im Zweifel lässt sich jedenfalls aus der Verfassung alles herauslesen.

### 3. Zwischenbilanz

Wir haben gesehen, wie anschlussfähig außerrechtliche Argumente im juristischen Diskurs sind, welch prekäre Rationalitätsbedingungen es sowohl im gesellschaftlichen, als auch im Fachdiskurs schafft, eine Ansicht als rechtlich gebotene darzustellen, und dass der *juristische* Diskurs gleichwohl – und zwar gerade auch um die Diskursbedingungen möglichst offen und verständigungsorientiert zu halten – daran festhalten kann, rechtlich angeblich eindeutige Lösungen zu diskutieren. Für den juristischen Diskurs sind die Verzerrungen des rechtlichen Argumentationsmodus auch deshalb nicht gleichermaßen problematisch wie in gesellschaftlichen Debatten, weil Juristen diese Art zu diskutieren gewohnt sind und einigermaßen gut einordnen können. Das verhindert allerdings nicht, dass die Verzerrungen in die gesellschaftlichen Diskurse ‚hinüberschwappen‘, indem juristischen Laien die jeweils zu ihren eigenen

[97] Man könnte Alexys Modell insofern als das ‚ehrlichere‘ im Sinne von: realitätsnähere begreifen; andererseits ‚verrechtlicht‘ seine Theorie der Prinzipien als Optimierungsgebote – dazu *ders*., Theorie der Grundrechte – seinerseits den allgemein-praktischen Charakter des juristischen Diskurses.

[98] *Günther*, Rechtstheorie 1989, S. 163 (181).

[99] Ebd.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ansichten passende juristische Meinung für bare Münze nehmen und gegenüber Gegenansichten strukturell weniger empfänglich sind; in der Psychologie nennt man den zugrundeliegenden Effekt „confirmation bias“[100].

Im Ganzen lässt sich die rechtliche Argumentation damit jedenfalls auf Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses als Problem ausmachen, das Zweifel an ihrer Zulässigkeit auf dieser Ebene hervorruft.[101] Zwar kann und sollte man solche Argumentationsmuster nicht gänzlich ausschließen; so ermöglicht etwa die informative Darstellung der Rechtslage durch Experten erst, etwaigen Änderungsbedarf beurteilen zu können – ganz zu schweigen von dem noch einmal grundlegenderen Sinne, in dem das Recht auf seine Inbezugnahme, auch durch ‚Laien‘, angewiesen ist, um zur Kenntnis genommen und befolgt zu werden –, wobei auch hier Information und Meinung notwendigerweise fließend ineinander übergehen.[102] Zumindest ist aber Zurückhaltung geboten und Skepsis insbesondere dort angebracht, wo die Darstellung der Rechtslage und die politische Forderung sich gegenseitig stützen. Die Verlockung ist freilich groß. Auch Habermas selbst bediente sich zuletzt munter einer positivrechtlichen Argumentationsstrategie. Angesichts der Gefahren von nicht mehr als solchen zu identifizierenden Fake News, liest man in seinem neuen Strukturwandel der Öffentlichkeit, sei es „*keine politische Richtungsentscheidung, sondern ein verfassungsrechtliches Gebot*, eine Medienstruktur aufrechtzuerhalten, die den inklusiven Charakter der Öffentlichkeit und einen deliberativen Charakter der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung ermöglicht“.[103] Gemeint ist im Wesentlichen eine Verantwortlichkeit der Internetplattformen für ihre Inhalte und eine entsprechende Pflicht zu deren Kuration. Das mag politisch sinnvoll sein, aber es ist gerade nicht von vorneherein verfassungsrechtlich ausgeschlossen, die Verantwortlichkeit bei den einzelnen Nutzern zu verorten, sie also als Autoren ernster zu nehmen, als Habermas dies tut[104]. Das wäre dann eben ein liberalerer Standpunkt. Eine

---

100 Siehe für einen Überblick dazu *Klayman*, Psychology of Learning and Motivation 32 (1995), S. 385 ff.

101 Kritisch zu den Rückwirkungen einer „rechtliche[n] Überformung des politischen Diskurses“ auf die Qualität dieses Diskurses auch *Lautsch*, DÖV 2019, S. 441 (445 ff.).

102 Freilich kann es schon aus pragmatischen Gründen, insbesondere in Debatten um die richtige Gesetzgebung, auch keine sinnvolle Option sein, die verfassungsrechtlichen Gestaltungsgrenzen außen vor zu lassen. Aber das ändert nichts am beschriebenen Verzerrungspotenzial.

103 *Habermas*, Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 9 (67), Hervorhebung nur hier.

104 Habermas beklagt die Erosion der ‚Gatekeeper‘-Funktion der Massenmedien mit guten Gründen. Sein eingängiger Vergleich – „Wie der Buchdruck alle zu potenziellen Lesern gemacht hatte, so macht die Digitalisierung heute alle zu potenziellen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ähnlich entschiedene, aber nicht minder disputable Rechtsmeinung vertritt er im Angesicht der Corona-Pandemie zur verfassungsgebotenen *unbedingten* Pflicht des Staates, *jede* vermeidbare Infektion zu verhindern.[105]

Auf den Rechtswandel wirken diese Zusammenhänge insofern zurück, als die Dynamik sich naturgemäß aus dem allgemeinen praktischen Diskurs bzw. den Elementen des juristischen Diskurses, die de facto allgemein praktischen Charakter haben, speist. An dieser Schnittstelle müssen die Argumente die hier problematisierte rechtliche Form annehmen, sonst gelingt der Transfer in die Norm mangels Kompatibilität der Kategorien nicht. Soweit dies geschieht, basiert der Rechtswandel nicht mehr auf der herrschaftsfreien Deliberation der Gesellschaft, aus der er angestoßen worden sein kann, sondern kapselt sich immer mehr von ihr ab und stabilisiert sich stattdessen durch die rechtliche Weihe selbst; dies aber ganz subtil und subkutan, nicht mit den Mitteln des staatlichen Zwangsapparats, sondern rhetorisch verflüssigt durch die diskursleitende Strahlkraft einer rechtlich anerkannten Wertung. Je mehr das geltende Recht so für Problemlösungen in Gerechtigkeitsfragen aller Art in Anspruch genommen wird, desto mehr wächst der Druck auf das Rechtssystem, diesen Ansprüchen interpretativ zu genügen.

## IV. Der Anspruch auf Richtigkeit – Inszenierung und Sakralisierung des Rechts

Dass das Rechtssystem nicht nur im Einklang mit den Gesetzen stehende, sondern auch in einem höheren Sinne ‚richtige' Entscheidungen produziert bzw. dass unter den Rechtsgenossen zumindest dieser Eindruck besteht, ist abseits eines strengen Positivismus, also insbesondere auch in unserer Rechtsordnung, eines der zentralen Anliegen. Auch dem Positivismus liegt die Einzelfallgerechtigkeit freilich am Herzen; in letzter Konsequenz genießt dort aber die Rechtssicherheit schaffende und egalisierende Wirkung statischer Gesetzesbindung Vorrang. Bei Alexy ist das eingängig umschrieben:

> „Die Vernünftigkeit der juristischen Argumentation ist deshalb stets in dem Umfang, in dem sie durch die Gesetze determiniert wird, relativ auf die Vernünftigkeit der Gesetzgebung. Eine unbeschränkte Vernünftigkeit des juristischen Entscheidens würde die Vernünftigkeit der Gesetzgebung voraussetzen."[106]

Mithilfe seiner Theorie der Prinzipien, die als Zwitterfiguren sowohl rechtlichen als auch moralischen Gehalt haben sollen, gelingt ihm dann zwar das

---

Autoren. Aber wie lange hat es gedauert, bis alle lesen gelernt hatten?" (ebd., S. 46) – gerät dann aber doch etwas elitär.

[105] *Habermas*, Grundrechtsschutz in der pandemischen Ausnahmesituation, in: Günther/Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, S. 20 ff.

[106] *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 351.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kunststück, zugleich zu begründen, „daß der mit der Entscheidung notwendig verbundene Anspruch auf rechtliche Richtigkeit einen Anspruch auf moralische Richtigkeit einschließt“.[107] Die rechtstheoretische Stimmigkeit dieser Aussagen darf hier auf sich beruhen. Worauf es an dieser Stelle ankommt, ist, dass die „Hochschätzung des Rechtlichen“ nicht allein auf den oben (II.) im Vordergrund stehenden formalen Leistungen des Rechts, also insbesondere seinem Konfliktbefriedungspotenzial, oder der passiv empfundenen materiellen Güte der einzelnen Entscheidungen beruht. Vielmehr sind die Gestaltung der gerichtlichen Entscheidungssituation und die juristische Rhetorik bereits aktiv auf diese Hochschätzung angelegt und plausibilisieren so den Anspruch auf Richtigkeit mit inszenatorischen Mitteln (1.). Zusammengenommen wird die bisweilen durchscheinende Überhöhung des Rechts als heilsbringende Quelle des Richtigen zum Problem für prozedural-demokratische Rationalität (2.), dessen Lösung aber nicht eine gegenteilige ‚Geringschätzung‘ des Rechts sein kann (3.).

### 1. Inszenierung

Recht inszeniert sich immer und überall als gerechte Institution. Das ist im Hinblick auf Verhaltenssteuerung und Konfliktbefriedung als zentralen Zwecken des Rechts schlichtweg funktional und entspricht auch der ganz grundlegenden Idee des Rechts, das, wie selbst der Positivismus nicht abstreitet, jedenfalls der Idee nach um der Gerechtigkeit willen da ist.[108] Inszenierung muss hier insofern nicht im pejorativen Sinne als Manipulation, ja nicht einmal als notwendig bewusster Prozess verstanden werden. Argumentationstopoi wie „Sachgerechtigkeit“ oder „Angemessenheit“[109] – und in gewisser

---

[107] *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 131; vgl. auch *ders*., Theorie der juristischen Argumentation, S. 433 (Nachwort 1991): „In dem mit gerichtlichen Entscheidungen erhobenen Anspruch auf Richtigkeit sind beide Aspekte [scil. Vernünftigkeit des geltenden Rechts und dessen richtige Anwendung] enthalten.“

[108] Vgl. zur „Inszenierung von Recht“ den gleichnamigen Sammelband von *Münkler/Stenzel* (Hrsg.); zur Funktionalität *dies*., Einleitung, ebd., S. 8 (12): „Recht ist, um wirken zu können, auf seine Inszenierung angewiesen. Denn die Wirkung von Recht ist davon abhängig, dass dieses im Allgemeinen akzeptiert wird und nur im Einzelfall durchgesetzt zu werden braucht. Rechtliche Entscheidungen müssen folglich überzeugen. Dies gelingt insbesondere, sofern Recht als objektiv und gerecht in Szene gesetzt wird und der Rechtsfindungsprozess entsprechend stilisiert wird. Rechtliche Alternativen werden insoweit bewusst verdrängt und stattdessen die Richtigkeit wie Eindeutigkeit der getroffenen rechtlichen Entscheidung hervorgehoben. Mit Hilfe inszenatorischer Elemente werden folglich bestimmte Aspekte des Rechts betont, andere hingegen verborgen.“ Näheres und weitere Nachweise bei *Münkler*, Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung, ebd., S. 19 (insb. 25 f.).

[109] Weitere, ähnliche Topoi wären etwa: Praktikabilität, Effizienz, Funktionstüchtigkeit, Natur der Sache, Zumutbarkeit, Billigkeit oder Treu und Glauben. Selbst so-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Weise auch der absichernde Verweis auf die Verfassung in einfachrechtlichen Fragen[110] – kommunizieren aber eben nicht allein einen Entscheidungsoutput, der in der Gesellschaft dann auf die eine oder andere Weise bewertet wird, sondern vermitteln zugleich die affirmative Botschaft, es werde nicht bloß eine (veränderbare) Norm angewendet und vielleicht in deren Rahmen die ‚gerechteste' Entscheidung getroffen, sondern auch Gerechtigkeit als solche erreicht. Die suggestive Kraft wird auch nicht relativiert, wenn man in Rechnung stellt, dass es sprachlich kaum möglich ist, zwischen der ‚gesetzesrelativen' und der absoluten Suche nach Gerechtigkeit zu differenzieren.

Eine Figur wie die Abwägung – immerhin eine der prägendsten Operationen unseres modernen Rechts[111] – entzieht sich aber ohnehin und tatsächlich weitgehend einer gesetzlichen Programmierung. Denn der Maßstab der ‚Angemessenheit' verweist nicht auf rechtlich fassbare Größen, sondern meint sachliche Richtigkeit schlechthin. Es geht ihm nicht um die Anwendung, sondern um die Bewertung von Normen; deutlich erkennbar an normkontrollierender Abwägung. Aber auch dort, wo schlicht nach einem Vorrang zwischen entgegengesetzten Belangen und Interessen im Rahmen einer Generalklausel gesucht wird, steht von vorneherein fest, dass das Ergebnis sich als ‚gerecht' verstehen wird – sonst hätte das andere Gut überwogen. Die Abwägung ist zwar insofern gesetzesdeterminiert, als zumindest die abzuwägenden Güter in der Regel vom Gesetzgeber mit rechtlicher Qualität ausgestattet worden sind, sodass letztlich das Gewicht von *Rechtsnormen* in deren Anwendung bestimmt wird.[112] Als Beschreibung der Abwägungspraxis ist das aber

---

weit mit ihnen eine einschränkende Anwendung des Gesetzes begründet, die Setzung also implizit kritisiert wird, suggerieren sie noch die Gerechtigkeit des Rechtssystems im Ganzen, sodass auch für die einzelnen Normen als dessen Bestandteile noch ein Restnutzen abfällt.

110 Dies insofern, als die Verfassung in unserer Rechtskultur bisweilen als funktionelles Äquivalent der Gerechtigkeit (in rechtlicher Form) verwendet wird. In diesem Sinne ist es als „Effekthascherei" bezeichnet worden, „eine Ansicht auf die Verfassung […] [anstatt] auf einen Analogieschluß oder andere konventionelle Denkfiguren schlichter juristischer Arbeit zu stützen", so *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, S. 38, der diesbezüglich einen Übergang „von der argumentativen zur postulativen Darstellungsweise" moniert (ebd.).

111 Zur „Karriere" und Kritik der juristischen Abwägung *Rückert*, JZ 2011, S. 913 ff.; ferner kritisch etwa *Leisner*, Der Abwägungsstaat; *Camilo de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik; und klassisch *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht.

112 Insofern besteht eine Parallele zur Suche nach Kohärenz i. S. v. Günthers Anwendungsdiskurs, dazu oben III.2.c). Wie viel vorsichtiger und normgebundener als heute die Rechtsprechung noch in den Anfängen der juristischen Abwägung argumentiert hat, zeigt *Rückert*, JZ 2011, S. 913 (915 ff.); die Abwägung verhält sich insofern umgekehrt zu anderen juristischen Figuren, die nach ihrer Einführung regelmäßig dogmatisch kleingearbeitet werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aus mindestens zwei Gründen unzureichend und irreführend:[113] Zum einen verwischen Konstitutionalisierung und prinzipientheoretische Kreativität als große Gleichmacher den Rang und damit das Gewicht der abzuwägenden Normen, sodass sich moralisch-politische, rechtliche und Verfassungsnormen unvermittelt gegenüberstehen – klassisches Beispiel: Was genau ist die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" und warum kann sie grundrechtliche Freiheiten einschränken?[114] Zum anderen fällt die Filterwirkung des rechtlichen Status der beteiligten Interessen umso geringer aus, je umfassender die Lebenswelt verrechtlicht ist. Paradoxerweise führt der Prozess der Verrechtlichung daher zu einer Entjuridifizierung der Abwägung.[115]

Im Einzelnen vielleicht weniger offensichtlich, in der Sache aber ganz ähnlich, verhält es sich mit all den ubiquitären, irgendwie auf die Wirklichkeit verweisenden Argumentationsfiguren, für deren Gesamtheit prototypisch die ‚Sachgerechtigkeit' steht. Sie wird entweder selbst zum ausdrücklichen Entscheidungsmaßstab bzw. zumindest zum Selbstbeschreibungstopos in der Entscheidungsbegründung[116] oder sie bildet das hinter den weiter ausdifferenzierten Kategorien wie der Praktikabilität oder der Funktionstüchtigkeit stehende Substrat[117]. Immer treten solche Topoi in Konkurrenz zur tendenziell

---

[113] Die (fragliche) Regelgeleitetheit des eigentlichen Abwägungsprozesses ist ein eigenes Thema, das den Rahmen hier sprengen würde, vgl. dazu hier nur die Beiträge in *Müller/Mastronardi* (Hrsg.), „Abwägung"; *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik.

[114] Grundsatzkritik an diesem Argumentationstopos bei *Hassemer*, StV 1982, S. 275 ff.; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), S. 387 (398 ff.); die Funktionsfähigkeit spielt vielfach eine Rolle, so z. B. in Bezug auf die Regierung, vgl. nur *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 43, Rn. 106; das Parlament, vgl. etwa BVerfGE 160, 368 (385 f.); die Streitkräfte, BVerfGE 48, 127 (160); sowie als Bestandteil des polizeirechtlichen Schutzguts der öffentlichen Sicherheit auch generell die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen, also etwa auch der Polizei, BVerwGE 143, 74 (79 ff.).

[115] Dazu auch *Reimer*, Gerechtigkeit als Methodenfrage, S. 42 f.; vgl. auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 52 f.

[116] BVerfGE 84, 212 (227) spricht sogar von der den Gerichten „vom Grundgesetz auferlegte[n] Pflicht […], jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden". Zum „Gerechtigkeitspathos der Rechtsprechung" im Strafrecht *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331 (335 ff.).

[117] Zur Praktikabilität ausführlich *Münkler*, AöR 146 (2021), S. 595 ff.; zur Funktionsfähigkeit – wohlwollend (s. zur Kritik die Nachweise soeben in Fn. 114) – *Lerche*, BayVBl. 1991, S. 517 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen auf die Praxis. Regelmäßig wird die „Sachgerechtigkeit" auch nicht ausdrücklich postuliert, sondern tritt in kaum verändertem Gewande auf, indem die ‚Sache' kurz beschrieben und dann ausgeführt wird, die eigene Lösung werde dem Ganzen am besten gerecht; vgl. BGHZ 80, 129 (136): Es sei „nach einer Lösung zu suchen, die den tragenden Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts, dem Stand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse, den Belangen der Beteiligten wie namentlich auch der Gläubiger und den Bedürfnis-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kalt und schnöde erscheinenden Gesetzeskonformität; wenn sie nicht inhaltlich mit dieser kollidieren, so verbleibt stets die Konkurrenz auf Darstellungsebene – also im Werben um die Gunst der Entscheidungsrezeption, insbesondere durch die interessierte Öffentlichkeit. Da Rechtsentscheidungen aber beides, also gerecht (als hinreichende) und gesetzmäßig (als notwendige Bedingung der ‚Richtigkeit'), sein sollen, impliziert die Entscheidungsselbstdarstellung als ‚sachgerecht' zugleich die Behauptung, auch das maßstäbliche Gesetz selbst sei sachgerecht. Methodisch ist die Argumentation mit der Sachgerechtigkeit und ihren Unterbegriffen der Topik zuzuordnen, wie sie von Theodor Viehweg Anfang der 1950er Jahre in den juristischen Diskurs eingeführt wurde. Danach seien Rechtsprobleme zu lösen, indem man sie unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiere und dabei unter dem jeweiligen Aspekt immer wieder von neuem beim sachlichen Problem selbst ansetze.[118] Die einzelnen Topoi kommen dabei sowohl aus der juristischen Sphäre – so vor allem die klassischen Auslegungscanones und andere Interpretationsprinzipien wie die ‚Einheit der Rechtsordnung'[119] –, als auch aus dem Bereich praktisch-pragmatischer Vernunft, in dem es letztlich darum geht, Perspektiven auf die Frage der Sachgerechtigkeit zu erörtern. Diese Perspektiven und Gesichtspunkte sind notwendigerweise der Dynamik des Zeitgeists unterworfen und passen sich so der jeweils aktuellen Haltung zum zugrundeliegenden Problem an; bei Viehweg heißt es entsprechend, die Topik behandle „die Frage, was denn *hier und jetzt* jeweils gerecht sei"[120]. Durch topisches Denken werden die Gerichte somit empfänglich für Argumentationen aus Wissenschaft und Gesellschaft, die Auslegungsempfehlungen aus deren sachlicher Angemessenheit für aktuelle Problemlagen herleiten. Auf diese Weise dienen Sachgerechtigkeitstopoi als Vehikel, allgemeine politisch-moralische Erwägungen in den juristischen Diskurs einzuspeisen,[121] wobei die Grenzen ver-

---

sen des Rechtsverkehrs möglichst gerecht wird". In einer solchen Konstellation kommt die Parallele zur Abwägung deutlich zum Vorschein. In anderen Fällen wird nur auf einzelne Kriterien wie die ‚Bedürfnisse des Rechtsverkehrs' abgestellt.

118 *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz.

119 Zu den „Prinzipien der Verfassungsinterpretation" siehe oben A.I.2.b)bb).

120 *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, S. 96 (Hervorhebung nur hier), der auf S. 95 in diesem Zusammenhang auch auf den Verfassungswandel verweist. Vgl. zum ausdrücklichen Gerechtigkeitsargument kritisch *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 316: „Als rechtliches Argument ist die Gerechtigkeit insoweit entbehrlich, wie sie in positives Recht transformiert ist – und insoweit gefährlich, wie sie nicht in positives Recht transformiert ist"; konstruktiv ist insofern der Ansatz, Gerechtigkeitsargumente methodisch einzuhegen, dazu *Reimer*, Gerechtigkeit als Methodenfrage, insb. S. 33 ff.

121 Vgl. zur „Praktikabilität" *Münkler*, AöR 146 (2021), S. 595 (640): Hinter bloßen „Praktikabilitätserwägungen […] ohne weitere rechtliche Substantiierung […] verbergen sich entweder bestenfalls andere rechtliche Gründe oder es werden hierdurch verdeckt Wertungen in das Recht eingeführt. Nicht weiter substantiierte Verweise auf Praktikabilität stellen daher einen Hinweis darauf dar, dass eine Dogmatisie-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schwimmen, soweit die einzelnen Belange und Interessen im Wege der teleologischen Auslegung in die Rechtsnormen selbst hineingedacht werden. Über eine Fixierung auf die ‚Sachgerechtigkeit' kann jedenfalls das ursprüngliche gesetzliche Konzept aus dem Blick geraten, was denn auch den zentralen Einwand darstellt, der gegen die Topik erhoben wird[122]. Als theoretisches Konzept ist sie jedoch zu sehr realistische Beschreibung des Vorgangs der Entscheidungsherstellung, um selbst als Inszenierungstechnik zu gelten. Mit topisch-wirklichkeitsorientierter Argumentation geht aber – neben der Symbolwirkung der positiv konnotierten Begriffe – zugleich ein kleinarbeitender Zuschnitt auf den konkreten Fall und vor allem eine kritikabsorbierende Öffnung zu allen Sachaspekten einher. Harte Gerichtskritik aus der Öffentlichkeit hat sie regelmäßig nicht zu befürchten; diese stößt sich eher an zu nüchtern-technischer, ‚lebensfremder' Normanwendung[123]. Eine solche gerichts- und damit einzelfallfixierte, von vorneherein eingehegte Kritik ist für das Rechtssystem wesentlich einfacher auszuhalten als eine auf die zugrundeliegenden Rechtsnormen durchschlagende Missbilligung.

Neben diesen schon auf der Ebene ihrer Benennung offen auf absolute Richtigkeit zugeschnittenen Suggestivkategorien stehen subtilere Mittel rhetorischer Inszenierung. So geht eine perspektivische Vorfestlegung immer schon mit den zur Erfassung des Sachverhalts oder Rechtsproblems gewählten Begriffen einher; andere Begriffe eröffnen andere Blickwinkel.[124] Auf diese Weise können die evozierten Vorverständnisse in eine günstige, das heißt kritikvermeidende Richtung gesteuert werden. In Rechtstexten, besonders in gerichtlichen Entscheidungsbegründungen, lässt sich zudem eine Vielzahl rhetorischer Stilmittel nachweisen, die nicht zuletzt argumentativ dünner besetztes Terrain und logische Lücken überbrücken. Insbesondere Katharina von Schlieffen (vormals Sobota) hat in mehreren empirischen Studien untersucht, wie Gerichte durch Pathos zu überzeugen suchen, also letztlich Gefühle und (aktuell populäre oder einigermaßen zeitlose) Wertüberzeugungen anspre-

---

rung bislang nicht ausreichend gelungen ist. Dabei drohen nicht weiter begründete Bezugnahmen auf Praktikabilität Wertungen zu verdecken, nach denen sodann nicht mehr gefragt zu werden vermag. Erst die Explikation, was konkret unter Praktikabilität verstanden wird und aus welchen Gründen diese im Einzelfall nicht mehr gegeben ist, macht diese Wertungen diskursfähig."

122 So etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 389.

123 Vgl. abermals die Beobachtungen von *Simon*, Erwartungen der Gesellschaft an die Justiz, in: FS Deutsche Richterakademie, S. 3 ff.; *Ogorek*, KritV 1997, S. 5 ff.

124 Dazu *Felder*, Der Staat 49 (2010), S. 543 (insb. 559 ff.), für den die „bestimmte sprachliche Form[ ] […] Ausdruck spezifischer, interessensgeleiteter und handlungsanleitender Denkmuster" ist (544); ebd., S. 563 ff. ein Beispiel aus dem Kontext des Unionsrechts; vgl. ferner etwa die begrifflichen Implikationen der Terminologie des ‚Schutz'- bzw. ‚Gewährleistungsbereichs', dazu oben A.I.4.c)bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chen, und zwar vor allem dort, wo es juristisch wichtig wird.[125] Der emotionale Zugriff stärkt das Vertrauen in die Integrität des Rechts und der Gerichte in jedem Fall – aber umso effektvoller, je ergebnis- oder leitsatzorientierter eine öffentliche Rechtskultur Entscheidungen rezipiert.[126] Diese rhetorischen Stilmittel führen dabei indes nicht zwingend zu hochtrabenden Formulierungen.[127] Gerade auch dem typisch juristischen objektivierenden Stil, der, geprägt von Passivkonstruktionen und Substantivierungen, die Entscheidung vom sie treffenden Subjekt distanzieren und so sachlich wie möglich klingen soll, um Unparteilichkeit zu symbolisieren, lässt sich ein „Pathos der Sachlichkeit" attestieren.[128]

Diese Unparteilichkeit, das Urbild der Gerichte, von dem das ihnen entgegengebrachte Vertrauen und ihre Legitimität bis heute abhängt wie von nichts anderem, wird nicht nur durch die verwendete Sprache ausgedrückt. Die ganze gerichtliche Entscheidungssituation ist darauf ausgerichtet. Am offensichtlichsten ist das mit Blick auf die entindividualisierende Robe, deren Träger nicht als fühlende, zweifelnde, gar mit Vorurteilen behaftete Person, sondern ausschließlich als Repräsentant einer rationalistischen Gerechtigkeitsmaschinerie wahrgenommen werden soll. Gerade das Moment des Zweifels wird denn auch durch das Arrangement der Entscheidungssituation, namentlich das Beratungsgeheimnis, kaschiert. Die Urteilsfindung, die Entscheidungsherstellung mit all ihren Kontingenzen, um die zwischen den beteiligten Richtern und bei Einzelrichtern möglicherweise intrapersonal gerungen wird, findet, von der Öffentlichkeit abgeschirmt, im „stillen Kämmerlein" statt.[129] Etwaige

---

125 *Sobota*, JZ 1992, S. 231 ff.; *dies*., Rhetorik 15 (1996), S. 115 ff.; *v. Schlieffen*, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln, S. 405 ff.; *dies*., JZ 2011, S. 109 ff. Vgl. gegen ihre rein quantitative Methode und ihre wohlwollende Bewertung der nichtrationalen Überzeugungstechniken aber die Grundsatzkritik bei *Wohlrapp*, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln, S. 549 ff.

126 Eine zentrale rhetorische Figur ist auch im Recht die Metapher, die das Verständnis – oft kaum merklich – in eine bestimmte Richtung lenkt, aber gleichzeitig vieldeutig und interpretationsoffen bleibt, vgl. *Münkler*, Der Staat 55 (2016), S. 181 ff.; *Damler*, Rechtsästhetik, S. 61 ff.

127 In den größeren Zusammenhang gehört indes auch der Versuch, den Diskurs über ein Gesetzgebungsprojekt durch die plakative Benennung desselben – etwa des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung vom 19.12.2018, BGBl. I, S. 2696, als „Gute-Kita-Gesetz" – von vorneherein in eine wohlwollende Richtung zu lenken.

128 Vgl. etwa *Sobota*, Rhetorik 15 (1996), S. 115 (124), dort auch das Zitat; *Münkler*, Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung, in: dies./Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht, S. 19 (33 f.), dort als „Inszenierung der Nicht-Inszenierung".

129 Zu diesem Aspekt und dem hier im Text unmittelbar Folgenden: *Müller-Mall*, Juridische Szenen, in: Münkler/Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht, S. 41 (46 ff., dort auch das Zitat).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontroversen blendet die spätere Darstellung der Entscheidung aus. Sie würden den Unterlegenen zu deutlich vor Augen führen, dass alles auch hätte anders ausfallen können, würden die Entscheidung nicht als eindeutige Notwendigkeit erscheinen lassen, sondern die Kritikmöglichkeiten gleich selbst mitliefern und so die Überzeugungskraft untergraben.[130] Letztlich ist es aber auch einfach der immense im Rahmen der Gerichtsbarkeit betriebene und im Instanzenzug wiederholte Aufwand im Ganzen, der verdeutlichen soll, wie ernst der Staat jeden einzelnen Fall und damit auch seine Bürger nimmt. Nicht zuletzt die vielfältigen Ritualisierungen, die schon bei der räumlichen Anordnung des Gerichtssaals anfangen und etwa die Regeln zum allgemeinen Erheben oder die Formel vom ‚Namen des Volkes' umfassen, verleihen dem Verfahren und seinem abschließenden Richterspruch etwas Mystisch-Feierliches, eine Art höhere Weihe. In diesen Zusammenhang gehören dann auch wieder die Amtstrachten, die besonders bei Bundesrichtern unverkennbar priesterliche Assoziationen wecken sollen.

### 2. ‚Sakralisierung'

Es sind nicht unmittelbar diese außerrationalen Einsprengsel, aber sie tragen mit den übrigen justizinternen Inszenierungstechniken dazu bei, dass dem Recht und allem voran dem Grundgesetz in der Gesellschaft eine Verehrung zuteilwird, die zwar kaum religiöse Züge im strengen Sinne annimmt, solchen aber im Hinblick auf äußere Verhaltens- und innere Haltungsorientierung sowie gemeinschaftskonstituierende Sinnstiftung so nahe kommt wie keine andere Institution in der säkularen Gesellschaft. Die Gründe sind freilich vielfältig; von den hier geschilderten ist wohl die Erfahrung am relevantesten, Gerechtigkeitsfragen aller Art mit durchaus für realistisch befundenen Erfolgsaussichten vor das Bundesverfassungsgericht bringen zu können.[131] Hinzu kommt der enorm bedeutsame Aspekt außerrechtlicher Rechtsinszenierung durch Massenmedien und Populärkultur, der hier nicht mit der ihm gebührenden Aufmerksamkeit behandelt werden kann.[132] Diese nicht-rationalen Mo-

[130] Die einzige Ausnahme bildet seit 1970 die Möglichkeit eines Richters am BVerfG, seine abweichende Meinung in einem Sondervotum zu veröffentlichen (§ 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Dieselbe Möglichkeit besteht auch bei einigen LVerfG, bei allen übrigen Gerichten gem. § 43 DRiG nicht. Kritik an seinen Mehrheitsvoten kann das BVerfG aber insofern gut aushalten, als es von einem besonderen Vertrauenspolster zehren kann und als (zumeist) faktisch ‚allerletzte' Instanz ohnehin meist ein Schlusswort in der jeweiligen Debatte spricht.

[131] Zu diesem auf die Leistungen des Rechts bezogenen Komplex näher oben II.

[132] S. dazu etwa die Beiträge in *Stürmer/Meier* (Hrsg.), Recht Populär; *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, S. 132 ff.; vgl. auch *Frankenberg*, Inszenierungen von Gerechtigkeit, in: ders., Autorität und Integration, S. 364 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mente im Verhältnis der Bürger zum Recht sollen hier leicht überspitzt ‚Sakralisierung' heißen, um einige bereits aus anderen Blickwinkeln beleuchtete Gesichtspunkte des Rechtswandels noch einmal von hier aus zu betrachten.

### *a) Verfassungspatriotismus und Werte*

Bekannt ist diese emotionale Hinwendung vor allem als Verfassungspatriotismus. Sternberger und Habermas haben mit diesem Begriff den Bezugspunkt eines gemeinschaftlichen Bürgerstolzes von der den Deutschen nicht mehr möglichen historisch-nationalkulturellen Ebene auf die im Grundgesetz niedergelegten Prinzipien übertragen.[133] Diese verkörpern eine moralische Richtigkeit und – wie für Patriotismen ja durchaus nicht ungewöhnlich – eine entsprechende Überlegenheit. Der Verfassungspatriotismus ist eine Erfolgsgeschichte. In theoretischen Ausarbeitungen fungiert er zwar zuweilen als bloßer Topos oder geht mehr oder weniger in verfassungsrechtlichen Integrationslehren auf. Aber jedenfalls die gesellschaftliche Wirklichkeit bezieht sich intensiv auf die Verfassung; nicht so folkloristisch wie im US-amerikanischen Kontext, wo der ausgeprägte Patriotismus ja ebenfalls eng mit der Verfassung zusammenhängt, aber rhetorisch: Im gesellschaftspolitischen Diskurs ist das Grundgesetz allgegenwärtig, und zwar nicht nur soweit spezifisch rechtliche Vorgaben in Rede stehen, sondern auch und gerade in Fragen einer allgemeinen Haltung, in denen man sich jenseits der beteuerten Hochachtung vor dem Grundgesetz kaum mehr zu einigen vermag. In solchen Fragen hilft sie indes nur als ‚Wert' weiter und so verweist denn auch die Rede von ‚unseren Werten' regelmäßig implizit auf die Verfassung oder es wird gleich von den ‚Werten des Grundgesetzes' gesprochen. Entsprechend waren etwa auch Werte gemeint, als 2015 der damalige Vizekanzler und SPD-Parteivorsitzende Gabriel in großer medialer Geste eine arabische Übersetzung des Grundgesetzes in Flüchtlingsunterkünften verteilte und im Vorwort der Broschüre ausdrücklich von „Werten", „Leitkultur" und sogar „Pflichten" sprach.[134] Nüchternjuristisch betrachtet enthielten die dort abgedruckten Grundrechte keine Re-

---

133 *Sternberger*, FAZ v. 27.1.1970, S. 11; *ders*., FAZ v. 23.5.1979, S. 1, mit stärkerem Fokus auf den Nationalstolz; *Habermas*, Apologetische Tendenzen, in: ders., Eine Art Schadensabwicklung, S. 120 (135); *ders*., Nochmals: Zur Identität der Deutschen, in: ders., Die nachholende Revolution, S. 205 (219 f.), vgl. auch ebd., S. 147 ff., mit stärkerem Fokus auf universale Prinzipien wie Rechtsstaat und Demokratie. Ausführlich ferner *Müller*, Verfassungspatriotismus; *Münkler*, Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus?, in: Günther u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, S. 65 ff.; vgl. auch *Denninger*, Der Staat 60 (2021), S. 495 ff., mit Nw. zur Kritik am Konzept des Verfassungspatriotismus auf S. 498.

134 *Gabriel*, Kultur des Willkommens. S. zur „Leitkultur" als juristischer Begriff auch *Augsberg*, Wertordnung, Leitkultur, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 9, Rn. 33 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geln, an die sich die Adressaten hätten halten oder die sie hätten verletzen können; das Grundgesetz zieht dem Verhalten des Staates Grenzen, nicht demjenigen der Gesellschaft, und es kennt, vom hier nicht relevanten Art. 12a einmal abgesehen, insbesondere keine Grundpflichten. Als Wert hingegen kann jedermann die Meinungs- und Glaubensfreiheit, die Gleichheits- und all die anderen Grundrechte als verbindlich anerkennen, danach handeln – und die Befolgung durch andere verlangen. Zu diesem fordernden Bekenntnis rhetorisch verflüssigt hat der Verfassungspatriotismus Hochkonjunktur. Die Werte müssen dann auch nicht ausdrücklich an bestimmte Verfassungsartikel rückgebunden werden, es reicht der Diskurspraxis aus, vergleichsweise pauschale Begriffe wie ‚Frieden', ‚Freiheit', ‚Sicherheit', ‚Solidarität', ‚Toleranz' oder ‚Antisemitismus' – oft nicht ohne Plausibilität, aber ohne Begründung – als Verfassungswerte zu postulieren. Die Grenze zwischen Wert und Wertbehauptung beginnt so zu verschwimmen und das Berufen auf geteilte Werte droht zu bloßem „Gerede" zu verkommen.[135] Das eigentliche Problem liegt aber darin, dass Werte nicht einfach so oder zur Selbstversicherung angerufen, sondern einem Gegenüber in gesellschaftspolitischen Auseinandersetzungen vorgehalten werden. So wird zur mundverbietenden Illiberalen, wer gendert; zum diskriminierenden Intoleranten, wer dies nicht tut – als Symbol der Diskriminierung lässt sich auch das islamische Kopftuch deuten; wer dies sagt, ist aber intolerant –; zum Antisemiten, wer Israels Rolle im Nahostkonflikt kritisiert; zum Kriegstreiber, wer sich als Deutscher mit solcher Kritik schwerer tut; zum Kriegstreiber werden auch die, die sich für Waffenlieferungen an die Ukraine einsetzen, die aber bekanntlich ‚unsere Werte' gegen den russischen Imperialismus verteidigt; und nicht zuletzt mangelt es demjenigen an Integrität, der mit Personen, die ‚unsere Werte' nicht teilen, Geschäfte macht oder sich auch nur mit diesen abgibt, in sensiblen Fällen reicht gar fehlende Distanzierung. Der Wertbezug mit seiner starken moralischen Aufladung[136] verleiht den im öffentlichen Diskurs regelmäßig anrauschenden Empörungswellen auf diese Weise durchaus etwas Kämpferisches, ja tendenziell Totalitäres, was schon Carl Schmitt den Werten attestierte (bei dem freilich der Verdacht naheliegt, weniger die Form des Werts, als vielmehr der liberale Inhalt sei für ihn Stein des Anstoßes gewesen).[137] In letzter Konsequenz erlangt die

---

135 Vgl. *Möllers*, Merkur 883 (2022), S. 5 (6), der beobachtet, wie „der Hinweis auf Werte ‚als solche' gegenüber bestimmen Werten in den Vordergrund [tritt]. […] Was damit gemeint ist, kann erst einmal offenbleiben." Ebd., S. 7: „So kann eine Praxis, die alles als Wert anerkennt, nicht zwischen Wert und Wertbehauptung unterscheiden." Die Sorge um das bloße „Gerede" bei *Volkmann*, Merkur 834 (2018), S. 5 (11).

136 Zur Problematik des Moralisierens anstelle des Politisierens *Möllers*, Merkur 818 (2017), S. 5 (insb. 10 f.).

137 *Schmitt*, Die Tyrannei der Werte; zu dessen eigenem Wertdenken *Schönberger*, Werte als Gefahr für das Recht, ebd., S. 77 f. Den schmalen Grat zwischen Demokratie und Totalitarismus analysiert *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.),

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Formel von ‚unseren Werten' dann Selbststand, indem sie sich von ihrem Referenzgegenstand abkoppelt; sie wird selbstwidersprüchlich, weil sie unpluralistisch ist, während die Grundrechte, insbesondere Art. 3 Abs. 3, 4, 5, 8 und 9 GG, das Bild einer pluralistischen Gesellschaft zeichnen. Genau als solch vereinender Gegenpart zum Pluralismus ist sie ja auch gedacht – nur stiftet der ubiquitäre Ruf nach ‚unseren Werten' aufgrund seines konfrontativen Charakters gerade kein Zusammengehörigkeitsgefühl (mehr), wie es in der Idee des Verfassungspatriotismus einmal angelegt war.

### *b) Sakralisierungstendenzen*

Dieses stetige Bekennen zu einer höchsten Autorität, ohne wirklich zu ihr vorzudringen oder sich darum zu bemühen, ihren Inhalt rational zu erfassen oder zu reflektieren – man weiß sich ja auf der richtigen Seite –, weist Parallelen zu religiösen Vorstellungen auf, die denn auch zuweilen gezogen werden. Der Zugriff auf das Recht, ob es sich nun hinter Werten verbirgt oder unmittelbar juristisch behandelt wird, erscheint insofern manchem Beobachter als „sakralisiert".[138] Eine Rechtskultur, die es gewohnt ist, die Problemlösungskraft ihrer rechtlichen Grundlagen zu beschwören und sogar ihre (ideale) Identität in diesen verankert sieht, tut sich schwer damit, die entsprechende textliche Basis formell zu ändern, weil sich das als Eingeständnis eines Fehlers anfühlt, an den man lange geglaubt hat. Das bedeutet freilich nicht, dass diese ändernden Richtungsentscheidungen gar nicht getroffen

---

Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (286 ff.), dessen Gedanken *Marchart*, Die politische Theorie des zivilgesellschaftlichen Republikanismus, in: Brodocz/Schaal (Hrsg.), Politische Theorien der Gegenwart II, S. 239 (249) auf die griffige Formel bringt: „Demokratie ist nicht das gänzlich andere des Totalitarismus, sondern enthält Totalitarismus immer schon als Tendenz"; dazu auch sogleich im Text.

138 Von „Verfassungssakralisierung" sprechen etwa *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, S. 98 ff.; *Waldhoff*, Das andere Grundgesetz, S. 61 ff.; vgl. auch die historisch vergleichende Einordnung bei *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 57 ff.; *Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 7 (37, Fn. 100); *Depenheuer*, Funktionen der Verfassung, in: ders./Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 537 (566): Verfassung als „nicht hinterfragbare, ewige Wahrheiten in der Form großer Erzählungen"; für *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, S. 17 (29) erscheint das Grundgesetz in seiner Anwendungspraxis „als ein grundlegender Text, aus dem wie aus der Bibel oder dem Koran ‚Schriftgelehrte' die richtigen Werte und Verhaltensweisen unmittelbar deduzieren". *Willoweit*, JZ 2013, S. 157 (162) beobachtet die Sakralisierung in Form von Wahrheitsansprüchen mit „zunehmende[r] Tendenz" auch im einfachen Recht. Noch einmal stärker gilt das Ganze wiederum für die USA, vgl. dazu nur *Möllers*, Das Grundgesetz, S. 95.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

würden; sie werden dann nur – genau wie in Religionen[139] – in die Hände von elitären Akteuren gelegt[140]. Insofern ist es nicht zuletzt Ausdruck dieser ‚Schäfchenmentalität', das Recht gleichsam als ‚bessere' Politik wahrzunehmen, wie es häufig geschieht. Wenn das Bundesverfassungsgericht Gesetze zurechtstutzt oder gesetzliche Regelungen einfordert, dann wird die Stimme des Rechts im allgemeinen Diskurs fast durchgehend als höhere Wahrheit empfunden, die das Parlament von sich aus verfehlt hat. Und dies auch dann, wenn von den Mitdiskutierenden, jedenfalls aber aus der den Diskurs konsumierenden Bevölkerung, kaum jemand die rechtlichen Argumente versteht.[141] Dass sich diese Einschätzung auf Recht und Gerichte allgemein und nicht ausschließlich auf die, freilich besonders strahlkräftige, Verfassung bezieht, wurde während der Corona-Pandemie wie in einem Brennglas deutlich: Damals ist der Verordnungsgeber in die Rolle des Parlaments und mit ihm die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Rolle des Bundesverfassungsgerichts geschlüpft, ohne dass sich durch den Rollentausch allzu große Unterschiede in der Art und Weise der öffentlichen Rezeption ergeben hätten. Sobald eine erlassene Maßnahme gerichtlich kassiert wurde, schlug dem Verordnungsgeber eine verbreitete Haltung des ‚Wie konnte er nur?' entgegen. Dabei ist nur die besondere Dichte, nicht das grundsätzliche Prinzip auf die Ausnahmelage zurückzuführen. Auch sonst gilt – für den epochalen Klimabeschluss im Prinzip nicht anders als bei einem verwaltungsgerichtlichen Urteil zu kommunalen Luftreinhalteplänen[142] –: Wenn ein Gericht spricht, dann wird der

---

139 Den auf Heilige Schriften gestützten Religionen ist die Änderung derselben faktisch völlig verschlossen. Damit mag zusammenhängen, dass deren Überzeugungskraft, zumindest in den westeuropäischen Gesellschaften, schwindet und die Kirchen, allen Erneuerungsversuchen zum Trotz, als undemokratische Institutionen erscheinen müssen. Jedenfalls ist es aus diesem Grunde die Theologie, welche es zur höchsten – sprich: freiesten – ‚Kunst' des Interpretierens gebracht hat. Wenn also von der Sakralisierung des Rechts die Rede ist, so sind auch diese Zusammenhänge aufgeworfen, die *Seifert*, Grundgesetz und Restauration, S. 19 auf den Begriff der „Grundgesetztheologie" gebracht hat; eine ausführlichere Parallelisierung der christlichen und der verfassungsgerichtlichen Interpretationsstrukturen bei *Depenheuer*, Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit?, in: FS Kriele, S. 485 (490 ff.).

140 Namentlich Rechtswissenschaft und -praxis, dazu oben B.II. Vgl. auch die Kritik am Verfassungswandel bei *Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, S. 94: „Zuständig für die Weiterentwicklung des Rechts ist so eine Elite. Das elitenkritische, antiparlamentarische Argument verkehrt sich so in sein Gegenteil." Zum teils „elitären Selbstverständnis" der Gerichte *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S. 312 ff.

141 *Thym*, AöR 145 (2020), S. 40 (46 f.): „Man kann Verfassungsrichter insofern mit Hohepriestern vergleichen, die aufgrund ritualisierter Handlungen und mit Argumenten, die die Bevölkerung nicht versteht, mystisch die normativen Grundlagen des Gemeinwesens erneuern."

142 Nur dass bei ersterem sogar die fundamental kritisierte Bundesregierung in ein beinahe überschwängliches Lob der Entscheidung einstimmte, vgl. dazu nur *Amann/*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Entscheidung gerade im Vergleich zur Politik besondere Autorität, Integrität und eben ein größerer Wahrheitsgehalt beigemessen. Für diese Einschätzung ist nicht allein der justizförmige Rechtsanwendungscharakter ausschlaggebend, auch wenn er der unmittelbar naheliegendste Faktor ist. Sie ist zugleich Ausdruck des mangelnden Politik- und Institutionenvertrauens bzw. der korrespondierenden „Epistemisierung des Politischen", in deren Folge politische „Probleme nicht als Entscheidungs-, sondern als Erkenntnisprobleme" begriffen werden[143]; wobei die intensive gerichtliche Kontrolle der staatlichen Gewalt – obgleich eine der wichtigsten Errungenschaften des Rechtsstaats – ihren strukturellen Anteil an dieser in demokratischer Hinsicht „nicht besonders gesund[en]"[144] Einstellung hat, weil die Gerichte die so kontrollierten Akteure naturgemäß hin und wieder ‚bloßstellen', während etwaige eigene Fehler nur innerhalb des Justizsystems selbst, also wiederum durch Gerichte, festgestellt werden können, durch die Feststellung eo ipso aber wieder bereinigt sind, sodass das Gerichtssystem im Ganzen praktisch keine ‚Fehler' machen kann[145], ja die Feststellung einer Fehlentscheidung selbst zum Triumph der Gerichtsbarkeit wird.

### *c) Leerer Ort der Macht?*

Die Metapher des Sakralen provoziert als Antwort eine Säkularisierung der Rechtskultur. In diesem Zusammenhang sind die Arbeiten von Claude Lefort aufschlussreich, nach dem in der Demokratie im Gegensatz zum Gottesgnadentum der absoluten Monarchie der „Ort der Macht […] zu einer *Leerstelle*" wird, die keine Instanz dauerhaft besetzen darf.[146] An die Stelle einer integrierenden Führungsfigur ‚von oben' tritt die „Institutionalisierung des [auf Dauer gestellten] Konflikts", des Ringens um die gerechte Gestaltung des Gemeinwesens ‚von unten', also aus der ‚Zivilgesellschaft', wie es in dieser ‚republi-

---

*Traufetter*, Eine Klatsche für die Regierung – warum freut sich Peter Altmaier trotzdem?, Spiegel.de v. 30.4.2021.

143 *Volkmann*, Demokratie und Vernunft, S. 101 ff. (Zitat S. 103) mit Verweis auf *Bogner*, Die Epistemisierung des Politischen; und *Krüper*, Herrschaft und Wissen, in: FS Morlok, S. 75 ff., der von „demokratischem Kognitivismus" spricht.

144 *Bryde*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, S. 197 (201).

145 Jedenfalls soweit man die Möglichkeit einer Rüge von ‚außen', also durch EuGH oder EGMR, einstweilen ausklammert. Aber diese gehören ja in einem nur *etwas* weiteren Sinne ebenfalls zu ‚unserem' Gerichtssystem.

146 *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (293, Hervorhebung im Original).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kanischen‘ Denktradition gerne heißt.[147] Welche Rolle kommt nun dem Recht in einer so gedachten demokratischen Streitkultur zu? In einem ersten Zugriff lassen sich jedenfalls die Grund- und Menschenrechte so verstehen, dass sie helfen, den Ort der Macht leerzuhalten, weil sie die jeweils gegenwärtigen Machtverhältnisse immer wieder in Frage stellen und so auch verkrustete Strukturen aufbrechen können.[148] Entsprechend positiv bespricht Lefort die Menschenrechte.[149] Man muss hier aber differenzieren: Bezüglich ihrer inhaltlichen Gewährleistungen sind die Grundrechte in demokratisch-funktionaler Hinsicht unentbehrlich; sie garantieren die freie öffentliche Auseinandersetzung, in welcher die Bürgerschaft ihre Konflikte austragen und sich auch für andere als die gerade etablierten Lösungsansätze entscheiden kann.[150] Das gilt für alle Grundrechte des Grundgesetzes und ist für die Kommunikationsfreiheiten der Art. 5, 8, 9 GG nur besonders offensichtlich.

Als wertbezogene Ideen oder „letzter Bezugsrahmen“[151] innerhalb dieser Konflikte ist die Rolle der Grundrechte indes nicht derart eindeutig. Man kann dann weiterhin auf ihre den rechtlichen wie den gesellschaftlichen Status quo infragestellenden Charakter verweisen und hat dabei die Erfolgsgeschichte der Menschenrechte und des Kampfes um ihre Anerkennung und Durchsetzung, etwa im Sozialismus des 20. Jahrhunderts, aber auch in liberalen Gesellschaften, wo sie als appellative Autoritäten bis heute eine diskursanregende und -ordnende Funktion haben, die zumindest Rechtfertigungen der bestehen-

147 Zitat ebd. In den Kontext dieses Denkens gehören neben Lefort, Gauchet und Castoriadis, vgl. deren Texte ebd., etwa *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage; *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik.

148 Das kommt im Begriff der Minderheitenrechte besonders deutlich zum Ausdruck – diesbezüglich erfüllt der sogleich zu kritisierende Machtzugewinn beim Berufen auf geltendes Recht durchaus eine demokratisch-emanzipatorische Funktion –, aber auch das Recht generell hat egalisierende Wirkung, soweit sich jeder auf seine Normen berufen kann.

149 *Lefort*, Menschrechte und Politik, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 239 ff.

150 Insoweit dürfte weitgehende Einigkeit bestehen. Vgl. etwa *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, S. 286, die ausgehend von Leforts Konzept (unmittelbar verweist sie an dieser Stelle auf *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage, S. 80) im Schutz der Menschenrechte eine Schnittmenge zu Böckenfördes Überlegungen zum Säkularisierungsproblem ausmacht; vgl. zur demokratisch-funktionalen Dimension der Grundrechte ebenfalls *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 115 (133 ff.); ferner *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 38 f.; *Spiecker gen. Döhmann*, Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), S. 9 (55 f.).

151 *Lefort*, Menschrechte und Politik, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 239 (262).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Verhältnisse fordert[152], auf seiner Seite. Gleichzeitig verzerren die Grundrechte in diesem Modus allerdings den Diskurs, soweit sie nicht bloß dessen Forum bereitstellen, sondern innerhalb des Diskurses selbst Partei nehmen sollen. Sobald und insoweit dies geschieht, werden sie als Macht[153] behandelt und besetzen gleichsam die Leerstelle im jeweiligen thematischen Ausschnitt[154], indem sie die Kompetenz der gesellschaftlichen Akteure negieren, über die Gestaltung ihres Gemeinwesens, im Konflikt und vorübergehend, aber *selbst* zu befinden. Diese Kompetenz wird stattdessen in unterschiedlichen Akzentuierungen gänzlich zurückgewiesen – über Rechte wird nicht entschieden, sie werden erkannt und durchgesetzt – oder dem autoritativen Verfassungsinterpreten – also dem Bundesverfassungsgericht, das ja in seiner Selbstwahrnehmung ebenfalls nicht entscheiden, sondern Recht erkennen will – anheimgestellt, als dessen Vordenker man sich dann geriert. Während bei Lefort mit der demokratischen Leerstelle im Zentrum der Macht eine Entflechtung von Macht, Recht und Wissen einhergeht[155], bindet eine solche Praxis alles wieder zusammen: Der zivilgesellschaftlichen Auseinandersetzung geht man unter Berufung auf bereits bestehende Gebote aus dem Weg und die Gerichte sprechen ‚höhere' Wahrheiten aus als die Politik. Während bei Lefort „die Demokratie sich dadurch instituiert und erhält, daß sie die *Grundlagen aller Gewißheit auflöst*", sodass sich „eine Infragestellung entfaltet, *deren Antwort niemand besitzt*",[156] sind solche rechtlichen Argumentatio-

---

152 Dazu *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung; vgl. auch *Lefort*, Menschenrechte und Politik, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 239 (270): Die Macht muss „auf die Forderung oder Verteidigung eines Rechtes eine Erwiderung finden, die Rechenschaft von ihren Prinzipien ablegt, die sich also auf die Kriterien des Gerechten und Ungerechten und nicht nur auf den Gegensatz des Erlaubten und Verbotenen bezieht."

153 Das Recht ist gewaltbewehrte staatliche Macht und im Maße der ‚Sakralisierung' zugleich gesellschaftlich-moralische Autoritätsmacht. Diese doppelte Machtdimension verspielt gewaltenteilendes Potenzial, vgl. *Marchart*, Die politische Theorie des zivilgesellschaftlichen Republikanismus, in: Brodocz/Schaal (Hrsg.), Politische Theorien der Gegenwart II, S. 239 (255): „im demokratischen Dispositiv [existiert] notwendigerweise eine Unterscheidung zwischen Zivilgesellschaft und Staat (und der Totalitarismus ist umgekehrt durch die Verschmelzung dieser zwei Sphären gekennzeichnet)".

154 Was nicht heißt, dass es daneben keine anderen, möglicherweise gefährlicheren Instanzen gibt, die den Ort der Macht teilweise besetzen, etwa aus ökonomischer oder informationeller Stärke heraus.

155 Nur so könne sich dann etwa „die Dimension eines Werden des Rechtes entfalten, die beständig von einer Diskussion der Rechtsgrundlagen und der Rechtmäßigkeit, dessen, was ist oder sein soll, abhängig bleibt", *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (294).

156 *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (296, die erste Hervorhebung im Original, die zweite nur hier).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen in aller Regel gerade nicht auf eine Infragestellung begrenzt, folgern vielmehr aus derselben Autorität heraus ganz bestimmte materielle Lösungen, sodass der Ort der Macht nicht nur geleert, sondern direkt wieder besetzt werden soll. Mit Foucault, der hier nur am Rande erwähnt sei, dessen Machtverständnis aber insofern gut passt, als es seinen Ausgangspunkt ebenfalls in der Absenz einer verkörperten Souveränitätsmacht nimmt[157], lässt sich dem Aggregatszustand dieser Macht nachspüren: Die Routinen der als selbstverständlich empfundenen – weil nicht ‚von oben' verordneten, sondern sich durch Vereinnahmung vonseiten der Gesellschaft entwickelnden – rechtlichen Debattenkultur diffundieren in die gesellschaftlichen Mentalitäten hinein und schlagen sich dort als besondere Empfänglichkeit für Rechtsargumente nieder.

Natürlich ließe sich gegen diese Deutung einwenden, die unterschiedlichen gesellschaftlichen Kräfte würden je nach Konjunktur schon changierende Interpretationen anregen und durchsetzen, sodass die Stelle zwar nie leer – was ohnehin ‚nur' symbolisch gemeint ist –, aber im steten Wechsel begriffen ist. Eine fehlende Dauerhaftigkeit ist jedoch zum einen keineswegs sicher: Die Platzierung der eigenen Ansicht im Recht, zumal im Verfassungsrecht, zielt ja gerade auf eine verstetigende Objektivierung.[158] Zum anderen kann eine Demokratie die Rechtsinterpretation nicht einem freien Spiel der Kräfte und damit dem Recht des Stärkeren anstelle eines geregelten Verfahrens überlassen. Der Berufung auf Grundrechte kommt insofern eine spezifisch *infragestellende* Legitimation zu – keine positiv gestaltende.

Was daraus für die demokratische Debattenkultur folgt, soll nun beispielhaft anhand des zivilen Ungehorsams erörtert werden, der als eines der emphatischsten Ausdrucksmittel im gesellschaftlichen Konflikt zuletzt, insbesondere in Form von Klimaaktivismus, wieder verstärkt in den Fokus der Öffentlichkeit geraten ist und als Rechtsbruch im Dienste höherer Richtigkeitsüberzeugungen ein spannungsreiches Verhältnis zum Recht hat – stets aber

---

157 Vgl. hier nur *Foucault*, Der Wille zum Wissen, S. 94: „die Macht ist nicht eine Institution, ist nicht eine Struktur, ist nicht eine Mächtigkeit einiger Mächtiger. Die Macht ist der Name, den man einer komplexen strategischen Situation in einer Gesellschaft gibt"; *ders*., Überwachen und Strafen, S. 38: „Diese Macht ist nicht so sehr etwas, was jemand besitzt, sondern vielmehr etwas, was sich entfaltet […]. Andererseits richtet sich diese Macht nicht einfach als Verpflichtung oder Verbot an diejenigen, welche ‚sie nicht haben' […], die Macht verläuft über sie und durch sie hindurch; sie stützt sich auf sie, ebenso wie diese sich in ihrem Kampf gegen sie darauf stützen, daß sie von der Macht durchdrungen sind."

158 Entsprechend konstatiert etwa *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 99 zum Verfassungswandel: „sein Ergebnis erhebt oft den Anspruch, das zeitlos Richtige zu sein". Hinzu kommt, dass sich die Praxis insbesondere bezüglich Entscheidungen des BVerfG schwer tut, zwischen ‚Altlasten' und noch fruchtbaren Figuren abzuschichten, vgl. *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), S. 157 (182 f.), der das ebenfalls als *demokratisches* Problem bespricht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine Gegenbewegung zu den aktuell maßgeblichen Kräften sein will. Samira Akbarian hat kürzlich vorgeschlagen, zivilen Ungehorsam als Verfassungsinterpretation zu verstehen. Gemeint ist damit, in aller Kürze, zweierlei: Aus dem Akt des Ungehorsams muss, will er legitim sein, als eine Art internes Moment ein Respekt vor den grundlegenden Verfassungsprinzipien als „konfliktualer Konsens“[159] erkennbar sein. Soweit er sich auf dem Boden der Verfassung sieht, seien die Forderungen dann aber, unter Umständen auch unabhängig vom jeweiligen Selbstverständnis der Protestierenden, als Interpretationen der Verfassung zu begreifen, durch die überkommene Deutungen aufgebrochen und neue Inhalte etabliert werden sollen. Nach dem bisher Gesagten gilt dagegen genau umgekehrt: Ziviler Ungehorsam ist immer dann besonders legitim[160], wenn er gerade nicht beansprucht, seine inhaltlichen Positionen seien letztlich deckungsgleich mit dem schon jetzt geltenden Recht, sondern schlicht und demütig auf politische Missstände, etwa in Form einer ‚falschen‘ Rechtslage, hinweist und so den durch die Aktionen zu mobilisierenden *Willen* des Volkes gegen die auf institutionalisierten Regeln und Praxen beruhende Machtkonstellation in die Waagschale wirft[161]. Der Ungehorsam muss gesteigerte Aufmerksamkeit und eine Veränderung der politischen Mehrheitsverhältnisse bezwecken, damit die starke Symbolik des öffentlichen Rechtsbruchs als Mittel des spezifisch demokratischen Austauschs verstanden werden kann. Wenn die Ungehorsamen in diesem Sinne die gegenwärtigen Verhältnisse als derart ungerecht stilisieren, dass ihnen keine andere Wahl als dieses Märtyrertum bleibt, dann ist das zunächst einmal eine infragestellende Haltung – und gerade dadurch eine konstruktive: Sie evoziert unter den Mitbürgern Fragen wie ‚Warum machen die das?‘ und ‚Ist da vielleicht etwas dran?‘, aus denen sodann ergebnisoffen und miteinander Lösungen diskutiert werden können, während zu sture Forderungen – und das sind für unseren Kontext vor allem solche, die durch den Verweis auf die vermeintlich eindeutige Rechtslage eine klare Absage an Verhandlungs- und Kompromissbereit-

---

159 *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, S. 132, 207 ff., womit sie sich auf *Mouffe*, Über das Politische, S. 158 bezieht.

160 Gemeint ist eine moralische Legitimität, für die es gute Gründe gibt. Eine rechtliche Legitimität zivilen Ungehorsams kann es dagegen kaum geben: zum einen, weil der Rechtsstaat den Rechtsbruch seiner Bürger nicht einfach hinnehmen kann, ohne seine Grundlagen aufzugeben; aber auch der Ungehorsam selbst kann an einer Legalisierung kein Interesse haben, geht seine symbolische Strahlkraft doch gerade aus dem Risiko der staatlichen Sanktion hervor. Auswirkungen in rechtlichen Verfahren sind insofern auf ‚weiche‘ Faktoren wie die Würdigung der Motive im Rahmen der Strafzumessung (§ 46 Abs. 2 StGB) beschränkt.

161 Für eine Demokratie ist es kein gutes Zeichen, wenn eine auf die Autorität des aktuellen (zumindest angeblichen) Volkswillens gestützte Forderung weniger relevant erscheint als eine mehr oder weniger plausible Interpretation eines vergangenen Willens.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaft signalisieren – Abwehrreaktionen auslösen. Lefort hat hierfür ein feines Gespür; er mahnt, die Demokratie sei in Gefahr, je mehr „sich der Konflikt zwischen den Klassen oder Gruppen zuspitzt und keine symbolische Auflösung mehr in der politischen Sphäre findet".[162]

Natürlich ist das eine optimistische Darstellung und natürlich kann die Gesellschaft auch mit unerbittlich vorgebrachten Ansichten umgehen[163]. Aber sie sollten unter Demokraten die Ausnahme und nicht die Regel bilden. Insofern geht es hier denn auch weniger um den Legitimationsmodus des einzelnen Akts zivilen Ungehorsams – worüber man dann doch so manches bei Akbarian lernen kann –, sondern um den Beitrag, den er dazu leistet, unsere politischen Gestaltungsoptionen als Rechtsfragen zu diskutieren[164]. Zur Einordnung muss auch bedacht werden, dass sich die infragestellende Dimension der Berufung auf Grundrechte, einschließlich ihrer demokratisch-funktionalen Gehalte, in Praxis nur schwer kategorisch von der überschießend-gestaltungswilligen abgrenzen lässt, weil die inhaltliche Gewährleistung keine substanzielle Wirklichkeit hat und erst durch ihre Einforderung zur Geltung gelangt und weil auch die inhaltliche Infragestellung selbst regelmäßig aus der Auseinandersetzung mit einem Gegenentwurf resultieren wird. Da die Legitimität der ersten Variante in einer freiheitlichen Gesellschaft aber nicht nur selbstverständlich ist, sondern geradezu den Sinn der Grundrechte ausmacht, gilt in Anbetracht dessen auch die hier geäußerte Kritik an der zweiten Variante ‚nur' einem der Thematik innewohnenden Moment. Es verhält sich mit rechtlicher Argumentation insofern wie mit der Demokratie insgesamt: Sie ist in

---

162 *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (296), namentlich nennt er die Gefahr totalitärer Versuchung. Vgl. auch ebd.: „In einer Gesellschaft, in der […] das Recht sich als dem Diskurs, der es ausspricht, überantwortet erweist, bleibt die Möglichkeit einer Außerkraftsetzung der demokratischen Logik stets offen"; sowie seine Betonung des prozeduralen Elements, ebd., S. 293: „Die Machtausübung ist nun einem Verfahren unterworfen, das sie in regelmäßigen Abständen erneut ins Spiel bringt. Sie geht am Ende aus einem geregelten Wettstreit hervor, dessen Bedingungen dauerhaft festgeschrieben sind."

163 Etwa indem radikale Aktionen verständigungsorientierte Akteure mit denselben Zielen stärken, vgl. zu diesem „radikale Flankeneffekt" etwa *Simpson/Willer/Feinberg*, PNAS Nexus Bd. 1, Heft 3 (2022), S. 1 ff.

164 Vgl. *Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 281 (288): „auf der Folie des Totalitarismus gewinnt sie [die Demokratie] eine neue Kontur, indem sich die Unmöglichkeit offenbart, sie auf ein System von Institutionen zu reduzieren. Sie tritt nun ihrerseits als eine bestimmte Gesellschaftsform in Erscheinung." Anders formuliert: demokratisch oder totalitär ist zunächst einmal nicht eine bestimmte Institutionenordnung, an der man beides ablesen könnte (wobei es natürlich autoritäre Muster innerhalb von Institutionenordnungen gibt, dazu ausführlich *Frankenberg*, Autoritarismus), sondern eine Gesellschafts-, also eben u. a. eine Debattenkultur.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Leforts Konzept „nicht das gänzlich andere des Totalitarismus, sondern enthält Totalitarismus immer schon als Tendenz“.[165] Das ist kein Paradox; es folgt aus der Komplexität des Gegenstands.

### 3. Gefahr der Geringschätzung

Bei all der Kritik, die eine das Recht hoch- oder überschätzende Haltung bis hierher erfahren hat, darf man deren Vorzüge nicht ausblenden. Sie sind soeben bereits als das infragestellende Potenzial angerissen worden, das dem Vergleich der inhaltlichen Normgewährleistung mit der tatsächlichen Praxis innewohnt und das insofern im Prinzip alle Rechtsnormen, besonders anschaulich aber Grundrechte entfalten. Auf einer noch einmal grundlegenderen Ebene angesetzt erscheint das Recht indes auch in einem gleichsam positiven Sinne als ausgesprochen demokratische Instanz. Denn es ist schlichtweg das Handlungsinstrument, dessen sich eine demokratische Gemeinschaft bedient. Es ist das Medium der Selbstregierung. Das gilt nicht nur in dem banalen Sinne, dass jegliche Handlungsform eines demokratischen Organs per se demokratisch wäre. Schon historisch hängt die Entwicklung von Demokratie und Rechtsstaat vielmehr eng miteinander zusammen. So waren es die Gesetze der – noch nicht im anspruchsvollen Sinne demokratisch besetzten – Parlamente, die im 19. Jahrhundert begannen, das monarchische Prinzip und die damit verbundene Willkür bereichsweise zurückzudrängen und einzuhegen.[166] In Anbetracht dessen ist es nichts Schlechtes, wenn der Einfluss des Rechts auf die Gesellschaftswirklichkeit hoch ist. Es zeigt an, dass man in abstimmbaren Kategorien argumentiert und deren Autorität anerkennt, lässt sich also durchaus als Indikator der Demokratisierung lesen.

Insofern stellt sich die Distanz, aus der der prozedurale Ansatz die Richtigkeit und Angemessenheit des bestehenden Rechts betrachtet[167], als Gefahr der Geringschätzung gegenüber der Kategorie des Rechts dar. Wenn das Recht

---

165 *Marchart*, Die politische Theorie des zivilgesellschaftlichen Republikanismus, in: Brodocz/Schaal (Hrsg.), Politische Theorien der Gegenwart II, S. 239 (249). *Lefort* nimmt die hier getroffene Unterscheidung (Kampf um unmittelbare Auslegungsvarianten vs. Kampf ‚de lege ferenda‘) selbst nicht vor. Seine Äußerungen sind insofern nicht ganz eindeutig, lassen aber eine großzügigere Haltung vermuten, als sie hier vorgeschlagen wird, vgl. Menschenrechte und Politik, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, S. 239 (262 ff.), was jedoch auch am Kontext der Auseinandersetzung mit dem seinerzeit noch aktuelleren, insbesondere sozialistischen Totalitarismus liegen kann. Für unsere heutige Rechts- und Debattenkultur in der Demokratie der Bundesrepublik legt Leforts Theoriegebäude m. E. die vorgenommene Differenzierung nahe.

166 Vgl. hier nur *Denninger*, Staatsrecht I, S. 99.

167 Dazu oben, B.III.1.b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

außerhalb des eigentlichen Rechtsstreits weniger Argument innerhalb der politischen Auseinandersetzung und mehr Gegenstand derselben ist, sodass der politische Gestaltungsdruck weitestgehend dem Parlament zugewiesen wird, dann geht mit der steten Problematisierung eben eine latente Geringschätzung des aktuell Rechtlichen im Diskurs einher. Diese darf nicht auf die Rechtsform als solche durchschlagen, soll das demokratische Handlungsmittel nicht entwertet werden. Denn das Recht kann sich für seine Wirksamkeit nicht auf die zwangsweise Durchsetzung verlassen bzw. auf sie beschränken; es verliert seine Relevanz und Steuerungsfähigkeit, wenn es nicht auch freiwillig befragt und befolgt wird. Die Gefahr der Entwertung besteht indes, wenn der einzelne im Rechtsstreit Unterlegene die einschlägigen Vorschriften potenziell immer als eine Unrechtsordnung diffamieren könnte. Hier muss ein gewisses Vertrauen in die generelle, auch materielle Güte des Gesetzes vor Aktionismus immunisieren.

In Anbetracht dieser Risiken einer streng prozeduralistischen Rechtskultur ist nur wiederum Acht zu geben, dass die Betrachtung nicht zirkulär wird, denn die demokratischen Potenzen des Rechts, die ein repräsentativer Ansatz schützen kann, sind gerade nicht diejenigen, die er selber ausspielt. Ihm geht es ja nicht um rationale Abstimmbarkeit, sondern um außerverfahrensmäßige Stimmungsdeutung. Die Frage ist dann, ob und wie der prozedural-demokratische Staat eine inhaltliche Identifikation seiner Bürger mit dem Recht erwarten bzw. sich um eine solche bemühen darf. Sie ist als Problem der Freiheitlichkeit bereits vielfach behandelt[168], weist aber auch spezifisch demokratische Aspekte auf. Vom Standpunkt eines wertrelativistischen Demokratiebegriffs wäre zunächst einmal eine staatliche Indifferenz gegenüber der Haltung seiner Bürger naheliegend. Die Achtung vor dem Recht als demokratischer Kategorie kann dem Staat aber, wie gesehen, nicht einfach gleichgültig sein. Völlig unproblematisch sind insofern schulische Erziehungsinhalte zum Wert der Demokratie und des Rechts im Allgemeinen, denn sie sind über die formalen Vorzüge der Volkssouveränität hinaus – für die ein demokratisches Gemeinwesen ohne Weiteres Partei ergreifen darf – wertneutral. Jenseits hiervon wird es komplizierter, denn es steht der schwierige Übergang von prozeduralen Aspekten zu Inhalten in Rede: Auf der einen Seite mögen rein abstrakte Demokratiemodelle die Vorzüge des Rechts nicht anschaulich genug vermitteln können; auf der anderen Seite lässt sich ja mit guten Gründen der konstitutive Zusammenhang zwischen Demokratie und Grundrechten herleiten, von denen es gerade in einer konstitutionalisierten politischen Kultur

168 Am prominentesten wohl das Diktum bei *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 92 (112); vgl. neuerdings etwa auch *Langer*, Von der Treue der Bürger zur Verfassung; ferner *Volkmann*, Kommentar, in: Dreier, Säkularisierung und Sakralität, S. 135 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dann auch nicht mehr weit zu einzelnen rechtlichen Inhalten ist. Kern der Frage ist nicht zuletzt, woher Wertungen kommen müssen, damit sie als demokratisch gelten können. Unter B. ist im Abschnitt III.1.b) dazu festgehalten worden, in der Demokratie sei die Ebene der individuellen Wertüberzeugungen nicht zu hinterfragen. Das ist prinzipiell richtig, kann im hier maßgeblichen Kontext aber nicht das letzte Wort sein bzw. bedarf der Präzisierung, ansonsten dürfte der Staat hemmungslos erziehen und die Mentalitäten seiner Bürger beeinflussen und „lenken“[169] – woher die so erzielten individuellen Wertungen stammen, würde schließlich keine Rolle spielen. Das kollidiert aber wiederum mit der für Demokratien selbstverständlichen Vorstellung des mündigen Bürgers, der freie und selbstbestimmte Entscheidungen trifft. Andererseits werden junge Menschen zwangsläufig durch ihre Umwelt und Erziehung bis in ihre Wertüberzeugungen hinein geprägt. Diese Einflüsse sind ihrerseits zeit- und kulturabhängig. In einer pluralistischen Gesellschaft wird damit jedes Kind potenziell unterschiedlich geprägt. Insofern erscheint dann aber gerade die Schule (über den ‚bloßen‘, wertneutralen Bildungsauftrag hinsichtlich Mathematik etc. hinaus) als integrierendes, basale Minimalkonsense stiftendes Moment.[170] Zumal sie gar nicht *nicht* prägen kann, ist es in demokratischer Hinsicht umso sinnvoller, Inhalte zu vermitteln, die prinzipiell abstimmbar sind.

Eine Positionierung könnte daher wie folgt aussehen: Die Kritik an der Sakralisierung bedeutet nicht, dass es dem Staat verwehrt sein sollte, sich um die Zustimmung seiner Bürger zu seinen grundlegenden Normen zu bemühen und dafür etwa auch schulische Erziehungsziele zu beschließen, deren Inhalt man ja auch wieder ändern kann. Die Festsetzungen des Lehrplans werden insofern, mit einigen aktualitätsbedingt schwankenden Schwerpunkten und Ergänzungen, nahe an den auch in der Verfassung positivierten Werten liegen. Darauf darf dann selbstverständlich auch hingewiesen werden, wodurch die Verfassung mittelbar an integrativer Kraft gewinnt. Ein aus der Beschäftigung mit den Werten resultierender Verfassungspatriotismus ist insofern deutlich unkritischer zu beurteilen als eine undifferenzierte Sakralisierung. Der Besprechungsmodus sollte die Richtigkeit der Werte nur eben aus ihrer sachlichen Wertigkeit und nicht aus ihrer Positivierung herleiten: Die Werte sind nicht richtig, weil sie in der Verfassung stehen, sondern sie stehen in der Verfassung, weil sie richtig sind bzw. demokratisch dafür befunden werden. Da die schulische Praxis in diesem Sinne die Inhalte ganz in den Vordergrund

169 In diesem Sinne hat man das postsowjetische Russland immer wieder als „gelenkte Demokratie“ bezeichnet, wobei der ursprünglich von Putin selbst eingeführte, schon in sich widersprüchliche Begriff ob des zunehmend offen repressiven Regierungsstils immer weniger zu passen scheint.

170 Vgl. etwa *Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, insb. S. 13, 75 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellen und kaum einmal ausdrücklich an die Autorität der rechtlichen Anordnung rückbinden dürfte, bezieht sich die erlernte Affirmation auch eher auf die inhaltlichen Werte. Das ist beim rechtlichen Argumentieren anders. Die Trennung von Rechtsform und Inhalt ist insofern auch hier ein zentraler Gesichtspunkt zur Lösung.

Das weiterführende Problem, inwiefern der Staat sich um eine Zustimmung seiner Bürger zu seinen Rechtsprinzipien nicht nur bemühen, sondern auch rechtliche Konsequenzen an ihr Fehlen knüpfen darf – wie es etwa fürs Einbürgerungsrecht oder die Beschäftigten im öffentlichen Dienst diskutiert wird –, ist dann weniger eine rechtstheoretische als eine Frage des positiven Verfassungsrechts.

## V. Desintegration durch Überdruss: Wer glaubt dem Recht noch?

Dieses Kapitel sollte die strukturellen Schwierigkeiten aufzeigen, die mit der Verkopplung von rechtlichen und politischen Argumenten im Hinblick auf die zu erwartende innere Rationalität der Diskursergebnisse einhergehen. Für den Rechtswandel ist das besonders relevant, weil die Kanalisierung der gesellschaftlichen Diskurse durch und auf rechtliche Begriffe eine seiner wesentlichen Triebfedern ist – wie umgekehrt auch er eine ihrer Ursachen ist. Zu seinem formaldemokratisch prekären Legitimationsstatus kommt somit noch ein diskursiv prekärer Rationalitätsstatus hinzu.

Ein kurzes Schlaglicht sei an dieser Stelle indes noch auf die – für die im engeren Sinne rechtstheoretische Frage des Rechtswandels weniger relevanten – Auswirkungen der verrechtlichten Debattenkultur auf den politischen Zusammenhalt geworfen. Dass das rechtliche Untermauern der eigenen politischen Haltung die Gefahr birgt, keine verständigungsorientierte Gesprächsgrundlage zu liefern und insofern die gesellschaftliche Polarisierung in jeweils auf ihren Standpunkt zurückgezogene Gruppen fördern kann, ist, wenn nicht bereits angeklungen, so doch jedenfalls in der Sache so eng mit den bisherigen Erörterungen verbunden, dass sich weitere Ausführungen an dieser Stelle erübrigen. Noch problematischer für unser politisches Gemeinwesen ist es, wenn die soeben behandelte Geringschätzung des Rechts nicht auf einer zu kritischen prozeduralen Position beruht, sondern auf einer völligen Frustration und fundamentalen Abkehr ganzer gesellschaftlicher Gruppen vom demokratischen Staat. Diese droht, sobald die entsprechenden Menschen das Gefühl haben, mit ihren Interessen und Wertungen nicht gesehen zu werden. Und eben diese Gefahr des ‚Glaubensentzugs' geht von der am Recht orientierten Diskurskultur möglicherweise stärker aus, als bisher gesehen wird. Sie ist für solche Spaltungen gewiss nicht allein verantwortlich, trägt jedoch einen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Teil dazu bei, für dessen angemessen tiefgehende Analyse hier nicht der Ort ist, der im Folgenden aber zumindest zugespitzt und thesenhaft angerissen werden soll.

Mittlerweile sind zentrale Politikbereiche (verfassungs-)rechtlich überformt oder zumindest umkämpft, sodass der Raum für schlicht demokratisch generierte Entscheidungen mehr und mehr zu schwinden scheint. Als Stichworte seien hier beispielhaft nur genannt: Bildung und Gesundheit[171]; Umwelt- und Klimaschutz[172]; Asyl; Sicherheit im Allgemeinen und Verteidigung im Besonderen[173]; eine große Rolle spielt überdies der Gleichheitssatz, der vom Steuerrecht bis zum Antidiskriminierungskomplex „für alle erdenklichen Benachteiligungen einen juristischen Anknüpfungspunkt bietet“[174]. Soweit infolgedessen der politische Meinungskampf teilweise zum Ringen um rechtsbezogene Umdeutungserfolge wird, scheint hier wieder der Rechtswandel durch. Es geht in diesem Zusammenhang dann gar nicht um das Beklagen eines Jurisdiktionsstaats als Folge dieses Zustands, der als Kategorie für die juristische Laienbevölkerung, deren Vertrauen in die Gerichte ohnehin noch vergleichsweise hoch ist, keine größere Rolle spielen dürfte. Es geht darum, dass in diesem Kräftespiel abstrakter Normen, zumal nach der eigenen Optimierung strebender Prinzipien, manche kaum noch Platz für ihre alltäglichen Bedürfnisse mehr erkennen, sodass das Recht ihnen als Kategorie einer gesellschaftlich privilegierten Schicht erscheint, in der diese Probleme diskutiert und sich mit Forderungen durchsetzt, mit denen sie sich nicht identifizieren können oder die sie aufgrund ihrer abweichenden Interessenlage sogar für falsch halten. Aber man kann das Recht auf Dauer nicht inhaltlich gegen den Willen des Volkes ausspielen – was nicht heißen soll, dass dies tatsächlich geschieht. Nur als Begründung überzeugt der Verweis auf angesichts der Rechtslage fehlende Handlungsalternativen immer weniger. So betrachtet stellt sich die Verrechtlichung des Diskurses zuletzt gar als Verfallsgeschichte dar: Während in der Geschichte der Bundesrepublik – und nicht nur hier[175] – das Vertrauen in die Problemlösungskompetenz des Rechts zunächst wuchs und dieses selbst im-

171 In spezifischer Gegenüberstellung BVerfGE 159, 355.

172 Art. 20a GG und BVerfGE 157, 30.

173 *Heinemann*, VerfBlog v. 4.1.2024.

174 Zitat: *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (343). Man denke beim Steuerrecht etwa an die Folgerichtigkeitsrechtsprechung oder das Ehegattensplitting, dazu oben III.1.

175 So verzeichnet etwa *Grimm*, Der Staat 59 (2020), S. 321 (353) „einen rechtskulturellen Umschwung nach einer Epoche der Euphorie und teilweise auch verfassungsgerichtlicher Überaktivität“. Als Indikator dient ihm primär neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit aus dem US-amerikanischen Kontext; er verweist aber ebenfalls auf „die populistischen Regimetransformationen […] in der Europäischen Union“ (ebd.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mer höheres Ansehen erlangte, nimmt die Überzeugungskraft von Alternativlosigkeitspostulaten trotz und wegen immer inflationärerer Verwendung seit einigen Jahren ab.[176] Was das Recht sagt, ist manchem dann schlichtweg egal. Die eigenen Ideen und Werte werden gegen dessen Einfluss abgeschirmt. Recht und Rechtsbewusstsein entkoppeln sich.[177] Entsprechend gelingt es nunmehr sogar Teilen des politischen Spektrums, aus offener Geringschätzung des Rechts politisch Kapital zu schlagen. Das muss sich nicht in einem glasklaren Rechtsbruch oder der Ankündigung eines solchen für den Fall der Mandatserlangung niederschlagen. Dafür ist die Rechtslage häufig zu kompliziert und die geringschätzige Äußerung zu pauschal. Um die Kategorie des Rechts zu diskreditieren, reicht indes meist schon das Stilisieren eines Primats der Tat vor möglicherweise bestehenden Hemmnissen, womit dann implizit das Recht gemeint ist. Solch ein Verhalten findet sich vor allem im rechten Spektrum, das etwa in der Migrationsdebatte auf Menschenrechte keine Rücksicht nehmen will.[178] Von der anderen Seite aus missachten besonders kommunale Entscheidungsträger als Reaktion darauf zuweilen gerichtliche Anordnungen, rechten Parteien Stadthallen zur Verfügung zu stellen oder amtliches Parteiergreifen gegen diese zu unterlassen[179]. Besonders medienwirk-

---

176 Bezeichnend ist in diesem Kontext auch die Wahl des Adjektivs „alternativlos" zum „Unwort des Jahres" 2010, in deren Begründung es heißt: „Das Wort suggeriert sachlich unangemessen, dass es bei einem Entscheidungsprozess von vornherein keine Alternativen und damit auch keine Notwendigkeit der Diskussion und Argumentation gebe. Behauptungen dieser Art sind 2010 zu oft aufgestellt worden, sie drohen, die Politik-Verdrossenheit in der Bevölkerung zu verstärken" (abrufbar unter: https://www.unwortdesjahres.net/unwort/das-unwort-seit-1991/2010-2019/, zuletzt aufgerufen am 19.4.2024); näher *Ritzi*, Die Postdemokratisierung politischer Öffentlichkeit, S. 217 m. w. N. Zum ‚Aufstieg' des Rechts oben II.

177 Oben B.III.1.d) näher zur im Zusammenhang dieser Arbeit höchst ambivalenten Kategorie des Rechtsbewusstseins, das gerade auch durch eine verrechtliche Diskurskultur ausgebildet und gepflegt werden kann.

178 Dabei handelt es sich nicht mehr um eine reine Minderheitsposition: Zuletzt versprach der später siegreiche Kanzlerkandidat der CDU, Friedrich Merz, im Bundestagswahlkampf 2025, am ersten Tag seiner Kanzlerschaft ein „faktisches Einreiseverbot […] ausdrücklich auch für Personen mit Schutzanspruch" zu verhängen (Pressestatement des Kanzlerkandidaten der Union, Friedrich Merz, vom 23. Januar 2025, S. 2). Als designierter Bundeskanzler verkündete Merz nach der Wahl dann, er wolle den Haftbefehl des IStGH gegen Israels Premierminister Netanjahu nicht umsetzen, dazu *Ambos*, VerfBlog v. 25.2.2025.

179 Besonders aufsehenerregend hat sich die Stadt Wetzlar 2018 sogar über eine einstweilige Anordnung des BVerfG (NVwZ 2018, S. 819) hinweggesetzt, dazu *Hecker*, NVwZ 2018, S. 787 ff.; im Düsseldorfer „Lichter Aus"-Fall hatte der Oberbürgermeister im Vorfeld der Entscheidung im Eilrechtsschutz angekündigt, sein Vorhaben unabhängig vom Ausgang des Verfahrens durchzuführen, dazu *Gärditz*, NWVBl. 2015, S. 165 (166); im vorläufigen Verfahren obsiegte er dann freilich, unterlag aber in der Hauptsache (BVerwGE 159, 327). Diese Geringschätzung wird nicht unproblema-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sam war ferner die beharrliche Weigerung des Freistaats Bayern, durch Luftreinhaltepläne für eine Verbesserung der Luftqualität zu sorgen und damit einer gerichtlich festgestellten Pflicht nachzukommen, in deren Folge schließlich sogar der EuGH über die Möglichkeit einer Zwangshaft für Amtsträger wie Markus Söder entscheiden musste.[180] Soweit in ihren Aktionen die fehlende Bereitschaft zu erkennen ist, demokratische Entscheidungen auch dann zu akzeptieren, wenn sie nicht vollends dem eigenen Programm entsprechen, gehören auch zivil ungehorsame Aktivisten wie die „Letzte Generation" hierher – die allerdings ihrerseits staatliche, also rechtsförmige Maßnahmen einfordern und sich insofern dem Recht auch wieder zuwenden[181]. Den Extremfall bilden parallelgesellschaftliche Strukturen wie die Reichsbürger und manche linksextremistische Gruppierungen, die mit dem Staat und seinem Recht gar nichts mehr zu tun haben wollen.[182]

Ist das Recht damit zuletzt in eine Krise geraten, die daran zweifeln lässt, ob es außerhalb von ‚guten Zeiten' Probleme lösen kann? So weit wird man nicht gehen müssen – und erst recht wäre das Recht nicht für all jene Probleme verantwortlich –, aber solche Krisenphänomene können anzeigen, dass Erneuerungsbedarf besteht. Andreas Engelmann formuliert den „Rechtsglauben" als dem Recht von der Gesellschaft gewährten Kredit.[183] Diesen Kredit erhält es weiterhin von einer breiten Mehrheit, nur vereinzelt wird er versagt. Aber die Inflation (der Rechtsargumentationen) absorbiert hie und da einen gewissen Teil des ausgezahlten Vertrauens. Für die Politik kann das nur heißen, dass sie ihre Positionen als eigene *politische* Ideen und Ziele erklären und verhandeln, *politisch* durchaus auch zuspitzen und letztlich die Verantwortung für ihre Gestaltungsentscheidungen tragen muss.[184] Insofern haben

---

tischer, wenn man die Fragwürdigkeit der dem zweiten Beispiel zugrundeliegenden Neutralitätsrechtsprechung berücksichtigt, dazu *Göbel*, DÖV 2024, S. 358 ff. m. w. N.

180 Vgl. EuGH, NJW 2020, S. 977; zu „exekutivem Ungehorsam" jetzt ausführlich *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz.

181 Vgl. zu dieser integrativen Dimension zivilen Ungehorsams *Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, S. 99 ff.

182 Ganz so weit gehen die identitätspolitischen Angriffe auf die Idee des Universalismus, die jedenfalls den Menschenrechten, aber auch dem Konzept des Rechts überhaupt zugrunde liegt, nicht – wurden dafür allerdings, zumindest in Teilen der USA, bereits institutionalisiert; zum Ganzen *Mounk*, Im Zeitalter der Identität, S. 23 ff.; s. auch *Stegemann*, Linke Identitätspolitik als Treiber autoritärer Entwicklungen, in: Frankenberg/Heitmeyer (Hrsg.), Treiber des Autoritären, S. 345 (354 ff.). Die entgegengesetzten Maßnahmen Donald Trumps halten von Rechtsbindung der Exekutive dann gar nichts mehr; er postuliert vielmehr offen, wer sein Land rette, könne das Recht nicht verletzen, vgl. dazu nur *Scheppele*, VerfBlog v. 21.2.2025.

183 *Engelmann*, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt, S. 117 ff.; *ders*., Merkur 848 (2020), S. 15 ff.

184 Zur politischen Zuspitzung *Glotz*, Die Arbeit der Zuspitzung. *Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, knüpft daran an und überträgt den Gedanken der Zu-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch politische Rückschläge, sei es durch Abstimmungsniederlagen oder (verfassungs-)gerichtliche Kassation, einen gewissen Eigenwert, denn sie veranschaulichen gerade den politisch Unzufriedenen die Integrität des politischen Systems und sind vom Führungspersonal entsprechend ‚sportlich' zu akzeptieren. Dazu wie Rechtswissenschaft und Praxis zu einer solchen Wiederentdeckung des Politischen beitragen können, werden im nun folgenden abschließenden Kapitel (D.) Vorschläge entwickelt.

spitzung auf die Verfassungstheorie, deren Aufgabe eben darin bestehe, verfassungstheoretisch zuzuspitzen. Soweit das bedeutet, Gegensätze herauszuarbeiten und so mögliche Sichtweisen zu strukturieren, ist Kersten zuzustimmen. Der affirmative Ansatz läuft indes Gefahr, die kritische Distanz zwischen Rechtspolitik und positivem Recht zu überspielen, denn rechtliche Theorien wirken eben auch ohne demokratische Entscheidungen in konkrete Rechtsinterpretationen und -dogmatiken hinein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## D. Elemente eines konstruktiven Gegenkonzepts

Bis hierher ist viel analysiert und kritisiert worden. Nun soll versucht werden, die bisherigen Befunde in einem positiv-konstruktiven Sinne fruchtbar zu machen, indem Möglichkeiten einer durch den Rechtswandel informierten Dogmatik und Methodik untersucht werden. Kritik hat zwar einen Eigenwert und muss nicht stets eigene Alternativkonzepte mitliefern, sondern kann sich auch auf das Aufzeigen von Missständen beschränken und auf die Sensibilisierung des Rechtssystems setzen. Zumindest andeutungsweise sollte sich jedenfalls eine umfassende Beschäftigung dann aber doch mit Lösungsperspektiven für die aufgeworfenen Probleme befassen, denn Kritik ist bei allem Eigenwert kein Selbstzweck. Sie muss lösungsorientiert sein.

Auf der anderen Seite bedeutet Kritik am Rechtswandel und in diesem Zuge an zum Wandel beitragenden rechtswissenschaftlichen Arbeiten selbstverständlich nicht, dass diese für eine legitime Rechtsentwicklung wertlos wären – und dies nicht nur mit Blick auf die vielfältigen Konkretisierungsmöglichkeiten jenseits eines Rechtswandels. Vielmehr bleibt Rechtskritik jeder Art, auch wenn sie neuartige Interpretationen vorschlägt, weitreichende Folgerungen auf das Verfassungsrecht stützt oder dem Recht neue theoretische Fundamente unterzuschieben versucht, ein sinnvoller Beitrag auf dem Weg zu einer gerechteren Rechtsordnung. Dasselbe gilt für jedwede dogmatische Arbeit, weil sie ungeachtet ihrer Auswirkungen die zugrundeliegenden Probleme herausarbeitet und die berührten Aspekte strukturiert. Wo die rechtspolitischen neben den nachvollziehend-analysierenden Anteilen nicht klar genug als solche ausgewiesen sind, muss dann eben die Rechtstheorie für die entsprechende Reflexion sorgen. Das heißt aber zugleich: Die Legitimität einer sehr frei agierenden Arbeit am positiven Recht ist auf diese Einordnungen durch eine starke Rechtstheorie angewiesen; diese ist gleichsam die Wissenschaft der Rechtswissenschaft.[1]

---

[1] Strenger *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2], S. 353: „Ein Rechtsanwalt, der im Interesse seiner Partei dem Gericht nur eine von mehreren möglichen Interpretationen der in diesem Fall anzuwendenden Rechtsnorm nahelegt, ein Schriftsteller, der in einem Kommentar eine ganz bestimmte unter mehreren möglichen Interpretationen als die allein ‚richtige' auszeichnet, leistet keine rechtswissenschaftliche, sondern eine rechtspolitische Funktion. Er sucht Einfluß auf die Rechtserzeugung zu gewinnen. Dies kann ihm natürlich nicht verwehrt sein. Aber er darf dies nicht im Namen der Rechtswissenschaft tun, wie dies allerdings sehr häufig geschieht."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vor diesem Hintergrund soll nun zunächst eine grundsätzliche Perspektive eingeführt werden, die im Umgang mit dem Rechtswandel Orientierung bietet (I.), um dann konkretere methodische bzw. dogmatische Konsequenzen der Kritik am Rechtswandel zu diskutieren (II.). Verbesserungsvorschläge für das institutionelle Setting des repräsentativen Systems müssen an dieser Stelle weitgehend ausgeklammert werden, obgleich diese Stellschraube, gerade aus einer dem Wandel kritisch gegenüberstehenden Haltung heraus, von enormer Relevanz ist. Allerdings ist wegen dessen enormer Bedeutung für das hier entworfene Konzept unter I.3. speziell die Rolle des Wahlakts auch unter Einbezug möglicher formeller Reformen zu beleuchten, die auch dort indes nur angedeutet und grob eingeordnet werden können. Jenseits der Wahl hier nur so viel: Ob nach repräsentativen Kriterien zufällig, nicht durch ein politisiertes Verfahren unter Beteiligung Aller ausgewählte Bürgerräte, auf denen in diesem Zusammenhang aktuell ein Aufmerksamkeitsfokus liegt, der große Wurf sind – oder eher nur eine, vergleichsweise harmlose, Spielart des „Kults der Unmittelbarkeit“[2] zur Beruhigung des um seinen Einfluss besorgten Volks – sei hier dahingestellt. Sie mögen den Mitgliedern der Räte ein Gespür für demokratische Entscheidungsprozesse vermitteln und in diesem Mikrorahmen wertvoll sein; stehen zum eigentlichen Repräsentativsystem aber ansonsten eher in einem Konkurrenz- denn in einem Ergänzungsverhältnis, bringen sie das tatsächlich demokratisch legitimierte Parlament doch in die unbequeme Lage, sich ihre ‚nicht-bindenden‘ Beschlüsse entweder zu eigen zu machen oder als schlechte Vertreter zu erscheinen, die über des Volkes Meinung hinweggehen.[3]

## I. Leitgedanke: Formelle Änderungen forcieren

Argumentationsmuster wie dasjenige der ‚Billigung durch Schweigen‘, nach denen gestaltende Gerichtsentscheidungen gesetzgeberisches Tätigwerden überflüssig machen sollen, lassen sich ohne Weiteres in ihr Gegenteil umkehren: Dann provoziert ausbleibende judikative Gestaltung neue Gesetzgebung und regt die politische Kultur innerhalb der Gesellschaft an. Diesem Leitgedanken wird zunächst grundsätzlich nachgegangen (1.), ehe er mit funktionierenden Beispielen unterlegt und von ähnlichen Ansätzen abgegrenzt wird (2.). Bevor dann konkrete Auswirkungen dieses Horizonts auf die rechtssysteminterne Perspektive diskutiert werden (II.), ist noch einmal der Wahlakt als Fixpunkt des so skizzierten prozeduralen Demokratiesystems in den Blick zu nehmen (3.).

---

2 *Frankenberg*, Autoritarismus, S. 255 ff.

3 Vgl. zu Bürgerräten allgemein statt vieler *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 ff.; *Decker*, ZParl 2021, S. 125 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## 1. Grundsätzliches

Das übergreifende Ziel einer wandelskritischen Rechtstheorie, die aber die vom Rechtswandel übernommene Funktion nicht ausblendet, muss es sein, den Rechtswandel soweit wie möglich überflüssig zu machen, indem seine Leistungen auf andere, namentlich demokratischere Weise übernommen werden. Demokratisch heißt im prozeduralen System: Der Anteil des unmittelbar gewählten Gesetzgebers an der Rechtsentwicklung muss gestärkt und die Rückkopplung der jeweiligen Rechtslage an das Volk selbst im Blick behalten werden. Da der Gesetzgeber die Rechtsentwicklung jederzeit mehr an sich ziehen könnte, dies aber tatsächlich nicht tut, sondern sie weitgehend der Rechtsprechung und Literatur überlässt, sind Praktiken erforderlich, die dieses Verhältnis korrigieren.[4] Hier wird daher vorgeschlagen, dass die Gerichte die lebensweltlichen Veränderungen, die Anpassungsdruck auf die Rechtsnormen ausüben, darstellen und diskutieren – wie sie es, um dynamische Interpretationen zu rechtfertigen, heute schon tun –, zugleich aber die normative Stabilität des Rechts betonen sollten, die einer innovativen Entscheidung im Wege stehe. Die so herausgestellte Diskrepanz zwischen dem geltenden Recht und den möglicherweise – das müsse aber demokratisch entschieden werden – zeitgemäßeren Normen erhöht den Druck auf die rechtsetzenden Organe, forciert also gleichsam den Weg der Rechtsänderung[5]; und zwar ohne das potenziell rückständige Recht in juristischen Kategorien in Frage zu stellen.[6] Ein

---

[4] Hierin unterscheidet sich der hier verfolgte Ansatz etwa von dem bei *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 113 ff. skizzierten „Kontrollmodell demokratischer Legitimation", wonach im Ausgangspunkt überzeugend dargelegt ist: „Demokratisch legitim ist eine Entscheidung genau dann, wenn sie der Inhaltskontrolle durch die von ihr Betroffenen unterliegt" (126), was insbesondere im Hinblick auf die einzelne Entscheidung als Bezugspunkt der Kontrolle dem hier vertretenen Konzept entspricht. Dabei soll aber die „potentielle Kontrolle" ausreichen (125 ff.); für Tschentscher ist anderes als die tatsächlichen Defizite von Interesse. Derselbe Ansatz auch bei *Kischel*, Die Begründung, S. 106 ff., für den die Begründung staatlicher Entscheidungen das Kontrollniveau zu erhöhen vermag.

[5] Vgl. zum Zusammenhang mit dem Wandel aus umgekehrter Blickrichtung *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (125): Dass „die Verfassung häufig und kurzfristig […] geändert wird", habe „bis heute [1973] die Annahme von Verfassungswandlungen offenbar weitgehend entbehrlich gemacht".

[6] *Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 11 (24 f.) formuliert diesen Gedanken für die Rechtswissenschaft; diese könne „durchaus zu dem Ergebnis führen, daß bestimmte Reglungen, auch einzelne Bestimmungen oder sogar Teile der Verfassung auf eine inzwischen wesentlich veränderte politisch-soziale Wirklichkeit keine zureichende normative Antwort mehr geben, daß sie, weil ihre Voraussetzungen entfallen sind, Wirkungen hervorrufen, die erheblich anders sind als die ursprünglich erwarteten bzw. gewollten, daß dadurch Spannungen oder gar Widersprüche zu anderen Regelungen oder Prinzipien der Verfassung auftreten. Soweit solche Diskrepanzen auf dem

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

solcher Druck ist rein politischer Natur. Er benennt bloß klar – und bündelt damit – die Verantwortlichkeit, die bisher zwischen Legislative, Judikative und mit einigen Abstrichen auch der Rechtswissenschaft umhergeistert, auf Abruf hin- und hergeschoben werden kann und als demokratisches Potenzial auf diese Weise zu einem guten Teil einfach verpufft.[7] Man mag dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang vorhalten, er fliehe vor seiner Verantwortung,[8] aber eine gestaltungsfreudige Rechtspraxis verwehrt ihm strukturell oft, die Verantwortung für sein (Nicht-)Handeln übernehmen zu können. Eine demokratische Rechtsinterpretation „muß dem positiven Recht die Chance lassen und darf ihm das Risiko nicht abnehmen", und zwar das Risiko der Parlamentsmehrheit, „sich durch diese Gesetze beim Wähler als unerträglich erwiesen zu haben".[9] In der repräsentativen Demokratie kontrolliert schließlich primär und grundsätzlich das Wahlvolk den Gesetzgeber; erst im Ausnahme- und Grenzfall kommt die Kontrolle durch (Verfassungs-)Gerichte hinzu. Darauf muss sich das Selbstverständnis der Volksvertretung ausrichten, anstatt bei neuen Vorhaben mehr an das Bestehen vor dem Verfassungsgericht als vor dem Bürger zu denken und sich im Übrigen darauf einzustellen, die Gerichte würden unzureichende Gesetze schon sinnvoll umdeuten. Ein solches Verhal-

---

Boden des normativ Gegebenen im Wege sinnvoller und methodisch gesicherter Interpretationen nicht mehr aufzulösen sind, gehört es zur Aufgabe der staatsrechtlichen Dogmatik, sie als solche aufzuweisen und dadurch ins Bewusstsein zu bringen sowie über mögliche rechtspolitische Lösungen, bezogen auf den Gesamtzusammenhang der geltenden Ordnung, nachzudenken. Darin liegt ein wichtiger Teil ihrer produktiven Arbeit am Staatsrecht. Es ist allerdings nicht ihre Aufgabe, solche Diskrepanzen und zutage tretenden Spannungen oder Widersprüche selbst zu beseitigen oder zu verschleiern mittels einer vorgeblichen Interpretation, die in der Sache Rechtsänderung oder Rechtsneugestaltung ist."

7 Nach BVerfGE 119, 331 (366) fehlt es an einem hinreichenden demokratischen Legitimationsniveau, wenn die staatlichen „Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann." Vgl. auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 626: „Die kommunikativ verflüssigte Souveränität bringt sich in der Macht öffentlicher Diskurse zur Geltung, die autonomen Öffentlichkeiten entspringt, aber in den Beschlüssen demokratisch verfaβter Institutionen der Meinungs- und Willensbildung Gestalt annehmen muβ, weil die Verantwortung für praktisch folgenreiche Beschlüsse eine klare institutionelle Zurechnung verlangt"; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 134.

8 So *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht; für *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (117) vermag jedenfalls ein „entscheidungsfreudiges Verfassungsgericht", dies zu „beschleunigen".

9 Das erste Zitat bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 338; das zweite bei *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (117). Zum Aspekt der Verantwortung in der prozeduralen Demokratie bereits oben B.III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten ist aber rational, wenn die Judikative entsprechend aktiv agiert und die Bürger ihre Verantwortung gerne dorthin delegieren.

Gerade an diesem Punkt, der Sensibilisierung der politikverdrossenen Gesellschaft für ihr Recht, verdeutlicht sich der Unterschied zwischen dem insofern sedierenden Rechtswandel und der aktive Gestaltungsdiskussionen forcierenden Variante[10]. Denn diese beschränkt sich, ganz im Lefort'schen Sinne, auf die Infragestellung der Rechtsordnung, ohne bereits eine Antwort mitzuliefern, wie es rechtswandelnde Entscheidungen tun, die infolgedessen gerade keine Tür zu demokratischen Anpassungen öffnen. Der Hinweis auf mögliche veränderungsbedingte Mängel des Rechts dagegen irritiert die staatliche Ordnung, indem er deren Fragilität und Kontingenz hervorhebt und damit ein urdemokratisches Moment der fortlaufenden (Neu-)Gründung in das Bewusstsein der Gesellschaft einschleust: die Frage nach der gerechten Ordnung des Gemeinwesens.[11] Zwar vermag die Verlagerung des Sujets in den öffentlichen Raum nicht darüber hinwegzutäuschen, dass auch dort nicht die *eine* richtige Antwort gefunden werden wird. Aber gerade deshalb – weil solch grundlegende Fragen fundamentale, teils unversöhnliche Konflikte betreffen – müssen sie ausgetragen werden, anstatt durch paternalistische Rechtsinterpretation symbolisch aufgelöst, wegmoderiert und dadurch gleichsam verleugnet zu werden[12]. Das geschieht durch einen parlamentarischen Mehrheitsbeschluss nicht; die häufig knappen Abstimmungen verdeutlichen vielmehr die Vorläufigkeit der Lösung, also die fortbestehenden Gestaltungschancen der Minderheit, die wahrzunehmen sich lohnt, und tragen so zur Generierung einer Aktivbürgerschaft bei.[13] So ist es etwa – egal wie man zu ihren Gefahren etc.

---

[10] Diese adressiert insofern offensiv, was *Thym*, Integration durch Recht?, in: Günther u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, S. 127 (136 f.) für die EU als „Politisierung als Ende des ‚permissiven Konsenses'", also einer grundsätzlichen Zustimmung ohne näheres Interesse, als auch normativ gebotene Konsequenz einer tatsächlichen Entwicklung beschreibt.

[11] Schon *Fröbel*, System der socialen Politik II, S. 292 betont den inneren Zusammenhang der Demokratie mit dem Revolutionsgedanken, wobei die destruktiven Kräfte der „Revolution durch ihre Legalität und Permanenz unschädlich" gemacht seien, vgl. zu ihm auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 613 ff.

[12] Nicht zuletzt wird die Suche nach Antworten so von den machtbezogenen Verlockungen des Anwendungsdiskurses weg- und auf den Modus eines Begründungsdiskurses hingelenkt, in dem sich echte Diskursivität institutionalisieren lässt, während ersterer immer auf monologische Herleitungen ausweichen kann; zu diesen Diskurstypen schon oben C.III.2.c).

[13] Vgl. zu den Potenzialen öffentlich ausgetragener Konflikte um das richtige Recht auch *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage, insb. S. 106 ff.; zur Rolle der Gerichtsbarkeit in einem solchen Politisierungs- und Demokratisierungsprozess der Gesellschaft *Dahl*, Democracy and its critics, S. 192: „To the extent that a people is deprived of the opportunity to act autonomously and is governed by guardians [gemeint sind (Verfassungs-)Gerichte], it is less likely to develop a sense of re-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inhaltlich stehen mag – ein Vorteil der von der Ampel-Regierung im März 2024 auf den Weg gebrachten Cannabis-Legalisierung, dass dieses gesellschaftlich sehr aufmerksam verfolgte und gerade auch für Milieus, die sich sonst weniger für Politik interessieren, und für Jugendliche nicht zuletzt amüsante Gesetzgebungsprojekt die Kontingenz der Rechtsordnung intensiv veranschaulicht.[14] Hier wird, noch einmal deutlicher als bei der im Vorlauf von Legislative und Judikative sukzessive ‚vorbereiteten' Einführung der „Ehe für alle", erlebbar, dass auch über lange Zeiträume undenkbar erscheinende Änderungen möglich sind und konkret weder ein Cannabis-Verbot noch die Legalisierung Unrecht oder verfassungswidrig ist, sondern dass sich die Gemeinschaft legitimerweise für eine Variante entscheiden und diese Entscheidung gegebenenfalls auch wieder rückgängig machen kann. Eine prinzipiell denkbare Legalisierung durch verfassungsgerichtliche Entscheidung kann diesen demokratischen Mehrwert so nicht generieren, sondern allenfalls die – kontroversen – *inhaltlichen* Vorteile mit sich bringen.[15] Selbst wenn sie die nähere Ausgestaltung an den Gesetzgeber verweist, wird dieses Potenzial zu einem großen Teil verspielt, weil die Legislative insofern nicht mehr als selbständiger Akteur wahrgenommen wird, vielmehr als Getriebener, der mitunter gerade dann eine Neuregelung produzieren soll, wenn er, wie im Falle der Sterbehilfe, zu den entsprechenden Fragen keine handlungsfähigen Mehrheiten vorzuweisen hat.[16]

Es kommt schlussendlich nicht so sehr darauf an, ob die Wahl dann gleichsam zur Abstimmung über die konkreten Gestaltungsentscheidungen bei solchen Rechtsaktualisierungen mutiert. Denn Wahlen werden nie allein im Hinblick auf einen einzelnen Aspekt entschieden. Es kommt vielmehr auf die Ausbildung einer politischen Kultur an, in der diese Gestaltungsentscheidungen diskutiert und damit zu weiteren potenziellen Faktoren im für die individuelle Wahlentscheidung ausschlaggebenden Motivbündel werden. Das heißt nicht zuletzt: Je mehr Motive es ‚zur Auswahl' gibt, desto mehr Anreize existieren, überhaupt zu wählen. Unsere repräsentative ist als mittelbare Demokratie auf den Wahlakt ausgerichtet. Er ist in der aktuellen positiven Ver-

---

sponsibility for its collective actions." Zum integrativen Potenzial der Vorläufigkeit hier nur *Münkler*, Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus?, in: Günther u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, S. 65 (88 f.).

[14] Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 27.3.2024, BGBl. I Nr. 109.

[15] Die prozessuale Gelegenheit, das Verbot zu kippen, bestand mit BVerfGE 90, 145, ist dort aber – aus dieser Perspektive zurecht – nicht ergriffen worden.

[16] BVerfGE 153, 182 gebietet dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich eine Neuregelung, geht aber von einer solchen aus, vgl. S. 308 f. – ebenso der sich anschließende öffentliche Diskurs. Keiner der entsprechenden Gesetzesentwürfe (vgl. BT-Drs. 20/904; BT-Drs. 20/7624) fand in der Sitzung des Bundestags vom 6. Juli 2023 indes eine Mehrheit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fassungsordnung die Quelle aller Legitimation staatlichen Handelns (weshalb seine Statisten- oder bestenfalls Nebenrolle in der Rechtstheorie bzw. -methodik erstaunlich ist); aber er vermittelt selbst keine sachliche Legitimation – das machen die persönlich legitimierten Abgeordneten[17]. Das Anliegen einer demokratischen Theorie muss es daher sein, aus den Haltungen zu konkreten Sachfragen (partei-)politische Profile erkennbar zu machen, in deren Angesicht die Aussagekraft der (zunächst einmal bloß formalen) Wahlen, also die persönliche Legitimation der Abgeordneten, qualitativ – oder ‚materiell' – möglichst maximiert ist.[18] Aus der hier eingenommenen rechtstheoretischen Perspektive kann das Mittel dazu nur die Politisierung des Rechts – genauer: der Rechts*lage*, nicht der Rechtsinterpretation – sein. Erst durch diese Infragestellungspraxis ‚erreicht' die Politisierung im Übrigen auch diejenigen Normen, die der Gesetzgeber infolge einer gerichtlichen Infragestellung *nicht* ändert, denn auch dies wird dann als politische Entscheidung, zumindest über Prioritäten, erkennbar[19]. So erstreckt sich die durch Wahlen vermittelte demokratische Legitimation in effektiv-qualitativer Hinsicht auf größere Teile der Rechtsordnung – sodass die Bürger in einem etwas anspruchsvolleren Sinne als deren ‚Autoren' erscheinen[20] – und wird nicht größtenteils von den kurz-

---

17 Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 272; *Schwab*, Geschichte und Argument, S. 242.

18 In diesem Zusammenhang stellt die Frage der möglicherweise verzerrten Repräsentativität des öffentlichen Meinungsbildes (vgl. dazu als Problem des inhaltlich-repräsentativen Ansatzes oben B.II.) kein Problem dar. Denn von den Abgeordneten wird ja gerade nicht erwartet, dass sie möglichst responsiv *die eine* öffentliche Meinung umsetzen, sondern dass sie politische Haltungen zu den inhaltlichen Fragestellungen entwickeln, die dann wieder zu Faktoren der Wahlentscheidungen werden (vgl. *Möllers*, Freiheitsgrade, S. 161 f.). In diesem Wechselspiel liegt die Prozeduralisierung der demokratischen Meinungs- und Mehrheitsbildung.

19 Hierin liegt kein Widerspruch zur oben B.III.4.b), c) vertretenen Position, der Gesetzgeber existiere nur punktuell bei konkreten Gesetzesbeschlüssen, sodass sein Schweigen nicht als Billigung einer gerichtlichen Umdeutung verstanden werden dürfe. Denn dort ging es um rechtliche Konsequenzen aus dieser Nicht-Handlung, hier soll ‚nur' ihre politische Dimension erfasst werden.

20 Dieser klassischen „vokalen" Vorstellung von Demokratie setzt *Green*, The Eyes of the People, ein „okulares" Modell entgegen, in dem das Volk seine Macht nicht als Autor, sondern als „Zuschauer" ausübt, vgl. dazu auch die Beiträge in *Hammer/Kajewski* (Hrsg.), Okulare Demokratie. Daran ist richtig, dass dies das tatsächliche Verhältnis der Bürger zur Politik realistischer abbildet als das Bild des ‚Autors der Gesetze' und dass wirkungsvolle Theorien von den Realitäten her denken müssen. Insofern kommt dem Wahlvolk *hier* ja ebenfalls die Rolle des Beobachters der Rechtsordnung zu. Bei Green gerät diese Perspektive indes zu einseitig: Er legt den vollen Fokus auf die Beobachtung der zu wählenden Personen zur Erforschung ihrer Persönlichkeit, wobei die Inhalte und Präferenzen des Volks zu kurz kommen, deren Verwirklichung aber der primäre Zweck der Demokratie ist – das Führungspersonal ist nur Mittel hierzu. Insofern muss immer versucht werden, das Kontrollpotenzial, das mit

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fristig beschlossenen Maßnahmegesetzen absorbiert. Immerhin ist es diese dauerhafte Rechtsordnung, die sich für die Bevölkerung, zwar subtil, aber an jeder Ecke der verrechtlichten Lebenswelt und damit in Summe wohl am intensivsten als Herrschaft auswirkt.

Eine *solche* Politisierung des Rechts würde die Gerichte auch nicht zu politischen Akteuren machen und damit die Grenzen der richterlichen Aufgaben überschreiten. Denn sie diskutieren die entsprechenden Aspekte ja ohnehin, sodass die gerichtliche Tätigkeit vielmehr zurückgeschnitten – und das Rechts- vom Politiksystem wieder deutlicher getrennt[21] – wird, soweit sie diese Diskussionen nicht auch noch selbst entscheiden. Zudem geht es von vorneherein nur um Fälle, in denen die Wirkungstendenz einer Norm verändert werden soll, also nicht um die Subsumtion neuartiger, aber von der ratio legis zwanglos umfasster Phänomene, sondern eben um den Rechtswandel.[22] Die Legitimität der derzeitigen Gerichtspraxis ist insofern keineswegs grundsätzlich in Frage gestellt; auch verbleiben der Judikative nennenswerte Entscheidungsspielräume. Auf die Rechtsfortbildung etwa lassen sich diese Gedanken nicht ohne Weiteres übertragen, denn in deren Bereich gibt es ja per definitionem gerade keine gesetzgeberische Entscheidung, an der festgehalten werden könnte. Den Kern des Forcierungsgedankens bildet also die subjektive Theorie, nur werden ihre Nachteile – teilweise dünne Materialienbasis und insbesondere fehlende Aktualität bzw. eben die fehlende Aktualität der Materialien – offensiv adressiert und dadurch, zumindest potenziell, konstruktiv verwertet.[23]

---

dem Bild des Zuschauens einhergeht, auf die Inhalte rückzubeziehen, wie es hier unternommen wird.

21 Zur Relevanz dieser Systemtrennung nur *Voßkuhle*, Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 135 (153 f.).

22 Zur Abgrenzung des Rechtswandels von anderen Kategorien oben A.I.4. Ein Schulbeispiel für Fälle, in denen die Tendenz trotz Diskrepanz zum Wortlaut gleichbleibt, bei *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 272: „Denken wir uns […], daß eine Zollordnung aus der Mitte des 19. Jahrhunderts vom Wegezoll solche Wagen befreit, ‚die nicht von Zugtieren gezogen werden'. [Auch] [e]ine historisch fortbildende [d. i.: eine subjektive] Auslegung wird die Befreiung auf Handkarren, Kinderwagen u. dgl. beschränken und nicht auf Automobile beziehen", weil der Zweck offensichtlich darin besteht, eine Bagatellgrenze einzurichten.

23 Der häufige Einwand einer potenziellen Überlastung des Parlaments bleibt freilich bestehen, aber hier müsste dieses eben sinnvoll-pragmatische Arbeitsmodi finden. Mit der klassischen Demokratietheorie lässt sich die Belastungsgrenze gar ins Positive wenden, indem sie als quantitative Grenze der Rechtsetzung rechtsfreie Räume sichert, vgl. *Maus*, Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, in: dies., Zur Aufklärung der Demokratietheorie, S. 332 f. Obgleich die komplexe Mehr-Ebenen-Realität des modernen Rechts vor zusätzlichen Herausforderungen steht, bleibt der Kern dieser Idee richtig. Die Frustration und das Desinteresse weiter Teile der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

### 2. Beispiele und Abgrenzungen

Auch finden sich bereits gelungene Beispiele für das hier skizzierte Zusammenspiel von Rechtsprechung, Gesellschaft und Gesetzgebung, an die anzuknüpfen wäre.[24] Man denke etwa an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum NPD-Verbotsverfahren 2017, in der es zur alternativen Streichung staatlicher Parteienfinanzierung heißt:

> „Unterhalb der Ebene des Parteiverbots liegende Sanktionen – etwa die Kürzung oder Streichung staatlicher Finanzmittel – sind nach der geltenden Verfassungslage ausgeschlossen. Daher ist […] – solange der verfassungsändernde Gesetzgeber keine abweichenden Regelungen trifft – für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG kein Raum."[25]

Was auch immer man von den Argumenten für das Ausbleiben des Verbots halten mag: Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist daraufhin umgehend tätig geworden und hat Art. 21 Abs. 3 GG n. F. eingefügt, auf dessen Grundlage das Gericht nun den Ausschluss der NPD (mittlerweile „Die Heimat") von der staatlichen Parteienfinanzierung festgestellt hat[26]. Während dieses einigermaßen offensichtliche Beispiel von einem breiten Konsens der Parteienlandschaft getragen wurde, ‚provozierte' die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, neben jüdischen müsse das Schächten auch muslimischen Metzgern erlaubt sein, weil sonst „den Belangen des Tierschutzes […] *ohne zureichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung* einseitig der Vorrang eingeräumt" wäre, erst die erforderliche Zustimmung der Unionsfraktionen zum noch im selben Jahr – 2002 – eingefügten Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG.[27]

Diese Beispiele zeigen, dass das Forcieren formeller Änderungen selbst im Verfassungsrecht mit seinen erhöhten Quoren funktioniert.[28] Natürlich erre-

---

Bevölkerung an der Politik hängen gerade auch damit zusammen, dass sich der Gesetzgeber zuweilen mit Symbolpolitik aufhält und diese anheizt, bei der die Leute merken, dass sie die eigentlichen Probleme nicht löst. Es würde der politischen Kultur nicht schaden, wenn die Parlamente dafür keine Zeit hätten.

[24] Vgl. auch *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, S. 111 f.

[25] BVerfGE 44, 20 (242, vgl. auch 202).

[26] BVerfG, Urteil v. 23.1.2024 – 2 BvB 1/19; die Einordnung als gelungenes Zusammenspiel im Kontext und als ‚Ersatz' des Wandels auch bei *Voßkuhle*, JuS 2019, S. 417 (422).

[27] Das Zitat bei BVerfGE 104, 337 (352), Hervorhebung nur hier; zum Ganzen *Kneip*, Spiel über Bande, in: Hönnige u.a (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, S. 228 (245).

[28] Ein weiteres Beispiel ist BVerfGE 119, 331: Das Gericht hat hier zunächst gemeinsame Arbeitsgemeinschaften der Bundesagentur für Arbeit mit Kreisen und Gemeinden als Verstoß gegen den Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahr-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen Fälle mit Verfassungsbezug besonderes Aufsehen und bauen so auch erhöhten politischen Änderungsdruck auf; das ist ein gutes Zeichen für die Kongruenz der Regeln des Gesetzgebungsverfahrens mit der öffentlichen Diskurskultur, zumal im einfachen Recht dieselben Zusammenhänge zu beobachten sind; dort reicht dann eben ein entsprechend niedrigeres Aufsehen aus. Ein Beispiel wäre die Entscheidung des LG Köln, die Einwilligungsfähigkeit der Eltern in die mit einer Beschneidung einhergehende Körperverletzung des männlichen Kleinkinds abzulehnen und den durchführenden Arzt grundsätzlich nach § 223 Abs. 1 StGB zu bestrafen, worauf der Gesetzgeber noch im selben Jahr durch Einfügen des § 1631d BGB reagierte, der die Frage der Beschneidung ausdrücklich der elterlichen Personensorge zuordnet.[29] Was auf Ebene eines Landgerichts funktioniert, funktioniert auf Ebene eines Obergerichts auch in technischeren Rechtsfragen: Hätte der Große Senat des BGH oder das Bundesverfassungsgericht in den oben kritisierten Entscheidungen die Rügeverkümmerung weiterhin nicht zugelassen, hätte der Gesetzgeber vor keinen nennenswerten Hürden gestanden, die gegenteilige Entscheidung selbst zu treffen. Für dysfunktionale Belastungen des Justizsystems verantwortlich zu sein, ist keine gute Wahlwerbung und umgekehrt sind Gesetzesverschärfungen zulasten von ‚Straftätern' politisch nicht besonders heikel – wie zuletzt der 2021 eingefügte § 362 Nr. 5 StPO zeigte, der die Durchbrechung der Rechtskraft zuungunsten eines Verurteilten aufgrund neuer Beweismittel ermöglichte und 2023 vom Bundesverfassungsgericht als unvereinbar mit Art. 103 Abs. 3 GG und nichtig einkassiert werden musste[30]. Wenn man den Gerichten insofern auch keine übergreifende Aufgabe des proaktiven Minderheitenschutzes zubilligen möchte, könnte man immerhin überlegen, ob sie sich bei Minderheiten *belastenden* Gerichtsentscheidungen angesichts der gleichgerichteten Profilierungsmöglichkeiten der Politik, also des mangelnden ‚Bedarfs', nicht umso deutlicher zurückhalten müssten – aber dies hier nur am Rande.

Festzuhalten ist also die These, um das Veralten der Rechtsordnung auf demokratischem Wege zu verhindern, muss mehr auf die Gestaltungskraft des Gesetzgebers gesetzt und dessen Aktivität forciert werden. Das Augenmerk liegt hierbei auf der Rolle der Rechtsprechung, die – so ließe sich leicht verkürzend zusammenfassen – bei der oben beschriebenen Inszenierung der ma-

---

nehmung aus Art. 28 Abs. 2 S. 2, 83 GG für verfassungswidrig erklärt, weil im Grundgesetz keine entsprechende Ausnahme vorgesehen war (vgl. S. 365); eine ebensolche Ausnahme ist als Reaktion darauf dann in Form des Art. 91e GG eingefügt worden (58. Gesetz zur Änderung des GG v. 27.7.2010, BGBl. I, S. 944).

[29] LG Köln, NJW 2012, S. 2128; Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes v. 20.12.2012, BGBl. I, S. 2749.

[30] Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit v. 21.12.2021, BGBl. I, S. 5252; BVerfG, NJW 2023, S. 3698; dazu *Honer*, DÖV 2024, S. 349 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teriellen Richtigkeit zurückhaltender agieren muss. Die immer wieder diskutierte vermehrte oder gar grundsätzliche Befristung von Gesetzen, wie sie sich etwa in Hessen teilweise etabliert hat, adressiert ähnliche Aspekte von einem stärker technisierten Ausgangspunkt aus, während es ihr allerdings eher um Bürokratieabbau gelegen ist. Auch sie schleust aber prinzipiell in regelmäßigen Abständen ein (Neu-)Gründungsmoment in Gesellschaft und Politik ein, die im Angesicht des Auslaufens über Sinn und Angemessenheit der jeweiligen Normen reflektieren müssen. Das Problem einer solchen ‚Sunset-Legislation' ist jedoch, dass dort nicht eine demokratische Entscheidung die Geltung einer Norm beendet, sondern ein bloß technischer Automatismus. Dann ist die gesetzgeberische Aktivität nichts Besonderes mehr, dem politisierendes Potenzial zukäme; es bestünde gar die Gefahr, anlässlich des ohnehin anstehenden Neubeschlusses leichtfertig Veränderungen von Normen vorzunehmen, die sich eigentlich lange bewährt haben, also insbesondere aus Sicht der Gerichte nicht in einen Konflikt mit den gesellschaftlichen Wertvorstellungen geraten sind. Gerade das ist ja ein wesentlicher Vorteil bei der konzeptionellen Einbindung der Gerichte: dass man von deren Rolle als Sensoren der Rechtsordnung, die mit den jeweils aktuellen Problemlagen stets zuerst in Kontakt geraten, profitieren kann. Auch ist bereits der Idee des Gesetzes eine prinzipielle Dauerhaftigkeit unter dem demokratischen Vorbehalt der Nichtänderung angemessener.[31]

Ähnliches gilt denn auch für ein verfassungsrechtliches Evaluationsgebot, an das man in diesem Zusammenhang denken mag. Das Bundesverfassungsgericht hat es im Kalkar-Beschluss zur Zulassung von Atomkraftwerken entwickelt und später in anderen Kontexten fruchtbar gemacht:

> „Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, kann er von Verfassungs wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist."[32]

Dieses Gebot hat seinen guten Sinn in einzelnen, abgegrenzten Themenbereichen, in denen es aus den einschlägigen Grundrechten abgeleitet werden kann. Und es setzt ja auch auf neuerliche Entscheidungen der *Legislative*. Als übergreifende Regel für jedwede Gesetzesnorm ist es in demokratischer Hinsicht dennoch ungeeignet, weil es funktional auf gerichtliche Kontrolle

---

31 Für *Zimmermann*, DÖV 2003, S. 940 ff. ist die generelle Befristung von Gesetzen gar verfassungswidrig. Vgl. zur Dauerhaftigkeit von Normen bereits oben B.III.1.d).

32 BVerfGE 49, 89 (Ls. 3); vgl. ferner E 56, 54 (78 ff.); 88, 203 (309 ff.); 95, 267 (313 ff.); 103, 242 (267 ff.); 110, 141 (166, 169); 111, 333 (360); 112, 304 (316 f., 320 f.); 116, 69 (91).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hinausläuft, ohne den politischen Diskurs miteinzubeziehen, *dessen* Aufgabe es ist, die Grundgedanken der Gesetze in Frage zu stellen.

### 3. Die zentrale Rolle des Wahlakts

Wenn im folgenden Abschnitt Möglichkeiten diskutiert werden, wie sich die skizzierten Überlegungen innerhalb des Rechtssystems dogmatisch oder methodisch anknüpfen und ausbuchstabieren lassen, so bleiben dabei rechtspolitische Vorschläge im engeren, also dem Sinne, dass sie eine Änderung des positiven Rechts zwingend erfordern würden, ausgeklammert. An solche mag man insbesondere angesichts der zentralen Bedeutung denken, die dem Wahlakt als Nadelöhr im hier entworfenen Konzept prozeduraler Demokratie aufgebürdet wird. Ein angepasstes ‚Design' des Settings institutionalisierter Willensäußerungen könnte den Wahlakt entweder entlasten oder normativ tragfähiger machen.

Die Tragfähigkeit wiederum lässt sich durch zwei Stellschrauben beeinflussen. Zum einen kann die soziologische Bedeutung der Wahl (wie sie aktuell ausgestaltet ist) erhöht werden, sprich: das Ansehen der Wahl als wichtigstem demokratischen Mitwirkungsakt, durch den das Versprechen der Selbstregierung eingelöst werden soll und den wahrzunehmen insofern auch im Eigeninteresse liegt. Dieses Ansehen ist nicht identisch mit der Wahlbeteiligung, lässt sich an ihr aber indizweise einigermaßen verlässlich ablesen. In diesem Kontext wird zu wenig über die Potenziale einer Wahlpflicht nachgedacht. Sie wäre zwar nicht die liberalste und daher keine per se sympathische Lösung, hätte aber als Reaktion auf allenthalben zu beobachtende niedrige und in verschiedenen sozialen Milieus sehr unterschiedliche[33] Wahlbeteiligungen starke Argumente auf ihrer Seite – und insbesondere würde sie dem Wahlvolk eben Wert und Relevanz der ganzen demokratischen Veranstaltung symbolisch vor Augen führen.[34] Ein sanfteres, aber dadurch auch weniger eindringliches Mittel zu demselben Zweck ist die in letzter Zeit als Reaktion der etablierten demokratischen Parteienlandschaft auf die Herausforderungen durch populistische Kräfte vermehrt zu beobachtende Werbung für die Wichtigkeit der Wahl an sich und unabhängig vom Aufruf, eine bestimmte Partei zu wählen. Dieser Versuch, Wahlen positiver zu konnotieren, indem nicht zuletzt ihr integratives

---

[33] *Schäfer*, Der Verlust politischer Gleichheit, insb. S. 91 ff.; vgl. auch den prominenten pessimistischen Befund zum Zustand der Demokratie bei *Crouch*, Postdemokratie.

[34] S. speziell zu diesem letzten Aspekt *Volkmann*, Wahlen in der Demokratie, in: Mörschel (Hrsg.), Wahlen und Demokratie, S. 9 (27 f.); weitere Argumente bei *Heußner*, Die Wahlpflicht – rechtliche Zulässigkeit und politische Durchsetzbarkeit, ebd., S. 181 ff.; *Schäfer*, Der Verlust politischer Gleichheit, S. 207 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Moment als eines der einzigen wirklich alle (Staatsbürger) angehendes Ereignis herausgestellt und sie damit zu einem auf das Gemeinwesen besinnenden Event stilisiert werden, kann nur begrüßt werden.

Die zweite Stellschraube im Bereich der normativen Tragfähigkeit betrifft die Zielgenauigkeit, mit der die Stimmabgabe die Präferenzen des Wahlvolks abbildet. Dazu ist im Verlauf der Arbeit bereits einiges ausgeführt worden, worauf hier verwiesen werden kann.[35] Das Kernproblem bleibt die Inkongruenz, nur eine einzelne Stimme zur Verfügung zu haben, um zu den vielgestaltigen Politikfeldern Stellung zu nehmen. Im Rahmen dieser Arbeit und speziell dieses Kapitels wird versucht, diesem Problem über eine angepasste Rechtskultur zu begegnen. Dabei muss Zielgenauigkeit nicht notwendig in dem Sinne verstanden werden, dass einzelne Sachentscheidungen sich in direkter Linie auf das Wahlergebnis zurückführen lassen. Vor allem muss sich der rechtskulturelle Fokus mehr auf tatsächliches politisches Handeln und Entscheiden bzw. auf die Verantwortung dafür ausrichten. Dann werden auch Interessen und Wertungen transportiert, weil weniger Platz für aufgeblasene Wahlkampfmanöver abseits der Sachfragen verbleibt. Diese Verantwortung entsteht aber erst aufgrund der Wahl – und zwar auch dann, wenn eine (ausbleibende) Sachentscheidung bloß *ein potenziell* ausschlaggebender Faktor bei der Stimmabgabe ist.

Weitere Möglichkeiten, die Zielgenauigkeit, auch im engeren, an der individuellen Wählerentscheidung ansetzenden Sinne, zu erhöhen, stehen über Änderungen des Wahlrechts offen, etwa die Einführung einer Eventualstimme. Wichtig für die Zielgenauigkeit ist auch, bei Änderungen des Wahlrechts stets ein großes Augenmerk auf die Durchlässigkeit der Parteienlandschaft zu legen[36]. Solche Vorschläge bringen immer ihrerseits Probleme mit sich, deren Diskussion den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde[37] – zumal solche Reformen keine Bedingung sind, von der die hier angestellten Überlegungen abhängen. Schließlich nimmt die Wahl im positiven Verfassungsrecht nun einmal die zentrale Position in der Frage der Herrschaftslegitimation ein. In Art. 20 Abs. 2 GG heißt es: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ und wird von diesem selbst vor allem durch „Wahlen“ ausgeübt. Hieran kommt man nicht vorbei – und wäre es um die Leistungsfähigkeit des Wahlakts noch so schlecht bestellt. Die überragende Bedeutung wird der Wahl also nicht durch diese Arbeit aufgebürdet, sondern bereits durch das Grundgesetz – und, dazu sogleich, durch die verbreitete Skepsis gegenüber direktdemokratischen Elementen. Formelle Reformideen können, genau wie die hier unterbreiteten

35 Siehe insbesondere B.II.2.; B.III.1.b); sowie soeben unter 1.

36 Vgl. dazu im Kontext der Grundmandatsklausel etwa *Göbel*, DÖV 2023, S. 569 (573 ff.).

37 Vgl. zur Eventualstimme nur BVerfGE 146, 327 (359 ff.) m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorschläge, dieses vorgegebene Konzept optimieren; sie brauchen seine Geltung jedoch nicht zu begründen. Das gilt umso mehr, als die denkbaren alternativen Legitimationspfade, wie gesehen, in tatsächlicher Hinsicht nicht überzeugender abschneiden.

Die Staatsgewalt kann vom Volk gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG neben „Wahlen" in „Abstimmungen" ausgeübt werden.[38] Das führt in den Bereich der *Entlastung* des Wahlakts. Die ‚einfachste' Möglichkeit, dem Volk zielgenauere Willensäußerungen zu ermöglichen, wären direkte Abstimmungen über Sachfragen. Diese könnten das hier entworfene Konzept zwanglos ergänzen, die ansonsten der Wahl allein aufgebürdeten Aufgaben entzerren und auf diese Weise gerade auch der Legitimationswirkung und Zielgenauigkeit der Wahl zu Gute kommen, indem sie eine Abschichtung der wahlentscheidenden Präferenzen ermöglicht. Böckenförde führt in diesem Zusammenhang aus, bei direktdemokratischen Elementen könne sich

> „Protest auch punktuell mit Folgewirkung artikulieren; bestehender Dissens hat dann die Möglichkeit, sich themenspezifisch unabhängig von der Stimmabgabe bei Parlamentswahlen zur Geltung zu bringen und ist deshalb nicht gehalten, sich bei der Wahl von der generell bevorzugten politischen Richtung oder Partei abzuwenden."[39]

Aus den oben genannten Gründen – Stichworte: Diskussion und Kompromissfindung zwischen den entscheidenden Personen; Verantwortlichkeit und Kontrolle – soll hier gleichwohl nur für einen maßvollen Gebrauch dieser Handlungsform plädiert werden.[40] Und nicht zuletzt bedürften diese Verbesserungsoptionen eben einer Umsetzung durch formelle Gesetze, die nicht konkret abzusehen ist. Deshalb muss der Fokus hier auf dem aktuell institutionalisierten Verfahren liegen. Schlechtreden sollte man dieses ohnehin nicht.

---

[38] In Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG heißt es über die Staatsgewalt wörtlich: „Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt." Bei den ersten beiden Varianten handelt es sich um die unmittelbare Ausübung durch das Volk selbst. Die folgenden Varianten beschreiben – wie das Wort „durch" anzeigt – vermittelte Staatsgewalt, die einen Zurechnungszusammenhang voraussetzt. Da das Volk sich aber unmittelbar nur durch Wahlen und Abstimmungen äußern kann, muss auch die demokratische Zurechnung hieran anknüpfen, sprich: prozedural vermittelt sein.

[39] *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR[3] III, § 34, Rn. 24, vgl. auch Rn. 23 ff., wo aber insgesamt, wie hier, für einen maßvollen Umgang als *Ergänzung* argumentiert wird. Das Zitat zeigt zudem die Potenziale solch punktueller Abstimmungen gerade im Bereich derjenigen auf, die verbreitet als „Protestwähler" bezeichnet werden: Entweder sie können ihre Unzufriedenheit hinreichend in diesen Abstimmungen zum Ausdruck bringen – oder sie sind möglicherweise eben doch nicht ‚bloß' Protestwähler, was für einen realitätsnahen politischen Diskurs ebenfalls eine wertvolle Erkenntnis sein kann.

[40] Siehe B.III.1.b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Wahl ist die einzige allgemeine und verbindliche Erhebung des Volkswillens und generiert insofern verlässliche Fakten[41], deren Interpretation für die Entscheidung konkreter Einzelfragen zwar schwierig ist, aber zum Tagesgeschäft der Parlamente gehört. Zudem drücken Wahlentscheidungen politische Prioritäten aus – anders als Beiträge zum öffentlichen Diskurs, die noch nichts über die Gewichtung der jeweiligen Äußerung innerhalb des individuellen Präferenzenpakets aussagen, überdies sozialem Erwartungsdruck unterliegen und sich zwar zu Einzelthemen verhalten, in ihrer jeweiligen Gesamttendenz aber ihrerseits erhebliche Interpretationsschwierigkeiten mit sich bringen.

Letzten Endes besteht aber ohnehin kein Alternativitäts- oder Konkurrenzverhältnis zwischen Wahlakt und politischem Diskurs. Denn in der Sache ist es ja der Diskurs, in dem die unter 1. eingeforderte Politisierung der Rechtsordnung vorgenommen wird und in dem sich die inhaltlichen Positionen und parteipolitischen Profile herausbilden. Er ist damit der wichtigste Baustein der zu optimierenden ‚Rechtskultur'.[42] Aber er verschafft konkreten Entscheidungen eben nicht unmittelbar Legitimität, er zeitigt keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen, sondern bedarf der vermittelnden Umsetzung über Wahlentscheidungen und Parlamentsbeschlüsse etc. Die ‚zentrale' Rolle des

---

41 Darauf rekurrieren letzten Endes auch Positionen, die die Repräsentationsvermittlung über öffentliche Diskurse verteidigen; so etwa Volkmann, wenn er *Möllers*' Bedenken gegen eine „Machtergreifung artikulierter Mittelschichten, die sich die Privilegien, die sie nicht kaufen können, erreden und erschreiben" (Freiheitsgrade, S. 128) erwidert: „Am Ende haben aber auch diese in der Wahl nur eine Stimme, so dass die von Jürgen Habermas genauso viel zählt wie die des Analphabeten" (*Volkmann*, Demokratie und Vernunft, S. 32).

42 Um ihn steht es auch nicht so schlecht, wie zuweilen, insbesondere mit Blick auf Verschwörungstheoretiker oder „Leugner" wissenschaftlicher Evidenzen, mit denen ein rationaler Diskurs unmöglich sei, geunkt wird; so etwa *Volkmann*, Demokratie und Vernunft, S. 89 ff. Denn man darf deren ‚Eigenheiten' (gerade vor dem Hintergrund eines materialen Demokratieverständnisses, wie es ebd., insb. S. 34 ff., emphatisch vertreten wird) nicht absolut setzen, sondern muss immer versuchen, eine gemeinsame Gesprächsbasis zu finden. Letztlich betrifft das Verständigungsproblem meist ohnehin nur Einzelfragen: Mit Corona-, Klima- und prinzipiell sogar Holocaustleugnern kann man grundsätzlich weiterhin über Fragen der Wirtschaftspolitik, des Sozialstaats o. Ä. sinnvoll diskutieren, ohne dass die Eigenschaft als ‚Spinner' überhaupt notwendigerweise auffällt. Bei aller moralischen Ablehnung muss die Demokratie niemanden per se abschreiben. Die größere Herausforderung für den politischen Diskurs ist die zu undifferenzierten Polarisierungen neigende Kommunikationsstruktur des Internets, die solche Verschwörungstheorien und allgemein Extrempositionen *gerade dadurch* befördert, dass sie die gegenüberstehenden Lager voneinander abschottet. Wenn *Möllers*, Freiheitsgrade, S. 170 f. das Problem der digitalen Radikalisierung weniger in der Abschottung als in der „Einebnung von Privatem und Öffentlichem" sieht („Privat äußern sich die meisten pointierter und extremer als öffentlich, eben weniger gefiltert durch die Erwartungen der Gemeinschaft. Wenn sich alles ohne Reibung öffentlich sagen lässt, befeuert das den Diskurs"), dann übersieht er, dass sich Abschottung und gefühlte Privatheit gegenseitig bedingen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wahlakts besteht insofern einerseits darin, den Bereich zu markieren, auf den der legitime Einfluss des politischen Diskurses beschränkt ist: Das sind die unmittelbar gewählten und die diesen gegenüber verantwortlichen Organe – und nicht auch die Gerichte; andererseits in seiner Rolle als Motiv für die politischen Akteure, sich auch tatsächlich auf die eine oder andere Weise zum öffentlichen Diskurs zu verhalten.

In diesem Sinne können sich die folgenden Überlegungen im Bewusstsein einer tragfähigen – und *sogar* noch verbesserungsfähigen – Grundlage in den Parlamentswahlen dem Kleinarbeiten des soeben aufgespannten rechtskulturellen Horizonts zuwenden.

## II. Mögliche methodische und dogmatische Konsequenzen

Demokratie ist, wie gesehen, ein voraussetzungsvolles Konzept. Damit sie funktioniert, müssen – von einem breiten gesellschaftlichen Engagement der Einzelnen, aber auch in „Assoziationen“[43], Organisationen und in eine durchlässige Parteienlandschaft hinein, über klug konstruierte staatliche Institutionen bis zu einem integren Zusammenspiel der Institutionen in Praxis – an jedem Punkt viele Bausteine ineinander passen. Hier kann es naturgemäß nur um einige davon gehen, namentlich um die wechselseitigen Ein- und Auswirkungen des Rechtssystems und des demokratischen Gemeinwesens. Aber auch deren Komplexität lässt sich nicht einfach mittels eines übergreifenden Gesichtspunkts auflösen. Deshalb bleibt das vorstehende Forcierungskonzept als solches auch ein bloßer Leitgedanke, ohne ins letzte Detail gehende Ausarbeitung. Es versteht sich von selbst, dass Gerichte es prinzipiell für politische Zwecke instrumentalisieren und gebotene Entscheidungen unter Verweis auf den Gesetzgeber verweigern könnten. Dennoch speist dieses Verständnis, selbst bei überzogenem Gebrauch, immer wieder aktiv den Legitimitätsvorteil des prozedural beschlossenen Gesetzes in die Debatte ein und stärkt dieses damit. Das hat sie – neben ihrer universellen, nicht in erster Linie auf *Verfassungs*gerichte zielenden Ausrichtung – der, ansonsten eng verwandten, alten Forderung des judicial self-restraint voraus, die an Aktualität und Richtigkeit nichts verloren hat, nur eben immer daran gescheitert ist, sich als rein schlagwortartige *Selbst*beschränkung allenfalls im Rahmen eines individuellen Berufsethos auszuwirken. Solche Forderungen erfüllen sich nur, soweit sie auf einem breiten Konsens der juristischen Welt über die eng begrenzte Aufgabe der Gerichte fußen. Doch dann braucht man sie eigentlich gar nicht mehr. Konstruktiver als eine Lösung über *einen* generellen Maßstab ist daher die Arbeit an *einzelnen* Dogmatiken und methodischen Regeln, die jeweils einen Teilbeitrag zu einer demokratischen Rechtskultur beitragen. In diesem Sinne

43 Dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, etwa S. 620, 625.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden im Folgenden – ohne Anspruch auf irgendeine Vollständigkeit – neuere und eigene Ansätze dargestellt und diskutiert, die für den Themenkreis Rechtswandel und Demokratie von Bedeutung sein können.

### 1. Dogmatisches Gebot der Normenklarheit?

Weniger für den Rechtswandel selbst, aber für den hier skizzierten Konnex zwischen Gesetzgebung und Wahlentscheidung ist eine Entwicklung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts interessant, die ein Gebot der Normenklarheit stärker vom klassischen Bestimmtheitsgebot absetzt. Zunächst hatte der Erste Senat in zwei Entscheidungen von 2020 und 2022 dahingehend differenziert, dass die Bestimmtheit aus der Perspektive der unmittelbar rechtsanwendenden Stellen, also insbesondere Exekutive und Judikative, zu beurteilen sei – hier geht es um *Präzision*, die allerdings auch eine gleichsam mathematische sein kann; eine anspruchsvolle Regelungstechnik, etwa mit komplizierten Verweisungsketten, schadet grundsätzlich nicht. Bei der Normenklarheit stehe dagegen die *Transparenz* im Vordergrund, sie sei aus Perspektive der Bürger zu beurteilen, die die Vorschriften inhaltlich verstehen können müssten.[44] Über die Reichweite dieser Differenzierung bestand dann 2023 innerhalb des Zweiten Senats Uneinigkeit: Die fünf das Urteil über die ‚kleine' Wahlrechtsreform von 2020 tragenden Richter halten beide Gebote für „ein einheitliches Postulat, das verschiedene Aspekte in sich vereint", aber nicht dahingehend getrennt werden könne, dass ein Verstoß gegen das eine bei gleichzeitigem Einhalten des anderen möglich sei.[45] König, Müller und Maidowski betonen in ihrem Sondervotum hingegen die eigenständige Bedeutung der Normenklarheit, der das Wahlrecht denn auch nicht gerecht werde – es reiche nicht aus, dass die Wahlbehörden aus den abgegebenen Stimmen auf Grundlage des BWahlG eine eindeutige Sitzverteilung ermitteln könnten, wenn die Wähler nicht auch selbst erkennen würden, wie sich ihre Stimmabgabe auf das Wahlergebnis auswirken wird. Diese strenge Sichtweise sei zwar nicht ohne Weiteres auf sonstige Fälle übertragbar, da sich die Anforderungen der Normenklarheit nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand richteten und diese im Bereich der Wahlen „als Quelle demokrati-

---

44 BVerfGE 156, 11 (45 f.); 162, 1 (125). Auch davor tauchen beide Merkmale in der Rechtsprechung auf, werden als verletzt gerügt und lassen sich im hier beschriebenen Sinne deuten, allerdings ohne dass ausdrücklich zwischen ihnen unterschieden worden wäre, so etwa BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 133, 277 (340 f.); 154, 152 (237 ff.), aber auch schon E 17, 306 (314). Näheres bei *Bartone*, Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts I, S. 305 ff.

45 BVerfG, Urteil v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21, Rn. 81.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scher Legitimation“ eben besonders wichtig sei.[46] Aber inwiefern diese thematische Begrenzung sinnvoll ist[47], kann hier letztlich genauso dahinstehen wie die Konsequenzen der Frage, ob es sich nun um ein eigenständiges oder ein unselbständiges Teilgebot handelt.

Normenklarheit wird jedenfalls immer nur aus der rechtsstaatlichen Perspektive begründet (und im Wahlrecht nur aufgrund des spezifischen Gegenstands auch mit dem Demokratieprinzip), in welcher der Bürger über seine Rolle als Untertan, der sich auf die Folgen einer ihm vorgesetzten Regelung einstellen können soll, prinzipiell nicht hinauskommt. In einer Demokratie bekommt man Regelungen aber nicht einfach vorgesetzt und muss sich mit ihnen abfinden und auf sie einstellen. Vielmehr ist man als Glied der politischen Gemeinschaft gleichsam Autor dieser Regeln und muss das Recht als primäre Handlungsform der demokratisch zu kontrollierenden Politik daher auch zum Gegenstand der eigenen Wahlentscheidung machen können – wofür man es möglichst gut verstehen können muss.[48] Insofern ist es, völlig unabhängig von einer potenziellen Selbstbetroffenheit, durchaus ein Problem, wenn etwa polizei- oder strafverfolgungsrechtliche Regelungen ausgeweitet werden, ohne dass der Bürger angesichts komplizierter Verweisungsketten das Ausmaß immer ohne Weiteres erkennen könnte, das die Politik stets zu ihren Gunsten darzustellen pflegt. Hier klafft eine potenzielle Kontrolllücke, die sich mit der skizzierten demokratisch-funktionellen Facette des Klarheitsgebots adressieren ließe.[49]

Im fraglichen Fall des Wahlrechts dürfte es insofern mit der Senatsmehrheit ausreichen, wenn die Wähler wissen, dass die Stimmabgabe die politischen Einflusschancen derjenigen, die man wählt, erhöht.[50] Die für den Einzelnen

---

[46] Ebd., Sondervotum *König/Müller/Maidowski*, Rn. 5, 21 (Zitat Rn. 1).

[47] Zur Begründung des Klarheitsgebots führt das Sondervotum jedenfalls an, dass sich die Differenzierungen der vorhergehenden Entscheidungen besser verallgemeinern ließen, als das Mehrheitsvotum meint (Rn. 4 des Sondervotums).

[48] Auf diese Doppelrolle stellt in derselben Richtung, aber im Kontext von Gesetzesbegründungen, auch *Frankenberg*, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Alternativkommentar GG, Art. 20 Abs. 1–3 IV, Rn. 49 ab.

[49] Insofern ist das Klarheitsgebot funktionell tatsächlich etwas ganz anderes als das Bestimmtheitsgebot: Dieses transportiert Legitimität vom Parlament in die Exekutive und Judikative, jenes vom Wahlvolk zum Parlament.

[50] Auch wenn die Reform der Ampel-Regierung von 2023 als gutes Beispiel zeigt, dass sich das Wahlrecht deutlich verständlicher gestalten lässt, vgl. nur *Göbel*, DÖV 2023, S. 569 (573). Freilich finden sich auch in dieser Fassung noch Verweisungsketten, die das Verständnis erschweren. Eine vergleichsweise einfache Abhilfe wären Legaldefinitionen, die, den Ziffern, auf die verwiesen wird, zur Seite gestellt, ein intuitives Erfassen der ungefähren Bedeutung und Relevanz für die gerade interessierende Frage ermöglichen. So könnte etwa in § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BWahlG, der auf § 6 Abs. 2 verweist, der wiederum auf § 20 Abs. 3 verweist, der erst verrät, dass es die

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wichtigere Frage ist also nicht, ob er das Umrechnungsverfahren nun exakt nachvollziehen kann, – sondern bei wem er sein Kreuz machen soll, um seine politischen Präferenzen zu unterstützen.

Obgleich das Gebot der Normenklarheit hier einen Beitrag leisten kann, bleibt seine Bewertung als aktiv durchzusetzendes Gebot letztlich ambivalent – insbesondere im Hinblick auf seine eigene Unbestimmtheit. Wann ist eine Norm verständlich genug? Genau daran hingen ja die Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Zweiten Senats. Im Gegensatz zur Senatsmehrheit reicht es den dissentierenden Richtern nicht, wenn die Normen „in groben Zügen" verständlich sind, aber eine Differenz zwischen einem Laien- und einem juristischen Expertenverständnis soll prinzipiell trotzdem zulässig sein.[51] Was bedeutet das etwa im Hinblick auf das Steuerrecht, von dessen Unklarheit ein eigener Berufszweig mit hohen Umsätzen lebt? Und auch Rechtsanwälte braucht die Gesellschaft größtenteils nur, weil die Gesetze nicht aus sich selbst heraus verständlich sind. In dieser Gemengelage bedeutet ein generelles Gebot der Normenklarheit, an dem prinzipiell jede Rechtsnorm zu messen ist, vor allem einen Machtzuwachs der Gerichte. Ein zusätzlicher Maßstab, dem der Gesetzgeber gerecht werden müsste, erscheint insofern ungeeignet, die Rechtsetzung auf demokratische Weise zu politisieren. Die Normenklarheit betrifft zwar immerhin formelle Gesichtspunkte und könnte daher *an sich* ein Schritt zu einer zurückhaltenderen Kontrolle der inhaltlich-politischen Aspekte sein. Doch die Spannung, die ein Gebot auslöst, dem es um die Kontrollfähigkeit der Bürger gelegen ist, bei dessen Verletzung dann aber das Verfassungsgericht selbst und nicht das Wahlvolk diese Kontrolle vornimmt, lässt an einer Operationalisierbarkeit der demokratisch-funktionellen Facette des Klarheitsgebots zweifeln.

### 2. Klarheit auf methodischer Ebene berücksichtigen

In einem ganz anderen, funktionell nicht-äquivalenten Sinne – nämlich nicht als dogmatisch-normkontrollierende Anforderung an das positive Recht, sondern als methodischer Gesichtspunkt für seine Interpretation – lässt sich der Gedanke von Klarheit und Transparenz hingegen ohne solche Spannungen fruchtbar machen. Zwar bleibt diese Perspektive gegen undurchsichtige Gestaltungen der Rechtstexte machtlos, kann also den Eindruck, den der Laie beim bloßen Lesen der Vorschriften erlangt, nicht beeinflussen, sondern muss ihn als vorgegeben hinnehmen. Aber man kann diesen Eindruck gleichsam umgekehrt bei der Genese des professionellen Normverständnisses berücksichti-

---

ganze Zeit um unabhängige Wahlkreisbewerber geht, – in diesem § 4 könnte ohne Weiteres auch direkt von „unabhängigen Wahlkreisbewerbern" die Rede sein.

[51] Rn. 6 (Zitat Rn. 16) des Sondervotums.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen und auf diese Weise ein Deckungsverhältnis anstreben. Denn um den Inhalt der Rechtsordnung zum Zwecke seiner Legitimation mit der Wahlentscheidung des Bürgers halbwegs valide zu verknüpfen, muss der Bürger von diesem Inhalt auch eine möglichst treffende Vorstellung besitzen; kann er seine Wahlentscheidung doch nur davon abhängig machen, was er für den Inhalt der jeweiligen Normen *hält*. Diese Vorstellung entsteht zu einem großen Teil anhand der Kenntnisnahme von Gerichtsurteilen im jeweiligen normativen Kontext oder aufgrund einer punktuellen Experten-Konsultation. Daneben sind aber der Wortlaut und – soweit das unmittelbare örtliche Umfeld der Regelung, etwa eine Abschnittsüberschrift etc., in Rede steht – die Systematik die für den Laien naheliegendsten Anhaltspunkte. Je wichtiger diese Aspekte für die Norminterpretation sind, desto transparenter ist die Rechtslage[52] – wobei es für die Vorstellung des Bürgers weniger auf empirische Befunde als auf die normative Möglichkeit des Verständnisses ankommt, also etwa darauf, was diesem im Hinblick auf Wortlaut und Systematik gut vermittelbar ist.

Diese Vorzüge von grammatischer und systematischer Auslegung stehen indes in keinerlei Spannungsverhältnis zum Vorrang der subjektiven Theorie, wie er im Kontext des positivistisch-prozeduralen Legitimationsmodells ausgeführt worden ist. Denn zum einen ist diese ohnehin kein Selbstzweck, sondern nur maßgeblich, weil sie am demokratischsten ist[53]. Transparenzerwägungen sind insofern als Ergänzungen zu verstehen, die das demokratische Gesamtbild des Methodenmodells abrunden – zumal die subjektive Theorie zwar unzutreffend beschrieben ist, wenn sie auf den Vorrang historischer oder genetischer Auslegung reduziert wird: Sind doch gerade auch Wortlaut und Systematik Indiz für den zu ermittelnden Willen. Das Denken vom Willen her mag die Perspektive allerdings auf diese Indizwirkung verengen.[54] – Zum

---

52 Aus dem Kontext der Gedankenführung sollte ersichtlich sein, dass es hier um eine Transparenz zu politischen Zwecken geht, nicht darum, dem Laien selbst eine juristisch-präzise Auslegung des Rechts zu ermöglichen. Dieselbe Differenzierung auch bei *Kischel*, Die Begründung, S. 296 ff. bezüglich des Nutzens einer formellen Gesetzesbegründung für den Bürger.

53 Mit dieser tritt damit eine *politische* neben die gängigen Begründungen der subjektiven Theorie: Jestaedt leitet ihre Verbindlichkeit konsequent *rechtstheoretisch* aus der inneren Logik und Struktur der Rechtsnormen her, *ders*., Grundrechtsentfaltung im Gesetz, explizit etwa S. 333; ähnlich *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 505 (etwa 514 f., 524 f.). Rüthers' *ideologiekritischer* Ansatz ist dem hier verfolgten insoweit konzeptionell näher, denkt aber tendenziell vor dem Hintergrund des Schreckensbildes einer totalitaristischen Perversion des Rechts (s. etwa *ders./Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 367 f.), während hier keine Schreckensszenarien abgewendet, sondern gleichsam umgekehrt Wege gesucht werden sollen, das Niveau demokratischer Legitimität, auf dem die reellen gesellschaftlichen Herausforderungen bewältigt werden, zu optimieren.

54 Das klingt bei *Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, S. 505 (524), besonders am Beispiel der Systema-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anderen begrenzt die demokratisch-funktionelle Fundierung der Relevanz dieser Auslegungstopoi ihre Tauglichkeit als spezifisches Transparenz-Argument: So lässt sich der systematische Verweis auf eine ähnliche Regelungsstruktur in einem ganz anderen Gesetz kaum noch als ein solches verstehen. Das Ganze heißt wiederum nicht, dass man die Komplexität der juristisch-fachlichen Kunstfertigkeit preisgeben müsste – die Ausdifferenzierung in verschiedene professionelle Subsysteme ist im Gegenteil auch für die Demokratie von Nutzen. Es geht vielmehr um ein demokratisches Bewusstsein innerhalb der Methodik und um die Wirkung als Gesichtspunkt und Prinzip, das so weit erfüllt werden muss, wie es möglich ist, ohne mit anderen Methodenregeln zu kollidieren, – also etwa in einem Auslegungspatt zusätzliche Argumente für eine Abstufung zwischen den Ergebnissen der einzelnen Auslegungselemente liefert. Als Nebeneffekt ergibt sich abermals die geringe Überzeugungskraft des teleologischen Arguments, das weder der Transparenz noch der Zurechnung über den Willen dient. Und auch der Bogen zum Rechtswandel lässt sich wieder spannen, der niemals die transparenteste Variante sein kann.[55]

### 3. Funktionaler Vorrang kompromissermöglichender Rechtspositionen?

Ein weiterer Ansatz, den negativen Einfluss des Rechts auf den gesellschaftlichen Diskurs einzudämmen, stammt von Oliver Lepsius, der vorschlägt, bei der rechtlichen Strukturierung gesellschaftlicher Konflikte auf kompromissermöglichende Kategorien zu setzen, soweit diese Option offensteht:

> „Es ist […] sinnvoll, Interessenstreite unter Aspekten zu behandeln, die eine Kompromißbildung ermöglichen und sie tunlichst nicht zu Existenzfragen zu erklären, bei denen Übereinstimmungen schwieriger werden. Es empfiehlt sich, solche Streitfragen aus einem existentiellen Bereich der individuellen Identitätsbildung heraus zu lösen und sie stattdessen zu einem Gegenstand der Politik zu machen. Ein Beispiel: Wenn man das Tragen des Kopftuchs als Ausdruck der Religionsausübung ansieht, wird die Kompromißbildung erschwert, weil in Glaubensfragen eben kein Kompromiß erwartet werden darf. Ist es nicht sinnvoller, die Frage als Problem der Rede- und Meinungsfreiheit zu behandeln und sie dergestalt zu politisieren, weil sich das Problem dann leichter im Wege des Kompromisses bewältigen läßt? In

---

tik, an: „Auch die wirkliche oder vermeintliche Systematik haftet nicht der Anordnung des verfassungsrechtlichen Stoffes selbst an, sondern liegt ihr nur bei darauf gerichtetem Willen des Verfassungsgebers zugrunde und kann auch *nur unter dieser Voraussetzung* für die Interpretation fruchtbar gemacht werden“ (Hervorhebung nur hier).

55 Vgl. nur *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, S. 123 (140): ein „Zwang zur Verfassungsänderung“ könne „auf eine Lösung hin[ ]wirken, die der Verfassungsklarheit dient und die normative Kraft der Verfassung stärkt.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politischen Fragen darf nämlich von jedermann Kompromißbereitschaft erwartet werden; in Bereichen der Identität hingegen nicht."[56]

Die Annahme eines solchen demokratiefunktionalen Vorrangverhältnisses ist grundsätzlich eine diskutable Idee, um den oben beschriebenen, zu oft destruktiven Rückzug auf eine rechtliche Position im politischen Diskurs möglichst zu verhindern. In der gegenwärtigen Diskurskultur ist ihre Umsetzung freilich außer Reichweite geraten, weil der Diskurs seine Kategorien selbst hervorbringt und die Identität sich mehr und mehr zum bestimmenden Thema aufschwingt. Das gefährdet einerseits den gesellschaftlichen Zusammenhalt, weil es das Augenmerk auf die Unterschiede statt auf mögliche Gemeinsamkeiten lenkt; andererseits kann man sich eben immer auch mit guten Gründen darauf berufen, dass die Glaubensfreiheit vor genau solchen Vorgängen wie der Einmischung in die Frage des Kopftuchtragens schützen solle. Insofern ist dieser Ansatz ebenfalls eher nur eine Leitidee für die juristische Bearbeitung der Themenfelder – in der Hoffnung, mit gutem Beispiel für den gesellschaftlichen Diskurs voranzugehen; denn ein begrüßenswerter Ansatz ist es ja in demokratischer Hinsicht schon insofern allemal, als kompromissunfähige Kategorien die Position der Beteiligten nicht stärken, sondern nur dazu führen, dass an die Stelle einer politisch selbst mitausgehandelten, eine als Auflösung einer Rechtskollision konstruierte (verfassungs-)gerichtliche Entscheidung tritt.

### 4. Verfassende Urteile oder judikativer Minimalismus?

Ein methodischer Baustein im Sinne des hier entworfenen Programms könnte das Konzept des „judikativen Minimalismus" sein, das über Regeln für das Begründen von Gerichtsurteilen versucht, die normative Reichweite der Entscheidungswirkungen auf das Nötigste, möglichst den jeweiligen Einzelfall, zu begrenzen.[57] Obgleich auch sie vom einzelnen Urteil aus denkt und die Besonderheiten jedes konkreten Rechtsfalls betont[58], verfolgt Müller-Mall dagegen gerade den entgegengesetzten Ansatz, wonach „verfassende Urteile", also solche, die das bestehende Recht erweitern, verdichten oder vertiefen, indem sie „normsetzend in rechtlich nicht bereits erschlossene Gebiete auf gleichwohl rechtsförmige Weise eindring[en] und den Raum des Rechts dadurch erweiter[n]", nicht nur eine eigene Legitimationsstruktur, sondern möglicherweise sogar Legitimationsvorteile gegenüber anderen Formen der Konstitutionalisierung, etwa der (Verfassungs-)Gesetzgebung, aufweisen.[59] Diese

---

[56] *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), S. 157 (173 f.).

[57] *Sunstein*, One Case at a Time; *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 ff.

[58] *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, S. 80 ff.

[59] Ebd., Zitat auf S. 27; die Legitimations*vorteile* werden nur angedeutet (261 f.); die Konstitutionalisierung steht für das beschriebene expansive Moment, wobei die in

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legitimation soll aber aus ähnlichen Zusammenhängen folgen, wie sie auch dem Konzept der Forcierung von Rechtsänderungen zugrunde liegen, sodass sich ein Vergleich anbietet (a)), bevor, kontrastierend, den Vorzügen und Schwächen des judikativen Minimalismus nachgegangen wird (b)).

### *a) Verfassende Urteile*

Müller-Mall möchte das Urteilen als zentrales Wirkungsmedium des Rechts – dieses sei auf jenes „angewiesen“[60] – analysieren. Eine ihrer zentralen Thesen behauptet die Möglichkeit, Recht erzeugende, also mangels Ableitungszusammenhang rechtsmethodisch nicht begründbare „Urteile als Urteile zu kritisieren und nicht allein aufgrund einzelner Gehalte“.[61] Zu diesem Zwecke unterscheidet sie zwei Arten rechtlichen Urteilens, denen gemeinsam ist – das soll rechtliches Urteilen ausmachen –, dass sie ein Allgemeines (eine Norm) mit einem Besonderen (dem Fall) in einen Zustand des zueinander Passens bringen.[62] Die erste Art kommt bei ‚einfachen‘ Fällen zur Anwendung, bei denen die Zuordnungszusammenhänge bereits geklärt sind und entsprechend nur subsumiert werden muss, sie heißt denn auch „Subsumtionsurteil“.[63] Demgegenüber stehen „juridische Urteile“, die sich dadurch auszeichnen, dass eine Subsumtion allein nicht ausreicht, um sie zu fällen, weil das Allgemeine zu dem Besonderen erst gefunden werden muss, was im Wege des „reflektierenden Urteilens“ im Sinne Kants geschehe.[64] Das verfassende ist dann eine Sonderform dieses juridischen Urteils, die „über den Rahmen des Verfassten hinausgehende Verfassungsnormen erschließ[t]“.[65] Bis hierher erscheint Müller-Malls Konzept freilich ‚nur‘ als anspruchsvolle Reformulierung rechtstheoretisch bekannter Gedanken.[66] Die eigentlich zentrale Frage,

---

den Blick genommenen Urteile „nicht zwangsläufig verfassungs*gerichtliche* Urteile sein“ müssten (249, Hervorhebung im Original) und der verwendete Verfassungsbegriff überdies nicht „mit Verfassungs*recht* zu identifizieren“ sei (270, Hervorhebung nur hier).

60 Ebd., S. 71 ff.

61 Ebd., S. 30, vgl. auch etwa S. 265.

62 Ebd., S. 107 ff.

63 Dazu ebd., S. 218 f.

64 Ebd., S. 107 ff., insb. 163 ff.

65 Ebd., S. 247. Auf die Einzelheiten der Abgrenzung kommt es hier nicht an (zumal „[j]edes *juridische* Urteil […] rechtserzeugende Qualität auf[weise]“, S. 246, Hervorhebung im Original); sie erfolgt – nicht zuletzt aufgrund des weiten Verfassungsbegriffs – auch wenig trennscharf, vgl. S. 247, was aber in der Natur der Sache liegt, sodass man Müller-Mall allenfalls vorhalten kann, die Unterscheidung zu kategorisch zu denken, dazu sogleich im Text.

66 Stichworte sind hier die rechtshermeneutisch informierte „Konkretisierung“, vgl. dazu hier nur *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissen-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inwiefern das seit Kelsen als Kategorie etablierte Rechtserzeugungsmoment der Rechtsentscheidung, anders als dort, den konkreten Fall transzendieren und ihm als Überschuss gegenüber der vorherigen Rechtsordnung weiterhin abstrakte Bedeutung zukommen soll, bleibt eigentümlich dunkel.[67] Bzw.: Die Antwort erschließt sich erst, ganz im Sinne der „performativen Rechtserzeugung", im Nachgang des jeweiligen Urteils durch seine Rezeption.[68] Wenn spätere Urteile auf die im vorherigen erzeugten Zuordnungen als vorhandene derart zurückgreifen können, dass das Urteil nunmehr als Subsumtion des zuvor Verfassten erscheint, dann handelt es sich bei den ‚Ausgangsurteilen' um verfassende, bleibt diese positive Rezeption aus, um vereinzelt und daher unbedeutend gebliebene Fehlurteile.[69] Damit wird dann aber die kategorische Trennung zwischen juridischen und subsumierenden Urteilen fragwürdig. Denn wenn die Qualifikation als verfassendes Urteil auf die nachgängige Rezeption angewiesen ist, ‚erzeugt' jedes dieser nachgängigen Urteile das neu Verfasste zumindest im Sinne einer Re-produktion; tatsächlich entwickelt das Recht sich denn auch eher in Form von Rechtsprechungslinien, zu denen viele Urteile sukzessive etwas, und sei es nur die Anwendbarkeit auf den jeweils ganz individuell gestalteten Einzelfall, hinzutun – der normative Überschuss ergibt sich insofern erst aus der Gesamtschau und die kategorische Trennung erweist sich als gleitender Übergang.[70]

An sich käme es auf diese analytische Differenzierung hier aber auch nicht weiter an, ist doch vor allem von Interesse, wie Müller-Mall sich die Legitimation des Expansiven vorstellt, das man auch als ein Moment innerhalb der entsprechenden Urteile denken kann, ohne diese im Hinblick auf jenes zu etikettieren. Aber: Obwohl Müller-Mall hier einen normativeren Legitima-

---

schaft unserer Zeit; anschaulich auch die „Fallnorm" (*Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, S. 202 ff.); zum Rechts*erzeugungs*charakter der Rechtsentscheidung *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2], S. 242 ff.

67 *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, S. 256: „[D]ie Aussage, dass genau diese jeweilige Norm auf genau diesen jeweiligen Sachverhalt anwendbar ist, […] schreibt sich jeweilig in einen rechtsnormativ verfassten Zusammenhang ein und schafft ein Verhältnis der Höherrangigkeit: allerdings wiederum nur ein konkretes – jenes, dass diese Norm in dieser Sache allen anderen möglichen Normen vorgeht. […] Hier ist der Überschuss gegenüber bereits verfasster Ordnung zu finden, weil die normative Aussage des Vorrangs der herangezogenen Norm in keiner bloßen Applikation einer Norm aufgehen kann. Ein subsumierendes Urteil setzt den normativen Vorrang der Norm, die es heranzieht, bloß voraus. Ein juridisches Urteil […] erzeugt erst den Vorrang der Norm, die es heranzieht."

68 Siehe zu *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, bereits A.III.1.

69 Vgl. *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, S. 271.

70 Die Dynamik, zu der ihr Urteil beiträgt, muss den Urteilenden dabei nicht notwendigerweise bewusst sein. Das ändert aber nichts am bestehenden Legitimationsbedarf und macht es zwar schwerer, aber gerade dadurch auch wichtiger, Phänomene wie den Rechtswandel methodisch in den Griff zu bekommen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionsbegriff als noch in der dezidiert deskriptiven „performativen Rechtserzeugung“ verwendet, muss das Kriterium, das die überschießende Bedeutung des Urteils begründet, zugleich zur Legitimation des Überschreitungsmoments herhalten; jedenfalls liegen die Kriterien so nah beieinander, dass letztlich kein Raum für illegitime verfassende Urteile bleibt – ein Urteil ist entweder verfassend *oder* illegitim, wie es in Praxis einmal beides sein soll, bleibt schleierhaft. Legitimität ist jedoch nur dann ein gehaltvolles Prädikat, wenn sie auch *nicht* sein könnte.

Aber der Reihe nach: Um den „Legitimationsbedarf“ des „Überschreitungsmoment[s]“ zu decken, sei dieses „an jene zurückzubinden, die als Gesamtheit das kollektive Subjekt demokratischer Legitimation bilden“, denn

> „die verfasste Welt erweiternde Vorgänge […] können […] ihre Legitimation nicht [durch irgendwie positivierte Normen] vermittelt[71], sondern nur durch einen unmittelbaren Aufruf eines (wie auch immer gefassten) *pouvoir constituant* gewinnen. Zu verfassen bedeutet schließlich gerade, aus dem konstituierten Raum herauszutreten – und diese Überschreitung kann nicht selbst durch bereits konstituierte Legitimationswege kanalisiert werden“.[72]

Der Schlüssel zu diesem unmittelbaren Aufruf soll nun in der eigenen Beurteilbarkeit der entsprechenden Urteile liegen. Genauer: Diese ist Bedingung der Legitimität, die sich dann erst nachgängig mit Blick auf die tatsächliche Rezeption – durch juristische *und nicht-juristische* Akteure – herausstellt, aus der sich ergibt, ob der durch das Urteil erhobene Anspruch auf Allgemeingültigkeit seiner Zuordnung, speziell seiner „reflektierenden“ Gehalte, die Rechtsgemeinschaft überzeugt.[73] Durch diesen Blickwinkel werde vermieden, „Recht als ein[en] vom demokratischen politischen Prozess nicht nur ausgelöste[n], sondern auch entkoppelte[n] Mechanismus der Regelanwendung [zu] verst[ehen]“.[74] Bei alldem bleibt aber fraglich, wie diese Beurteilung gerade

---

[71] Damit wird dann auch die Möglichkeit einer inhaltlichen Begründung etwa mit Verfassungswerten gekappt. In diese Richtung auch deutlich *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, S. 62 mit Fn. 62. Wenn sie aber ebd. meint, die Expansionen seien „selbst den legitimatorischen Anforderungen der Begründung von Verfassung zu unterwerfen“, dann ist diese Parallelisierung auf dem Boden des Grundgesetzes heikel, denn dieses sieht ein klares Verfahren der Verfassungsänderung vor und stellt seine eigene Geltung unter die auflösende Bedingung des Erlasses einer neuen Verfassung (Art. 146); insbesondere aber duldet es keine Verfassung neben sich (Art. 79 Abs. 1 S. 1). Eigenständige Verfassungsbegründungen am Grundgesetz vorbei stellen damit dessen Geltung insgesamt in Frage. Aus dem positiven Verfassungsrecht ergibt sich damit, dass man Innovationen auf Verfassungsebene doch inhaltlich an bestehende Normen rückbinden, also einen Ableitungszusammenhang begründen muss.

[72] Der „Legitimationsbedarf“ des „Überschreitungsmoment[s]“, ebd., S. 23; die folgenden Zitate S. 22 bzw. 32.

[73] Ebd., S. 244.

[74] Ebd., S. 245.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für Gerichtsentscheidungen ein legitimatorisches Potenzial entfalten soll – das zudem der anspruchsvollen Formulierung einer Rückbindung an den *pouvoir constituant* gerecht wird –, obwohl die Beurteilung durch das Volk selbst keine operationable Größe darstellt. Die Analyse wird vielmehr nochmal verdeutlichen, warum die Haltung des Volks nur im zurückgenommenen Modus der ‚Forcierung' ins Spiel gebracht werden kann. Denn *erstens* kann eine gerichtliche Entscheidung mangels juristischer Expertise gerade nicht „von jedermann und jederfrau […] *als juridisches* Urteil nachvollzogen und beurteilt werden", diese können die im Urteil verkörperte Rechtslage nur mit ihren *politischen* Überzeugungen abgleichen, also eine *politische* Kontrolle vornehmen.[75] *Zweitens* nimmt das Volk mangels Eingebundenheit bzw. professionell bedingter Aufmerksamkeit die entsprechenden Urteile gar nicht hinreichend zur Kenntnis[76], was nur teilweise auch ein Einwand gegen die unter I. angestellten Erwägungen ist. Denn dort ist die Wirkrichtung umgekehrt; es geht nicht darum, Legitimität hervorzubringen, sondern sie politisch in Frage zu stellen. Gerade Unzufriedenheit motiviert dann aber auch strukturell viel stärker zur Artikulation der eigenen Haltung als beständige Zustimmung, die das politische Bewusstsein in einem Modus des ‚es läuft ja alles gut' einschläfert – genau diese Einstellung sollen Rechtsänderungen forcierende Urteile ja irritieren. Aufgrund der umgekehrten Wirkrichtung folgt aus ihnen zudem keine unmittelbar auf das ‚Votum' des Volks gestützte positive Legitimation, sondern sie forcieren eben erst die Produktion verfahrensmäßiger Legitimation. Das führt zum *dritten* Punkt: Mangels Institutionalisierung lässt sich dieses Votum nicht greifen – wann tritt denn der Fall ein, dass die Zustimmung nicht ausreicht? Was sind die Konsequenzen für das Urteil? Kurz: Woran erkennt man fehlende Legitimität? Bei Müller-Mall: gar nicht. Für die prinzipiell starke Idee der Beurteilbarkeit, die in beiden Konzepten mit einem konkret fall- und nicht abstrakt interpretationsbezogenen[77] Zugriff auf die

---

[75] Das Zitat ebd., S. 263, Hervorhebung im Original. Problematisch ist insofern auch, dass der Anspruch auf Allgemeingültigkeit des Urteils dann fehlgehen soll, wenn er, statt auf juridischen, auf politischen oder wirtschaftlichen Überlegungen beruht (S. 264); woraus aber soll der spezifisch „juridische" Anteil kommen, wenn es gerade um ‚Expansionen' des Rechts geht? – Eben nur aus politischen, wirtschaftlichen oder moralischen Erwägungen.

[76] Dazu bereits B.II.1. Wegen des *politischen* Kontrollmaßstabs und seiner umgekehrten Wirkrichtung (dazu sogleich im Text) ist auch das häufige zeitliche Auseinanderfallen von öffentlicher Aufmerksamkeit und Veröffentlichung der schriftlichen Urteilsgründe hier weniger problematisch; denn man kann einen Tenor und mit ihm, gleichsam automatisch, die zugrundeliegenden Normen ungerecht finden, ohne die juristischen Gründe zu kennen, aber umgekehrt können diese nicht überzeugen, ohne dass man sie kennt. Freilich wäre es auch aus der Forcierungsperspektive besser, würden die schriftlichen Begründungen schneller vorliegen.

[77] Das markiert einen Unterschied etwa zu Häberles „offene[r] Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", wie *Müller-Mall* ebd., S. 244, Fn. 6 richtig sieht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einbindung des Volks einhergeht, bedeutet das, dass ihr insbesondere dort großes legitimatorisches Potenzial innewohnt, wo es entsprechend institutionalisierte Erhebungen über die ‚Performance' ‚verfassender' Akteure gibt, also namentlich im Verhältnis des Wahlvolks zum Gesetzgeber.[78]

Als operationabel bleibt insofern wiederum allenfalls die spezifisch juristische Rezeption übrig – wobei auch dieser, soweit die Rechtsprechung in Rede steht, nur bedingt eine Aussage über die Überzeugungskraft der expansiven Momente entnommen werden kann, können die Untergerichte den Obergerichten doch, jedenfalls faktisch, nicht einfach die Gefolgschaft verweigern[79]. Damit fallen dann aber, wie oben vorweggenommen, die Kriterien des verfassenden Charakters mit denen der Legitimation weitgehend in eins: es bedarf einer positiven Rezeption innerhalb des Rechtssystems. Tatsächlich entkoppeln sich also *gerade im hier kritisierten Konzept* die Sphären des demokratischen Prozesses und der Rechtsentwicklung.

Bezeichnend für diese Inkonsistenzen ist denn auch die von Müller-Mall schließlich eingeführte Kategorie eines „sensus communis": Wenn es heißt,

> „[d]ie Rechtfertigung dieses Anspruchs subjektiver Allgemeingültigkeit setzt […] die Idee eines Gemeinsinns voraus, der die Erfahrung des Passens von Allgemeinem und Besonderem, die das Urteil bestimmt und ermöglicht, trotz ihrer Subjektivität als gemeinschaftliche denken lässt",[80]

---

78 Institutionell betrachtet ist eine judikative Aktualisierung der Rechtsordnung also insofern problematisch, als die dritte Gewalt aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit gerade keiner Kontrolle durch Legislative oder Volk unterworfen ist, das heißt: keiner Kontrolle außerhalb der Gesetzesänderungen.

79 Vgl. zur faktischen Bindungswirkung obergerichtlicher Entscheidungen nur *Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (319 f.) m. w. N. Auch vonseiten der Wissenschaft ist nicht allzu viel Kritik zu erwarten, hat sie doch ein Eigeninteresse daran, die Entscheidungen grundsätzlich anzuerkennen, um an ihrer Deutung teilhaben zu können, vgl. dazu *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (44); vgl. ferner, auch zu den hier folgenden Abschnitten, *Bryde*, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 107 (114): „Das Bundesverfassungsgericht ist keinem besonderen Druck zu judical restraint ausgesetzt, und daher ist es auch regelmäßig nicht das Bestreben der Wissenschaft, Entscheidungen auf ihren Kern zurückzuführen. Kritik am Bundesverfassungsgericht ist vielmehr immer dann besonders stark, wenn es Zurückhaltung gegenüber Politik oder Fachgerichten übt. Das gilt auch für zukünftige Fragen. Es ist wahrscheinlicher, dass die Richter als feige kritisiert werden, weil sie sich über die Zukunft ausschweigen, als wenn sie weitreichende Aussagen zu Fragen machen, die überhaupt noch nicht Verfahrensgegenstand sind. Daher ist es tendenziell auch weniger Ziel der Staatsrechtslehre, die Präzedenzwirkung von Urteilen klein und eng am Streitgegenstand zu halten, sondern im Gegenteil ihre Reichweite auszuweiten und immer neue verfassungsrechtliche Restriktionen für die Politik zu behaupten."

80 *Müller-Mall*, Verfassende Urteile, S. 271, das im Text folgende Zitat ebd., S. 263.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und dieser Gemeinsinn sogar „[d]ie einzige Möglichkeit" jener Rechtfertigung sein soll, dann erscheint dies als behelfsmäßiger Ersatz einer nachgängigen Kritik, die als Idee kraftvoll, im vorgelegten Konzept praktisch aber nicht zu fassen ist und deshalb bereits im Akt des Urteilens selbst fiktiv vorweggenommen wird. Die tatsächliche Prozeduralisierungskomponente ist damit verspielt. Im Hinblick auf den Gemeinsinn entpuppt sich das Konzept vielmehr als Mustervertreter des inhaltlich-repräsentativen Ansatzes, für den der Wille des Volks ausreichend berücksichtigt ist, wenn er als Referenzgröße für das eigenständige Gestaltungshandeln des Rechtssystems fungiert. Müller-Mall trägt hierbei immerhin der Relativität des Repräsentativen Rechnung, denn der Gemeinsinn könne „in jeder anderen Gemeinschaft anders ausfallen".[81] Unter dem Gesichtspunkt des Pluralismus besteht unsere Gemeinschaft indes aus vielen Teilgemeinschaften, die sich nur prozedural auf einen vorübergehenden Nenner bringen lassen.

### *b) Judikativer Minimalismus*

Inwiefern Cass R. Sunsteins „judikativer Minimalismus" zur Integration dieser pluralistischen Gesellschaft beitragen kann, wie insbesondere Brodocz' Lesart suggeriert, kann hier offenbleiben.[82] Das Konzept ist an dieser Stelle vor allem deshalb interessant, weil es in dem bei Müller-Mall affirmativ behandelten expansiven Moment der Rechtsprechung ein demokratisches Problem ausmacht und zu dessen Lösung einen methodischen Weg einschlägt. Die Leitidee des judikativen Minimalismus besteht darin, die Auswirkungen einer gerichtlichen Entscheidung auf das Rechtssystem möglichst eng zu begrenzen, also gerade nicht durch Urteile zu „verfassen", sondern „one case at a time" – so der Titel von Sunsteins Schrift –, also punktuell und minimalistisch, zu entscheiden. Gerichtliche Entscheidungen lassen sich danach entlang von zwei Dimensionen in minimalistische bzw. maximalistische einordnen, und zwar im Hinblick auf ihre Entscheidungsreichweite und ihre Begründungstiefe.

Eine niedrige Entscheidungsreichweite („prozeduraler Minimalismus") lässt in quantitativer Hinsicht so viele Aspekte wie möglich unentschieden.[83] Es soll nur das entschieden werden, was für die ‚Lösung' des konkreten Einzelfalls unbedingt erforderlich ist; Hilfserwägungen, Hinweise für die bessere

---

[81] Ebd., S. 264. Siehe zum inhaltlich-repräsentativen Ansatz und einer ausführlichen Kritik daran oben B.II.

[82] Vgl. *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (insb. 189 ff.); bei *Sunstein* selbst ist die integrative Dimension nur angedeutet, nicht ausgearbeitet (vgl. One Case at a Time, S. 11, 14).

[83] *Sunstein*, One Case at a Time, S. 10 f.; *ders*., Michigan Law Review 104 (2005), S. 123 (124 f.); *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (180 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gestaltung einer für nichtig befundenen Norm oder gar obiter dicta müssten insofern unterbleiben. Eine niedrige Begründungstiefe („substantieller Minimalismus“) liegt bei „incompletely theorized agreements“ vor.[84] Das verweist darauf, dass man sich, um gemeinsam eine Entscheidung zu treffen, nicht auf einen ausschlaggebenden Grund oder auch nur eine einzelne in sich konsistente Begründung bzw. ein in sich geschlossenes, systematisiertes Konzept einigen oder festlegen muss, sondern sich – was vor allem für die Normsetzung relevant ist – auf die Geltung eines abstrakten Prinzips oder einer Regel auch verständigen kann, ohne im Hinblick auf die Anwendung im Einzelfall einig zu sein; oder – umgekehrt und für gerichtliche Entscheidungen wichtiger – in der Beurteilung eines konkreten Falls übereinstimmen kann, ohne dass dies notwendigerweise auf denselben abstrakten Gründen beruht. Aus Sicht des substantiellen Minimalismus ist ein Urteil vielmehr dann optimal, wenn es aufgrund einer oberflächlichen, ‚ungesättigten‘[85] Begründung „aus möglichst vielen verschiedenen Gründen geteilt werden kann“.[86]

Hier zeigt sich, wie Sunstein und Müller-Mall ausgehend von derselben Analyse zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen. Während der normative Überschuss, der sich aus der Festlegung auf eine bestimmte „passende“, im Wege des „Reflektierens“ gewonnene, abstrakte Rechtfertigung ergibt, bei Müller-Mall Legitimationspotenziale freisetzt, ist er bei Sunstein von vorneherein zu vermeiden, weil es für die Legitimation vielmehr auf die demokratische Deliberation ankomme, sein Minimalismus sei daher „democracy-promoting“[87].

---

[84] *Sunstein*, One Case at a Time, S. 11; *ders*., Legal Reasoning and Political Conflict, S. 35 ff.; *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (181 f.).

[85] Vgl. zum „Erfordernis der Sättigung“ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 293, 301 f.

[86] Das Zitat bei *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (182); dort und bei *Sunstein*, Legal Reasoning and Political Conflict, S. 36 f. ist als dritte Form eine Übereinkunft genannt, die weder von einer abstrakten Einigkeit getragen ist noch konkrete Einzelfälle betrifft, sondern auf der Ebene eines „mid-level principle“ angesiedelt ist, worauf es hier aber nicht ankommt; bei *Sunstein*, One Case at a Time, S. 11 sind denn auch nur die hier angeführten Varianten genannt.

[87] *Sunstein*, One Case at a Time, S. 24 ff. – ansonsten ähneln sich die Analysen aber etwa auch insofern, als für Sunstein die minimalistische oder maximalistische Wirkung ebenfalls auch von der späteren Rezeption abhängt (ebd., S. 19 ff.). Auch verstehen sich beide Konzepte als Affirmationen der in ihrem jeweiligen Rechtsraum vorherrschenden Praxis: Der US-Supreme Court judiziert Sunstein zufolge überwiegend minimalistisch (ebd., S. xi), das BVerfG *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (182 f.) zufolge eher maximalistisch (wobei beides zuweilen ineinander übergeht: der Rückgriff auf Textbausteine etwa verstetigt zwar abstrakte Sentenzen, die aber so eng an ihren feststehenden Wortlaut gebunden sind, dass ihr Sinn keinen Selbststand erlangt, vielmehr dunkel bleibt und ein späteres Distinguishing kaum erschwert). Vgl. aber *Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVD-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine zentrale Technik minimalistischen Begründens ist dabei die Analogie, und zwar nicht die klassische Rechtsanalogie, sondern die Sachverhaltsanalogie, also der Verweis auf die Entscheidung in einem vergleichbaren Fall als Grund für die entsprechende Entscheidung des jetzigen Falls.[88] Denn die Reichweite des Urteils bleibt gering, wenn bloß die Ähnlichkeit zwischen den Fällen dargestellt wird, anstatt abstrakte Gründe zu konstruieren, welche stets Deduktionen für andere Fälle ermöglichen. Die Idee besteht mit anderen Worten darin, Dogmatik zu vermeiden; heißt Dogmatisieren von Rechtsprechung doch nichts anderes, als den ‚Umweg' über Selbststand gewinnende Abstraktionen zu gehen, während die Referenzentscheidung hier unmittelbar in den neuen Fall projiziert wird, wie es in case-law Systemen eben üblich ist[89]. Für den Minimalismus ist das analoge Begründen tatsächlich eine besonders spitzfindige Methode, weil originäre inhaltliche Begründungen, wie zurückhaltend sie auch gefasst sein mögen, immer über den Fall hinausweisen, sonst handelte es sich nicht mehr um Gründe, wie Hong zutreffend feststellt:

> „um Gründe zu sein, müssen sie über die Entscheidung des Falles selbst hinausreichen. Eine Entscheidungsbegründung kann sich nicht auf die konkret-individuelle Aussage des Entscheidungstenors beschränken, dass unter den konkreten Bedingungen des entschiedenen Falles aus der entscheidungserheblichen Vorschrift das konkrete Ergebnis folge."[90]

Diese Dezision muss vielmehr gerade hergeleitet bzw. untermauert werden. Insofern lassen sich denn auch die Dimensionen der Begründungstiefe und der Entscheidungsreichweite nicht trennscharf abgrenzen, weil mit einer tieferen Begründung notwendigerweise stärkere, also weiter über den Fall hinaus-

---

StRL 71 (2012), S. 296 (310): Beim US-Supreme Court sei „das höchstrichterliche Urteil von vornherein ein zukunftsgerichtetes Grundsatzurteil. […] Die massenhaften höchstgerichtlichen Urteile in den romanischen Ländern sind hingegen nicht selten Einzelentscheidungen, die schon wegen ihrer Knappheit und Aussagearmut kaum über den entschiedenen Fall hinausweisen." – Man muss die Aussagekraft des Minimalismus als Konzept trotz seiner Formulierung anhand des Verfassungsrechts nicht auf dieses und erst recht nicht auf die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkt begreifen: eine spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es im amerikanischen System ohnehin nicht und auch in Deutschland ist die Rechtsordnung derart konstitutionalisiert, dass sich die Rechtsschichten in potenziell jedem Urteil vermischen.

88 *Sunstein*, One Case at a Time, S. 42 ff.; *ders*., Legal Reasoning and Political Conflict, S. 62 ff.; *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (184 ff.); vgl. zur „Vergleichsfallmethode" auch *T. M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 298 ff.

89 Entsprechend gibt es in den USA das, was wir Rechtsdogmatik nennen, nicht, vgl. *Somek*, JZ 2016, S. 481 ff.

90 *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 94. Ebenso denn auch *Sunstein*, One Case at a Time, S. 14: „Reasons are by their nature abstractions. Any reason is by its nature more abstract then the case for which it is designed."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reichende Abstraktionen einhergehen[91]. Umgehen lassen sich diese Zusammenhänge dann nur mit dem sinngemäßen Verweis ‚dies haben wir schon entschieden (und müssen daher nicht neu entscheiden und entsprechend auch nicht neu begründen)', also durch analoges Begründen. Dieses hält zudem immer die Option offen, Entscheidungen, die infolge extensiver Rezeption ‚zu groß' geworden sind, wieder zu ‚stutzen', indem man die Besonderheiten der aktuellen Fälle betont.[92]

Dieses in die alltägliche Praxis integrierte Verschlanken und Vermeiden, Recyclen, Abschichten und Aussondern abstrakten Begründungsballasts wirkt dem Rechtswandel nun insofern entgegen, als die Rechtsprechung, ihrer Verbindungslinien in Form dieser abstrakten Begründungen beraubt, extrem punktuell wird – wie punktuell, veranschaulicht die Erwiderung des judikativen Minimalismus auf Alexanders Einwand, ohne fundierte Begründungen erschienen die Urteile den Unterlegenen und Andersdenkenden als bloße Gewalt, erst die Gründe könnten Akzeptanz generieren[93]: Sunstein hält dagegen, verloren sei bei einem minimalistischen Urteil nur *ein* Fall, nicht – wie bei maximalistischen Urteilen – der komplette Themenbereich.[94] Gerade dem deutschen Bedürfnis nach Systemgerechtigkeit und innerer Folgerichtigkeit der Rechtsordnung würde ein solches ‚Zerfasern' einzelner Teilbereiche in unterschiedliche Kasuistiken, deren mögliche Begründungen inkompatibel sind, indes widerstreben; es würde als Gleichheitsproblem aufgefasst werden. Doch das hier nur am Rande, wichtiger ist an dieser Stelle, dass sich aus dem Stakkato des Minimalismus nicht ohne Weiteres „Entwicklungspfade" bilden bzw. dass diese weniger Beharrungskraft besitzen und die zukünftige Richtung weniger stark vorgeben als in einer dogmatisierteren Rechtspraxis. Das Konzept des Entwicklungspfads ist besonders von Rainer Wahl für die wissenschaftliche Analyse des Rechts erschlossen worden; es geht kurz gesagt darum zu verstehen, wie das Recht zu dem geworden ist, was es heute ist.[95] Der gerichtlichen Entscheidungspraxis kommt dabei maßgebliche Bedeutung

---

91 Das übersieht *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 455 f., wenn er den judikativen Minimalismus hinsichtlich der Entscheidungsreichweite begrüßt, aber hinsichtlich der niedrigen Begründungstiefe kritisiert.

92 Vgl. *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (184). Zentrale Technik hierfür ist das „Distinguishing", dazu im hier maßgeblichen Kontext instruktiv *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 99 f.

93 *Alexander*, Notre Dame Law Review 72 (1997), S. 531 (534).

94 *Sunstein*, Designing Democracy, S. 60; eine Verteidigung der Kasuistik bei *dems*., Legal Reasoning and Political Conflict, S. 121 ff.

95 *Wahl*, JZ 2013, S. 369 ff.; *ders*., Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, S. 27 (57 ff.). Bei Wahl gilt das Interesse vor allem der Herausbildung der die (Teil-)Rechtsordnungen prägenden Strukturmerkmale; das Konzept lässt sich aber auch ohne Weiteres auf die ‚Mikroperspektive' der einzelnen Normentwicklung beziehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu. Sie konkretisiert die vorhandenen Normen fortlaufend, indem sie in die Zukunft weisende „Weichenstellungen" zugunsten bestimmter unter der Vielzahl prinzipiell möglicher Verständnisse vornimmt.[96] Wie sich der Norminhalt auf diese Weise Schritt für Schritt wandeln kann, ist unter A. ausführlich beschrieben worden. Für den judikativen Minimalismus sind solche, ex definitione weitreichenden Weichenstellungen indes gerade zu vermeiden. Im Minimalismus bleibt das Verhältnis gesetzten Rechts[97] zu seiner Anwendung damit ursprünglicher; diese kreist eher um jenes, als einen zusammenhängenden Pfad[98] zu beschreiten und immer neue Ausgangspunkte zu erreichen.[99]

Im Hinblick auf dieses Vermeiden des Wandels und das stattdessen gewählte Ziel, die Gestaltungsentscheidungen dem demokratischen Prozess zuzuführen, scheint der judikative Minimalismus nah an den auch hier vertretenen Positionen zu liegen. Doch letztlich bestehen in beiden Hinsichten dann doch größere Diskrepanzen: Mit der generellen Geringschätzung abstrakter Maßstäbe läuft eine minimalistische Praxis zum einen Gefahr, grundlegende

---

96 Ebd., insb. S. 374.

97 Dieses spielt im US-amerikanischen System zwar insgesamt eine geringere Rolle als hierzulande, womit die Beurteilung des judikativen Minimalismus aber nicht steht und fällt (tendenziell anders *Möllers*, Scope and Legitimacy of Judicial Review in German Constitutional Law – the Court versus the Political Process, in: Pünder/Waldhoff (Hrsg.), Debates in German Public Law, S. 3 [23]), zumal gerade auch die US-Verfassung auf geschriebenen Regeln basiert. Vgl. auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 569 zum anglo-amerikanischen Rechtskreis: „Den staatlichen Gesetzen müssen auch die Präjudizien weichen. Solche Gesetze werden jedoch in aller Regel sehr eng am Wortlaut haftend ausgelegt. Wenn dann eine Rechtsfrage ein erstes Mal unter Bezug auf ein bestimmtes Gesetz entschieden worden ist, wird künftig oft nur noch diese Entscheidung angeführt. Auf dieser Entscheidung bauen weitere Entscheidungen auf, und so kann das Gesetz am Ende mehr oder weniger vergessen und die Absicht des Gesetzgebers durchkreuzt werden."

98 Zur Veranschaulichung der Pfadbildung durch maximalistische Entscheidungen sei hier nur auf das Lüth-Urteil verwiesen, das, wie in so vielen Kontexten, auch als Paradebeispiel einer maximalistischen – so *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (179, vgl. hier auch 182 f.) – bzw. weichenstellenden – so *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (374); *ders*., Lüth und die Folgen, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Perspektive, S. 371 ff. – Entscheidung angeführt wird: Wäre etwa das vorangegangene Steuersplitting-Urteil, BVerfGE 6, 55 (71), das Art. 6 Abs. 1 GG zur „wertentscheidende[n] Grundsatznorm" erklärt hatte, substantiell minimalistischer gewesen, hätte das Lüth-Urteil es schwerer gehabt, die Grundrechte *insgesamt* zur Wertordnung zu erklären, die dann wiederum diverse Entwicklungsprozesse angestoßen hat.

99 Zum Bild der Ausgangspunkte im Konzept des Rechtswandels oben A.I.4.c) bb). Freilich lassen sich auch minimalistische Rechtssysteme entwicklungsgeschichtlich untersuchen und bilden Strukturmerkmale heraus. Dies aber langsamer und immer infolge maximalistischer bzw. maximalistisch gewordener Entscheidungen, also eigentlich zu vermeidender Ausnahmen, die den Minimalismus gerade durchbrechen, anstatt ihn zu bestätigen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechte zu marginalisieren, weil sie immer nur punktuell zur Geltung kommen und ihren Adressaten somit ‚erlauben', sie in den Zwischenräumen, also gleichsam ‚im Generellen', weiterhin zu verletzen.[100] Die normative Kraft des Rechts wird auf diese Weise nicht hinreichend ausgeschöpft; die Rechtsform selbst nimmt Schaden, anstatt – was der hier verfolgte Ansatz ist – sie ‚nur' zu demokratisieren, wofür eine konkretisierende Ausdifferenzierung des Rechts kein prinzipielles Problem darstellt, solange sie sich innerhalb der demokratisch entschiedenen Normrahmen hält. Unabhängig von ihrer hierzulande einfachgesetzlichen Gebotenheit, etwa nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 132 Abs. 4 GVG oder § 11 Abs. 4 VwGO, erhöhen solche Konkretisierungen im Gegenteil die Vorhersehbarkeit der Rechtsentscheidungen, womit das Recht als demokratisches Handlungsmittel für seine Adressaten zu einem wichtigeren Faktor innerhalb ihrer handlungsanleitenden Beweggründe wird. Diesem Ziel kommt Sunstein, dem diese Vorzüge abstrakter Begründungen durchaus bewusst sind[101], kaum näher, wenn er ein maximalistisches Urteil in Alles-oder-nichts-Manier ausnahmsweise gutheißt, sofern „die Sachentscheidung der Richter auf einer wohlüberlegten Überzeugung beruht"[102]. Maximalistische Urteile stehen damit als Möglichkeit immer offen; die Richter müssen nur von der Richtigkeit ihrer Entscheidung überzeugt sein, um den demokratischen Prozess, auf den es dann nicht weiter ankommt, zu übertrumpfen. Inwiefern diese Bedingungen in der Praxis kollektiver Spruchkörper nur sehr selten erfüllt sind, sodass sie eher minimalistisch agiert, ist insofern zweitrangig, weil es in solchen *rechtsmethodischen* Fragen auf sichere Prinzipien ankommt. Entsprechend ist es aus der eingenommenen Perspektive auch fehlerhaft, wenn die subjektive Theorie als maximalistisches „weitreichendes Prinzip" abgelehnt wird[103]; denn beim Vorrang des historischen Auslegungselements handelt es sich gerade nicht um ein eigenständiges *materielles* Prinzip, aus dem selbständig Inhalte deduziert werden könnten wie aus dogmatischen

---

100 Vgl. *Fleming/McClain*, Texas Law Review 76 (1997), S. 509 (547): Der judikative Minimalismus „may simply permit the political processes to proceed, such as they are, and to trample on or neglect basic principles of liberty and equality".

101 Vgl. *Sunstein*, One Case at a Time, S. 14 f.

102 Inhaltlich ebd., S. 57, dort auch weitere Kriterien, wobei nicht vollends klar wird, ob sie kumulativ oder alternativ zu verstehen sind, worauf es für die hiesigen Zwecke aber auch nicht ankommt; nochmals weitere Ausnahmen bei *dems.*, Tulsa Law Review 43 (2007), S. 825 (836 ff.); das Zitat folgt der Übersetzung von *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (187).

103 *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (194 f.); *Sunstein*, One Case at a Time, S. x, 6, 209 ff. – wobei die amerikanische Debatte um den Originalismus (dazu statt vieler *Beaucamp*, JZ 2023, S. 581 ff.) nur mit starken Abstrichen auf das deutsche System übertragen werden kann, weil die US-Verfassung tatsächlich in keiner praktikablen Weise prozeduralisierbar (sprich: *faktisch* nicht änderbar) ist, vgl. Art. V, was auf das Grundgesetz aber gerade nicht zutrifft.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Figuren, sondern um eine methodische Regel, die hilft, einer Norm einen Inhalt zuzuschreiben, aber zur Lösung späterer Fälle möglicherweise – relativ zu den vorhandenen Materialien der dann einschlägigen Normen – ganz andere Inhalte stützt. Hier wird also in einen Topf geworfen, was nicht zusammenpasst.

Damit verbunden ist der zweite Einwand: Ob der Minimalismus den demokratischen Prozess wirklich fördert, wie Sunstein verspricht, ist zweifelhaft. Denn dass nicht abstrakt begründet wird, heißt ja nicht, dass die demokratischen Entscheidungen im Minimalismus nicht kassiert würden – zumal Sunstein gegen inhaltlich ‚aktivistische', also sich dem self-restraint nicht verpflichtet fühlende Entscheidungen nichts einzuwenden hat, sofern sie minimalistisch begründet sind[104]. Doch dieser retrospektive Blickwinkel ist hier nicht entscheidend. Denn minimalistische Entscheidungen sollen die Demokratie gerade prospektiv stärken. Der Gedanke ist der folgende: Substantiell zurückhaltende Begründungen enthalten keine Vorgaben, „denen die eröffneten politischen Entscheidungen genügen müssen. Zum einen wird die politische Entscheidung somit notwendig und verantwortbar, und zum anderen verlangt sie nach einer eigenen, nach einer politischen Begründung."[105] Soweit dies die demokratische Verantwortlichkeit des Parlaments und die Kontingenz des positiven Rechts betont, ergeben sich keine Unterschiede zum hier vertretenen Konzept. Der Minimalismus ist in dieser Hinsicht nur weniger innovativ und leistungsfähig, als er sich gibt. Er möchte die Demokratie bloß „katalytisch" unterstützen: „Führt die Gesellschaft die ihr überlassenen und zugetragenen Entscheidungen nicht einem Prozess der demokratischen Deliberation zu, dann bleibt die nur verstärkende, jedoch nicht initiierende Funktion des judikativen Minimalismus ohne Wirkung."[106] Freilich ist auch das unter I. beschriebene Konzept auf politisches und gesellschaftliches Aktivwerden angewiesen, nur begnügt es sich nicht damit, passiv auf die Diskussionen zu warten und währenddessen so wenige rechtliche Aussagen wie möglich vorzunehmen, die dadurch als rechtliche aber jeweils bestätigt und niemals selbst infrage gestellt werden. Indem es die Unterordnung des positiven Rechts unter die demokratisch-politische Willensbildung betont[107], nimmt es die Gemeinschaft vielmehr aktiv in die Verantwortung. Kurzum: Der „democracy-promoting"-Effekt des judikativen Minimalismus entpuppt sich letztlich als

104 Vgl. *Sunstein*, One Case at a Time, S. 28.

105 *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (187); vgl. auch *Sunstein*, One Case at a Time, S. 25 ff.

106 *Brodocz*, KJ 2008, S. 178 (196); vgl. auch *Sunstein*, One Case at a Time, S. xiv.

107 Hierin besteht dann auch das integrative Potenzial der subjektiven Theorie: Sie signalisiert den Unterlegenen gerade nicht, ihre Gründe wären prinzipiell minderwertvoll oder minderrichtig, sondern nur, dass aktuell andere in die kontingent auszufüllende Rechtsform gegossen sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Spielart des judicial restraint. Zwar knüpft die Zurückhaltung nicht an die inhaltliche Entscheidung selbst an, sondern an die Reichweite der Entscheidungsbegründung. Der Modus, warum die Demokratie von ihnen profitiert, ist jedoch derselbe: Demokratische Deliberationen erhalten Freiräume, die sie selbständig nutzen können und müssen. So unterstützenswert das ist – dieser demokratische ‚Liberalismus' nimmt den politischen Prozess so wie er ist, mit all seinen Funktionsmängeln und das politische Bewusstsein bzw. Interesse betreffenden Desiderata. Damit sind die Potenziale einer demokratiefördernden Rechtstheorie nicht ausgeschöpft, denn „for courts to leave things undecided so as to permit democratic deliberation to proceed is not necessarily the same thing as to promote, or reinforce, or force democratic deliberation"[108].

## 5. Rechtsprechung auslegen

Wenn die Extremposition des judikativen Minimalismus auch nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermag, so weist sie doch in die richtige Richtung, um der Lösung der hier behandelten Probleme näherzukommen: Angesichts der Prägekraft der Rechtsprechung ist deren Inbezugnahme näher methodisch einzuhegen, als es in unserer Rechtskultur immer noch üblich ist. Die Reichweite von Gerichtsurteilen darf nicht dem freien Spiel des justizinternen Diskurses allein überlassen werden, worauf etwa Müller-Malls Vorschlag hinausläuft, sondern muss angemessen bestimmbar, das heißt vor allem: begrenzbar sein. Das zentrale, die jüngere rechtswissenschaftliche Debatte bestimmende Stichwort hierzu ist die insbesondere von Lepsius erhobene Forderung nach einer „Kontextualisierung" der Präjudizien.[109] Aber auch darüber hinaus braucht es Regeln zum Umgang mit vorhandener Rechtsprechung. Dazu wird hierzulande nach wie vor zu wenig geforscht. Oftmals liegt der Fokus darauf, die Legitimität des Richterrechts überhaupt zu begründen.[110] Ausführungen zum methodischen ‚Wie' des Umgangs oder umfassende Studien wie Mehr-

---

108 *Fleming/McClain*, Texas Law Review 76 (1997), S. 509 (547).

109 Vgl. die Nachweise oben B.III.2.; *Wahls* Konzept der Historisierung, JZ 2013, S. 369 ff., schlägt in epistemischer Hinsicht in dieselbe Kerbe, obgleich Wahl der ausdehnenden Wirkung der De-Kontextualisierung unkritischer gegenübersteht (ebd., S. 375 f.), vgl. zu beiden Konzepten auch *Lepsius*, Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, S. 119 (135 ff.). *Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, S. 17 kritisiert die inzwischen gängige Forderung nach Kontextualisierung als Lippenbekenntnis: „[D]ie herrschende Meinung […] wird nicht müde, eine umfassende ‚Kontextualisierung' des Verfassungsrechts einzufordern […], um doch nur umso ungestörter dogmatisch weiterarbeiten zu können: irritationsloses *business as usual*" (Hervorhebung im Original).

110 Seltener auch: zu bestreiten, so etwa *Hillgruber*, JZ 1996, S. 118 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dad Payandehs „Judikative Rechtserzeugung“ sind selten.[111] Lernen ließe sich hier vor allem von Case-law-Systemen, die eine innere Systemrationalität von vorneherein nur erreichen können, indem sie der willkürlichen Inbezugnahme von Präjudizien methodisch entgegenwirken und sich entsprechend ausgiebig damit befassen.[112] Zu diesem Zweck müssen wir Präjudizien nicht von Rechtserkenntnisquellen zu Rechtsquellen aufwerten.[113] Als Techniken, mit denen die Vielzahl gerichtlicher Entscheidung strukturiert und fortlaufend auf ein handhabbares Maß beschränkt wird, sind das „Distinguishing“ – also die Ablehnung der Bindung an ein Präjudiz unter Betonung der Unterschiede anstelle der Gemeinsamkeiten zwischen den Fällen –, die strikte Differenzierung zwischen bindender ratio decidendi und wenig relevantem obiter dictum und schließlich die Auslegung jener ratio zwar notwendiger Ausdruck des gerichtszentrierten Systems, dienen der Sache nach aber gerade dazu, die Bedeutung einzelner Urteile, also das Grundprinzip der präjudiziellen Bindung, zu relativeren. Diese Techniken ermöglichen innerhalb der entsprechenden Rechtskreise eine flexible Rechtsprechung; legislative Interventionen stehen dabei nicht im Fokus. Aber auch diesbezüglich gilt: Grundlegende Weichenstellungen im Verständnis des geltenden Rechts durch weitreichende gerichtliche Entscheidungen können ein derartig verzweigtes Netz an dogmatischen Konsequenzen nach sich ziehen, dass einzelne Kurskorrekturen oder auch

---

111 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, zur Methodik insb. S. 460 ff.; vgl. ferner etwa *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht; *Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (zur Methodik insb. 320 ff.); das Referat von *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 257 ff. hat primär konstatierenden Charakter und enthält sich weitgehend normativer Überlegungen – freilich ist das Verständnis der Zusammenhänge, denen die Rezeption gerichtlicher Urteile *faktisch* unterliegt, Voraussetzung für eine wirksame methodische Disziplinierung; s. aus der Lehrbuchliteratur etwa *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 217 ff.

112 Hierzu wiederum *Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 319 ff. Die rechtsvergleichende Perspektive ist gerade in diesem Bereich daher besonders instruktiv, vgl. etwa *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Vgl. auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 567, die diagnostizieren, „dass deutsche Juristen die Kunst des Fallvergleichs […] nicht beherrschen. Wenn man sich in Deutschland auf Präjudizien beruft, werden oft nur einzelne Sätze aus dem angeführten Urteil herausgegriffen. Das führt manchmal zu groben Fehlleistungen“; *Bryde*, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 107 (112 ff.).

113 Punktuell besteht aber auch hierzulande eine normative Bindung an Präjudizien, vgl. dazu *v. Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grundlegende Reformen des demokratisch verantwortlichen Gesetzgebers in diesem Dickicht erschwert sind.[114]

Die Reichweite lässt sich dabei am sinnvollsten durch im Konkret-Inhaltlichen ansetzende Auslegungsregeln, weniger durch pauschale Vorgaben zum Umgang mit Präjudizien, begrenzen. Wenn Payandeh etwa aus dem Rechtsstaatsgebot Pflichten zur Kenntnisnahme von Präjudizien – was die aktive Suche nach ihnen einschließt –, zur argumentativen Auseinandersetzung sowie zur grundsätzlichen Befolgung bzw. Offenlegung und Begründung von Abweichungen herleitet[115], so rationalisiert das die Rezeption der Rechtsprechung zwar, beschränkt aber deren Reichweite nicht. Vielmehr stützen solche Vorgaben die Tendenz zu weitreichenden Judikaten, weil sie die Argumentationslast denjenigen aufbürdet, die ein vorheriges Urteil *nicht* auf ihren jeweiligen Fall ausdehnen wollen, und so von der Begründung ablenkt, weshalb die inhaltlichen Ausführungen der Präjudizien – mehr oder weniger vergleichbare Fälle wird es immer geben – für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts überhaupt relevant sein sollen.[116] Eine Beschränkung geht dagegen von Regeln zur Auslegung der einzelnen vorentschiedenen Passagen aus, die schon im ersten Schritt von nicht einschlägiger Judikatur befreien. Auch zur Anwendung einer Rechtsnorm begründet man ja zunächst positiv, dass der Tatbestand erfüllt ist, bevor man überlegt, ob sich Ausnahmen von der Rechtsfolge konstruieren lassen.

Auf dieser rhetorischen Ebene endet die Vergleichbarkeit allerdings bereits, denn die Grunderkenntnis solcher Auslegungsregeln ist gerade, dass *Urteile*

---

[114] Dazu *Wahl*, JZ 2013, S. 369 (377) im Hinblick auf Dogmatik, aber unverändert übertragbar auf den Gesetzgeber: „Wer ein Element dieses Pfades ändern will, muss angesichts dieser Zusammenhänge zwischen dogmatischen Figuren [Stichwort ebd.: ‚kohärentes dogmatisches Gefüge'] weit mehr ändern als nur das ursprüngliche Element. Genau diese Aussicht, viel mehr ändern zu müssen, wirkt stabilisierend zugunsten des Entwicklungspfades."

[115] *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 259 ff. Diese Begründung und Offenlegung unterscheidet sich von der von *Schmitt Glaeser* (Vorverständnis als Methode, S. 271 ff., 281 ff., dazu bereits A.III.6.) vorgeschlagenen insofern, als diese an das dogmatisch transportierte Vorverständnis und damit die Auslegung der Norm selbst anknüpft, was ein erhebliches Reflexionsniveau einschließt und Interpretationsdynamiken tendenziell begrenzt, während Payandeh nicht an die Norm, sondern an die Präjudizien anknüpft; deren Entwicklung sich ohne Rückbezug zur geschriebenen Norm aber ungehindert vom ursprünglichen Normsinn entfernen kann. Vgl. zu Berücksichtigungspflichten bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243 ff. und allgemein *T. M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 98 ff.

[116] Dieses Problem ist *Payandeh* freilich bewusst, der Wert darauf legt, dass seine Theorie, „die Handlungsspielräume des Präjudizienadressaten nicht nur verringern, sondern auch erweitern" können (Judikative Rechtserzeugung, S. 14, im Einzelnen dann 449 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*nicht wie Gesetze auszulegen* sind[117]. Leitsatzartige Formulierungen lesen sich zwar in der Regel wie positives Recht, erlangen ihre Relevanz aber aus einer konkreten Fallentscheidung und dienen selber deren Begründung, wie abstrakt sie zu diesem Zwecke auch gefasst sein mögen.[118] Während sie also den speziellen sachlich und rechtlich[119] geprägten Umständen des jeweiligen Einzelfalls entstammen, ist das bei der parlamentarischen oder auch bei der exekutiven Rechtsetzung ganz anders: Die von dort stammenden Normen werden von vorneherein als abstrakte Regeln entworfen und ihrerseits begründet. Das rechtfertigt es dann auch, über mögliche Bedeutungen einzelner Begriffe zu spekulieren, während dies im Umgang mit Entscheidungsbegründungen – an deren Formulierungen nicht aus derselben institutionell-weitsichtigen Perspektive und unter Rückgriff auf dieselben Ressourcen wie im Gesetzgebungsverfahren gefeilt werden kann – zu weit ginge[120]. Die Bedeutung der in der Urteilsbegründung verwendeten Begriffe muss immer im konkreten Fall Halt finden, von dem aus in aller Regel auch keinerlei Schwierigkeit besteht,

---

117 Gemessen daran kritisch zur Praxis: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 259; wohlwollender die Einschätzung bei *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 257 (270). Zum Ganzen auch *Lepsius*, Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, S. 119 (123 ff.); vgl. auch *ders*., Relationen, S. 30 ff.

118 Beim Rückgriff auf Präjudizien wird deren Begründung nicht nur stärker gewürdigt als die Materialien bei der Gesetzesanwendung (vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 462 f.); die relevanten Sätze entstammen vielmehr durchgängig der Begründung, das Präjudiz *ist* gleichsam seine Begründung (die Fallentscheidung selber wird in der Rückschau zum ‚Kontext') – mit dem Tenor allein lässt sich für andere Fälle nicht viel anfangen. Gerade Begründung und letztliche Fallentscheidung werden aber als Mittel zur Kompromissbildung häufig gegensätzlich akzentuiert (dazu A.III.2.) – dies beim Rekurs auf Präjudizien einzupreisen, schwächt die Überzeugungskraft einer ausschließlichen Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe (und bremst damit potenziell die Dynamik).

119 Der Entscheidungskontext ergibt sich nicht allein aus dem ‚tatsächlichen' Geschehen; relevant ist auch, „[w]elches Prozessgeschehen zugrunde lag, welche Weichen bei der Sachverhaltsfeststellung in den Unterinstanzen wie gestellt wurden […], welche Kompromisszwänge innerhalb eines Kollegialgerichts die Begründung in eine bestimmte Richtung gelenkt haben", *Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (323, Fn. 91); zudem pflegen Höchstgerichte je eigene Begründungsstile, dazu *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 257 (266 ff.); und nicht zuletzt kann das materielle Recht verändert worden sein, sei es auch nur im Umfeld der unmittelbar streitentscheidenden Normen.

120 Vgl. vor allem *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 77 f. m. w. N.; anschaulich auch das Beispiel bei *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 218 f. Aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum etwa *Raz*, Law and Value in Adjudication, in: ders., The Authority of Law, S. 180 (188).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Formulierungen in einem bestimmten Sinn zu verstehen. Solche Schwierigkeiten kommen regelmäßig erst durch verallgemeinernde Ent-Kontextualisierungen auf.

Ob die Richter eine weitreichende Auswirkung ihrer Entscheidungsbegründung über die jeweilige Fallkonstellation hinaus beabsichtigen oder nicht, ist in normativer Hinsicht irrelevant.[121] Freilich sind jedenfalls die Obergerichte regelmäßig insofern von ebendieser Intention geleitet, als sie ihre Entscheidungen in Interaktion mit anderen Urteilen treten lassen, indem sie den dortigen Aussagen andere Impulse entgegensetzen, ihnen eine neue Richtung zu verleihen suchen oder sie in einen neuen Bereich transferieren.[122] Denn gerade bei Obergerichten prägt das Bewusstsein der Einbindung in den juristischen Diskurs die Begründungsaussagen, die daher zumeist im Zusammenhang einer Rechtsprechungslinie betrachtet werden müssen und sich dem Leser zuweilen erst vor diesem Hintergrund überhaupt richtig erschließen[123]. Für die angemessene Handhabung der Präjudizien bedeutet das zweierlei: Einerseits stellt es bereits eine Art der Kontextualisierung dar, bei der Rezeption stärker Rechtsprechungslinien als isolierte Entscheidungen in den Blick zu nehmen. Auf der anderen Seite erschwert das die Kontextualisierung der Präjudizien allerdings nicht unerheblich – weil es den Vorgang potenziert. Ist nicht nur *ein* Entscheidungskontext zu berücksichtigen, sondern mehrere, dann sind weite Teile des Rechtsprechungsrechts frühzeitig derart divers verwurzelt, dass Kontextualisierungen einzelner Präjudizien nur bedingt eingrenzende Wirkung auf die Reichweite der eben nicht mehr nur an einzelnen Urteilen hängenden Aussagen haben. In anderen Worten: Man kann in einer Urteilsbegründung ‚Lüth' kontextualisieren, aber nicht die gesamte davon geprägte Grundrechtsjudikatur; diese wiederum verliert ihre Bedeutung für den jeweiligen Fall nicht schon dann, wenn der Kontext des Lüth-Urteils klar ein Distinguishing nahelegen würde. Die Tendenz zur Abstraktion zu selbständigen Maßstäben ist so gesehen auch Ausdruck eines verlorengegangenen Überblicks. Dieser aber wurzelt im spezifischen Zeitproblem der Rechtspraxis – vor welchem die Wissenschaft nicht steht: Sie kann durchaus, Stück für Stück,

---

121 Zumal selbst für das BVerfG im Hinblick auf § 31 Abs. 1 BVerfGG strittig ist, inwiefern sich die Bindungswirkung neben dem Tenor auch auf die tragenden Gründe erstreckt, vgl. dazu *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 392 ff., der dort zugleich eine Kontextualisierung der entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG vornimmt.

122 Nach *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 257 (266 ff.) bilden die Entscheidungsbegründungen insofern ein eigenständiges „Kommunikationsformat".

123 Vgl. *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 461 f.; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 81 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die gesamte Judikatur kontextualisieren.[124] Denn der Vorgang der Kontextualisierung unterscheidet sich vom Distinguishing besonders dadurch, dass er auch abstrakt und losgelöst von einem konkret-aktuellen Fallbezug betrieben werden kann und das Verständnis der einzelnen Präjudizien (oder Rechtsprechungslinien) im Generellen zu prägen vermag, sodass die Praxis, wenn sie auch weiterhin die Bedeutung der kontextualisierten Urteile für den konkreten Fall selbst ermitteln muss, hier zumindest nicht bei null anfängt, sondern vielleicht drei Viertel der Leistung schon vorfindet.

Auch ein weiterer Unterschied ist zu beachten: Als methodische Technik schafft das Distinguishing zwar Handlungsspielräume, in materieller Hinsicht „bleiben aber nicht nur alle früheren Verfassungsinterpretationen prinzipiell bestehen, sondern nehmen durch neue Interpretationen auch noch beständig zu"; das gilt gleichermaßen für sonstiges Recht, ist bei einem Verfassungsbezug aber besonders problematisch, denn: „Ob es das Gericht will oder nicht: Seine Spruchpraxis engt politische Gestaltungsspielräume kontinuierlich ein."[125] Man muss also zuletzt auch Techniken finden, altes Richterrecht auszusortieren, damit es nicht dauerhaft, gleichsam auf Abruf, eine argumentative Bezugnahme ermöglicht, mit der sich ab einer gewissen Menge an Judikaten alles begründen lässt. Hierfür generelle Maßstäbe zu finden, wird gleichwohl schwierig, verliert eine Rechts-„Erkenntnis" ja nicht einfach durch den Eintritt bestimmter Umstände von selbst ihre ‚Richtigkeit'. Möglich ist ein solches Abschichten wiederum nur über die *relative* Grenze des Diskurses – in den man dann freilich einsteigen muss und den man genauso anstoßen, wie man ihm entsprechende Werkzeuge bereitstellen kann. Hier ist dann abermals die historisierende Kontextualisierung der beste bisher gemachte Vorschlag, um vorhandene Rechtsprechung reflektiert zu diskutieren. Eine prinzipiell begrüßenswerte Entwicklung mit vergleichsweise niedriger Intensität, dafür großer Breitenwirkung, ist in diesem Zusammenhang das vermehrte Zitieren

[124] Wichtig in breit angelegter Perspektive insofern etwa *Menzel/Müller-Terpitz* (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung; *Haltern*, Europarecht; die Beiträge in *Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik; die intensive Perspektive in: *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht; vgl. auch *Grimm* (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter?; Kontextualisierungsarbeit kann aber auch in einzelnen, kleineren Beiträgen geleistet werden. Auch die Lehre kann hier wieder viel beitragen, vgl. etwa *Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (324): „Die etwa im französischen Ausbildungswesen fest verankerte Form eines ‚commentaire d'arrêt', einer vertieften wissenschaftlichen Urteilskritik, könnte durchaus auch in der deutschen Juristenausbildung gute Dienste tun."

[125] Beide Zitate als unmittelbar aufeinanderfolgende Sätze bei *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), S. 157 (182 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Urteilen nicht nur nach abstrakter Fundstelle[126], sondern mit zusätzlicher Kurzbezeichnung zum Sachverhalt, sodass eine spontane Einordnung zumindest möglich und die Gefahr gemindert wird, dass der Verweis als inhaltsleeres Autoritätsargument einen verzerrten Eindruck hervorruft – dies ist insbesondere in Urteilen und rechtsdogmatischen Abhandlungen, also dort, wo über Inhalte gestritten wird, sinn- und wertvoll, in stärker grundlagenorientierten Arbeiten mag es (wie hier) aus Platzgründen unterbleiben.

Es geht bei alldem nicht darum, die Bedeutung von Präjudizien zu marginalisieren; in Fragen der Rechtssicherheit und damit des Vertrauens in das Recht insgesamt leistet ihre Verarbeitung wertvolle Dienste. Wenn aber eine in einem anderen Kontext getroffene Aussage unreflektiert in einen neuen Bereich übertragen wird, fehlt die eigentliche Begründung für die neue Normaussage; was beim analogen ‚Begründen' im judikativen Minimalismus gerade beabsichtigt ist, fördert so faktisch den Rechtswandel, weil die disziplinierende Wirkung des Begründungserfordernisses insofern leerläuft. Hier setzt die methodische Rationalisierung des Umgangs mit Präjudizien an und engt die Spanne ein, die durch unreflektierte Inbezugnahmen jeweils begründungslos überbrückt werden kann. Das schwächt den Impetus, den judikative Entwicklungspfade auf die Richtung des Normsinns haben, und hält das Rechtssystem damit dazu an, seine benötigten Impulse bei der Legislative einzufordern.

## 6. Recht im Bewusstsein seiner Änderbarkeit auslegen

Zum Abschluss soll hier noch skizziert werden, wie der Gedanke an die Korrektur der Rechtsprechung durch Rechtsänderungen auf die zur Falllösung erforderlichen methodischen Erwägungen vorwirken kann.

### *a) Grundsatz*

Als konkretere Regel im Umgang mit wandelnden Interpretationen ließe sich an einen methodischen Test denken: *Je schwieriger sich im Einzelfall aufzeigen lässt, welcher Normtext als Entscheidungsprämisse geändert werden müsste, damit das Urteil anders ausfällt, desto problematischer ist es in demokratischer Hinsicht*. Denn diese Zusammenhänge verweisen direkt auf die Entkopplung der Rechtsentwicklung von demokratisch bestimmbaren

126 Zur Kritik daran *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 39 (56). Das hierzulande mangelnde Interesse am Entscheidungskontext erschwert den sachverhaltsbezogenen Zusatz, weil infolgedessen viele Entscheidungen keinen konsentierten Namen haben. Gerade auf Ebene des BVerfG entwickelt sich das jedoch in eine erfreuliche Richtung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Faktoren: Recht muss, soll es demokratisch sein, formell änderbar sein.[127] Für das geschriebene Recht ist das zunächst einmal unproblematisch. Selbst das Grundgesetz ist, wie bereits gesehen, vergleichsweise leicht zu ändern; allenfalls die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG stört das Bild, bezieht sich aber auf wegen ihrer Unbestimmtheit weitestgehend konsentierte Prinzipien, von denen im politischen Diskurs einzig der Föderalismus immer wieder der Kritik ausgesetzt ist. Aber selbst der Ausweg dafür, die Verfassungsablösung, ist in Art. 146 GG bereits vorgesehen und würde zwar eine gewaltige Zäsur bedeuten, wäre aber in unseren nationalen Grenzen theoretisch gut durchführbar. Einstimmigkeitserfordernisse, wie sie teilweise in der Europäischen Union vorgesehen sind, müssen diesbezüglich hingegen kritisch betrachtet werden.

Aber hier kommt es nicht ausschließlich auf das ohne Weiteres zur demokratischen Disposition stehende, von den zuständigen Stellen abstrakt gesetzte Recht an. Da die Texte sich bekanntlich nicht selbst auf die Wirklichkeit anwenden können, kommt eine zweite Kategorie ins Spiel:

> „Das Recht gilt so, wie es von den Gerichten gedeutet wird. Wenn diese Deutung auf Widerspruch stößt, kann das Problem in die politische Arena mit dem Ziel getragen werden, die Justiz durch Rechtsänderungen umzuprogrammieren. Nicht kann die Interpretation politisch geändert werden."[128]

Demokratisch gesteuert werden kann in anderen Worten nur der ‚Input', nicht der ‚Output' des Rechtssystems. Diese Ebenentrennung erschwert ein wirksames Wechselspiel aus judikativer Aktion und legislativer Reaktion. Eine Verbindung zwischen Setzung und Anwendung sollen zunächst einmal die Auslegungsregeln der Rechtsmethodik sicherstellen – wie gut oder schlecht das im Allgemeinen funktioniert, braucht hier kein weiteres Mal diskutiert zu werden. Nun gibt es aber Rechtsargumentationen, die sich der Matrix des geschriebenen Rechts entziehen, bei denen also die Suche nach der Verbindung in umgekehrter Richtung – vom „law in action"[129] zurück zur Setzung – ins Leere läuft bzw. genauer: bei denen die Suche nach der im Falle politischen Widerspruchs zu ändernden Norm den Suchenden ratlos zurücklässt. Dass so zwischen dem ‚gesprochenen' und dem geschriebenen Recht kein valider Ableitungszusammenhang[130] besteht, ist gerade dann problematisch, wenn in ei-

---

127 *Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, insb. etwa S. 415.

128 *Grimm*, Rechtsgeschichte 2011, S. 97 (102).

129 Vgl. *Pounds* begriffsbildenden Aufsatz „Law in Books and Law in Action", American Law Review 44 (1910), S. 12 ff.

130 Dass sich die Lösung eines konkreten Falls nicht *vollständig* aus einer abstrakten Norm *ableiten* lässt, worauf vielfach hingewiesen wird, ändert nichts daran, dass ein *gewisser* Programmierungszusammenhang zwischen Norm und Entscheidung bestehen muss, um eine demokratische Rückkopplung konstruieren zu können, und daran, dass der Grad demokratischer Legitimierbarkeit (im Sinne einer notwendigen,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nem rechtlich vergleichsweise engmaschig determinierten Bereich operiert wird. Denn dass ein hypothetisches Gesetz im kollektiven Arbeitsrecht dem dortigen Richterrecht vorgeht, steht außer Frage; aber wie soll man Regeln reformieren, die ursprünglich bereits dem Ziel der Reform entsprechend angewandt und später umgedeutet oder umgangen wurden? Man denke etwa an den Fall der Rügeverkümmerung, dessen methodische Mängel von hier aus noch einmal besonders deutlich zu Tage treten[131]. Problematisch erscheint ebenso der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und insbesondere die Figur der Abwägung. Nicht nur kommen sie zumeist und namentlich im Verfassungsrecht ohne textlichen Anknüpfungspunkt zur Anwendung. In ihrem Modus entscheiden die Normen den Fall auch nicht mit ihrem legislativ festgelegten *Inhalt*, sondern mit ihrem *Gewicht*, das der Gesetzgeber nicht zu bestimmen vermag. Wie er das Ergebnis eines auf Grundlage von Verhältnismäßigkeitserwägungen entschiedenen Falls durch eine – nicht in haltlose Kasuistik verfallende – Normänderung in seinem Sinne korrigieren kann, ist vor diesem Hintergrund fraglich. Dies gilt zumal für eine Entscheidung wie den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in dem es heißt, *die* (welche?) Grundrechte geböten eine rasche Minderung der Treibhausgasemissionen[132]. Was aber muss man ändern, wenn man das politisch so nicht möchte? Und welche Auswirkungen hätte es etwa auf das Gesamtgefüge in dieser Frage, wenn einzelne bestimmte Grundrechte durch formelle Änderungen aufgeweicht würden? Ein demokratisches Judikat muss sich darum bemühen, konkrete Einzelrückbindungen her-(aus-)zustellen, um seine Festlegungen nicht dem demokratischen Prozess zu entziehen. Der Klimabeschluss ist natürlich ein hochkomplexes Einzelbeispiel;[133] als Prinzip gilt indes für jede Rechtsentscheidung, dass sie sich der Handlungsbedingungen der Demokratie vergewissern muss.

Und hierfür kann sich der eingangs beschriebene Rechtsänderungs-Test als nützlich erweisen: Wenn einer Rechtsprechung durch eine Rechtsänderung nicht oder nur schwer beizukommen ist, liegt etwas im Argen.[134] Er schafft Bewusstsein für die Kontingenz des positiven Rechts – potenziell rückstän-

---

keiner hinreichenden Bedingung, vgl. oben B.III.4.c)) mit der Intensität der Rückbindung an konkrete Normen steigt.

131 Dazu bereits oben A.III.6.

132 BVerfGE 157, 30 (130 ff.).

133 Auch ist er um Schonung des demokratischen Prozesses bemüht, vgl. *Britz*, NVwZ 2022, S. 825 (827 f.). Zur Einordnung im Kontext des Wandels A.III.4.a). Die Rückbindung an konkrete Grundrechte ist zudem durch die Anknüpfung an eine Zielnorm erschwert; die Kontrolle konkreter Maßnahmen erleichtert hier einiges.

134 Im Grundsatz ebenso *Dersarkissian*, Verfassungswandel und Grundrechte, S. 239 ff., S. 240: „Normative Grenzen einer verfassungsgerichtlichen (Fort-)Entwicklung der Grundrechte liegen dort, wo *der verfassungsändernde Gesetzgeber* sie nicht im Verfahren nach Art. 79 GG *rückgängig machen* kann“ (Hervorhebungen im Original).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dige Normen *müssen nicht* in der Situation des Urteilens wandelnd umgedeutet werden, denn Recht ist reversibel –; er diszipliniert vor diesem Hintergrund den methodischen Teil der Urteilsbegründungen – der rationalisierenden Wirkung des Darstellungserfordernisses für den Prozess der Entscheidungsherstellung durchaus vergleichbar[135] –; und er hält die Gerichte dazu an, dort, wo sie meinen, keine Änderung forcieren zu müssen, sondern im Wege der Interpretation noch selber agieren zu können, schon im Voraus mögliche andere Rechtsgestaltungen andenkend miteinzubeziehen, sie unter Umständen sogar explizit auszusprechen und sich so der Option zu begeben, im Änderungsfall dieselbe Interpretation aufrechtzuerhalten. Dazu müssen Gerichte nicht ins heillos Spekulative abdriften; Wendungen nach Art von: „der verwendete Begriff X legt dieses oder jenes Verständnis nahe, andernfalls hätte der Gesetzgeber Y geschrieben" sind vielmehr regelmäßig normaler Ausdruck einer fundierten Auseinandersetzung mit den Auslegungsvarianten und deren methodischer Plausibilität.

Dieser Test verlängert Jestaedts von (demokratisch) bereits getroffenen Entscheidungen her gedachten „Positivierungsnachweis" um den Aspekt der demokratischen Entscheidbarkeit.[136] Nach Jestaedt obliegt es einer (Verfassungs-)Dogmatik, ihre Verankerung im bereits gesetzten Recht nachzuweisen – dem wird man so kaum widersprechen können. Nur bleibt die Antwort auf die Positivierungsfrage in der Praxis eben regelmäßig umstritten. Das Augenmerk auf die konkret legistische Positivierungs- bzw. eben rechtsförmige Negationsfähigkeit zu lenken und den Test insofern zuzuspitzen, verringert den Argumentationsspielraum und eröffnet Wege in Richtung punktueller Minimalkonsense.

Damit wäre zumindest ein Anfang gemacht, die Demokratie als maßgebliche Größe in die Methodenlehre zu integrieren, spielt sie doch bisher in Theorie und Praxis der Rechtsanwendung eine angesichts ihrer fundamentalen Bedeutung für unser Rechtssystem erstaunlich randständige Rolle. Was aus dem Test im Einzelnen folgt, müsste dann jeweils wieder der juristische Diskurs zeigen, als Kategorie schafft er aber zumindest ein Bewusstsein für diese Fragen.

---

135 Dazu *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, für den das Erfordernis einer im juristischen Diskurs möglichst konsensfähigen methodischen Begründung als „Stimmigkeitskontrolle" (S. 19) für das maßgeblich anhand des richterlichen Rechtsgefühls gefundene Ergebnis fungiert.

136 *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 77 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*b) Einwände, insbesondere für die Verfassungsebene?*

Abschließend sei noch kurz auf den vielleicht stärksten Einwand gegen die vorstehenden Überlegungen eingegangen: dass eine fehlende effektive Änderbarkeit nämlich nicht erst aus der gerichtlichen Bearbeitung des Normmaterials resultieren muss, sondern schon in sprachlichen Differenzierungsschwierigkeiten angelegt sein kann. Man könnte in Anbetracht dessen versucht sein, solche Konstellationen über einen ausnahmsweise legitimen Wandel zu lösen – also nicht wie die objektive Theorie an die Unbestimmtheit, sondern an die sprachliche Schwierigkeit der Änderung anzuknüpfen, um Dynamik zu legitimieren. Daneben müsste dann als Kompensation ein hohes Maß an Offenheit und Ausdrücklichkeit gegenüber dem Wandel treten, um sich den Konsens über seine inhaltliche Richtigkeit vergegenwärtigen zu können.[137] Ein solcher Vorschlag stünde in der Tradition der Transparenz- und Berücksichtigungspflichten von Schmitt Glaeser oder Payandeh[138] und wäre als Reflexionsförderung sinnvoller als die bisherige Praxis – die damit einhergehenden Abgrenzungs- und Handhabungsschwierigkeiten, die ihre rationalisierende Potenz fast zwangsläufig implodieren lassen, sind aber nicht erforderlich. Dieses Gedankenspiel ist daher direkt wieder zu verwerfen.

Denn, auch abgesehen davon, dass es ja von vorneherein nicht die Aufgabe der Gesetzgebung ist, auf jeden Einzelfall gleich mit einer Gesetzesänderung zu reagieren, sollte man die Leistungsfähigkeit guter Gesetzgebung, auch auf Ebene abstrakter Begriffe, nicht unterschätzen. Sprachliche Schwierigkeiten, bis ins Detail gehende Unterscheidungen vorzubestimmen, bestehen in aller Regel nur auf einem (für dieses Anliegen dann *zu*) hohen Abstraktionsniveau. Das verweist etwa auf Generalklauseln, die deshalb aber nicht ihre Daseinsberechtigung verlieren; vielmehr lassen sie sich legistisch sinnvoll ergänzen, zum Beispiel durch Regelbeispiele oder Standardmaßnahmen, die keine unpassende Kasuistik bedeuten, sondern den gerichtlichen Entscheidungen auch

---

137 Der Wandel fungiert aktuell freilich eher als Verschleierungstaktik, weil er nach Außen gerade nicht aus der Sachangemessenheit, sondern aus der heteronom vorgegebenen Norm argumentiert. *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, S. 43 formuliert das als „Grundirrtum aller objektiven Interpretationslehren", wonach „diese nämlich Normtext und Norminhalt gegeneinander ausspielen und nur dem Normtext (ohne den ihm notwendig zugehörigen Kontext) Verbindlichkeit zuerkennen. […] Es kann dann zu dem eigenartigen Vorgang kommen, daß zunächst die Geltung der Norm auf die spezifische Legitimation des Normgebers gestützt, sodann der Normtext für allein maßgeblich erklärt, für die (Neu-)Interpretation aber gleichwohl die Legitimation des für unerheblich erklärten Normgebers in Anspruch genommen wird". Bei der aus der Sachangemessenheit argumentierenden Rechtsfortbildung spricht hingegen strukturell nichts gegen eine Offenlegung ihrer rechtsschöpferischen Anteile.

138 Dazu oben A.III.6. bzw. D.II.5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dort, wo sie nicht unmittelbar einschlägig sind, Maß geben und ihrerseits problemlos änderbar sind.

Problematisch bleibt insofern vor allem die Verfassung, bei der ein solches Vorgehen aus – hier besonders wichtigen – Stilfragen[139] untunlich ist. Ist dann wenigstens bei *ihr* Wandel legitimer als bei übrigem Recht, worauf ja auch der Sonderbegriff[140] des „Verfassungswandels" hinweisen würde? – Nein. Denn die Verfassung ist eine Rahmenordnung. Sie kann nicht derart häufig und detailliert geändert werden wie das einfache Recht – muss es aber wegen ihres Grundsatzcharakters auch nicht[141], jedenfalls dann nicht, wenn man diesen ernstnimmt und nicht jede juristische Frage gleich als Verfassungsproblem diskutiert. Insofern gelten hier wie dort dieselben Zusammenhänge[142] – und wenn gerade auch die Bestimmungen der Verfassung hin und wieder diskutiert und reflektiert werden, muss das keinen Aktionismus mit ihnen zur Folge haben, sondern stärkt in erster Linie eine selbstbestimmte demokratische Kultur.[143]

---

139 Dazu *Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 ff.; *Isensee*, Vom Stil der Verfassung; vgl. auch *Britz*, DÖV 2024, S. 405 ff.

140 Dazu oben A.I.1.a). Vgl. auch *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (14): „Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsänderung ist nicht eine Fortsetzung des Wechselspiels zwischen einfacher Gerichtsbarkeit und Gesetzesänderung auf höherem Niveau"; „Verfassungsänderungen sind für solche [die Rechtsprechung berichtigende] Feinkorrekturen grundsätzlich ungeeignet. […] Denn Korrekturen durch verfassungsändernde Mehrheit müßten den Charakter der Verfassung als politische Grundsatzproklamation aufheben und sind damit systemgerecht kaum möglich."

141 Insofern im Ergebnis dann doch wie hier *Masing*, Der Staat 44 (2005), S. 1 (16): „Rechtsprechung wie politische Akteure sind auch dann an die Festlegungen der Verfassung gebunden, wenn diese überholt sind. […] Auf diese ist zu insistieren, bis hin zur politischen Krise. Verfassungsauslegung ist nicht die Suche nach der gemeinverträglichsten Lösung, sondern muß durch das gesetzte Recht angeleitet bleiben. Daß auf dadurch entstehenden Druck hin auch förmliche Änderungen möglich sind, hat in Deutschland die Änderung des Asylrechts, des kommunalen Ausländerwahlrechts oder auch die Privatisierung der Infrastrukturwirtschaft bewiesen."

142 Wenn also die Bestimmtheit der Vorschriften mit ihrem absteigenden normhierarchischen Rang typischerweise steigt und damit die sprachlich bedingten Änderungshürden in der Regel sinken, so ist das ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied. Das verweist auf eine weitere Technik, den beschriebenen legistischen Hürden zu begegnen: die Delegation der Ausgestaltung auf die nächstniedrigere Ebene, sei diese das einfache Gesetz oder die Rechtsverordnung.

143 Nicht zuletzt würde es auch die Verfassungsgerichtsbarkeit disziplinieren, wenn sie die Möglichkeit einer Verfassungskorrektur als Reaktion auf eine möglicherweise zu weit gehende Rspr. einpreisen müsste. Haben die Verfassungsartikel hingegen den Nimbus des Unantastbaren, braucht das BVerfG keine solchen Rücksichten zu nehmen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Rechtsänderungs-Test tut seine Dienste also auch auf Verfassungsebene, wo es zahlenmäßig weniger Normen gibt, an denen man sich dann aber jeweils gewissenhaft festhalten muss. Man denke etwa an eine unmittelbare Drittwirkung – wie sollte der verfassungsändernde Gesetzgeber sich dagegen aussprechen?[144] In Art. 1 Abs. 3 GG steht ja bereits, die „Grundrechte binden *Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung* als unmittelbar geltendes Recht"; der Aufzählung ließe sich allenfalls ein „nur" voranstellen, was die Betonung des Satzes vom starken „unmittelbar geltendes Recht" auf dieses relativierende „nur" lenken und einem ersten Artikel damit unwürdig wäre. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Wollte der verfassungsändernde Gesetzgeber eine unmittelbare Drittwirkung *einführen*, könnte er ohne Weiteres als starken Satz 2 anfügen: „Sie sind auch von den Bürgern untereinander zu beachten."

[144] Zur unmittelbaren Drittwirkung oben A.III.4.b). Dazu, dass speziell der verfassungsänderende Gesetzgeber auch jenseits des Art. 79 GG vor hohen Hürden steht, wenn er sich gegen verfassungswandelnde Judikate wenden möchte, ausführlich *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus in: FS Isensee 2002, S. 183 (204 ff.); auch *Michael*, Verfassungswandel, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, § 8, Rn. 48 räumt das ein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

## Zusammenfassung und Ausblick

Als Fundament der Untersuchung ist im ersten Kapitel (A.) zunächst dargelegt worden, was man sich unter dem Begriff des Rechtswandels in der hier maßgeblichen Konzeption vorzustellen hat, wann und wie er auftritt und nach welchen Kriterien er sich von Kategorien wie der Auslegung und der Rechtsfortbildung unterscheiden lässt. Dass hier je nach Lesart vereinzelte Schnittmengen bestehen und der Wandel auch im Ganzen als Unterfall eines weit verstandenen Interpretationsbegriffs gedeutet werden kann, ist offensichtlich – man kam bisher ja weitgehend ohne ihn aus –, tut seinem heuristischen Nutzen aber keinen Abbruch; ging es doch gerade darum, ein feineres Analyseraster zu erarbeiten, um einerseits besser zu verstehen, nach welchen Mustern sich Rechtsordnungen, gerade auch auf der Mikroebene der einzelnen Norm, entwickeln und andererseits den Blick für möglicherweise illegitime Entwicklungen zu schärfen. Dafür sind eigene, von den bisherigen abgesetzte (Reflexions-)Kategorien hilfreich, weil sie die entsprechend wandelnden Akteure mit den dahinterstehenden Problemen konfrontieren, wofür es ausreicht, wenn sich ein Phänomen *auch* als (in unserem Fall) Wandel deuten lässt, und was fließende Konzepte wie die im Einzelfall mehr oder weniger überzeugende ‚Interpretation' so nicht leisten können. Denn inwiefern der Rechtswandel – aus demokratischer Perspektive – legitim sein kann, wird im zweiten Kapitel (B.) behandelt, aber letztlich negativ beschieden: Eine demokratische Legitimität müsste sich aus einer Repräsentantenstellung des Rechtssystems ergeben, für deren Annahme zu wenig spricht, weil sie sich auf Grundlage einigermaßen anspruchsvoller demokratischer Standards nicht rekonstruieren lässt. Die inhaltliche Richtigkeit als solche gegen die formale Legalität auszuspielen, trägt dagegen allenfalls in den engen Grenzen der Radbruchschen Formel. Diese demokratische Dimension spielt in der gesamten Methodendiskussion bisher eine zu randständige Rolle, zu leicht gerät sie in der Eigenrationalität der eingespielten Argumentationsmuster aus dem Blickfeld. Die Kategorie des Rechtswandels ist insofern auch Vehikel, um auf die spezifisch demokratischen Aspekte zu insistieren.

Im dritten Kapitel (C.) wird der Rechtswandel als Ausdruck einer bestimmten Art, über Recht zu denken und zu sprechen, untersucht, die – wenn nicht alles täuscht – in jüngerer Zeit immer weiter verbreitet ist, namentlich: das Recht in gesellschaftlichen Debatten als Autorität heranzuziehen, die jeweils die eigene Position stützen und die Gegenansicht von vorneherein diskreditie-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ren soll, sodass es zu einem echten Austausch über Gründe zwischen den auf ihren Standpunkt zurückgezogenen Parteien oftmals gar nicht kommt und Kompromisse in weite Ferne rücken, weil vielmehr auf das Recht-Bekommen vor Gericht gehofft wird. Die Betrachtungsweise geht insofern über die spezifisch-juristische Perspektive hinaus und nimmt auch den Zustand unserer Gesellschaft und die einhergehenden Wechselwirkungen in den Blick, aus denen sich ein nochmal grundlegenderes Verständnis und konkret die Einsicht ergibt, dass sich eine demokratische Rechtskultur in der Gesellschaft nicht von selbst entwickelt – dass das Rechtssystem selbst vielmehr darauf bedacht sein muss, sie in seinen Aktionen zu fördern.

Ansätze in diese Richtung diskutiert das abschließende Kapitel (D.), das damit den Bogen zurück zur juristischen Innenperspektive schlägt, also nicht allein auf den gesellschaftlichen Zustand reagiert, sondern auch Gegenentwurf zu den zuvor als problematisch herausgestellten Interpretationsmustern ist. Es stellt damit nicht in Abrede, dass unser Rechtssystem – mit dem Bundesverfassungsgericht, das sich um das demokratische Gemeinwesen in vielen klugen Entscheidungen verdient gemacht hat, an seiner Spitze – im Großen und Ganzen gut funktioniert, ist aber von der Überzeugung getragen, dass es eine wichtige Ergänzung des Status quo wäre, die öffentliche Politisierung des Rechts auch als Aufgabe dieses Rechtssystems zu begreifen. Dieser Gedanke wird – in Anknüpfung an Überlegungen aus den vorherigen Kapiteln, insbesondere aus der zweiten Hälfte des zweiten – zu der Leitidee formuliert, formelle Rechtsänderungen dadurch zu forcieren bzw. zunächst einmal und vor allem den demokratischen Prozess dadurch anzuregen, dass Gerichte, wenn sie die jeweilige Rechtslage für unzeitgemäß befinden, trotzdem besser die im Ergebnis möglicherweise unpopuläre Entscheidung treffen und – anstatt das Recht umzudeuten – zugleich in den Entscheidungsbegründungen ihre rechtspolitischen Vorbehalte andeuten sollten. Damit soll in letzter Konsequenz der Wahlakt als sicherster, weil faktenbasierter Trumpf, der einer institutionalisierten Demokratie zur Verfügung steht, für die Legitimation der Rechtsordnung fruchtbar gemacht werden – eine Dimension, in die bisher kaum gedacht wird. Ausgehend von dieser Leitidee werden eigene konkrete, insbesondere rechtsmethodische Vorschläge zur Umsetzung dieses Programms vorgestellt und vorhandene besprochen. Diese stehen für sich: Der Rechtswandel ist der Anlass ihrer Formulierung, aber sie müssen nicht wandelsspezifisch verstanden werden, sondern schlichtweg als derjenige Ausschnitt aus den demokratisch sinnvollen Methodenkonzepten, der auch seinen Wirkungskreis betrifft. Sie können – wie viele der im Verlauf der Arbeit vorgenommenen Analysen – unabhängig vom Rechtswandel aufgegriffen oder kritisiert werden. In diesem Sinne sei abschließend bemerkt: Soweit hier die eine oder andere etwas kühnere These vertreten wird, so geschieht das aus einem gleichsam dialektischen Wissenschaftsverständnis

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

heraus, das zwar versucht, gute Gründe und relevante Gesichtspunkte zu präsentieren, aber nicht beansprucht, bereits letzte Wahrheiten gefunden zu haben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Literaturverzeichnis


*Achenbach*, Hans: Der BGH zur Rechtskraft des Strafbefehls – causa finita?, in: NJW 1979, S. 2021 ff.

*Achenbach*, Jelena von: Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union, in: Vöneky, Silja/Hagedorn, Cornelia/Clados, Miriam/dies. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht. Interdisziplinäre Untersuchungen, Berlin u. a. 2009, S. 191 ff.

*Akbarian*, Samira: Soziale Bewegungen und der öffentliche Raum. Die Versammlungsfreiheit zwischen Privatisierung, Digitalisierung und sozialem Druck, in: KJ 2020, S. 225 ff.

*Akbarian*, Samira: Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, Tübingen 2023.

*Albers*, Marion: Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: VVDStRL 71 (2012), S. 257 ff.

*Aleixo*, Pedro Scherer de Mello: Verantwortbares Richterrecht. Eine rechtshistorische und methodenkritische Untersuchung, Tübingen 2014.

*Alexander*, Larry: Incomplete Theorizing: A Review Essay of Cass R. Sunstein's Legal Reasoning and Political Conflict, in: Notre Dame Law Review 72 (1997), S. 531 ff.

*Alexy*, Robert: Normenbegründung und Normanwendung, in: Aarnio, Aulis u. a. (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, S. 3 ff.

*Alexy*, Robert: Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 93 ff.

*Alexy*, Robert: Grundgesetz und Diskurstheorie, in: Brugger, Winfried (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 1996, S. 343 ff.

*Alexy*, Robert: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 8 ff.

*Alexy*, Robert: Grund- und Menschenrechte, in: Sieckmann, Jan-Reinard (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, Baden-Baden 2005, S. 61 ff.

*Alexy*, Robert: Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation, in: Becker, Michael/Zimmerling, Ruth (Hrsg.), Politik und Recht, Wiesbaden 2006, S. 250 ff.

*Alexy*, Robert: Begriff und Geltung des Rechts, 5. Auflage (3. Auflage der Studienausgabe), Freiburg 2011.

*Alexy*, Robert: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2012.



DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Alexy*, Robert: Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, in: Der Staat 54 (2015), S. 201 ff.

*Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2015.

*Amann*, Melanie/*Traufetter*, Gerald: Eine Klatsche für die Regierung – warum freut sich Peter Altmaier trotzdem?, in: Spiegel.de vom 30.04.2021 (online abrufbar unter: https://www.spiegel.de/politik/deutschland/peter-altmaier-warum-sich-der-minister-ueber-das-klima-urteil-des-verfassungsgerichts-freut-a-a34b59b4-d797-488b-a5ed-e828f206fe31, zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

*Ambos*, Kai: Rechtsbruch mit Ansage, in: Verfassungsblog vom 25.02.2025 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-netanjahu-merz-festnahme-haftbefehl-rechtswidrig/, zuletzt aufgerufen am 28.02.2025).

*Aquin*, Thomas von: Summa Theologica, Die deutsche Thomas-Ausgabe. 13. Band. Das Gesetz (Teil I des Zweiten Buches, Fragen 90 – 105), Heidelberg u. a. 1977.

*Aristoteles*: Nikomachische Ethik, Übersetzt und herausgegeben von Ursula Wolf, 2. Auflage, Hamburg 2008.

*Auer*, Marietta: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.

*Augsberg*, Ino: Wertordnung, Leitkultur, in: Kischel, Uwe/Kube, Hanno (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band I. Grundlagen, Wandel und Herausforderungen, Heidelberg 2023, § 9.

*Bäcker*, Carsten: Recht als institutionalisierte Vernunft. Zu Robert Alexys diskurstheoretischer Konzeption des Rechts, in: ARSP 2011, S. 346 ff.

*Bäcker*, Carsten: Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen 2015.

*Bäcker*, Carsten: Begrenzter Wandel. Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels, in: AöR 143 (2018), S. 339 ff.

*Bäcker*, Carsten: Verfassungsanalogien – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, in: Der Staat 60 (2021), S. 1 ff.

*Bäcker*, Matthias: Anmerkung zum Urteil des BVerfG in Sachen Rauchverbot vom 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 u. a., in: DVBl. 2008, S. 1180 ff.

*Badura*, Peter: Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 270.

*Baer*, Susanne: Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 223 ff.

*Baer*, Susanne: „Der Bürger" im Verwaltungsrecht. Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Tübingen 2006.

*Balkin*, Jack M.: Living Originalism, Cambridge, Mass. 2011.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Barczak*, Tristan (Hrsg.): BVerfGG. Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Berlin 2018, zitiert nach Bearbeiter.

*Bark*, Sascha: Zur Produktivität sozialer Konflikte, Wiesbaden 2012.

*Barthe*, Christoph/*Gericke*, Jan (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage, München 2023, zitiert nach Bearbeiter.

*Bartone*, Roberto: Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, in: Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern. Band I, Berlin 2009, S. 305 ff.

*Bassok*, Or: The Supreme Court's New Source of Legitimacy, in: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 16 (2013), S. 153 ff.

*Baumbach*, Martin: Vertragswandel und demokratische Legitimation. Auswirkungen moderner völkerrechtlicher Handlungsformen auf das innerstaatliche Recht, Berlin 2008.

*Beater*, Axel: Zivilrechtlicher Schutz vor der Presse als konkretisiertes Verfassungsrecht. Grundstrukturen im Vergleich von englischem, US-amerikanischem und deutschem Recht, Tübingen 1996.

*Beaucamp*, Guy: Original Public Meaning – Bedeutung, Relevanz, Plausibilität und Lehren für Deutschland, in: JZ 2023, S. 581 ff.

*Becker*, Johannes/*Englisch*, Joachim: Reformbedarf und Reformoptionen beim Ehegattensplitting, in: DStR 2016, S. 1005 ff.

*Becker*, Ulrich: Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996.

*Becker*, Ulrich/*Kersten*, Jens: Phänomenologie des Verfassungswandels. Eine verfassungstheoretische und rechtsdogmatische Perspektiverweiterung anlässlich der demografischen Entwicklung, in: AöR 141 (2016), S. 1 ff.

*Berkemann*, Jörg: Rechtsfortbildung – Aspekte tatsächlichen Richterverhaltens, in: KritV 1988, S. 29 ff.

*Berlin*, Isaiah: Two Concepts of Liberty, Oxford 1958.

*Bickel*, Alexander M.: The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 2. Auflage, New Haven 1986.

*Binding*, Karl: Handbuch des Strafrechts. Band 1, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885, Aalen 1991.

*Birke*, Wolfgang: Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968.

*Birr*, Josefa: Der Schatten des Wanderers – Einzelfall, Rechtswandel und Fortschritt in Rudolf von Jherings Lehre vom Rechtsgefühl. Herleitung eines Mehrebenenmodells seines komplexen Rechtsgefühlsbegriffs, Berlin 2022.

*Blankenburg*, Erhard: Empirisch meßbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein und Vertrauen in Recht, in: Hof, Hagen u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Baden-Baden 1994, S. 83 ff.

*Blome*, Thomas: Die Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten – Kerngehalt der Ehe nach Art. 6 I GG?, in: NVwZ 2017, S. 1658 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Auflage, Berlin 1981.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991, S. 58 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991, S. 92 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991, S. 143 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991, S. 67 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 379 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 11 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 53 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 29 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 159 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 115 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin 1998.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1999, S. 141 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 42 (2003), S. 165 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, S. 1216 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 24.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 34.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens. Aufriß der Probleme, in: Stimmen der Zeit 2008, S. 245 ff.

*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Vom Wandel des Menschbildes im Recht, in: ders./Gosewinkel, Dieter, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biografisches Interview von Dieter Gosewinkel, Berlin 2011, S. 13 ff.

*Boehl*, Antonia: Ein ökologischer Verfassungswandel?, in: Verfassungsblog vom 10.05.2022 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/ein-ökologischer-verfassungswandel/, zuletzt aufgerufen am 20.06.2023).

*Bogdandy*, Armin von: Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 156 ff.

*Bogner*, Alexander: Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet, Ditzingen 2021.

*Braun*, Johanna: Leitbilder im Recht, Tübingen 2015.

*Breckwoldt*, Maike: Grundrechtskombinationen, Tübingen 2015.

*Brennan*, Jason: Against Democracy, Princeton 2016.

*Breuer*, Rüdiger: Klimaschutz durch Gerichte? Kritische Anmerkungen zum verfassungsgerichtlichen Entscheidungszugriff, in: NVwZ 2022, S. 1233 ff.

*Britz*, Gabriele: Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung. Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, Tübingen 2007.

*Britz*, Gabriele: Wandel von Ehe und Familienvorstellungen im und durch Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016, S. 291 ff.

*Britz*, Gabriele: Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG) – Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris?, in: NVwZ 2019, S. 672 ff.

*Britz*, Gabriele: Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NVwZ 2022, S. 825 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Britz*, Gabriele: Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, in: NVwZ 2023, S. 1449 ff.

*Britz*, Gabriele: Rechtsgefühle. Die Relevanz des Affektiven für die Rechtsentwicklung – in Jherings Kampf um's Recht und im demokratischen Verfassungsstaat, in: Keiser, Thorsten/Olson, Greta/Reimer, Franz (Hrsg.), Rechtsgefühle. Die Relevanz des Affektiven für die Rechtsentwicklung in pluralen Rechtskulturen, Baden-Baden 2023, S. 141 ff.

*Britz*, Gabriele: Die Sprache des Grundgesetzes, in: DÖV 2024, S. 405 ff.

*Brodocz*, André: Judikativer Minimalismus. Cass R. Sunstein und die Integration demokratischer Gesellschaften, in: KJ 2008, S. 178 ff.

*Brosius-Gersdorf*, Frauke: Die Ehe für alle durch Änderung des BGB. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, in: NJW 2015, S. 3557 ff.

*Brugger*, Winfried: Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, in: Der Staat 35 (1996), S. 67 ff.

*Brugger*, Winfried: Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: JZ 2000, S. 165 ff.

*Brugger*, Winfried: Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011, in: AöR 136 (2011), S. 1 ff.

*Bryde*, Brun-Otto: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.

*Bryde*, Brun-Otto: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 305 ff.

*Bryde*, Brun-Otto: Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen, in: Hesse, Joachim Jens/Schuppert, Gunnar Folke/Harms, Katharina (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa, Baden-Baden 1999, S. 197 ff.

*Bryde*, Brun-Otto: Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I. Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004, § 17.

*Bryde*, Brun-Otto: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 68 (2009), S. 94 f.

*Bryde*, Brun-Otto: Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer, Franz (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, Baden-Baden 2016, S. 107 ff.

*Bühler*, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin 1914.

*Bumke*, Christian: Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung. Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: Der Staat 49 (2010), S. 77 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Bumke*, Christian: Konzepte der Verfassungsentwicklung, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung, Tübingen 2017, S. 39 ff.

*Bumke*, Christian: Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, in: AöR 144 (2019), S. 1 ff.

Bundesamt für Justiz: Übersicht der Gerichte des Bundes und der Länder, Stand 12. September 2024 (online abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Gerichte_Bund_Laender.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

*Burkiczak*, Christian: AWACS II – In dubio pro Bundestag, in: NVwZ 2008, S. 752 ff.

*Burkiczak*, Christian: Der Wille des Gesetzgebers als Auslegungsargument. Zur Entwicklung der methodischen Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Rechtstheorie 2021, S. 23 ff.

*Bydlinski*, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982.

*Calliess*, Christian: Von „Thermofenstern" zu Eigenrechten der Natur – auf der Suche nach der erforderlichen Schutzlücke, in: NJW 2025, S. 562 ff.

*Calliess*, Rolf-Peter: Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz – Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?, in: NJW 1989, S. 1338 ff.

*Camilo de Oliveira*, Renata: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Berlin 2013.

*Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, Berlin 1983.

*Canaris*, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", in: AcP 200 (2000), S. 273 ff.

*Castendyk*, Oliver: Rechtliche Begründungen in der Öffentlichkeit. Ein Beitrag zur Rechtskommunikation über Massenmedien, Opladen 1994.

*Chanos*, Antonis: Wandel von Rechtsnormen und richterliche Rechtsfortbildung, in: Aarnio, Aulis u. a. (Hrsg.), Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag, Berlin 2013, S. 665 ff.

*Christensen*, Ralph: Reine Rechtsdekonstruktion, in: KJ 2013, S. 206 ff.

*Classen*, Claus Dieter: Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat. Zur Beeinflussung des Demokratieprinzips durch Rechtsstaatlichkeit und internationale Offenheit, Tübingen 2009.

*Coelln*, Christian von: Wenn, dann richtig: „Ehe für alle" nur per Verfassungsänderung, in: NJ 2018, S. 1 ff.

*Coing*, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Berlin 1993.

*Coser*, Lewis A.: Theorie sozialer Konflikte, Wiesbaden 2009.

*Cover*, Robert M.: The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, in: Harvard Law Review 97 (1983), S. 4 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Crouch*, Colin: Postdemokratie, 13. Auflage, Frankfurt am Main 2017.

*Dahl*, Robert A.: Democracy and its critics, New Haven 1989.

*Damler*, Daniel: Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.

*Dannecker*, Gerhard: Narrativität im Recht. Zur Gestaltung der Sachverhalte durch die Gerichte, in: Anderheiden, Michael/Keil, Rainer/Kirste, Stephan/Schaefer, Jan Philipp (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 621 ff.

*Daub*, Adrian: Cancel Culture Transfer. Wie eine moralische Panik die Welt erfasst, Berlin 2022.

*Dau-Lin*, Hsü: Die Verfassungswandlung, Berlin 1932.

*Decker*, Frank: Bürgerräte – Abhilfe gegen die Repräsentationskrise oder demokratiepolitisches Feigenblatt?, in: ZParl 2021, S. 125 ff.

*Degenhart*, Christoph: Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, in: NJW 2022, S. 123 ff.

*Deiters*, Mark: Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006.

*Denninger*, Erhard: Staatsrecht. Einführung in die Grundprobleme des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Teil 1, Reinbek bei Hamburg 1973.

*Denninger*, Erhard: Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 1975, S. 545 ff.

*Denninger*, Erhard: Der Präventions-Staat, in: KJ 1988, S. 1 ff.

*Denninger*, Erhard: Verfassungspatriotismus und Integration, in: Der Staat 60 (2021), S. 495 ff.

*Denninger*, Erhard u. a. (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage, Neuwied 2001, zitiert nach Bearbeiter.

*Depenheuer*, Otto: Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988.

*Depenheuer*, Otto: Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff, in: AöR 120 (1995), S. 417 ff.

*Depenheuer*, Otto: Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ziemske, Burkhardt u. a. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 485 ff.

*Depenheuer*, Otto: Funktionen der Verfassung, in: ders./Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, S. 537 ff.

*Depenheuer*, Otto: Sprache und Stil der Gesetze, in: Kluth, Winfried/Krings, Günther (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, S. 137 ff.

*Depenheuer*, Otto/*Grabenwarter*, Christoph (Hrsg.): Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, 2. Auflage, Paderborn 2017.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Dersarkissian*, Sarah: Verfassungswandel und Grundrechte. Eine Untersuchung aus institutioneller Perspektive, Berlin 2024.

*Diederichsen*, Uwe: Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Karlsruhe 1974.

*Di Fabio*, Udo: Grundrechte als Werteordnung, in: JZ 2004, S. 1 ff.

*Dolderer*, Michael: Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 1998.

*Do Mar Castro Varela*, María/*Dhawan*, Nikita: Die Universalität der Menschenrechte überdenken, in: APuZ 20/2020, S. 33 ff.

*Dreier*, Horst: Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993.

*Dreier*, Horst: Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zu modernen Verfassungsstaat, München 2009.

*Dreier*, Horst: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: Simon, Thomas/Kalwoda, Johannes (Hrsg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte, Berlin 2014, S. 317 ff.

*Dreier*, Horst (Begr.; Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band I, 4. Auflage, Tübingen 2023 (nunmehr hrsg. v. Brosius-Gersdorf, Frauke); Band I–III, 3. Auflage, Tübingen 2013 – 2018, zitiert nach Bearbeiter und grundsätzlich neuester Auflage, Verweise auf die 3. Auflage des ersten Bandes sind ausdrücklich als solche ausgewiesen.

*Dreier*, Horst: Grundrechtsexpansion. Zur Entwicklung der Grundrechte in 75 Jahren Grundgesetz, in: DÖV 2024, S. 413 ff.

*Dreier*, Ralf: Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, S. 87 ff.

*Dürig*, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in: AöR 81 (1956), S. 117 ff.

*Dürig*, Günter (Begr.)/*Herzog*, Roman/*Scholz*, Rupert (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 102. Ergänzungslieferung, München August 2023, zitiert nach Bearbeiter.

*Dworkin*, Ronald: Law's Empire, Oxford 1986.

*Dworkin*, Ronald: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1990.

*Dworkin*, Ronald: Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge 1996.

*Ebsen*, Ingwer: Gesetzesbindung und „Richtigkeit" der Entscheidung. Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre, Berlin 1974.

*Ebsen*, Ingwer: Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, Berlin 1985.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Eckert*, Julia: Gerüchte vom Recht, in: Grimm, Dieter/Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext, Baden-Baden 2015, S. 227 ff.

*Eckhoff*, Torstein: Zur Rechtsschöpfungsfunktion der Gerichte, in: Harenburg, Jan/Podlech, Adalbert/Schlink, Bernhard (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980, S. 383 ff.

*Ehmke*, Horst: Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953.

*Ehmke*, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff.

*Ehricke*, Ulrich: Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts. Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines „europäischen Privatrechts", in: RabelsZ 1995, S. 585 ff.

*Ehrlich*, Eugen: Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Auflage, Berlin 1989.

*Ekins*, Richard: The Nature of Legislative Intent, Oxford 2012.

*Ely*, John Hart: Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge 1980.

*Engelmann*, Andreas: Rechtsgeltung als institutionelles Projekt. Zur kulturellen Verortung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs, Weilerswist 2020.

*Engelmann*, Andreas: Rückkehr zum Rechtsglauben, in: Merkur 848 (2020), S. 15 ff.

*Engisch*, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auflage, Heidelberg 1968.

*Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Stuttgart 2018.

*Engländer*, Armin: Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002.

*Epping*, Volker/*Hillgruber*, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 57. Edition, München 2024, zitiert nach Bearbeiter.

*Erb*, Volker/*Schäfer*, Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage, München 2020 – 2022, zitiert nach Bearbeiter.

*Esser*, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 2. Auflage, Tübingen 1964.

*Esser*, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1972.

*Esser*, Josef: Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, in: JZ 1975, S. 555 ff.

*Esser*, Josef: Merklicher und unmerklicher Wandel der Judikatur, in: Harenburg u. a. (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980, S. 217 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Fahl*, Christian: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 23.4.2007 – GSSt 1/06, in: JR 2007, S. 345 ff.

*Fehling*, Michael: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 67 (2008), S. 115 f.

*Felder*, Ekkehard: Semantische Kämpfe ausserhalb und innerhalb des Rechts, in: Der Staat 49 (2010), S. 543 ff.

*Felder*, Ekkehard: Faktizitätsherstellung mittels handlungsleitender Konzepte und agonaler Zentren. Der diskursive Wettkampf um Geltungsansprüche, in: ders. (Hrsg.), Faktizitätsherstellung in Diskursen. Die Macht des Deklarativen, Berlin 2013, S. 13 ff.

*Ferejohn*, John/*Pasquino*, Pasquale: The Countermajoritarian Opportunity, in: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 13 (2010), S. 353 ff.

*Fiedler*, Wilfried: Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, Freiburg 1972.

*Fikentscher*, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band 4, Tübingen 1977.

*Fischer*, Christian: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007.

*Fischer*, Hartmut: Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1997.

*Fischer*, Nikolaj: Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingri ff. Zugleich eine Kritik an der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts, Frankfurt am Main 2006.

*Fleiner*, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.

*Fleischer*, Holger: Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in: Habersack, Matthias u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 75 ff.

*Fleischer*, Holger: Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien". Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 1 ff.

*Fleischer*, Holger (Hrsg.): Mysterium „Gesetzesmaterialien". Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013.

*Fleischer*, Holger/*Wedemann*, Frauke: Kodifikation und Derogation von Richterrecht. Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht, in: AcP 209 (2009), S. 597 ff.

*Fleming*, James E./*McClain*, Linda C.: In Search of a Substantive Republic, in: Texas Law Review 76 (1997), S. 509 ff.

*Fliedner*, Ortlieb: Rechtsetzung in Deutschland. Gesetzgebung in der Demokratie, Baden-Baden 2013.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Forst*, Rainer: Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2007.

*Forsthoff*, Ernst: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München 1971.

*Forsthoff*, Ernst: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion, Hans/ders./Weber, Werner (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern, 3. Auflage, Berlin 1994, S. 35 ff.

*Foucault*, Michel: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1979.

*Foucault*, Michel: Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I, 19. Auflage, Berlin 2012.

*Frankenberg*, Günter: Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Frankfurt am Main 1997.

*Frankenberg*, Günter: Inszenierungen von Gerechtigkeit. Vergleichende Anmerkungen zur Rechtstheorie von Film und Fernsehen, in: ders., Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main 2003, S. 364 ff.

*Frankenberg*, Günter: Stichworte zur „Drittwirkung" der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht, in: ders., Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main 2003, S. 190 ff.

*Frankenberg*, Günter: Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration, in: ders., Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main 2003, S. 136 ff.

*Frankenberg*, Günter: Tyrannei der Würde? Paradoxien eines Höchstwertes, in: ders., Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main 2003, S. 270 ff.

*Frankenberg*, Günter: Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Berlin 2010.

*Frankenberg*, Günter: Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven, Berlin 2020.

*Friedman*, Barry: The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, in: Yale Law Journal 112 (2002), S. 153 ff.

*Friedman*, Barry: The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution, New York 2009.

*Friedrich*, Lutz: Vom Recht zur Berechtigung. Subjektivierung des Rechts und Überindividualisierung des Rechtsschutzes am Beispiel des „Grundrechts auf Sonntag", Tübingen 2020.

*Frieling*, Tino: Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers. Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017.

*Friesenhahn*, Ernst: Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, Tübingen 1932, § 98.

*Fröbel*, Julius: System der socialen Politik. Zweiter Theil, Mannheim 1847.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Frotscher*, Werner: Diskussionsbeitrag, in: Neuhaus, Helmut (Hrsg.), Verfassungsänderungen, Berlin 2012, S. 312.

*Frotscher*, Werner/*Pieroth*, Bodo: Verfassungsgeschichte, 17. Auflage, München 2018.

*Gabriel*, Sigmar: Kultur des Willkommens. Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland (online abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Sonstiges__Papiere_et_al_/GG/artikel1_20_arab.pdf, zuletzt aufgerufen am 18.04.2024).

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: Strafbegründung und Demokratieprinzip, in: Der Staat 49 (2010), S. 331 ff.

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: Unbedingte Neutralität? Zur Zulässigkeit amtlicher Aufrufe zu Gegendemonstrationen durch kommunale Wahlbeamte, NWVBl. 2015, S. 165 ff.

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Burgi, Martin (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiheft 12 zu Die Verwaltung, Berlin 2017, S. 105 ff.

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: Wissenschaftlicher Dissens als Rechtsproblem. Zwischen institutionalisiertem Freiheitsschutz und der Bewältigung epistemischer Kontingenz in Verfahren, in: DÖV 2017, S. 41 ff.

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: „Ehe für Alle": Verfassungswandel oder zeitgebundene Rechtspolitik?, in: Forum Familienrecht (FF) 2018, S. 8 ff.

*Gärditz*, Klaus Ferdinand: Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/ders. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 4.

*Geiger*, Willi: Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Berberich, Thomas u. a. (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, Stuttgart 1979, S. 131 ff.

*Geminn*, Christian L.: Grenzen des Verfassungswandels?, in: VerwArch 2020, S. 552 ff.

*Germann*, Michael: Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73 (2014), S. 257 ff.

*Germann*, Michael: Ehe und Familie, Geschlecht und Sexualität als Gegenstände des Staatsrechts, in: Kischel, Uwe/Kube, Hanno (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band I. Grundlagen, Wandel und Herausforderungen, Heidelberg 2023, § 13.

*Giles*, O. C.: Judge-Made Crimes in Eastern Germany, in: The Modern Law Review 19 (1956), S. 313 ff.

*Glotz*, Peter: Die Arbeit der Zuspitzung. Über die Organisation einer regierungsfähigen Linken, Berlin 1984.

*Göbel*, Michel: Die Wahlrechtsreform zwischen falschverstandener Folgerichtigkeit und Konfrontationskurs, in: DÖV 2023, S. 569 ff.

*Göbel*, Michel: Politische Neutralitätspflichten als Entpolitisierung des Politischen und demokratietheoretischer Irrweg, in: DÖV 2024, S. 358 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*González de la Vega*, Geraldina: Verfassungswandel als dynamische Verfassungsinterpretation, Konferenzveröffentlichung zu 25th IVR World Congress: Law, Science and Technology Frankfurt a. M. 15 – 20 August 2011, Paper Series. Series A No. 008, Frankfurt am Main 2012 (online abrufbar unter: http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24866, zuletzt aufgerufen am 07.10.2024).

*González Hauck*, Sué: Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der ‚objektive Dritte' und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven, in: ZfRSoz 2022, S. 153 ff.

*Gostomzyk*, Tobias: Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, Baden-Baden 2006.

*Green*, Jeffrey Edward: The Eyes of the People. Democracy in an Age of Spectatorship, Oxford 2010.

*Griffin*, Stephen M.: Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights, in: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 4 (2002), S. 281 ff.

*Grimm*, Dieter: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 45 (1987), S. 108 f.

*Grimm*, Dieter: Methode als Machtfaktor, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main 1987, S. 247 ff.

*Grimm*, Dieter: Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, S. 221 ff.

*Grimm*, Dieter: Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, S. 298 ff.

*Grimm*, Dieter: Verfassungsrecht und sozialer Wandel. Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation, in: Seoul Law Journal 42 (2001), S. 182 ff.

*Grimm*, Dieter: Identität und Wandel – das Grundgesetz 1949 und heute, in: Leviathan 2009, S. 603 ff.

*Grimm*, Dieter: Plädoyer für Wirkungsforschung, in: Rechtsgeschichte 2011, S. 97 ff.

*Grimm*, Dieter: Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, Berlin 2012.

*Grimm*, Dieter: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 73 (2014), S. 300 f.

*Grimm*, Dieter (Hrsg.): Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft, Tübingen 2019.

*Grimm*, Dieter: Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 59 (2020), S. 321 ff.

*Groß*, Karl-Heinz: Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Anfangsverdachts – Keine falschen Umkehrschlüsse aus § 152 Abs. 2 StPO, in: Widmaier, Gunter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 249 ff.

*Grünberger*, Michael: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Gruschke*, Daniel: Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, Berlin 2014.

*Grzeszick*, Bernd: Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 71 (2012), S. 49 ff.

*Günther*, Klaus: Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt am Main 1988.

*Günther*, Klaus: Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 1989, S. 163 ff.

*Gusseck*, Lutz: Bundestagsauflösung kraft Richterspruchs?, in: NJW 1983, S. 721 ff.

*Gusy*, Christoph: „Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik, in: JZ 1991, S. 213 ff.

*Gutmann*, Andreas: Fruchtbare Irritationen, in: Verfassungsblog vom 28.10.2024 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt-2/, zuletzt aufgerufen am 25.02.2025).

*Haack*, Stefan: Verfassungshorizont und Taburaum, in: AöR 136 (2011), S. 365 ff.

*Haack*, Stefan: Verfassungswandel durch Migration, in: JZ 2017, S. 213 ff.

*Haas*, Günter: Vorermittlungen und Anfangsverdacht, Berlin 2003.

*Häberle*, Peter: Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, Bad Homburg 1970.

*Häberle*, Peter: Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 2. Auflage, Karlsruhe 1972.

*Häberle*, Peter: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein 1980.

*Häberle*, Peter: Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, Freiburg 1981.

*Häberle*, Peter: Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 565 ff.

*Häberle*, Peter: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen" Verfassungsinterpretation, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 155 ff.

*Häberle*, Peter: Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 121 ff.

*Häberle*, Peter: Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 182 ff.

*Häberle*, Peter: Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Mate-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 631 ff.

*Häberle*, Peter: Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem „zeit-gerechten" Verfassungsverständnis, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1998, S. 59 ff.

*Häberle*, Peter (Hrsg.): Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 1, Tübingen 2010.

*Habermas*, Jürgen: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders./Luhmann, Niklas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, Frankfurt am Main 1971, S. 142 ff.

*Habermas*, Jürgen: Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1984, S. 11 ff.

*Habermas*, Jürgen: Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1984, S. 127 ff.

*Habermas*, Jürgen: Apologetische Tendenzen, in: ders., Eine Art Schadensabwicklung, Frankfurt am Main 1987, S. 120 ff.

*Habermas*, Jürgen: Nochmals: Zur Identität der Deutschen, in: ders., Die nachholende Revolution, Frankfurt am Main 1990, S. 205 ff.

*Habermas*, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 6. Auflage, Berlin 2017.

*Habermas*, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Frankfurt am Main 1995.

*Habermas*, Jürgen: Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main 1999, S. 237 ff.

*Habermas*, Jürgen: Deliberative Demokratie. Ein Interview, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022, S. 69 ff.

*Habermas*, Jürgen: Grundrechtsschutz in der pandemischen Ausnahmesituation. Zum Problem der gesetzlichen Verordnung staatsbürgerlicher Solidarleistungen, in: Günther, Klaus/Volkmann, Uwe (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, Berlin 2022, S. 20 ff.

*Habermas*, Jürgen: Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022, S. 9 ff.

*Habermas*, Jürgen: Was heißt „deliberative Demokratie"? Einwände und Missverständnisse, in: ders., Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022, S. 89 ff.

*Hailbronner*, Michaela: We the Experts. Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Der Staat 53 (2014), S. 425 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Haltern*, Ulrich R.: Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, Berlin 1998.

*Haltern*, Ulrich R.: Europarecht. Dogmatik im Kontext. Band I: Entwicklung, Institutionen, Prozesse; Band II: Rule of Law, Verbunddogmatik, Grundrechte; jeweils 3. Auflage, Tübingen 2017.

*Hammer*, Dominik/*Majewski*, Marie (Hrsg.): Okulare Demokratie. Der Bürger als Zuschauer, Bielefeld 2017.

*Harenburg*, Jan: Vorverständnis und Innovation. Ein Rahmenkonzept empirischer Innovationsanalyse, in: ders./Podlech, Adalbert/Schlink, Bernhard (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980, S. 265 ff.

*Harenburg*, Jan/*Podlech*, Adalbert/*Schlink*, Bernhard (Hrsg.): Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980.

*Hart*, H.L.A.: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: ders., Recht und Moral. Drei Aufsätze, hrsg. von Hoerster, Norbert, Göttingen 1971, S. 14 ff.

*Hart*, H.L.A.: Der Begriff des Rechts, Berlin 2011.

*Hartwieg*, Oskar: Innovationsleistungen richterlicher Sachverhaltsarbeit, in: Harenburg, Jan/Podlech, Adalbert/Schlink, Bernhard (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980, S. 339 ff.

*Hassemer*, Winfried: Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" – ein neuer Rechtsbegriff?, in: StV 1982, S. 275 ff.

*Hauer*, Katharina Maria: Die „Fürsorge-Entscheidung" des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 1, 159) aus rechtshistorischer Sicht, Baden-Baden 2020.

*Hebenstreit*, Ulrich: Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit, in: HRRS 2008, S. 172 ff.

*Heck*, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914.

*Hecker*, Wolfgang: Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, in: NVwZ 2018, S. 787 ff.

*Hegel*, Georg Friedrich Wilhelm: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Frankfurt am Main 1986.

*Heinemann*, Patrick: Ein Grundrecht auf Verteidigung?, in: Verfassungsblog vom 04.01.2024 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-auf-verteidigung/, zuletzt aufgerufen am 18.03.2024).

*Heintschel-Heinegg*, Bernd von (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 53. Edition, München 2022, zitiert nach Bearbeiter.

*Helleberg*, Max: Leitbildorientierte Verfassungsauslegung. Bestandaufnahme und Kritik unter besonderer Würdigung der Versammlungsfreiheit, Berlin 2016.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Heller*, Hermann: Staatslehre. In der Bearbeitung von Gerhart Niemeyer, 6. Auflage, Tübingen 1983.

*Heller*, Theodor: Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961.

*Hellgardt*, Alexander: Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, in: JZ 2018, S. 901 ff.

*Hellmann*, Vanessa: Der sogenannte Gewährleistungsgehalt. Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Emmenegger, Siegrid/Wiedmann, Ariane (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin/Boston 2011, S. 151 ff.

*Henne*, Thomas/*Riedlinger*, Arne (Hrsg.): Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005.

*Herbst*, Tobias: Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage, in: Der Staat 45 (2006), S. 45 ff.

*Hermes*, Georg: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 119 ff.

*Herzog*, Dietrich: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Repräsentation, in: ders./Weßels, Bernhard (Hrsg.), Konfliktpotentiale und Konsensstrategien. Beiträge zur politischen Soziologie der Bundesrepublik, Opladen 1989, S. 307 ff.

*Hesse*, Konrad: Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959.

*Hesse*, Konrad: Grenzen der Verfassungswandlung, in: Ehmke, Horst u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 123 ff.

*Hesse*, Konrad: Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174 ff.

*Hesse*, Konrad: Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Häberle, Peter/Hollerbach, Alexander (Hrsg.), Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 311 ff.

*Hesse*, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999.

*Heun*, Werner: Die Stellung des Bundespräsidenten im Licht der Vorgänge um die Auflösung des Bundestages, in: AöR 109 (1984), S. 13 ff.

*Heun*, Werner: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992.

*Heun*, Werner: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 80 ff.

*Heußner*, Hermann K.: Die Wahlpflicht – rechtliche Zulässigkeit und politische Durchsetzbarkeit, in: Mörschel, Tobias (Hrsg.), Wahlen und Demokratie. Reformoptionen des deutschen Wahlrechts, Baden-Baden 2016, S. 181 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Heydte*, Friedrich August Freiherr von der: Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation, in: ARSP 39 (1951), S. 461 ff.

*Hillgruber*, Christian: Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, in: JZ 1996, S. 118 ff.

*Hillgruber*, Christian: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: VVDStRL 67 (2008), S. 7 ff.

*Hillgruber*, Christian: Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, S. 505 ff.

*Hillgruber*, Christian: Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 200.

*Hirzel*, David: Macht und Methode. Kompetenzgrenzen des Bundesverfassungsgerichts im Wandel der Zeit, Berlin 2023.

*Hoerster*, Norbert: Die moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam, in: ders. (Hrsg.), Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie, Stuttgart 1987, S. 129 ff.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Bäuerle, Michael u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53 ff.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43 (2004), S. 203 ff.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht: Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, in: AöR 131 (2006), S. 255 ff.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang (Hrsg.): Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016.

*Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schneider*, Jens-Peter (Hrsg.): Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998.

*Höfling*, Wolfram: Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, Berlin 1987.

*Hohnerlein*, Jakob: Recht und demokratische Reversibilität. Verfassungstheoretische Legitimation und verfassungsdogmatische Grenzen der Bindung demokratischer Mehrheiten an erschwert änderbares Recht, Tübingen 2020.

*Holmes*, Oliver Wendell: The Path of the Law, in: Harvard Law Review 10 (1897), S. 457 ff.

*Holznagel*, Bernd: Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 381 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Holzner*, Thomas: Die normative Kraft des Faktischen: Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG – stiller Verfassungswandel hin zu einem Selbstauflösungsrecht?, Berlin 2009.

*Honer*, Mathias: Materielle Gerechtigkeit ist kein Argument, in: DÖV 2024, S. 349 ff.

*Hong*, Mathias: Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt (II), in: Verfassungsblog vom 09.07.2017 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/warum-das-grundgesetz-die-ehe-fuer-alle-verlangt-ii/, zuletzt aufgerufen am 26.07.2024).

*Hong*, Mathias: Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte. Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung, Tübingen 2019.

*Hong*, Mathias: Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil I), in: Verfassungsblog vom 06.02.2024 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/grundrechtsverwirkung-und-parteiverbote-gegen-radikale-afd-landesverbande-i/#:~:text=Wer%20bestimmte%20Grundrechte%2C%20wie%20die,werden%20durch%20das%20Bundesverfassungsgericht%20ausgesprochen., zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

*Honneth*, Axel: Der arbeitende Souverän. Eine normative Theorie der Arbeit, Berlin 2023.

*Hönnige*, Christoph/*Kneip*, Sascha/*Lorenz*, Astrid (Hrsg.): Verfassungswandel im Mehrebenensystem, Wiesbaden 2011.

*Hopf*, Gerhard: Gesetzesmaterialien: Theorie und Praxis in Österreich, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien". Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 95 ff.

*Höpfner*, Clemens: Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue, in: NZA 2011, S. 893 ff.

*Höpner*, Martin: Wie der Europäische Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen: Befunde aus der MPIfG-Forschungsgruppe zur Politischen Ökonomie der europäischen Integration, MPIfG Discussion Paper, No. 14/8, Köln 2014 (online abrufbar unter: https://pure.mpg.de/rest/items/item_2007873_1/component/file_2007871/content, zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

*Hornung*, Gerrit: Grundrechtsinnovationen, Tübingen 2015.

*Huber*, Ernst Rudolf: Bedeutungswandel der Grundrechte, in: AöR 62 (1933), S. 1 ff.

*Huber*, Peter M.: Direkte Demokratie? Gefahren und Chancen für das repräsentative System, in: Botha, Henk/Schaks, Nils/Steiger, Dominik (Hrsg.), Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg. Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive, Baden-Baden 2016, S. 293 ff.

*Huber*, Peter M./*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 8. Auflage, München 2024, zitiert nach Bearbeiter.

*Hümpel*, Rieke: Sollten Minderjährige bei ihrer Geschlechtsidentität mehr Rechte bekommen?, Welt.de vom 23.4.2021 (online abrufbar unter: https://www.welt.de/debatte/kommentare/article230581987/Gesetzentwuerfe-Sollten-Minderjaehrige-bei-ihrer-Geschlechtsidentitaet-mehr-Rechte-bekommen.html, zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Hwang*, Shu-Perng: Grundrechtsoptimierung durch (kelsensche) Rahmenordnung. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik", in: Der Staat 49 (2010), S. 456 ff.

*Ipsen*, Jörn: Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages – eine Nachlese, in: NVwZ 2005, S. 1147 ff.

*Ipsen*, Jörn: Zur Regierung verurteilt? – Verfassungsrechtliche Probleme der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG, in: NJW 2005, S. 2201 ff.

*Ipsen*, Jörn: Ehe für alle – verfassungswidrig?, in: NJW 2017, S. 1096 ff.

*Isensee*, Josef: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983.

*Isensee*, Josef: Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: Schwab, Dieter u. a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, S. 705 ff.

*Isensee*, Josef: Vom Stil der Verfassung. Eine typologische Studie zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes, Wiesbaden 1999.

*Isensee*, Josef: Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 15.

*Jahn*, Matthias: Die Aufgaben des Strafverteidigers im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: ZIS 2009, S. 509 ff.

*Jahn*, Matthias/*Widmaier*, Gunter: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 12.1.2006 – 1 StR 466/05, in: JR 2006, S. 166 ff.

*Jarass*, Hans D.: Zum Kampf um Kirchturmuhren und nächtens betriebene Tankstellen. Neuere Entscheidungen des BVerwG zur Schädlichkeit von Immissionen, in: JZ 1993, S. 601 ff.

*Jarass*, Hans D.: Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, § 17.

*Jarass*, Hans D.: Die Konstitutionalisierung des Rechts, insb. durch die Grundrechte, in: Scholz, Rupert u. a. (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht. Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Berlin 2008, S. 75 ff.

*Jauernig*, Othmar (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO. Kommentar, 19. Auflage, München 2023, zitiert nach Bearbeiter.

*Jeand'Heur*, Bernd: Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, Berlin 1993.

*Jefferson*, Thomas: Letter to James Madison (6th Sept 1789), in: Boyd, Julian P. (Hrsg.), The Papers of Thomas Jefferson. Volume 15, Princeton 1958, S. 392 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Jellinek*, Georg: Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, Berlin 1906.

*Jellinek*, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 7. Neudruck, Darmstadt 1960.

*Jellinek*, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1919, Aalen 1964.

*Jestaedt*, Matthias: Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993.

*Jestaedt*, Matthias: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.

*Jestaedt*, Matthias: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: DVBl. 2001, S. 1309 ff.

*Jestaedt*, Matthias: Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Depenheuer, Otto u. a. (Hrsg.), Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, Berlin 2002, S. 183 ff.

*Jestaedt*, Matthias: Und er bewegt sie doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: Horn, Hans-Detlef (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmidt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 267 ff.

*Jestaedt*, Matthias: Das mag in der Theorie richtig sein … Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006.

*Jestaedt*, Matthias: Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, Paderborn u. a. 2009.

*Jestaedt*, Matthias: Warum in die Ferne schweifen, wenn der Massstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Der Staat 48 (2009), S. 497 ff.

*Jestaedt*, Matthias: Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 77 ff.

*Jestaedt*, Matthias: Ehe für alle? Karlsruhe wird nichts tun. Aber die Sprache des neuen Gesetzes ist eine andere als die der Verfassung, in: FAZ vom 06.07.2017, S. 7.

*Jhering*, Rudolph von: Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, Leipzig 1894.

*Jhering*, Rudolph von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Teil, 9. Auflage, Aalen 1968.

*Jhering*, Rudolph von: Der Kampf ums Recht, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1989.

*Kägi*, Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Darmstadt 1971.

*Kahl*, Wolfgang: Der europarechtlich determinierte Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat Bundesrepublik Deutschland, in: Haratsch, Andreas/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kugelmann, Dieter/Repkewitz, Ulrich (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, Stuttgart u. a. 1996, S. 9 ff.

*Kahl*, Wolfgang: Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43 (2004), S. 167 ff.

*Kahl*, Wolfgang: Natürliche Lebensgrundlagen und Ressourcenverbrauch, in: Kischel, Uwe/Kube, Hanno (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band I. Grundlagen, Wandel und Herausforderungen, Heidelberg 2023, § 19.

*Kahl*, Wolfgang/*Waldhoff*, Christian/*Walter*, Christian (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 222. Aktualisierung, Heidelberg Dezember 2023, zitiert nach Bearbeiter.

*Kähler*, Lorenz: Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, Baden-Baden 2004.

*Kantorowicz*, Hermann: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906 (als Gnaeus Flavius).

*Kaufmann*, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2 ff.

*Kaufmann*, Franz-Xaver: Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Opladen 1985, S. 185 ff.

*Keller*, Rolf/*Griesbaum*, Rainer: Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, in: NStZ 1990, S. 416 ff.

*Kelsen*, Hans: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/Wien 1934.

*Kelsen*, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960.

*Kelsen*, Hans: Allgemeine Staatslehre, unveränderter Nachdruck der ersten Auflage von 1925, Bad Homburg v. d. Höhe u. a. 1966.

*Kennedy*, Duncan: A Critique of Adjudication. (Fin de Siècle), Cambridge 1998.

*Kersten*, Jens: Schwarmdemokratie. Der digitale Wandel des liberalen Verfassungsstaats, Tübingen 2017.

*Kersten*, Jens: Die Notwendigkeit der Zuspitzung. Anmerkungen zur Verfassungstheorie, Berlin 2020.

*Kersten*, Jens: Das ökologische Grundgesetz, München 2022.

*Kingreen*, Thorsten: Mit gutem Willen und etwas Recht. Die Staatsrechtslehre in der Flüchtlingskrise, in: JZ 2016, S. 887 ff.

*Kingreen*, Thorsten: Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Bedeutungsdimensionen und Wandlungen eines Grundrechts, in: Günther, Klaus/Volkmann, Uwe (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, Berlin 2022, S. 103 ff.

*Kirste*, Stephan: Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung, Berlin 1998.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Kischel*, Uwe: Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003.

*Kischel*, Uwe: Rasse, Rassismus und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche, interdisziplinäre und rechtsvergleichende Aspekte, in: AöR 145 (2020), S. 227 ff.

*Klayman*, Joshua: Varieties of Confirmation Bias, in: Psychology of Learning and Motivation 32 (1995), S. 385 ff.

*Klein*, Hans Hugo: Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1135 ff.

*Kleindiek*, Ralf: Machen Volksgesetzgebung und Transparenz unsere Demokratie besser?, in: Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 175 ff.

*Kleinlein*, Thomas: Kontinuität und Wandel in Grundlegung und Dogmatik des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts, in: AöR 142 (2017), S. 43 ff.

*Kloepfer*, Michael: Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 42.

*Knauer*, Christoph/*Kudlich*, Hans/*Schneider*, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung. Band 2, 2. Auflage, München 2024; Band 3, 1. Auflage, München 2019, zitiert nach Bearbeiter.

*Kneip*, Sascha: Spiel über Bande. Intendierter und nicht-intendierter Verfassungswandel durch Klagen vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Hönnige, Christoph u. a. (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, Wiesbaden 2011, S. 228 ff.

*Knies*, Wolfgang: Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"? Das Bundesverfassungsgericht und die gewaltenteilende Kompetenzordnung des Grundgesetzes, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1155 ff.

*Koepsell*, Philipp: Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, Tübingen 2023.

*Koschmieder*, Norman: Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse. Zur verfassungsrechtlichen Reflexion gesellschaftlicher Entwicklungen von Partnerschaft und Familie durch grundrechtliche Tatbestände, Berlin 2016.

*Kramer*, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, Bern 2016.

*Kramer*, Larry D.: The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review, New York 2004.

*Krause*, Peter: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 35.

*Krey*, Volker: Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III), in: JZ 1978, S. 465 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Kriele*, Martin: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 29 (1971), S. 46 ff.

*Kriele*, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Auflage, Berlin 1976.

Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.): Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Baden-Baden 2000.

*Kroemer*, Lars C.: Drittwirkung der Grundrechte. Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als staatstheoretische Bedingung der Drittwirkungsproblematik, Tübingen 2024.

*Krüger*, Herbert: Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers, in: DVBl. 1961, S. 685 ff.

*Krüger*, Herbert: Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Hesse, Konrad u. a. (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, Tübingen 1962, S. 151 ff.

*Krüper*, Julian: Herrschaft und Wissen. Steht die Demokratie vor einer kognitiven Wende?, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Organisation des Verfassungsstaats. Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag, Tübingen 2019, S. 75 ff.

*Kruschke*, André: Die Bedeutung der Grundrechte in Zeiten des Klimaschutzes, in: DÖV 2024, S. 300 ff.

*Kübler*, Friedrich: Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, S. 645 ff.

*Kulick*, Andreas: Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Tübingen 2020.

*Kulick*, Andreas: Weniger Staat wagen. Zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, in: AöR 145 (2020), S. 649 ff.

*Kulick*, Andreas/*Vasel*, Johann Justus: Das konservative Gericht. Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2021.

*Kulwicki*, Christine: Verfassungswandel. Die Wechselwirkung zwischen Grundrechten und informationstechnischen Ermittlungsmethoden, Frankfurt am Main 2011.

*Kumm*, Mattias: Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review, in: Klatt, Matthias (Hrsg.), Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy, Oxford 2012, S. 201 ff.

*Laband*, Paul: Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden 1895.

*Laband*, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Erster Band, 4. Auflage, Tübingen/Leipzig 1901.

*Laband*, Paul: Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, in: JöR 1907, S. 1 ff.

*Ladeur*, Karl-Heinz: Klassische Grundrechtsfunktion und „post-moderne" Grundrechtstheorie. Eine Auseinandersetzung mit B. Schlink (EuGRZ 1984, S. 457 ff.), in: KJ 1986, S. 197 ff.

*Ladeur*, Karl-Heinz: Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Ladeur*, Karl-Heinz: Freiheit als Anspruch auf staatliche Lenkung?, in: FAZ vom 05.05.2021, S. 5.

*Landenberg-Roberg*, Michael von/*Sehl*, Markus: Genetische Argumentation als rationale Praxis. Eine theoretische Annäherung an das Rekonstruktionsziel „Wille des Gesetzgebers" als Sättigungskriterium genetischer Argumente, in: RW 2015, S. 135 ff.

*Lange*, Klaus/*Jobs*, A. Thorsten: Brauchen wir eine Verfassungsreform? Vom Beruf unserer Zeit zur Landesverfassungsgesetzgebung, in: Eichel, Hans/Möller, Klaus Peter (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen. Eine Festschrift, Wiesbaden 1997, S. 445 ff.

*Lange*, Nicole: Staatsanwaltschaftliche Vorermittlungen – ohne rechtliche Grundlage?, in: DRiZ 2002, S. 264 ff.

*Langenbucher*, Katja: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996.

*Langer*, Pascal: Von der Treue der Bürger zur Verfassung. Loyalitätsanforderungen an den Staatsbürger im freiheitlichen Verfassungsstaat unter besonderer Berücksichtigung des Treuebekenntnisses im Einbürgerungsrecht, Berlin 2023.

*Larenz*, Karl: Der „Bedeutungswandel" der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtsprechung, in: DRiZ 1959, S. 306 ff.

*Larenz*, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u. a. 1991.

*Lassalle*, Ferdinand: Über Verfassungswesen. Drei Abhandlungen von Ferdinand Lassalle, hrsg. von Bernstein, Eduard, Berlin 1907.

*Lautsch*, Eva Ricarda: Die offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten?, in: DÖV 2019, S. 441 ff.

*Lefort*, Claude: Die Frage der Demokratie, in: Rödel, Ulrich (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt am Main 1990, S. 281 ff.

*Lefort*, Claude: Menschrechte und Politik, in: Rödel, Ulrich (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt am Main 1990, S. 239 ff.

*Lege*, Joachim: 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: JZ 2011, S. 1084 ff.

*Leibholz*, Gerhard: Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz, in: AöR 58 (1930), S. 428 ff.

*Leibholz*, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Auflage, München/Berlin 1959.

*Leisner*, Walter: Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin 1997.

*Leisner-Egensperger*, Anna: Das Verfassungsgebot der Intertemporalen Freiheitssicherung als Gewährleistung von Gleichheit in der Zeit: Zum Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021, in: ZöR 2022, S. 671 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*León Vásquez*, Jorge Luis: Die grundrechtsschaffende Gewalt. Vorschlag für eine Methodik zur Prüfung der Schaffung neuer Grundrechte durch die Verfassungsgerichte, Berlin 2024.

*Lepsius*, Oliver: Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 ff.

*Lepsius*, Oliver: Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff.

*Lepsius*, Oliver: Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 39 ff.

*Lepsius*, Oliver: Rechtswissenschaft in der Demokratie, in: Der Staat 52 (2013), S. 157 ff.

*Lepsius*, Oliver: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 73 (2014), S. 309 f.

*Lepsius*, Oliver: Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016.

*Lepsius*, Oliver: Normpluralismus als Ausdruck der Funktionsrationalität des Rechts, in: Rechtsgeschichte 2017, S. 152 ff.

*Lepsius*, Oliver: Gesetzesstruktur im Wandel. Teil 1: Strukturmerkmale der Kodifikation, in: JuS 2019, S. 14 ff.

*Lepsius*, Oliver: Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: JZ 2019, S. 793 ff.

*Lepsius*, Oliver: Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: Meinel, Florian (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2019, S. 119 ff.

*Lepsius*, Oliver: Dogmatiker als Experten, in: Verfassungsblog vom 30.03.2021 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/dogmatiker-als-experten/, zuletzt aufgerufen am 09.04.2024).

*Lepsius*, Oliver: Nachweltschutz und Langzeitverantwortung im Verfassungsrecht, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat. Gedächtnissymposion für Hasso Hofmann, Berlin 2022, S. 37 ff.

*Lerche*, Peter: „Funktionsfähigkeit" – Richtschnur verfassungsrechtlicher Auslegung, in: BayVBl. 1991, S. 517 ff.

*Lerche*, Peter: Facetten der „Konkretisierung" von Verfassungsrecht, in: Scholz, Rupert u. a. (Hrsg.), Peter Lerche. Ausgewählte Abhandlungen, Berlin 2004, S. 86 ff.

*Lerche*, Peter: Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Scholz, Rupert u. a. (Hrsg.), Peter Lerche. Ausgewählte Abhandlungen, Berlin 2004, S. 47 ff.

*Lerche*, Peter: Verfassungsnachholung, insbesondere im Kleide der Interpretation, in: Blankenagel, Alexander u. a. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 631 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Levinson*, Sanford: Constitutional Faith, Princeton 1988.

*Liebscher*, Doris: Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat. Zu Genealogie und Verfasstheit von Rasse als gleichheitsrechtlicher Kategorie in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz – und zu den Vorteilen einer postkategorialen Alternative, in: AöR 146 (2021), S. 87 ff.

*Linck*, Joachim: Verfestigung des Leitbilds vom Berufsabgeordneten durch das BVerfG, in: NJW 2008, S. 24 ff.

*Lobinger*, Thomas: Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, in: AcP 216 (2016), S. 28 ff.

*Looschelders*, Dirk/*Roth*, Wolfgang: Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996.

*Lorenz*, Astrid: Verfassungsänderungen in etablierten Demokratien. Motivlagen und Aushandlungsmuster, Wiesbaden 2008.

*Löwe*, Ewald/*Rosenberg*, Werner (Begr.): Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar. Band 5, 26. Auflage, Berlin 2008, zitiert nach Bearbeiter.

*Löwer*, Wolfgang: Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 1. Auflage, Heidelberg 1987, § 56.

*Lübbe-Wolff*, Gertrude: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.

*Lübbe-Wolff*, Gertrude: Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60 (2001), S. 246 ff.

*Lübbe-Wolff*, Gertrude: Demophobie. Muss man die direkte Demokratie fürchten?, Frankfurt am Main 2023.

*Lübbe-Wolff*, Gertrude: Wehrhafte Demokratie, in: VerfBlog vom 13.10.2023 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/, zuletzt aufgerufen am 19.06.2024).

*Luhmann*, Niklas: Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas, in: Habermas, Jürgen/ders., Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, Frankfurt am Main 1971, S. 291 ff.

*Luhmann*, Niklas: Die Einheit des Rechtssystems, in: Rechtstheorie 1983, S. 129 ff.

*Luhmann*, Niklas: Das Recht der Gesellschaft, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2013.

*Luhmann*, Niklas: Legitimation durch Verfahren, 10. Auflage, Frankfurt am Main 2017.

*Luong*, Minh Tuan: Wirtschaftsverfassungsrecht im Wandel. Zugleich ein Beitrag zum Verfassungswandel, Frankfurt am Main 1999.

*Maciejewski*, Tim: Nichtanwendungsgesetze. Eine verfassungsrechtliche Verortung zwischen Rechtskontinuität, Gewaltenteilung, Rechtsschutzgebot und Rückwirkungsverbot, Tübingen 2021.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Mahlmann*, Matthias: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Auflage, Baden-Baden 2023.

*Mangold*, Anna Katharina: Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, in: VVDStRL 80 (2021), S. 7 ff.

*Manterfeld*, Norbert: Die Grenzen der Verfassung. Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes, Berlin 2000.

*Marchart*, Oliver: Die politische Theorie des zivilgesellschaftlichen Republikanismus: Claude Lefort und Marcel Gauchet, in: Brodocz, André/Schaal, Gary S. (Hrsg.), Politische Theorien der Gegenwart II. Eine Einführung, 4. Auflage, Opladen 2015, S. 239 ff.

*Marx*, Karl: Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz. Von einem Rheinländer, in: ders./Engels, Friedrich, Werke. Band 1, Berlin 1976, S. 109 ff.

*Marx*, Karl: Zur Judenfrage, in: ders./Engels, Friedrich, Werke. Band 1, Berlin 1976, S. 347 ff.

*Masing*, Johannes: Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997.

*Masing*, Johannes: Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, in: Der Staat 44 (2005), S. 1 ff.

*Masing*, Johannes: Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 3. Auflage, München 2022, § 10.

*Maultzsch*, Felix: Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2010.

*Maurer*, Hartmut: Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010.

*Maus*, Ingeborg: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986.

*Maus*, Ingeborg: Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie oder: wider den Imperialismus in der juristischen Methodendiskussion, in: KritV 1991, S. 107 ff.

*Maus*, Ingeborg: Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, in: dies., Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt am Main 1994, S. 308 ff.

*Maus*, Ingeborg: Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt am Main 1994.

*Maus*, Ingeborg: Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin 2011.

*Maus*, Ingeborg: Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der „vaterlosen Gesellschaft", in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin 2018, S. 17 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Maus*, Ingeborg: Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat. Zur Kritik juridischer Demokratieverhinderung, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin 2018, S. 204 ff.

*Maus*, Ingeborg: Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: dies., Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin 2018, S. 175 ff.

*Meier*, Patrick: Zur öffentlichen Wahrnehmung juristischer Berichterstattung in Presse und Medien, in: Stürmer, Franziska/ders. (Hrsg.), Recht Populär. Populärkulturelle Rechtsdarstellungen in aktuellen Texten und Medien, Baden-Baden 2016, S. 146 ff.

*Meinel*, Florian (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2019.

*Meinke*, Monika M.: In Verbindung mit. Die Verbindung von Grundrechten miteinander und mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2006.

*Menke*, Christoph: Kritik der Rechte, Berlin 2015.

*Menzel*, Jörg/*Müller-Terpitz*, Ralf (Hrsg.): Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, 3. Auflage, Tübingen 2017.

*Merkl*, Adolf Julius: Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: ders., hrsg. von Mayer-Maly, Dorothea u. a., Gesammelte Schriften. Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlin 1993, S. 85 ff.

*Merten*, Detlef: Verfassungspatriotismus und Verfassungsschwärmerei. Betrachtungen eines Politischen, in: VerwArch 1992, S. 283 ff.

*Merten*, Detlef: Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: ders./Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Band II. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, § 35.

*Merz*, Friedrich: Pressestatement des Kanzlerkandidaten der Union, Friedrich Merz, vom 23. Januar 2025 (online abrufbar unter: https://www.cdu.de/app/uploads/2025/01/Pressestatement_Friedrich_Merz_vom_23.01.2025.pdf, zuletzt aufgerufen am 28.02.2025).

*Meyer*, Hans: Das fehlfinanzierte Parlament, in: Huber, Peter M. u. a. (Hrsg.), Zur Lage der parlamentarischen Demokratie. Symposium zum 60. Geburtstag von Peter Badura, Tübingen 1995, S. 17 ff.

*Meyer*, Stephan: Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze. Die Normenwahrheit – ein neuer Verfassungsrechtsbegriff und dessen Folgen für ein altes Problem, in: Der Staat 48 (2009), S. 278 ff.

*Michael*, Lothar: Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit. Zur Verwerfung von Rauchverboten in Gaststätten durch das BVerfG, in: JZ 2008, S. 875 ff.

*Michael*, Lothar: Die verfassungswandelnde Gewalt, in: RW 2014, S. 426 ff.

*Michael*, Lothar: Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, in: VVDStRL 75 (2016), S. 131 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Michael*, Lothar: Verfassungswandel, in: Kischel, Uwe/Kube, Hanno (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band I. Grundlagen, Wandel und Herausforderungen, Heidelberg 2023, § 8.

*Michaels*, Ralf: Rechte der Natur – ein erfolgreicher Reverse Legal Transplant?, ZUR 2024, S. 643 ff.

*Michl*, Fabian: Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure. Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: JZ 2018, S. 910 ff.

*Möllers*, Christoph: Nachvollzug ohne Maßstabbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zum Beschluss des BVerfG vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, in: JZ 2009, S. 668 ff.

*Möllers*, Christoph: Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt, Matthias u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 283 ff.

*Möllers*, Christoph: Scope and Legitimacy of Judicial Review in German Constitutional Law – the Court versus the Political Process, in: Pünder, Hermann/Waldhoff, Christian (Hrsg.), Debates in German Public Law, London 2014, S. 3 ff.

*Möllers*, Christoph: Wir, die Bürger(lichen), in: Merkur 818 (2017), S. 5 ff.

*Möllers*, Christoph: Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2018.

*Möllers*, Christoph: Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt, 2. Auflage, München 2019.

*Möllers*, Christoph: Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, 2. Auflage, Berlin 2020.

*Möllers*, Christoph: Demokratie, in: Herdegen, Matthias u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 5.

*Möllers*, Christoph: Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg, in: JZ 2021, S. 338 ff.

*Möllers*, Christoph: Unsere Werte, in: Merkur 883 (2022), S. 5 ff.

*Möllers*, Martin H. W.: Menschenwürde, Bürgerfreiheit, Zeitgeist und Staatsräson. Verfassungswandel der Grundrechte unter dem Grundgesetz, in: Lepsius, Oliver u. a. (Hrsg.), Verfassung und Rechtspolitik: 70 Jahre Grundgesetz, Berlin 2020, S. 75 ff.

*Möllers*, Thomas M. J.: Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, München 2023.

*Montesquieu*, Charles-Louis de: Vom Geist der Gesetze, übersetzt und eingeleitet von Kurt Weigand, Stuttgart 2011.

*Mori*, Toru: Wie unterscheiden sich Alexy und Kelsen? – Über die Bedeutung der Perspektivenwahl in der Rechtswissenschaft, in: ZöR 2020, S. 835 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Morlok*, Martin/*Heinig*, Hans Michael: Feiertag! Freier Tag? Die Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes als subjektives Recht im Lichte des Art. 139 WRV, in: NVwZ 2001, S. 846 ff.

*Möstl*, Markus: Schutzpflichten, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/ders. (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. Band III. Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Auflage, München 2022, § 68.

*Mouffe*, Chantal: Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion, Frankfurt am Main 2007.

*Mounk*, Yascha: Im Zeitalter der Identität. Der Aufstieg einer gefährlichen Idee, Stuttgart 2024.

*Muckel*, Stefan: Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: VVDStRL 79 (2020), S. 245 ff.

*Mugdan*, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899.

*Müller*, Friedrich: Strukturierende Rechtslehre, 2. Auflage, Berlin 1994.

*Müller*, Friedrich: Die Einheit der Verfassung. Kritik des juristischen Holismus. Elemente einer Verfassungstheorie III, 2. Auflage, Berlin 2007.

*Müller*, Friedrich/*Christensen*, Ralph: Juristische Methodik. Band I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, Berlin 2013.

*Müller*, Friedrich/*Mastronardi*, Philippe (Hrsg.): „Abwägung". Herausforderung für eine Theorie der Praxis, Berlin 2014.

*Müller*, Jan Werner: Verfassungspatriotismus, Berlin 2010.

*Müller*, Markus: Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, in: VVDStRL 81 (2022), S. 251 ff.

*Müller-Franken*, Sebastian: Die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt in den Zeiten der Globalisierung. Zur unhintergehbaren Rolle des Staates in einer durch Europäisierung und Internationalisierung veränderten Welt, in: AöR 134 (2009), S. 542 ff.

*Müller-Mall*, Sabine: Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, Weilerswist 2012.

*Müller-Mall*, Sabine: Juridische Szenen. Vor dem Gesetz/Im Gericht/In Camera, in: Münkler, Laura/Stenzel, Julia (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019, S. 41 ff.

*Müller-Mall*, Sabine: Verfassende Urteile. Eine Theorie des Rechts, Berlin 2023.

*Münch*, Ingo von/*Kunig*, Philip (Begr.): Grundgesetz Kommentar, hrsg. von Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus, 7. Auflage, München 2021, zitiert nach Bearbeiter.

*Münkler*, Laura: Metaphern im Recht. Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht, in: Der Staat 55 (2016), S. 181 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Münkler*, Laura: Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung. Warum und wie Recht inszenieren?, in: dies./Stenzel, Julia (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019, S. 19 ff.

*Münkler*, Laura: Praktikabilität als rechtliches Argument?, in: AöR 146 (2021), S. 595 ff.

*Münkler*, Laura: Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus? – Von der rechtlichen Konstruktion gesellschaftlichen Zusammenhalts und dem Zauber von Symbolik, in: Günther, Klaus u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, Frankfurt am Main 2024, S. 65 ff.

*Münkler*, Laura/*Stenzel*, Julia: Einleitung. Inszenierung und Recht – Funktionen, Modi und Interaktionen, in: Münkler, Laura/Stenzel, Julia (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019, S. 8 ff.

*Münkler*, Laura/*Stenzel*, Julia (Hrsg.): Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

*Murswiek*, Dietrich: Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 192.

*Murswiek*, Dietrich: Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, 2. Auflage, Paderborn 2017, S. 125 ff.

*Mutius*, Albert von: Mietrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht?, in: ZMR 2003, S. 621 ff.

*Nawiasky*, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, Einsiedeln u. a. 1948.

*Neumann*, Ulfrid: Strategien ideologischer Begriffsbildung im Recht, in: ders., Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2008, S. 64 ff.

*Neuner*, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, München 1992.

*Neuner*, Jörg: Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, in: NJW 2020, S. 1851 ff.

*Niemöller*, Martin/*Schuppert*, Gunnar Folke: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, in: AöR 107 (1982), S. 387 ff.

*Noelle-Neumann*, Elisabeth: Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut, 6. Auflage, München 2001.

*Nourse*, Victoria F.: A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules, in: Yale Law Journal 122 (2012), S. 70 ff.

*Nußberger*, Angelika: Der Wandel der Grund- und Menschenrechte, in: Sachs, Michael/Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 117 ff.

*Oertzen*, Jürgen von: Das Expertenparlament. Abgeordnetenrollen in den Fachstrukturen bundesdeutscher Parlamente, Baden-Baden 2006.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Oeter*, Stefan: „Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, in: AöR 119 (1994), S. 529 ff.

*Ogorek*, Markus: Geltung und Fortbestand der Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern. Ein Beitrag zur Lehre vom sogenannten Verfassungswandel, Frankfurt am Main 2004.

*Ogorek*, Regina: Recht, Moral, Politik: Zum Richterbild in der Mediengesellschaft, in: KritV 1997, S. 5 ff.

*Oliver-Lalana*, A. Daniel: Über die demokratische Legitimation der Justiz – Bemerkungen zu Alexys These der argumentativen Repräsentation, in: Clérico, Laura/Sieckmann, Jan-Reinard (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 129 ff.

*Ooyen*, Robert Christian van: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden 2014.

*Ossenbühl*, Fritz: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 39 (1981), S. 189 f.

*Ossenbühl*, Fritz: 40 Jahre Bundesverwaltungsgericht. Bewahrung und Fortentwicklung des Rechtsstaates, in: DVBl. 1993, S. 753 ff.

*Patzelt*, Werner J.: Ein latenter Verfassungskonflikt? Die Deutschen und ihr parlamentarisches Regierungssystem, in: PVS 1998, S. 725 ff.

*Patzelt*, Werner J.: Warum verachten die Deutschen ihr Parlament und lieben ihr Verfassungsgericht? Ergebnisse einer vergleichenden demoskopischen Studie, in: ZParl 2005, S. 517 ff.

*Paulus*, Andreas L.: Direkte Demokratie wagen. Möglichkeiten und Grenzen direkter Demokratie im Grundgesetz, in: Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 273 ff.

*Pauly*, Walter: Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen, in: Jellinek, Georg, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, hrsg. von Pauly, Walter, Goldbach 1996, S. VII ff.

*Pawlowski*, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, Heidelberg 1981.

*Payandeh*, Mehrdad: Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, in: AöR 136 (2011), S. 578 ff.

*Payandeh*, Mehrdad: Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, Tübingen 2017.

*Payandeh*, Mehrdad: Europarecht: Rechte der Natur. Begründung von Eigenrechten der Natur aus der GRCh, in: JuS 2024, S. 989 ff.

*Peuker*, Enrico: Verfassungswandel durch Digitalisierung. Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild, Tübingen 2020.

*Pfeffer*, Janosch/*Sahl*, Jan Christian: Bürgerräte und die parlamentarische Demokratie, in: ZRP 2021, S. 153 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Pichl*, Maximilian: Polizei und Rechtsstaat. Über das Unvermögen, exekutive Gewalt einzuhegen, in: Loick, Daniel (Hrsg.), Kritik der Polizei, Frankfurt am Main 2018, S. 101 ff.

*Pichl*, Maximilian: Law statt Order. Der Kampf um den Rechtsstaat, Berlin 2024.

*Pichler*, Johannes W./*Giese*, Karim J.: Rechtsakzeptanz. Eine empirische Untersuchung zur Rechtskultur aus dem Blickwinkel der Ideen, Werte und Gesinnungen. Darstellt am Beispiel einer österreichischen Demoskopie, Wien u. a. 1993.

*Pieroth*, Bodo: Kunstfreiheit im Verfassungswandel. Mit einem Gespräch über Kunstfreiheit und Identitätspolitik zwischen Bodo Pieroth, Antoinette Maget Dominicé und Jens Kersten, Tübingen 2021.

*Podlech*, Adalbert: Wertungen und Werte im Recht, in: AöR 95 (1970), S. 185 ff.

*Poscher*, Ralf: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

*Poscher*, Ralf: Der juristische Eigenstand der Verfassung, in: Scherzberg, Arno u. a. (Hrsg.), Verfassungstheorie und Verfassungsgebung. Überlegungen anlässlich der Diskussion um eine Verfassungsreform in der Türkei, Berlin 2012, S. 27 ff.

*Poscher*, Ralf: Wozu Juristen streiten. Eine agonistische Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten, in: JZ 2013, S. 1 ff.

*Poscher*, Ralf: Verfassungswandel – Eine sprachtheoretische Erläuterung, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung, Tübingen 2017, S. 201 ff.

*Potacs*, Michael: Rechtstheorie, 2. Auflage, Wien 2019.

*Pound*, Roscoe: Law in Books and Law in Action, in: American Law Review 44 (1910), S. 12 ff.

*Preu*, Peter: Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, Berlin 1992.

*Pschorr*, Simon/*Spanner*, Franziska: Verfassungswandel messbar machen, in: DÖV 2020, S. 91 ff.

*Pünder*, Hermann: Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, in: VVDStRL 72 (2013), S. 191 ff.

*Püttner*, Günter: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 73 (2014), S. 301 f.

*Rabe*, Jens-Christian: Das wird man wohl bald sagen dürfen, in: SZ vom 2.8.2018 (online abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/kultur/politische-theorie-das-wird-man-bald-sagen-duerfen-1.4077610, zuletzt aufgerufen am: 15.4.2024).

*Radbruch*, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ) 1946, S. 105 ff.

*Radbruch*, Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Auflage, Stuttgart 1969.

*Radbruch*, Gustav: Rechtsphilosophie. Studienausgabe, 2. Auflage, Heidelberg 2003.

*Radin*, Max: The Theory of judicial Decision: or how Judges think, in: American Bar Association Journal 11 (1925), S. 357 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Raz*, Joseph: The Morality of Freedom, Oxford 1986.

*Raz*, Joseph: Authority, Law, and Morality, in: ders., Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, 2. Auflage, Oxford 2001, S. 210 ff.

*Raz*, Joseph: Law and Value in Adjudication, in: ders., The Authority of Law. Essays on Law and Morality, 2. Auflage, Oxford 2009, S. 180 ff.

*Raz*, Joseph: The Authority of Law. Essays on Law and Morality, 2. Auflage, Oxford 2009.

*Rawls*, John: Political Liberalism, New York 1993.

*Rawls*, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 19. Auflage, Frankfurt am Main 2014.

*Redeker*, Konrad: Von der Unsitte des Schreibens in eigener Sache, in: NJW 1983, S. 1034 f.

*Redeker*, Konrad/*Karpenstein*, Ulrich: Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, in: NJW 2001, S. 2825 ff.

*Rehbinder*, Manfred: Rechtssoziologie, 8. Auflage, München 2014.

*Reichelt*, Muna: Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Eine empirisch-deskriptive Analyse, Berlin 2011.

*Reimer*, Franz: Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin 2001.

*Reimer*, Franz: Gerechtigkeit als Methodenfrage, Tübingen 2020.

*Reimer*, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.

*Rennert*, Klaus: Funktion und Legitimation des Richters, Festvortrag anlässlich der Absolventenfeier der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin am Freitag, 27. November 2015 (online abrufbar unter: https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20151127_hu_berlin_rennert.pdf, zuletzt aufgerufen am: 28.02.2023).

*Rennert*, Klaus: Legitimation und Legitimität des Richters, in: JZ 2015, S. 529 ff.

*Reybrouck*, David van: Gegen Wahlen. Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 3. Auflage, Göttingen 2017.

*Rijsbergen*, Claudia: Der besondere Schutz von Ehe und Familie. Die verfassungsrechtliche Einordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften unter dem Blickwinkel des Verfassungswandels, Norderstedt 2005.

*Ritzi*, Claudia: Die Postdemokratisierung politischer Öffentlichkeit. Kritik zeitgenössischer Demokratie – theoretische Grundlagen und analytische Perspektiven, Wiesbaden 2014.

*Rödel*, Ulrich/*Frankenberg*, Günter/*Dubiel*, Helmut: Die demokratische Frage, Frankfurt am Main 1989.

*Roellecke*, Gerd: Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt, in: Isensee, Josef/Lecheler, Helmut (Hrsg.), Freiheit und Eigentum. Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 553 ff.

*Roggan*, Fredrik: Die „Technikoffenheit" von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen. Die Problematik der Auslegung von Gesetzen über ihren Wortlaut oder Wortsinn hinaus, in: NJW 2015, S. 1995 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Röhl*, Klaus F.: Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch, Köln 1987.

*Röhl*, Klaus F./*Röhl*, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln 2008.

*Römer*, Peter (Hrsg.): Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Referate und Diskussionen eines Kolloquiums aus Anlass des 70. Geburtstages von Wolfgang Abendroth, Frankfurt am Main 1977.

*Rosanvallon*, Pierre: Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe, Hamburg 2010.

*Roßnagel*, Alexander: Verfassungsänderung und Verfassungswandel in der Verfassungspraxis, in: Der Staat 22 (1983), S. 551 ff.

*Röthel*, Anne: Ist es gerecht, dass es ein Recht zu vererben gibt? Zum produktiven Potential fundamentaler Erbrechtskritik für die Rechtswissenschaft, in: AcP 220 (2020), S. 19 ff.

*Rottleuthner*, Hubert: Demokratie, Demoskopie – und Bud Spencer, in: Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 293 ff.

*Rückert*, Joachim: Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, in: JZ 2011, S. 913 ff.

*Rupp*, Hans Heinrich: Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), S. 161 ff.

*Rusteberg*, Benjamin: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009.

*Rüthers*, Bernd: Recht und Juristen im Wechsel der Systeme und Ideologien, in: NJ 2003, S. 337 ff.

*Rüthers*, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Auflage, Tübingen 2005.

*Rüthers*, Bernd: Methodenfragen als Verfassungsfragen?, in: Rechtstheorie 2009, S. 253 ff.

*Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Auflage, München 2022.

*Ruttloff*, Marc/*Freihoff*, Lisa: Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? – auf Konturensuche, in: NVwZ 2021, S. 917 ff.

*Sachs*, Michael: Bedeutung der Art. 2 I und 14 I GG für die Gestaltung der gesetzlichen Bestimmungen über Bestandsübertragungen bei Lebensversicherungsverträgen, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 26.7.2005 – 1 BvR 782/94 u. 1 BvR 957/96, in: JuS 2005, S. 1026 ff.

*Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021, zitiert nach Bearbeiter.

*Sachs*, Michael: Grundrechte: Schulschließungen in der Pandemie, in: JuS 2022, S. 186 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Säcker*, Franz-Jürgen: Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, in: ZRP 1971, S. 145 ff.

*Säcker*, Franz-Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, 9. Auflage, München 2021, zitiert nach Bearbeiter.

*Sacksofsky*, Ute: Steuerung der Familie durch Steuern, in: NJW 2000, S. 1896 ff.

*Sacksofsky*, Ute: Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, S. 363 ff.

*Sacksofsky*, Ute: Das Märchen vom Untergang der Familie, in: Merkur Vol. 68 (2014), S. 143 ff.

*Sacksofsky*, Ute: Autonomie und Fürsorge, in: KJ 2021, S. 47 ff.

*Sacksofsky*, Ute: Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: Günther, Klaus/Volkmann, Uwe (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, Berlin 2022, S. 180 ff.

*Sahm*, Philipp: Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019.

*Savigny*, Friedrich Carl von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

*Savigny*, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts. Erster Band, Berlin 1840.

*Schaefer*, Jan Philipp: Die „Ehe für alle" und die Grenzen der Verfassungsfortbildung, in: AöR 143 (2018), S. 393 ff.

*Schäfer*, Armin: Der Verlust politischer Gleichheit. Warum die sinkende Wahlbeteiligung der Demokratie schadet, Frankfurt am Main 2015.

*Scharl*, Anna Ingeborg: Die Schutznormtheorie. Historische Entwicklung und Hintergründe, Berlin 2018.

*Schenke*, Wolf-Rüdiger: Verfassung und Zeit – von der „entzeiteten" zur zeitgeprägten Verfassung, in: AöR 103 (1978), S. 566 ff.

*Schenke*, Wolf-Rüdiger: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Bundestagsauflösung, in: NJW 1983, S. 150 ff.

*Scheppele*, Kim Lane: Trumps Gegenverfassung, in: Verfassungsblog vom 21.02.2025 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/trumps-gegenverfassung/, zuletzt aufgerufen am 28.02.2025).

*Schlacke*, Sabine: Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, in: NVwZ 2021, S. 912 ff.

*Schlaich*, Klaus: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 99 ff.

*Schlieffen*, Katharina Gräfin von: Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung, in: Lerch, Kent D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts. Band 2: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005, S. 405 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Schlieffen*, Katharina Gräfin von: Wie Juristen begründen. Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenschaft, in: JZ 2011, S. 109 ff.

*Schliesky*, Utz/*Hoffmann*, Christian/*Luch*, Anika D./*Schulz*, Sönke E./*Borchers*, Kim Corinna: Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2014.

*Schlink*, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.

*Schlink*, Bernhard: Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457 ff.

*Schlink*, Bernhard: Die Entthronung der Staatsrechtsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 191 ff.

*Schmid*, Hans Bernhard/*Schweikard*, David P. (Hrsg.): Kollektive Intentionalität. Eine Debatte über die Grundlagen des Sozialen, Frankfurt am Main 2009.

*Schmidt*, Christopher: „Ehe für alle" – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, in: NJW 2017, S. 2225 ff.

*Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982.

*Schmidt-Recla*, Adrian/*Pischulti*, Anna: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16 (OLG Schleswig), in: MedR 2020, S. 750 ff.

*Schmitt*, Carl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Auflage, Berlin 2006.

*Schmitt*, Carl: Verfassungslehre, 10. Auflage, Berlin 2010.

*Schmitt*, Carl: Die Tyrannei der Werte, 3. Auflage, Berlin 2011.

*Schmitt*, Carl: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 11. Auflage, Berlin 2021.

*Schmitt Glaeser*, Alexander: Vorverständnis als Methode. Eine Methodik der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U.S.-amerikanischen Rechtsdenkens, Berlin 2004.

*Schneider*, Jens-Peter: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, in: NJW 1980, S. 2103 ff.

*Schnur*, Roman: Der Begriff der „herrschenden Meinung" in der Rechtsdogmatik, in: Doehring, Karl (Hrsg.), Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, München 1967, S. 43 ff.

*Schoch*, Friedrich: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 177 ff.

*Schönberger*, Christoph: Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht, in: JZ 2010, S. 1160 ff.

*Schönberger*, Christoph: Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt, Matthias u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 9 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Schönberger*, Christoph: Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik, Nachwort, in: Schmitt, Carl, Die Tyrannei der Werte, 3. Auflage, Berlin 2011, S. 57 ff.

*Schönberger*, Christoph: Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: VVDStRL 71 (2012), S. 297 ff.

*Schönberger*, Sophie: Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: VVDStRL 79 (2020), S. 291 ff.

*Schöne*, Helmar: „Die Mehrheit muss stehen". Steuerung und Fraktionsmanagement von Regierungsfraktionen, in: Korte, Karl-Rudolf/Florack, Martin, Handbuch Regierungsforschung, 2. Auflage, Wiesbaden 2020, S. 1 ff.

*Schröder*, Jan: Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus, Paderborn u. a. 1985.

*Schröder*, Jan: Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 – 1990). Band 2: 1933 – 1990, 3. Auflage, München 2020.

*Schröder*, Ulrich Jan: Der Schutzbereich der Grundrechte, in: JA 2016, S. 641 ff.

*Schuler-Harms*, Margarete: Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72 (2013), S. 417 ff.

*Schulze-Fielitz*, Helmuth: Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists. Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation, in: AöR 122 (1997), S. 1 ff.

*Schulze-Fielitz*, Helmuth: Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 111 ff.

*Schulze-Fielitz*, Helmuth: Verfassung als Prozeß von Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen, in: Wahl, Rainer (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005, Berlin 2010, S. 219 ff.

*Schünemann*, Bernd: Wohin treibt der deutsche Strafprozess?, in: ZStW 2002, S. 1 ff.

*Schuppert*, Gunnar Folke: Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein 1980.

*Schuppert*, Gunnar Folke: Wandel des Eigentums. Zu seiner Verortung im Dreieck von Struktur-, Funktions- und Auffassungswandel des Eigentums, in: AöR 147 (2022), S. 463 ff.

*Schuppert*, Gunnar Folke/*Bumke*, Christian: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen" Rechts, Baden-Baden 2000.

*Schützeichel*, Rainer: Soziologie des Rechtsgefühls, in: Landweer, Hilge/Koppelberg, Dirk (Hrsg.), Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge, Freiburg/München 2016, S. 65 ff.

*Schwab*, Sebastian: Geschichte und Argument. Studien zur historischen Argumentation im Recht, Tübingen 2024.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Schwabe*, Jürgen: Phantomjagd. Die Grundrechts-Drittwirkung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Osterloh, Lerke (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 247 ff.

*Schwabe*, Jürgen: Über Grundpflichtmythen, Abstraktionitis und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik, in: JZ 2007, S. 135 ff.

*Schwarz*, Kyrill-A./*Bravidor*, Christoph: Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, in: JZ 2011, S. 653 ff.

*Seelmann*, Kurt: Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs. Kantischer Befund und aktuelle Funktion, in: Brudermüller, Gerd/ders. (Hrsg.), Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte, Würzburg 2008, S. 67 ff.

*Sehl*, Markus: Was will der Gesetzgeber? Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, Baden-Baden 2019.

*Seibert*, Ulrich: „Gesetzesmaterialien" in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien". Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 111 ff.

*Seifert*, Jürgen: Grundgesetz und Restauration. Verfassungsrechtliche Analyse und dokumentarische Darstellung des Textes des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 mit sämtlichen Änderungen einschließlich des 34. Änderungsgesetzes, 3. Auflage, Neuwied/Darmstadt 1977.

*Seinecke*, Ralf: Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015.

*Senge*, Lothar: Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen, in: Michalke, Regina u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2008, S. 701 ff.

*Sieyès*, Joseph Emmanuel: Einleitung zur Verfassung. Anerkennung und erklärende Darstellung der Menschen- und Bürgerrechte, in: ders., Politische Schriften 1788–1790, übersetzt und hrsg. von Schmitt, Eberhard/Reichardt, Rolf, 2. Auflage, München/Wien 1981, S. 239 ff.

*Simmel*, Georg: Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, 7. Auflage, Berlin 2013.

*Simon*, Dieter: Erwartungen der Gesellschaft an die Justiz, in: Schmidt-Hieber, Werner/Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Justiz und Recht. Festschrift aus Anlass des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier, Heidelberg 1983, S. 3 ff.

*Simon*, Eric: Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin 2005.

*Simpson*, Brent/*Willer*, Robb/*Feinberg*, Matthew: Radical flanks of social movements can increase support for moderate factions, in: PNAS Nexus Band 1, Heft 3, Juli 2022, S. 1 ff.

*Sinder*, Rike: Versammlungskörper. Zum Schutz von hybriden und online-Versammlungen unter dem Grundgesetz, in: Greve, Ruth u. a. (Hrsg.), Der digitalisierte

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Staat. Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat, Baden-Baden 2020, S. 223 ff.

*Smend*, Rudolf: Integration, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. Auflage, Berlin 2010, S. 482 ff.

*Smend*, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. Auflage, Berlin 2010, S. 119 ff.

*Sobota*, Katharina: Rhetorisches Seismogramm – Eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 231 ff.

*Sobota*, Katharina: Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Jahrbuch Rhetorik Band 15 (1996), S. 115 ff.

*Somek*, Alexander: Zwei Welten der Rechtslehre und der Philosophie des Rechts, in: JZ 2016, S. 481 ff.

*Spiecker gen. Döhmann*, Indra: Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, in: VVDStRL 77 (2018), S. 9 ff.

*Staake*, Marco: Werte und Normen, Baden-Baden 2018.

*Stahl*, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts. Band 2. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 3. Auflage, Tübingen 1856.

*Starck*, Christian: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: JZ 1996, S. 1033 ff.

*Starck*, Christian: Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 271.

*Stecker*, Christian: Wie Koalitionsdisziplin den parlamentarischen Mehrheitswillen blockieren kann, in: GWP 2020, S. 71 ff.

*Stegemann*, Bernd: Linke Identitätspolitik als Treiber autoritärer Entwicklungen, in: Frankenberg, Günter/Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg.), Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt 2022, S. 345 ff.

*Steiger*, Dominik: Entgrenzte Gerichte? Die Ausweitung des subjektiven Rechts und der richterlichen Kontrollbefugnisse, in: VerwArch 2016, S. 497 ff.

*Stein*, Ekkehard/*Frank*, Götz: Staatsrecht, 20. Auflage, Tübingen 2007.

*Stein*, Lorenz von: Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage. Dritter Band. Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, hrsg. von Salomon, Gottfried, München 1921.

*Steinbeis*, Max: Sonderrecht, in: Verfassungsblog vom 27.10.2023 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/sonderrecht/, zuletzt aufgerufen am 16.04.2023).

*Steinberg*, Rudolf: Rechte der Natur in der Verfassung?, in: NVwZ 2023, S. 138 ff.

*Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte. Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006.

*Sternberg*, Sebastian/*Gschwend*, Thomas/*Wittig*, Caroline/*Engst*, Benjamin G.: Zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Analyse von abstrakten Normenkontrollen sowie Bund-Länder-Streitigkeiten 1974 – 2010, in: PVS 2015, S. 570 ff.

*Sternberger*, Dolf: Unvergleichlich lebensvoll, aber stets gefährdet: Ist unsere Verfassung nicht demokratisch genug?, in: FAZ vom 27.01.1970, S. 11.

*Sternberger*, Dolf: Verfassungspatriotismus, in: FAZ vom 23.05.1979, S. 1.

*Stock*, Katharina: Verfassungswandel in der Außenverfassung. Entwicklung von Verfassungsrecht in Text und Kontext, Berlin 2017.

*Stolleis*, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 – 1990, München 2012.

*Strauch*, Hans-Joachim: Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

*Stürmer*, Franziska/*Meier*, Patrick (Hrsg.): Recht Populär. Populärkulturelle Rechtsdarstellungen in aktuellen Texten und Medien, Baden-Baden 2016.

*Sunstein*, Cass R.: Legal Reasoning and Political Conflict, Oxford 1996.

*Sunstein*, Cass R.: Designing Democracy. What Constitutions do, Oxford 2001.

*Sunstein*, Cass R.: One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court, 2. Auflage, Cambridge 2001.

*Sunstein*, Cass R.: Testing Minimalism: A Reply, in: Michigan Law Review 104 (2005), S. 123 ff.

*Sunstein*, Cass R.: Beyond Judicial Minimalism, in: Tulsa Law Review 43 (2007), S. 825 ff.

*Suntrup*, Jan Christoph: Umkämpftes Recht. Zur mehrdimensionalen Analyse rechtskultureller Konflikte durch die politische Kulturforschung, Frankfurt am Main 2018.

*Szczerbak*, Simone: Verfassungsrechtliche Leitbilder als (unterschätztes) Präzisierungsinstrument im Verfassungsrecht?, in: Hein, Michael/Petersen, Felix/Steinsdorff, Silvia von (Hrsg.), Die Grenzen der Verfassung, Baden-Baden 2018, S. 121 ff.

*Terhechte*, Jörg Philipp: Die vorzeitige Bundestagsauflösung als verfassungsrechtliches Problem, in: JURA 2005, S. 512 ff.

*Teubner*, Gunther (Hrsg.): Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995.

*Thaler*, Richard H./*Sunstein*, Cass R.: Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 12. Auflage, Berlin 2017.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Thym*, Daniel: Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft. Über die gesellschaftliche Breitenwirkung des Verfassungsrechts und kulturelle Parteinahme unter dem Grundgesetz, in: AöR 145 (2020), S. 40 ff.

*Thym*, Daniel: Integration durch Recht? Erfolge und Grenzen der rechtlichen Gemeinschaftsbildung in der Europäischen Union, in: Günther, Klaus u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, Frankfurt am Main 2024, S. 127 ff.

*Tocqueville*, Alexis de: Über die Demokratie in Amerika, hrsg. von J. P. Mayer, Stuttgart 1985.

*Tomuschat*, Christian: Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1972.

*Triepel*, Heinrich: Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, Berlin/Leipzig 1924.

*Tschentscher*, Axel: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.

*Tushnet*, Mark: Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty, in: Michigan Law Review 94 (1995), S. 245 ff.

*Tushnet*, Mark: Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton 1999.

*Ungern-Sternberg*, Antje von: Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 138 (2013), S. 1 ff.

*Vesting*, Thomas: Staatstheorie, München 2018.

*Viehweg*, Theodor: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Auflage, München 1974.

*Vischer*, Benedict: Die Fremdheit des Rechts. Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens, Weilerswist 2021.

*Vogelsang*, Jennifer: Kommunikationsformen des Internetzeitalters im Lichte der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, Tübingen 2017.

*Voigts*, Helge-Marten: Die Subjektivierung von Gemeinwohlinteressen als Demokratisierung der Verwaltung, Berlin 2016.

*Volkmann*, Uwe: Solidarität. Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998.

*Volkmann*, Uwe: Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, in: JZ 2005, S. 261 ff.

*Volkmann*, Uwe: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: VVDStRL 67 (2008), S. 57 ff.

*Volkmann*, Uwe: Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, in: AöR 134 (2009), S. 157 ff.

*Volkmann*, Uwe: Rechtsgewinnung aus Bildern. Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts, in: Krüper, Julian/Merten, Heike/Morlok, Martin (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010, S. 77 ff.

*Volkmann*, Uwe: Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Volkmann*, Uwe: Kommentar, in: Dreier, Horst, Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, Tübingen 2013, S. 135 ff.

*Volkmann*, Uwe: Solidarität, in: Kube, Hanno u. a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band 1. Staat und Verfassung, Heidelberg 2013, S. 37 ff.

*Volkmann*, Uwe: Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, in: Der Staat 54 (2015), S. 35 ff.

*Volkmann*, Uwe: Gelingensvoraussetzungen von Rechtsfortbildung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016, S. 63 ff.

*Volkmann*, Uwe: Pfadabhängigkeit im Recht, in: Wagner, Eva Ellen u. a. (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, Baden-Baden 2016, S. 27 ff.

*Volkmann*, Uwe: Wahlen in der Demokratie, in: Mörschel, Tobias (Hrsg.), Wahlen und Demokratie. Reformoptionen des deutschen Wahlrechts, Baden-Baden 2016, S. 9 ff.

*Volkmann*, Uwe: Die Rolle von Verfassungsrecht, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung, Tübingen 2017, S. 27 ff.

*Volkmann*, Uwe: Warum die Ehe für alle vor dem BVerfG nicht scheitern wird, in: Verfassungsblog vom 02.07.2017 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/warum-die-ehe-fuer-alle-vor-dem-bverfg-nicht-scheitern-wird/, zuletzt aufgerufen am 20.05.2025).

*Volkmann*, Uwe: Verfassungsänderung und Verfassungswandel. Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 2018, S. 265 ff.

*Volkmann*, Uwe: Wertedämmerung, in: Merkur 834 (2018), S. 5 ff.

*Volkmann*, Uwe: Notizen aus der Provinz: Brandenburg gibt sich ein Paritätsgesetz, in: Verfassungsblog vom 09.02.2019 (online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/notizen-aus-der-provinz-brandenburg-gibt-sich-ein-paritaetsgesetz/, zuletzt aufgerufen am 06.10.2023).

*Volkmann*, Uwe: Der Herde folgen, FAZ vom 6.5.2020, S. 9.

*Volkmann*, Uwe: Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts. Überlegungen zur veränderten Kultur juristischer Argumentation, in: JZ 2020, S. 965 ff.

*Volkmann*, Uwe: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hrsg.), Verfassungsentwicklung III. Verfassungsentwicklung im Gesetz, Tübingen 2021, S. 123 ff.

*Volkmann*, Uwe: Autonome Subjekte oder Kinder des Staates? Vom Verhältnis zwischen natürlicher und staatlich vermittelter Freiheit, in: Günther, Klaus/ders. (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, Berlin 2022, S. 241 ff.

*Volkmann*, Uwe: Zwischen individueller Freiheit und staatlicher Sicherheitsgewähr. Wandlungen des Rechtsstaats in unsicheren Zeiten, in: APuZ 32 – 33/2022, S. 17 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Volkmann*, Uwe: Interpreten der Verfassung, in: Kischel, Uwe/Kube, Hanno (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band I. Grundlagen, Wandel und Herausforderungen, Heidelberg 2023, § 7.

*Volkmann*, Uwe: Rechtsphilosophie, 2. Auflage, München 2023.

*Volkmann*, Uwe: Demokratie und Vernunft. Zugleich ein Beitrag über den Zusammenhang von politischer Theorie und Verfassung, Tübingen 2024.

*Volkmann*, Uwe: Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee, in: Günther, Klaus u. a. (Hrsg.), Zusammenhalt durch Recht?, Frankfurt am Main 2024, S. 47 ff.

*Vorländer*, Hans/*Brodocz*, André: Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in: Vorländer, Hans (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006, S. 259 ff.

*Vosgerau*, Ulrich: Klageschrift vom 12. April 2018 zum Organstreitverfahren der AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag (2 BvE 1/18) (online abrufbar unter: http://www.ulrich-vosgerau.de/wp-content/uploads/2021/07/Klageschrift-Vgr..pdf, zuletzt aufgerufen am 19.04.2024.)

*Voßkuhle*, Andreas: Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, in: AöR 119 (1994), S. 35 ff.

*Voßkuhle*, Andreas: Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, in: AöR 125 (2000), S. 177 ff.

*Voßkuhle*, Andreas: Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat 43 (2004), S. 450 ff.

*Voßkuhle*, Andreas: Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 135 ff.

*Voßkuhle*, Andreas: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: NVwZ 2010, S. 1 ff.

*Voßkuhle*, Andreas: Die Verfassung der Mitte, München 2016.

*Voßkuhle*, Andreas: Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, in: JuS 2019, S. 417 ff.

*Wahl*, Rainer: Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485 ff.

*Wahl*, Rainer: Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, in: NVwZ 1984, S. 401 ff.

*Wahl*, Rainer: Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: Henne, Thomas/Riedlinger, Arne (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Perspektive. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005, S. 371 ff.

*Wahl*, Rainer: Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006.

*Wahl*, Rainer (Hrsg.): Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005, Berlin 2010.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Wahl*, Rainer: Verfassungsgebung – Verfassungsänderung – Verfassungswandel I, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation. Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 und Freiburg 2005, Berlin 2010, S. 29 ff.

*Wahl*, Rainer: Die praktische Wirksamkeit von Verfassungen: Der Fall des Grundgesetzes, in: Sachs, Michael/Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 233 ff.

*Wahl*, Rainer: Entwicklungspfade im Recht, in: JZ 2013, S. 369 ff.

*Wahl*, Rainer: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik, in: Heckmann, Dirk u. a. (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 823 ff.

*Wahl*, Rainer: Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase, in: Meinel, Florian (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2019, S. 27 ff.

*Wahl*, Rainer/*Masing*, Johannes: Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.

*Waldhoff*, Christian: „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz", in: Depenheuer, Otto u. a. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 325 ff.

*Waldhoff*, Christian: Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien". Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 75 ff.

*Waldhoff*, Christian: Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016.

*Waldhoff*, Christian: Das andere Grundgesetz. Gedanken über Verfassungskultur, München 2019.

*Waldron*, Jeremy: Law and Disagreement, Oxford 2004.

*Waldron*, Jeremy: The Core of the Case against Judicial Review, in: Yale Law Journal 115 (2006), S. 1346 ff.

*Waldron*, Jeremy: Can there be a democratic Jurisprudence, in: Emory Law Journal 58 (2009), S. 675 ff.

*Wallrabenstein*, Astrid: Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, Baden-Baden 1999.

*Wallrabenstein*, Astrid: Zwischen „Volksdemokratie" und menschenrechtlichem Demokratieverständnis: Zur Zukunftsfähigkeit „der Demokratietheorie" des Bundesverfassungsgerichts, in: Rixen, Stephan (Hrsg.), Die Wiedergewinnung des Menschen als demokratisches Projekt. Band I. Neue Demokratietheorie als Bedingung demokratischer Grundrechtskonkretisierung in der Biopolitik, Tübingen 2015, S. 21 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

*Walter*, Christian: Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, in: AöR 125 (2000), S. 517 ff.

*Wank*, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.

*Wank*, Rolf: Sachgrundlose Befristung – „Zuvor-Beschäftigung". Besprechung des Urteils BAG v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905, in: RdA 2012, S. 361 ff.

*Wank*, Rolf: Juristische Methodenlehre. Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020.

*Weimar*, Robert: Der Bedeutungswandel des Gesetzes, in: Krawietz, Werner/Topitsch, Ernst/Koller, Peter (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie. Beiheft 4, Berlin 1982, S. 241 ff.

*Weller*, Marc-Philippe: Von der GbR zur OHG: Abkehr „Vom Geist der Gesetze" durch richterliche Rechtsfortbildung?, in: Altmeppen, Holger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 881 ff.

*Wendt*, Rudolf: Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung, in: Heckmann, Dirk u. a. (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 123 ff.

*Werner*, Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in: DVBl. 1959, S. 527 ff.

*Wesche*, Tilo: Die Rechte der Natur. Vom nachhaltigen Eigentum, Berlin 2023.

*Westermann*, Harry: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955.

*Wiederin*, Ewald: Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Haller, Herbert u. a. (Hrsg.), Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler, Wien 1997, S. 1231 ff.

*Wiethölter*, Rudolf: Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1968.

*Willoweit*, Dietmar: Die Sakralisierung des Rechts, in: JZ 2013, S. 157 ff.

*Winkler*, Günther: Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens, Wien 1995.

*Wischmeyer*, Thomas: Der „Wille des Gesetzgebers". Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, in: JZ 2015, S. 957 ff.

*Wischmeyer*, Thomas: Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2015.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags: Ausarbeitung: Maßnahmen zur Herstellung von Generationengerechtigkeit, WD 9 – 3000-057/10 (online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/412152/c2b6b73273ff0bb2f2c4069c74a06c5 1/WD-9-057-10-pdf-data.pdf, zuletzt aufgerufen am 11.04.2024).

*Wittreck*, Fabian: Menschenwürde und Folterverbot. Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, in: DÖV 2003, S. 873 ff.

*Wohlrapp*, Harald: Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum. Eine Kritik an Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse, in: Lerch, Kent D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts. Band 2: Recht verhandeln. Argu-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005, S. 549 ff.

*Wolff*, Heinrich Amadeus: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000.

*Wolff*, Heinrich Amadeus: Die europäisierte deutsche Verfassung, in: Breuer, Marten u. a. (Hrsg.), Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 385 ff.

*Wollenschläger*, Ferdinand: Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, in: VVDStRL 75 (2016), S. 187 ff.

*Würdinger*, Markus: Subjektive oder objektive Theorie? – Das historische Argument in der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, in: Rechtskultur 2013, S. 79 ff.

*Würtenberger*, Thomas: Zeitgeist und Recht, 2. Auflage, Tübingen 1991.

*Würtenberger*, Thomas: Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: Kirchhof, Ferdinand u. a. (Hrsg.), Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten, Heidelberg 2007, S. 77 ff.

*Würtenberger*, Thomas: Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Neuhaus, Helmut (Hrsg.), Verfassungsänderungen, Berlin 2012, S. 287 ff.

*Zabel*, Benno: Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, in: ZIS 2014, S. 340 ff.

*Zabel*, Benno: Die Ordnung des Strafrechts. Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, Tübingen 2017.

*Zedler*, Friederike: Mehrsprachigkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht, Baden-Baden 2015.

*Zimmermann*, Peter: Reform der Staatstätigkeit durch generelle Befristung von Gesetzen – Aspekte einer Problembewältigung mit verfassungswidrigen Mitteln, in: DÖV 2003, S. 940 ff.

*Zippelius*, Reinhold: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Auflage, Berlin 1996.

*Zippelius*, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 11. Auflage, München 2012.

*Zuck*, Rüdiger: Verfassungswandel durch Vertrag?, in: ZRP 1998, S. 457 ff.

*Zweigert*, Konrad/*Kötz*, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

# Sach- und Personenverzeichnis


**A**bgeordnetenentschädigung 92 ff.
Abwägung 288 f., 354
Agonistische Diskurstheorie 278 ff.
Alexy, Robert
– argumentative Repräsentation 180 ff.
– Diskurstheorie 269 f., 281 ff., 286 f.
– Prinzipientheorie 166, 286 f.
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 133 ff., 150 f.

**B**egründungspflicht 232
Beratungsgeheimnis 292 f.
Betroffenendemokratie 42, 189 f.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 20, 30 ff., 44, 195 f.
Bürgerräte 313
Bydlinski, Franz 77

**C**annabis-Legalisierung 316 f.

**D**istinguishing 347, 350 f.
Dogmatik 68 f., 85, 119, 211 f., 235 f., 282 f., 341 ff.
– Positivierungsnachweis 355
Dworkin, Ronald 63, 97 ff.

**E**he für alle 46 f., 98 f., 133, 221
Ehegattensplitting 272 f.
Eigentum 33 f., 39 f., 264
Entwicklungspfade 342 f., 352
Evaluationsgebot 322 f.

**F**lüchtlingspolitik 274 f., 294 f.
Freirecht 74

**G**renzen des Wandels 78 ff., 236 f.
Günther, Klaus 281 ff.

**H**äberle, Peter 38, 44, 78, 196
Habermas, Jürgen 188 ff., 276 ff., 285 f.
Herstellung und Darstellung 105, 146, 233, 290 ff., 355

**I**ndexikalische Begriffe 100
Integrationslehre 59 ff., 192 ff.
– Bildung, politische 304 ff.
– Desintegration 307 ff.
– Verfassungspatriotismus 294 ff.

**J**ellinek, Georg 24 f.
– normative Kraft des Faktischen 257 f.
Judikativer Minimalismus 339 ff.
Juristenausbildung 233 ff.

**K**elsen, Hans 52, 81 f., 282
Klimabeschluss 141 ff., 354
Konflikttheorie 194 f., 298 ff.
Konformauslegung 120 ff., 231
Konkretes Ordnungsdenken 156 f.
Konstitutionalisierung der Rechtsordnung 69 ff., 120 ff., 289
Kontextualisierung 346 ff.
– Entkontextualisierung 129 f.

**L**aband, Paul 24 f.
Larenz, Karl 74 ff.
Lefort, Claude 298 ff.
Leitbilder im Recht 91 ff.
Living Originalism 97 ff.

**M**aterielle Anreicherung/Aufladung 87 ff., 154 ff.
Medien, soziale 190 f., 285
Menschenbild 20, 95 f.


DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Minderheitenschutz 50, 198 ff., 220 ff., 321
Müller, Friedrich 35, 77 ff.
Müller-Mall, Sabine 124 ff., 334 ff.

**N**arrative 267 f.
Normenhierarchie 52 ff., 69 ff., 120 ff., 169 f., 249 f.
Normenklarheit 328 ff.
Normrichtung 76, 108 ff.
Normverbindungen 150 f.
Normzweck
– teleologische Auslegung 33 f., 84 f., 157, 172, 332
– vs. normierte Mittel 88, 154 ff., 170 ff.
NS-Justiz 84 f., 115, 201

**Ö**ffentliche Meinung 116, 179 ff., 186 ff.
– Demoskopie 185, 196 ff.
– Institutionenvertrauen 182 f., 185 f., 186 ff., 261 ff., 292, 297 f.

**P**lebiszite 208, 212, 325
Popular Constitutionalism 250 ff.
Praktische Konkordanz 65, 143 f.
Prinzipien der Verfassungsinterpretation 65 f.

**R**adbruchsche Formel 253
Rahmenordnung 35, 60, 81 f., 203, 357
– Normrahmen 82 ff., 103 f., 282, 344
Recht als kommunikative Praxis 67 ff., 123 ff., 257 ff., 350
Recht auf Demokratie 155 ff.
Rechte der Natur 153 f.
Rechtsänderung, formelle 17, 115 ff., 215 ff., 220 ff., 314 ff., 352 ff.
Rechtskritik 312
Rechtsrhetorik 291 f.
Rosanvallon, Pierre 191 f., 195 f.
Rügeverkümmerung, Verbot der 160 f., 321, 354

**S**avigny, Friedrich Carl von 175, 179
Schutznormtheorie 150
Schutzpflichten, grundrechtliche 138 ff.
Selbstbestimmtes Sterben, Recht auf 19 ff.
Smend, Rudolf 27 f., 59 ff.
Sperrminorität 48 ff., 249
Spiegelbildlichkeit der Parlamente 180
Staatsrechtlicher Positivismus 24 ff.
Subjektive Theorie 213 ff., 331 f., 344 f., *siehe auch* Wille des Gesetzgebers
– Geltungszeitlich-subjektive Theorie 240 ff.
Subjektivierung 148 ff., 156, 211
Sunset-Legislation 322
Sunstein, Cass R. 339 ff.
Systematische Auslegung 65, 242 ff., 331 f.

**T**homas von Aquin 217 f.
Topik 290 f.

**U**nbestimmtheit des Rechts 35 f., 52 f., 81 ff., 278 f., 283 f., 356
Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale 87 ff.

**V**erantwortung 208, 212, 315, 324
Verfassungswandelnde Gewalt 48 ff.
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 32, 129 ff., 140, 211 f., *siehe auch* Abwägung
Vertrauensfrage, unechte 87 ff., 92
Volksabstimmungen, *siehe* Plebiszite
Vorläufigkeit des Rechts 207, 316 f., 352 ff.
Vorverständnis als Methode 158 f.

**W**ahlakt 208 ff., 317 f., 323 ff., 329 ff.
– Präferenzpakete 188
Wahlkampf 116, 195 f.
Weimar, Robert 76 f.
Wertungen
– Berufen auf „Werte“ 206 f., 294 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– gesellschaftliche Werte 59 ff., 184 ff., 186 ff., *siehe auch* Öffentliche Meinung
– gesetzgeberische Wertungen 113, 214 f., 240 ff., 249 f., *siehe auch* Wille des Gesetzgebers
– individuelle Wertungen 206 f., 306
– objektive Wertordnung 238 ff., 245, 250
– schwankende Tageswertungen 195 f.
– subjektive Wertungen des Interpreten 80, 101, 209
– und Vernunft 182 ff.
– Wertewandel 80, 112 f.,168 f.
– Wertungsjurisprudenz 240 ff.

Wille des Gesetzgebers 38, 66, 76, 97 ff., 222 ff., 227 ff., 233 ff., 240 ff., 246 ff.

**Z**iviler Ungehorsam 301 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59614-0 | Generated on 2025-08-23 14:02:43
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/