

〈논 문〉

Verfassungsrecht und sozialer Wandel —Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation—

Dieter Grimm*

I

Die Frage, die ich mir in diesem Vortrag stelle, lautet: Was bedeutet sozialer Wandel für die Interpretation des Verfassungsrechts?

Hinter dieser Frage verbirgt sich ein dreifaches Problem:

Das erste ist rechtstheoretischer und methodologischer Art. Das Rechtssystem ist, jedenfalls in demokratischen Verfassungsstaaten, ein autonomes System. Das bedeutet, daß es seiner spezifischen Logik folgt und nicht der Logik anderer Systeme unterworfen werden darf. Für Operationen im Rechtssystem sind allein rechtliche Gesichtspunkte maßgeblich. Wer bei der Auslegung und Anwendung des Rechts außerrechtliche Maßstäbe benutzt, verhält sich nicht systemgerecht, sein Verhalten ist illegitim. Wie kann unter diesen Umständen das Verständnis des geltenden Rechts von sozialem Wandel abhängen?

Das zweite Problem ist methodologischer und verfassungsrechtlicher Art. Es betrifft die Grenzen der Interpretation und die Funktionenteilung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, genauer: zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und Verfassungsgericht. Wenn man annimmt, daß sozialer Wandel Auswirkungen auf das Recht haben kann, die Anpassungen des Rechts an die veränderten Umstände nötig machen, so steht damit noch nicht fest, wer diese Reaktionen vornehmen darf. Ist es dem Rechtsanwender erlaubt, diese Anpassungen vorzunehmen oder steht die Befugnis dazu allein dem Verfassungsgeber zu?

Das dritte Problem ist praktischer Art. Wenn man unterstellt, daß die

* Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin, a.D. Bundesverfassungsrichter

Rechtsanwendung, namentlich die Justiz, die Befugnis hat, Verfassungsrecht interpretativ auf veränderte Umstände einzustellen, dann stellt sich die Frage, wie sie zuverlässige Kenntnisse über den Wandel, seine Auswirkungen auf die Effektivität von Rechtsnormen und die geeigneten Mittel zur Rechtsverwirklichung erlangt. Diese Fragen sind nicht normativer, sondern empirischer Natur und also nicht mit rechtlichen Mitteln zu beantworten. Ist die Rechtsanwendung befugt, sich der Sozialwissenschaften zu bedienen und wie kann sie das erfolgreich tun?

Bevor ich den Versuch einer Antwort unternehme, scheint es mir zweckmäßig zu klären, was ich unter sozialem Wandel verstehe. Für die Zwecke dieser Untersuchung ist das ein Wandel der sozialen Wirklichkeit unter Einschluß von Mentalitäten, kulturellen Mustern und Ideen, aber nur ein Wandel außerhalb des Rechts. In einem umfassenden Verständnis ist natürlich auch rechtlicher Wandel sozialer Wandel. Da es hier aber um rechtliche Reaktionen auf sozialen Wandel geht, empfiehlt es sich, den Begriff für Wandlungsprozesse außerhalb der Rechtsordnung, aber innerhalb eines rechtlich geregelten Gegenstandsbereichs zu reservieren. Sozialer Wandel außerhalb eines rechtlich geregelten Sachbereichs kann auf sich beruhen, weil er das Problem, das hier behandelt wird, nicht aufwirft.

Sozialer Wandel kann sich in zahlreichen Gebieten abspielen, aus unterschiedlichen Quellen stammen und in verschiedenen Formen auftreten:

- Am häufigsten tritt er in Gestalt des wissenschaftlich-technischen Fortschritts auf. Die Verfassung ordnet an, daß die Presse frei ist. Aufgrund des technischen Fortschritts entstehen elektronische Kommunikationsmedien (Rundfunk, Fernsehen, Internet). Darf die Rechtsanwendung die Verfassungsgarantie auf diese erstrecken?

- Häufig geht es um die politische oder kommerzielle Nutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse oder technischer Neuerungen. Die amerikanische

Verfassung verbietet “search and seizure” von “persons, houses, papers and effects.” Werden Telefongespräche von der Polizei abgehört, so fällt weder das Telefonat unter “persons, houses, papers and effects” noch ist das Abhören “search and seizure.” Ist die Polizei folglich verfassungsrechtlich frei, nach Belieben vorzugehen, solange die Verfassung nicht geändert wird?

Die elektronische Datenverarbeitung macht die Automobilindustrie von umfangreicher Lagerhaltung unabhängig. Die Zuliefererbetriebe liefern die Autoteile zu dem Zeitpunkt, in dem sie benötigt werden. Dies wiederum macht den Gewerkschaften das Streiken leichter. Es genügt, einen kleinen Zulieferer zu bestreiken, um die gesamte Automobilindustrie (und die anderen Zuliefererbetriebe) lahmzulegen. Müssen die Arbeitgeber der nicht bestreikten, aber lahmgelegten Betriebe ihren Beschäftigten den Lohn weiter zahlen oder verlangt die verfassungsrechtliche Garantie der Koalitionsfreiheit, daß die Arbeitgeber von der Zahlungspflicht frei sind (was heißt, daß die Gewerkschaften ihren Mitgliedern den Lohnausfall ersetzen müssen)?

- Der Wandel kann ethnologischer Natur sein. Die Bevölkerung verliert an Homogenität. Es kommen Zuwanderer aus anderen Kulturen und mit anderen Religionen. Ihre religiösen Pflichten oder kulturellen Gewohnheiten kollidieren mit allgemein geltenden Rechtsnormen im Aufnahmeland. Darf die Rechtsanwendung, etwa unter Berufung auf das Grundrecht der Religionsfreiheit, zu ihren Gunsten Dispense vom geltenden Recht anordnen?

- Der Wandel kann politischer Natur sein. Die Regierung geht dazu über, politische Maßnahmen im Verhandlungsweg mit privaten Regelungsadressaten (zum Beispiel im Bereich des Umweltrechts mit den Industrieverbänden) auszuhandeln. Oft ist das Ergebnis eine Absprache, in welcher der Staat auf Regelungen verzichtet und die privaten Akteure ihr Wohlverhalten zusichern. Die Absprache hat keine Gesetzeskraft, wirkt aber wie ein Gesetz (“gesetzesvertretende Absprache”). Darf ein Verfassungsgericht sie wie ein Gesetz überprüfen?

- Der Wandel kann Wertewandel sein. Die Gesellschaft verurteilt Homosexualität nicht mehr als unmoralisch. Homosexuelle Paare leben daraufhin offen in "ähnlichen Partnerschaften wie Ehepaare. Kann die Freiheit der Eheschließung (und der damit verbundene Vorteil, z.B. steuerrechtlicher oder erbrechtlicher Art) im Wege der Verfassungsinterpretation auch gleichgeschlechtlichen Paaren eingeräumt werden?

II

1. Bei dem rechtstheoretischen und methodologischen Problem empfiehlt es sich, zwischen Geltung und Deutung des Rechts zu unterscheiden. Die Geltung des Rechts wird grundsätzlich von sozialem Wandel nicht berührt. Rechtsnormen verdanken ihre Geltung regelmäßig der Entscheidung der dazu befugten staatlichen (oder staatlich ermächtigten) Instanz. Wenn diese die Voraussetzungen eingehalten hat, welche die Verfassung für das Zustandekommen von Rechtsnormen aufstellt, gelten sie rechtlich, unabhängig davon, ob sich im Regelungsbereich der Normen ein sozialer Wandel vollzieht.

Es gibt freilich Grenzfälle. Entfällt der Regelungsbereich einer Rechtsnorm infolge sozialen Wandels, dann gilt zwar die Norm weiterhin, es gibt aber keine Anwendungsfälle mehr. Man spricht dann davon, daß die Norm obsolet geworden ist. Ferner kommt es vor, daß eine Norm ihre Akzeptanz in der Gesellschaft einbüßt. Dieser Fall kann vor allem bei einem Wertewandel eintreten. Wenn der Wertewandel nicht mehr kontrovers ist, sondern auf einem breiten Verständnis ruht, ist es schwer, eine Norm, die dem alten Wertekodex verpflichtet ist, weiter anzuwenden. Nicht nur findet sie in der Bevölkerung kein Verständnis mehr, auch der Rechtsstab ist von ihrer Legitimität nicht mehr überzeugt. Die Anwendung unterbleibt dann oft stillschweigend, so etwa bei der strafrechtlichen Verfolgung des Ehebruchs. Schließlich befinden sich quasi-rechtliche Regelungen oder "soft law" seit einiger Zeit im Vordringen. Sie haben ihre Quelle nicht in formlichen staatlichen Entscheidungen, sondern in Übereinkommen und Gewohnheiten und erlangen durch Akzeptanz in den

betroffenen Kreisen rechtliche Qualität. Diese kann dann freilich auch durch schwindende Akzeptanz wieder entfallen.

2. Gilt für die Deutung des Rechts dasselbe wie für seine Geltung?

Es gibt Theorien, die das annehmen. Eine solche ist der juristische Positivismus. Für den Positivismus in seiner Eigenschaft als Rechtsanwendungslehre, wie ihn in Deutschland in reinster Form Paul Laband, die größte wissenschaftliche Autorität des Staatsrechts im Kaiserreich, vertrat, ist alleiniger Gegenstand der Interpretation der Normtext, alleiniges Mittel Grammatik und Logik.¹⁾ Damit sind alle anderen Erwägungen, z.B. historische, philosophische, ökonomische, politische, auf den Zweck der Norm gerichtete, ausgeschlossen. Der Positivismus bekennt sich damit zur Autonomie des Rechts, für dessen Deutung nur rechtliche Kriterien maßgeblich sind. In der Tat war die Stoßrichtung des Positivismus die bis dahin oft anzutreffende Vermischung politischer und rechtlicher Argumente. Das rechtlich Gebotene wurde nicht klar vom politisch Wünschbaren geschieden. In dieser Versuchung stehen Juristen auch heute noch. Insofern behält das Anliegen des Rechtspositivismus seine Berechtigung.

Der Positivismus fielte durch die Art, in der er die Autonomie des Rechts und der Rechtswissenschaft zu sichern suchte, aber auch eine Entscheidung hinsichtlich der Berücksichtigung von sozialem Wandel. Wenn Verfassungsnormen mit ihrem Text identifiziert werden und bei ihrer Auslegung nur Grammatik und Logik verwendet werden dürfen, spielt sozialer Wandel für das Normverständnis keine Rolle. Die Interpretation einer Norm kann nur richtig oder falsch sein. Sie kann aber nicht aufgrund sozialen Wandels änderungsbedürftig werden. Die Methode ist insofern selektiv, als sie keinen Blick auf den Regelungsbereich einer Norm und damit auf Wandlungsprozesse in diesem

1) Vgl. Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I, 2.Auflage, Tübingen 1888, S.XI; vgl. zum Positivismus Dieter Grimm, Methode als Machtfaktor, in: Festschrift für Helmut Coing, Band I, München 1982, S.469 (auch in: Dieter Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt 1987, S.347).

Bereich gestattet. Die Wirklichkeit tritt dem Rechtsanwender nur in Gestalt von "Fallen" entgegen, die am Maßstab der einschlägigen Norm zu entscheiden sind. Sie kann aber nicht das Verständnis der Norm beeinflussen. Ein Positivist würde zwar nicht leugnen, daß sozialer Wandel die Eignung von Rechtsnormen zur Lösung von Problemen beeinträchtigen kann. Er würde es aber als Aufgabe der Rechtsetzung, nicht der Rechtsanwendung ansehen, daraus Konsequenzen zu ziehen. Übernahme der Rechtsanwender diese Funktion, würde er in die Rolle des Rechtspolitikers schlüpfen, die ihm verwehrt ist.

Eine andere Theorie, die weniger auf dem Gedanken der Autonomie des Rechts als dem der Funktionentrennung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung basiert, ist der sogenannte originalism. Auch für den Originalisten ist die Norm mit ihrem Text identisch. Im Unterschied zum Positivisten läßt er aber als Interpretationsmittel nur die historische Vergewisserung über die Absicht der Verfassungsschöpfer ("original intent") gelten. Darin liegt ebenfalls eine Entscheidung hinsichtlich der Berücksichtigung sozialen Wandels. Da für die Auslegung einer Norm allein das Verständnis ihrer Urheber maßgeblich ist, kommt es auf die Veränderung der Verhältnisse nicht an. Legen veränderte Umstände eine Anpassung der Norm nahe, so ist das Sache des verfassungsändernden Gesetzgebers, nicht Sache der Verfassungsinterpreten. Sie würden sich sonst eine Funktion beimessen, die ihnen nicht zukommt.

Diese methodologische Richtung spielt in den USA eine wichtige Rolle.²⁾ Ihre Mängel sind jedoch offenkundig. Sie bestehen vor allem in der Schwierigkeit, den "original intent" zu ermitteln. Dies ist daher die Stelle, an der schwer überprüfbar Annahmen der Rechtsanwender in die Auslegung einer Norm Eingang finden können. Überdies verurteilt diese Methode, wenn sie ernst genommen wird, die Verfassung zur Bedeutungslosigkeit gegenüber allen Problemen, die erst nach ihrer Inkraftsetzung entstehen. Das Recht ist

2) Vgl. etwa Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton 1997; vgl. zum Originalism auch Lawrence Lessig, *Fidelity and Constraint*, 65 *Fordham Law Review* (1997) 1365.

nicht lernfähig. Das ist in USA um so folgenreicher, als dort die Hürden für Verfassungsänderungen derart hoch sind, daß es fast ausgeschlossen erscheint, die Verfassung durch Änderungen ihres Textes an veränderte Verhältnisse anzupassen. Die Konjunktur dieser Methode in den USA läßt sich daher auch nicht aus ihrer Qualität erklären. Sie ist ein Mittel, die Rechtsprechung des als zu "aktiv" empfundenen Warren Court zu revidieren. Sie hat daher, obwohl gerade als unpolitisch ausgegeben, selber politische Motive.

In Deutschland hat der "originalism" keine Anhänger. Aber auch der Positivismus in der oben beschriebenen Form wird hier nicht mehr vertreten. Zu seiner Diskreditierung hat nicht zuletzt beigetragen, daß er nicht in der Lage ist, sozialen Wandel wahrzunehmen und zu verarbeiten. Daß dies als Mangel empfunden wurde, ist selber wieder eine Folge sozialen Wandels. Der Abstieg des Positivismus begann mit dem Ende des Ersten Weltkriegs. Die großen sozialen Veränderungen, die er auslöste, stellten die Rechtsordnung vor viele Probleme, auf die das geltende Recht keine Antwort gab, die aber auch der Gesetzgeber nicht binnen kurzer Zeit lösen konnte. Eine größere methodische Freiheit der Rechtsanwendung schien in dieser Situation unausweichlich. Der berühmte Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik wurde um diese Frage geführt.

Allerdings haben beide Methodenlehren im Blick auf ihre offenkundigen Mängel intelligentere Varianten hervorgebracht: die historische Methode, indem sie bei neuartigen Problemen auch hypothetische Antworten der Gründer zulaßt (Wie hätten sie, ausgehend von den Problemlösungen, für die sie sich ausdrücklich entschieden haben, das neue Problem gelöst?); der Positivismus, indem er die Füllung von Lücken des positiven Rechts durch logische Schlüsse vom Normtext auf den dahinterstehenden Begriff zulaßt, aus dem dann ohne Verstoß gegen die strikte Gesetzesbindung Lücken im Recht geschlossen werden können.

3. Generell ist die Methodenlehre aber einen anderen Weg gegangen. Sie hat sich angewöhnt, Rechtsnormen nicht mehr als einpolig zu verstehen und

mit ihrem Text zu identifizieren und nur entweder geschichtliche oder logische und grammatikalische Deutungsmittel zuzulassen, sondern den Zweck, den eine Norm verfolgt, als zweiten Bestandteil von Rechtsnormen anzuerkennen. Der Zweck ist dabei nicht identisch mit dem "original intent" der Verfassungsschöpfer. In Anbetracht der Schwierigkeiten, diesen festzustellen, wird vielmehr auf den einer Norm objektiv innewohnenden Zweck abgestellt, der nicht mit den Absichten der Autoren identisch sein muß, sondern über ihre Wahrnehmung hinausgehen kann.

Der Text bleibt dann der Ausgangspunkt der Interpretation. Er verliert aber seine Exklusivität und wird nur noch als -mehr oder weniger gelungener- Ausdruck des Normzwecks verstanden. Es ist der Zweck, der die Interpretation leitet, die allerdings am klaren Wortlaut der Norm ihre Grenze findet. Alle neuen Methodenlehren sind in der einen oder anderen Form teleologisch ausgerichtet. Damit wird eine Dynamisierung der Auslegung erreicht, welche die interpretative Anpassung von Normen an veränderte Verhältnisse erleichtert. Der Sinn einer Norm steht nicht ein für allemal fest, so daß eine Interpretation nur richtig oder falsch sein kann. Eine früher richtige Interpretation kann vielmehr auch falsch werden, wenn sie unter veränderten Umständen den Zweck der Norm verfehlen würde.

4. Eine Erklärung, warum sozialer Wandel zu einem veränderten Verständnis der Norm führen kann, liegt darin allerdings noch nicht. Sie kann erst gegeben werden, wenn man über das zweipolige Normverständnis der Teleologie hinausgeht und ein drittes Normelement einführt. Dieses Element ist (in der Terminologie Friedrich Müllers³⁾) der Normbereich, also jener Ausschnitt der sozialen Wirklichkeit, auf den die Norm sich regelnd bezieht. Der Gedankengang, der die Anerkennung des Normbereichs als Bestandteil der Verfassungsnorm rechtfertigt, ist der folgende. Jede Norm wird vom Gesetzgeber im Blick auf einen bestimmten Sektor der sozialen Wirklichkeit formuliert, in dem sie ihren normativen Zweck erfüllen und die Wirklichkeit entweder gegen

3) Vgl. Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.

Veränderungen abschirmen oder zu Veränderungen treiben soll. Ohne Einbeziehung des Normbereichs, noch genauer: der Vorstellung, die sich der Gesetzgeber von ihm gemacht hat, ist daher der Sinn einer Norm nicht verständlich. Das gilt um so mehr, je älter das Recht ist, das ausgelegt und angewandt werden soll.

Der Zweck der Norm soll sich in der Wirklichkeit verwirklichen. Die Verwirklichungsabsicht, die Rechtsnormen inhärent ist, bildet die Brücke zwischen Sein und Sollen, Recht und Wirklichkeit. Veränderungen des Wirklichkeitsausschnitts (oder die Erkenntnis, daß sich der Gesetzgeber schon beim Erlass der Norm in seiner Einschätzung der Wirklichkeit gefäuscht hat) können dann dazu führen, daß eine Norm ihren Zweck nicht mehr oder nicht mehr optimal erreicht oder gar zu zweckwidrigen Ergebnissen führt. Ein Beharren auf der einmal gefundenen Interpretation wäre dann keine Gesetzestreue, sondern umgekehrt eine Schwächung des Gesetzes. Läßt sich der Normzweck unter veränderten Umständen mit der alten Interpretation nicht mehr erreichen, ist gerade aus Gründen der Gesetzestreue eine Neuinterpretation geboten.

III

1. Damit ist eine methodologische Grundlage für die Berücksichtigung sozialen Wandels bei der Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht gelegt. Ungelöst ist aber die Frage, wie weit die Rechtsanwendung dabei gehen darf und wann sie in den Bereich vordringt, der allein dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten ist. Diese Grenze muß sich wiederum aus der Struktur der Norm ergeben, die sich aus Normtext, Normzweck und Normbereich zusammensetzt. Die Ermittlung des Sinns, den die Norm in bezug auf ein bestimmtes Problem hat, kann sich nur aus einer Zusammenschau aller drei Elemente ergeben. Dabei steht der Normtext fest. Er bildet wie in allen Methodenrichtungen den Gegenstand der Interpretation. Der Interpret hat keine Befugnis, den Text zu ändern oder, was einer Textänderung gleichkäme, eine

Interpretation zu wählen, die mit dem Text eindeutig unvereinbar ist.

Der Text ist freilich nur der Ausdruck des mit der Norm verfolgten Zwecks. Auch diesen bestimmt grundsätzlich der Rechtsetzer. Dem Rechtsanwender ist er vorgegeben. Er hat nicht das Recht, den vom Gesetzgeber bestimmten Zweck durch einen anderen zu ersetzen. Auch sozialer Wandel berechtigt ihn dazu nicht. Bei der Berücksichtigung sozialen Wandels geht es gerade um bestmögliche Erreichung des -feststehenden- Zwecks unter den jeweiligen Umständen. Allerdings steht der Zweck weniger eindeutig fest als der Text. Nur ausnahmsweise ist er im Text selbst mitgeteilt, etwa in der Präambel. Meist liegt er unausgesprochen hinter dem Normtext. In den meisten Fällen ist daher die Feststellung des Gesetzeszwecks Aufgabe der Rechtsanwender. Zweckermittlungen können äußerst schwierig sein. Es ist möglich, daß der Zweck einer Norm nur im Rückgriff auf andere Normen festgestellt werden kann, ohne daß der Gesetzgeber diese Verbindung selber erkannt haben muß. In der Zweckermittlung kann dann ein Stück Zwecksetzung enthalten sein.

So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise den Zweck der Rundfunkfreiheit abweichend von dem Zweck der meisten anderen Freiheitsrechte im Grundgesetz bestimmt.⁴⁾ Die Rundfunkfreiheit ist danach keine Freiheit, die im Interesse ihrer Träger, der Rundfunkveranstalter und der Journalisten, besteht, sondern eine Freiheit, die dem Publikum, genauer: der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, dient. Dieser Zweck ist aus den übergeordneten Prinzipien der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der Demokratie abgeleitet worden. Weder die Persönlichkeitsentfaltung noch die Demokratie können gelingen, wenn freie Meinungsbildung nicht gewährleistet ist. Die verfassungsrechtliche Freiheitsgarantie bezieht sich deswegen primär auf das Kommunikationssystem insgesamt und nur sekundär und in diesen Grenzen auf die im Rundfunkbereich tätigen Personen.

Die Richtigkeit dieser Zweckbestimmung ist aber in der Rechtsdogmatik umstritten. Es gibt eine Reihe von Autoren, die bezweifeln, daß hinter der Rundfunkfreiheit ein anderer Zweck steht als hinter den sonstigen Freiheits-

4) BVerfGE 57, 295 (319f.); 83, 238 (295ff.).

garantien. In der Tat ist angesichts der Schwierigkeit der Zweckermittlung stets zu beachten, daß hier eine Gefahrenquelle liegt, bei der unerkannt Präferenzen der Rechtsanwender in die Interpretation einfließen können. Sie bedarf folglich besonderer Aufmerksamkeit.

Nach der Feststellung des Normzwecks ist zu ermitteln, ob im (tatsächlichen) Regelungsbereich einer Norm seit ihrem Erlaß oder seit der bisher herrschenden Auslegung Veränderungen eingetreten sind, die beim Festhalten an der bisherigen Interpretation zur Zweckverfehlung führen würden. Ist das der Fall, muß die Interpretation so verändert werden, daß die Erreichung des Zwecks unter den veränderten Umständen gewährleistet ist, doch nur in dem Rahmen, den der Text zieht. Wo der Text die interpretatorische Anpassung nicht zuläßt, kann Abhilfe nur im Wege der Verfassungsänderung erfolgen.

Schematisch ergeben sich daraus folgende Schritte bei der Anwendung von Verfassungsnormen:

- (1) Texterfassung,
- (2) Feststellung des Normzwecks,
- (3) Feststellung der bisherigen Interpretation (I 1),
- (4) Feststellung, ob im Normbereich ein sozialer Wandel eingetreten ist,
- (5) Feststellung, ob dieser bei Aufrechterhaltung von I 1 die Zweckerreichung gefährdet,
- (6) Neue Interpretation (I 2), welche die Zweckerreichung wiederherstellt,
- (7) Kontrolle, ob I 2 mit dem Normtext vereinbar ist.

2. Ohne darüber immer Klarheit zu besitzen, verfährt das Bundesverfassungsgericht seit langem nach diesem Muster. Es ist geradezu ein Charakteristikum seiner Auslegung, daß es die Wirkungskraft des Grundgesetzes angesichts des beschleunigten sozialen Wandels bewahren will und zu diesem Zweck umfangreiche Realanalysen und Folgenabschätzungen vornimmt. Das gilt sowohl bei "kleinem" als auch bei "großem" sozialen Wandel. Als kleinen sozialen Wandel bezeichne ich etwa das Aufkommen

neuer Techniken: Telefon, Fernsehen, Atomenergie, elektronische Datenverarbeitung, Gentechnik usw. Unter großem sozialen Wandel verstehe ich Strukturveränderungen und Wertewandel in der Gesellschaft. Struktureller Wandel liegt etwa in der Industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts vor. Als Beispiel eines mittleren Wandels könnte man die Erweiterung der Staats-tätigkeit von Repression auf Prävention nennen.

Kleiner sozialer Wandel bereitet in der Regel keine besonderen Auslegungsprobleme. Wenn beispielsweise die Verfassung nur die Freiheit der Presse garantiert wie die amerikanische Verfassung und später der Rundfunk aufkommt oder, wie in Deutschland, auch die Freiheit des Rundfunks gewähr-leistet wird, später aber das Fernsehen aufkommt, macht die Einbeziehung des neuen Mediums keine Schwierigkeiten, weil als Zweck hinter dieser Garantie die Freiheit der Kommunikationsmedien und vielleicht diejenige des Kommunikationssystems überhaupt ermittelt werden kann. Unter diesen Umständen wäre die Zweckverwirklichung gefährdet, wenn nur die zur Zeit der Verfassungsentstehung existierenden Medien geschützt würden, die neuen aber von der Politik beliebig gelenkt werden dürften. Daß der amerikanische Supreme Court noch in diesem Jahrhundert mit solchem "kleinen" sozialen Wandel Schwierigkeiten hatte,⁵⁾ zeugt von dem auch dort herrschenden Positivismus.

Nicht ganz so leicht ist es, wenn der Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes nicht nur um einen neuen Bestandteil derselben Kategorie ergänzt wird (zur Presse tritt das Fernsehen hinzu), sondern eine neue Kategorie entsteht. Als Beispiel dafür kann die elektronische Datenverarbeitung dienen. Zwar haben Behörden schon immer Daten über Bürger gesammelt und verwendet. Die elektronische Datenverarbeitung schafft aber eine ganz neue Gefahrendimension. Die Daten können in beliebig großer Menge vorrätig gehalten und in Sekundenschnelle benutzbar gemacht, weitergegeben, mit anderen Datensätzen kombiniert und rekombiniert und in neue Verwendungs-

5) Vgl. einerseits *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, andererseits *Katz v. United States*, 389 U.S. 347.

zusammenhänge überführt werden. Die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) ist daher ein Musterbeispiel für interpretatorische Reaktion auf sozialen Wandel.⁶⁾

Die Reaktion auf großen sozialen Wandel geht darüber noch einmal hinaus. Ein Beispiel ist die von der Industriellen Revolution beförderte Klassenspaltung (dies als Kurzformel für einen sehr komplexen Zustand) mit ihren Folgen. Auch sie läßt sich aber in das Schema einordnen. "Klassenspaltung" ist sozialer Wandel im Bereich der Grundrechte. Zweck der grundrechtlichen Freiheitsgarantien ist die Ermöglichung individueller Selbstbestimmung. In der Entstehungszeit der Freiheitsrechte schien diese nur durch den Staat bedroht. Deswegen wurden sie als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat gedeutet. Als klar wurde, daß Freiheitsgefahren für den Einzelnen nicht allein vom Staat, sondern auch von privaten Akteuren und sozialen Mächten ausgingen, verlangte der Zweck der Grundrechte eine Umorientierung der Deutung, die das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil von 1958 einleitete.⁷⁾

Grundrechte werden seitdem nicht mehr nur als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat, sondern auch als objektive Prinzipien verstanden, die vor Freiheitsbedrohungen jeder Art Schutz bieten. Deswegen schließen sie die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit ein und richten sich auch gegen gesellschaftliche Freiheitsbedrohungen. Diesen kann freilich nicht durch staatliches Unterlassen, sondern nur durch staatliches Handeln begegnet werden, so daß neben die Komponente der Eingriffsabwehr, die den Staat zur Unterlassung von Freiheitsverletzungen verpflichtet, die Schutzpflicht tritt, die den Staat zur aktiven Bekämpfung gesellschaftlicher Freiheitsgefahren anhält.⁸⁾ Häufig hebt das Bundesverfassungsgericht deswegen Gesetze auf - nicht weil sie bei der Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten zu weit gehen, sondern

6) BVerfGE 65, 1 (41ff.).

7) BVerfGE 7, 198 (204ff.); vgl. zu den Folgen Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2.Auflage, Frankfurt 1994, S.221 bis 240.

8) BVerfGE 39, 1 (41ff.).

weil sie zu wenig zu ihrem Schutz tun. Das ist in Deutschland weithin akzeptiert und in vielen Jurisdiktionen, die sich an Deutschland orientiert haben, rezipiert worden, wird in anderen wie zum Beispiel der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court aber abgelehnt.

Maßgeblich für die Entscheidung, ob die hergebrachte Interpretation (I 1) beizubehalten oder durch eine andere (I 2) zu ersetzen ist, ist vor allem ein Vergleich der Folgen, die die alternativen Interpretationen für den Normzweck hätten. Folgenargumente sind die häufigsten Gründe für Interpretationswandel aufgrund sozialen Wandels.⁹⁾ Die folgenorientierte Dogmatik ist in Deutschland nicht unumstritten. Sie wird von manchen Autoren mit dem Argument bekämpft, daß der Jurist bei der Auswahl unter verschiedenen Deutungen einer Norm unter Folgendesichtspunkten den Bereich der Rechtsanwendung verlasse und den der Rechtspolitik beträte. Dem liegt aber eine falsche Einschätzung des Vorgangs zugrunde. Maßgeblich für die Interpretation ist nicht, welche Folge dem Rechtsanwender wünschenswert und welche ihm nachteilig erscheint. Entscheidend ist vielmehr die Frage, welche Folge dem Normzweck näher kommt oder ihn vollständiger oder besser verwirklicht. Die Folgenbewertung wird also ihrerseits vom Normzweck kontrolliert und bleibt insofern eine juristische.

Das Problem liegt unter diesen Umständen eher darin, daß die Folgen verschiedener Interpretationen, weil sie in der Zukunft liegen und nur hypothetisch festgestellt werden können, oft ungewiß sind. Im Fall der Ungewißheit gilt dann die Grundregel, daß die Folgenprognose des Gesetzgebers den Vorrang vor derjenigen des Rechtsanwenders hat. Diese Regel läßt sich aber nur anwenden, wenn der Gesetzgebung Folgenannahmen zugrunde liegen. Das ist gerade bei den hochgradig prinzipienhaften und abstrakten Verfassungsnormen selten der Fall. Die hypothetische Folgenabschätzung und

9) Vgl. Dieter Grimm, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Auslegungspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Gunter Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, S.139, mit zahlreichen Nachweisen aus Judikatur und Literatur.

der Vergleich ihrer Wirkungen auf den Normzweck bleiben dann Sache der Verfassungsauslegung.

Das schwierigste Problem ist der Wertewandel im Bereich des Verfassungsrechts. Am Beispiel der gleichgeschlechtlichen Ehe, die zur Zeit viele Länder beschäftigt, läßt sich das gut aufzeigen. Das deutsche Grundgesetz stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz des Staates. Das wird traditionell so verstanden, daß die Ehe nicht gegenüber anderen Partnerschaftsformen benachteiligt werden darf, sondern im Gegenteil privilegiert ist. Es besteht keinerlei Zweifel, daß bei Erlaß des Grundgesetzes und noch lange danach unter Ehe allein eine Lebenspartnerschaft von einem Mann und einer Frau verstanden wurde. Heute ist weitgehend akzeptiert, daß auch zwischen zwei Männern oder zwei Frauen derartige Lebenspartnerschaften bestehen können, während Polygamie weiterhin als unvereinbar mit dem Begriff der Ehe gilt. Es wächst auch die Zahl derjenigen, die bereit sind, gleichgeschlechtlichen Partnerschaften die Rechtsform der Ehe zu eröffnen. Die Frage ist, ob diesem Wandel durch Verfassungsinterpretation oder nur durch Verfassungsänderung Rechnung getragen werden kann.

Der soziale Wandel ist hier von anderer Art als in den bisher aufgeführten Beispielen. Er betrifft nicht die tatsächlichen Verhältnisse, auf die die Norm oder die herrschende Interpretation bezogen waren und unter denen sie ihren Zweck erreichen sollte. Vielmehr wird der Normzweck selber in Frage gestellt. Geschützt werden sollte die Ehe, verstanden als Lebenspartnerschaft eines Mannes und einer Frau. Es ist dieser Begriff der Ehe, der in der Gesellschaft nicht mehr unumstritten anerkannt ist. Der Rechtsanwender ist indessen an den vom Verfassungsgeber gesetzten Zweck gebunden. Das spricht dafür, Veränderungen dieser Art der Verfassungsinterpretation zu entziehen und auf den Weg der Verfassungsänderung zu verweisen. Gerichte sind nicht die geeignete Instanz, Vorreiter gesellschaftlicher Veränderungen zu sein, weil sie nicht in den demokratischen Verantwortungszusammenhang eingebunden sind und, wenn es um Verfassungsrecht geht, von den gewählten Institutionen nur schwer korrigiert werden können.

IV

1. Wird der Normbereich, wie hier vorgeschlagen, als ein Element von Verfassungsnormen angesehen und ist er deswegen für das Verständnis und die Interpretation von Verfassungsnormen unverzichtbar, dann hat das einige Folgeprobleme, vor dem weder positivistische noch originalistische Interpretationsmethoden stehen. Der Rechtsanwender muß den Normbereich sowie den sozialen Wandel, der in ihm vor sich geht, kennen und die realen Folgen, die verschiedene Interpretationsalternativen für den Normzweck haben, abschätzen. Dabei handelt es sich allerdings um Fragen, die nicht mit Hilfe juristischer Methoden zu beantworten sind. Ebenso wenig lassen sie sich im gewöhnlichen gerichtlichen Beweisverfahren klären, weil es sich nicht um individuelle Vorgänge handelt, über die Urkunden oder Zeugen Auskunft geben können. Es geht vielmehr um generelle Tatsachen, komplexe Strukturen, langfristige Entwicklungen und Prognosen über künftige Verhältnisse, denen gegenüber die Beweisregeln der Prozeßordnungen versagen. Es gibt deswegen Ratschläge, auf alle Elemente der Verfassungsauslegung zu verzichten, die Realanalysen voraussetzen, weil diese die Kompetenz des Juristen übersteigen und deswegen die Rationalität der Rechtsanwendung gefährden.¹⁰⁾

Ehe man solchen Ratschlägen folgt, sind jedoch die Alternativen zu prüfen. Sie bestehen entweder im Verzicht, interpretatorisch auf sozialen Wandel zu reagieren mit der Folge, daß die Zweckverfehlung von Normen in Kauf genommen werden muss, oder in der versteckten, nicht begründeten Einführung von Wirklichkeitsannahmen in den Prozeß der Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht. Beides hätte einen hohen Preis. Deswegen ist die Überlegung näherliegend, ob der Wirklichkeitsanalyse bei der Rechtsanwendung tatsächlich

10) Vgl. etwa Niklas Luhmann, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: Archiv des Öffentlichen Rechts 94 (1969), S.1; ders., Rechtssoziologie, Band II, Reinbek 1972, S.240ff.; ders., Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, besonders S.31ff.; aber aus jüngerer Zeit auch Luhmanns Beitrag in Teubner, Entscheidungsfolgen (Anm. 9), S.19.

unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen. In vielen Bereichen ist das keineswegs der Fall. Zahlreiche empirische Kenntnisse, von denen das Normverständnis und die Normanwendung abhängen, sind dem common sense zugänglich. Die Annahmen können ohne Verlust an Überzeugungskraft auf gesicherte Erfahrungen oder Plausibilitätserwägungen gestützt werden.

Das gilt im kleinen wie im großen. Daß das Abhören von Telefongesprächen die "privacy" nicht weniger beeinträchtigt als das Öffnen von Briefen, ist unmittelbar einsichtig. Es rechtfertigt den verfassungsrechtlichen Analogieschluß in dem eingangs erwähnten amerikanischen Beispiel. Auch die Annahme, daß die ökonomische Basis der Persönlichkeitsentfaltung, die im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts den Zweck der Eigentumsgarantie bildet, heute viel weniger als früher von Sacheigentum im Sinn des Zivilrechts abhängt und stärker auf die Ansprüche aus dem Arbeitsleben und den sozialen Sicherungssystemen angewiesen ist,¹¹⁾ leuchtet unmittelbar ein und vermag deswegen die Ausweitung des Schutzbereichs des Eigentumsgrundrechts zu tragen.

Daß der grundrechtlich garantierten Individualfreiheit auch Gefahr aus der gesellschaftlichen Sphäre und nicht nur von seiten des Staates droht, ist ebenfalls so offenkundig, daß es juristischer Feststellung nicht entzogen ist. Steht als Zweck der Freiheitsrechte einmal fest, daß sie nicht nur formale, sondern real nutzbare Freiheit meinen und daher auch die tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs einschließen, so drängt sich die Ausweitung der Schutzrichtung auf. Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber zum Handeln im Interesse realer Freiheit. (Es kann dann freilich noch immer Gründe geben, von einer solchen Ausweitung abzusehen, wie das der amerikanische Supreme Court, wohl aus Gewaltenteilungsrücksichten, tut.)

Es gibt freilich auch Beispiele von Annahmen, die nicht so einleuchtend sind oder gar bestritten werden. So ruht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit auf der Annahme, daß der Markt nicht in der Lage sei, diejenigen Programme hervorzubringen, die dem Zweck des Grundrechts —freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung—

11) BVerfGE 50, 290 (339f.); 53, 257 (290).

entsprechen. Das Gericht untersagt es dem Gesetzgeber auch, es auf ein Experiment ankommen zu lassen, weil es annimmt, daß bei einem Fehlschlag des Experiments die Folgen für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung und die Aufrechterhaltung des demokratischen Systems schwerwiegend wären und gleichzeitig die Chance verschlechterten, zum alten System zurückzukehren. Allerdings läßt sich diese Annahme durch den Verweis auf ausländische Rundfunkordnungen, die dem Marktmodell folgen, erläutern und gewinnt dadurch an Plausibilität.

Vielfach ist der Jurist, sobald es um Normbereichsanalysen geht, aber auf diejenigen Wissenschaften angewiesen, die über Methoden der Wirklichkeitskenntnis verfügen und einen entsprechenden Kenntnisvorrat besitzen. Im wesentlichen sind das die Sozialwissenschaften. Die Kooperation mit den Nachbarwissenschaften begegnet jedoch einer Reihe von Schwierigkeiten. Die am häufigsten anzutreffende Schwierigkeit ist die, daß das juristisch benötigte empirische Wissen in den kompetenten Disziplinen nicht vorhanden oder nicht unter dem juristisch interessierenden Gesichtspunkt ausgewertet worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in solchen Fällen gelegentlich durch die Einholung von Sachverständigen-Gutachten geholfen. Normalerweise vertraut es jedoch darauf, daß ihm die Prozeßbeteiligten und die zur Stellungnahme aufgeforderten (staatlichen und gesellschaftlichen) Institutionen ein angemessenes Wirklichkeitsbild vermitteln.

2. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, daß die Nachbarwissenschaften, ebensowenig wie die Rechtswissenschaft selbst, weder in ihren Methoden noch in ihren Ergebnissen homogen sind. Zum Normalzustand gehören vielmehr Theorien- und Methodenstreit sowie Ergebnis-Divergenzen und Bewertungsunterschiede. Eine zuverlässige Verwertung nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse setzt Vertrautheit mit diesen Richtungsstreiten und ihrer jeweiligen Selektivität voraus. Sie ist beim Juristen in der Regel nicht vorhanden. Geht es um komplizierte naturwissenschaftliche Fragen, etwa die Sicherheitsberechnungen für Atomkraftwerke, oder um komplizierte wirtschaftswissen-

schaftliche Fragen, etwa die Ermittlung des Wertes von Unternehmen, so ist dem Juristen oft schon das Verständnis der Gedankengänge versperrt.

Diese Schwierigkeiten lassen sich auch durch die Einbeziehung der Nachbarwissenschaften, vor allem der Sozialwissenschaften, in die Juristenausbildung nur begrenzt beheben. Zum einen ist es undenkbar, alle möglicherweise für die Verfassungsinterpretation relevanten Wissenschaften auch nur in ihren Grundzügen zu vermitteln. Zum anderen stößt die Vermittlung an Grenzen. In Deutschland machten die Ausbildungsordnungen in den 70er und 80er Jahren die Einbeziehung der Sozialwissenschaften zur Pflicht. Die Universitäten schlugen dazu zwei verschiedene Wege ein. Der eine bestand in der Einrichtung soziologischer, politologischer und ökonomischer Lehrstühle in den Rechtsfakultäten. Der andere bestand in der Erwartung an die Rechtsprofessoren, die Nachbardisziplinen in ihren Rechtsunterricht zu integrieren.

Beide Versuche können nicht uneingeschränkt als geglückt bezeichnet werden. Gesonderte Kurse von Vertretern anderer Disziplinen waren oft zu rechtsfern, um die juristischen Erkenntnisinteressen, die ja mit denen der Nachbardisziplin nicht identisch sind, zu befriedigen. Integrierte Kurse durch die Rechtsprofessoren scheiterten oft an der fehlenden oder begrenzten Kompetenz auf den nachbarwissenschaftlichen Gebieten. Die Vermittlung unterblieb dann entweder oder geschah dilettantisch. Das Experiment gelang vor allem dort, wo Lehrkräfte über eine Doppelkompetenz verfügten, die aber eher die Ausnahme als die Regel sein wird.¹²⁾ Doppelkompetenzen sollten daher in Zukunft besonders gefordert werden.

3. Angesichts der Notwendigkeit, in der Auslegung des Rechts auf sozialen Wandel zu reagieren, bleibt aber die Frage, welche Konsequenzen aus diesen Erfahrungen zu ziehen sind. Dabei fällt einerseits ins Gewicht, daß die

12) Beispiele für Rechtsunterricht und Rechtsstudium in Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band II, München 1977; ders. (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht*, Neuwied 1981.

Schwierigkeiten bei der Einbeziehung der Nachbarwissenschaften in die Verfassungsinterpretation keineswegs unüberwindlich sind, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber auch viele Beispiele aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum zeigen. Andererseits muss berücksichtigt werden, daß der Preis für den Verzicht auf Normbereichsanalysen und Folgenerwägungen sehr hoch wäre. Er bestände in einem Verlust an Wirklichkeitsnähe und damit an Effektivität und Relevanz des Verfassungsrechts. Deswegen kann die Bilanz nur so aussehen, daß die Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften über die soziale Wirklichkeit so weit wie vorhanden und verwertbar herangezogen werden. Wo das nicht möglich ist, muss sich die Verfassungsrechtswissenschaft mit Plausibilitätsannahmen begnügen und bereit sein, sich zu korrigieren, sobald besseres Wissen zur Verfügung steht.