

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1239

Die Verfassung des Grundgesetzes

Rahmen- und Werteordnung im Lichte
der Gefährdungen durch Macht und Moral

Von

Birgit Reese



Duncker & Humblot · Berlin

BIRGIT REESE

Die Verfassung des Grundgesetzes

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1239

Die Verfassung des Grundgesetzes

Rahmen- und Werteordnung im Lichte
der Gefährdungen durch Macht und Moral

Von

Birgit Reese



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Rostock
hat diese Arbeit im Jahre 2011
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-13923-1 (Print)
ISBN 978-3-428-53923-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83923-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Vor zwanzig Jahren hat Horst Dreier prognostiziert, dass es in absehbarer Zeit ein Zurück hinter den erreichten Grundrechtsstandard nicht geben wird. Grund dafür sei die allgemeine, nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland zu konstatierende Bedeutungssteigerung der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie die breite Akzeptanz, die die Idee objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte in Rechtsprechung und Lehre gefunden habe.¹ Gerade die Bedeutungssteigerung der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Multifunktionalität der Grundrechte aber waren und sind heftiger Kritik ausgesetzt. Unabhängig davon, ob man die Prognose Dreiers teilt oder ob man die mit ihr verbundene Bekräftigung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte überhaupt für wünschenswert hält, liegt eine erhebliche Gefahr für den Grundrechtsschutz jedenfalls darin, dass man die Sensibilität für Grundrechtsgefährdungen verliert: sei es, dass man den Grundrechtsstandard als Gegebenes und nicht als Aufgegebenes betrachtet, sei es, dass die Verfassung und die Grundrechte im Übereifer überinterpretiert oder dass sie aus Überdruß vernachlässigt werden. Dass das Verfassungs- und Grundrechtsverständnis im juristischen Alltag nicht stets reflektiert wird oder werden kann, entlastet die Rechtswissenschaft nicht von der Aufgabe, das der Rechtsanwendung (unbewusst) zugrundeliegende Vorverständnis über Bedeutung und Reichweite der Verfassung und der Grundrechte aufzudecken und kritisch zu hinterfragen. *Einen* Anknüpfungspunkt für diese Diskussion bilden die Vorstellungen von der Verfassung als Werte- und Rahmenordnung, denen sich die vorliegende Untersuchung versucht hat anzunähern.

Für die Unterstützung dieses Vorhabens möchte ich ganz besonders meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Hans-Joachim Schütz danken. Er hat diese Arbeit im besten Sinne betreut, und zwar durch wertvolle inhaltliche Anregungen und Hinweise, aber auch durch seinen mitunter energischen Widerspruch, der die gedankliche Arbeit letztlich am meisten herausgefordert und befruchtet hat. Zu großem Dank bin ich ferner Herrn Professor Dr. Wolfgang März für die außerordentlich zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die im Rahmen der Begutachtung und der Disputation gemachten überaus hilfreichen Anmerkungen verpflichtet. Fachlich und in allen sonstigen Belangen unterstützt haben mich stets meine lieben Freunde und Kollegen am Lehrstuhl, Diana Boldt, Arkadiusz Mochtak, Kay-Uwe Neumann und Niklas Schreiner, denen ich für ihre große Hilfsbereitschaft besonderen Dank schulde. Zudem bedanke ich mich für die großzügigen finanziellen Förderungen. Wesentlich unterstützt wurde die Erstellung dieser Arbeit durch ein Stipendium, das mir das Land Mecklenburg-Vorpommern im Rahmen der Landes-

¹ H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, S. 63.

graduiertenförderung gewährt hat. Darüber hinaus hat das Bundesministerium des Innern durch die Gewährung eines erheblichen Druckkostenzuschusses die Veröffentlichung dieser Arbeit erleichtert. Zuletzt, aber am herzlichsten danke ich meinem Ehemann Bernd Hüpers.

Warnemünde, im Februar 2013

Birgit Reese

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Fragestellung	13
B. Herangehensweise und Gang der Untersuchung	15

Erster Teil

Zur Werteordnungsrechtsprechung des BVerfG	20
A. Grundzüge der Werteordnung	20
I. Die Anfänge	20
II. Lüth – 1958	25
III. Grundrechte als objektiv-rechtliche Normen	32
1. Ausstrahlungswirkung	32
2. Grundrechte als Teilhabe- und Leistungsrechte	35
3. Grundrechte als Organisationsrechte	37
4. Grundrechte als Verfahrensrechte	39
5. Grundrechte als Schutzpflichten	41
IV. Ergebnis	46
B. Probleme der Werteordnung	47
I. Kompetenzabgrenzungen	47
1. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	47
a) Gesetzeszwecke	47
b) Gesetzgebungsaufträge	49
2. Das BVerfG als Superrevisionsgericht	53
II. Strukturierung der Abwägung	56
1. Wertrangordnung	57

2. Vorgang der Abwägung	59
III. Grenzen der Werteordnung	62
1. Abwägungsgrenzen	62
2. Katalog der Verfassungswerte	65
3. Rückgriff auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen	71
IV. Ergebnis	76

Zweiter Teil

**Die Verfassung als Werteordnung
am Beispiel Robert Alexys Prinzipientheorie** 78

A. Das Werteordnungsdenken als Prinzipiendenken	78
I. Die Prinzipientheorie	78
1. Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien	78
2. Regel- und Prinzipienkollisionen	79
3. Prima-facie-Charakter von Regeln	80
4. Regel-Prinzipien-Modell der Grundrechtsbestimmungen	80
II. Verfassungstheoretischer Erklärungswert	82
1. Die Werteordnungsrechtsprechung des BVerfG im Lichte der Prinzipientheorie	83
a) Optimierung und Abwägung	83
b) Optimierung und Grundrechte als objektiv-rechtliche Normen	85
c) Ergebnis	87
2. Weite grundrechtliche Schutzbereiche	87
a) Weites und enges Schutzbereichsverständnis des BVerfG	88
b) Schutzbereiche und Prinzipientheorie	91
c) Ergebnis	93
3. Zu den Grenzen der Prinzipientheorie	93
a) Der strikte Gegensatz zwischen Regeln und Prinzipien	93
b) Der allgemeine Gleichheitssatz	97
c) Spielraum des Gesetzgebers als formelles Prinzip?	99
4. Regeln und Prinzipien im Rechtssystem	104
a) Konstitutionalismus	104

b) Denken von den (Verfassungs-)Prinzipien her	107
III. Ergebnis	109
B. Das Prinzipiendenken als Denken von der Moral her	110
I. Zur Verbindung von Prinzipien- und Rechtsbegriffsdiskussion	111
1. Dworkin und Esser	111
2. Die Prinzipientheorie als eine „von unhaltbaren Annahmen gereinigte Wert- theorie“	114
II. Offenheits- oder Geschlossenheitsthese	115
1. Zur Rationalität von Abwägungen	115
2. Zur Verbindung von Prinzipien- und Diskurstheorie	119
3. Spielraumdogmatik	123
III. Grenzen des Prinzipiendenkens	126
1. Das Prinzipienargument	126
a) Strukturtheoretische Version des Prinzipienarguments	126
b) Geltungstheoretische Version des Prinzipienarguments	127
2. Das Unrechtsargument	131
a) Relativierung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotese	131
b) Relativierung weiterer Verfassungsregeln	135
IV. Ergebnis	137

Dritter Teil

**Die Verfassung als Rahmenordnung am Beispiel
Ernst-Wolfgang Böckenfördes Rahmenordnungstheorie** 139

A. Annäherungen an die Rahmenordnungstheorie	140
I. Die Methodenkritik von Forsthoff	140
1. „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ – 1959	140
2. Der entideologisierte Staat	145
II. Die Methodenkritik von Böckenförde	147
1. „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“ – 1974	148
2. „Die Methoden der Verfassungsinterpretation“ – 1976	152

3. „Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts“ – 1988/1990	156
4. „Grundrechte als Grundsatznormen“ – 1990	158
5. Zwischenergebnis und weiterführende Fragen	161
B. Der konzeptionelle Gehalt der Rahmenordnungstheorie	162
I. Grundrechte als Abwehrrechte	163
II. „Polizeirechtliche Verhältnismäßigkeit“	166
III. Die Lehre vom Gewährleistungsinhalt der Grundrechte	170
1. Problemanalyse	171
2. Schutzbereich und Gewährleistungsinhalt	172
3. Ermittlung des Gewährleistungsinhalts	173
a) Historisch-genetische Auslegung	174
b) Gewährleistungsinhalt der Forschungsfreiheit	176
c) Gewährleistungsinhalt der Religionsfreiheit	181
d) Gewährleistungsinhalt der Gewissensfreiheit	184
e) Methodisch gesicherte Erkenntnis?	186
4. Elementare Nichtstörungsschranken	188
IV. Ergebnis	191
C. Das Rahmenordnungdenken als Regeldenken	192
I. Verfassungsnormen als „Lapidarformeln“	192
II. Verfassungstheoretischer Erklärungswert	194
1. Schutz der rechtsstaatlichen Freiheitsgewähr	195
a) Inhaltsbestimmung	196
b) Verlagerungsargument	197
c) Schranken	199
d) Ergebnis	200
2. Schutz des parlamentarischen Gesetzes und des Gesetzgebers	200
a) „Legislatoris interpositio“	201
b) Entschärfung des Kompetenzkonflikts	202
3. Ergebnis	205

III. Regeln und Prinzipien im Rechtssystem	206
1. Legalismus	206
2. Denken von den Regeln her	207
IV. Denken von der Demokratie her?	208
V. Ergebnis	209
D. Das Regeldenken als Denken vom Staat her	210
I. Das „Denken vom Staat her“ in der Analyse von F. Günther	210
II. Staat und Verfassung	213
III. Der Parlamentarische Gesetzgebungsstaat	217
1. Die Staatsarten nach Schmitt	218
2. Letztentscheidung	220
3. (Relative) Homogenität als Voraussetzung der Demokratie	222
a) „Böckenförde-Dilemma“	223
b) Zivilreligion	227
c) „Leitkultur“ und „Ethos der Gesetzlichkeit“	228
4. Offenheit des Rechts als Ermächtigung	229
IV. Ergebnis	231

Vierter Teil

Rahmenordnung versus Werteordnung 235

A. Argumentationsrahmen	235
I. Verfassungsmäßige Verfassungstheorie	235
II. Annäherungen zwischen Rahmen- und Werteordnung	239
B. Denken von der Verfassung her	241
I. Rechtsstaat und Demokratie	241
1. Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie	241
2. Einheit zwischen (materiellem) Rechtsstaat und Demokratie	242

II. Gefährdungen durch Macht und Moral	246
1. Rechtsstaat und Moral	246
2. Demokratie und Macht	248
III. Konstruktive Alternative: Zu einem verfassungsimmanenten Werteordnungsdenken	250
1. Rationalitätsvorteile	250
2. Probleme	252
Zusammenfassung und Ausblick	255
Literaturverzeichnis	263
Sachwortverzeichnis	281

Einleitung

A. Fragestellung

Die hier gestellte Frage nach der Verfassung des Grundgesetzes ist eine juristische. Die durch den Doppelsinn von „Verfassung“ implizierte Frage nach dem tatsächlichen Zustand der grundgesetzlichen Verfassung erhält ihren Sinn erst, wenn die Frage nach dem gesollten Zustand beantwortet werden kann. *Eine* und die hier maßgebliche Frage nach dem Sollen der Verfassung lautet: Soll die Verfassung als Rahmen- oder als Werteordnung verstanden werden? Man könnte sie der Frage nach dem Verfassungsbegriff zuordnen, wenn man die Arbeit am Verfassungsbegriff nicht semantisch, sondern juristisch versteht.¹

Die Frage nach der Verfassung als Rahmen- oder Werteordnung ist nicht neu. Die mit den Begriffen der Rahmenordnung und Wert(e)ordnung² verbundenen Konzepte sind aber keineswegs klar. Sie können Ausdruck gegensätzlicher Auffassungen über die Bedeutung und der normativen Reichweite der Verfassung sein.³ Rahmen- und Werteordnung müssen aber nicht Ausdruck alternativer Auffassungen sein. Man kann die Begriffe auch in einem so allgemeinen Sinn verwenden, dass sie nicht in Widerspruch zueinander geraten, was juristisch allerdings kaum aussagekräftig

¹ Zu den Dimensionen der Frage nach dem Verfassungsbegriff grundlegend *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 3 ff. Zum Verfassungsbegriff des Grundgesetzes jüngst *Unruh*, S. 161 f.

² Die Begriffe Wertordnung und Wertgeordnung werden im Folgenden synonym verwendet. Zwar ist in der Literatur, die insofern der Rechtsprechung des BVerfG seit seinem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198, LS 1) folgt, eine gewisse Präferenz für den Begriff Wertordnung erkennbar (vgl. nur *Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz; *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung; anders z. B. *Di Fabio*, Grundrechte als Werteordnung, S. 1 ff.), allerdings ohne ersichtliche Bedeutungsabgrenzung zum Begriff Wertgeordnung. Vereinzelt verwendet auch das BVerfG den Begriff der Werteordnung, vgl. BVerfGE 110, 141, 163; E 121, 317, 353.

³ *Wahl*, Vorrang, S. 507, mit Bezug auf den „unterschiedlichen Denkstil der beiden Konzepte“; *Morlok*, S. 105 ff., mit Hinweis auf „ein ‚Rahmenverständnis‘ und eine im Kontrast hierzu als ‚flächendeckend‘ zu bezeichnende Auffassung von der Wirkungsweise der Verfassung“, wobei letztere dazu tendiere, „für sämtliche Bereiche wenigstens verfassungsrechtliche ‚Wertentscheidungen‘ oder Leitprinzipien als Maßgabe der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung zu sehen“. Zur Rahmen- und Werteordnung als gegensätzliche Idealtypen moderner Verfassungsstaaten – unabhängig von nationalen Besonderheiten – jüngst *Rensmann*, S. 243 ff. Die Gegensätzlichkeit zwischen Rahmen- und Werteordnung betont auch *Jestaedt*, Grundrechtsfaltung, S. 75 ff., der der Unterscheidung im Übrigen aber nur einen richtunggebenden Aussagegehalt entnimmt („makrodogmatische Groborientierung“, ebda, S. 104).

wäre.⁴ Oder man kann versuchen, die unterschiedlichen Konzepte – gleichsam als Synthese – miteinander in Einklang zu bringen. Letzteres dürfte der kritischen Frage Lerches entgegenkommen: „Stehen wir wirklich nur vor den Alternativen einer umfassend dirigierenden Verfassung und einer solchen als Rahmenordnung?“⁵

Ziel dieser Untersuchung ist nicht die Aufarbeitung der Begriffsverwendung von Rahmen- und Werteordnung in der Staatsrechtslehre. Nicht die Begriffe der Rahmen- und Werteordnung sollen im Vordergrund stehen, sondern eine mit ihnen in Verbindung gebrachte normative Unterscheidung, nämlich diejenige zwischen einem restriktiven (Rahmenordnungs-) Verständnis der Verfassung einerseits und einem extensiven (Werteordnungs-) Verständnis der Verfassung andererseits.

Doch ist die so verstandene Frage nach Rahmen- oder Werteordnung überhaupt relevant? Augenscheinlich relevant wird die Frage nach der allgemeinen Bedeutung der Verfassung in juristischen Ausnahmesituationen. So zeigen die Ereignisse des 11. September, wie unerwartete Bedrohungen die Verfassungsbindung in Frage stellen können. Gilt es nun, das „Undenkbare zu denken“?⁶ Muss wegen eines gesteigerten Sicherheitsbedürfnisses die normative Reichweite der Verfassung begrenzt werden? Oder muss möglicherweise zur Terrorbekämpfung – Stichworte: Folterverbot und Abschuss von Terrorflugzeugen – über eine unbefangene und umfassendere Art der Güterabwägung nachgedacht werden?⁷ Eine theoretische Reflexion über Extrem- und Einzelfälle muss allerdings mehr bieten. Ihre Aussagen müssen sich auch im juristischen Alltag bewähren, insbesondere bei der Anwendung des einfachen Rechts.⁸

⁴ Kaum weiterführend daher *Eichenberger*, S. 232: „Die Beziehung von Politik und Verfassung wird neuerdings gerne mit dem Worte gekennzeichnet, dass diese für jene den Rahmen oder die Rahmenordnung abgebe. Bleibt man dem Bilde treu, wird man ihm vor allem entnehmen, dass die Politik über eine freie substantielle Kreativefläche verfügt, aber durch die Verfassung streng und unentrinnbar eingefasst ist. Die Politik wird daran gehindert zu verfließen und sich ins Unangemessene auszuweiten.“

⁵ *Lerche*, Nachwort, S. 77; siehe auch *ders.*, Optimierungsgebote, S. 203 f. Kritisch insoweit auch *H. Dreier*, Grundlagen, § 1 Rn. 87, wonach sich die kategoriale Verschiedenheit von Rahmen- und Grundordnung als Chimäre erweise. In Richtung Kompatibilität von Rahmen- und Wertordnung *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht, S. 14 f.; *Ossenbühl*, Grundrechtsinterpretation, § 15 Rn. 49; *Unruh*, S. 414 f.; *Möstl*, § 17 Rn. 16 ff.

⁶ *Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaats, S. 9: „Im hereinbrechenden Zeitalter des Terrorismus aber gibt es eine moralische Verpflichtung, auch das ‚Undenkbare zu denken‘ und das Notwendige mit Deutlichkeit zu sagen.“

⁷ Zur Möglichkeit der Rettungsfolter *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Rn. 45 zu Art. 1, Stand 2003: „Daraus kann sich im Einzelfall ergeben, dass die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels, die sonstige Überwindung willentlicher Steuerung oder die Ausforschung unwillkürlicher Vorgänge wegen der auf Lebensrettung gerichteten Finalität eben nicht den Würdeanspruch verletzen.“ Später aber relativierend, *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Rn. 47, 95 zu Art. 1, Stand 2009 m.w.N. zum Diskussionsstand. Zum Abschuss von Terrorflugzeugen BVerfGE 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*).

⁸ Zur Kritik an der Konstitutionalisierung des einfachen Rechts und ihrer Rhetorik („Kontamination“ des Verwaltungsrechts [...], „Kolonisierung“ des Privatrechts [...] grund-

Mit der Prinzipientheorie von Robert Alexy und der Rahmenordnungstheorie von Ernst-Wolfgang Böckenförde liegen zwei Ansätze vor, die gegensätzliche Auffassungen über Bedeutung und normative Reichweite der Verfassung idealtypisch zum Ausdruck bringen.⁹ Ihr Werte- und Rahmenordnungsverständnis soll die Grundlage bilden, um allgemeine Aussagen über die zugrunde liegenden Denktypen zu treffen und die jeweiligen Vorzüge und Schwächen zu diskutieren. Besonderes Augenmerk wird dabei darauf gerichtet, ob und inwieweit die verfassungstheoretischen Ansätze anfällig sind für außerrechtliche Einflüsse, und zwar durch Macht und Moral, und damit die Normativität der Verfassung gefährden. Die Diskussion der Ansätze von Alexy und Böckenförde soll dazu beitragen, die argumentative Grundlage für die Frage nach dem Verständnis der Verfassung als Rahmen- oder Werteordnung zu erweitern und ggf. über Annäherungen zwischen Rahmen- und Werteordnung nachzudenken.

B. Herangehensweise und Gang der Untersuchung

Der Ansatz dieser Untersuchung ist ein verfassungstheoretischer.¹⁰ Der Begriff der Verfassungstheorie wird in diesem Zusammenhang mit Böckenförde als eine „systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“ verstanden.¹¹ Im Vordergrund der verfassungstheoretischen Fragestellung soll die rechtstheoretische Perspektive stehen, und zwar verstanden als spezifisch ju-

rechtlichen ‚Gleichschaltung‘ des gesamten Gesetzesrechts“) *Hermes*, S. 122 ff. (m.w.N.); *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Rn. 66 zu Art. 93, spricht von „konstitutioneller ‚Sättigung‘ und Absicherung“; von „Sättigungspunkten“ sprechen auch *Schuppert/Bumke*, S. 63 ff. Etwas vorsichtiger die Einschätzung von *Rensmann*, S. 203 f., der einerseits auf die vielfach vertretene Auffassung verweist, dass es ein „prinzipielles Zurück“ von der Werteordnungsjudikatur des BVerfG nicht geben werde, andererseits aber auch die Stimmen betont, die für ein „schlankes“, liberal-rechtsstaatliches Grundrechts- und Verfassungsverständnis“ eintreten.

⁹ Die besondere Bedeutung Böckenfördes als Vertreter einer limitierenden Verfassungstheorie hat Manterfeld herausgearbeitet. Nach *Manterfeld*, S. 17, biete das Werk Böckenfördes die Möglichkeit, „eine limitierende Verfassungstheorie des Grundgesetzes zu rekonstruieren, die in diesem Werk wie in keinem anderen angelegt, aber noch nicht unter diesem Aspekt gearbeitet ist“. Zur Gegenüberstellung der idealtypischen Ansätze von Alexy und Böckenförde vgl. auch *Kaufmann*, S. 161.

¹⁰ Umfassend zum Begriff der Verfassungstheorie *Jestaedt*, Verfassungstheorie; *ders.*, Verfassungstheorie als Disziplin, § 1.

¹¹ *Böckenförde*, Verfassungsinterpretation, S. 2098. Gleichsam als „Unterfall“ der Verfassungstheorie kann man die Grundrechtstheorie als eine „systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte“ ansehen, vgl. *ders.*, Grundrechtstheorie, S. 1529; zur Bedeutung einer Grundrechtstheorie *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, S. 74; *Mahlmann*, S. 13 ff. m.w.N. Zurückhaltend *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 66.