

# Gibt es Unabstimmbares in der Demokratie?\*

Von Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn

## I. Einführung: Die demokratische Herrschaft der Mehrheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen

Demokratie ist ein verfahrensrechtliches Formprinzip, das keine inhaltlichen Vorgaben enthält wie der Rechtsstaat<sup>1</sup>. Das demokratische Entscheidungsverfahren präjudiziert nicht das inhaltliche Entscheidungsergebnis; es bestimmt lediglich, auf welchem Wege die Normen erzeugt werden sollen. Nach dem Grundgesetz werden grundlegende staatliche Entscheidungen nach Maßgabe der Mehrheitsregel getroffen: die (Gesetzes-) Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates (Art. 42 Abs. 1 S. 1, 77 Abs. 1, Art. 52 Abs. 3 S. 1, 78 GG), die Wahl des Bundeskanzlers (Art. 63 Abs. 2-4 GG) und seine Ablösung aufgrund eines konstruktiven Misstrauensvotums (Art. 67 Abs. 1 GG) sowie die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung (Art. 54 Abs. 6 GG). Darin findet das die Staatsstruktur der Bundesrepublik Deutschland prägende Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG) seinen unmittelbaren Ausdruck.

Das demokratische Mehrheitsprinzip gilt aber nicht absolut, nicht uneingeschränkt. Das Grundgesetz ist nicht bereit, den noch in der Weimarer Republik von *Hans Kelsen* propagierten demokratischen Relativismus der Weltanschauung<sup>2</sup> weiterhin anzuerkennen und die daraus folgende inhaltliche Beliebigkeit bis zur letzten Konsequenz zu treiben. Vor dem Hintergrund spezifischer Unrechtserfahrungen organisiert es die rechtsstaatlich domestizierte, die verfassungsrechtlich gebundene, liberale Demokratie, die die Menschenwürde und individuelle Freiheit in ihrem Kern sichern und das (auch) unter der Herrschaft der demokratischen Mehrheit unvermeidliche Opfer an individueller Selbstbestimmung so gering wie möglich halten will. In der vom Grundgesetz verfassten freiheitlichen Demokratie entscheidet daher – in den Worten des BVerfG – „der Mehrheitswille in den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit“<sup>3</sup>.

Deshalb bindet das Grundgesetz alle Staatsgewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), lässt Verfassungsänderungen zwar grundsätzlich zu, erschwert sie aber durch das Er-

fordernis einer qualifizierten Mehrheit und beschränkt sie inhaltlich (Art. 79 Abs. 2, 3 GG), eröffnet den Rechtsweg gegen die öffentliche Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG), gewährleistet die Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3, 92, 97 Abs. 1 GG) und sucht die Einhaltung dieser Grenzen durch das BVerfG zu sichern. Die Grundrechte, die auch den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber binden (Art. 1 Abs. 3 GG), können diesem gegenüber im Wege verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG), aber auch vom Grundrechtsberechtigten selbst mittels der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) eingefordert und durchgesetzt werden. Nach der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes findet somit der demokratische politische Gestaltungswille – ungeachtet seiner demokratischen Legitimation – ein rechtsstaatliches Maß und eine unübersteigbare Grenze in dem Bekenntnis dazu, „dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden“<sup>4</sup>.

Die Schutzwirkung, welche die Grundrechte dem Individuum und seiner natürlichen Freiheit vermitteln, darf allerdings nicht überschätzt werden. Die den Grundrechten beigegebenen Gesetzesvorbehalte ermöglichen es dem demokratischen Gesetzgeber sehr wohl, diese Freiheit im Interesse des von ihm selbst definierten Gemeinwohls sehr weitgehend zu beschränken, auch wenn der diese Beschränkungen begründen muss und diese verhältnismäßig sein müssen. Lediglich der Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) und die Würde jedes einzelnen Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) bleiben unantastbar. Sie allein bilden den demokratischen Mehrheitsentscheidungen schlechthin unzugänglichen, unbedingt zu respektierenden Kernbereich der Grundrechte, die eigentliche Sphäre des Unabstimmbaren, also dessen, worüber nach dem Willen des sich durch seine Verfassung selbst bindenden, souveränen Staatsvolkes, auch die demokratisch legitimierte, selbst eine qualifizierte Mehrheit keinesfalls disponieren kann, mit anderen Worten: die absolute Grenze der Demokratie.

## II. Trügerische Rechtssicherheit

Doch die Rechtssicherheit, welche die Unantastbarkeitsgarantien zu verbürgen scheint, ist eine trügerische. Sie setzt nämlich voraus, dass das, was unabstimmbar sein soll, eindeutig bestimmt oder doch wenigstens hinreichend präzise bestimmbar ist. Dafür aber bedarf es notwendig der den Sinn einer Rechtsnorm erst erschließenden, die Tatbestandsvoraussetzungen und die an sie geknüpfte Rechtsfolge analysierenden Interpretation. „Denn alle Normen, auch die des Verfassungsgesetzes, bedürfen der Interpretation, um wirksam zu

---

\* Schriftfassung eines Vortrages, den *Verfasser* auf der Tagung „Dialektik der Aufklärung“ im Februar 2007 an der Ruhr-Universität Bochum gehalten hat; s. dazu auch den von *Walter Schweidler* herausgegebenen, im Verlag Karl Alber erschienenen Tagungsband „Postsäkulare Gesellschaft. Perspektiven interdisziplinärer Forschung“.

<sup>1</sup> Zur „Unterschiedenheit von Demokratie und Rechtsstaat“ siehe *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 82-85, S. 485 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 99-104, 101.

<sup>3</sup> BVerfGE 45, 125 (145). Siehe auch BVerfGE 68, 1 (87): „Die Demokratie, die das Grundgesetz verfasst hat, ist eine *rechtsstaatliche* Demokratie, und das bedeutet im Verhältnis der Staatsorgane zueinander vor allem eine *gewaltenteilende* Demokratie.“

---

<sup>4</sup> BVerfGE 45, 187 (227 f.).

werden<sup>5</sup>. Die Auslegung ist unentrinnbares Schicksal des Juristen. Sie lässt sich weder durch Beschwörung angeblicher Normklarheit – „in claris non fit interpretatio“ – noch durch gesetzliche Verbote – wie im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (§ 48 Einl. ALR) – wirksam ausschließen. Die Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit der Rechtsnormen erweist sich jedoch zugleich als offene Flanke ihres objektiven Geltungsanspruchs.

Was auf dem Interpretationsweg gefunden, d.h. identifiziert und zur Geltung gebracht werden soll, müsste eigentlich voraussetzungsgemäß bereits vorhanden sein. Aber die dem Juristen aufgebene Auslegung und Rechtsanwendung erschöpft sich nicht im Erkennen und Aussprechen der vom Normsetzer bereits vollständig getroffenen Entscheidung. Es handelt sich vielmehr, wie es das BVerfG einmal formuliert hat, um einen „Akt bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“<sup>6</sup>. Jede Auslegung von Recht ist notwendig subjektgebunden und subjektbedingt und kann „schon deshalb nicht unabhängig von der schöpferischen Eigenleistung des Auslegenden gedacht werden“<sup>7</sup>.

Bedeutet dies, dass sich der Inhalt der zu interpretierenden Norm erst in der Auslegung vollendet<sup>8</sup>, dass der Interpret das Recht nicht bloß rekonstruiert, sondern gar eigentlich nach eigenem Gutdünken kreiert? Verformt sich das, was objektiv gelten soll, im willkürlichen interpretativen Zugriff zu subjektiv Beliebigem?

Gewiss, die Interpretation bleibt ihrem Erkenntnisgegenstand verhaftet. Mit rechtserkenntnisbezogener Kreativität „wird nicht das Gegebene selbst verändert, sondern Unsicherheiten und Uneindeutigkeiten in der Deutung des Gegebenen behoben. [...] Im Erkenntnisakt wird das Gegebene entweder zutreffend erfasst oder verfehlt – tertium non datur. Dass sich mit mehr oder minder überzeugenden Gründen mehrere Sinndeutungen vertreten lassen, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass dem Gegebenen, hier: einer Rechtsnorm, tatsächlicher mehrfacher Sinn eignet – was der Norm im übrigen den Vorwurf der Perplexität eintrüge“<sup>9</sup>. Die Interpretation ist und bleibt also Hilfsmittel zur Feststellung, nicht zur Herstellung von Rechtsnormen.

Doch auch wer prinzipiell an der von nicht wenigen als Selbsttäuschung denunzierten Ansicht festhält, dass Auslegung Erkenntnis von Vorgegebenem ist und die auszulegende Norm sich nicht etwa überhaupt erst im Verständnishorizont des Auslegenden bildet und daher nur als Aufgegebenes begriffen werden kann, muss konstatieren, dass sich, solange kein Konsens über die maßgebliche Auslegungsmethode oder die maßgeblichen Auslegungsmethoden und deren Verhältnis zueinander besteht, zwischen Rechtsfindung und illegitimer

Rechtserfindung, zwischen Herausgelesenem und Hineingelegtem, zwischen richtigen oder falschen Aussagen über das geltende Recht einerseits und – offen oder verdeckt betriebener, inhaltsverändernder – Rechtsproduktion qua vorgeblicher Interpretation andererseits nicht verlässlich unterscheiden lässt.

Das objektive Verfassungsrecht sieht sich der offenen Gesellschaft der subjektiven Verfassungsinterpretationen ausgeliefert, für die kein verbindlicher Kanon der Interpretationswege besteht. Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes macht da, ungeachtet seiner Unabänderlichkeit gemäß Art. 79 Abs. 3 GG, keine Ausnahme, ist nicht *rocher de bronze*, nicht Fels in der Brandung, der nur umspült, aber nicht ausgehöhlt werden könnte, sondern fließt im mächtigen Strom des verfassungsrechtlichen Diskurses mit und sieht sich interpretativer Deformation ausgesetzt.

Es ist offensichtlich, dass mit einer „Neuinterpretation“ des Art. 1 Abs. 1 GG das gesamte verfassungsrechtliche Koordinatensystem aus den Angeln gehoben werden kann. Wenn Art. 1 Abs. 1 GG, wie *Carlo Schmid* im Parlamentarischen Rat erklärte, „in seiner systematischen Bedeutung [...] der eigentliche Schlüssel für das Ganze“ des Grundgesetzes ist<sup>10</sup>, gewissermaßen der Archimedische Punkt, dann muss der falsche interpretative Zugang zu dieser Grundnorm entweder dazu führen, dass das Ganze unentschlüsselt bleibt oder – schlimmer noch – dessen Sinn völlig entstellt wird.

Wenn aber schon der „Grund der Grundrechte“, letztlich der gesamten Rechtsordnung, sich als schwankender Boden erweist, um wie viel mehr muss das erst für die daraus folgenden einzelnen Grundrechte gelten. Gibt es folglich kein Entrinnen aus der Falle „unbegrenzter Auslegung“<sup>11</sup>?

Dass solche „Auslegung“ den Vätern und Müttern des Grundgesetzes fern lag, ja mehr noch, dass sie gerade dagegen mit der unabänderlichen Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde Rechtsverwahrung einlegen wollten, kann als ausgemacht gelten; denn sie dürften wie *Ferdinand Lassalle* gedacht haben, der in seinem Vortrag „Über Verfassungswesen“ von 1862 ausführt: „Aber eine Sache, die einen Grund hat, kann nicht mehr beliebig so oder anders sein; sondern sie muss eben so sein, wie sie ist. [...] Was [...] einen Grund hat, das ist notwendig, so wie es ist“<sup>12</sup>. Die Väter und Mütter waren allerdings auch nicht naiv. Desillusioniert durch die Erfahrungen von Weimar, die Erfahrung der „Selbstpreisgabe einer Demokratie“, wussten sie, dass man mit einer Verfassungsnorm den Lauf der Dinge nicht für alle Zeiten voraus bestimmen kann. Aber wer das Fundament der Verfassung unterhöhlen, wer das Unantastbare antasten wollte, sollte die Maske des Biedermanns ablegen und sich offen als Revolutionär zu erkennen geben müssen. Das ist erkennbar der Sinn der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.

<sup>5</sup> *Isensee*, *Salus publica – suprema lex?*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 407, 2006, S. 49.

<sup>6</sup> BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya.

<sup>7</sup> *Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, 2006, S. 47.

<sup>8</sup> So für das Verfassungsrecht *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 unter Berufung auf *Gadamer* und *Esser*.

<sup>9</sup> *Jestaedt* (Fn. 7), S. 48 f.

<sup>10</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen am 23.9.1948, abgedr. in: *Der Parlamentarische Rat* 5/I, S. 64.

<sup>11</sup> Dazu grundlegend *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6. Aufl. 2005.

<sup>12</sup> *Lassalle*, *Über Verfassungswesen*. Rede am 16. April 1862 in Berlin. Mit einem Essay von *Krippendorff*, 1993, S. 14.

Aber lässt sich diese hehre Ziel auf diesem Weg erreichen? Kann die formelle Unabänderlichkeit nicht schlicht und einfach durch „Neuinterpretation“ unterlaufen werden? Der dem jeweiligen Zeitgeist verpflichtete, beflissene „furchtbare Jurist“ pflegt nicht als Revolutionär in Erscheinung zu treten; die neue „Lesart“ der Verfassung oder einzelner ihrer Begriffe kommt ganz biedermännisch als Auslegung daher. *Carl Schmitt* hat nur ausgesprochen, was alle „Rechtserneuerer“, die „auf der Seite der kommenden Dinge sein wollen“, tun: „Wir denken die Rechtsbegriffe um“<sup>13</sup>. Dagegen bietet Art. 79 Abs. 3 GG keinen Schutz.

### III. Verfassungsrechtlicher Schutz gegen interpretative Rechtsperversion

Die Frage, deren Beantwortung darüber entscheidet, ob es tatsächlich Unabstimmbares in einer Demokratie gibt, lautet daher: Wie kann sich eine Rechtsordnung gegen interpretative Perversion unabdingbarer verfassungsrechtlicher Vorgaben wappnen? Wenn diese Frage in der Literatur überhaupt einmal gestellt wird, so besteht die Antwort zumeist in einem bloßen Appell an „ein hermeneutisches Ethos“ oder das Verantwortungsbewusstsein des Interpreten<sup>14</sup>. So richtig und notwendig dieser Appell ist, so unzureichend ist er auch; denn es geht bei der Abwehr interpretativer Rechtsperversion nicht allein um den Ausschluss unredlichen Verhaltens des Interpreten im Umgang mit dem Recht als seinem Erkenntnisgegenstand. Es geht vielmehr um die Abwendung und den Ausschluss sinnentstellender „unbegrenzter Auslegung“, und dabei handelt es sich um ein methodisches Problem, nicht bloß um die Zurückweisung bösen individuellen Willens. Es gibt auch Rechtsperversion in vermeintlich guter Absicht. Im Übrigen dürfte, wer wider besseres Wissen handelt, sich davon kaum durch einen Appell an sein Gewissen abhalten lassen.

Das methodische Problem aber kann nur methodisch gelöst werden. Es kommt daher nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, auf den guten Willen des Interpreten an, der in der Tat ein Thema der Ethik und nicht des Rechts ist, sondern darauf zu erkennen, wessen Willen entscheidend sein soll, wenn denn das Willensmoment bei der Auslegung und Anwendung des Rechts schlechterdings nicht eliminiert werden kann. Die Antwort liegt auf der Hand: Nicht der subjektive Wille des jeweiligen Interpreten kann objektive Geltung beanspruchen, sondern nur der Wille der nach der Kompetenzordnung zuständigen, zur Rechtsetzung ermächtigten Instanz; deren Prävalenz resultiert aus (demokratisch legitimerter) Regelungskompetenz.

Für die Methodenfrage bedeutet dies, dass die von nicht wenigen bereits als überholt ad acta gelegte subjektiv-historische Auslegung zu rehabilitieren ist. Der feststellbare Wille des historischen Verfassungs- und Gesetzgebers, der von ihm erkennbar verfolgte Normzweck ist und bleibt fort-

während maßgeblich. Nicht die vermeintlich objektive Auslegung, bei der nicht, wie suggeriert wird, das (Verfassungs-) Gesetz klüger als der Gesetzgeber ist, sondern lediglich der Interpret sich klüger als der Gesetzgeber dünkt, sondern allein die subjektiv-historische Auslegung zieht einerseits die notwendige Konsequenz aus der Unentrinnbarkeit des voluntativen Elements in der Auslegung des Rechts und weist andererseits zugleich dem Interpretieren die diesem allein angemessene Hilfsfunktion eines „Dieners des Gesetzes“ (Bild nach *Philipp Heck*) oder besser und genauer: des Gesetzgebers bzw. allgemeiner gesprochen: des kompetenten Normsetzers zu<sup>15</sup>. Der Interpret hat nicht die Aufgabe, „in künstlerischer Freiheit“, „mehr oder weniger virtuos“ frei geschöpfte Rechtsideen, hinter denen sich eigene rechtspolitische Vorstellungen zu verbergen pflegen, an die Stelle derjenigen des Verfassungs- oder Gesetzgebers zu setzen und durchzusetzen<sup>16</sup>, sondern den auch für ihn verbindlichen fremden, rechtserzeugenden Willen des Volkes bzw. seiner gewählten Repräsentanten nach bestem Wissen und Gewissen zu ermitteln und zu seiner Geltung zu bringen. Es ist dies auch die der Volkssouveränität und der Demokratie allein angemessene, die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ebenso wie den Willen der jeweils herrschenden Mehrheit respektierende Auslegungsmethode<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Auch die Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Telos ist notwendig subjektiv geprägt und muss sich richtigerweise subjektiv-historisch am Willen des Normsetzers orientieren: Nicht welche Bedeutung der Interpret oder ein angeblich „objektiver“ Dritter einem mehrdeutigen Gesetzesbegriff beilegt, sondern wie der Gesetzgeber ihn verstanden hat und verstanden wissen wollte, ist für eine gesetzestreue, insofern „demokratische“ Interpretation eines Gesetzes maßgeblich. Auf den dem Ausdruck oder der Norm vom Gesetzgeber mitgegebenen, „subjektiven“ Sinn kommt es an. Die Wortlautauslegung ist also subjektiv-teleologisch präjudiziert. Auch die systematische Auslegung lässt sich nicht vom Willen des historischen Gesetzgebers isolieren und abstrahieren. Ob überhaupt und gegebenenfalls welche Systematik einem Gesetz zugrunde liegt, lässt sich nämlich nicht „objektiv“ bestimmen, ergibt sich nicht aus ihm selbst, sondern beurteilt sich nach der vom Gesetzgeber seinerzeit nachweislich verfolgten Regelungsabsicht. Siehe dazu näher *Hillgruber*, *Journal für Rechtspolitik* 9 (2001), 281 (284 f.).

<sup>16</sup> *Hirsch*, *ZRP* 2006, 161, von dem das Bild des Gesetzgebers als „Komponisten“ und des Gesetzesanwenders als „Pianisten“ stammt, beruft sich für die postulierte Lockerung der Gesetzesbindung – wie viele andere auch – zu Unrecht auf die in Art. 20 Abs. 3 GG verwandte Formel „Gesetz und Recht“. Wenn sie nicht bloß tautologisch ist, also ein und dasselbe meint, wofür Art. 97 Abs. 1 GG spricht, kann sie sinnvoller Weise nur das höherrangige „Verfassungsrecht“ ansprechen. Gegenüber den Thesen von *Hirsch* mit Recht sehr kritisch *Rüthers*, *FAZ* v. 27.12.2006, S. 31.

<sup>17</sup> Nur so kann auch garantiert werden, dass die für alle in gleicher Weise verbindlichen Verfassungsgriffe für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen in gleichem und zwar

<sup>13</sup> *C. Schmitt*, *DR* 1934, 225 (229).

<sup>14</sup> Siehe dazu *Isensee* (Fn. 5), S. 49, 68; *ders.*, *Vom Ethos des Interpreten*. *Festschrift für G. Winkler*, 1997, S. 367 ff., 391 ff., 393 ff.; *Rüthers*, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Defizite eines Begriffs*, 1991, S. 83 ff.

Zwei häufig vorgebrachte Einwände seien vorsorglich zurückgewiesen: Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Gesetzgebers oder Verfassungsgebers würden auf diese Art und Weise dauerhaft festgeschrieben, statt durch „aufgeklärte“ Auslegung korrigiert zu werden. Das ist zwar richtig, aber die Alternative besteht ja nicht in unbefangener, irrums- und vorurteilsfreier Rechtsschöpfung, sondern lediglich im Austausch der Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Normsetzers durch die des Interpreten. Unter diesen Umständen spricht indes aus Kompetenzgründen wiederum alles für die Maßgeblichkeit der Unzulänglichkeiten des mit Regelungskompetenz ausgestatteten und allein demokratisch legitimierten Normsetzers.

Auch die als Schreckgespenst an die Wand gemalte „Versteinerung“ des Rechts muss nicht eintreten. Notwendig werdende oder auch nur der (verfassungsändernden) Mehrheit notwendig erscheinende Rechtsänderungen oder -anpassungen an den Wandel der Zeiten und der Anschauungen werden nur auf den dafür vorgesehenen Weg erneuter Rechtsetzung, den Weg der (verfassungsändernden) Gesetzgebung verwiesen; allein der Schleichweg kompetenzlos vorgenommener, inhaltsverändernder Neuinterpretation – sei es der Verfassung, sei es des Gesetzes – wird versperrt.

Tauchen neue Fragestellungen und Rechtsprobleme auf, die der historische Gesetzgeber noch nicht berücksichtigen konnte, so gilt es die dadurch prima facie entstandene Regelungslücke durch ergänzende Auslegung zu schließen<sup>18</sup>, und zwar in kreativ-loyaler Weise (*J. Isensee*), d.h. „in denkendem Gehorsam“ (*P. Heck*), bei dem die im Gesetz niedergelegte Grundentscheidung in Orientierung an der nach wie vor maßgeblichen Zielsetzung und Willensrichtung des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers weitergedacht und fortgeschrieben wird, so dass die Rechtskontinuität auch im Wandel gewahrt bleibt.

Wenn, wie hier gefordert, das Recht (primär) nach dem subjektiv-historischen Willen des Normsetzers auszulegen ist, entfällt nicht jeder Streit um die richtige Auslegung. Das gilt nicht nur für den Fall, dass dieser Wille nicht (mehr) ermittelbar sein sollte: Dann muss der Interpret an Stelle des historischen Gesetzgebers heute nach dessen mutmaßlichem Willen entscheiden, wie er sich aus der Zusammenschau von Wortlaut, Systematik und Telos ergibt. Das Auslegungsergebnis kann auch streitig sein, wenn sich Anhaltspunkte für den Willen des historischen Gesetzgebers finden, diese aber unter Umständen doch nicht eindeutig sind. Das Ringen um die richtige Interpretation geht also weiter, aber die Bandbreite vertretbarer Auffassungen reduziert sich, weil die Suche

---

des Verfassungsgebers Sinne interpretiert werden; vgl. BVerfGE 12, 45 (54).

<sup>18</sup> Strukturell ist dies durchaus der ergänzenden Auslegung privatrechtlicher Verträge gemäß §§ 133, 157 BGB vergleichbar, bei der die lückenhafte vertragliche Regelung für den unbedachten, aber regelungsbedürftig werdenden Fall nach dem hypothetischen Parteiwillen, d.h. in primärer Orientierung an den im Vertrag selbst enthaltenen Regelungen und Wertungen ergänzt wird.

ein Ziel, einen festen Bezugspunkt hat: Zu erkennen, was der Normsetzer im Zeitpunkt der Normsetzung wie regeln wollte.

Das BVerfG hatte in seiner Rechtsprechung ursprünglich den historischen Willen des Verfassungsgebers und daher die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes in ihrer Relevanz für die richtige Verfassungsinterpretation im Allgemeinen marginalisiert: Ihr könne „für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zukommen“<sup>19</sup>. Nachdem es auf diese Weise sich selbst die Interpretationsherrschaft über das Grundgesetz angeeignet hatte, hat es die Bedeutung der Entstehungsgeschichte aber mittlerweile wieder deutlich aufgewertet und sie in letzter Zeit sogar recht häufig und intensiv zur Auslegung herangezogen. Zur Begründung hat es zutreffend angeführt: „Um Sinngehalt und Tragweite der Grundrechtsbestimmungen und anderer Garantienormen, denen oft eine lapidare Sprachgestalt eigen ist, richtig zu erfassen, ist jedoch der Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnorm sowie auf ihre Zielrichtung erforderlich, wie sie sich in den Beratungen darstellte und wie sie schließlich im Normzusammenhang ihren Ausdruck gefunden hat“<sup>20</sup>.

#### IV. Rekonstruktion der historischen Grundentscheidung in Art. 1 Abs. 1 GG

Wendet man die subjektiv-historische Auslegungsmethode auf Art. 1 Abs. 1 GG an, so gewinnt die Unantastbarkeitsgarantie Konturen, wird sichtbar, was die Väter und Mütter des Grundgesetzes unabstimmbar stellen wollten.

##### 1. Irrungen und Wirrungen

Das kann dagegen nicht gelingen, wenn man den Begriff der Menschenwürde als „Scharnierbegriff“ versteht, „der an vielfältige vor- und außerrechtliche Vorstellungen und Bezüge anknüpft und diese in sich aufnimmt“. Für die Interpretation der Garantie der Menschenwürde soll die besondere Schwierigkeit vor allem darin bestehen, „dass sie in der Verfassungsgeschichte weitgehend anknüpfungslos dasteht und insbesondere in den klassischen Menschenrechtstexten keinen Vorläufer hat. Es handelt sich vielmehr um einen in der Philosophie und Theologie entwickelten und vorgestellten Begriff, dessen nähere Verortung aber unklar ist und der nicht auf eine einheitliche, sondern auf verschiedene und teils diametral entgegengesetzte Wurzeln zurückgeführt werden kann“. Je nachdem, auf welche Quelle man sich hier beziehe, ergäben sich dann „ganz unterschiedliche Auffassungen davon, was die Würde des Menschen eigentlich sein oder umfassen soll“. Der Begriff bilde insofern in besonderer Weise „ein Einfallstor für die weltanschaulichen Vorverständnisse des jeweiligen Interpreten, mit denen die Begründungsebene im Prozess der Rechtsanwendung ständig präsent gehalten wird“<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 6, 389 (431); 11, 126 (129 f.) (Gesetzesauslegung); 41, 291 (309); 45, 187 (227); 62, 1 (45); 111, 54 (91).

<sup>20</sup> BVerfGE 79, 127 (143 f. m.w.N.).

<sup>21</sup> *Volkmann*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2007, § 1 Rn. 51.

Nein, nicht der weite und verwirrend vielfältige geistesgeschichtliche Hintergrund, sondern nur der engere entstehungsgeschichtliche Kontext ist für die subjektiv-historische Auslegung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes maßgeblich. Es geht um die „Exegese der Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts“<sup>22</sup>. Der Hinweis auf die Komplexität von 2000 Jahren philosophischer Ideengeschichte, die dieser verfassungsgeschichtlich betrachtet neue Begriff im Grundgesetz angeblich mit sich schleppt, dient denn auch nicht selten als Freibrief für eine sich davon wie auch von dem erst gar nicht ermittelten Willen des Verfassungsgebers ganz frei machende, insofern beliebige Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG. Oder aber Art. 1 Abs. 1 GG wird schlicht der Rechtssatzcharakter bestritten und zum bloßen Bekenntnis zu einer unbestimmten vorpositiven Idee deklariert: nicht lex, sondern nur ratio constitutionis<sup>23</sup>, nur als ein „Suchbild“ verstanden, „dem (sich die Gesellschaft) innerlich verpflichtet weiß, an dessen Ausfüllung sie aber erst arbeitet“<sup>24</sup> (*Volkmann*). Die Väter und Mütter hatten aber einen operablen Rechtsbegriff, ein durch Ge- und Verbote umhegtes Rechtsgut im Sinn. Wenn die verfassungsrechtliche Unantastbarkeitsgarantie und das Achtungs- und Schutzgebot nicht leer laufen sollen, muss dieses Rechtsgut, die „Würde des Menschen“ inhaltlich bestimmt werden können<sup>25</sup>.

## 2. Würde als Rechtsbegriff

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes hatten eine ziemlich präzise Vorstellung davon, was die Würde ausmacht. Schon vor der Formulierung des ersten Grundgesetzartikels stand fest, welche Funktion er erfüllen sollte<sup>26</sup>. „Gewollt war eine äußere Anerkennung jedes einzelnen Menschen seitens des Staates [...] in Gestalt einer grundsätzlichen (dem einzelnen zustehenden) Berechtigung“<sup>27</sup>. Dieser Wille lässt sich nicht nur anhand der Materialien eindeutig nachweisen. Er kommt auch in der Formulierung des zweiten Absatzes des ersten Grundgesetzartikels deutlich zum Ausdruck: „Darum“, heißt es dort, also um der Würde des Menschen willen, „bekennt sich das Deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Wer sich um der Würde des Menschen willen zur Idee vorstaatlicher Menschenrechte „bekennt“, verpflichtet den Staat damit zwar (noch) nicht positivrechtlich. Aus dem Bekenntnis zur Menschenrechtsidee ergibt sich aber, was es jedenfalls bedeuten muss, Würde zu haben.

Würde haben bedeutet erstens, Rechtssubjekt sein. Jeder Mensch ist Rechtssubjekt. Jeder Mensch ist kraft des in Art. 1

<sup>22</sup> Insofern zutreffend *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rn. 17.

<sup>23</sup> So *Isensee* (Fn. 5), S. 48 f.

<sup>24</sup> *Volkmann*, FAZ v. 24.11.2003, S. 8.

<sup>25</sup> Richtig *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1.

<sup>26</sup> *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 406.

<sup>27</sup> *Enders* (Fn. 26), S. 420 f.

Abs. 1 S. 1 GG liegenden Anerkennungsakts<sup>28</sup> Person. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes, für die deutsche Staatsgewalt, ist kein Mensch bloß Objekt. Das heißt: Der Staat darf niemals über einen Menschen wie über eine Sache verfügen. Wenn er einem Menschen etwas abverlangt, muss er ihn stets als Pflichtigen ansprechen. Er muss die Rechtspflicht vor ihm, dem Subjekt, rechtfertigen können<sup>29</sup>. Würde haben heißt zweitens: niemals und nirgends rechtlos dastehen. Jeder Mensch bringt eine gewisse Mindestausstattung an Rechten mit in die Rechtsordnung. Sie hat für den Schutz dieser Rechte zu sorgen, kann ihn mit weiteren Rechten ausstatten, aber nur insoweit mit Pflichten belasten, als es diese Mindestausstattung erlaubt. Das heißt: Kein Mensch fängt – rechtlich betrachtet – bei Null an. Kein Mensch muss darauf hoffen, nach Maßgabe seiner „Würdigkeit“ von der durch Menschen gemachten Rechtsordnung erst Rechte verliehen zu bekommen. Einen Grundbestand an „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ bringt er – als Grundausstattung, sozusagen – mit, weil er Mensch ist, nur weil er Mensch ist. Und er behält sie auch, was immer er sich zuschulden kommen lässt<sup>30</sup>. Daher ist es unter dem Grundgesetz schlechterdings ausgeschlossen, dass die Staatsgewalt Menschen aus dem Kreis der (Grund-)Rechtssubjekte hinausdefiniert und ihnen so die geschuldete Achtung und den geschuldeten Schutz vorenthält. Und das gilt ganz unabhängig davon, ob man die Vorstellung vorfassungsmäßiger Rechte, die der Mensch – jeder Mensch – in die Rechtsordnung mitbringt, teilt oder nicht: Entscheidend ist, dass die Väter und Mütter des Grundgesetzes ungeachtet ihrer durchaus unterschiedlichen weltanschaulichen Standpunkte dieses Bekenntnis um der Würde des Menschen willen, „darum“, in das Grundgesetz aufgenommen und so dem Interpreten vorgegeben haben.

## 3. Entrechtung – die Erfahrung nationalsozialistischer Rechtsentartung

Was es bedeutet, als Mensch aus der Rechtsgemeinschaft hinausdefiniert zu werden, rechtlos zu sein, und dass es „so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben“, hat *Hannah Arendt* 1949 in beeindruckender Weise beschrieben: „Das Unglück der Rechtlosen liegt nicht darin, dass sie des Lebens, der Freiheit, des Strebens nach Glück, der Gleichheit vor dem Gesetz oder der Meinungsfreiheit beraubt sind; ihr Unglück ist mit keiner der Formeln zu decken, die entworfen wurden, um Probleme innerhalb gegebener Gemeinschaften zu lösen. Ihre Rechtlosigkeit entspringt einzig der Tatsache, dass sie zu keiner irgendwie gearteten Gemeinschaft mehr gehören. [...] Sogar die Nazis haben die Juden, bevor sie mit ihrer Ausrottung begannen, erst einmal ihres legalen Status (damals des Status der Staatsbürgerschaft zweiter Klasse) beraubt, haben sie in Ghettos und Konzentrationslager gepfercht, sie von der Welt der Lebenden abgeschnitten. So wurde – und das ist entscheidend – eine Lage kompletter Rechtlosigkeit hergestellt, bevor das Recht auf Leben in Frage gezogen wurde.“

<sup>28</sup> S. hierzu *Enders* (Fn. 26), S. 431 m. Fn. 304.

<sup>29</sup> Zu diesem Aspekt *Enders* (Fn. 26), S. 430.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 72, 105 (115).

[...] Die Existenz solch einer Kategorie von Menschen birgt [...] Gefahr. [...] Es könnte geschehen, dass es uns [...] gar nicht mehr recht ins Bewusstsein dringt, dass überhaupt ein Mensch ermordet worden ist, wenn er praktisch vorher bereits aufgehört hat zu existieren<sup>31</sup>.

Hannah Arendt wusste wovon sie sprach. Sie hatte die ihrer Ermordung vorausgehende Entrechtung der Juden im nationalsozialistischen Deutschland miterlebt und miterlitten. Die interpretative Umwertung der bis dahin gültigen materialen Inhalte der Rechtsordnung hatte an den bis zur nationalsozialistischen Machtergreifung in Rechtsprechung und Literatur unumstrittenen, festgefühten Grundbegriffen der Person und der Rechtsfähigkeit angesetzt<sup>32</sup>. Man begann an dem ehernen Grundsatz der Einheit von Person und Rechtsfähigkeit<sup>33</sup>, an der einen und gleichen Rechtsfähigkeit aller Menschen zu rütteln<sup>34</sup>, mit dem erklärten Ziel einen „Wandel der Rechtsgrundbegriffe“<sup>35</sup> herbeizuführen. Es kam in der Folge zu einer rassistisch-völkischen Abstufung der Rechtsfähigkeit der Menschen, zur Schaffung eines Sonderstatus minderer Qualität und schließlich zur Beschränkung der „Rechtsstandshaft“ auf „Artgleiche“<sup>36</sup>. Wer außerhalb der Volksgemeinschaft stand, stand „auch nicht im Recht“ war nicht Rechtsgenosse. Der Angriff auf die prinzipiell gleiche und ungeteilte Rechtsfähigkeit aller Menschen betraf und zerstörte „eine zentrale Wertgrundlage der Rechtsordnung, nämlich die elementare Rechtsschutzgarantie der Gleichheit und Würde aller Menschen“<sup>37</sup>; er bedeutete in der Folge erst geminderten Schutz und schließlich völlige Schutzlosigkeit von Eigentum, Freiheit, Leib und Leben. Um die Wiederholung einer solchen Entwicklung zukünftig auszuschließen, erklärten die Väter und Mütter des Grundgesetzes die Würde des Menschen für unantastbar.

Anerkanntes Rechtssubjekt sein, ausgestattet mit einem unentziehbaren Mindestbestand an Rechten – das genau macht die Würde des Menschen aus, von der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG die Rede ist. Man wird dazu jedenfalls das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, die prinzipielle Freiheit und die prinzipielle Gleichheit rechnen dürfen. Diese Rechte sind durch die „nachfolgenden Grundrechte“ der Art. 2 und 3 GG gesichert.

Der Staat hat – das ist die angeordnete Rechtsfolge – die Würde des Menschen „zu achten und zu schützen“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Er tut dies, indem er die „nachfolgenden Grundrechte“ (Art. 1 Abs. 3 GG) gewährleistet. Sie sind – anders als die vorstaatlichen Menschenrechte, zu denen sich das Grundgesetz bekennt – „unmittelbar geltendes Recht“. Alle grundrechtsverpflichtete Staatsgewalt ist daran gebun-

den. Ausnahmslos jeder Mensch, der mit ihr in Berührung kommt, ist würdebegabt, grundrechtsberechtigt, kann sie einfordern. Sämtliche während der Beratungen im Parlamentarischen Rat diskutierten Fassungen des Art. 1 GG weisen „jenen gedanklichen Dreischritt auf, der von der nur dem Menschen eigenen vorstaatlichen Würde jedem einzelnen zukommende Ansprüche herleitet, um sodann deren [...] positiv-rechtliche Anerkennung in Gestalt subjektiver staatsgerichteter Grundrechte zu vollziehen“<sup>38</sup>. Was die Grundrechte unter besonderen Schutz stellen, sind also Ausprägungen der Subjektqualität des Menschen – seiner Würde<sup>39</sup>.

#### 4. Menschenwürde – die Würde des Menschen als Gattungswesen

Auch der Träger der Würde muss bestimmbar sein, wenn die Garantie ihre Schutzwirkung entfalten soll. In Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ist von der Würde *des* Menschen die Rede, nicht des Menschen ab Nidation, nicht des geborenen Menschen, nicht des durch bestimmte Eigenschaften gekennzeichneten Menschen. Daran kann der Interpret nicht vorbei. Die *dem*, also jedem Menschen in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zugesprochene Würde, die ihm von Verfassungen wegen entgegengebrachte Wertschätzung gilt unabhängig von seinem Entwicklungsstand, ungeachtet seiner Fehler und Schwächen, seiner Fähigkeiten oder Unfähigkeiten; sie kann weder durch eigenes „unwürdiges“ Verhalten noch durch die soziale Missachtung einer Person verloren gehen. In den Worten des BVerfG: „Menschenwürde ist [...] die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann“<sup>40</sup>. Daher ist die bloße Tatsache, biologisch zur Subspezies *Homo sapiens sapiens* zu gehören, hinreichend, aber auch notwendig, um Würde zu haben, um Achtung und Schutz des Staates einfordern zu können, um Träger der „nachfolgenden Grundrechte“ des Grundgesetzes zu sein.

Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Persönlichkeit. „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“, hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt. Die ebenso einfache wie richtige Begründung für diese Konnexität lautet: „Diese Würde des Menschseins liegt [...] im Dasein um seiner selbst willen“<sup>41</sup>, auch für das ungeborene Leben, und deshalb ist das Lebensrecht, das dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, „das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulichen Staates kein Urteil zusteht“<sup>42</sup>.

<sup>31</sup> Ahrendt, Die Wandlung 4 (1949), 754 (759 f., 765).

<sup>32</sup> Vgl. Rüthers (Fn. 14), S. 97.

<sup>33</sup> Vgl. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, 1840, S. 2.

<sup>34</sup> Siehe Rüthers (Fn. 14), S. 98.

<sup>35</sup> Larenz, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu und zum folgenden näher Rüthers (Fn. 14), S. 98 ff.

<sup>37</sup> Rüthers (Fn. 14), S. 99 m.w.N. in Fn. 29.

<sup>38</sup> Enders (Fn. 26), S. 415.

<sup>39</sup> Enders (Fn. 26), S. 495.

<sup>40</sup> BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399).

<sup>41</sup> BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (252).

<sup>42</sup> BVerfGE 88, 203 (252). Wer im Streit um Würde und Lebensrecht des noch nicht geborenen Menschen lediglich

Gewiss, die Väter und Mütter des Grundgesetzes, die mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG die staatsprägende Grundentscheidung gegen den rechtlosen Menschen getroffen haben, hatten dabei sicher in erster Linie den geborenen Menschen im Blick. Doch darf der Verfassungsinterpret dabei nicht stehen bleiben. Seine Aufgabe ist es, diese Grundentscheidung angesichts neuartiger Herausforderungen oder besser: neuartiger Gefährdungen kreativ-loyal<sup>43</sup> weiterzudenken und zu fragen, ab wann und bis wann denn eine Verletzung des Schutzguts der Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verlässlich festgestellt, hinlänglich individualisiert und auf ein bestimmtes Grundrechtssubjekt bezogen werden kann<sup>44</sup>. Dies dürfte bei der Zeugung auf natürlichem Wege wie auch bei der künstlichen Befruchtung spätestens der Abschluss des Prozesses der Verschmelzung der Vorkerne sein. Die weitere Entwicklung des Embryos ist seit seiner Entstehung durch Kernverschmelzung in ihm selbst als fertiges Programm angelegt, das nur noch gestartet werden muss<sup>45</sup>. Es handelt sich also spätestens jetzt um ein individualisierbares Kontinuum. Das heißt: Wir haben es mit einem Menschen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu tun.

##### 5. Wieder rechtlose Menschen?

Wenn dagegen in der Literatur für einen „in der Kontinuität der Entwicklung gestufte[n] Schutz der Menschenwürde“, d.h. für eine unterschiedliche Qualität des Würdeanspruchs von Frühformen menschlichen Lebens einerseits und dem geborenen Menschen andererseits plädiert<sup>46</sup> oder gar erst dem geborenen Menschen Würde attestiert wird<sup>47</sup>, dann wird – erneut – Rechtssubjektivität ungleich verteilt, werden Menschen aus der Rechtsgemeinschaft hinausdefiniert. Das ist, machen wir uns nichts vor, nichts anderes als juristische Selektion. Denn „diese Ausschlüsse basieren auf kontingenten, willkürlichen Setzungen. Ebenso wie bei der Setzung von Todeskriterien, die einen Teil von Menschen aus der Rechtsgemeinschaft ausschließt, den man auch hätte einschließen könne, erhebt sich hier ein Teil der Menschheit über einen anderen, indem er nach eigenem Gutdünken festlegt, wer noch zur Rechtsgemeinschaft gehört [...] Die Un-

einen verfassungsrechtlich nicht entschiedenen „Glaubenskrieg“ zu erblicken vermag (vgl. etwa Will, in: Roggan (Hrsg.), Die Menschenwürde: Zwischen Versprechen und Überforderung, Festgabe für B. Hirsch, 2006, S. 29), dem sei mit Papst Benedikt XVI. geantwortet: „Der Friede bedarf der Festsetzung einer klaren Grenzlinie zwischen dem, was verfügbar, und dem, was nicht verfügbar ist: So werden unannehmbare Eingriffe in den Bestand jener Werte vermieden, die dem Menschen als solchem eigen sind“ (Botschaft zur Feier des Weltfriedenstages 1. Januar 2007, [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/messages/peace](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace), unter 4).

<sup>43</sup> Begriff nach Isensee.

<sup>44</sup> In diese Richtung Enders (Fn. 26), S. 495 (bezogen auf das Recht auf Leben).

<sup>45</sup> Siehe dazu Rager, ZfL 2004, 66.

<sup>46</sup> Vgl. Herdegen (Fn. 22), Art. 1 Abs. 1 Rn. 65 ff.

<sup>47</sup> Vgl. nur Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 66 ff., 77 ff..

teilbarkeit der Menschenrechte ist damit zerstört, die Bedingung der Gleichheit der Menschen als Basis des Rechtsgedankens ist zersetzt. Das Prinzip der Rechtsgemeinschaft gerät zur Kooptation: Die, die drin sind, bestimmen über die Aufnahme“. Und für einen Teil heißt es schließlich: Wir müssen leider draußen bleiben! Das Prinzip, zu dem sich das deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG bekennt, dass alle Menschen den gleichen moralischen Status haben und daher auch die gleichen Grund- und Menschenrechte, ist mit der Annahme einer empirischen Bedingtheit menschlicher Würde unvereinbar<sup>48</sup>.

Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob diese neue Aussonderung mit der nationalsozialistischen Praxis der rechtlichen Ausgrenzung von Menschen bis hin zu deren Vernichtung vergleichbar ist oder nicht. Art. 1 Abs. 1 GG verbietet nicht lediglich konkret die Wiederkehr der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft, sondern erklärt abstrakt-generell die Menschenwürde für unantastbar. Geschichte wiederholt sich nicht einfach, aber die Argumentationsmuster, mit denen Menschen ihres rechtlichen Status als Person entkleidet werden, kehren augenscheinlich wieder. Gerade den darin liegenden Angriff auf die gleiche Rechtspersönlichkeit aller Menschen aber will Art. 1 Abs. 1 GG mit aller Entschiedenheit abwehren: Im Geltungsbereich des Grundgesetzes gibt es keine defizitären Unpersonen (W. Höfling). Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll<sup>49</sup>.

Jede Interpretation, die an diesem unmissverständlich erklärten Willen der Väter und Mütter des Grundgesetzes vorbeigeht, verfehlt den Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG, der den Charakter einer axiomatischen Setzung hat<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> So zutreffend Braun, in: Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, 2004, S. 81, 86.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (59); BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz Nr. 85.

<sup>50</sup> Das und nur das war gemeint, als Theodor Heuss in der Vierten Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23. September 1948 sagte: „In meinem Vorschlag steht die ‚Würde des menschlichen Wesens‘ als nicht interpretierte These“ (Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 72. Der eine sollte sie nach Heuss' Vorstellung – die ungeteilte Zustimmung fand – ‚theologisch, der andere philosophisch, der dritte ethisch auffassen‘ können (a.a.O., S. 67). Ähnlich die Abg. Dr. Weber: „Es bleibt dem einzelnen unbenommen, ob er von religiösen, philosophischen, ethischen oder geschichtlichen Einsichten ausgeht. Aber dass wir in dieser geschichtlichen Stunde die Würde des Menschen an den Anfang der Verfassung stellen, halte ich für sehr bedeutsam“ (a.a.O., S. 69). Dies bedeutet alles andere als eine Aufforderung zur (freien) Interpretation; zutreffend Enders (Fn. 26), S. 410. Vgl. auch Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995, S. 28: „[...] dann findet man mit ‚These‘ genau den Befund bezeichnet, den die Autoren der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung mit ‚we hold [...]‘ zum Ausdruck gebracht haben: es wird weder auf etwas außerhalb der Rechtsordnung schlicht Vorfindliches verwiesen noch auf

Das gilt auch für pseudonaturalistische Ansichten, nach denen sich das sich entwickelnde Individuum dem uns geläufigen Bild des Menschen wenigstens angenähert haben müsse, um als Mensch im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG gelten zu können<sup>51</sup>. Sieht so wie eine Zygote oder Blastozyste etwa ein Mensch aus?, lautet die unausgesprochene Suggestivfrage. Unsere Antwort kann nur lauten: Ja, so sieht er ganz zu Anfang aus, der Mensch. Wir wissen es doch besser und dürfen uns daher nicht optisch irreführen lassen. Wer Mensch und damit Person ist, ist es immer, von Anfang an. Auch bevor sein Menschsein äußerlich sichtbar wird, ist der Embryo doch kein Fabelwesen, das sich erst in einer unerklärlichen Metamorphose plötzlich zum Menschen wandelte, sondern ein und derselbe Mensch, eben nur in einem früheren Entwicklungsstadium<sup>52</sup>.

Interpretative Willkür und Subjektivismus werden schließlich auf die Spitze getrieben, wenn der Menschenwürdeschutz mit der Begründung versagt wird, es sei schlechterdings unmöglich, sich in einem Embryo im Mehrzahlstadium „einzufühlen“<sup>53</sup>. Empathie kann doch ernstlich kein Maßstab für die Zu- oder Aberkennung von Menschenwürde sein<sup>54</sup>. Menschenwürde ist keine Frage des Mitgefühls; ob dieses aufgebracht wird, hängt im übrigen nicht nur von dem ab, dem es entgegengebracht werden soll, sondern auch von dem, der es einem anderen entgegenbringen soll: Kein Mitleid haben die Gefühllosen. Unwillen oder Unfähigkeit zum Mitgefühl ist ein denkbar schlechter Indikator für die Vorenthaltung des Anspruchs auf Achtung und Schutz der Würde eines Menschen. Im Übrigen kann der Staat Mitgefühl anregen, indem er – seinem Schutzauftrag entsprechend – den von Anfang an bestehenden verfassungsrechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens in der Ausgestaltung des einfachen Rechts erfüllt und so das allgemeine, öffentliche Rechtsbewusstsein prägt<sup>55</sup>.

---

etwas durch die Rechtsordnung erst Normiertes, sondern es wird eine basale Setzung vorgenommen, die unveränderlich ist, solange das Grundgesetz gilt, und auf die sich die jeweilige Rechtsordnung als Konstitutionsprinzip bezieht“.

<sup>51</sup> Zippelius, in: Bonner Kommentar, Drittbearbeitung 1995, Art. 1 Rn. 78; Volkmann (Fn. 21), § 5 Rn. 31.

<sup>52</sup> Nichts anderes gilt für Monstren, die kein Menschenantlitz tragen, da sie kein Attribut eines wie auch immer gearteten menschlichen Körpers, sondern des Menschen ist, der nicht nur mehr ist als die Summe seiner Gene, sondern auch mehr als sein Körper ist; siehe nur Starck (Fn. 25), Art. 1 Abs. 1 Rn. 22 m. Fn. 92.

<sup>53</sup> So im Anschluss an Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, S. 15 f.; Volkmann (Fn. 21), § 5 Rn. 31.

<sup>54</sup> Wer kann sich eigentlich in die Lage eines Wachkomapatienten hineinversetzen. Niemand, der diesen Zustand nicht selbst erlebt hat, und doch legen neueste Untersuchungen nahe, dass sie entgegen unseren bisherigen, durch äußerlichen Eindruck gewonnenen, vordergründigen Annahmen eine erstaunlich ausgeprägte Gefühlswelt haben.

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (261 f.).

## V. Fazit: Das Unabstimmbare in der Demokratie bedarf der Mehrheit, die es verteidigt!

„Was Du ererbt von Deinen Vätern, Erwirb es, um es zu besitzen“. Goethes Fausts Aufforderung gilt auch für die Interpretation vorgefundenen positiven Rechts, das sich jede Generation immer wieder aufs Neue geistig aneignen muss, um es in seiner Wirksamkeit zu erhalten, durch Auslegung, die „auf die Vergegenwärtigung des historisch Entrückten, hier also: auf die Rekonstruktion des tatsächlich gegebenen Rechts“<sup>56</sup>, auf die „Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens“ zielt<sup>57</sup>.

Wer sich bei der Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG in diesem Sinne an dem orientiert, was die Väter und Mütter des Grundgesetzes subjektiv-historisch in der Situation der Jahre 1948/49 erklärtermaßen gewollt haben, erhält ein eindeutiges Ergebnis. Die Rechtspersönlichkeit des Menschen, seine Grundrechtsfähigkeit und seine elementaren Grundrechte sind normativ unverfügbar. Darüber kann von Verfassungs wegen nicht wirksam abgestimmt werden.

Doch die Vielfalt des methodischen Zugangs fördert tatsächlich die unterschiedlichsten Auslegungsergebnisse zu Tage. Deshalb sind Verfassungsfragen in der Tat auch Machtfragen, obwohl die „wirkliche“ Verfassung nicht, wie Ferdinand Lassalle meinte, einfach mit den jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnissen identisch ist<sup>58</sup>.

Daher kommt es im wahrsten Sinne des Wortes entscheidend darauf an, wer die Interpretationshoheit gewinnt oder behält, was „herrschende Meinung“ ist, bleibt oder wird. Das Verfassungsrecht setzt sich nicht von selbst durch. Es bedarf treuer Diener und Vollstrecker. Damit sich aber im Pluralismus der unterschiedlichen Ansichten von dem *einen* Verfassungsrecht in einer Demokratie die „richtige“ Ansicht durchsetzt, muss sie Mehrheitsmeinung sein. Nur mit Mehrheit kann verhindert werden, dass im Parlament nicht doch über das Unabstimmbare abgestimmt wird<sup>59</sup> oder wenn sich dies schon gar nicht mehr verhindern lässt, der Versuch der Disposition über das Unverfügbare im Ergebnis scheitert oder – ultima ratio – das angerufene BVerfG den Erfolg des bereits beendeten Versuchs noch vereitelt und das Unabstimmbare durch Kassation des Abgestimmten wieder herstellt. Doch auch eine solche *restitutio in integrum* setzt eine Abstimmungsmehrheit unter den Mitgliedern des zur Entscheidung berufenen Senats voraus (§ 15 Abs. 4 S. 1, 2 BVerfGG).

Es führt deshalb, so paradox dies auf den ersten Blick erscheinen mag, kein Weg daran vorbei, dass Mehrheiten organisiert werden müssen, um das Unabstimmbare in einer Demokratie unabstimmbar zu halten oder doch wenigstens in seiner Substanz erhalten.

---

<sup>56</sup> Jestaedt (Fn. 7), S. 47 f.

<sup>57</sup> V. Savigny (Fn. 33), Kap. IV, § 32 A, S. 213.

<sup>58</sup> Lassalle (Fn. 12), S. 50.

<sup>59</sup> Unabstimmbares dürfte eigentlich gar nicht auf die Tagesordnung des Deutschen Bundestages gesetzt werden. Aber auch über die Tagesordnung wird abgestimmt, beschließt der Ältestenrat oder das Plenum; vgl. §§ 20, 21 GOBT.



Damit schließt sich der Kreis: Die in der Demokratie zur Herrschaft berufene Mehrheit, der durch das verfassungsrechtlich unverrückbar Festgelegte, damit Unabstimmbare eine unübersteigbare Grenze gesetzt werden soll, bestimmt letztlich selbst deren Verlauf. Positives Recht, auch Verfassungsrecht, lässt sich dem politischen Prozess, aus dem es hervorgegangen ist, nicht mehr (vollständig) entziehen.

Nur eine metapositive Verankerung könnte die grundlegende Ordnung unverfügbar machen; denn Naturrecht gilt in der Tat zeitlich und räumlich unbeschränkt, ist in diesem Sinne unverbrüchlich<sup>60</sup>. Doch seine Geltung stützt sich auf Wahrheit, nicht auf äußere Autorität. Es hat im *Hegelschen* Sinn noch „keine Wirklichkeit“, muss, um hier und jetzt wirksam zu werden, erst in positives Recht übersetzt werden. Dafür aber und für die Bürgerschaft dessen fortwährender Interpretation im Sinne des naturrechtlichen Ursprungs kommt es wieder auf die politische Durchsetzungskraft an, die einer Demokratie nur die Mehrheit besitzt.

---

<sup>60</sup> Vgl. die Botschaft Papst *Benedikt XVI.* zur Feier des Weltfriedenstages 1. Januar 2007, [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/messages/peace](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace): „Nur wenn sie in objektiven Ansprüchen der dem Menschen von Gott gegebenen Natur verwurzelt sind, können die ihm zuerkannten Rechte durchgesetzt werden, ohne daß ihre Widerrufung zu befürchten ist. [...] Nur wenn über diese Grundvoraussetzung Klarheit geschaffen wird, können die Menschenrechte, die heute ständigen Angriffen ausgesetzt sind, in angemessener Weise verteidigt werden. Ohne eine solche Klarheit verwendet man schließlich denselben Ausdruck – eben den Begriff ‚Menschenrechte‘ – und verbindet damit sehr unterschiedliche Vorstellungen von seinem Subjekt: Für einige ist es die menschliche Person, die durch eine ständige Würde und durch Rechte ausgezeichnet ist, die stets, überall und jedem gegenüber gültig sind; für andere ist es der Mensch mit veränderlicher Würde und mit Rechten, die immer neu ausgehandelt werden können: in ihren Inhalten, ihrer zeitlichen Dauer und ihrem Geltungsbereich“.