

DAS GUTE ALTE GRUNDGESETZ UND WIR NACHKONSTITUTIONELLEN*

Von Thorsten Kingreen, Regensburg

„This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come,
and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.“

U. S. Supreme Court, *McCulloch v. Maryland*,
17 U. S. (4 Wheat.), 316, 407 (1819)

I. Mehr Dogmatik wagen? Eine etwas personalisierte Einleitung

Am 20. Juli 2016 endete die Amtszeit des Bundesverfassungsrichters Herbert Landau. Das war ein Einschnitt in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts. Denn mit dem 1948 geborenen Landau verließ der letzte Richter die höchste Richterbank, der noch vor dem 23. Mai 1949, dem Tag des Inkrafttretens des Grundgesetzes, zur Welt gekommen ist. Die letzten Verfassungsrichter, die die Entstehungsphase des Grundgesetzes noch politisch bewusst wahrgenommen haben können, sind, wie der jüngst verstorbene Ernst-Wolfgang Böckenförde (Jahrgang 1930), schon vor einem Vierteljahrhundert aus dem Amt ausgeschieden. Bereits im April 1861 starb John McLean – der letzte Richter des U. S. Supreme Court, der vor Inkrafttreten der U. S.-Verfassung im September 1787 das Licht der Welt erblickt hatte.

Wenn die Verfassungsväter und -mütter tot sind, die Verfassung allmählich älter wird als ihre Interpretinnen und Interpreten und wenn dann irgendwann ein Verfassungsgericht frühere Entscheidungen explizit oder implizit für obsolet erklärt,¹ obwohl sie doch unter dem gleichen Verfassungstext

* Schriftfassung eines am 26. November 2019 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gehaltenen Vortrags. – Ich widme den Beitrag *Bodo Pieroth* zu seinem 75. Geburtstag am 13. Juni 2020. Aus diesem Anlass ist erschienen: Christoph Görisch/Bernd Hartmann/Thorsten Kingreen (Hrsg.), *Verfassungsrecht: historisch und dogmatisch, theoretisch und literarisch. Ausgewählte Schriften von Bodo Pieroth* anlässlich der Vollendung seines 75. Lebensjahrs, 2020.

¹ Vgl. die Aufstellung von Rechtsprechungsänderungen des Bundesverfassungsgerichts bei *Bernhard Schlink*, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel, JZ 2007, 157 (159f.). Das ist natürlich kein Proprium des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa die abenteuerlichen Wendungen in der Rechtsprechung des U. S. Supreme Court zu rassistischen Diskriminierungen von *Dred Scott v. Sandford* über *Plessy v. Ferguson* bis *Brown v. Board of Education* (Nachweise bei *Thorsten Kingreen*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2020, Art. 3, Rn. 528–533).

wie dem heutigen entstanden sind, dann stellt sich die Frage, was eigentlich noch geltendes Verfassungsrecht ist und was schon Verfassungsgeschichte.² Dann geht es um die normative Kraft und stabilisierende Verlässlichkeit der Verfassung, um das Verfassungsgericht und nicht zuletzt auch um die Verfassungsrechtswissenschaft und ihre Methoden, die die Grenzen zur Politik und Politikwissenschaft markieren sollen. Wie soll man „in der von Kontingenz und Unübersichtlichkeit geprägten Welt“³ mit einer immer älter werdenden Verfassung umgehen? Und wie mit Entscheidungen, Aussagen und dogmatischen Rechtskonstruktionen, die in bestimmten, vielleicht eher singulären historischen Kontexten stehen oder überkommene Wertvorstellungen von früheren Richterinnen und Richtern reflektieren? Welche juristisch-normative Stabilität können und müssen Verfassung und frühere Entscheidungen des Verfassungsgerichts erzeugen, wieviel Flexibilität müssen und dürfen sie in gesellschaftlichen, technologischen und politischen Transformationsprozessen zulassen, ohne dass der Verfassungstext geändert wird? Wie können Verfassungsrechtler und Verfassungsrechtlerinnen noch mit wissenschaftlicher Substanz und handlungsleitender Verlässlichkeit etwas zur Verfassungsmäßigkeit eines neuen Gesetzes sagen? Und wenn sie es nicht mehr könnten: Welche Rolle würde die Verfassungsrechtswissenschaft dann im Kreis anderer Staatswissenschaften noch spielen, von denen sie sich einst durch die Übernahme der juristischen Methode aus der Zivilistik⁴ erfolgreich emanzipiert hatte?

Auf der Suche nach Rat fragt man als Nachkonstitutioneller gerne erst einmal die vorkonstitutionellen Älteren. Mein akademischer Lehrer Bodo Pieroth⁵ ist einer von ihnen. Gemeinsam mit Bernhard Schlink (ebenfalls ein Vorkonstitutioneller) hat er 1985 ein in mehrfacher Hinsicht einzigartiges Lehrbuch zu den Grundrechten publiziert,⁶ das diese Ausgangsfragen mit einem klaren Bekenntnis beantwortet: Mehr Dogmatik wagen! Dogmatik beansprucht vor allem, Ordnung zu schaffen⁷ und sich damit von der messiahafte Unordnung des Case-Law-Denkens abzusetzen. Das Lehrbuch erzählt daher nicht nur einfach die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anhand von Fällen nach,⁸ sondern betreibt eine der Rechtsdogmatik verpflichtete eigenständige Systembildung. Dieses Anliegen kommt insbesondere in einem Allgemeinen Teil der Grundrechtslehren zum Ausdruck, der den der Dogmatik eigenen Anspruch verfolgt, verlässliche und Rechtssicherheit

² Christian Waldhoff, Das andere Grundgesetz, 2019, S. 35 ff.

³ Andreas Voßkuhle, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, S. 417 (417).

⁴ Dazu Michael Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland Bd. II, 1992, S. 330 ff.

⁵ Vgl. die *-Fußnote.

⁶ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 1. Aufl. 1985.

⁷ Christian Bumke, Rechtsdogmatik, 2017, S. 45 ff.

⁸ Gegen einen solchen „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ Bernhard Schlink, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 161 (168).

schaffende Maßstäbe und Prüfungsprogramme für die Grundrechte zu entwickeln, die die Zeit überdauern.

Das Lehrbuch zu den Grundrechten wurde zum Klassiker und der dort präsentierte Prüfungsaufbau („Schutzbereich – Eingriff – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung“)⁹ fand Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – ein schönes Beispiel für den Wert rechtsdogmatischer Systembildung mit rechtspraktischer Absicht, der die deutsche Grundrechtswissenschaft auch ihre Popularität im Ausland verdankt. Aber seine beiden Autoren hadern mittlerweile mit dem Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtswissenschaft. Sie sehen den Aufstieg des einen eng mit dem Abstieg der anderen verbunden, die zu einer „Case-Law-Wissenschaft“ in U. S.-amerikanischer Tradition geworden sei. „Die Abwägung hat alles überrollt“, resümiert Bodo Pieroth die bundesverfassungsgerichtliche Sonderdogmatik bei der Koalitionsfreiheit,¹⁰ und in der Festschrift für Bernhard Schlink hebt er die Rationalität als Proprium des Rechts und seiner funktionalen Unterscheidbarkeit zur Politik hervor.¹¹ Schlink selbst hatte die Verfassungsrechtswissenschaft als dogmatische Wissenschaft ohnehin schon 2007 gänzlich verabschiedet, weil die Verfassungsrechtsprechung, der sie positivistisch verbunden sei, immer kasuistischer und damit beliebiger werde. Mit der immer kasuistischeren Rechtsprechung, deren Entscheidungen kaum noch vorhersehbar seien, werde die ordnende, Konsistenz und Rationalität begründende und einfordernde Dogmatik zu Grabe getragen.¹² Ihre souveräne disziplinäre Offenheit hindert Pieroth und Schlink aber daran, sich anders als viele Jüngere in Zerfallstheorien zu ergeben: Bodo Pieroth kennt, mit einem Schuss Selbstironie, die altersbedingte Neigung, „neuere Entwicklungen als Verfallserscheinungen zu deuten“¹³ und Bernhard Schlink weiß, dass es in dieser Welt andere Wege gibt, Rechtswissenschaft zu betreiben: „Es ist nicht mehr meine Verfassungsrechtswissenschaft, aber eine, der ich ähnlich in Amerika begegne und die ich dort habe funktionieren sehen und respektieren lernen.“¹⁴

Um die Kritik am Bedeutungsverlust der Dogmatik einzuordnen und sie für die Ausgangsfrage des Umgangs mit älter werdenden Verfassungstexten fruchtbar zu machen, muss man zunächst einmal fragen, welche Dimension der Dogmatik auf der Verlustliste einer sich zunehmend kasuistisch entwickelnden Ver-

⁹ Zu den Vorarbeiten aus den 1970er Jahren *Christian Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 144 (2019), S. 1 (46 ff.).

¹⁰ *Bodo Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd. II, 2001, S. 293 (316).

¹¹ *Bodo Pieroth*, Bernhard Schlink als Verfasser juristischer Lehrbücher, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. FS Schlink, 2014, S. 3 (12).

¹² *Schlink* (Fn. 1), S. 161 f.

¹³ *Pieroth* (Fn. 11), S. 13.

¹⁴ *Schlink* (Fn. 1), S. 162.

fassungsgerichtsbarkeit stehen soll.¹⁵ Dogmatik ist zunächst ein Speicherbegriff für die Interpretation von einschlägigen Rechtsnormen anhand der juristischen Methodenlehre. Insoweit wird man aber kaum von einem Bedeutungsverlust sprechen können. Denn die in der Gründungsphase der Rechtsprechung entwickelten grundrechtsdogmatischen Programme wurden weitgehend ohne Rückgriff auf den Text der Grundrechte, ja bisweilen sogar gegen den Wortlaut entwickelt; man denke nur an die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG, die das Grundrecht gegen den Wortlaut („Gleichheit *vor* dem Gesetz“) auch auf den Gesetzgeber erstreckt hat.¹⁶ Auch gibt es etwa weder für die Eingriffsdogmatik noch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anknüpfungspunkte im Text des Grundgesetzes, beide sind interpretatorische Schöpfungen des Bundesverfassungsgerichts.¹⁷ Bezogen auf die juristische Methode hatte die Dogmatik also noch niemals eine Bedeutung, deren Verlust man nunmehr beklagen könnte. Auch die unter der Chiffre „Originalismus“ geführte Grundsatzdebatte, wie wir interpretatorisch mit dem Willen eines historischen Verfassungsgebers umgehen, ist daher hier nicht weiter zu verhandeln.¹⁸

Pieroth und Schlink adressieren also mit der Kritik am Vordringen „subjektive[r] Wertungen und Dezisionen“¹⁹ nicht den Niedergang der juristischen Methode. Ihnen geht es vielmehr um die Hauptfunktion der Rechtsdogmatik, die Normen des geltenden Rechts und die sie interpretierende Rechtsprechung in übergreifenden Prinzipien und Strukturen abzubilden und sie damit in ein vom Einzelfall abstrahiertes System zu überführen. Nun mag man lange darüber streiten, was denn ein solches System ausmacht, und ob es überhaupt sinnvoll ist, von einem solchen zu sprechen, weil es tatsächlich zu einer Reihe von Missverständnissen einlädt, die hier nicht ausgebreitet werden müssen.²⁰ Wer in rechtsdogmatischer Absicht vom „System“ spricht (und das soll im Folgenden geschehen), verbindet mit ihm jedenfalls die Vorstellung einer aus einzelnen Begriffen, Prinzipien, Lehrsätzen, Präjudizien und Prüfprogrammen bestehenden Zwischenschicht zwischen der Rechtsnorm und seiner Anwendung, von der man sich eine über den Einzelfall hinausgehende ordnende Rationalität erhofft.²¹

¹⁵ Zu den unterschiedlichen Funktionen der Rechtsdogmatik *Horst Dreier*, Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 41 ff.

¹⁶ BVerfGE 1, 14 (52).

¹⁷ Vgl. für den Grundrechtseingriff erst relativ spät BVerfGE 116, 202 (222) und für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

¹⁸ Zu dieser Diskussion etwa *Johannes Reich*, „Originalismus“ als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution. Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung, JÖR 65 (2017), S. 713.

¹⁹ *Pieroth* (Fn. 11), S. 12.

²⁰ Dazu einige Hinweise bei *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 (36 ff.).

²¹ So, allgemein zur Dogmatik, *Frank Schorkopf*, Dogmatik und Kohärenz, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012,

Die Kritik, das kasuistische Kleinklein von Einzelentscheidungen sei an die Stelle systembildender Dogmatik getreten, ist für die Ausgangsfrage, wie wir mit einer immer älter werdenden Verfassung interpretatorisch umgehen, von grundlegender Bedeutung. Vielleicht ist ja die allmähliche Fortschreibung des Verfassungsrechts über Präjudizien, wie wir sie aus den USA mit ihrer schon viel älteren Verfassung kennen, ein probates Mittel für eine maximal flexible Interpretation. Schließlich konnte sich keine Verfassungsrichterin und kein Verfassungsrichter bei der Entwicklung dogmatischer Gebäude in den 1950er Jahren vorstellen, dass es einmal verfassungsrechtlicher Klärung bedürfen würde, ob Schwule und Lesben Kinder adoptieren oder Sicherheitsbehörden Smartphones durchsuchen dürfen und europäische und internationale Menschenrechtstexte für die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes maßgeblich sind. Zu viel Selbstbindung durch dogmatische Systembildung könnte sich bei der verfassungsrechtlichen Aufarbeitung dieser Veränderungen als hinderlich erweisen und Erwartungen an Stabilität und Vorhersehbarkeit wecken, die gar nicht erfüllbar sind.

Hans Julius Wolff, an den es sich nicht nur in Münster zu erinnern lohnt, hätte kühl entgegnet: „Rechtswissenschaft [...] ist systematisch oder sie ist nicht.“²² Aber selbst eine systematische Rechtswissenschaft kommt nicht umhin, Fälle zu studieren. Erst über Fallstudien, ja letztlich erst über Genealogien von Entscheidungen²³ können wir ermessen, wie sich Begriffe und Argumente zu einem dogmatischen System entwickelt haben, das leistungsfähig genug ist, um nachfolgende Entscheidungen zu leiten. Die Leistungsfähigkeit der dogmatischen Methode und ihre Grenzen lassen sich auf Referenzfeldern exemplifizieren, die in den vergangenen 70 Jahren aus ganz unterschiedlichen Gründen eine 1949 nicht vorhersehbare Dynamik entfaltet haben. Es sind dies die Pluralisierung (II.), die Digitalisierung (III.) und die Europäisierung (IV.). Auf diesen Referenzfeldern gilt es, rechtsdogmatische Argumentationsfiguren und sektorale Systembildungen aufspüren, um sie dann später in die historischen Kontexte zu rücken, in denen sie entstanden sind, und sie auf ihre Aktualität für die verfassungsgerichtliche Aufarbeitung von sozialen, technologischen oder politischen Veränderungen zu überprüfen (V.).

II. Pluralisierung

Das Referenzfeld der Pluralisierung adressiert veränderte gesellschaftliche Anschauungen über menschliches Zusammenleben. Eine verfassungsrechtliche Garantie von Ehe und Familie, wie sie Art. 6 Abs. 1 GG enthält, war zwar 1949 im Verfassungsvergleich noch ungewöhnlich. Sie war aber, ebenso wie

S. 139 (148f.): „Scharnier einer anwendungsbezogenen Wissenschaft, die Recht und Sachverhalt miteinander verbindet“.

²² Hans Julius Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 5 (1952), S. 195 (205).

²³ Zur Notwendigkeit einer entwicklungsgeschichtlichen Analyse eindrücklich Rainer Wahl, Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, S. 369 (371 ff.).

schon die Vorgängerbestimmung des Art. 119 Abs. 1 und 2 WRV verfassungspolitisch nachvollziehbar. Erstens war es, wie Konrad Beyerle, der Berichterstatter im Ausschuss zur Vorbereitung eines Entwurfs einer Verfassung des Deutschen Reichs, vermerkte, „mit Rücksicht auf den volkserzieherischen Wert der Grundrechte notwendig, auch die Ehe als Grundpfeiler des sozialen Lebens nicht ohne Erwähnung zu lassen.“²⁴ Die Ehe sollte gegenüber anderen „illegitimen Verhältnissen“ gestärkt werden, weshalb auch das später dennoch realisierte Anliegen, auch nichteheliche Kinder zu schützen, ausgesprochen kontrovers war.²⁵ Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften waren gänzlich unvorstellbar. Zweitens waren Ehe und Familie die kleinen heilen Welten, die im Krieg keine Schuld auf sich geladen hatten und aus denen heraus man sich den auch moralischen Wiederaufbau erhoffte – eine Begründung, die erst recht nach Beendigung des Zweiten Weltkriegs tragend war. Daran anknüpfend hat das Bundesverfassungsgericht in den ersten fast 50 Jahren seiner Rechtsprechung ein durch spezielle Grundrechtsfunktionen getragenes grundrechtsdogmatisches System entwickelt (1.), das es zwar rhetorisch bis heute aufrechterhält, dem es aber doch gravierende Risse zugefügt hat (2.):

**1. Systembildung: Art. 6 Abs. 1 GG
als Abwehrrecht, Institutsgarantie und
objektive Wertentscheidung**

Die für die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 GG maßgeblichen, systembildenden Grundstrukturen hat das Bundesverfassungsgericht bereits in einem Beschluss vom 17. Januar 1957 errichtet; der älteste heute noch amtierende Bundesverfassungsrichter, Peter Müller, war damals ein gutes Jahr alt.

In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht Art. 6 Abs. 1 GG drei Grundrechtsfunktionen zugewiesen: Es handele sich erstens um „eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte [gemeint ist also die Abwehrfunktion, T. K.], die angesichts der Erfahrungen in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft dem Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen soll“; zweitens um eine Institutsgarantie, die „einen Normenkern des Ehe- und Familienrechts verfassungsrechtlich“ gewährleisten solle und drittens um eine „wertentscheidende Grundsatznorm“, also „eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts.“²⁶

²⁴ Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, in: Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags Bd. 336, 377.

²⁵ Vgl. dazu näher Thorsten Kingreen, Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 1995, S. 39 ff.; zur Entstehungsgeschichte ferner Christian Seiler, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2014, Art. 6 Abs. 1, Rn. 33 ff.

²⁶ Alle Zitate aus BVerfGE 6, 55 (71 f.).

Während die beiden zuerst genannten Funktionen weitgehend blass bleiben sollten, entwickelte sich die Wertentscheidungsfunktion zum wichtigsten Pfeiler der Dogmatik. Sie taucht im Beschluss vom 17. Januar 1957 erstmals und recht unvermittelt auf; die legendäre Lüth-Entscheidung,²⁷ die oftmals fälschlicherweise als Geburtsort dieser Funktion angesehen wird,²⁸ zitiert sie noch nicht einmal. Die Wertordnungsdoktrin schleppt allerlei philosophischen Ballast²⁹ mit und wird meist mit der Smend'schen Integrationslehre³⁰ in Verbindung gebracht,³¹ die in Abwendung vom staatsrechtlichen Positivismus Werte als zentralen Fixpunkt gesellschaftlicher und staatlicher Integration ansehen wollte. Aus dieser Wertentscheidungsgarantie leitet das Bundesverfassungsgericht zweierlei ab: „*positiv* die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern, *negativ* das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen.“³² Während dem Förder- und Schutzgebot ebenfalls keine allzu große Karriere beschieden war, hat das Bundesverfassungsgericht aus dem negativen Beeinträchtigungsverbot ein Verbot der Diskriminierung von Ehe und Familie gegenüber anderen Lebensgemeinschaften abgeleitet und auf diese Weise Art. 6 Abs. 1 GG zu einem besonderen Gleichheitsrecht befördert.³³ Teilweise wurde Art. 6 Abs. 1 GG dabei auch in einen Verbund gegenseitiger Verstärkung mit Art. 3 Abs. 1 GG gestellt,³⁴ ohne dass aber klar geworden wäre, welche eigenständige Funktion der allgemeine neben dem besonderen Gleichheitssatz einnahm.³⁵

Die Konstruktion eines über die Wertentscheidungskomponente bewerkstelligten Beeinträchtigungs- und des daraus wiederum deduzierten Diskriminierungsverbots war eine erfolgreiche und zunächst auch weitgehend unangefochtene systemische Leistung des Bundesverfassungsgerichts. Mit diesem dogmatischen Rüstzeug hat es im Ausgangsfall nicht nur die obligatori-

²⁷ BVerfGE 7, 198.

²⁸ Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 50; näher zu dieser Debatte Horst Dreier, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993, S. 10 ff.

²⁹ Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, 2. Aufl. 2006, S. 67 ff.

³⁰ Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 45 ff.

³¹ Dazu Dominik Rennert, Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung. Zu „Lüth“ und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie, Der Staat 53 (2014), 31 (34 ff.).

³² BVerfGE 6, 55 (76) – Hervorhebungen im Original.

³³ Explizit BVerfGE 99, 216 (232).

³⁴ BVerfGE 9, 237 (242 f.); 43, 108 (118 f.); 45, 104 (126); 47, 1 (19); 66, 66 (75); 66, 84 (93); 87, 234 (258).

³⁵ Näher Kingreen (Fn. 25), S. 124 ff.; ebenso etwa Monika M. Meinke, In Verbindung mit, 2006, S. 128 f.; und Michael Sachs, Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen „in Verbindung mit“ anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechten) zu sprechen?, in: Simon Kempny/Philipp Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 107 (115).

sche steuerliche Zusammenveranlagung von Ehegatten, sondern unzählige Normen insbesondere des Steuer- und Sozialrechts für verfassungswidrig erklärt, weil sie Ehe und Familie im Vergleich zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften und Nicht-Familien benachteiligten.³⁶ Zwar hat die Überleitung von Art. 6 Abs. 1 GG in den Kreis der Gleichheitsrechte zu einer Art Rosinenpückerei zugunsten der Ehe geführt; so wird zur Vermeidung einer Benachteiligung gegenüber Eheleuten beispielsweise das Einkommen des nichtehelichen Partners bei Sozialleistungsansprüchen mit berücksichtigt, obwohl dieser de iure gar keine Unterhaltspflicht gegenüber dem Bedürftigen hat.³⁷ Aber man konnte das plausibel aus der gleichheitsrechtlichen Systemlogik ableiten, deren rechtsdogmatisches Fundament, die Wertordnung, in die Zeit passte, die nach moralischen Leitbildern und einer „heilen Welt“ lechtzte. Das Bundesverfassungsgericht hatte mithilfe einer Grundrechtsfunktion, die die Bewahrung des Bestehenden betont,³⁸ ein verfassungsdogmatisches Bollwerk um die Ehe errichtet.

2. Bruchstellen im System

An diesem Bollwerk sollten zunächst auch homosexuelle Lebensgemeinschaften abprallen. Aus dem in der Wertentscheidungsfunktion wurzelnden Gleichheitsrecht leitete die noch vor 20 Jahren herrschende Ansicht ein Gleichstellungsverbot bzw. Abstandsgebot ab, aus dem die Verfassungswidrigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes folgen sollte.³⁹ Andere fuhren die bislang unterentwickelte Institutsgarantie auf, die die Geschlechtsverschiedenheit der Partner als verfassungsrechtlichen Kernbestand der Ehe garantierte.⁴⁰ Man kann das als einen Versuch ansehen, das vom Bundesverfassungsgericht errichtete Gebäude aus Grundrechtsfunktionen durch eine weitere Stärkung des Fundaments vor den Verschiebungen der gesellschaftlichen Tektonik zu schützen. Drei Mitglieder des 1. Senats sahen das als notwendig an und erklärten das Lebenspartnerschaftsgesetz für verfassungswidrig, die die Entscheidung tragenden fünf anderen hingegen nicht: Die Institutsgarantie sei nicht betroffen, weil Regelungsgegenstand nicht

³⁶ Aufstellung der Entscheidungen bis 1994 bei Kingreen (Fn. 25), S. 101ff.

³⁷ Insbesondere die Anrechnung von Einkommen bei Sozialleistungsansprüchen (heute in § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. c, Abs. 3a SGB II), grundsätzlich akzeptiert von BVerfGE 87, 234.

³⁸ In diesem Sinne etwa Jörg Benedict, Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung – Ein vorläufiges Fazit, JZ 2013, S. 477 (481).

³⁹ Martin Burgi, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, Der Staat 39 (2000), S. 487 (501ff.); Günter Krings, Die „eingetragene Lebenspartnerschaft“ für gleichgeschlechtliche Paare – Der Gesetzgeber zwischen Schutzabstandsgebot und Gleichheitssatz, ZRP 2000, S. 409 (411ff.); Gerhard Robbers, Eingetragene Lebenspartnerschaften, JZ 2001, S. 779 (783).

⁴⁰ Walter Pauly, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 1997, S. 1955 (1956); Rupert Scholz/Arnd Uhle, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 (396f.).

die Ehe sei, und die Wertentscheidungsfunktion nicht, weil der Ehe durch das Lebenspartnerschaftsgesetz ja nichts genommen werde.⁴¹

Das so sorgsam errichtete Gebäude aus Institutsgarantie und Wertentscheidungsfunktion bekam damit erste Risse. Nicht nur verblasste das in der Wertentscheidung mitschwingende Leitbild der heterosexuellen Ehe, sondern es begann die Phase der Relativierungen in der Formelsammlung des Bundesverfassungsgerichts. Noch 1998 hatte das Gericht einschränungslos formuliert, die Wertentscheidungsfunktion verbiete es, „Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen“; Art. 6 Abs. 1 GG stehe daher „*jeder* belastenden Differenzierung entgegen, die an die Existenz einer Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) [...] anknüpft“⁴². In der Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz schlich sich dann ein relativierendes „insgesamt“ in diese Formel ein.⁴³ Schlechterstellungen der Ehe waren nunmehr im *Einzelfall* zulässig, etwa der Ausschluss von Kindern verheirateter Eltern aus der beitragsfreien Familienversicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung, der durch allerlei andere Vorteile der Ehe kompensiert werde.⁴⁴ 2007 wurde letztmals eine die Ehe privilegierende Vorschrift für verfassungsgemäß erklärt.⁴⁵

Mit seiner Rechtsprechung zur Gleichstellung der Lebenspartnerschaften mit der Ehe hat das Bundesverfassungsgericht dem Gebäude aus Wertentscheidungsfunktion und Institutsgarantie dann mit tektonischen Auswirkungen zugesetzt. Seit 2009 hat es durchweg alle Ungleichbehandlungen von Lebenspartnerschaften gegenüber der traditionellen Ehe für verfassungswidrig erklärt.⁴⁶ Art. 3 Abs. 1 GG und ein in Analogie zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entwickeltes Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung⁴⁷ haben die Regie als Prüfungsmaßstäbe übernommen. Der Prüfungsverbund mit Art. 6 Abs. 1 GG wurde hingegen für das Schutzgut Ehe aufgelöst⁴⁸ und Art. 6 Abs. 1 GG auf einen möglichen Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen zurückgestuft.⁴⁹ Dieser hat aber bislang nicht ein einziges Mal gezogen, weil dem Bundesverfassungsgericht „der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe“ als Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen nicht mehr genügt. Die Formeln von der „objektiven Wertentscheidung“

⁴¹ BVerfGE 105, 313 (344 ff., 346 ff.).

⁴² BVerfGE 99, 216 (232) – Hervorhebung nur hier.

⁴³ BVerfGE 105, 313 (347); die dort zitierten Entscheidungen enthalten diese Relativierung noch nicht.

⁴⁴ BVerfGE 107, 205 (215 f.).

⁴⁵ BVerfGE 117, 316 (325 ff.).

⁴⁶ Beginnend mit BVerfGE 124, 199; ferner dann BVerfGE 126, 400; 132, 179; 133, 59; 133, 377.

⁴⁷ BVerfGE 133, 377 (408).

⁴⁸ Letztmals BVerfGE 107, 27 (52 ff.) und 107, 205 (215). Im Bereich der Familie wird er hingegen weiterhin verwendet: BVerfGE 122, 151 (179 f.) und 131, 1 (19).

⁴⁹ BVerfGE 124, 199 (217 ff.).

und der „Institutsgarantie“ werden zwar bis heute mitgeschleppt,⁵⁰ aber systemrelevant sind sie nur noch insofern, als sie nach wie vor Ungleichbehandlungen im Vergleich mit nicht formalisierten Beziehungen tragen.

Es blieb dem Gesetzgeber dann gar nichts mehr anderes übrig, als die Ehe einfach-rechtlich für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen. Seitdem dies 2017 geschehen ist (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB), wird kontrovers darüber diskutiert, was von dem die Wertentscheidung tragenden Leitbild übrig geblieben ist und welche Auswirkungen diese Gleichstellung auf den durch das einfache Recht geprägten verfassungsrechtlichen Ehebegriff haben muss.⁵¹

III. Digitalisierung

Anders als die gesellschaftliche Pluralisierung steht die Digitalisierung für einen technologischen Veränderungsprozess. Für das Bundesverfassungsgericht begann dieser schon, bevor zu Beginn des Jahrtausends das digitale Zeitalter eingeläutet wurde. Bereits 1983 (also noch im „Lochkartenzeitalter“⁵²) hat es die Leitidee des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), selbst über die Offenlegung persönlicher Lebenssachverhalte zu entscheiden, im Volkszählungsurteil in einem Recht auf informationelle Selbstbestimmung weiter konkretisiert.⁵³ Mit dem des weiteren Fortschreiten der digitalen Entwicklung hat es später noch ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hinzugefügt, das die systemische Bedeutung der neuen Informationstechnologien für den Persönlichkeitsschutz profiliert.⁵⁴ Insgesamt erweist sich die zunehmend in der Kasuistik versinkende Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht als gutes Referenzfeld für die die Dogmatik hochhaltenden Kritiker des Bundesverfassungsgerichts – mit dem Highlight der Entscheidung zum BKA-Gesetz, die aus fast 100 Seiten Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne besteht.⁵⁵ Hier überrollt die Abwägung tatsächlich alles. Anders liegen die Dinge im Bereich der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu verortenden Medienfreiheiten. Hier hat das Bundesverfassungsgericht die Rundfunkfreiheit auf der einen und die Pressefreiheit auf der anderen Seite in gänzlich unterschiedlichen Teildogmatiken konkretisiert (1.), deren Tragfähigkeit aufgrund der technologisch konvergenten Entwicklung in Frage steht (2.).

⁵⁰ BVerfGE 133, 377 (409f.).

⁵¹ Dazu etwa *Carsten Bäcker*, Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, AöR 143 (2018), S. 339 und *Jan Philipp Schaefer*, Die „Ehe für alle“ und die Grenzen der Verfassungsfortbildung, AöR 143 (2018), S. 394.

⁵² *Jürgen Kühling/Manuel Klar/Florian Sackmann*, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 62.

⁵³ BVerfGE 65, 1 (42f.).

⁵⁴ BVerfGE 120, 274 (302).

⁵⁵ BVerfGE 141, 220 (267–352).

1. Rundfunk- und Pressefreiheit als rechtsdogmatisch getrennte Welten

Die Errichtung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten ist das Resultat politisch-historischer Erfahrungen und technologischer Grenzen. Eine staatliche Trägerschaft war nicht in Betracht gezogen worden, nachdem die Nationalsozialisten den Rundfunk zu ihrem Propagandamedium umfunktioniert hatten, und ein privatwettbewerbliches Modell scheiterte an der Frequenzknappheit.⁵⁶ Entscheidendes Anliegen der Alliierten war ein Rundfunk, der ausgewogen, unparteilich und objektiv war, kurz gesagt: der niemandem gehörte.⁵⁷

Daran anknüpfend hat das Bundesverfassungsgericht eine Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit entwickelt, die das einfache Rundfunkrecht weitgehend vorgeprägt hat.⁵⁸ Die Fundamente wurden auch hier früh gelegt und die Rhetorik ist noch wesentlich voluminöser als im Bereich von Art. 6 GG. Schon in seiner ersten Rundfunkentscheidung vom 28. Februar 1961, die das tendenziös angelegte sog. Adenauer-Fernsehen für verfassungswidrig erklärt hat, bezeichnet es den Rundfunk zwar als öffentliche Aufgabe, die aber gleichwohl staatsfern zu organisieren sei.⁵⁹ Der Rundfunk sei, so heißt es in der zweiten Rundfunkentscheidung plakativ-programmatisch, „Sache der Allgemeinheit“. Er soll sogar „integrierende Funktionen für das Staatsganze“ haben und dürfe daher „nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden“.⁶⁰ In späteren Entscheidungen wird dann vor allem die Funktion des Rundfunks für die öffentliche Meinungsbildung in den Vordergrund gerückt,⁶¹ die Affinität zu Großformeln blieb unverändert. Eine „dienende Freiheit“ sei das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, vermerkt das Bundesverfassungsgericht in der dritten Rundfunkentscheidung vom 16. Juni 1981,⁶² in der es erstmals um den privaten Rundfunk ging und die den Einstieg in den Ausgestaltungsauftrag zur Schaffung einer Rundfunkordnung bedeuten sollte. Diese „positive Ordnung“ solle Vielfalt sicherstellen; das setze „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen“ voraus, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will.“⁶³ Dieser aus der objektiv-rechtlichen Funktion der Rundfunkfreiheit abgeleitete Ausgestaltungsauftrag reicht weit über das hinaus, was üblicherweise unter dem Topos „Ausgestal-

⁵⁶ Dazu knapp *Michael Fehling*, Rundfunk, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Herrmann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht* Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 59 Rn. 1 f.

⁵⁷ *Albrecht Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, Kap. 1 Rn. 24 ff.

⁵⁸ Konzise chronologische Aufarbeitung der Rechtsprechung durch *Jürgen Kühling*, in: Hubertus Gersdorf/Boris Paal (Hrsg.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 58–72.

⁵⁹ BVerfGE 12, 205 (246, 260 ff.).

⁶⁰ BVerfGE 31, 314 (325, 329).

⁶¹ BVerfGE 59, 231 (257); 97, 228 (256 f.); 136, 9 (28).

⁶² BVerfGE 57, 295 (320).

⁶³ BVerfGE 57, 295 (320).

tung der Grundrechte“ firmiert. Der Gesetzgeber muss nicht nur einfach einen sachlichen Schutzbereich wie das „Eigentum“ rechtlich formen, sondern er muss eine ganze Rundfunkordnung mit unabhängigen Institutionen aufbauen.⁶⁴ Was das bedeuten sollte, zeigte sich in einer Vielzahl von weiteren Entscheidungen, die das verfassungsrechtliche System „Rundfunk“ in allen Details ausgeformt haben. Das Bundesverfassungsgericht weist den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Aufgabe der für die demokratische Ordnung und für das kulturelle Leben unerlässlichen „Grundversorgung“ der Bürger mit Rundfunksendungen mit der Begründung zu, dass ihre terrestrischen Programme nahezu die gesamte Bevölkerung erreichen und sie zu einem inhaltlich umfassenden Programmangebot in der Lage seien.⁶⁵ Daraus folgert das Gericht eine Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunkangebots.⁶⁶ Der Staat müsse die Grundversorgung daher auch finanziell gewährleisten, zugleich aber sicherstellen, dass der Rundfunk staatsfern bleibe;⁶⁷ das wirke sich auch auf die Rundfunkgremien aus, die pluralistisch zu besetzen seien.⁶⁸ Neben dieser aus Grundversorgungsauftrag, Finanzierungs-, Bestands- und Entwicklungsgarantie zusammengesetzten objektiv-rechtlich fundierten Ordnung ist aber die abwehrrechtliche Funktion des Grundrechts ebenso blass geblieben⁶⁹ wie bei Art. 6 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht begründet diese sektorale Dogmatik mit der „Sondersituation“ des Rundfunks, insbesondere verglichen mit der Presse. Der Unterschied zwischen Presse und Rundfunk bestehe, so das Gericht schon in der ersten Rundfunk-Entscheidung, darin, dass „innerhalb des deutschen Pressewesens eine relativ große Zahl von selbständigen und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierenden Presseerzeugnissen existiert, während im Bereich des Rundfunks sowohl aus technischen Gründen als auch mit Rücksicht auf den außergewöhnlich großen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen die Zahl der Träger solcher Veranstaltungen verhältnismäßig klein bleiben muss.“⁷⁰ Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet zwar auch die Pressefreiheit als „objektive Grundsatz-

⁶⁴ *Martin Eifert*, Die Rundfunkfreiheit, Jura 2015, S. 356 (359 f.).

⁶⁵ BVerfGE 73, 118 (158 f.); 87, 181 (198 ff.).

⁶⁶ BVerfGE 74, 297 (326, 353 ff.).

⁶⁷ BVerfGE 118, 181 (219).

⁶⁸ BVerfGE 136, 9 (31 ff.).

⁶⁹ Nur bekenntnishaft: BVerfGE 83, 238 (296), wonach das Grundrecht der Rundfunkfreiheit „seinen Schutz auch und zuerst gegenüber dem Staat“ entfalte. Kritisch *Bernd J. Hartmann*, Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte?, JZ 2016, S. 18 (22). Für eine Revitalisierung der individualrechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit *Friedrich Schmitt*, Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen?, DÖV 2019, S. 949 (954 ff.).

⁷⁰ BVerfGE 12, 205 (261).

norm“⁷¹ und kann sich auch hier den Hinweis auf die „öffentliche Aufgabe“⁷² nicht verkneifen. Aber eine „Presseordnung“ hat es aufgrund der von ihm angenommenen Unterschiede zur Rundfunkfreiheit nicht etabliert. Vielmehr hat sich das Grundrecht seit dem grundlegenden Spiegel-Urteil⁷³ als klassisches Abwehrrecht im Kreis der anderen Freiheitsrechte gut und unauffällig entwickelt.⁷⁴

2. Dogmatische Divergenz trotz medialer Konvergenz

Anders als im Bereich der Ehe hat das objektive Wertentscheidungsprogramm im Bereich der Rundfunkfreiheit bis zum heutigen Tage überlebt. Nach wie vor unterscheidet das Bundesverfassungsgericht rechtsdogmatisch zwischen der durch die staatliche Gewährleistungsverantwortung geprägten, dem Staatsganzen „dienenden“ Rundfunkfreiheit auf der einen Seite und einem privatrechtlich organisierten und finanzierten Pressewesen auf der anderen Seite, das sich gegen staatliche Zugriffe mittels der klassischen Abwehrfunktion des Grundrechts zur Wehr setzt.

Natürlich sieht auch das Bundesverfassungsgericht, dass die zunächst technisch begründete „Sondersituation“ so nicht mehr existiert: Es gibt dank der digitalen Übertragungswege keine Frequenzknappheit mehr. Doch das Faktische hat nach wie vor keine normative Kraft. Als zu Beginn der 1980er Jahre private Rundfunkveranstalter aufkamen,⁷⁵ wurde deren Zulassung zunächst als politische Ermessensentscheidung der zuständigen Landesgesetzgeber und aufgrund der Fixierung auf den objektiv-rechtlichen Gestaltungsauftrag gar die individuelle Grundrechtsberechtigung der privaten Veranstalter als offen angesehen.⁷⁶ Generell wurde der private Rundfunkbetrieb anders als derjenige der Presse als regulierungsbedürftig angesehen.⁷⁷ Und schließlich wurde die Begründung für die „Sondersituation“ des Rundfunks einfach ausgewechselt. Die besondere staatliche Verantwortung für die Sicherung von Vielfalt erkläre sich aus der herausgehobenen Bedeutung, die dem Rundfunk „wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ zukomme und sich insbesondere daraus ergebe, „dass Inhalte schnell, sogar zeitgleich, übertragen und dabei Ton, Text und bewegte Bilder miteinander kombiniert werden können.“⁷⁸

⁷¹ BVerfGE 80, 124 (133).

⁷² BVerfGE 20, 162 (175).

⁷³ BVerfGE 20, 162 (174 f.).

⁷⁴ In diesem Sinne etwa auch *Christoph Degenhart*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2017, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 39.

⁷⁵ Genauer müsste man sagen: „wieder aufkamen“, denn in Weimar war der 1923 begründete Rundfunk privatrechtlich organisiert, s. *Hartmann* (Fn. 69), S. 24.

⁷⁶ So noch BVerfGE 57, 295 (321). Anerkennung einer privaten Rundfunkveranstalterfreiheit erst in BVerfGE 95, 220 (234 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 83, 238 (296 f.); 97, 228 (257 f.).

⁷⁸ BVerfGE 90, 60 (87); 136, 9 (28).

Man erntet meist unglaubliches Staunen, wenn man jungen Studierenden, die sich noch am Vorabend durch ein YouTube-Video von Rezo oder eine neue Folge von „House of Cards“ bei Netflix fortgebildet haben, diese noch 2014 wiederholte Passage präsentiert.⁷⁹ Denn in diesen Diensten, die die digitale Infrastruktur des Internets nutzen und nicht auf hoheitlich regulierte Intermediäre angewiesen sind, verschwimmen die getrennten Welten zwischen Presse und Rundfunk, die das Bundesverfassungsgericht mit seiner Sonderdogmatik zur Rundfunkfreiheit errichtet hat und nach wie vor tapfer aufrechterhält.⁸⁰ Ob etwa die App der Tagesschau presseähnlich ist, wie es die nicht gebührenfinanzierten Presseverlage und das OLG Köln vertreten,⁸¹ oder dem hoheitlich organisierten und finanzierten Bereich der Rundfunkfreiheit zuzuordnen ist, wie es der NDR in seiner Verfassungsbeschwerde vertritt, wird das Bundesverfassungsgericht demnächst entscheiden müssen. Dann wird sich auch entscheiden, ob das dogmatische System fällt, das das Bundesverfassungsgericht 1961 mit seinem ersten Rundfunkurteil errichtet hat. Vor dem Hintergrund einer immer komplexeren, internationalisierten Medienwelt, die zunehmend durch private Intermediäre wie Instagram, YouTube und Twitter beherrscht wird, ist es vollkommen offen, ob es dann überhaupt noch einmal gelingen wird, eine neue nationale Dogmatik zu entwickeln. Auch das mag ein Grund für die Beharrungskraft des Bundesverfassungsgerichts sein.

IV. Europäisierung

Der Hinweis auf die räumliche Entgrenzung des Grundrechtsschutzes leitet über auf das letzte Referenzfeld, die Europäisierung. Hier liegen die Dinge in dreifacher Hinsicht anders. Die Europäisierung beschreibt erstens anders als die Pluralisierung keine gesellschaftliche und anders als die Digitalisierung auch keine technologische Entwicklung, sondern sie steht für einen verrechtlichten politischen Prozess, der wesentlich durch die Rechtsprechungen des EGMR und des EuGH gestaltet wird. Zweitens hat die Europäisierung 1992 mit dem neuen Art. 23 GG eine verfassungsändernde Zäsur erlebt, die auf den anderen Referenzfeldern nicht stattgefunden hat. Der Prozess der Europäisierung ist drittens, anders als bei den beiden anderen Referenzfeldern, nicht nur als Entwicklungspfad in der deutschen Rechtsprechung und Literatur von Interesse (dazu 2.), sondern er wirkt auch auf die beiden anderen Referenzfelder zurück.

⁷⁹ Treffende Kritik bei *Hartmann* (Fn. 69), S. 21; und *Schmitt* (Fn. 69), S. 952 ff.

⁸⁰ *Kühling* (Fn. 58), Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 94–99; *Andreas Paulus/Patrick Nölscher*, Rundfunkbegriff und Staatsferne im Konvergenzzeitalter, ZUM 2017, S. 177 (182 ff.). Zurückhaltender *Eifert* (Fn. 64), S. 368.

⁸¹ OLG Köln, GRUR 2017, S. 311.

1. Rückwirkungen auf die anderen Referenzfelder

Die nach dem Zweiten Weltkrieg einsetzende, aber 1949 in dieser Dimension noch nicht absehbare Europäisierung wirft *erstens* die Frage auf, ob dogmatische Systembildung im nationalen Rahmen noch möglich ist, wenn mehrere Rechtsordnungen aus unterschiedlichen Rechtstraditionen und -kulturen miteinander verzahnt sind.⁸² Das Unionsrecht ist geprägt durch eine „kleinteilige Normierungstechnik“ und die Entscheidungen des EuGH durch „eine dünne Begründungsstruktur [...] gepaart mit einer geringen Bereitschaft, bereichsübergreifende Grundsätze oder Figuren zu entwickeln.“⁸³ Diese Eigenheiten machen das Anliegen trans- oder supranationaler dogmatischer Systembildung zu einem Projekt für Optimisten. Als sich beispielsweise Anfang der 1990er Jahre zeigte, dass die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten nicht mehr haltbar war, hat der EuGH deren Anwendungsbereich in der Keck-Entscheidung mit einer (übrigens mittlerweile wieder als unbrauchbar erkannten⁸⁴) Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen wieder beschränkt. Ihm fiel aber zur Begründung für diese explizit als Änderung der Rechtsprechung ausgeflaggte Entscheidung nicht mehr als das Faktum ein, dass sich „die Wirtschaftsteilnehmer immer öfter“ auf die Warenverkehrsfreiheit berufen hätten.⁸⁵ Mittlerweile versucht niemand mehr, mit dogmatischem Anspruch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten in systemisch-widerspruchsfreie Strukturen zu überführen oder eigenständige Konzepte zu entwerfen.⁸⁶

Zweitens fragt es sich, wie sich supra- und internationales Recht auf bereits bestehende sektorale Dogmatiken wie diejenigen zu Art. 6 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auswirken. Für die EMRK-Grundrechte und die Rechtsprechung des EGMR kann man diese Frage weitgehend vernachlässigen. Zwar misst das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen des EGMR eine „jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ bei,⁸⁷ verlangt aber keine „schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention“.⁸⁸ Damit wahrt es den Schein der Offenheit für die Entscheidungen des EGMR, verschafft sich aber auch die notwendige Flexibilität zur Abweichung. Selbst wenn, wie in den Caroline-Fällen,⁸⁹ der EGMR den gleichen Fall anders beurteilt als das Bundes-

⁸² Ulrich Haltern, *Europarecht* Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Rn. 11 ff., sieht daher in der Kontextualisierung des Rechts das Gebot der Stunde.

⁸³ Zitate aus Bumke (Fn. 7), S. 46.

⁸⁴ Näher zum Ganzen Thorsten Kingreen, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 53 ff.

⁸⁵ EuGH, EU:C:1993:905, Rn. 14 (Keck und Mithouard).

⁸⁶ Einen Versuch war es wert: Thorsten Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999.

⁸⁷ BVerfGE 128, 326 (368).

⁸⁸ BVerfGE 128, 326 (366); 131, 268 (295); 134, 242 (330).

⁸⁹ Vgl. für Nachweise Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 35. Aufl. 2019, Rn. 705.

verfassungsgericht, handelt sich um nachrangige Fragen der Abwägung, die man so oder so beurteilen mag. Systemrelevant sind sie nicht. Unproblematisch ist es auch, dass der EGMR die konventionsrechtliche Rundfunkfreiheit im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht allein subjektiv-rechtlich deutet. Er akzeptiert nämlich das Anliegen der Meinungsvielfalt im Rundfunk und hält lediglich öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopole nicht für konventionskonform, weil Sendefrequenzen nicht mehr knapp sind.⁹⁰ Immerhin gibt es damit aber kein Zurück mehr hinter die duale Rundfunkordnung aus öffentlichen und privaten Veranstaltern, deren verfassungsrechtliche Notwendigkeit das Bundesverfassungsgericht zu Beginn der 1980er Jahre erst nach und nach anerkannt hatte.⁹¹ – Auch die EuGH-Rechtsprechung hat jedenfalls bislang nicht zu grundlegenden Änderungen in der Grundrechtsdogmatik geführt. So hat sich der EuGH zwar gegen Ungleichbehandlungen von gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber der (traditionellen) Ehe im deutschen Recht gewandt, dies aber maßgeblich mit dem vom Bundesverfassungsgericht bereits für verfassungsgemäß erachteten Institut der Lebenspartnerschaft begründet.⁹² Weil der EuGH damit letztlich nur den deutschen Gesetzgeber beim Wort genommen hat, ist auch das Bundesverfassungsgericht recht schnell auf diese Linie eingeschwenkt,⁹³ die bereits in seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz angelegt war.⁹⁴ Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite des verfassungsrechtlich durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist zwar kontrovers, doch geht es letztlich nur um unterschiedliche Gewichtungen in der Abwägung mit gegenläufigen Freiheits- und Gleichheitsrechten.⁹⁵

2. Grenzziehung durch Systembildung: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Schranken der europäischen Integration

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Integrationsschranken eignet sich besonders gut zur Anschauung, wie dogmatische Systemstrukturen Schritt für Schritt und in Abhängigkeit von sich verändernden politischen Rahmenbedingungen wachsen. Anders als beim Ehegrundrecht und bei der Rundfunkfreiheit gibt es daher nicht die eine grundlegende Entscheidung, die die Dogmatik festzurrt, sondern

⁹⁰ EGMR 24.11.1993, Nr. 13914/88 u. a. (Informationsverein Lentia u. a./Österreich), Ziff. 40 ff.

⁹¹ S. dazu III. 2.

⁹² EuGH, EU:C:2008:179, Rn. 65 ff. (Maruko).

⁹³ Erstmals BVerfGE 124, 199; anders noch BVerfG, NJW 2008, S. 2325 (2326).

⁹⁴ S. oben II. 2.

⁹⁵ EuGH, EU:C:2018:696, Rn. 50 ff. (IR/JQ) gegen BVerfGE 137, 273 (301 ff.). Vgl. ferner EuGH, EU:C:2018:257, Rn. 61 ff. (Egenberger) und daran anschließend BAG, NZA 2019, S. 455, gegen dessen Entscheidung wiederum die Diakonie Verfassungsbeschwerde eingelegt hat.

eine durch den politischen Entwicklungsprozess erklärable Abfolge von Judikaten, die sich erst in den letzten Jahren zu einem Ganzen zusammengefügt haben:

Der historisch erste Baustein des Kontrollkonzepts war die Grundrechtskontrolle. Der EuGH hatte in den 1960er Jahren den Vorrang und, unter bestimmten Voraussetzungen, auch die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts richterrechtlich entwickelt.⁹⁶ Daraus ergab sich die Notwendigkeit, diese neue supranationale Hoheitsgewalt grundrechtlich zu legitimieren. Dafür waren die dezentral an mitgliedstaatliches Handeln anknüpfenden Grundrechte der mitgliedstaatlichen Verfassungen ungeeignet, weil ihre Anwendung die einheitliche Anwendung des (heutigen) Unionsrechts gefährdet hätte.⁹⁷ Der EuGH hat daher 1969 in der Entscheidung *Stauder* erstmals die Existenz von ungeschriebenen Grundrechten anerkannt.⁹⁸ Aber das war dem Bundesverfassungsgericht 1974 noch zu wenig, es wollte seinen eigenen grundrechtlichen Kontrollanspruch zunächst aufrechterhalten, solange die Gemeinschaft über keinen geschriebenen Grundrechtskatalog verfügte („Solange I“).⁹⁹ Diesen Anspruch hat es dann vor dem Hintergrund eines sich allmählich entwickelnden prätorischen Grundrechtsschutzes durch den EuGH in der 1986 ergangenen Entscheidung „Solange II“ aufgegeben.¹⁰⁰ Mittlerweile hat sich der Wind gedreht; das BVerfG fürchtet nicht mehr zu wenig, sondern zu viel Grundrechtsschutz durch den EuGH.¹⁰¹ Es sorgt sich um die Bedeutung der Grundrechte des GG und der Verfassungsbeschwerde (und vielleicht auch ein wenig um sich selbst) und hat daher 2019 auch die Unionsgrundrechte in seinen Prüfungskanon aufgenommen.¹⁰²

In der Maastricht-Entscheidung aus dem Jahre 1993 hat das Bundesverfassungsgericht der Grundrechtskontrolle dann den zweiten Kontrollbaustein, die Kompetenzkontrolle, hinzugefügt.¹⁰³ Das kam nicht von ungefähr, denn der Vertrag von Maastricht bedeutete eine Zäsur von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Politischen Union.¹⁰⁴ Mit ihm gingen bedeutende Kompetenzübertragungen insbesondere im Währungsrecht einher, die erstmals die Frage

⁹⁶ EuGH, EU:C:1963:1, Rn. 24 f. (van Gend & Loos): unmittelbare Anwendbarkeit des (heutigen) Unionsrechts; EuGH, EU:C:1964:51, Rn. 1269 (Costa): Vorrang des (heutigen) Unionsrechts.

⁹⁷ Vgl. zu den Zusammenhängen näher *Thorsten Kingreen*, Die Unionsgrundrechte, JURA 2014, S. 295 (295 f.).

⁹⁸ EuGH, EU:C:1969:57, Rn. 6 f. (Stauder).

⁹⁹ BVerfGE 37, 271 (285).

¹⁰⁰ BVerfGE 73, 339 (387).

¹⁰¹ *Thorsten Kingreen*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, EuR 2010, S. 338 (352 ff.).

¹⁰² BVerfG, NJW 2020, 314 (318 ff.).

¹⁰³ BVerfGE 89, 155 (187 f.).

¹⁰⁴ *Thorsten Kingreen*, Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA, AöR 141 (2016), S. 485 (488, 491 ff.).

nach dem Fortbestand der Staatlichkeit Deutschlands aufwarfen. Im 2009 ergangenen Lissabon-Urteil ist das Bundesverfassungsgericht dann sogar noch einen Schritt weitergegangen. Dort setzt es einer Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (Art. 23 Abs. 1 GG) in den „für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“¹⁰⁵ besonders bedeutsamen Sachbereichen enge Grenzen. Das sollen diejenigen Bereiche sein, „die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit besonders prägen.“¹⁰⁶ Daraus leitet es dann eine erstaunlich schlicht gestrickte und nur dürftig belegte Nationalstaatsaufgabenlehre ab.¹⁰⁷ Im Rückblick erweist sich die Entscheidung trotzdem als weitreichend. Nicht nur begründet sie mit der „Identitätskontrolle“ einen weiteren Kontrollbaustein,¹⁰⁸ sondern sie fügt auch die bislang unverbundenen Kontrollbausteine mit dem Hinweis auf die „dauerhafte Integrationsverantwortung“¹⁰⁹ der deutschen Verfassungsorgane erstmals zu einer Dogmatik des Integrationsverantwortungsrechts zusammen.

Auf der Lissabon-Entscheidung bauen dementsprechend zwar alle weiteren Entscheidungen auf, deren Gegenstände ganz überwiegend Maßnahmen des Krisenbewältigungsrechts in den 2010er Jahren waren. Aber die Kontrollbausteine werden nochmals anders ausgerichtet. In der OMT-Entscheidung aus dem Jahre 2016 rückt nämlich erstmals die Identitätskontrolle, die im Lissabon-Urteil noch ein Baustein neben der Grundrechts- und der Kompetenzkontrolle gewesen war, in die Überschrift des Integrationsverantwortungsprogramms des Bundesverfassungsgerichts auf. Im Rahmen der Identitätskontrolle prüfte das Bundesverfassungsgericht, „ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden.“¹¹⁰ Von den vormals drei Bausteinen ist damit letztlich nur einer, die Identitätskontrolle, übrig geblieben,¹¹¹ und diese ist auch nicht mehr als eine Chiffre für das explizit in Art. 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG normierte Kontrollprogramm.

¹⁰⁵ BVerfGE 123, 267 (359).

¹⁰⁶ BVerfGE 123, 267 (358).

¹⁰⁷ BVerfGE 123, 267 (359 ff.).

¹⁰⁸ Kritisch dazu vor allem *Albert Ingold*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland, AöR 140 (2015), S. 1; und *Christoph Schönberger*, Identitärä, JöR 63 (2015), S. 41.

¹⁰⁹ BVerfGE 123, 267 (356).

¹¹⁰ BVerfGE 142, 123 (195) und zuletzt BVerfG, NJW 2020, 1647 (1652).

¹¹¹ *Alexander Thiele*, Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts, EuR 2017, S. 367.

V. Der stabile Text im volatilen Kontext

Die drei Referenzfelder Pluralisierung, Digitalisierung und Europäisierung fordern die mit der Verfassung verbundene Vorstellung von Kontinuität heraus. Das vorangestellte Zitat von Chief Justice John Marshall drückt aus, dass Verfassungen diesem Anspruch nur als offene Ordnungen gerecht werden können, die nicht den Anspruch der Detailprogrammierung erheben, wie es das einfache Recht beansprucht. Marshall nahm damit auch der legendären Warnung von Thomas Jefferson, die Toten dürften keine Macht über die Lebenden haben, weshalb sich jede Generation wieder als *pouvoir constituant* ausleben können müsse,¹¹² den Wind aus den Segeln. Denn die Lebenden entwickeln die Verfassung durch Verfassungsinterpretation ständig im Spannungsfeld von Rigidität und Flexibilität weiter, sei es über Präjudizien oder über Dogmatik oder über beides zugleich. Schreitet man nach 70 Jahren Grundgesetz die Referenzfelder des Wandels ab, so kann man im Rückblick fragen, was wir aus der verfassungsgerichtlichen Verarbeitung dieser Veränderungen für die Leistungsfähigkeit der Rechtsdogmatik lernen und wie wir Nachkonstitutionellen unserem Grundgesetz in Zukunft hermeneutisch am besten gerecht werden. Drei Punkte verdienen es, näher hervorgehoben zu werden:

1. Dogmatik findet statt

Aufgrund der besonderen historischen und politischen Umstände fiel es 1949 schwer, sich das als Provisorium konzipierte Grundgesetz als Verfassung vorzustellen, die Bestand haben würde.¹¹³ Dabei hatten die tiefgreifenden Verunsicherungen der unmittelbaren Nachkriegsjahre doch gerade nach Gewissheit, Stabilität und Verlässlichkeit gerufen. Für eine Ordnung schaffende Rechtsdogmatik waren das keine schlechten Rahmenbedingungen, zumal sie als Methode ja keinesfalls bei null anfangen musste.¹¹⁴ Seinen Charakter als Provisorium verlor das Grundgesetz dementsprechend vor allem dank diverser Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland.¹¹⁵ Es hat auf den unterschiedlichsten Feldern nach und nach Stabilität durch Dogmatik geschaffen, bei dieser Gelegenheit aber auch regelmäßig seinen Kontrollanspruch ausgeweitet und sich damit selbst stabilisiert. Aus der Wertordnungsfunktion hat es die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung entwickelt;¹¹⁶ es hat verfassungsimmanente Schranken für die Beschränkung von Grundrechten ohne

¹¹² Thomas Jefferson, Letter to James Madison (6. September 1789), in: Julian P. Boyd u. a. (Hrsg.), *The Papers of Thomas Jefferson*, 1958, S. 392 ff.; dazu auch Matthias Lukan, Verfassungskontinuität und Verfassungsänderung, DÖV 2019, S. 811 (811).

¹¹³ Dazu Udo Steiner, 70 Jahre Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Jura 2019, S. 441 (441 f.).

¹¹⁴ S. zur Entwicklung der deutschen Rechtsdogmatik im 19. Jahrhundert Bumke (Fn. 7), S. 16 ff.

¹¹⁵ Dazu Wahl (Fn. 23), S. 372 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 7, 198 (205).

Gesetzesvorbehalt entwickelt;¹¹⁷ es hat aus Art. 2 Abs. 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit abgeleitet, mit der praktisch jeder Verfassungsverstoß als individuelle Grundrechtsverletzung geltend gemacht werden kann;¹¹⁸ es hat die textlich wenig geordneten grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 4 GG zu einem Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit zusammengezogen und sie behutsam mit der durch Art. 140 GG aus Weimar übernommenen staatskirchenrechtlichen Struktur in Einklang gebracht;¹¹⁹ es hat den Weimarer Streit über die Interpretation des „allgemeinen Gesetzes“ im Lüth-Urteil dadurch aufgelöst, dass es die Anforderungen der Sonderrechts- und der Abwägungslehre in einer einheitlichen Formel zusammengeführt hat;¹²⁰ es hat die Teilhabefunktion der Grundrechte entwickelt¹²¹ und später Art. 7 Abs. 4 GG (Privatschulfreiheit) zum Leistungsrecht erstarken lassen;¹²² es hat bei Art. 12 Abs. 1 GG die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Drei-Stufen-Lehre strukturiert¹²³ und, etwas später, die Eigentumsdogmatik durch die formale Trennung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmungen revolutioniert.¹²⁴ Diese Liste ließe sich beliebig ins Staatsorganisationsrecht verlängern, man denke nur an das maßgeblich auf Ernst-Wolfgang Böckenförde zurückgehende Konzept demokratischer Legitimation i. S. v. Art. 20 Abs. 2 GG.¹²⁵

Über jede einzelne dieser Entscheidungen kann man in der Sache natürlich streiten. Aber es ist nicht zu bestreiten, dass das Bundesverfassungsgericht in diesen Grundsatzjudikaten nicht nur einfache Fälle entschieden, sondern zugleich dogmatische Leitbilder, Prinzipien und Programme entwickelt hat, die als Dogmatiken bezeichnet werden dürfen, die die Verfassungsauslegung über die Jahrzehnte hinweg bis heute prägen. Von der Dogmatik hat also niemand Abschied genommen, weder das Bundesverfassungsgericht noch die in allen genannten Fällen überwiegend zustimmende Literatur. Aber die Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts fielen nun einmal in die formative Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland. Danach hat die Zahl der echten dogmatischen Grundsatzentscheidungen naturgemäß abgenommen; das Fundament des demokratischen Verfassungsstaats mit seinen alles überstrahlenden Grundrechten war einfach gelegt. Vielleicht hat das den Eindruck verstärkt, das Bundesverfassungsgericht würde nur noch ka-

¹¹⁷ Erstmals in BVerfGE 28, 243 (261).

¹¹⁸ BVerfGE 6, 32 (36 ff.).

¹¹⁹ Zu den vier Leitentscheidungen BVerfGE 24, 236; 32, 98; 33, 23 und 35, 366, und der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung *Stefan Mückel*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2008, Art. 4, Rn. 53 ff.

¹²⁰ BVerfGE 7, 198 (209 f.).

¹²¹ BVerfGE 33, 303 (330 ff.).

¹²² BVerfGE 75, 40 (61 ff.).

¹²³ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

¹²⁴ BVerfGE 58, 300 (330 ff.).

¹²⁵ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. I, 1. Aufl. 1987, § 22.

suistisch judizieren. Vieles ist eben schlicht dogmatisch gesetzt und wird nur in unzähligen Fällen immer wieder neu angewendet und manchmal auch gewendet. Der Zauber des Anfangs der Verfassungsdogmatik mag vorbei sein, aber die Verfassungsdogmatik lebt.

Auf dem Referenzfeld der Europäisierung lässt sich zudem zeigen, dass Bundesverfassungsgericht und Verfassungsrechtswissenschaft die Dogmatik als Methode nach wie vor als aktuell ansehen. Das heutige, weitgehend in der Identitätskontrolle aufgegangene Kontrollprogramm des Bundesverfassungsgerichts nahm seinen Anfang erst 1987 in der Solange-II-Entscheidung. Diese war dann Grundlage für das von Paul Kirchhof entwickelte Brückenmodell, wonach europäisches Recht nur über die Brücke der deutschen Gesetzgebung Anwendungsvorrang vor deutschem Recht haben könne.¹²⁶ Dieses Konzept abgeleiteter Unionsgewalt¹²⁷ wurde dann nicht nur im neuen Art. 23 Abs. 1 GG, sondern auch im (maßgeblich durch Kirchhof verfassten) Maastricht-Urteil abgebildet¹²⁸ und später immer weiter verfeinert.¹²⁹ Das daraus entstandene Kontrollprogramm ist zwar in der Sache unnötig monströs und aufgeblasen, weil es letztlich ganz banal die Anwendung der in Art. 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG aufgezählten Verfassungsprinzipien beschreibt. Aber es ist genealogisch erklärbar und belegt, dass Dogmatik vom Bundesverfassungsgericht und von der Verfassungsrechtswissenschaft nach wie vor als adäquate Methode für die Interpretation von Verfassungsrecht praktiziert wird und in diesem Fall sogar als vorbereitende Maßnahme für die Schaffung neuen Verfassungsrechts fungiert hat.

Die Aktualität der Dogmatik zeigt sich vor allem, wenn Entscheidungen über Jahrzehnte bewährte Dogmatiken einfach für irrelevant erklären. Denn Dogmatik zielt auf Berechenbarkeit und Verlässlichkeit.¹³⁰ Die letztlich politischer Räson geschuldete Wunsiedel-Entscheidung, die die gefestigten Maßstäbe für die Bestimmung des „allgemeinen Gesetzes“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG einfach überspielt,¹³¹ hat daher die harsche Kritik erfahren, die sie verdient.¹³² Stünden hier nur kasuistisch aneinandergereihte Fälle mit Abwägungsentscheidungen, die mal so und mal so ausfallen, und nicht das seit dem Lüth-Urteil verfolgte Konzept der Meinungsneutralität in Frage, hätten es die Kritiker des Bundesverfassungsgerichts wesentlich schwerer gehabt. Hier zeigt sich die Rationalisierungsfunktion der Dogmatik: Über

¹²⁶ Grundlegend *Paul Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Josef Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 1992, § 183 Rn. 65.

¹²⁷ *Martin Eifert/Johannes Gerberding*, Verfassungsbeschwerde und Unionsgewalt, JURA 2016, S. 628 (628 f.).

¹²⁸ BVerfGE 89, 155 (187).

¹²⁹ Näher oben IV. 2.

¹³⁰ *Martin Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Was weiß Dogmatik? (Fn. 21), S. 79 (85 ff.).

¹³¹ BVerfGE 124, 300 (328 f.).

¹³² Vgl. dazu die Nachweise bei *Kingreen/Poscher* (Fn. 89), Rn. 703.

Abwägung kann man zwar politisch, aber verfassungsrechtswissenschaftlich schwer streiten, über ein dogmatisches Programm schon. Immer öfter verkünden Kollegen mit professoraler Eminenz und rustikalem „Behauptungspathos“ (Stephan Rixen) die Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen,¹³³ sichern sich damit kurzfristige mediale Aufmerksamkeit, nehmen aber letztlich das Verfassungsrecht in Geiselschaft für politische oder Standesinteressen. Den als Rechtswissenschaftler verkleideten Lobbyisten kann man mit Dogmatik leichter entzaubern als mit politisch verbrämten Abwägungsfloskeln. Dogmatik ist und bleibt daher auch deshalb aktuell, weil wir über sie eine gemeinsame Sprache finden und sie die Begründungszwänge verschärft. Das stärkt nicht nur die Rechtswissenschaft als Disziplin,¹³⁴ sondern ermöglicht auch die Kommunikation mit der Rechtspraxis. Diese Verständigungsfunktion der Dogmatik¹³⁵ ist vielleicht das wichtigste Argument dafür, dass Dogmatik aktuell bleiben muss.

Die Aussage, dass Dogmatik nach wie vor stattfindet, ist also deskriptiver wie normativer Natur: Deskriptiv, weil sie faktisch nach wie vor betrieben wird, und normativ, weil sie einen Wert hat, den man nur aufgeben möchte, wenn es etwas Besseres geben sollte.

2. Dogmatik ist zeitgebunden

Die Aussage, dass Dogmatik aktuell ist, ist nur eine Teilantwort auf die Ausgangsfrage, wie wir interpretatorisch mit einer älter werdenden Verfassung und den an sie herangetragenen realen Veränderungen umgehen sollen. Denn die Stabilisierungsfunktion, die der Dogmatik gemeinhin zugeschrieben wird, kann Erwartungen auslösen, die sie nicht erfüllen kann. Vergleichsweise selbstverständlich ist es zunächst, dass Dogmatik normakzessorisch ist, sich also verändern muss, wenn sich Normen verändern.¹³⁶ Dogmatik schwebt nicht über den Normen, sondern bleibt ihnen verpflichtet. Aber auch wenn sich Normen wie diejenigen der Verfassung, nicht verändern, kann, wie die drei Referenzfelder exemplarisch belegen, Dogmatik herausgefordert sein. Eine unaufgeklärte, selbstreferentielle Dogmatik neigt zu Versteinerung und Realitätsverweigerung und verliert gerade dadurch ihre interpretatorische Steuerungsfunktion. Dass dogmatische Systembildung nur im Dauerstresstest funktionieren kann, zeigen exemplarisch die tradierten dogmatischen Figuren auf den beiden Referenzfeldern der Pluralisierung und der Digitalisierung.

¹³³ Zu einem Tiefpunkt in der sog. Flüchtlingskrise Thorsten Kingreen, Mit gutem Willen und etwas Recht: Staatsrechtslehrer in der Flüchtlingskrise, JZ 2016, S. 887 ff.

¹³⁴ Was Kritiker in eine „Selbstermächtigungsfunktion der Dogmatik“ wenden, s. Oliver Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Was weiß Dogmatik? (Fn. 21), S. 39 (43 f.).

¹³⁵ Christian Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Was weiß Dogmatik? (Fn. 21), S. 17 (27).

¹³⁶ Waldhoff, ebd., S. 28.

Die beiden Grundsatzentscheidungen zum Ehegrundrecht und zur Rundfunkfreiheit aus der Gründungsphase sind geprägt durch das Bestreben, aus den Grundrechten ein „Wertsystem“ herauszulesen, das integrative Kraft in Staat und Gesellschaft entfalten soll. Als „wertentscheidende Grundsatznorm“ solle Art. 6 Abs. 1 GG „Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann,“ schützen. Zur Begründung dieser Grundrechtsfunktion beruft sich das Bundesverfassungsgericht auch auf Art. 119 Abs. 1 S. 1 WRV, wonach die Ehe „als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung“ stand.¹³⁷ Die Ehe sei, so heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1969, „nach den in Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Wertvorstellungen [...] die einzige legitime Form umfassender Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau“; „die gesunde körperliche und seelische Entwicklung des Kindes“ setze „grundsätzlich das Geborgen sein in der nur in der Ehe verwirklichten vollständigen Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter“ voraus.¹³⁸ Auch im Bereich der Rundfunkfreiheit werden wertordnungsaffine Begrifflichkeiten wie die „integrierenden Funktionen“ der Rundfunkfreiheit „für das Staatsganze“¹³⁹ aufgefahren, um die Privilegierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu begründen. Über allem schwebt die Lüth-Entscheidung mit ihrem wirkmächtigen Bekenntnis, das Grundgesetz wolle „keine wertneutrale Ordnung“ sein, sondern habe ein „Wertsystem“ errichtet, „das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde“ finde.¹⁴⁰ Mit der Wertordnungsfunktion wurden die Grundrechte auch für Privatrechtsbeziehungen relevant und damit zur „Grundlage der gesamten gesellschaftlichen Ordnung“¹⁴¹. Sie hat damit auch zur Popularisierung und später zur Popularität des ganzen Grundgesetzes beigetragen.

Die Integrationslehre von Rudolf Smend wird zwar in beiden Rechtsprechungslinien nicht zitiert, aber die Anlehnung an das gegen den vermeintlichen „Wertrelativismus“ des staatsrechtlichen Positivismus gerichtete „Wert-, Güter und Kultursystem“¹⁴², das der „Karlsruher Hausgott“¹⁴³ Rudolf Smend in den Weimarer Grundrechten verwirklicht sah, ist offensichtlich. Suggestive Versöhnungs- und plakative Heile-Welt-Begriffe – auch die

¹³⁷ BVerfGE 6, 55 (71, 73).

¹³⁸ BVerfGE 25, 167 (196).

¹³⁹ BVerfGE 31, 314 (329).

¹⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁴¹ *Ulrich Herbert*, Was nützt eine Historisierung des Bundesverfassungsgerichts, in: Florian Meinel (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, 2019, S. 15 (21).

¹⁴² *Smend* (Fn. 30), S. 163.

¹⁴³ Diese Bezeichnung wird seinem Schüler *Wilhelm Hennis* zugeschrieben, s. *Thomas Darnstädt*, *Verschlussache Karlsruhe*. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, 2018, S. 238.

aus kirchenrechtlicher Tradition stammende „praktische Konkordanz“¹⁴⁴ gehört in diesen Kontext – passten in die Zeit, die auf der Suche nach allseits geteilten Leitbildern¹⁴⁵ und daher bestrebt war, gemeinsame Werte herauszuarbeiten und Konflikte möglichst konsensual zu lösen.¹⁴⁶ Mit der Bastion einer vorverfassungsrechtlichen Werteordnung wollte man Verbindendes und Verbindliches schaffen, das man dem Rechtstext allein nicht zutraute.¹⁴⁷ Sie war also aus der Angst geboren, das Grundgesetz könne ein ähnliches Schicksal erleiden wie die Weimarer Reichsverfassung.

Doch Angst ist auch in der Dogmatik kein guter Ratgeber. Die Rede von der Wertordnung hat zwar vielleicht die Mehrheiten der behäbigen Bonner Scheinkonsensgesellschaft der 1950er und frühen 1960er Jahre integriert; auch war das Bundesverfassungsgericht durchaus bemüht, etwa in seiner Rechtsprechung zur Gleichbehandlung der Geschlechter einen liberalen Kontrapunkt zu der noch im Naturrecht gefangenen Rechtsprechung der Zivilgerichte zu setzen.¹⁴⁸ Das Wertordnungsargument war aber, wie es Lerke Osterloh im Rückblick bemerkt hat, „typischer Bestandteil einer wolkig pathetischen Sprache des deutschen Staatsrechts der Nachkriegszeit, von ähnlich vorwissenschaftlicher Qualität wie die Neigung der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu naturrechtlich dekorierter Wesensschau.“¹⁴⁹ Die vermeintliche Zeitlosigkeit der Werte schuf die Illusion einer zeitlosen Dogmatik, die auf Integration durch Exklusion aufbaute. Objektiverte Werte wollen verwirklicht werden, sie sind gesetzt und entziehen sich damit weiterer Diskussion.¹⁵⁰ Alle anderen Grundrechtsfunktionen sind, so Rudolf Smend, letztlich nur ein „liberales Mißverständnis“¹⁵¹. Und vergleichbar mit dem Naturrecht hat sich die „Wertordnung“ gegenüber denjenigen, die diese Werte nicht geteilt haben oder nicht teilen konnten, als polarisierend und diskriminierend erwiesen.¹⁵² Mit der Behauptung eines auf die Gesamt-

¹⁴⁴ Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, § 1 II.

¹⁴⁵ Versuch einer positiven Besetzung des Leitbildbegriffs mit Abgrenzung von der Wertedebatte Uwe Volkmann, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, AöR 134 (2009), S. 158 (173 ff.); mit einer ebensolchen Deutung der „objektiven Wertordnung“ ders., Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 96 ff.

¹⁴⁶ In diesem Sinne auch Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. IV, 2012, S. 216 ff.

¹⁴⁷ Vgl. auch Bumke (Fn. 9), S. 5.

¹⁴⁸ S. Kingreen (Fn. 1), Art. 3, Rn. 462 ff. und Art. 117, Rn. 7 ff.

¹⁴⁹ Lerke Osterloh, Vortrag im Forum 1 (Die Verfassung der Freiheit), in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft. Dokumentation zum Verfassungskongreß „50 Jahre Grundgesetz/ 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland“ vom 6. bis 8. Mai 1999 in Bonn, 1999, S. 79.

¹⁵⁰ Vgl. Dreier (Fn. 28), S. 18 f. Fundamentalkritik bereits durch Helmut Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, 1973, insbes. S. 140 ff.: „Arcana der Verfassungsinterpretation“.

¹⁵¹ Smend (Fn. 30), S. 216.

¹⁵² Für Art. 6 Abs. 1 GG Kingreen (Fn. 25), S. 160 ff.

heit der Grundrechte gestützten Wertsystems wurde ein materialer Ordnungszusammenhang konstruiert,¹⁵³ der das Potenzial zu klaren Abgrenzungen zwischen „Gut“ und „Böse“ hatte. Die Kehrseiten der zum dogmatischen Konzept erhobenen Integrationsfunktionen der Ehe und des öffentlichen Rundfunks waren nämlich Ausgrenzung und Diskriminierung der moralisch unwerten Homosexualität in der staatlichen Rechtsordnung und die Abwehr gegen private Rundfunkveranstalter, die mit ihrem nun wirklich bösartigen Gewinnstreben die Werte der guten öffentlich-rechtlichen Rundfunkordnung gefährdeten. Das „Freund-Feind-Denken“, das der Schmitt-Schule mit guten Gründen immer vorgehalten wurde,¹⁵⁴ ist damit, trotz der im historischen Rückblick guten Absichten, auch in der nach Abschottung nach außen ausgerichteten Wertdogmatik der Integrationslehren angelegt. Sie schleppt nach Ursprung und Inhalt antipluralistische Homogenitätserwartungen mit, die ebenso freiheitsgefährdend¹⁵⁵ wie diskriminierungsaffin sind.

Bemerkenswert ist auch die Karriere der dogmatischen Figur der sog. Institutsgarantie, die das Bundesverfassungsgericht vor allem bei Art. 6 Abs. 1 GG stark macht und die ebenso wie die Wertentscheidungsfunktion eine „antidynamische Intention“¹⁵⁶ hat. Sie nimmt grundrechtstheoretische Diskussionen aus der Weimarer Zeit auf.¹⁵⁷ Unter dem von Friedrich Klein geprägten Oberbegriff der Einrichtungsgarantien¹⁵⁸ wird seither die Frage behandelt, ob die Grundrechte oder jedenfalls einzelne Grundrechte bestimmte öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Einrichtungen in ihrem Kernbestand gegen eine Abschaffung oder wesensmäßige Umgestaltung durch den Gesetzgeber abschirmen. Einer der Protagonisten in der Debatte war Carl Schmitt. Das wesentliche Dilemma des bürgerlich-rechtsstaatlichen Freiheitsverständnisses bestand für Schmitt darin, dass die Grundrechte zwar grundrechtliche Positionen garantierten, diese dann aber unter den „Vorbehalt des Gesetzes“ stellten, so dass der durch sie gewährleistete Schutz letztlich in den Händen

¹⁵³ Vgl. *Ilse Staff*, Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005, S. 315 (319 f.).

¹⁵⁴ Zur Diskussion zwischen der Smend- und der Schmitt-Schule *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, 2004.

¹⁵⁵ So schon *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 (1534).

¹⁵⁶ *Michael Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL 73 (2014), S. 257 (266).

¹⁵⁷ Das Nachfolgende teilweise aus *Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen*, Funktionen des Ehegrundrechts am Beispiel des Lebenspartnerschaftsgesetzes, KritV 2002, S. 219 (224 ff.).

¹⁵⁸ *Friedrich Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, S. 2.

des einfachen Gesetzgebers liege.¹⁵⁹ Dieser Ansatz wurde in der Weimarer Staatsrechtslehre rasch populär.¹⁶⁰ Die neue dogmatische Figur wurde als Chance begriffen, die wirkungsschwache Verfassung durch Etablierung einer materiellen Normenhierarchie zu stärken, denn der Grundsatz des Vorrangs der Verfassung hatte sich in der Weimarer Republik trotz der Überwindung des spätkonstitutionellen Dualismus ebenso wenig durchsetzen können wie das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen.¹⁶¹ In einer verfassungspolitisch zunehmend instabilen Situation erklärt somit gerade das Ziel der Stabilisierung grundrechtlicher Schutzgüter die Anziehungskraft der Lehre von den Einrichtungsgarantien. Das Grundgesetz hingegen bindet alle staatliche Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), es hat eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit umfassendem Prüfungsrecht auch von Gesetzen etabliert (Art. 93 GG) und es verbietet es dem Gesetzgeber, den Wesensgehalt der Grundrechte anzutasten (Art. 19 Abs. 2 GG). Alle Funktionen, die vormals der Institutsgarantie zugewiesen worden waren, werden damit vom geltenden Verfassungstext erfüllt. Das Bundesverfassungsgericht meinte sich 1957 gleichwohl auf die verfassungsnormativ nicht näher hinterlegte Feststellung beschränken zu können, Art. 6 Abs. 1 GG enthalte „unbestritten“ eine „sogenannte Instituts- oder Einrichtungsgarantie.“¹⁶² In welchem Verhältnis diese Funktion insbesondere zur Wesensgehaltsgarantie steht, bleibt offen und wird auch im weiteren Verlauf der Rechtsprechung¹⁶³ nirgends reflektiert, übrigens auch in keinem der gängigen Grundgesetzkommentare. Das Bundesverfassungsgericht scheint davon auszugehen, dass es sich bei der Institutsgarantie um eine zeitlose, nicht näher begründungsbedürftige dogmatische Wahrheit handelt. Ähnlich ist das Bundesverfassungsgericht übrigens auch bei der Wertordnungsfunktion verfahren. Es leitet zunächst aus ihr die Bedeutung der Grundrechte auch für das Privatrecht ab, um dann abschließend festzustellen, dass diese Sichtweise auch durch Art. 1 Abs. 3 GG bestätigt werde. Mit der Behauptung, die Bindung des Zivilrichters folge aus der objektiven Wertordnung und nicht aus Art. 1 Abs. 3 GG, wird das Verhältnis von Verfassungstext und Dogmatik auf den Kopf gestellt: An die Stelle einer rechtsnormakzessorischen Dogmatik rückt die dogmatikakzessorische Rechtsnorm. Die Maxime der beiden Grundrechtsfunktionen,

¹⁵⁹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 170 ff. sowie *ders.*, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, in: FS Handels-Hochschule Berlin, 1931, S. 1 ff.

¹⁶⁰ Zur Rezeption näher Ute Mager, *Einrichtungsgarantien*, 2002, S. 34 ff.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. III/1, 1988, S. 758 ff.

¹⁶¹ Vgl. zur Entwicklung Thorsten Kingreen, *Vorrang und Vorbehalt der Verfassung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 21 ff.; grundlegend schon Rainer Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 (492 ff.).

¹⁶² BVerfGE 6, 55 (72).

¹⁶³ Zuletzt BVerfGE 105, 313 (344 f.).

die das Bundesverfassungsgericht nach wie vor mitschleppt,¹⁶⁴ lautet bis heute: „Normen des geltenden Verfassungsrechts sind nicht zu berücksichtigen.“

Das bewahrende Element der Wertordnung und der Institutsgarantie mag mit zu der Fehlvorstellung beigetragen haben, dass Dogmatik die Zwischenschicht zwischen der Norm und seiner Anwendung dauerhaft verdichten und damit stabilisieren kann. Aber sie ist eben auch Wasser auf die Mühlen der Kritiker von Dogmatik, die ihr ihren vermeintlich zeitlosen Anspruch vorhalten.¹⁶⁵ Den Anspruch kann sie aber seriöser Weise gar nicht erheben. Die Grundrechtsdogmatik möchte zwar über die Aufstellung von Prinzipien und Lehrsätzen den allgemeinen Charakter der Grundrechte, ihre normative Zielrichtung und ihre inhaltliche Reichweite bestimmen. Doch sind die Grundrechte nicht isoliert zu interpretierende Rechtssätze, sondern eingebunden in den historisch gewachsenen Gesamtzusammenhang einer bestimmten Verfassung.¹⁶⁶ Aus dieser Kontextabhängigkeit erwächst die für jede dogmatische Systembildung wesentliche Frage, ob sie lediglich auf eine bestimmte Verfassung und ihre historischen Bedingungen bezogen ist oder ob sie eine verfassungsübergreifende Werkidee enthält, die geeignet ist, die Verfassung, unter der sie entstanden ist, zu überdauern.¹⁶⁷ Gerade in diesem Diskurs über die fortbestehende Adäquanz von Lehrsätzen und Prinzipien zeigt sich ja der Wert der Dogmatik als Medium der disziplinären Verständigung. Wenn man allerdings von Dogmatik in der Entgegensetzung zur Kasuistik Dauerhaftigkeit und Verlässlichkeit erwartet, ist das Potenzial für Enttäuschungen groß. Zeitlose Dogmatik kann es schon deshalb nicht geben, weil die Rechtsnormen, denen sie sich widmet, sich ändern können. Aber auch dogmatische Argumentationsfiguren, die zur Auslegung bestehender Verfassungsnormen entwickelt wurden, bleiben immer zeitgebunden. Dass die Dogmatik dennoch einen gewissen Grad an Stabilität verspricht, hängt damit zusammen, dass sie die Argumentationslast verschiebt. Das Über-Bord-Werfen einer etablierten Dogmatik ist ein Auswärtsspiel, denn man muss erklären, warum nicht mehr gelten soll, was bislang für richtig gehalten wurde.

Hinzu kommt, dass überkommene Dogmatiken nur durch ein konstruktives Misstrauensvotum überwunden werden können. Es reicht nicht zu behaupten, dass das Alte nicht mehr stimmig ist. Wie herausfordernd eine in diesem Sinne konstruktive Dogmatik ist, zeigt sich auf dem Referenzfeld der Digitalisierung. Auch im Bundesverfassungsgericht dürfte sich zwar die Einsicht durchgesetzt haben, dass die mit großem rechtsdogmatischem Aufwand begründete Sondersituation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mittlerweile kontrafaktisch ist. Aber anders als auf dem Feld der Pluralisierung, auf dem

¹⁶⁴ BVerfGE 105, 313 (344 f.) für die Institutsgarantie und BVerfGE 131, 239 (259) für die Wertentscheidungsfunktion.

¹⁶⁵ So namentlich *Lepsius*, Kritik der Dogmatik (Fn. 134), S. 56.

¹⁶⁶ *Böckenförde* (Fn. 155), S. 1529 f.

¹⁶⁷ *Walter Schmidt*, Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, JURA 1983, S. 169 (175).

es die alten Dogmen durch ein neu entfaltetes Antidiskriminierungsrecht faktisch über Bord geworfen hat, zögert es bei der Rundfunkfreiheit. Denn die technologische Entwicklung ist im Tatsächlichen, vorsichtig gesagt, derzeit kaum absehbar; zugleich muss aber für die nach wie vor aktuellen Zielsetzungen, die mit dem alten dogmatischen Konzept transportiert wurden (wie namentlich die Qualitäts- und die Pluralismussicherung), ein tragfähiges verfassungsrechtsdogmatisches Konzept entwickelt werden, das auch die kritische Literatur bislang nicht liefert. Fallweises Herantasten ist auch keine Alternative. In einer solchen Situation entwickeln daher dogmatische Systeme eine stabilisierende Kraft selbst für den Fall, dass ihre Prämissen brüchig geworden sind.

3. Dogmatik braucht eine Fehlerkultur

Aus der Zeitgebundenheit von Dogmatik folgt mit einer gewissen Zwangsläufigkeit eine dritte Einsicht: Dogmatik muss lernfähig bleiben, was voraussetzt, dass wir eine Kultur und Methode für die Korrektur früherer Lehrsätze benötigen. Diese Fehlerkultur müsste sich vor allem mit den hermeneutischen Anforderungen an das Auffinden nicht mehr haltbarer Entscheidungen und brüchiger Dogmatiken sowie der Entwicklung neuer Dogmatik befassen.

Anders als in der Gründungsphase, in der dogmatische Systeme vor allem als Brüche mit der Vergangenheit entwickelt worden sind, ohne dass man Gedanken an ihre Eternalität verschwenden musste, wirft eine älter werdende Verfassung die Frage auf, wie wir mit alten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umgehen, die zwar nicht formal „overruled“ sind, aber eben doch in einem bestimmten zeitlichen Kontext stehen. Bisher zitieren wir solche Entscheidungen ausnahmslos, entnehmen ihnen Aussagen, die dem sprachlichen Anschein nach für die Lösung von aktuellen Problemen zu taugen scheinen. Daraus entwickelt sich eine Respekt einflößende ständige Rechtsprechung mit seit langem gefestigten Lehrsätzen, die dann irgendwann Dogmatik heißt. Je länger die Zahlenreihen sind, die hinter einer Aussage stehen, desto unangreifbarer erscheinen sie.¹⁶⁸ Diese „Präeminenz“¹⁶⁹ alter Rechtsprechung kann sich aber mit zunehmendem Alter einer Verfassung als trügerisch erweisen: es entstehen Schein-Kontinuitäten, die die Dogmatik existentiell herausfordern.¹⁷⁰ Auch das mag erklären, dass wir seit etwa einem

¹⁶⁸ Zu den Gefahren einer kontextlosen Zitiertechnik *Oliver Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 2019, S. 793 (795).

¹⁶⁹ *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319 (356).

¹⁷⁰ Vgl. etwa die Entwicklung der Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlung, die den fragwürdigen Anschein einer Kontinuität zwischen der Leibholz'schen Willkürformel und dem seit 2011 praktizierten „gleitenden Prüfungsmaßstab“ setzt, s. *Kingreen* (Fn. 1), Art. 3, Rn. 321–338.

Jahrzehnt eine Renaissance von grundlagenorientierten Selbstreflexions-Publikationen erleben.¹⁷¹

Um das Problem an einem besonders drastischen Beispiel aus dem Referenzfeld der Pluralisierung zu verdeutlichen: Im Jahr 1957 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die biologischen Geschlechtsunterschiede es rechtfertigten, dass nur die männliche, nicht aber die weibliche Homosexualität strafbar ist. Liest man die Begründung, weiß man nicht, ob man lachen oder weinen soll: Der „entscheidende Unterschied zwischen Mann und Frau“ sei, so das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf sozialmedizinische Sachverständige,¹⁷² „unter dem generativ-vegetativen Aspekt die Tatsache, daß sich das Vatersein an den kurzen Zeugungsvorgang nicht über weitere generativ-vegetative Leistungen, sondern nur durch zeitlich davon getrennte soziale Leistungen anschließt, während die sozialen Leistungen des Mutterseins mit dem Vorgang des Empfangens über die generativ-vegetativen Leistungen der Schwangerschaft, der Geburt und des Stillens, also durch einen langdauernden natürlichen Prozeß, unmittelbar verknüpft sind. Anders als der Mann wird die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, daß das Sexualleben mit Lasten verbunden ist. Damit mag es zusammenhängen, daß bei der Frau körperliche Begierde (Sexualität) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) fast immer miteinander verschmolzen sind, während beim Manne, und zwar gerade beim Homosexuellen, beide Komponenten vielfach getrennt bleiben.“ Und weiter heißt es: „Diese Verschiedenheiten des Geschlechtslebens machen sich bei der Gleichgeschlechtlichkeit womöglich noch stärker geltend als bei heterosexuellen Beziehungen, da der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entsprechende Kompensation beim Manne fehlt. So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen.“¹⁷³

Unser Umgang mit alten Entscheidungen ist weitgehend unkritisch. Während in den USA ältere Judikatur nach wie vor kontrovers diskutiert wird¹⁷⁴ und der U. S. Supreme Court frühere Urteile im Bereich der Rassendiskrimi-

¹⁷¹ S. etwa *Bumke* (Fn. 7); Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018; Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015; Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012; *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

¹⁷² Unter anderem den hoch angesehenen Psychoanalytiker Alexander Mitscherlich.

¹⁷³ BVerfGE 6, 389 (425 f.).

¹⁷⁴ *Oliver Lepsius*, Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: Meinel (Fn. 141), S. 119 (138 ff.).

nierung sogar zu grobem Unrecht erklärt hat,¹⁷⁵ sind in Deutschland auch ältere Entscheidungen „gesetzt“. Uns fehlt diese Tradition einer Fehlerkultur, nicht nur wegen der dogmatischen Methode, sondern auch, weil wir die (west-deutsche) Geschichte der Bundesrepublik Deutschland und des Bundesverfassungsgerichts als einen insgesamt linearen Prozess ohne grundstürzende Umbrüche ansehen und daher keinen Anlass zu sehen scheinen, vergangene Urteile mit Wirkung für die Zukunft zu revidieren. Dabei wäre dieses vor diskriminierenden Stereotypen strotzende Urteil ein Kandidat,¹⁷⁶ zumal schon die sozialmedizinischen Erkenntnisse, auf die sich das Bundesverfassungsgericht seinerzeit gestützt hatte, offensichtlich unhaltbar sind. Weil aber diese notwendige Revision nicht erfolgt ist, hat sich das Urteil als weiterfressender Mangel durch die Rechtsprechung gefräst. 1973 wurde der einschlägige § 175 StGB nochmals für verfassungsgemäß erklärt¹⁷⁷ und selbst 1999 wurde die Entscheidung aus dem Jahre 1957 offenbar noch ohne jedes Problembewusstsein zitiert, um § 183 StGB zu legitimieren, welcher nur den männlichen Exhibitionismus unter Strafe stellt.¹⁷⁸ Gerade diese letzte Entscheidung zeigt, ebenso wie schon die Judikatur zur Wertordnung und zur Institutsgarantie, wie fatal das ständige Copy and Paste von Textbausteinen ist, deren Ursprünge und Kontexte überhaupt nicht mehr reflektiert werden.

In der Literatur wird daher seit einiger Zeit gefordert, insbesondere die verfassungsgerichtliche Judikatur stärker zu kontextualisieren und das heißt letztlich vor allem: zu historisieren.¹⁷⁹ Dazu gehört, tradierte Lehrsätze in Beziehung zu den konkreten Sachverhalten zu setzen, unterschiedliche Entscheidungs- und Begründungstechniken von Gerichten zu reflektieren und jeweils zu fragen, ob singuläre Aussagen in verallgemeinerbaren Lehrsätzen abstrahiert werden können. „Historisierung“ wird hier also nicht nur als ein deskriptiver Vorgang begriffen, sondern als ein „normatives Instrument der Dogmatik“¹⁸⁰. Die Erfahrungen auf den Referenzfeldern des gesellschaftlichen, technologischen und politischen Wandels erweisen das als ein im

¹⁷⁵ Vgl. etwa die Entscheidung U. S. Supreme Court, *Trump v. Hawaii*, 585 U. S. ____ (2018) = 138 S. Ct. 2392, 2423, mit der die *Korematsu*-Entscheidung aus dem Jahre 1944 revidiert wurde: „*Korematsu* was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and—to be clear—has no place in law under the Constitution“.

¹⁷⁶ Immerhin ist § 175 StGB als Unrecht erklärt worden, und hat die Bundesrepublik Deutschland – sehr spät – begonnen, die noch lebenden betroffenen Männer zu entschädigen. Vgl. zum Ganzen *Martin Burgi*, Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen, 2016; und das auf dieser Grundlage verabschiedete „Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen“.

¹⁷⁷ BVerfGE 36, 41.

¹⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 22.03.1999 – 2 BvR 398/99.

¹⁷⁹ *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 77 ff.; *Lepsius* (Fn. 168), S. 793 ff.; *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 12 ff.

¹⁸⁰ *Rennert* (Fn. 31), S. 54.

Grundsatz lohnendes Projekt. Eine kontextbezogene Rechtswissenschaft könnte insbesondere dem notorisch instabilen Verfassungswandel eine verlässlichere methodische Basis verschaffen.¹⁸¹

Ganz so neu ist diese Idee natürlich nicht. Mit einem etwas veränderten Label spiegelt sie die vor einiger Zeit von der selbsternannten „Neuen Verwaltungswissenschaft“ wiederbelebte Debatte, wie wir es mit dem Einfluss der Gesellschaftswissenschaften auf die juristische Methode halten.¹⁸² Diese disziplinäre Öffnung sieht sich allerdings der Kritik ausgesetzt, methodisch „auf der Ebene der Metareflexion“¹⁸³ steckengeblieben zu sein. Aus der entgegen ihrem Anspruch dann doch weitgehend binnendisziplinär geführten Diskussion über das Neue in der Verwaltungswissenschaft können wir jedenfalls mitnehmen, dass es nicht sonderlich weiterführen wird, uns mit rechtswissenschaftlicher Hybris zu Hobbyhistorikern aufzuschwingen, die 70 Jahre Rechtsprechung in neue historische Kontexte stellen. Zudem kann es passieren, dass unter der Fokussierung auf die historische Rahmung von Einzelentscheidungen auch unsere Fähigkeit zur Verständigung leidet, die dogmatisches Arbeiten so wertvoll macht. Jedenfalls erscheint selektives Historisieren ebenso problematisch wie selektives Rechtsvergleichen, das Einzelentscheidungen ausländischer Verfassungsgerichte unbefangen in nationale verfassungsrechtliche Kontexte einführt. Und schließlich braucht auch eine kontextualisierte Rechtswissenschaft, die mit dem Anspruch von Neubewertungen auftritt, eine verfassungstextliche Firewall, um dann nicht doch so zu enden wie die Nationalsozialisten, die mit ihrer „nationalen Revolution“¹⁸⁴ alle früheren Kontexte für irrelevant erklärt hatten. Freihändige kontextualisierte Neubewertungen dessen, was in Art. 79 Abs. 3 GG geschützt wird, sollten daher unterbleiben.¹⁸⁵

Ein Anfang könnte damit gemacht werden, die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland über Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der jeweils wegweisenden Literatur zu erschließen, sie jeweils in die real- und geistesgeschichtlichen Kontexte einzuordnen und die mit ihnen transportierten Argumentationsfiguren darauf zu überprüfen, ob sie zeitgebunden sind oder die Zeit mit guten Gründen überdauert haben.¹⁸⁶ Das ist

¹⁸¹ Grundlegend dazu schon *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 254 ff.; aus neuerer Zeit *Ulrich Becker/Jens Kersten*, Phänomenologie des Verfassungswandels, AöR 141 (2016), S. 1 (9 ff.).

¹⁸² *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I–III, 2. Aufl. 2012.

¹⁸³ *Sophie Schönberger*, Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungswissenschaft, JöR 65 (2017), S. 511 (521).

¹⁸⁴ *Otto Koellreutter*, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933; *Ulrich Scheuner*, Die nationale Revolution, AöR 24 (1934), S. 166 ff., 261 ff.; ferner etwa *Heinrich Krüger*, Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution, 1933.

¹⁸⁵ Für ein „Wandlungsverbot“ *Bryde* (Fn: 181), S. 270 ff.

¹⁸⁶ Vgl. dazu die Beiträge in: *Meinel* (Fn. 141), sowie *Werner Frotzcher/Bodo Pie-roth*, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl. 2019, Kapitel 11, und *Stolleis* (Fn. 146). – Bedauerlicherweise beträgt die Schutzfrist für die im Bundesarchiv in Koblenz liegenden

aber eben ein Projekt nicht nur für Rechtswissenschaftler, denn wenn Judikate historisch kontextualisiert werden sollen, müssen immer auch die zeitgeschichtlichen Umstände analysiert und, wie beispielsweise bei der Rechtsfigur der objektiven Wertordnung, auch geistesgeschichtliche Wurzeln von tradierten Lehren freigelegt werden.¹⁸⁷ Man muss damit rechnen, dass auf diese Weise einige dogmatische Gewissheiten schwinden, wenn die Analyse von Einzelfällen und ihrer Zeitumstände stärker in den Vordergrund treten. Aber dabei kann sich eben auch erweisen, dass jahrzehntealte Lehrsätze nach wie vor stimmig sind. Und es wird sich hoffentlich auch zeigen, dass Dogmatik nach wie vor das wichtigste Verständigungsmedium der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft ist. Eine lernfähige kontextsensible Dogmatik ist daher herausgefordert, anschlussfähige Interdisziplinarität mit disziplinärer Integrität zu verbinden.¹⁸⁸

Vielleicht kann so nachkonstitutionelle Verfassungsrechtswissenschaft gelingen, die auch den Vorkonstitutionellen noch Spaß macht.

Akten des Bundesverfassungsgerichts derzeit 60 Jahre (§ 11 Abs. 4 BArchG). Für das Vorhaben einer Kontextualisierung von Entscheidungen ist diese Frist viel zu lang bemessen und sollte zumindest für Grundsatzjudikate verkürzt werden.

¹⁸⁷ Vgl. die knappe historische Aufarbeitung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts durch *Darnstädt* (Fn. 143), sowie beispielhaft für BVerfGE 7, 198 ff., die Beiträge in Thomas Henne/Arne Riedlinger (Fn. 153).

¹⁸⁸ *Christoph Möllers*, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 42 ff.