

Peter Häberle

Die Verfassung des Pluralismus

Studien zur Verfassungstheorie
der offenen Gesellschaft

Athenäum
1980

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Häberle, Peter

(Sammlung)

Die Verfassung des Pluralismus : Studien zur

Verfassungstheorie d. offenen Gesellschaft /

Peter Häberle. – Königstein/Ts. : Athenäum, 1980.

(Athenäum-Taschenbücher, 6222 : Rechtswiss.)

ISBN 3-7610-6222-2 kart.

ISBN 3-7610-6312-1 geb.

© 1980 Athenäum Verlag GmbH, Königstein/Ts.

Alle Rechte vorbehalten.

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

Gesamtherstellung: Friedrich Pustet, Regensburg

Printed in Germany

ISBN 3-7610-6222-2 kart.

ISBN 3-7610-6312-1 geb.

II. VORAUSSETZUNGEN, BEDINGUNGEN UND AUSDRUCKSFORMEN DER VERFASSUNG DES PLURALISMUS, INSBESONDERE: DIE PERSONALE SEITE (DAS PRINZIP ÖFFENTLICHKEIT)

2. Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept*

Erster Teil: Die verfassungsjuristische Ebene

I. Fragestellung und Ausgangsthese

Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß oder Verfassungsinterpretation als Öffentlichkeitsaktualisierung – dieses Programm verknüpft Verfassung und Verfassungsinterpretation mit „Öffentlichkeit“ schon im Ansatz.¹ These dieses ersten Teils ist:

1. Verfassungsinterpretation soll öffentlicher Prozeß sein.
2. Sie ist „unter“ dem GG zum Teil schon öffentlicher Prozeß – so greifbar hier gewisse Defizite sind: als Öffentlichkeits- und Pluralismusdefizite.²

Eine derartige Sicht der Verfassungsinterpretation ist nicht Ergebnis theoretischer Willkür und persönlicher Beliebigkeit; sie ist vielmehr „angeregt“ durch die bisherige Praxis der Verfassungsinterpretation zum Grundgesetz, insbesondere in bezug auf erkennbar öffentlichkeits- und gemeinwohlbezogene Begriffe,³ z. B. Aspekte der Öffentlichkeitsarbeit von Bundesregierung (und Bundestag!),⁴ die neuere Diskussion um Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt (Publizität) oder die (grund-)rechtspolitische Kontroverse um ein neues Lärmschutzgesetz⁵ im Lichte von Grundrechten „als“ öffentlichen Interessen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).⁶ Verfassungsinterpretation bedarf theoretisch der *Erweiterung* und *Vertiefung* um die *Dimension des Öffentlichen*, weil ihr Gegenstand die Verfassung der res publica ist und weil die an ihren Vorgängen personal Beteiligten öffentliche Kräfte und „Faktoren“ sind.⁷

* Aus P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, 121 ff. Gastvortrag, gehalten im *Freiburger Hesse-Seminar* am 12. 1. 1978.

II. Die Durchführung im einzelnen

Zwei Fragen bedürfen näherer Erörterung: der hier zugrundegelegte – Begriff von „Verfassung“ und die Gestalt ihrer Interpreten (1) – sowie der Begriff von „Öffentlichkeit“ (2).

1. „Verfassung“ und ihre Interpreten

a) Verfassung meint rechtliche *Grundordnung* von Staat *und Gesellschaft*, schließt also die – verfaßte – Gesellschaft ein,⁸ – freilich nicht im Sinne von Identitätsvorstellungen, d. h.: nicht nur der Staat ist verfaßt (Verfassung ist nicht nur „Staats“-Verfassung). Dieser weite Verfassungsbegriff umschließt die Grundstrukturen der – pluralen – Gesellschaft, etwa das Verhältnis von gesellschaftlichen Gruppen untereinander bzw. zum Bürger (Toleranz!). Gewiß sind hier über die „Drittwirkung“ der Grundrechte, die Prinzipien der allgemeinen Rechtsordnung oder die Institutionen zur Verhinderung von Machtmißbrauch (Wettbewerbs- und Kartellrecht!)⁹ verfassende Strukturen erst im Ansatz vorhanden – aber sie *sind* vorhanden. Das gewaltenteilende Verfassungs¹⁰ wird eine rechtspolitische Aufgabe. Keineswegs ist nur das „Normengerüst“ gemeint. Einzubeziehen sind politische Kultur¹¹ und *ambiance* (D. Schindler), die nicht im engeren Sinne juristischen Anschauungen und Praktiken in der – konstitutionellen – „Gesellschaft“: Man denke an gute oder schlechte Parlamentsbräuche, an Urteilsschelten von Politikern und Journalisten, an Selbstdisziplin der Medien (Fall Schleyer)¹² oder an die Richtlinien für multinationale Unternehmen von 1976.¹³ All dies strukturiert die offene Gesellschaft ebenso wie Klassikertexte (etwa *Montesquieus*), Lebensleistungen (etwa *Heuss*), Präambeln von Verfassungen und ihre pädagogischen Inhalte.

Der Philosophie des „offenen Geistes“ gemäß (*Popper*) läßt die Verfassung Offenheit nach vorn, in die Zukunft, sie institutionalisiert *Erfahrungen* (Offenheit nach zurück) und läßt Raum für *Entwicklungen* des menschlichen Geistes und seine Geschichte.¹⁴ Um der Würde der Person willen erzwingt sie ein Höchstmaß an Toleranz (– sie erlaubt die Fülle der *Sinnggebung* –), freilich mit bestimmten „Toleranzgrenzen“, die um so unverzichtbarer werden, als sich die Toleranz zu *dem* Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundkonsensus entwickelt, der als solcher (verfassungs-)rechtlich *schwer formalisierbar* ist.¹⁵

Verfassungsinterpretation ist ein öffentlicher *Prozeß*, d. h. sie ist ein offener Vorgang und soll ein solcher sein. Geht man von der Innovation und Wandel¹⁶ bewußt einbeziehenden offenen Gesellschaft unseres freiheitlichen Gemeinwesens aus, so kommt man zur offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Sie finden sich, sie finden „zu sich“ in komplexen öf-

fentlichen Prozessen, von denen die konkrete Verfassungsprozesse betreffenden Kontroversen der wissenschaftlichen (juristischen) Öffentlichkeit (und Gemeinschaft) nur einen Ausschnitt bilden.

b) Der Begriff „*Verfassungsinterpretation*“ wird *weit* verstanden. Er umschließt neben der üblichen im engeren Sinne, der juristischen, insbesondere durch die Gerichte, die weitere, an der viele aktiv und passiv Betroffene, letztlich alle im politischen Gemeinwesen beteiligt sind.¹⁷ Sie alle verlebendigen das GG i. S. der constitutional law in public action.¹⁸

Dazu einige Verdeutlichungen: Bewußt wird auch die Verfassungsinterpretation im *weiteren* Sinne als „Interpretation“ bezeichnet. Schon terminologisch soll damit die Brücke geschlagen werden zwischen dem Bürger (als Interpreten) und dem juristischen Fachinterpreten, zwischen dem juristisch relevanten Verhalten (der gelebten Interpretation) des Bürgers und der „gekonnten“ und „wissenden“ (d. h. rational begründeten und konsensstauglichen) Interpretation des „Zünftigen“ und „Berufenen“. Das von ihnen gemeinsam erreichte Gesamtergebnis ist *pluralistische Verfassungsinterpretation*.

Die innere Vermittlung zwischen beiden Interpretationsarten wird – in großer sozialer Relevanz und pluralismusförderlich – hergestellt z. B. durch den *Selbstverständnisbegriff*: Die Presse (einschließlich Presserat!), der Künstler, der Wissenschaftler, die Tarifpartner, die Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften liefern relevante „Selbstinterpretationen“ im Felde der Art. 5 Abs. 1 und 2 bzw. 3 sowie Art. 9 Abs. 3 und Art. 4, 140 GG für die verfassungsjuristische Interpretation dieser Bestimmungen.¹⁹ Die Vielzahl (pluralistischer) Selbstverständnisse muß freilich in das gemeinschaftliche Verständnis der ganzen res publica eingebunden sein. Dabei sind die Selbstverständnisse konstituierende Elemente. Das Verständnis, das die Bürger und Gruppen von ihrem Gemeinwesen haben, ist insofern die „wahre Verfassung des Landes“. Dieses Verständnis ist nicht primär juristischer Natur – denn die Mehrzahl der Bürger sind Nicht-Juristen. Und eben daraus folgt die Relevanz der Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne, eben darum bedarf es des Muts zu einer Präambel wie im Endgültigen Verfassungsentwurf der Schweiz (1977). Aufklärerischer Optimismus und Symbolcharakter der Verfassung schließen sich nicht aus.

Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne von der im engeren (personal akzentuierten) Sinne zu unterscheiden, sie aber zugleich zusammenzuführen, bedeutet: Man macht mit den *Grundrechten aller* und der *pluralistischen Demokratie* theoretisch wie praktisch ernst. Die Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne sind die grundrechtlich (grundrechtstheoretisch) und demokratisch (demokratiethoretisch) legitimierten Interpreten in der Bürgerdemokratie. Im pluralistischen Gemeinwesen muß ihr Kreis theoretisch und praktisch in den der juristischen Interpreten (im engeren Sinne)

hinein offen sein.²⁰ Es wäre fragwürdig, die Gesellschaft der Verfassungsinterpreten im engeren Sinne geschlossen,²¹ den Kreis der Interpreten im weiteren Sinne aber offen zu halten und beide von- und gegeneinander abzugrenzen. Schon die Person des ehrenamtlichen Richters (Handels- und Arbeitsrichters, Schöffen und Geschworenen), des ehrenamtlich in der Verwaltung tätigen Bürgers (§§ 81 ff. VwVfG),²² der „sachverständig“, aber nicht Jurist ist, führt beide Arten von Interpreten zusammen bzw. dient der Öffnung der Gesellschaft der Verfassungsinterpreten im engeren Sinne und der gemeinsamen Arbeit aller an der Verfassung. Die Urteilsformel „Im Namen des Volkes“ gewinnt dadurch einen tieferen Sinn.

Tiefgründige Beispiele für die Verknüpfung beider Interpretationsarten und Interpreten liefern die *Erfahrungen*,²³ die ein Volk im Laufe seiner Geschichte mit sich und seinen Institutionen macht und (selbstverständnishaft) der eigenen Rechtskultur vermittelt (Beispiel: die Verfassungstradition der USA). Die historische Dimension des Menschlichen²⁴ wird über Erfahrung eingebracht: über Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne. Zu denken ist ferner an die wandlungsfähigen Begriffe wie „öffentliche Sicherheit und Ordnung“, die konsensfähig bleiben müssen.²⁵ Es wäre zu wenig, die viel zitierten „gesellschaftlichen und politischen Wandlungen“²⁶ dieser offenen Begriffe nur als solche zu sehen und zu bejahen. Die gesamtgesellschaftlichen Vorgänge, in die das Recht als law in action eingebettet ist, blieben sozusagen „vor“ der juristischen Interpretation, ihr gegenüber äußerlich. Sachlich und funktionell, auch personell sind sie aber ein Teil von ihnen. Sie liegen nicht „vor den Toren der Jurisprudenz“. Interpretationstheoretisch läßt sich eine Theorie des sozialen Wandels bzw. der Zeitfaktor nur über „Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne“ dem Recht vermitteln.

Auf diesem Weg können Erkenntniselemente der Rechtstatsachenforschung („Recht und Leben“) oder sogenannte Normbereichsanalysen²⁷ bzw. die Wirklichkeit außerjuristischer Lebensprozesse innerlicher als bisher der juristischen Interpretationslehre zugeführt werden. Auch die Entwicklung „ungeschriebenen Verfassungsrechts“ als gelebten, materiellen Verfassungsrechts wäre ohne die Verklammerung von Verfassungsinterpreten im engeren und weiteren Sinne nicht erklärbar. Für das GG ist „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nicht unwesentlich.²⁸ Es gibt aber auch eine „Parallelwertung in der Juristensphäre“. Beides gehört im Spektrum der Verfassungsinterpreten im weiteren und engeren Sinn zusammen. Im Spannungsfeld beider „Parallelwertungen“ entfaltet sich die Wirklichkeit der Verfassung. Der vielzitierte „Bürgersinn“ gehört in diesen Zusammenhang.^{28a}

Die Vermittlung zwischen Verfassungsinterpretation im weiteren und engeren Sinne²⁹ erfolgt zum Teil über *verschiedene Personen*, zum Teil aber

auch über die bzw. „in“ *denselben* konkreten Personen. So sind etwa die Richter auch Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne: als Bürger. Darum wird z. B. die (Verfassungs-)Richterbiographie relevant. Verfassungsinterpreten im engeren Sinne „als“ Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne zu sehen – diese Thematik eröffnet ein neues Forschungsfeld. Das „Richterleben“ ist eben auch ein „Bürgerleben“, und das wirkt sich auf die „kunstreglerorientierte“ juristische Interpretation aus (unbeschadet des Art. 92 GG).

Die Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne, z. B. die des Verfassungsrichters (und dessen Erfahrung), prägt auch deren eigene Verfassungsinterpretation im engeren Sinne mit. Die Vorverständnis-Diskussion der Hermeneutik hat auf ihre Weise daran erinnert. Die hier entwickelte Selbstverständniskonzeption als Vermittler zwischen den beiden Arten von Verfassungsinterpreten sucht diese Verknüpfung schon im Ansatz: systematisch und konsequent. All dies will freilich den Richter nicht verunsichern, es soll ihm vielmehr die Lebens- und Wirkzusammenhänge seines öffentlichen Amtes klarer machen.

Von hier aus fällt Licht auf die tiefere Bedeutung des Grundsatzes des *rechtlichen Gehörs*.³⁰ Es verknüpft die – „betroffenen“ – Interpreten im weiteren Sinne (d. h. Bürger und Gruppen) mit denen im engeren Sinne, selbst dann, wenn man diesen Grundsatz noch nicht als „Rechtsgespräch“ (A. Arndt) verstehen sollte. Das „Gespräch mit dem Bürger“, das die (pluralistische) Verwaltung zunehmend sucht und suchen muß, gehört in diesen Zusammenhang. Der Bürger wird beteiligt im Rechtsbildungsprozeß der offenen Gesellschaft der Verwaltungsrechtsausleger.³¹ – Im ganzen: Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne ist kein Synonym für „Politik“,³² so sehr auch der Politiker interpretiert.³³ Die Verklammerung von Verfassungsinterpretation im weiteren und im engeren Sinne ist einerseits sachlich-funktional zu sehen bzw. zu leisten, andererseits *personal*.

Ausdruck dieser Verknüpfung ist es, daß einzelne spezielle *Freiheitsrechte* strikt *formal* zu verstehen sind, weil sie nur so gelebt werden können bzw. weil die Selbstverständnis-Äußerungen der Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne auch *juristisch wesentlich* sind: Das gilt besonders für Meinungs- und Pressefreiheit als *formal* interpretierte Grundrechte,³⁴ für die Wissenschafts- und Kunstfreiheit,³⁵ aber auch für die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG und für den formalen Parteibegriff des Art. 21 GG sowie für den „Interpretationsprimat“ der Eltern im Blick auf Art. 6 Abs. 2 GG.³⁶ Je relevanter das Selbstverständnis der Normadressaten wird, desto formaler ist die Garantie zu interpretieren.³⁷

Damit zeigt sich aber auch, daß hier nicht lediglich eine Methodologie der Verfassungsinterpretation entfaltet wird. Bestimmte Demokratie-, bestimmte Grundrechtsforderungen sind *sachliche* Grundlage für das Zu-

sammenwirken von Verfassungsinterpretation im weiteren und engeren Sinne.³⁸ Daß das GG die „beste Verfassung“ ist, die es in Deutschland je gab, wird zur ganzen Wahrheit erst dann, wenn diese Einsicht Bestandteil des allgemeinen Bürgerbewußtseins geworden ist und sich eine Art „Verfassungsglaube“ (wie in den USA) entwickelt hat.

2. „Öffentlichkeit“

Ein Wort zu Struktur und Funktion der *Öffentlichkeit*, die in die Vorgänge und „Beteiligungen“ der Verfassungsinterpretation einbezogen ist und diese zum öffentlichen Prozeß macht. Verwiesen sei auf die Grundsatzarbeiten von *Rudolf Smend* und *Konrad Hesse*.³⁹ Die Verfassung steht schon dem GG-Text nach in vielfältigen Öffentlichkeitsbezügen: Art. 42, 21 Abs. 1 S. 3 und 4, 79 Abs. 1 GG. Zu erwähnen ist die Demokratiekomponente der Grundrechte, insbesondere die öffentliche Seite der Pressefreiheit⁴⁰ (aktuelles Beispiel: Pressesubventionierung⁴¹). Idealerweise geht es um *pluralistische* Öffentlichkeit, eine Öffentlichkeit, die aus der Vielfalt von Ideen und Interessen lebt. Das Spektrum reicht von der Macht „organisierter Interessen“ bis zur Ohnmacht nicht organisierter oder nicht organisierbarer Interessen, etwa gesellschaftlicher (Rand-)Gruppen (Zeugen Jehovas, Gastarbeiter und Behinderte oder Verbraucher und Sparer), die um so stärker auf Berücksichtigung durch die und „in“ der Verfassungsinterpretation angewiesen sind, als sie Minderheiten, aber auch „allgemeine Interessen“ ohne Macht darstellen: Hier liegt ein spezifisches Feld für die Verfassungsinterpretation des *BVerfG*, das sich dieser Aufgabe durchaus stellt.⁴² Hier eröffnen sich Perspektiven für Verständnis und Praxis des Verfassungsprozeßrechts, das „feine“ Instrumente für die Artikulierung und Formulierung solcher Minderheitsinteressen bereitzustellen und entsprechend zu „stimmen“ hat, um dann pluralistische Verfassungsinterpretation zu ermöglichen. (Öffentlicher Prozeß *durch* Verfassungsinterpretation!)

Öffentlichkeit ist vielfältig strukturiert und insbesondere den Steuerungsinhalten und -vorgängen der Verfassung unterworfen. Sie ist *intra*-konstitutionell auch dort, wo sie normative Kraft entfaltet. Diese Öffentlichkeit ist – als vom Grundgesetz geprägte – komplex. Sie hat teils amorphe, grobe (gelegentlich „brutale“) Züge (Massenaufmärsche bis an die Grenze der Gewaltanwendung), teils auch feine, gegliederte und feinste Ausdrucksformen: die Pressekonferenz eines Politikers, die Rede des Bundespräsidenten,⁴³ das politische Gedicht, das Chanson eines Liedermachers, den Auftritt der Melina Mercouri oder einen Film (wie „Z“): sie sind ein Mosaik im Ganzen der Kulturverfassung.

Die *Öffentlichkeitskristallisationen*, d. h. Anhaltspunkte für pluralis-

mus- und „öffentlichkeitsbewusste“ Verfassungsinterpretation sind komplex; sie können nicht abschließend systematisiert werden, auch nicht die Medien oder „Vermittler“, d. h. Beteiligten an – öffentlicher – Verfassungsinterpretation.⁴⁴

Besonders seien genannt:

Das Verständnis und Selbstverständnis (!)⁴⁵ gesellschaftlicher Gruppierungen wie politischer Parteien,⁴⁶ Gewerkschaften, Berufsverbände, Presse und anderer Medien (vor Gericht, außergerichtlich usw.), sonstige „Objektivierungen“ der öffentlichen Meinung, z. B. Programme, etwa der politischen Parteien, oder das vom Bundestag artikulierte Selbstverständnis in der sog. Verfassungsdebatte (1974).⁴⁷ Sie gehören ebenso hierher wie Regierungserklärungen oder Festreden auf Verbandskongressen (etwa der Ärzte).^{47a} Proteste (Bürgerinitiativen!) und Formen künstlerischen Ausdrucks sollten in Umweltschutzfragen oder bei der Erfassung von Inhalt und Grenzen des Art. 5 Abs. 3 GG⁴⁸ ebensowenig außer acht gelassen werden wie Äußerungen von wissenschaftlicher Seite. Sie bilden – im juristischen Bereich – ohnehin eine „zweite“ oder „dritte“ Öffentlichkeit (Lehrmeinungen, Schulenkontroversen, Monographien). Auch diese macht sich – dank öffentlicher Freiheit – öffentlich geltend. Sie ist („vorläufiges“) „Material“ für die spätere Verfassungsinterpretation aus der Pluralität der konstitutionellen Gesellschaft. Es gibt keine Verfassung ohne pluralistische Öffentlichkeitsinterpretationen und ihre Kontexte.

Den theoretischen Hintergrund für Verfassungsinterpretation als pluralistisch-öffentlicher Prozeß bildet die gleichermaßen demokratische wie grundrechtliche Fundierung des freiheitlichen Gemeinwesens. Sie läßt sich als „Bürgerdemokratie“ umschreiben und ist als solche eine Absage an „volks-demokratische“ Konzeptionen jeder Art.⁴⁹

3. Beispiele

Ausdruck und Folge des öffentlichen Prozeßcharakters der Verfassungsinterpretation lassen sich an *Beispielen* verdeutlichen:

a) *Verfahrensmäßig*

- in der *Praxis zum BVerfGG*, in der das BVerfG pluralistisch eine Art öffentlichen Hearings schon bisher bei mehr oder weniger „großen“ Prozessen seinen Entscheidungen vorgeschaltet hat.⁵⁰ (Auch gewisse Öffentlichkeitsdefizite seien nicht verschwiegen: das BVerfG macht vom Öffentlichkeitsprinzip seines Prozeßrechts nicht immer den optimalen

- Gebrauch,⁵¹ und die Verfassungsrichter sollten vor ihrer Wahl öffentlich befragt werden wie – durch den Senat – in den USA),
- in der Einrichtung von und Praxis der *Sondervoten* im BVerfG (hier vermag sich auf längere Sicht die *normierende Kraft* der *Öffentlichkeit* zu entfalten, indem sich die unterlegene Partei im Sondervotum zunächst „aufgehoben“ sieht und mittelfristig, wie Beispiele des US-Supreme Court belegen, einen Umschlag bewirken kann).

b) *Materiellrechtlich*

Materiellrechtlich illustrieren folgende Beispiele den Zusammenhang von Verfassungsinterpretation und Öffentlichkeit(aktualisierung):

- Abwägungsvorgänge bei der Bestimmung von Inhalt und Grenzen der Grundrechte,⁵² hinter denen heute nicht nur Individualinteressen, sondern auch Gruppenkonflikte stehen: Prozessual werden z. B. vor dem BVerfG viele Verfahren als „faktische Verbandsklagen“ geführt (etwa in der Mitbestimmungsfrage),
- die Auslegung betont öffentlichkeits- und gemeinwohlbezogener Begriffe wie „öffentliche Aufgabe“ der Presse und Pressefreiheit,⁵³
- der Durch- bzw. Rückgriff auf öffentlich vorgebrachte Wertungen bestimmter Gruppen, Fachkreise usw.,⁵⁴ aber auch des Gesetzgebers, z. B. in der Gemeinwohldjudikatur zur einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG),⁵⁵ zuletzt zur Wehrdienstnovelle,⁵⁶
- die Umschreibung des *Wandels* verfassungsrechtlicher Begriffe: Stichwort „gesellschaftliche Anschauungen“ wie bei Art. 14 GG,⁵⁷ das Verständnis der politischen Parteien,⁵⁸
- der (zulässige) Blick auf die *Folgen* einer bestimmten Verfassungsinterpretation,⁵⁹ – die Folgen- und Prognosenproblematik stellt sich besonders in der Mitbestimmungsfrage.

Die rationale Offenlegung der Gesichtspunkte und des Vorverständnisses durch das BVerfG hat ihre Entsprechung in der Offenlegung von Interessen und Ideen in den gesellschaftlichen Konflikten,⁶⁰ die verfassungsrechtlich gefordert ist. Dies gilt auch für die Kontexte.

4. Gefahren und Grenzen

Ein Verständnis der Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß hat *Grenzen* und birgt *Gefahren*. Sie liegen in der denkbaren zu starken *Dynamisierung* des sogenannten „geschriebenen“ Verfassungsrechts⁶¹ – das freilich weit mehr ungeschrieben ist als gemeinhin gesehen wird, insofern

Verfassungsauslegung prinzipiell im Spannungsfeld von (verfassungsrechtlichem) Grundsatz und („unterverfassungsrechtlicher“) Norm geschieht. Gewiß ist die Verfassung nicht nur Prozeß, sie hat wesentliche Momente der Konstanz als „Rahmenordnung“, ist vor allem – funktionell-rechtliche – Grundordnung⁶² und „konstituiert“. Sie zieht auch Grenzen, aber vor allem *regt* sie (Prozesse) an (*Smend*). Ein Blick in die fast 200jährige Geschichte der US-Verfassung sollte uns über das Wechselspiel von Dauer und Wandel bzw. über die Rolle der Öffentlichkeit belehren – gerade unter dem Gesichtspunkt des Einflusses der öffentlichen Meinung auf die Verfassungsgerichtsbarkeit („The Supreme Court follows the elections“).⁶³

Bei der Verfassungsinterpretation geht es freilich nicht nur um das (verfaßt) Öffentliche. Das *Private* ist auch als solches vielfältig geschützt, nicht nur durch Grundrechte; es ist Korrelatbegriff, Bedingung für Innovation des Öffentlichen. Folglich muß Verfassungsinterpretation das eigenständig (konstitutionell) geschützte Private im Auge behalten (Verfassungsinterpretation als Privat[rechts]schutz). Erinnerung sei an Probleme der Vorschul-erziehung, des Sexualkundeunterrichts,^{63a} des Datenschutzes oder der Abtreibung.⁶⁴ Zu diesem Privatrechtsschutz gehört auch der Gedanke, in Ruhe oder „allein gelassen zu werden“,⁶⁵ sich durchaus im Sinne des Ohne-mich-Standpunktes zurückzuziehen. Insofern ist Ruhe „Bürger-Recht“ (nicht aber erste Bürgerpflicht!).

Verfassungsinterpretation darf nicht in den Sog von tagespolitischen Augenblickstimmungen, Pressuren einer „formierten“, „verordneten“ (statt *pluralistischen!*) Öffentlichkeit, sie darf nicht unter die „Herrschaft der Verbände“ (*Eschenburg*) geraten. Ihr Zurechnungspunkt ist die Bürgerdemokratie *aller*.⁶⁶ Zur Abwendung der Gefahren bedarf es einerseits der „feinen“ Instrumente rationaler und pluralistischer Verfassungsinterpretation und ihrer herkömmlichen Methoden, andererseits der pluralistischen Strukturierung und Organisation der Öffentlichkeit (z. B. durch *Pluralismusgesetze* in Rundfunk und Fernsehen,⁶⁷ im Hochschulbereich, im Pressewesen [Anti-Fusionsgesetze]), im Verfassungsprozeßrecht, im Verwaltungsverfahren- und -prozeßrecht usw. („status activus processualis“); Pluralismus- bzw. Öffentlichkeitsdefizite können sich hier besonders nachteilig auswirken. Es gibt einerseits Formen und Inhalte des Drucks der Öffentlichkeit, denen die Verfassungsinterpretation *standzuhalten* hat;⁶⁸ es gibt andererseits innovatorische Öffentlichkeitsimpulse, die sie *aufzunehmen* und zu verarbeiten bzw. „umzusetzen“ hat. Hier den richtigen Weg zu finden, ist zugegebenermaßen schwierig und verlangt Sensorium und Takt, aber auch Standhaftigkeit. Die Mitbestimmungsfrage könnte ein Testfall werden für Verfassungsinterpretation als pluralistisch öffentlicher Prozeß – wobei man sich durch das amtswidrige Verhalten von Minister *Ehrenberg* ebensowenig irritieren lassen darf,⁶⁹ wie von der Überreaktion

der Gewerkschaften auf die Form (Zeitpunkt!) der Verfassungsbeschwerde von Arbeitgeberseite!⁷⁰

Auch die „zweite Gewalt“, die *Verwaltung*, erlangt pluralistische Züge. Als pluralistische (Gemeinwohl-)Verwaltung⁷¹ bezieht sie zunehmend pluralistische Interessen in ihre Programme ein. Gelegentlich wird der Zusammenhang mit der pluralistischen Öffentlichkeit schon direkt greifbar.⁷²

Parallelstück zur Pluralismusgesetzgebung und -verwaltung ist die *Pluralismusrechtsprechung*, insbesondere des BVerfG. Sie begegnet vielfältig: in Gestalt der „Richtlinienpolitik“ im Fernsehurteil⁷³ – das auf lange Sicht zum Vorreiter einer Konzeption der Rundfunkfreiheit als „Gruppengrundrecht“ zu werden scheint⁷⁴ – ebenso wie in den späteren Verfeinerungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, d. h.: keine Differenzierung zwischen wertvollen und nicht wertvollen Meinungen,⁷⁵ Gebot der weiten und „formalen“ Auslegung der Pressefreiheit.⁷⁶ Im Felde der Pressefreiheit bedarf es um so mehr der „*Pluralismuspolitik*“ durch die gesetzgeberischen Instanzen, als nach BVerfGE 41, 53 (62) die Presse selbst bei regionaler Monopolstellung den Abdruck von Anzeigen und Leserzuschriften verweigern darf.⁷⁷ Solche Pluralismuspolitik, eine Gestalt der Grundrechtspolitik, ist etwa durch Pressesubventionierung in Angriff zu nehmen.

Herausragendes, wenn auch weniger spektakuläres Beispiel solcher *pluralistischen Verfassungsinterpretation* durch das BVerfG ist der – oft über Art. 20 Abs. 1 und 3 GG – erreichte Schutz der Schwachen und Hilfebedürftigen im Sozialrecht,⁷⁸ im Armenrecht⁷⁹ und in bezug auf Ausländer.⁸⁰ Das Sozialstaatsprinzip verlangt „staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind“ – dazu gehören auch die „Gefangenen und Entlassenen“.⁸¹

III. Teil-Ergebnis

Zusammenfassend: „Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß“ – das ist zum Teil Programm, zum Teil aber schon die heutige Wirklichkeit der Verfassungsinterpretation einer offenen Gesellschaft mit oder ohne Verfassungsgerichtsbarkeit. Dieses normativ-prozedurale *pluralistische* Verständnis von Verfassungsinterpretation läßt den herkömmlichen Interpretationsmethoden ihr *relatives* Recht,⁸² ergänzt aber ihr ohnehin reiches, ständig verfeinertes Spektrum und Instrumentarium um die öffentlichkeits- und gemeinwohlbezogene pluralismusorientierte Auslegung. Sie fordert für die Zukunft einen weiteren Ausbau der Pluralismusgesetze, eine noch bewußtere Pluralismusrechtsprechung und eine bürgerdemokratische Ak-

tivierung (z. B. in Gestalt des *status activus processualis* im Verhältnis Bürger/Öffentliche Verwaltung).⁸³ Die Aktualisierung der Verfassung durch gelebte Freiheit ihrer Bürger und die normierende Kraft der Öffentlichkeit im gekennzeichneten Sinn verlangt viel von uns. Der Jurist kann als Verfassungsinterpret (im engeren und weiteren Sinne) einiges dazu tun, um das Gemeinwesen verfaßt und dadurch den Bürger in Freiheit zu halten. Letztlich aber muß sich der Bürger selbst engagieren, um (sich) verfaßte Freiheit in Staat und Gesellschaft zu sichern. Das ist *seine* (unverzichtbare) Verfassungsinterpretation!

Zweiter Teil:

Der wissenschafts- und gesellschaftstheoretische Hintergrund: das Pluralismus-Konzept

Im *zweiten Teil* geht es um den wissenschafts- und gesellschaftstheoretischen Hintergrund des Konzepts „Verfassung“ bzw. „Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß“. Prämisse ist das *Pluralismusmodell*, Pluralismus verstanden als Vielfalt von Ideen und Interessen im politischen Gemeinwesen, von Ideen *als* Interessen bzw. umgekehrt,⁸⁴ – gesehen im Hier und Heute. Diese Vielfalt lebt aus einer Fülle von unterschiedlich stark formalisierten Verfahren. In ihnen begegnen sich die Interessen und Ideen der realen und idealen Welt in Konflikt und Konsens (nämlich im Minimal- bzw. Grundkonsens); sie ringen mit- und gegeneinander und objektivieren sich zu Alternativen. Ein Basisbegriff für diesen Pluralismus ist *Offenheit*: z. B. der Verfassung, ihrer Theorien, ihrer Interpretation und Interpretieren (etwa hinsichtlich der Grundrechte), ihrer Dogmatik sowie ihrer Fortentwicklung usw.

I. Der erfahrungswissenschaftliche Ansatz

Ein Wort zur „*Offenheit*“: Sie besteht nicht nur „nach vorn“, in die Zukunft hinein, sondern auch „nach zurück“, in die Vergangenheit. Klassikertexte sind Verfassungstexte im weiteren Sinn! Im einzelnen:

Die *Erfahrung*, ein Maßstab in den Verfahren von „trial and error“, ist bislang verfassungstheoretisch noch nicht hinreichend thematisiert worden.⁸⁵ Pluralistische Verfassungstheorie und eine die Folgen „erwägende“ Verfassungsinterpretation und -politik können aber auf sie nicht verzichten, zumal sie letztlich *anthropologisch* begründet ist. Mehr oder weniger bewußt bedienen sie sich ihrer auch sehr häufig. So beruht die „ewige“ Berufung auf die „gemischte Verfassung“ bzw. „die“ Gewaltenteilung, etwa als Versuch, ihre neuen Anwendungsfelder z. B. im gesellschaftlichen Be-

reich (wie bei den Medien) zu erschließen (Stichwort: „publizistische“ oder pluralistische Gewaltenteilung), auf den guten freiheitssichernden Erfahrungen, die man mit diesem vielgestaltigen Gedanken (ebenso wie mit dem Pluralismus) immer wieder gemacht hat. Über den anthropologischen Ansatz erhält auch das Irrationale seinen begrenzten Platz.

Die Erfahrung⁸⁶ als kritischer Erkenntnismaßstab verweist auf die Verfassungsgeschichte als „Schatzhaus“ einerseits, auf die Verfassungsvergleichung andererseits. Jede Generation muß ihre Erfahrungen neu,⁸⁷ jedes Volk muß seine eigenen Erfahrungen machen, auch mit „guten“ Verfassungsinstitutionen, die sie bei sich oder anderen vorfinden. Diese fortzuentwickeln, zu erben und zu erwerben, um sie zu besitzen, ist eine Kunst. Zwar muß die „Offenheit nach vorn“ ungeschmälert bleiben, damit die Freiheit eine Chance hat. Doch schließt dies den Rückgriff auf Erfahrungen nicht aus, so behutsam historische Analogien zu ziehen sind. Wissenschaftliche Erkenntnisse gründen sich nicht auf das Vergessen. In Abwandlung des Schillerwortes heißt dies: Siehe vorwärts *und* zurück! Freilich: Verfassungen *allein* können den „Stabwechsel“ zwischen den Generationen nicht garantieren – er geschieht ständig, jeden Tag, jede Stunde und sei es auch nur in einer je einzelnen Person –, aber sie können ihn erleichtern: im Rahmen der Gesamtkultur.⁸⁸

Diese „Hereinholung“ der Erfahrung in die pluralistische Verfassungstheorie ist das Ergänzungsstück zur vielberufenen Aktualität und Zukunftsorientiertheit der Verfassung, zum Möglichkeitsdenken nach vorn.⁸⁹ Sie ist kein Widerspruch zur geforderten „Bewährung“ der Verfassung. Pluralistische Verfassungstheorie sucht sich „zwischen“ Konservatismus und Reformismus ihren Weg.⁹⁰ Pluralistische Verfassungstheorie ist *kein juristischer Ikarus*.⁹¹

II. Die Verfassung des Pluralismus – Der Pluralismus in der Verfassung

Im Spektrum des Pluralismus sind grob gesehen *vier* Bereiche zu unterscheiden: 1. der im weiteren Sinne politische Bereich des Öffentlichen, 2. der kulturelle, insbesondere wissenschaftliche⁹² und künstlerische Bereich, 3. der wirtschaftliche,⁹³ 4. der im engeren Sinne staatliche Bereich.

Diese vier unterschiedlich strukturierten Bereiche, zusammen mit dem Privaten das politische Gemeinwesen, sind vielfältig miteinander verflochten. Ihr gemeinsamer Nenner ist der freiheitliche Pluralismus, die Verfassung erscheint als *das* Pluralismus-„Gesetz“!

Große Gefahren zeigen sich allerdings in den *Zwischenzonen*, etwa zwischen dem staatlichen und dem künstlerischen Bereich; ein Beispiel bilden

die „Staatspreise“. „Offizielle“ Kunst kann zur tödlichen Gefahr für die Freiheit der Kunst und ihren Pluralismus werden. Darum müssen die Personen und Instanzen, die über „Staatspreise“ und ähnliches entscheiden, Gewähr für Pluralismus bieten (z. B. über verfahrensmäßige Regelungen, pluralistische Beiräte etc.), sollte über steuerliche Anreize das private und insofern auch pluralistische Mäzenatentum gefördert werden.

Heikle und differenziert zu beantwortende Pluralismusfragen im staatlichen Bereich stellen die Schulen, Hochschulen, Berufsbeamtentum und Bundeswehr.⁹⁴ Ein Beispiel an der Nahtstelle zwischen „staatlichem Bereich“ und dem Bereich des Öffentlichen im weiteren Sinne bietet das Parlament selbst, insofern an seine Zusammensetzung Pluralismuspostulate gerichtet werden („pluralistische Repräsentation“).⁹⁵

Wie ist dieser Pluralismus im einzelnen beschaffen, wo liegen seine „Garantien“ (1)? Wo verlaufen seine Grenzen (2)? Ist er entwicklungsfähig und -bedürftig: theoretisch wie praktisch (3)?

1. Der verfaßte Pluralismus

Gemeint ist der „verfaßte Pluralismus“. Er findet Ausdruck in einer pluralistischen Verfassungstheorie zum Grundgesetz, in pluralistischer Verfassungsinterpretation des Grundgesetzes⁹⁶ und in pluralistischer Verfassungspolitik für das Grundgesetz als *Typus* einer freiheitlichen Verfassung.

a) Das GG ist die vielzitierte „Rahmenordnung“, ist verfaßter und (stets neu) zu verfassender Pluralismus. Allgemeiner ließe sich von „normativem Pluralismus“ sprechen. Das Normative besteht darin, daß die Verfassung (und „unter“ ihr⁹⁷ die allgemeine Rechtsordnung) ein Minimum an Inhalten und ein Optimum an verfahrensmäßigen „Spielregeln“,⁹⁸ besser: *Kommunikationsregeln*, besonders i. S. des „due process“ der US-Tradition, verbindlich vorschreibt. Dieser Verfassungsrahmen hält „das“ Volk als pluralistische Größe zusammen und er setzt zugleich dessen vielfältige (auch widersprüchliche) Interessen und Ideen frei. Pluralismus besteht auf und lebt aus inhaltlich und verfahrensmäßig unverzichtbaren *Konsensbedingungen*, wie Menschenwürde, Informations-, Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit, Parteien- und Oppositionsfreiheit, Demokratie, Öffentlichkeit, Sozial- und Kulturstaat, Gewaltenteilung (im engeren und weiteren Sinne) und Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Diese Rahmenbedingungen ermöglichen „autonome“, gesellschaftliche *und* staatliche Integration und Repräsentation, aber auch Partizipation (Gruppen, Verbände, besonders Tarifvertragsparteien, Kirchen, aber auch die Gliederung in Bund, Länder und Gemeinden sowie andere staatsorganisatorisch ausgegliederte [Selbstverwaltungs-]Körperschaften). Die Konsensbedingun-

gen⁹⁹ ermöglichen zugleich *Konkurrenz* und *Dissens*. Art. 5 GG ist in all seinen Absätzen das Kernstück verfaßter Pluralität.

Insofern ist „Verfassung der Freiheit“ Verfassung des Pluralismus und umgekehrt. Verfassung ist sowohl „paktiert“¹⁰⁰ als auch „gesetzt“, so widersprüchlich das erscheinen mag. Das sich einbürgernde Wort vom „Verfassungskonsens“ dürfte dies andeuten.

Der hier skizzierte Pluralismus ist nicht nur formaler Natur.¹⁰¹

b) Der sozialwissenschaftlich nachweisbare Pluralismus organisierter, nicht organisierter sowie nicht organisierbarer Interessen korreliert mit, ja er ist der „geisteswissenschaftlich“ feststellbare Pluralismus von Religions- und Weltanschauungen,¹⁰² politischen Ideen, wissenschaftlichen Lehrmeinungen und privaten Ansichten, Hoffnungen und Wünschen im „Rahmen“ des GG. Die ideenpluralistische – offene – Gesellschaft unserer Tage gehört zur interessengespaltenen (aber verfaßten) Gesellschaft als eine von zwei Seiten derselben *res publica*.

Die pluralistische Verfassungs- und Wissenschaftstheorie verweist auf eine pluralistische Gesellschaftstheorie.¹⁰³ Ohne Pluralismus in den Wissenschaften keine pluralistische Demokratie.

Dieser Pluralismus von Ideen und Interessen ist *positiv* zu beurteilen, vom GG wird er vielfältig positiv bewertet (und z. B. in Gestalt der Bundesstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit vorbildlich ausgebaut). Darin darf man sich durch die Pluralismuskritik von rechts und von links bestärkt fühlen,¹⁰⁴ da diese, insoweit gemeinsam, von nicht verfassungsorientierten Identitätslehren (*C. Schmitt* einerseits, *Agnoli* andererseits) oder Elitentheorien (einerseits in der Nachfolge *Schumpeters*, andererseits in (neo)marxistischer Spielart) ausgeht.

Alle Interessen und Ideen – sie bilden die heutige „Allgemeinheit“ – leben aus der pluralistischen Öffentlichkeit und ihren Prozessen, welche die Verfassung anregt und begrenzt, z. B. den wissenschaftlichen Verfahren, den diffusen Verfahren der Freiheit der Kunst, den grundsätzlich geregelten der Tarifautonomie. Die Homogenität des bzw. eines allgemeinen Willens i. S. *Rousseaus* ist angesichts der Heterogenität von Interessen und der Pluralität von Ideen eine Fiktion, wie der Absolutheitsanspruch einer Theorie, einer Meinung oder eines Interesses ein Fehler ist. Pluralität und Offenheit¹⁰⁵ des „Inputs“ dieser öffentlichen Verfassungsprozesse sind die einzigen Garanten dauernder und temporärer Einheitsbildung im freiheitlichen Gemeinwesen.

Die *Integrationsleistung der Verfassung* (und der Verfassungsgerichtsbarkeit) darf freilich weder über- noch unterschätzt werden. Z. B. ist einerseits sehr die Frage, ob es sich das BVerfG „leisten“ könnte, unter Berufung auf das GG sogar die nicht voll paritätische Mitbestimmung scheitern zu lassen: gegen die – verfaßte – Macht der sich sonst immer wieder in *freiheit-*

licher Integrationsleistung bewährenden Gewerkschaften: zumal der im Mitbestimmungsgesetz (1976) erfolgte Versuch einer Lösung der Spannungen zwischen „Kapital und Arbeit“ in Gestalt eines fast einstimmigen Bundestagsbeschlusses ergangen ist (das kann m. E. vom BVerfG berücksichtigt werden). Andererseits dürfte es viel eher möglich sein, im anhängigen Streit um die Wehrpflichtnovelle gegen einzelne (wenn auch Tausende) Wehrdienstverweigerer zu entscheiden, zumal das deutsche „Modell“ schon bisher in der westlichen Welt an Liberalität kaum übertroffen wird. An den Minderheitenschutz ist freilich auch hier immer wieder zu erinnern. Letztlich kann eine freiheitliche Verfassung nicht mehr leisten als ihre Bürger und Gruppen für sie und in ihr leisten wollen. Beste, erste und letzte Garantie für äußeren gesellschaftlichen Pluralismus ist die innere Toleranz der Menschen und Bürger im Verhältnis zueinander.

Im ganzen: Realistische Demokratie- und Gesellschaftstheorie wie realistische Grundrechts- und Wissenschaftstheorie begegnen sich „im“ Pluralismus.

c) Diese pluralistische Verfassungstheorie kann an *Vorarbeiten* anknüpfen: an die politikwissenschaftlichen und verfassungstheoretischen Bemühungen *Ernst Fraenkels*, *Ulrich Scheuners*, *K. Loewensteins*, *Hans F. Zachers* u. a. um eine pluralistische Staats- und Gesellschaftstheorie,¹⁰⁶ an die pluralistische Gemeinwohlkonzeption,¹⁰⁷ an das Leitbild einer verfaßten (konstitutionellen) Gesellschaft,¹⁰⁸ an die Überlegungen zu einer pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation und die entsprechende Sicht des Verfassungsprozeßrechts¹⁰⁹ sowie an Erörterungen zum Pluralismus im ökonomischen System und zum Wissenschaftspluralismus¹¹⁰ als Teil der Kulturverfassung.

Den philosophischen Rahmen für dieses Spektrum liefert *Poppers* „Offene Gesellschaft“.¹¹¹ Der kritische Rationalismus ist die überzeugendste Wissenschaftstheorie des Pluralismus, weil die Sachhalte des GG (dessen pluralistische Strukturelemente) und die Theorieelemente des kritischen Rationalismus kongruent sind.

Die angedeutete pluralistische Verfassungstheorie fordert die Verknüpfung von Wissenschafts- bzw. Erkenntnistheorie des kritischen Rationalismus und der Bemühungen um pluralistische Gesellschaftstheorie.

Während die pluralistische Verfassungstheorie *Fraenkels* wesentlich auf dem Boden der USA gewachsen ist (*Fraenkel* war aus dem Nazi-Deutschland emigriert), ist die Wissenschaftstheorie *Poppers* auf dem Boden der englischen Verfassungspraxis mit ihren vielfältigen Pluralismusgarantien (Meinungs-, Pressefreiheit, Schutz der Opposition usw.) fortgeführt worden zur Gesellschaftstheorie. Dies legt den Gedanken nahe, die Gesellschafts- bzw. die Wissenschaftstheorien seien letztlich mehr oder weniger direkt aus freiheitlich pluralistischen Verfassungspraxen entstanden, ge-

schriebene bzw. ungeschriebene Verfassung hätten das Denken über Gesellschaft und Wissenschaft beeinflusst.¹¹²

So betrachtet wären *Fraenkels* und *Poppers* Gesellschafts- bzw. Wissenschaftstheorie in nuce eigentlich („verborgene“) Verfassungstheorien! Mit der Folge, daß die pluralistische Verfassungstheorie praktisch (nur) wieder zu sich selbst zurückkehrt: von den angloamerikanischen Verfassungsinstitutionen über *Fraenkel* und *Popper* jetzt zum Typus des – interpretierten – Grundgesetzes.

Genau gesehen zeigt sich eine *Wechselwirkung*: Pluralismustheorien erwachsen aus mehr oder weniger schon pluralistisch verfaßten Gemeinwesen, umgekehrt regen diese Pluralismustheorien die *reformpluralistische* Fortentwicklung solcher Verfassungen an. Zwar ist „in“ den Normen und Instituten, Verfahren und Grundrechten des GG allenthalben, d. h. im ganzen und einzelnen pluralistisches Denken am Werk gewesen – das GG ist insofern normative Gestalt gewordener Pluralismus –;¹¹³ die weitere Entfaltung des GG, sei sie („bloß“) interpretatorischer¹¹⁴ oder verfassungspolitischer Art, kann auf Pluralismustheorien (und ihre Weiterentwicklung) aber gleichwohl nicht verzichten – insofern sind der hier vorgelegte erste Teil und der zweite eng miteinander verknüpft. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten meint die plurale Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Öffentlichkeit meint Pluralität, und Pluralismustheorien wirken als „erkenntnisleitende Interessen“ bei der vielfältigen Fortbildung der Verfassung.

Pluralismustheorie wird zum großen Nenner, auf dem der westliche freiheitliche Verfassungsstaat seine Identität als *Typus* findet: Demokratische Verfassungslehre ist an und für sich pluralistisch in einem doppelten Sinne: ihre Verfassungstheorie ist vereint mit der Wissenschafts- und Gesellschaftstheorie des Pluralismus und steht als solche gegen Antipluralismus jeder Art. Als Theorie eines *Verfassungstypus* läßt sie Raum für viele Spielarten unterschiedlicher Verfassungen.¹¹⁵ So mag es zu einem von der Verfassungsvergleichung erfaßten und angeregten Wettbewerb unter den Mitgliedern der „Familie“ der Verfassungen des Pluralismus kommen. Ihr demokratie-immanentes, ihr grundrechtsimmanentes Prinzip heißt Pluralismus.¹¹⁶

Positiv-rechtliche Festlegungen des Pluralismus sind die Grundgesetzeinhalte, die das BVerfG zur „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ rechnet:¹¹⁷ neben der Gewaltenteilung insbesondere die verfahrensmäßige Seite der Grundrechte i. S. des status activus processualis. Der Minimal- bzw. Grundkonsens bezieht sich auf die Inhalte des Art. 79 Abs. 3 GG, wobei das Bundesstaatsprinzip als *Kulturföderalismusgarantie*, aktuell als Gegengewicht gegen parteipolitischen Monismus „von Bonn her“, gerade im Deutschland von heute als „absolut“ unverzichtbar erscheint.¹¹⁸

Herzstück von allem ist das Verfassungsprinzip der – aktiven – *Toleranz und Gewaltlosigkeit*. Sie beginnt in den Klassenzimmern und „ender“ im Wissenschaftspluralismus der Universitäten, um von da wieder in die Klassenzimmer (und die Gesellschaft) zurückzuführen. Sie sollte auch dem Politiker nicht fremd bleiben. Insofern ist Pluralismus ein „Lern- und Erziehungsziel“, wird die pluralistische Verfassung zum *Lehrgegenstand*: für Schüler und Lehrer, Eltern und Kinder, Professoren und Studenten, Verbandsvertreter und Journalisten. Das GG ist die „Rahmenrichtlinie“ für Erziehung und politische Bildung als Ausdruck der Kulturverfassung.

Im ganzen wäre eine sorgfältige Bestandsaufnahme der einzelnen pluralismus-, „freundlichen“,¹¹⁹ – „neutralen“ oder gar „pluralismusgefährdenden“ und – „gefährdeten“ Bestimmungen des GG erforderlich, aber auch aller pluralismusgefährdenden tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungen in unserer Republik.¹²⁰

Verfassungsrechtlich und -politisch schon jetzt greifbare Einzelemente einer *Verfassungslehre des Pluralismus* sind:

- das Möglichkeitsdenken des pluralistischen Alternativendenkens,¹²¹
- die plurale Struktur der Verfassunggebung,¹²² auch im kulturellen Bereich,
- die souveränitätsbegründende Seite des Pluralismus¹²³ und der Freiheit,
- die pluralistische Komponente der *Gewissensfreiheit*,¹²⁴ das pluralistische Verständnis der *Rundfunk- und Fernsehfreiheit*,¹²⁵
- der Gedanke der *pluralistischen Gewaltenteilung*, welche Gleichheit und Freiheit der pluralistischen Kräfte und Selbstbeschränkung fordert. Im Namen des Pluralismus als Strukturprinzip der verfaßten Gesellschaft¹²⁶ müssen Pluralismusdefizite in dieser Gesellschaft aufgedeckt und möglichst beseitigt werden. Die gewaltenteilende Funktion des Pluralismus hat freiheitssichernde Wirkung,¹²⁷
- die „neue soziale Frage“ (*Biedenkopf*): an ihr zeigt sich, daß die Gesellschaft nicht (mehr) einfach Bereich des sogenannten „freien Spiels der Kräfte“ ist,¹²⁸
- das Gegeneinander und Zusammenwirken von Gruppen als Wechselspiel im pluralistischen Gemeinwesen, das schwierige Probleme der Kooperation und Koordination aufwirft und darum nicht gruppenegoistisch mißverstanden werden darf,
- die Aufdeckung und Behebung von *Partizipationsdefiziten*, nicht auf Kosten, sondern im Interesse einer auch repräsentativen Demokratie,
- eine pluralistische Theorie der *Verfassungsgerichtsbarkeit* und ihrer Verfahren,¹²⁹ zum Teil auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verbandsklage!),
- die Forderung an das BVerfG, sich der Festlegung auf einen theoretischen Gesamtentwurf zu verfassungsrechtlichen Fragen zu *enthal-*

- ten,¹³⁰ um den pluralistischen Integrationsprozeß des Gemeinwesens nicht zu gefährden,
- Möglichkeiten und Grenzen pluralistischer (Betriebs-, Verbands-, Berufs-, Kirchen-)Gerichtsbarkheit im Gegensatz zur „staatlichen“ Gerichtsbarkheit,¹³¹
 - die Ablehnung von C. Schmitts Freund/Feind-Ideologie als Theorie des Politischen¹³²
 - und die Pluralisierung des Rechts.¹³³

2. (Toleranz-)Grenzen

Pluralismus setzt freilich (Toleranz-)Grenzen: Sie werden aktuell bei der – differenzierten – Abwehr von auf antipluralistische Theorien zurückgehenden Praktiken sowie von entsprechenden ökonomischen Modellen und antipluralistischen wissenschaftlichen Strategien. Poppers „Paradox der Freiheit“ ist auch das Paradox des Pluralismus.¹³⁴ Wo antipluralistische Theorien und Strategien die den Pluralismus konstituierenden Momente *praktisch* in Frage stellen, muß sich die pluralistische Verfassung inhaltlich und in geregelten Verfahren zur Wehr setzen (können). Darum ist ein *gestuftes* Abwehrsystem aufzubauen: der Marxismus-Leninismus z. B. fällt als politisch-aggressiv eingesetzte Doktrin unter das Verdikt des Art. 21 Abs. 2 und 18 GG, nicht aber als „reine Lehre“.¹³⁵ Entsprechendes gilt für die Kunst, die gerade wegen ihrer wechselnden Affinität zum Politischen in offenen Gesellschaften das Signum der Freiheit im Gemeinwesen ist.

3. Die Entwicklungsfähigkeit und -bedürftigkeit der pluralistischen Verfassung und ihrer Theorien

Warum dieses Gewicht auf Pluralismus im allgemeinen, pluralistischen Verfahren im besonderen? Weil sie schöpferische Kräfte der Menschen in Wissenschaft und Kunst, Wirtschaft und Politik freisetzen, weil sie vorhandene Spannungen offenlegen, versachlichen und ausgleichen und damit den Bürgerkrieg und Klassenkampf vermeiden (können);¹³⁶ vor allem: weil sie Ausdruck der pluralistisch verfaßten *Freiheit des Bürgers* sind. Pluralismus bedeutet ein Höchstmaß an öffentlicher und privater Freiheit (Freiheit durch Pluralismus). Er ist ein Maß des Menschen, d. h. anthropologisch begründet!

Damit wird weder einem Harmoniemodell gehuldigt, noch der Konflikt zum „Vater“ und Maß aller Dinge stilisiert. Der Konflikt und Dissens ist *ein* Ausdruck der *res publica*. Die Verfassung hat die inhaltlichen und ver-

fahrensmäßigen Grundsätze der Konfliktaustragung (i. S. *Dabrendorfs*),¹³⁷ z. B. Bereiche und Grenzen des Mehrheitsprinzips¹³⁸ zu umschreiben und das „Gewalt- und Rechtsprechungsmopol“ des Staates glaubhaft und möglich zu machen. Eben dadurch schafft sie aber auch *Konvergenz* und *Konsens*, an denen vielfältig zu arbeiten ist. Beispiele sind die Kompromißbereitschaft der Politiker^{138a} und die Fähigkeit aller Bürger zur Toleranz. Ohne diese Tugend der Bürger läßt sich eine freiheitliche Verfassung nicht halten und „kein Staat machen“.

Zu schützen und ständig zu verfeinern sind die *Bedingungen* dafür, daß die Verfassung im öffentlichen Prozeß Rahmen für viele divergierende und konvergierende öffentliche (und private) Prozesse sein kann.¹³⁹ Diese Bedingungen sind mit den Bedingungen des – freiheitlichen – Pluralismus (im Gegensatz zum „sozialistischen Pluralismus“) identisch.

Die Prozesse verlaufen nicht willkürlich in bezug auf beliebige Inhalte, Bereiche und Menschen bzw. Gruppen. Bestimmte Prozesse sind nur für bestimmte inhaltlich begrenzte Aufgaben und Beteiligte und unter bestimmten Maximen eingerichtet. D. h. z. B.: Die Verfahren *richterlicher* Erkenntnisbildung und Entscheidungsfindung dürfen nicht zugunsten anderer Verfahren beschnitten werden (keine Ausnahmen von Art. 19 Abs. 4 und Art. 92 GG!). Darum bleiben die Zweifel am Abhörurteil des BVerfG.¹⁴⁰ Oder: es gibt – wechselnde – *Grenzen* der Verfassungsgerichtsbarkeit, und: Kommunale Selbstverwaltung, die sich wirklich bürgerdemokratisch und grundrechtlich begründet, muß Raum lassen für Selbstverständnisse.

M. a. W.: Der – variable – *funktionellrechtliche* Gesichtspunkt¹⁴¹ gibt dem Wort vom Prozeßcharakter der Verfassung Strukturen. Gefordert ist, jeweils herauszufinden, für welche Aufgaben welche Arten von Verfahren heute Optimales bewirken können. Hier ein Beispiel: Die gesetzgeberischen oder Verwaltungsverfahren sind stärker in den gesellschaftlichen Bereich hinein zu erweitern (i. S. vermehrter, gestufter Partizipation). Oder: Die Bürgerinitiativen sind verfassungsrechtlich einzubinden.

Konsens und Dissens lassen sich gegenständlich und verfahrensmäßig nicht bereichsartig ein für allemal voneinander abscheiden und festschreiben. So können Konflikte in bezug auf bisher allgemein konsentierete „gesicherte“ Inhalte aufbrechen: man denke an die seit einigen Jahren umstrittenen Lerninhalte in Schulen. Auch für solche Wandlungen sollte die Verfassung des Pluralismus gewappnet sein, konkret durch den demokratischen, öffentlichkeitsorientierten Gesetzesbegriff¹⁴² und die Ausrichtung am Erziehungsziel der Toleranz.¹⁴³ Umgekehrt können bislang umstrittene Bereiche Gegenstand eines Konsensens werden:¹⁴⁴ etwa auf dem Weg der Verfassungsänderung und des sogenannten „Verfassungswandels“. Im –

variablen – Wechselspiel von Dissens und Konsens entsteht die – offene – Einheit der *res publica*, erwächst die produktive Kraft des Pluralismus.

Diese Konzeption setzt die ständige Weiterentwicklung des Pluralismus als *Verfassungstheorie und Verfassungspraxis* voraus. Sie hat sich selbst dem Postulat des *kritischen Rationalismus* nach fortwährender Kontrolle und Kritik gerade im Sinne des Möglichkeitsdenkens zu stellen. Auch der „*konstitutionelle Pluralismus*“ muß sich *selbstkritisch* (etwa mit Hilfe fremder Theorieelemente) gegen die Verführung der oft bequemen, immunisierenden Dogmatisierung wehren. Zu fragen ist, wie die immer wieder drohende harmonistische Gruppengleichgewichtsideologie zu korrigieren ist, wie gesellschaftliche Gruppen „relevant“ werden (können), wie an die Stelle eines *quantitativen* Sozialstaatsdenkens, auch im Blick auf den *Kulturstaat*, ein *qualitatives* tritt: nicht in noch größerer Ausweitung staatlicher Leistungen, sondern durch Intensivierung ihrer Effizienz und schrittweise Neuverteilung der Lasten bei etwaigem Nullwachstum. Nur diese Lockerung der Fixiertheit auf die Wirtschaft, nur diese Aktualisierung des Kulturstaats ermöglicht Identifizierung des Bürgers mit seinem Gemeinwesen.

Diese Sicht schafft die Ebene, von der aus Kritik am „real existierenden Pluralismus“ vom normativen Pluralismuskonzept der freiheitlichen Verfassung her jederzeit möglich wird und notwendig ist.¹⁴⁵ Ich erinnere an Reformanliegen wie Fusionskontrolle, Verbesserungen des Minderheitenschutzes, Sozialpflichtigkeit der Verbände, negativ an die etablierte 5%-Klausel im Parteienrecht. Verfassung und Verfassungstheorie des Pluralismus sind die Verfassung und Theorie schrittweiser Reformen i. S. von Poppers Stückwerk-Technik.¹⁴⁶ Insofern geht es um „*Pluralismus-Politik*“ als eine Dimension im Rahmen der noch ausstehenden ganzen Verfassungslehre des Pluralismus (ebenso um die Aktualisierung des Kontextbegriffes).¹⁴⁷

Der Verfassungsstaat ist nicht schon deshalb an sein Ende gekommen, weil die klassischen Theorien in vielem nicht mehr ausreichen. Allein die „rechtsstaatliche Verfassung“ im Zentrum der Verfassung, alles andere außerhalb, unter oder gar gegen sie sich abspielen zu lassen, spricht nicht gegen die Verfassungsidee, sondern gegen die Phantasie ihrer heutigen Interpreten, Theoretiker und Politiker. Ein reformpluralistischer Ansatz könnte hier weiterhelfen.

Ich komme zum Schluß: Pluralismus ist ein Stück „Idealität“, ist nie voll erreichte Wirklichkeit, aber auch Chance und darum ständige *Aufgabe*, wie die Verfassung selbst Norm und Aufgabe ist (*Scheuner*).¹⁴⁸ Diese Einsicht sollte zu unserem Grundlagenkonsens gehören. An ihm müssen wir alle tagtäglich arbeiten, nicht zuletzt im Ringen um wissenschaftlichen Pluralismus – wie er in diesem Freiburger Seminar seit 1956 praktiziert wird.

Anmerkungen

- 1 Dazu mein Beitrag: Öffentlichkeit und Verfassung, ZfP 16 (1969), S. 273 ff. („Verfassung als öffentlicher Prozeß“).
- 2 Zur neueren Pluralismuskritik: v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 148 ff. (151 ff. m. w. N.).
- 3 Nachw. in: P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, passim, bes. S. 274 ff., 349 ff., 708 ff.
- 4 – gerade auch in bezug auf die Öffentlichkeitsarbeit „für“ die Verfassung (BVerfGE 44, 125 [147]), s. meine Bespr. von Quaritsch, DVBl. 1978, S. 512 f.
- 5 S. FR v. 29. 12. 1977; FAZ v. 25. 2. 1978, S. 10; v. 19. 4. 1978, S. 2; zu dem von der BReg. dem BR zugeleiteten Entw. (BR-Drucks. 3/78) s. JZ 1978, S. 110*.
- 6 Zu diesem Ansatz mein Beitrag, AöR 95 (1970), S. 86 (112 ff.).
- 7 P. Häberle, JZ 1975, S. 297 ff.; ders., Formen und Grenzen normierender Kraft der Öffentlichkeit in gemeinwohllhaltigen Fragen der Praxis, in: Württemberg (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971, S. 36 ff.
- 8 Dazu mein Mitbericht VVDStRL 30 (1972), S. 43 (56 f.). Allgemein zu „Staat und Gesellschaft“: Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, 1975, jetzt in: Staat und Gesellschaft, hrsg. v. E.-W. Böckenförde, 1976, S. 484 ff.; Ehmke, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, 1962, jetzt ebd., S. 241 ff. – Zur älteren konstitutionellen Staatslehre: v. Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1952, jetzt: Suhrkamp 1974.
- 9 Auch durch die Einbeziehung von Verbänden mit bestimmten, satzungsmäßig festgelegten, „repräsentativen“ Verbandsinteressen sowohl in den Verwaltungsvollzug wie z. T. auch in das Rechtsschutzsystem (Verbandsklage) rücken Staat und Gesellschaft näher zusammen: Das repräsentierte Allgemeininteresse wird subjektiv-rechtlich geltend gemacht (!), ein für individualistisch-positivistische Verständnisse unbegreifbarer Vorgang. Zur AGB-Verbandsklage: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, K., 1977, § 13 Rdnr. 8ff. – Zur UWG-Verbandsklage: BGHZ 41, 314 ff. (318: Materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch aus eigenem Recht, nicht lediglich Prozeßführungsbefugnis).
- 10 S. zur „Entdogmatisierung“ der Gewaltenteilungslehre: Kägi, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, 1961, jetzt in: Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, hrsg. v. Rausch, 1969, S. 286 ff., bes. S. 298 ff.; P. Häberle, Besprechung Schelsky, AöR 100 (1975), S. 645 (648 f.); VVDStRL 35 (1977), S. 121 f. (Diskussion).
- 11 Zu den „Natur- und Kulturbedingungen der staatlichen Einheit“ s. H. Heller, Staatslehre, 4. Aufl. 1970, S. 139 ff.; zur „Werkgemeinschaft der Kultur“ im Kontext sachlicher Integration: Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 45.
- 12 Vgl. die Dokumentation zu den Ereignissen und Entscheidungen im Zusammenhang mit der Entführung von Hanns Martin Schleyer und der Lufthansa-Maschine „Landshut“, 2. Aufl. 1977, Materialien, Schreiben des Regierungssprechers an Chefredakteure mit der Bitte um zurückhaltende Berichterstattung (S. 7* und 40*), Appell des Deutschen Presserates v. 8. 9. 1977 (S. 8*).

- 13 Dazu: *Hopt*, Recht und Geschäftsmoral multinationaler Unternehmen, in: *Gernhuber* (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 279 ff.
- 14 Zum Anschluß demokratischer Verfassungsrechtswissenschaft an die „allgemeine“ Wissenschaft vom Menschen: *P. Häberle*, AöR 102 (1977), S. 27 ff. (67 f.).
- 15 Vgl. dazu: *Podlech*, Wertentscheidungen und Konsens, in: *G. Jakobs* (Hrsg.), Rechtsgeleitung und Konsens, 1976, S. 9 ff. (25) und den Diskussionsbeitrag von *Scheuner*, ebd., S. 31.
- 16 Vgl. zuletzt *Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977.
- 17 *P. Häberle*, JZ 1975, S. 297 ff. – Der Verfassungsinterpretation im weiteren Sinn entspricht die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (und umgekehrt). Zu fragen ist daher, ob nicht enge (vereinseitigende) Interpretationsvorstellungen von geschlossenen Gesellschaftsmodellen (-theorien) ausgehen (dies wäre z. B. bei einer anonymen, amtlich-verbindlichen Verfassungs- und Gesetzeskommentierung der Fall).
- 18 Nun könnte man einwenden, daß weite Bereiche des Lebens „unter“ der Verfassung aus dem Zusammenspiel zwischen Verfassungsinterpreten im engeren und weiteren Sinne deshalb herausfallen, weil zwischen dem bloß Verfassungskonformen, das vielgestaltig ist, und dem Verfassungsgeforderten klar zu unterscheiden ist (*P. Häberle*, AöR 98 (1973), S. 119 (131 f.); 100 (1975), S. 333 (336). Indessen sind nähere oder fernere Verfassungsbezüge auch bei dem „bloß“ Verfassungskonformen erkennbar.
- 19 Darum ist es auch konsequent, daß in den Achten Bitburger Gesprächen über „Kunst und Recht“ neben den Staatsrechtlern *Scheuner* und *Knies* der Düsseldorfer Künstler *Joseph Beuys* referierte (FAZ vom 13. 1. 1978, S. 6).
- 20 S. auch die *pluralistische Tendenz in neueren (Leistungs-)Gesetzen*: § 29 BNatSchutzG (Mitwirkung von Verbänden bei Naturschutz und Landschaftspflege); §§ 11a ff. AbfallbeseitigungsgG (Betriebsbeauftragter für Abfall, der vom Betreiber der Anlage (!) zu bestellen ist, § 11c); § 51 BImSchG: „Anhörung beteiligter Kreise“; § 53 ff. BImSchG (Betriebsbeauftragter für den Immissionsschutz).
- 21 Zu Verengungen wegen des (neo-)marxistischen Ansatzes bei *Hartwich*, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, 1970, meine Kritik: AöR 100 (1975), S. 333 (335 ff.). Vgl. noch *Hartwichs* Reformulierung in FS für G. von Eynern, 1977, S. 137 ff.
- 22 Zur Mitwirkung des Volkes an der Verwaltung durch Deputationen der Hamburger Fachbehörden s. den gleichnamigen Beitrag von *Bull*, in: FS für Ipsen, 1977, S. 299 ff.
- 23 Zur „Erfahrung als Rechtsquelle“ s. das gleichnamige Werk von *Lüderssen*, 1972, bes. S. 68 ff.: zur empirischen Seite des allgemeinen Werturteils. – Erfahrungen werden nicht nur bei der Interpretation, sondern auch bei der Verfassungs- und Gesetzgebung relevant; s. z. B. die, auf historischen Erfahrungen beruhende, Voranstellung der Grundrechte (vor den organisatorischen Teil) im GG. S. auch die Feier des 25jährigen Bestehens der Kommission für Geschichte des Parlamentarismus . . ., 1977: „Weimar als Erfahrung und Argument.“ – „Erfahrung“ wird zur Kontextgröße. Zum „Kontext“: BVerfGE 46, 43 (54 f.).

- 24 Zum menschenrechtlichen Gehalt der Grundrechte etwa beim Problem der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen: BVerfGE 21, 362 (369ff. bzw. S.371): „Bezug zum Menschen.“
- 25 Vgl. BVerfGE 34, 269 (288f.): „Die Norm steht ständig im *Kontext* der sozialen Verhältnisse und der *gesellschaftlich-politischen Anschauungen*, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die *Lebensverhältnisse* und *Rechtsanschauungen* so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, „Recht“ zu sprechen, verfehlen will. Zum anderen stoßen, wie die *Erfahrung* zeigt, gesetzgeberische Reformen gerade dann auf besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse, wenn sie zu Änderungen eines der großen Gesetzgebungswerke führen sollen . . .“ (Hervorhebung vom Verf. – Ein Beisp. für Kontext-Argumentation).
- 26 Man denke an den Wandel vom Verbot der „Sünderin“ (*H. Knef*) in den 50er Jahren bis zur Freigabe *Pasolinis* „120 Tage von Sodom“ (1978). – Zu den „soziologischen und ideologischen Differenzen zwischen Recht und Gesellschaft“ vgl. *Wege*, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977, S. 70 ff.
- 27 *F. Müller*, Juristische Methodik, 2. Aufl., 1976, z. B. S. 117ff., 120f., 180ff. – S. auch seine Unterscheidung zwischen den allgemeinen Vorverständnissen und den besonderen juristischen Vorverständnissen, S. 137, 279.
- 28 Vgl. *Hans F. Zacher*, Was können wir vom Sozialstaatsprinzip wissen?, in: FS für Ipsen, 1977, S. 207 (217f.).
- 28a Vgl. BVerfGE 40, 237 (251): „Einverständnis des Bürgers mit dem Staat.“
- 29 Die Verfassungsinterpretationen im weiteren Sinne sind also mehr als bloße „Faktoren“, sie sind nicht etwa nur terminologisch „Interpretationen“! – S. noch das berufsrichterliche Element im BVerfG (§ 2 Abs. 3 BVerfGG).
- 30 Entsprechendes gilt für die *Partizipationsproblematik*, dazu *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), S. 179ff.
- 31 Dazu mein Beitrag in BayVBl. 1977, S. 745 (749ff.).
- 32 Es gibt Bereiche, in denen die Verfassungsinterpretationen im weiteren Sinne die Ergebnisse der Verfassungsinterpretationen im engeren Sinne „nicht annehmen“: z. B. das „Unterlaufen“ verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung durch den Bundesgesetzgeber; s. BVerfGE 39, 1 ff. (Abtreibungsurteil) und den neuen, weit gefaßten § 218a StGB. Fraglich ist daher, ob der nach der verfassungsrichterlichen Entscheidung verbliebene Spielraum „soweit wie nur irgend möglich“ ausgeschöpft (*Lackner*, StGB-K., 11. Aufl. 1977, Vorb. 1 zu den §§ 218–219d) oder schon unmerklich überschritten wurde. Auch das Umgekehrte kommt vor: Die Verfassungsinterpretationen im engeren Sinne nehmen die Ergebnisse derjenigen im weiteren Sinne nicht an: z. B. das (dauernde) Judizieren an einer „öffentlichen Meinung“ vorbei, das zu Friktionen führen muß hinsichtlich des Ge-

samtkonsenses, an dem Verfassungsinterpreten im weiteren wie im engeren Sinne arbeiten. S. zuletzt das „Unterlaufen“ des Diätenurteils (BVerfGE 40, 296ff.) durch *kumulierte* Erhöhung von zu versteuernden Grunddiäten und steuerfreien Aufwandsfauschalen.

- 33 Jüngstes Beispiel ist der Rücktritt von Verteidigungsminister *G. Leber* wegen Verletzung des Art. 13 GG durch den MAD: FAZ v. 4. 2. 1978.
- 34 Vgl. BVerfGE 30, 336 (347); 33, 1 (14f.); 34, 269 (283); 35, 202 (222f.).
- 35 Vgl. BVerfGE 35, 78 (112f.); 30, 173 (188ff.).
- 36 Dazu *Ossenbühl*, DÖV 1977, S. 801 (806).
- 37 Freilich gilt auch das Entsprechende: Aus den besagten Grundrechtsgarantien folgt zwingend die Kompetenz der Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne zu „ihrer“ Verfassungsinterpretation.
- 38 Es wäre reizvoll, die Wirkungen von Diskussionsbeiträgen auf Staatsrechtslehrrtagungen in der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft zu untersuchen. Herausragend ist *Ipsens* „Junktim-Klausel“ des Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG (VVDSrL 10 [1952], S. 93, 94), seine „Plangewährleistung“ (VVDSrL 11 [1953], S. 129; dazu *H. Krüger*, ebd., S. 139; *Abendroth*, S. 141, *Schüle*, S. 144, *Scheuner*, S. 150; *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970, S. 128f.; *Egerer*, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971, S. 45f.) und seine „Wachstumsvorsorge“ (24 [1966], S. 222, 27 [1969], S. 88) vgl. *Herzog*, Allg. Staatslehre, 1971, S. 117. Gleiches gilt für *Forsthoffs* frühe Thematisierung des Zeitfaktors (VVDSrL 18 [1964], S. 178, aufgegriffen von *Blümel*, Festgabe f. Forsthoff, 1967, S. 133–161; dazu *P. Häberle*, in: JZ 1975, S. 685 [687]; aus der Diskussion zuletzt *Dürig*, in: „Tradition und Fortschritt im Recht“, 1977, S. 21ff., oder für den glücklichen Gedanken der „Klarstellungsfunktion“ des Verwaltungsaktes (*Vogel*, VVDSrL 28 [1970], S. 269, zust. *Bachof*, VVDSrL 30 [1972], S. 194 [233]; *Brohm*, ebd., S. 286; *Erichsen/Martens*, in: *Erichsen/Martens*, Allg. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 132f.). Aufschlußreich ist die Frage, welche Themen wie lange „schlummerten“, dann aber doch aufgegriffen wurden (z. B. *Dürigs* Hinweis auf das Problem „Sachverstand und Politik“ (VVDSrL 24 [1966], S. 106), vgl. *Brohm*, in: Festgabe f. Forsthoff, 1972, S. 37ff.). Die Ergiebigkeit der Diskussionen ist groß, z. B. was die „Eigenständigkeit der Verwaltung“ angeht und zwar über viele Jahre hin (dazu *Nachw.* in meinem Beitrag in BayVBl. 1977, S. 745 (747 Anm. 29). Fruchtbar dürfte die Frage sein, inwieweit Gerichte auf Diskussionsbemerkungen eingegangen sind.
- 39 *Smend*, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Gedächtnisschrift für *Jellinek*, 1955, S. 11ff.; *Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDSrL 17 (1959), S. 11 (39ff.). Daran anknüpfend mein Beitrag: Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, in: Politische Bildung, 1970, H. 3, S. 3ff.
- 40 Dazu *Czajka*, Pressefreiheit und „öffentliche“ Aufgabe der Presse, 1968.
- 41 Dazu *Krebs*, Grundrechtlicher Gesetzgebungsvorbehalt und Pressesubventionierung, DVBl. 1977, S. 632ff.
- 42 Z. B. in den Zeugen Jehovas-Fällen: BVerfGE 23, 127 bzw. 191; dazu mein Diskussionsbeitrag in VVDSrL 34 (1976), S. 110, sowie unten Anm. 78–81.
- 43 Herausragend ist die Ansprache des Bundespräsidenten *Scheel* zur 500-Jahr-

- Feier der Universität Tübingen am 8. 10. 1977, Bulletin 1977, S. 897 ff.: „Kritische Sympathie des Bürgers mit dem demokratischen Staat.“ Sie ist beste Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne.
- 44 Dazu und zum folgenden *P. Häberle*, JZ 1975, S. 297 ff.
- 45 Dabei wird auch die Fremdeinschätzung des Selbstverständnisses (z. B. durch Rspr.) relevant, vgl. einerseits BVerwGE 39, 197 ff., für die Bundesprüfstelle nach dem GjS, andererseits BVerwGE 45, 309 ff. (323 f.): Die „im guten wie im schlechten Sinne parteiische Gemeinde“. – Zum „ethischen Standard“ des GG: BVerfGE 41, 29 (50). Dort auch eine Einschätzung der beiden christlichen Konfessionen (S. 62 ff.). Zum Problem s. auch *Lipphardt*, Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, 1975, S. 38 ff.; *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, bes. S. 233 ff., 244 ff. – Zur Relevanz des Selbstverständnisses pluralistischer Gruppen *meine* Bespr. von *Gerhardt*, Das Koalitionsgesetz, 1977, in: DVBl. 1978, S. 121 f.
- 46 Sie werden *die* verfassungsgestaltende Kraft in Europa als „werdender (bzw. Vor-)Verfassung“, die ihre Identität zwischen Pluralität und Homogenität freilich noch zu suchen hat.
- 47 *P. Häberle*, ZfP 21 (1974), S. 111 (115 FN 33). – S. auch BVerfGE 7, 198 (230, 1. Absatz): Relevanz einer Bundestagsdebatte für die Verfassungsinterpretation. BVerfGE 42, 312 (331): Relevanz einer Regierungserklärung für das „Vorverständnis“ des Art. 140 GG.
- 47a Vgl. DRiZ 1975, S. 88 (Aus der „Deutschen Zeitung“ vom 13. 12. 1974): „In einer am Wochenende veröffentlichten Erklärung hat das Präsidium des Deutschen Ärztetages mitgeteilt, wo seiner Ansicht nach die Grenzen der ärztlichen Pflicht liegen, Leben mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln zu erhalten; wo ein eindeutiger, auf freier Willensbildung beruhender Beschluß des einzelnen Menschen vorliegt, die ärztliche Behandlung abzulehnen und sich ihr sogar aktiv zu widersetzen.“ Kein Arzt dürfe jenseits dieser Grenzen zur *Zwangsernährung* verpflichtet werden.“
- 48 S. die Formulierung in BVerfGE 35, 79 ff. (113): Die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG erstreckt sich „auf alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist. Dies folge unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlicher Erkenntnis“. Diese „Definition“ läßt unterschiedlichen Selbstverständnissen Raum. – Zur Repräsentationsfunktion von Wissenschaft s. auch *v. Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 315 ff.
- 49 Dazu mein Aufsatz: Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien- und Bürgerdemokratie, JZ 1977, S. 361 ff.; zuvor in VVDStRL 33 (1975), S. 134 (136) (Diskussion). – Zur Relevanz bürgerdemokratischer Konzeptionen für ein vereintes Europa s. den *Tindemanns-Bericht* v. 29. 12. 1975 über die Europäische Union, Bulletin EG Beil. 1/76, S. 29 ff.: „Das Europa der Bürger“; dazu: *Grabitz*, Die Grundrechte der Europäischen Union. Das Europa der Bürger?, in: *Schneider/Wessels* (Hrsg.), Auf dem Weg zur Europäischen Union?, 1977, S. 167 ff.
- 50 Dazu mein Beitrag in JZ 1976, S. 377 (382 f.); zuletzt: BVerfGE 40, 296 (299 ff.); 42, 133 (136 f.); 43, 34 (40 f.), 79 (85 ff.), 213 (220 ff.).

- 51 Nachw. und Kritik bei *P. Häberle*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1ff. (31 mit FN 120).
- 52 Zu Beispielen *ders.*, AöR 95 (1970), S. 86 (96 ff., 112 ff.); *ders.*, Öffentliches Interesse, S. 351 ff.
- 53 Zu Beispielen s. *ders.*, in: AöR 95 (1970), S. 260 (287 ff.).
- 54 Dazu und zu dessen Grenzen: BVerfGE 33, 125 ff. (Facharzt-Beschluß), bes. S. 156 f.: „Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könnte.“ Zu der E. auch *P. Häberle*, DVBl. 1972, S. 729 ff.; allgemein *ders.*, JZ 1975, S. 297 ff.
- 55 S. meine Belege in AöR 95 (1970), S. 86 (90 ff.); s. in diesem Zusammenhang auch die E. zur Zulässigkeit einer vorzeitigen Vorlage gem. Art. 100 GG, „wenn die Vorlagefrage von allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung für das Gemeinwohl und deshalb ihre Entscheidung dringlich ist“ (BVerfGE 47, 146, zu OVG Münster, KKW-Kalkar).
- 56 BVerfGE 48, 127.
- 57 Dazu: BVerfGE 1, 264 (278); 2, 380 (402); 11, 64 (70); 28, 119 (142); s. auch BVerfGE 14, 263 (278) und E 19, 268 (270). In diesem Zusammenhang dürfte aber immer bedenklicher werden, noch länger an dem „Dogma“ der „eigenen Leistung“ (BVerfGE 14, 288 [294], 18, 392 [397]; 45, 142 [170]) bei öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG festzuhalten. S. auch *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rdnr. 37. Inhalt und Grenzen des Eigentums lassen sich letztlich nur vom aktualisierten öffentlichen Konsens her bestimmen – das sollte der Wandel des Eigentums in den letzten Jahrzehnten deutlich genug sagen! Und das bestätigt den Ansatz „Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß“.
- 58 S. die Entwicklung von BVerfGE 20, 56 ff.; 24, 300 ff. (Parteifinanzungsurteile) zu BVerfGE 41, 399 (Wahlkampfkostenerstattung für unabhängige Bewerber) und BVerfGE 44, 125 ff. (Wahlwerbung der Bundesregierung): von der *Leibholz*schen Parteienstaatslehre zur mehr bürgerdemokratischen Konzeption des Parteienstaates, dazu mein Beitrag, JZ 1977, S. 361 ff.
- 59 Dabei geht es um folgenorientierte Interpretation wie auch, bei komplexen, d. h. besonders bei leistungsstaatlichen Erscheinungen, um dogmatikgesteuerte, funktions- und kompetenzgerechte Beschränkung der Folgenberücksichtigung. – Vgl. allgemein mein Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, z. B. S. 711.
- 60 Allgemein steht die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ der diskursiven Begründbarkeit von Wahrheit (*Habermas*) näher als dem *Luhmann*schen Konzept der Legitimation durch Verfahren i. S. der faktischen Abnahme

- von Entscheidungen: Idealliter müssen sich Legitimation durch Verfahren und *Legitimation durch Begründung* (so der Titel von *Eckhold-Schmidt*, 1974) denken. Dies ist nur möglich durch die genannte Offenlegung von Interessen und Ideen wie durch die Bestimmung *realer* Paritäten in der pluralistischen Gesellschaft.
- 61 Zu dessen stabilisierender und rationalisierender Funktion: *Hesse*, Grundzüge . . . , 10. Aufl. 1977, S. 14 ff. – Nach *Fr. Müller* (Einige Leitsätze zur Juristischen Methodik, 1974/76 jetzt in: *Dreier/Schwegmann*, Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 248 ff. [250]) ist die Wortlautinterpretation nur „in den seltenen Fällen echter Subsumtion . . . allein tragfähig“. Hier entfalte sie in positiver Richtung nur Indiz-, in negativer Grenz Wirkung. – Zur (begrenzten) Nützlichkeit semantischer Analysen allgemein: *Koch*, in: *ders.* (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindungen, 1977, S. 15 ff., 29 ff., 56 ff.
- 62 *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; dazu *F. Renner*, Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert, 1968, S. 488 ff.
- 63 S. dazu *Hopt*, Die dritte Gewalt als politischer Faktor, 1969, S. 63 ff., 175 ff., 202 ff. (205 f.: breiter Konsensus als Bedingung für die Macht des Supreme Court); *Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, 1972, S. 12 ff. (s. das Wort von *Woodrow Wilson*, ebd., S. 13, der Supreme Court sei eine Art „constitutional Convention in continuous session“), S. 320 ff.; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959, S. 15 f., 418 ff.
- 63a S. jetzt die E. des BVerfGE 47, 46 und EGMR, NJW 1977, S. 487 ff. (für Dänemark). – Hintergrund des Streits um den Sexualkundeunterricht sind letztlich Fragen des Art. 4 GG, vor allem das Toleranzprinzip. Die Schule sollte in einem tieferen und weit über den religiösen Sinn hinaus als „Gemeinschaftsschule“ verstanden werden, so wie die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten nicht ohne den Kontext von Gemeinschaft(en) hält.
- 64 Dazu die interdisziplinäre Arbeit *Rüpkes*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976 (mit informations- und kommunikationstheoretischem Ansatz) und meine Kritik in: FS Boorberg Verlag, 1977 (Hrsg.: *W. Schmitt Glaeser*), S. 47 (76 FN 125).
- 65 BVerfGE 35, 202 (233); vgl. auch E 44, 197 (203).
- 66 Zu diesem Konzept: *P. Häberle*, JZ 1977, S. 361 ff.
- 67 Vgl. meinen Beitrag in FS für Küchenhoff, 1972, S. 453 (465, 472).
- 68 Dem Richter kann letztlich niemand die Entscheidung abnehmen.
- 69 Zu seinem protestartigen Fernbleiben von der „konzertierten Aktion“ im Juli 1977, vgl. z. B. FAZ v. 6. 7. 1977; SZ v. 5. 7. 1977.
- 70 Zum Stand der inhaltlichen Diskussion s. z. B. *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und das GG, 1977; *Papier*, ZHR 142 (1978), S. 71 ff.
- 71 Dazu *P. Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 95 f., 457, 475 ff., 501 ff.
- 72 Vgl. mein Beispiel, ebd., S. 501 ff.
- 73 BVerfGE 12, 205.
- 74 Dazu *J. Lücke*, Die Rundfunkfreiheit als Gruppengrundrecht, DVBl. 1977, S. 977 ff.

- 75 BVerfGE 30, 336 (347); 33, 1 (14f.); s. auch E 35, 202 (222f.).
- 76 BVerfGE 34, 269 (293).
- 77 Zu „Öffnungsklauseln“ bei Zeitungen zuletzt die gleichnamige Schrift von *J. v. Münch*, 1977.
- 78 BVerfGE 28, 324 (347ff.); 29, 57 (65ff.), 71 (78ff.); 35, 283 (296); 37, 154 (165ff.), 363 (400).
- 79 BVerfGE 35, 348 (355f.).
- 80 BVerfGE 35, 382 (400ff.); 38, 52 (57ff.); 40, 95 (100); 42, 120 (123ff.); 43, 212f. – S. auch BVerfGE 42, 64 (77): Der Schutz des Eigentums muß sich in einem sozialen Rechtsstaat auch und gerade für den sozial Schwachen durchsetzen. Für das Nichtehelichenrecht: F. 25, 167.
- 81 BVerfGE 35, 202 (236); vgl. auch BVerfGE 43, 1 (19).
- 82 Dazu mein Beitrag in: *Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1978, S. 293 (305ff.).
- 83 Dazu *P. Häberle*, Verfassungsprinzipien „im“ Verwaltungsverfahrensgesetz, in: FS Boorberg Verlag, 1977, S. 47 (66ff.) sowie in VVDStRL 30 (1972), S. 43 (86ff.) und BayVBl. 1977, S. 745 (748).
- 84 Zur „freien Auseinandersetzung der Ideen und Interessen“ . . . „die für das Funktionieren dieser Staatsordnung lebensnotwendig ist“: BVerfGE 12, 113 (125), vgl. auch E 5, 85 (204f.); E 7, 198 (208); E 41, 65 (78): „Pluralität der Gesellschaft“; E 41, 29 (50), 88 (107): „pluralistische Gesellschaft“; E 33, 1 (15): „. . . ist in einem pluralistisch strukturierten und auf der Konzeption einer freiheitlichen Demokratie beruhenden Staatsgefüge jede Meinung . . . schutzwürdig.“ – (Vor dem Forum des BVerfG „wanderte“ das Pluralismusproblem zwischen Art. 5 GG und Art. 4 GG!)
- 85 Ansätze in meinem Beitrag „Zeit und Verfassung“, ZfP 21 (1974), S. 111 (115, 117, 122) sowie in JZ 1975, S. 297 (298); Verfassungsrechtswissenschaft als „Erfahrungswissenschaft“. Wichtig: *Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972, bes. S. 50ff.; – s. auch das *Habermas*-Zitat, ebd., S. 66: „Die Paradigmen, die die theoretischen Ansätze tragen, stammen . . . aus den Primärerfahrungen des Alltags.“ Kritisch: *Esser*, Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie, in: *Gernhuber* (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 113ff. (128: Erfahrung allein erbringe keine normativen Gesichtspunkte). – Vgl. noch das berühmte (freilich wohl eher aphoristische und daher nicht unproblematische) Wort des US-Richters *O. W. Holmes* (zit. nach *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, erg. Ausgabe 1972, S. 40 FN 19): „The life of the law has not been logic; it has been experience“; zum verfassungsrechtlichen Problemendenken, das durch einen „schubweisen Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fall-Praxis und den Formkräften der Schule“ (*Esser*) bestimmt wird, s. *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (99f.). – Zur „Werterfahrung“ *Hübmann*, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 13f., m. w. N. und dem *Radbruch*-Beispiel: Aufgabe der relativistischen Einstellung aufgrund der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus. Zur Hermeneutik als Erfahrung und grammatische Analyse zugleich s. *Habermas*, Erkenntnis und

Interesse (1968), 1973, S. 204 ff. – S. auch BVerfGE 43, 291 (317): Abhängigkeit der Würdigung vom „Stand der jeweiligen Erfahrung“.

- 86 Jüngstes Beispiel ist die Kritik (*Filbingers*) an den bundesstaatlichen „Gemeinschaftsaufgaben“ (Art. 91a und b GG), z. B. FAZ v. 9. 1. 1978, S. 8.
- 87 Zu Gerechtigkeiturteilen als komparativen Urteilen *Esser*, in: *Gernhuber* (Hrsg.), a.a.O., S. 129.
- 88 S. auch die Überlegungen im Berner Gastvortrag, Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZSR 1978, S. 1.
- 89 Dazu mein Beitrag in AÖR 102 (1977), S. 27 ff.
 „Erfahrung“ taucht bei den Klassikern der Staatstheorie in langer Tradition an zentralen Argumentationsstellen auf: So etwa in *Montesquieus* „*De l'esprit des lois*, XI. Buch, 4. Kap. (zit. nach der Reclam-Ausgabe 1976, S. 211: „Eine ewige Erfahrung lehrt jedoch, daß jeder Mensch, der Macht hat, dazu getrieben wird, sie zu mißbrauchen“), in *Humboldts* „*Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*“ (Reclam-Ausgabe 1967, unter XV, S. 189: „nach der Erfahrung aller Zeitalter“), in *Rousseaus* Gesellschaftsvertrag (4. Kap. Reclam-Ausgabe 1977, S. 121: „Jeden Tag lehrt uns die Erfahrung . . .“) und in *Mills* „Über die Freiheit“ (Reclam-Ausgabe 1974, 2. Kap., S. 30: „Er [sc. der Mensch] ist fähig, seine Mißgriffe durch Diskussion und Erfahrung richtigzustellen. Nicht durch Erfahrung allein: Diskussion tut not, um zu zeigen, wie die Erfahrung zu deuten ist.“ S. auch S. 59 ebd. sowie 3. Kap., S. 80: „gesicherte Ergebnisse menschlicher Erfahrung . . . Erfahrung auf die ihm gemäße Weise nutzte und auslegt“).
- 90 „Reformismus“ meint den Willen zur Reform um ihrer selbst willen (er zehrt sich letztlich selbst auf) bzw. um jeden Preis: Reformen bedürfen aber einer Einordnung in das Koordinatensystem bestimmter Ziele, was auch eine Bewertung der zu erwartenden „Kosten“ im weitesten Sinn und der Folgen verlangt. Reformen *als solche* für gut zu halten, ist ebenso fragwürdig, wie das Bewahren als solches im Sinne des Konservativismus fragwürdig wäre.
- 91 Es bleibt die Frage, wie Erfahrung „transportiert“, wer sie wie bewertet, insbesondere kritisiert und wer sie – nach welchen Kriterien – vermittelt. Die „erfahrene, gewissenhafte Öffentlichkeit“ wird hier relevant. – Dieser verfassungstheoretische Einbau der Erfahrung, „*de lege lata*“ nachweisbar in Experiment- und Erfahrungsklauseln, die von der Gegenwart und Zukunft her arbeiten (dazu: *P. Häberle*, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21 [1974], S. 111 [132 ff.]), will freilich keinem „Denkmalschutz“ das Wort reden! Erfahrungen können trügen, sie haben oft getrogen; sie sind kein *deus ex machina*, aber kritisch ausgelegt (vgl. *Mill*, *Über die Freiheit*, Reclam-Ausgabe 1974, 2. Kap., S. 30), können sie im politischen Gemeinwesen als Sache für den Menschen hilfreich sein. Erfahrung und Rationalität sind keine Gegensätze. – Zur neuen Diskussion über die Psychoanalyse als Erfahrungswissenschaft: *NZZ* v. 7. 4. 1978, Fernausgabe Nr. 79, S. 37.
 Die *Erfahrung* spielt als Argument eine große Rolle im „*Federalist*“ von *Hamilton*, *Jay* und *Madison* (Ausgabe *Ermacora*, 1958: z. B. S. 49, 55, 103, 106 f., 128, 154, 164, 190 f., 206. Vgl. bes. S. 55: „Laßt euch von der Erfahrung, der unfehlbaren Führerin in die Tiefen der menschlichen Natur, Antwort auf diese Fragen

geben.“ – S. 128: „Die Erfahrung ist die unfehlbare Autorität für die Wahrheit einer Sache; und wo sie unzweideutige Antworten gibt, sollten diese als endgültig und heilig hingenommen werden.“).

- 92 Von „Wissenschaftspluralismus“ spricht z. B. das Sondervotum *Simon/Rupp-v. Brünneck*, BVerfGE 35, 149 (157, 164).
- 93 Angesprochen ist die seit *F. Böhm* oft betonte Parallele zwischen wirtschaftlichem Wettbewerb und demokratischem Prozeß. Der wirtschaftliche Wettbewerb in der EG als „offener Prozeß“ könnte Wegbereiter eines demokratischen Europas werden. – Dem Pluralismuspostulat widerspricht etwa des DBG-Vorsitzenden *Vetter* jüngste Kritik an der konzertierten Aktion: „Zu viel Stimmen im Konzert“ (FAZ v. 12. 1. 1978, S. 9). Gerade die Anreicherung durch viele „repräsentative“ Gruppen am „runden Tisch der kollektiven Vernunft“ entspricht dem Pluralismuskonzept. Vgl. auch die neue „konzertierte Aktion in Weiß“ im Gesundheitswesen.
- 94 Fragwürdig daher BVerfGE 44, 197 (201 ff.); zutreff. Kritik in der abw. Meinung *Rottmann/Geiger*, ebd., S. 205 ff.
- 95 Z. B. über das Diätenurteil: BVerfGE 40, 292, dazu mein Beitrag in NJW 1976, S. 537 ff.
- 96 Interpretation ist ein pluralistischer Vorgang („Methoden- und Beteiligtenpluralismus“). Einzelheiten in meinem Beitrag JZ 1975, S. 297 ff. (Untertitel: „pluralistische und prozessuale Verfassungsinterpretation“). – Zum „dogmatisch scheinbar anstößigen Fall offener Meinungspluralität“ als Normalfall für Rechtsbeurteilung wie Tatsachenwürdigung: *Esser*, a.a.O., S. 129.
- 97 Das Verfassungsrecht ist z. T. vom Verwaltungsrecht her neu zu durchdenken; s. meinen Beitrag in BayVBl. 1977, S. 745 ff.
- 98 Zu Bereichen, die „nicht dem freien Spiel“ der gesellschaftlichen Kräfte allein überlassen, sondern vom Staat in Vorsorge genommen worden sind: BVerfGE 41, 29 (49). Vgl. auch BVerfGE 31, 314 (325).
- 99 Ohne Minimalkonsens zwischen Regierung(s-Parteien) und Opposition(s-Parteien) ist kein demokratischer Staat zu machen.
- 100 Neben der fast täglichen rentenpolitischen Bezugnahme auf den „Generationenvertrag“ finden sich aktuelle Hinweise auf den Gesellschaftsvertrag z. B. bei *H. v. Hentig*, Briefe zur Verteidigung der Republik, 1977, S. 80.
- 101 Das zeigt auch seine Konfrontation mit dem sogenannten „sozialistischen Pluralismus“; dazu *Kremendahl* (FN 104), S. 410 ff.
- 102 Vgl. BVerfGE 41, 29 (50).
- 103 Verfassungstheorie und Gesellschaftstheorie bedingen sich wechselseitig insofern, als z. B.: die Sachgehalte der Verfassung (bes. Art. 5 GG) die „Wahl“ des gesellschaftstheoretischen Ansatzes steuern und andererseits Gesellschaftstheorie auf die offene Verfassung(stheorie) Einfluß nimmt.
- 104 Eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik jetzt bei *Kremendahl*, Pluralismustheorie in Deutschland, 1977, S. 94 ff., 105 ff., 261 ff., 302 ff., 382 ff., 406 ff. – Zum Problem „Souveränität und Pluralismus“ mein Beitrag in AöR 92 (1967), S. 259 (283).
- 105 Zur „Offenheit“ der Ordnung des Grundgesetzes allgemein *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland, 10. Aufl., 1977, S. 12 ff., 16 f., 66, 133, 180, 282.

- 106 *Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Verh. des 45. Dt. Juristentages, Bd. 2 B, 1965; s. auch *ders.*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 5. Aufl. 1973, S. 197ff.; *Scheuener*, Politische Repräsentation und Interessenvertretung, DÖV 1965, S. 577ff.; *ders.*, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: G. Jakobs (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, 1976, S. 33 (43ff., 51: „Das entscheidende Moment der pluralen Struktur der politischen Gemeinschaft ist demnach nicht in der Erwartung einer ausgleichenden Wirkung der Offenheit gegenüber verschiedenen Strömungen zu suchen, sondern in der Verhinderung von solchen Herrschaftsmomenten, die in der Festlegung auf bestimmte Anschauungen und politische Richtungen unter Ausschluß der Entfaltung anderer Kräfte bestehen. Der Pluralismus zeigt sich vor allem auch in der Sphäre der Öffentlichkeit, deren Kritik in der Gegenwart die wichtigste Gegenwirkung gegen die herrschende politische Richtung darstellt.“); *Herzog*, Ev. Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 1848ff.; *K. Loewenstein*, Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, S. 367ff.; *Hans F. Zacher*, Pluralität der Gesellschaft als rechtspolitische Aufgabe, in: Der Staat 9 (1970), S. 161 ff.; *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 181, 186f., 233ff., 244ff.; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem GG, 2. Aufl. 1977, S. 83ff., 447; s. noch bei Anm. 132.
- 107 Dazu *P. Häberle*, AöR 95 (1970), S. 86ff., 260ff. – unter Hinweis auf *Fraenkel* (ebd., S. 261, 279); *ders.*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, bes. S. 54ff., 68f., 560f., 706, 708ff.
- 108 Mein Beitrag: Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, DÖV 1976, S. 73ff.
- 109 Dazu mein Beitrag, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297ff.; s. auch *Göldner*, Integration und Pluralismus im demokratischen Staat, 1977, S. 77ff.; dazu meine Bespr. in DÖV 1978, S. 257f. – Zum Verfassungsprozeßrecht mein Beitrag in JZ 1976, S. 537ff. Bei seiner Anwendung (z. B. bei Partizipationsinstrumenten) kommt es zu pluralistischer Verfassungsinterpretation.
- 110 Dazu statt vieler *Kremendahl*, a.a.O., S. 362ff. und 391ff.
- 111 Einzelheiten in meinem Beitrag JZ 1975, S. 297 (302 Anm. 68). – Der Versuch des Aus- und Aufbaus der „leistungsstaatlichen Seite“ der Grundrechte wäre ohne den (herkömmliche Dogmen aufbrechenden) kritischen Rationalismus schwer denkbar (dazu mein Mitbericht VVDStRL 30 [1972], S. 43 [69ff., 72f.]).
- 112 Zum Denken „aus“ Verfassungen mein Beitrag AöR 102 (1977), S. 27 (28f., 38ff.).
- 113 Zu einzelnen Pluralismusegehalten im GG vgl. unten Anm. 117, 120.
- 114 Wegen des hohen Stellenwerts der Verfassungsinterpretation wird das Stichwort von der „Verfassung als öffentlichem Prozeß“ (1969) fortentwickelt zum Titel dieses Vortrags: „Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß“. Vgl. auch die bewußte Zuspitzung in meinem Beitrag „Zeit und Verfassung“, ZfP 21 (1974), S. 111 (127): „Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen.“ Entsprechend vertieft und verbreitert sich die Rolle der Interpretation „vor“ dem Erlaß von Verfassungen: in den Verfahren der Verfas-

- sungsgebung (dazu mein Berner Gastvortrag „Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung“, ZSR 1978, S. 1ff.) und der Verfassungsänderung.
- 115 Die *Sachgehalte* pluralistischer Verfassungen wie des GG sind also Teilelemente eines wissenschafts- und gesellschaftstheoretischen Pluralismuskonzepts, sie bilden dessen beste „Beweisstücke“, machen es aber nicht etwa überflüssig. Anleitend ist Theorie auch für den, der glaubt, „nur“ von der „positiven“ Verfassung ausgehen zu können. Denn was positive Verfassung ist bzw. hergibt, erschließt sich erst „aus“ ihrem Verständnis im Lichte bestimmter Theorien.
- 116 Es bleibt die Frage, ob und wie pluralistische Verfassungstheorie das vielzitierte „dialektische Gesetz des Pendels“ verarbeiten kann, wonach alles auch sein Gegenteil hervorbringt: dem Zuviel an Öffentlichkeit und Staat folgt gerne und bald ein Zuwenig (privates „Ohne-Mich“), einem Zuviel an Rechten und Ansprüchen (im Leistungsstaat) ein Zuviel an Pflichten, einem Übermaß an Kritik des Hergebrachten ein Übermaß an blindem Vertrauen, der Akzentuierung des Harmoniemodells die des Konfliktmodells usw.
- 117 E 2, 1 (12f.). – Zur „freien Bildung der öffentlichen Meinung, die sich im freiheitlich demokratischen Staat notwendig ‚pluralistisch‘ im Widerstreit verschiedener . . . in Freiheit vorgetragener Auffassungen . . . vollzieht“: BVerfGE 12, 113 (125).
- 118 Anders, d. h. eher für eine Unterbewertung des Bundesstaatsprinzips im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG aber *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 318 FN 30. – Die formellen Bund/Länder-Streitigkeiten, aber auch die materiellen (im Gewand von abstrakten Normenkontrollen, Organstreitigkeiten usw.), von oppositionellen Ländern wie Hessen der 50er und früher 60er Jahre unter *Zinn* eingeleitet, sind ebenso fruchtbar wie die der sogenannten B-Länder (d. h. nicht sozialliberal regierten Länder) der 70er Jahre. Diese Sicht des Föderalismus wirkt sich zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit als korrelativer Institution des Pluralismus aus.
- 119 Das optimale *bundesstaatliche* Pluralismusmodell steht noch aus. Entscheidend ist der grundsätzliche Zusammenhang von Bundesstaats„form“ und Pluralismus. Er wird bestätigt durch die jüngsten Entwicklungen in Spanien (Katalonien, Baskenland) und England (Schottland). Ihre Regionalisierungstendenzen zielen auf Bundesstaatlichkeit, sind Reaktion auf die vom Absolutismus erzwungenen Einheitsstaaten, so daß man in einer zukünftigen bundesstaatlichen europäischen Union i. S. des *Tindemans*-Berichts (1975) sowohl in mehreren Mitgliedstaaten als auch auf europäischer Ebene eine Bundesstaatlichkeit hätte, im ganzen also eine Art „*doppelte Bundesstaatlichkeit*“ (in einzelnen Mitgliedstaaten *und* in der Europäischen Union). Das würde die Attraktivität des Bundesstaats als gewaltenteilendes pluralistisches Modell erhöhen und weitere Regionalisierungs- (und Föderalisierungs-)tendenzen nahelegen. – Nach einer Allensbach-Umfrage ist der Föderalismus in der BR Deutschland populär geworden (FAZ v. 22. 2. 1978, S. 5).
- 120 Zu einzelnen Pluralismusegehalten im GG vgl. z. B. die „Pluralismus-Artikel“ (im engeren und weiteren Sinn): 3 Abs. 3; 4 Abs. 1 und 2; 5 Abs. 1 und 3; 7 Abs. 2, 4 und 5; 8 Abs. 1; 9 Abs. 1 und 3; 20 Abs. 1/21 Abs. 1; 28 Abs. 1 und 2; 29 Abs. 1; 33 Abs. 1–3; 74 Ziff. 3; 75 Ziff. 1a; 140 i. V. m. Art. 136, 137, 141 WRV. – Plura-

- lismusgefährdend könnte sich Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 auswirken. – Zu den pluralismusgefährdeten Erscheinungen (Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, Lobbyismus, „pressure groups“, Beraterverträge) s. etwa Art. 74 Ziff. 16 GG; Anl. 1 zur GO BT (Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages) und Anl. 1a zur GO BT (Registrierung von Verbänden und deren Vertretern).
- 121 Dazu mein Aufsatz „Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichen-denkens“, AöR 102 (1977), S. 27 ff.
- 122 Dazu der Berner Gastvortrag: „Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung“, ZSR 1978, S. 1 ff. Gleiches gilt für die (interpretierte) Verfassungsänderung.
- 123 Dazu mein Beitrag in AöR 92 (1967), S. 259 (280, 283); vgl. auch *Schlaich*, a.a.O., S. 256; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem GG, 2. Aufl. 1977, S. 94; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (154 f.).
- 124 Vgl. meinen Diskussionsbeitrag: VVDStRL 28 (1970), S. 110, 111 f., 117; zustimmend z. B. *Obermayer*, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1971, Art. 140 GG Rdnr. 60.
- 125 Seit BVerfGE 12, 205.
- 126 Zur verfaßten Gesellschaft s. meinen Versuch, DÖV 1976, S. 73 ff.
- 127 Dazu *Schelsky*, Systemüberwindung, Demokratisierung, Gewaltenteilung, 1973, und meine Bespr. in AöR 100 (1975), S. 645 ff. – Verteilungsprobleme gibt es nicht nur in bezug auf Besitzstände, Zukunftserwartungen usw., sondern auch in bezug auf die Freiheit selbst.
- 128 Dazu mein Beitrag in AöR 98 (1973), S. 119 (125 ff.).
- 129 Dazu *P. Häberle*, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff. (bes. S. 26 ff., 34 ff.).
- 130 Vgl. meinen Beitrag in JZ 1977, S. 361 (370 f.).
- 131 BVerfGE 18, 241 (253 ff.); 26, 186 (194 ff.); 22, 42 (47 ff.); dazu meine Bespr. in DÖV 1965, S. 369 ff.; *Menger*, JuS 1966, S. 66 ff. und mein Beitrag AöR 92 (1967), S. 258 (283).
- 132 Im Sinne eines pluralistischen Politikbegriffs z. B. *Fraenkel*; dazu *Kremendahl*, a.a.O., S. 205 f. – Kritik am Freund/Feind-Denken, gerade in jüngster Zeit, z. B. bei *H. v. Hentig*, in: Briefe zur Verteidigung der Republik, 1977, S. 75; *Walter Jens*, ebd., S. 89. – Vgl. bereits die Kritik *H. Hellers*, Staatslehre, 4. Aufl. 1970, S. 9 (am Freund/Feind-Denken), S. 206 f. (im Zusammenhang mit dem Begriff des Politischen), S. 253, 264 f. (Kritik am Dezisionismus), S. 274, 276 f. (am Verfassungsbegriff).
- 133 *P. Häberle*, AöR 102 (1977), S. 27 (35).
- 134 Dazu *Kremendahl*, a.a.O., S. 413. S. auch meine Bespr. in FAZ v. 7. 7. 1978.
- 135 Im Sinne von BVerfGE 5, 85 (LS 7 und 145 f.).
- 136 Zur Legitimation der Verfahren: mein Beitrag, JZ 1975, S. 297 (300 Anm. 46).
- 137 Dazu *Kremendahl*, a.a.O., S. 39.
- 138 Dazu im Blick auf *Scheuner* mein Beitrag in JZ 1977, S. 241 ff.
- 138a BVerfGE 37, 401 (408), Abw. Mg.: Legiferieren als politischer Prozeß bei Meinungsverschiedenheiten in der Demokratie ein *Kompromiß*.
- 139 *Poppers* „öffentlicher Charakter der wissenschaftlichen Methode“ (Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 2, 3. Aufl. 1973, S. 267 ff.) führt notwendig zur

Qualifizierung der Verfassung als öffentlicher Prozeß. „Wissenschaftliche Objektivität“ ist nicht ein Ergebnis der Unparteilichkeit des einzelnen Wissenschaftlers, sondern ein Ergebnis des sozialen oder öffentlichen Charakters der wissenschaftlichen Methode (*Popper*, ebd., S.270). Es zeigt sich, wie unverzichtbar die Öffentlichkeit der Prozesse der Auslegung und Fortbildung der Verfassung und ihr zugehöriger Wissenschaften ist.

- 140 E 30, 1 ff. Dazu meine Kritik in JZ 1971, S. 145 ff. und *H. H. Rupp*, NJW 1971, S. 275 ff.
- 141 Im Sinne von *Ebmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73 f.) und *Hesse*, a.a.O., S. 29, 32 f.
- 142 Dazu zuletzt *Kisker*, NJW 1977, S. 1313 ff.; BVerfGE 45, 400 (417 f.).
- 143 Sie rückt in der Rechtsprechung des BVerfG immer stärker in den Vordergrund, vgl. z. B. E 41, 29 (51 f.), 65 (78, 83), 88 (108); s. auch E 33, 23 (32); E 12, 205 (263); E 31, 314 (326 f.): „gegenseitige Achtung“. – S. auch Art. 131 Abs. 2, 159 Abs. 2 Verf. Bayern. – Schulische Erziehungsziele tragen die Verfassung von unten.
- 144 Z. B. die – wissenschaftlich vorbereitete – Verabschiedung des „besonderen Gewaltverhältnisses“ durch BVerfGE 33, 1 ff.
- 145 Vgl. meinen Diskussionsbeitrag in VVDStRL 29 (1971), S. 125 (126).
- 146 Dazu meine Hinweise in AöR 99 (1974), S. 437 (452 f., 462 ff.); 98 (1973), S. 119 (130). – Das Bekenntnis zu wissenschaftlichem Optimismus (gegen den wissenschaftlichen Pessimismus *Schelskys* s. meine Besprechung in AöR 100 [1975], S. 645 [650]) kann (nur) der kritische Rationalismus einbauen.
- 147 Die Trias von Kontextbegriff, erfahrungswissenschaftlichem Ansatz und kulturverfassungsrechtlichen Gehalten grundiert die Offenheit der Verfassung.
- 148 Jüngstes Beispiel für Aufgabendenken: BVerfGE 45, 297 (331); 46, 268 (297); 47, 46 (80).

3. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreteten*

Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation

I. Grundthese, Problemstand

1. Die bisherige Fragestellung der Theorie der Verfassungsinterpretation

Die Theorie der Verfassungsinterpretation stellt sich bisher im wesentlichen zwei Fragen:

- die Frage nach den Aufgaben und Zielen der Verfassungsinterpretation¹
- die Frage nach den Methoden (Verfahren) der Verfassungsinterpretation (Auslegungsregeln).²

Vernachlässigt ist das Problem, in welchem systematischen Zusammenhang dazu die (neue) dritte Frage nach den *Beteiligten* der Verfassungsinterpretation steht, eine Frage, zu der die Praxis provoziert: Eine Bestandsaufnahme ergibt nämlich einen sehr weiten, pluralistischen, oft diffusen Beteiligungskreis; dies ist Grund genug für die Theorie, die Beteiligtenfrage explizit und zentral zu thematisieren, insbesondere in wissenschafts- und demokratiethoretischer Hinsicht. Die Theorie der Verfassungsinterpretation war zu sehr auf die „geschlossene Gesellschaft“ juristischer Verfassungsinterpreteten fixiert,³ und sie verengte ihren Blickwinkel noch dadurch, daß sie primär auf die verfassungsrichterliche Interpretation und das formalisierte Verfahren schaute.

Wenn eine Theorie der Verfassungsinterpretation das Thema „Verfassung und Verfassungswirklichkeit“ ernst nehmen will – man denke hier an die Forderung nach Einbeziehung der Sozialwissenschaften,⁴ an die schon bekannten funktionell-rechtlichen Theorien⁵ sowie an die neueren Methoden der öffentlichkeits- und gemeinwohlbezogenen Auslegung⁶ – dann muß entschiedener als bisher gefragt werden, wer „Verfassungswirklichkeit“ gestaltet.

2. Neue Fragestellung und These

In diesem Sinne stellt sich jetzt die *Beteiligtenfrage*, d. h. die Frage nach den an der Verfassungsinterpretation Beteiligten unter dem Stichwort: von der

* JZ 1975, S. 297–305. Wiederabgedruckt mit Nachtrag 1978 in: P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, 155 ff.

geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft!

These ist: In die Prozesse der *Verfassungsinterpretation* sind potentiell *alle* Staatsorgane, alle öffentlichen Potenzen, alle Bürger und Gruppen eingeschaltet. Es gibt keinen *numerus clausus* der Verfassungsinterpreten! Verfassungsinterpretation ist *bewußtseinsmäßig*, weniger realiter, bislang viel zu sehr Sache einer „geschlossenen Gesellschaft“: der „zunftmäßigen“ juristischen Verfassungsinterpreten und der am Verfassungsprozeß *formell* Beteiligten. Sie ist in Wirklichkeit weit mehr Sache einer offenen Gesellschaft, d. h. aller – insoweit *materiell* beteiligten – öffentlichen Potenzen, weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird. Ihre Kriterien sind so offen, wie die Gesellschaft pluralistisch ist.

3. Erläuterung der These, Interpretationsbegriff

Einer Erläuterung bedarf der hier zugrundegelegte Interpretationsbegriff, der sich auf die Formel bringen läßt: Wer die Norm „lebt“, interpretiert sie auch (mit). Jede Aktualisierung der Verfassung (durch jeden) ist mindestens ein Stück antizipierter Verfassungsinterpretation. Herkömmlicherweise wird mit „Interpretation“ nur eine Tätigkeit bezeichnet, die bewußt und intentional auf das Verstehen und Auslegen einer Norm (eines Textes) gerichtet ist.⁷ Die Verwendung eines so umgrenzten Interpretationsbegriffs ist auch sinnvoll: Die Frage nach der Methode zum Beispiel läßt sich nur dort stellen, wo bewußt interpretiert wird. Für eine realistische Untersuchung des Zustandekommens von Verfassungsinterpretation kann aber ein weiterer Begriff von Interpretation erforderlich sein: Bürger und Gruppen, Staatsorgane und Öffentlichkeit sind „interpretatorische Produktivkräfte“: Verfassungsinterpreten im *weiteren* Sinne. Zumindest als „Vorinterpretieren“ sind sie tätig; die Verantwortung verbleibt bei der „letztlich“ interpretierenden Verfassungsgerichtsbarkeit (vorbehaltlich der normierenden Kraft von Minderheitsvoten). Wenn man will, handelt es sich um eine Demokratisierung der Verfassungsinterpretation,⁸ wie überhaupt die Interpretationstheorie demokratietheoretisch abgesichert werden muß und umgekehrt. Es gibt keine Interpretation der Verfassung ohne die erwähnten Aktivbürger und öffentlichen Potenzen.

Jeder, der in und mit dem von der Norm geregelten Sachverhalt lebt, ist indirekt und ggf. auch direkt Norminterpret. Der Adressat der Normen ist am Interpretationsvorgang stärker beteiligt als gemeinhin angenommen wird.⁹ Da nicht nur die juristischen Verfassungsinterpreten die Normen leben, sind sie auch nicht die alleinigen, ja nicht einmal die Primärinterpreten.

Dabei geht es nicht nur um die „Staatspraxis“¹⁰ (etwa um die Interpretation der Art. 54ff. GG durch den Bundespräsidenten oder des Art. 65 GG durch den Bundeskanzler). Bei manchen Grundrechten richtet sich die Interpretation (schon bewußt?) danach, wie die „Normadressaten“ selbst den grundrechtlich geschützten Lebensbereich ausfüllen. So bestimmt das *BVerfG* den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG mit Hilfe des Selbstverständnisses der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.¹¹ Ähnliche Bedeutung könnte das Selbstverständnis des Künstlers bei der Auslegung der „offenen“ Kunstfreiheitsgarantie (Art. 5 Abs. 3 GG) erlangen;¹² auch bei der pluralistisch und verfahrensorientiert zu sehenden Wissenschaftsfreiheit mit ihrem „offenen“ Wissenschaftsbegriff¹³ stellt sich die Frage, inwieweit sie von den einzelnen Wissenschaften (und ihren Metatheorien) selbst notwendigerweise mitinterpretiert werden muß – wie überhaupt die Grundrechte in einem spezifischen Sinne offen auszulegen sind. In einem weiteren Sinne ließen sich hier auch die an der Realität der modernen Parteiendemokratie orientierte Auslegung der Art. 21¹⁴ und 38 GG, die Lehre von den Berufsbildern,¹⁵ die Durchsetzung eines weiten Begriffs der Presse(freiheit) bzw. ihrer „öffentlichen Aufgabe“¹⁶ oder die Interpretation der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) anführen,¹⁷ soweit sie das Selbstverständnis der Koalition berücksichtigen soll.

Diese Relevanz des *Selbstverständnisses* und des entsprechenden Wirkens von Einzelnen und Gruppen, aber auch von Staatsorganen ist eine herausragende und fruchtbare Form der Verbindung von Verfassungsinterpretation im weiteren und engeren Sinne. Das Selbstverständnis wird zu einem „grundrechtlichen Sachelement“!¹⁸ Auch die realiter mitinterpretierende Rolle der Sachverständigen in Gesetzgebungs- und Gerichtsverfahren gehört hierher. Dieses *Zusammenspiel* von Interpreten im weiteren und engeren Sinne findet nicht nur dort statt, wo es schon institutionalisiert ist wie bei den Arbeitsrichtern von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in den staatlichen Arbeitsgerichten.¹⁹ „Sachkundige“ und „Interessenten“ aus der pluralistischen Gesellschaft werden zu Interpreten staatlichen Rechts. Dieses erweist sich nicht nur im Entstehungsvorgang, sondern auch in der weiteren Entwicklung als pluralistisch: Wissenschafts-, Demokratie-²⁰ und (Verfassungs-)Interpretationstheorie führen hier zu einer spezifischen Vermittlung von Staat und Gesellschaft!

II. Die an Verfassungsinterpretation Beteiligten

1. Methodische Vorbemerkung

Die Untersuchung, wer in diesem Sinne realiter an Verfassungsauslegung beteiligt ist, ist (verfassungs-)soziologischer Ausdruck und Konsequenz

des Begriffs „republikanische“, offene Auslegung, die als Ziel aller Verfassungsinterpretation anzusehen ist. Wenn man davon spricht, daß „die Zeit“, „die pluralistische Öffentlichkeit“, „die Wirklichkeit“ Verfassungsprobleme stellen und Material für Verfassungsauslegung, ihre Notwendigkeiten und Möglichkeiten entfalten,²¹ dann können diese Begriffe nur als vorläufig abstrahierende Chiffren verstanden werden. Eine Verfassungstheorie, die sich (auch) als Erfahrungswissenschaft versteht, muß bereit und prinzipiell im Stande sein, anzugeben, aus *welchen konkreten Personen* (Gruppen) und Faktoren die Öffentlichkeit besteht, was für eine Wirklichkeit es ist, die *in der Zeit* auf welche Weise wirkt, welche Möglichkeiten und Notwendigkeiten es gibt. Die Frage nach den an Verfassungsinterpretation Beteiligten ist zunächst in einem rein soziologischen, erfahrungswissenschaftlichen Sinne zu stellen.²² D. h., man fragt realistisch danach, welche vorfindbare Auslegung auf welche Weise zustande gekommen ist, durch welche Elemente der öffentlichen Meinung, durch welche Beiträge der Wissenschaft die Verfassungsrichter (oder die sonst verbindlich entscheidenden Instanzen) in ihrer Auslegung tatsächlich beeinflußt worden sind.²³ Schon diese Frage ist eine Bereicherung und Ergänzung für eine Verfassungstheorie, die nach Zielen und Methoden (und damit nach der „guten“ Interpretation) fragt; sie hat eine Hilfs-, Informationsfunktion, eine Art „Zubringeraufgabe“.

Später werden die Fragen nach Zielen und Methoden sowie nach den Beteiligten der Verfassungsinterpretation in einen systematischen Zusammenhang zu bringen sein, aus dem sich Konsequenzen und neue Fragestellungen für die „juristische“ Verfassungsauslegung wie für die Verfassungstheorie ergeben.

2. Systematisches Tableau

Der Versuch einer systematisierenden Zusammenstellung der an Verfassungsinterpretation Beteiligten ergibt das folgende, vorläufige Tableau:

(1) Die staatlichen Funktionen:

- a) in letztverbindlicher Entscheidung: das *Bundesverfassungsgericht* (freilich durch das eigene Minderheitsvotum „relativiert“ und eben dadurch „offen“)
- b) vom GG zu verbindlicher, aber überprüfbarer Entscheidung aufgerufen: die *Rechtsprechung*, die *Legislative*, (je nach Sachbereich in unterschiedlichem Maße:) die *Exekutive*, besonders bei der (Vor-) Formulierung öffentlicher Interessen.²⁴

(2) Die – nicht notwendigerweise staatlichen – *Verfahrensbeteiligten* an den Entscheidungen zu 1a) und b), d. h.:

- a) Antragsteller und Antragsgegner, Beschwerdeführer (z. B. Verfassungsbeschwerde), Kläger und Beklagter, die ihr Vorbringen begründen und das Gericht zur Stellungnahme (zum „Rechtsgespräch“) zwingen
 - b) sonstige Verfahrensbeteiligte, Äußerungs- und Beitrittsberechtigte nach dem BVerfGG (z. B. §§ 77, 85 Abs. 2,²⁵ 94 Abs. 1 bis 4 bzw. 65, 82 Abs. 2, 83 Abs. 2, 88, 94 Abs. 5), vom BVerfG „zugezogene“ (z. B. § 82 Abs. 4 BVerfGG)
 - c) Gutachter (z. B. in Enquete-Kommissionen, § 73a GeschOBT)
 - d) Sachverständige und Interessenvertreter in Hearings (§ 73 Abs. 3 GeschOBT, § 40 Abs. 3 GeschOBR), Sachverständige im Gericht,²⁶ Verbände (Anlage 1a GeschOBT: Registrierung von Verbänden und deren Vertretern), politische Parteien (Fraktionen – sie wirken speziell auch über den „langen Arm“ der Richterwahl ein²⁷)
 - e) Lobbyisten, „Deputationen“ (§ 10 GeschOBRReg.)
 - f) Beteiligte in partizipatorisch ausgestalteten Verwaltungsverfahren.²⁸
- (3) Die demokratische – pluralistische – *Öffentlichkeit*, der politische Prozeß als „großer Anreger“: Medien (Presse, Rundfunk, Fernsehen) – die nicht im engeren Sinne verfahrensbeteiligt sind, professioneller Journalismus einerseits, Lesererwartungen, Leserbriefe andererseits, Bürgerinitiativen, Verbände, politische Parteien außerhalb ihrer organisatorischen Beteiligung (vgl. 2d), Kirchen, Theater, Verlage, Volkshochschulen, Pädagogen, Elternvereine.^{28a}
- (4) (in noch zu klärender Weise zwischen 1., 2., 3. einzuordnen) die *Verfassungsrechtslehre*; sie hat eine Sonderstellung, weil sie die Beteiligung der anderen Kräfte thematisiert, selbst aber auch auf verschiedenen Ebenen beteiligt ist.

3. Erläuterung des systematischen Tableaus

Aus dieser Übersicht wird deutlich: Verfassungsinterpretation ist weder theoretisch noch praktisch ein „exklusiver“ staatlicher Vorgang. Zugang zu ihm haben potentiell alle Kräfte des politischen Gemeinwesens.²⁹ Der Bürger, der eine Verfassungsbeschwerde erhebt,^{30,31} ist ebenso Verfassungsinterpret wie die politische Partei, die Organklage einreicht³² oder gegen die ein Parteiverbotsverfahren eingeleitet wird. Bislang herrscht eine zu starke Verengung des Prozesses der Verfassungsinterpretation auf die *Staatsorgane* oder unmittelbar Verfahrensbeteiligten vor, eine Fixierung auf das „Amt“ der Verfassungsinterpretation, auf das funktionell-rechtliche Zusammenspiel der staatlichen Funktionen, so wichtig dieses ist. Verfas-

sungsinterpretation ist aber ein „Geschäft“, das potentiell jeden und alle angeht. Die genannten Gruppen, Einzelnen usw. können als „mittelbare“ oder langfristig wirkende Verfassungsinterpreten bezeichnet werden. Gestaltung der Wirklichkeit der Verfassung wird auch zu einem Stück Interpretation der „zugehörigen“ Verfassungsnormen.

Auch in und hinter den Staatsfunktionen (Gesetzgebung, Regierung sowie Verwaltung und Rechtsprechung) sind die konkreten Personen, die Abgeordneten, Verwaltungsbeamten, Richter zu sehen^{32a} („*Personalisierung*“ der Verfassungsinterpretation). Die sogenannte Verfassungsdebatte des Deutschen Bundestages im Februar 1974³³ ist eine vorgezogene Verfassungsinterpretation. Abgeordnete werden hier zu Interpreten der Verfassung. Ihre Äußerungen können sich – auch ohne formelle rechtliche Bedeutung zu haben – z. B. bei der umstrittenen Frage der Einstellung von Verfassungsfeinden im öffentlichen Dienst auf die Verwaltungspraxis, auf die Interpretation durch Staatsorgane auswirken.

Der vielberufene „*politische Prozeß*“, der meist sub specie Freiheit für ihn *gegenüber* der Verfassungsinterpretation zitiert wird,³⁴ ist de constitutione lata und de facto viel stärker ein Stück Verfassungsinterpretation als gemeinhin angenommen wird („Politik als Verfassungsinterpretation“).³⁵ Er ist von der Verfassung nicht ausgegrenzt, sondern einer ihrer wesentlichsten Lebens- und Funktionsbereiche, ein Herzstück im wahren Sinne des Wortes: einer Pumpe vergleichbar. Hier kommt es zu Bewegungen, zu Innovationen, zu Änderungen, aber auch zu „Bekräftigungen“, die mehr als nur „objektives Material“ für (spätere) Verfassungsinterpretation bilden; sie sind ein Stück Interpretation der Verfassung, weil in ihrem Rahmen öffentliche Wirklichkeit geschaffen und oft unmerklich verändert wird. Die Gestaltungsfreiheit, die der Gesetzgeber „als“ Verfassungsinterpret hat, unterscheidet sich zwar qualitativ von dem Spielraum, den der Verfassungsrichter bei der Interpretation hat, weil der Spielraum jeweils auf technisch ganz verschiedene Weise begrenzt wird.³⁶ Das bedeutet aber nicht, daß auch quantitativ ein erheblicher Unterschied bestehen muß.

Der politische Prozeß ist kein verfassungsfreier Raum; er formuliert Gesichtspunkte vor, er setzt Entwicklungen in Gang, die auch dort verfassungsrelevant sind, wo der verfassungsrichterliche Interpret *später* sagt, es sei Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der verfassungskonformen Alternativen so oder anders zu entscheiden.³⁷ Der Gesetzgeber schafft ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung, er setzt Akzente für die spätere *Entwicklung* der Verfassungsprinzipien.³⁸ Er wirkt als Schrittmacher von Verfassungsinterpretation und „Verfassungswandel“.³⁹ Er interpretiert die Verfassung – revisibel –, etwa bei der Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums. Seine bloß verfassungskonformen Entscheidungen sind durchaus verfassungsrelevant und stecken weitere Entwick-

lungen der Wirklichkeit und Öffentlichkeit der Verfassung mittel- oder auch langfristig ab. Gelegentlich werden sie zum *Verfassungsinhalt*.

Wesentlicher Faktor und Aktivbeteiligter ist die Verfassungsrechtswissenschaft selbst. Verfassungsgerichtsbarkeit ist ein wesentlicher, wenn auch nicht der alleinige Katalysator der Verfassungsrechtswissenschaft als Verfassungsinterpretation.⁴⁰ Ihr tatsächlicher (verfassungsinterpretierender) Einfluß wirkt die Frage nach ihrer Legitimation dazu auf – eine Frage, die freilich auch für alle anderen an Verfassungsinterpretation beteiligten Kräfte gestellt werden muß und allgemein zur Frage der Bewertung der vorgenommenen Bestandsaufnahme führt.

III. Bewertung der Bestandsaufnahme

1. Mögliche Einwände, Kritik

Ein *Einwand* könnte lauten: Verfassungsinterpretation wird in eine Vielzahl von *verschiedenen* Interpretationen und Interpreteten „aufgelöst“, je nachdem, welche *Funktion* agiert. Gerade eine Verfassungstheorie, die die Herstellung politischer Einheit als Aufgabe sieht und den Grundsatz der Einheit der Verfassung betont, muß sich dieser Kritik stellen, allerdings nicht dort, wo sie „nur“ eine realistische Bestandsaufnahme versucht. Auf die Einwände ist im Rahmen einer differenzierten Bewertung einzugehen, die zunächst nach der Legitimation der verschiedenen Verfassungsinterpretationen zu fragen hat.

Die *Legitimationsfrage* stellt sich für alle nicht „formell“, „offiziell“, „kompetenzmäßig“ zu Verfassungsinterpretieren „bestellten“ Kräfte. Formelle Kompetenz durch die Verfassung haben ja nur die Organe (Ämter), die an die Verfassung „gebunden“ sind und die in einem vorgeschriebenen Verfahren „vollziehen“ sollen – Legitimation durch (Verfassungs-)Verfahren⁴¹ – d. h. die Staatsorgane (Art. 20 Abs. 2, 3 GG – Bindung an verfassungsmäßige Ordnung, an Gesetz und Recht). Aber auch die Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 GG) sind an die Verfassung gebunden, soweit sie nicht Verfassungsänderungen anstreben. Gebunden an die Verfassung sind auch politische Parteien, Gruppen, Bürger, wenn auch in unterschiedlichem Maße und unterschiedlich „direkt“, meist nur auf dem Umweg über die – sanktionierende – Staatsgewalt. Hier scheint einem geringeren Maß an Bindung zunächst auch ein geringeres Maß an Legitimation zu entsprechen.

2. Legitimation aus Gesichtspunkten der Rechts-, Norm- und Interpretationstheorie

Das Korrespondenzverhältnis von Bindung (an die Verfassung) und Legitimation (zur Verfassungsinterpretation) verliert aber an Aussagekraft, je mehr man neuere Erkenntnisse der Interpretationstheorie berücksichtigt: Interpretation ist ein offener Prozeß, keine passive Unterwerfung, kein Befehlsempfang.⁴² Sie kennt alternative Möglichkeiten. Bindung wird zur Freiheit in dem Maße, wie das neuere Interpretationsverständnis die Subsumtionsideologie widerlegt hat.

Die hier vorgenommene Erweiterung des Kreises der Interpreten ist nur die Konsequenz der allseits befürworteten Einbeziehung der Wirklichkeit in den Interpretationsvorgang.⁴³ Denn die Interpreten im weiteren Sinne konstituieren ein Stück dieser pluralistischen Wirklichkeit. Sobald man erkennt, daß die Norm nicht das simpel, fertig Vorgegebene ist, stellt sich die Frage nach den an ihrer „Entwicklung“ funktional und personal Beteiligten, den Aktivkräften des „law in public action“ (Personalisierung und Pluralisierung der Verfassungsinterpretation!).

Jeder Interpret wird ja von der Theorie *und* der Praxis angeleitet. Diese Praxis aber wird wesentlich gerade nicht nur von den offiziellen, „amtsmäßigen“ Verfassungsinterpreten gestaltet.

Die richterliche Bindung nur an das Gesetz und die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Richter können nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Richter *in* der Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung interpretiert.⁴⁴ Es wäre falsch, die Beeinflussungen, Erwartungen, sozialen „Zwänge“, denen Richter ausgesetzt sind, nur unter dem Aspekt der Gefährdung ihrer Unabhängigkeit zu sehen.⁴⁵ Diese Beeinflussungen enthalten auch ein Stück Legitimation⁴⁶ und verhindern eine Beliebigkeit⁴⁷ richterlicher Auslegung.⁴⁸ Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit ist nur erträglich, weil andere Staatsfunktionen und die pluralistische Öffentlichkeit Material „zum“ Gesetz liefern.

Das ist die gedankliche Herleitung der These, *alle* seien in den Prozeß der Verfassungsinterpretation eingeschaltet. Sogar die nicht selbst unmittelbar von einer Interpretation Betroffenen! So offen Verfassungsinterpretation sachlich und methodisch ist, so offen ist auch der Kreis der an ihr Beteiligten. Denn es geht um die Verfassung als öffentlichen Prozeß.⁴⁹ Gegenüber dem Einwand, die Einheit der Verfassung gehe verloren, müßte auf den – weiterhin wirkenden – allgemeinen Bestand an Interpretationsregeln verwiesen werden, auf das „Konzert“, das durch das Zusammenspiel vieler Verfassungsinterpreten aus ihrer jeweiligen eigenen Funktion heraus zustande kommt, vor allem auf die Offenheit der Verfassung, an deren „Gewand“ viele „sticken“, nicht nur der Verfassungsjurist! Die „Einheit der Verfassung“⁵⁰ entsteht, wenn überhaupt, so erst aus der „Bündelung“ der

Verfahren und Funktionen vieler Verfassungsinterpreten; hier müssen verfassungstheoretische, insbesondere demokratietheoretische Überlegungen eingebracht werden.

3. Legitimation aus verfassungstheoretischen Überlegungen

Die grundsätzliche verfassungstheoretische Legitimation der mehr oder weniger starken Beteiligung aller pluralistischen Kräfte am „Geschäft“ der Verfassungsinterpretation liegt in der Tatsache, daß diese Kräfte ein *Stück* Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung selbst sind – nicht als „hingenommene Tatsache“, als *factum brutum*, sondern im Rahmen der Verfassung: Die mindestens mittelbare Einbeziehung der *res publica* in die Verfassungsinterpretation insgesamt ist Ausdruck und Konsequenz des hier vertretenen weiten, offenen, in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellten Verfassungsverständnisses.⁵¹ Eine Verfassung, die nicht nur den Staat im engeren Sinne, sondern auch die Öffentlichkeit strukturiert und die Gesellschaft verfaßt, die die Bereiche des Privaten unmittelbar einbezieht, kann dies nicht nur passiv tun, die gesellschaftlichen und privaten Kräfte als Objekte behandeln. Sie muß diese auch *aktiv* einbeziehen: als Subjekte.

Von der verfaßten Wirklichkeit und Öffentlichkeit aus gedacht, in der „Volk“ vielfältig, im Ausgangspunkt diffus, im Endpunkt aber „konzertiert“ wirkt, haben alle tatsächlich relevanten Kräfte theoretische Relevanz für Verfassungsinterpretation. Praxis wird hier zur Legitimierung der Theorie, nicht nur umgekehrt. Da diese Kräfte ein Stück konstitutioneller Wirklichkeit und Öffentlichkeit begründen, haben sie auch teil an der *Interpretation* der Wirklichkeit und Öffentlichkeit der Verfassung! Selbst dann, wenn sie ausgeschlossen werden: wie die vom *BVerfG* zu verbietenden und dann etwa verbotenen politischen Parteien. Gerade diese zwingen zur Reflexion über den Verfassungsinhalt und beeinflussen durch ihre Existenz die Entwicklung des Selbstverständnisses des freiheitlich-demokratischen Gemeinwesens.⁵² Verfassungsinterpretation auf die „zunftmäßigen“, funktionellrechtlich ausgewiesenen staatlichen Interpreten zu beschränken, hieße Verarmung oder Selbsttäuschung. Zumal ein stärker experimentelles Verständnis⁵³ der Verfassungsrechtswissenschaft als Norm- und Wirklichkeitswissenschaft kann auf die Phantasie und Schöpferkraft der „nicht-zünftigen“ Interpreten im Prozeß der Verfassungsinterpretation nicht verzichten.

Verfassung ist in diesem Sinne Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit. Sie ist aber nicht nur Spiegel, sie ist auch Lichtquelle, wenn dieser etwas bildhafte Vergleich erlaubt ist. Sie hat Steuerungsfunktion.⁵⁴

Eine spezielle Frage betrifft die Legitimation der Verfassungsrechtswis-

senschaft. Sie hat eine Katalysatorfunktion und wirkt, weil sie – öffentlich – Verfassungsinterpretation methodisch reflektiert und zugleich die Ausbildung der „amtsmäßigen“ Interpreten gestaltet, in alle Bereiche der Interpretation in besonderem Maße hinein. Wie läßt sich eine etwaige besondere Legitimation begründen? Auf dem Weg über Art. 5 Abs. 3 GG selbst. Verfassung als Gegenstand ist (auch) Sache der Wissenschaft. Der Bereich Wissenschaft muß über Art. 5 Abs. 3 GG als eigenständiger, integrierender Bestandteil des politischen Gemeinwesens angesehen werden. Dabei ist die – relative – Autonomie dieser „Sache“ vom Grundgesetz von vornherein mitgedacht; legitimiert wird sie weniger „von außen“ als durch wissenschaftsinterne und -spezifische Verfahren und Kontrollmechanismen.⁵⁵ Es muß aber auch Aufgabe der Wissenschaft sein, ihre Beiträge so zu formulieren und zugänglich zu machen, daß sie für die Öffentlichkeit kritisierbar werden. Eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt der Begriff der Lehre in Art. 5 Abs. 3 GG: er enthält einen Ausbildungsauftrag an die Verfassungswissenschaft, der durch die Treueklausel eigens hervorgehoben wird.⁵⁶

4. Insbesondere: Demokratietheoretische Überlegungen als Legitimation

Im demokratischen Verfassungsstaat ist die Legitimationsfrage noch einmal speziell unter demokratischen (demokratietheoretischen) Gesichtspunkten zu stellen. Eine im herkömmlichen Sinne verstandene demokratische Legitimation zu Verfassungsinterpretation hat die Verfassungsrechtswissenschaft, haben die ihr „zuliefernden“ sog. Wirklichkeitswissenschaften, haben Bürger und Gruppen nicht. Aber Demokratie entfaltet sich eben nicht nur über den formalisierten, kanalisierten, im engeren Sinne verfaßten Delegations- und Verantwortungszusammenhang vom Volk zu den Staatsorganen hin (Legitimation durch Wahlen)⁵⁷ bis zum letztlich „kompetenten“ Verfassungsinterpreten, dem BVerfG.⁵⁸ Sie entfaltet sich in einem offenen Gemeinwesen auch in den „feineren“ mediatisierten Formen des pluralistischen öffentlichen Prozesses täglicher Politik und Praxis, insbesondere in der Grundrechtsverwirklichung, oft angesprochen in der „demokratischen Seite“ der Grundrechte:⁵⁹ durch die Kontroversen über die Alternativen, die Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Wirklichkeit und auch das wissenschaftliche „Konzert“ über Verfassungsfragen, in dem es kaum „Pausen“ und „Fermaten“ und keine Dirigenten gibt und geben darf.⁶⁰ „Volk“ ist eben nicht nur einheitliche, (nur) am Wahltag „emanierende“ Größe, die als solche demokratische Legitimation vermittelt.⁶¹ Volk ist als pluralistische Größe für die Interpretation im Verfassungsprozeß nicht minder präsent und legitimierend: „als“ politische Partei,⁶² als wissen-

schaftliche Meinung, als Interessengruppe, als Bürger; seine sachliche Kompetenz zur Verfassungsinterpretation ist ein staatsbürgerliches Recht i. S. des Art. 33 Abs. 1 GG! So gesehen sind die Grundrechte ein Stück demokratischer Legitimationsbasis für die nicht nur in ihren Ergebnissen, sondern auch in ihrem *Beteiligtenkreis* offene Verfassungsinterpretation.⁶³ In der freiheitlichen Demokratie ist der Bürger Verfassungsinterpret! Um so wichtiger werden die Vorkehrungen zur Garantie realer Freiheit: leistungsstaatliche Grundrechtspolitik,⁶⁴ Freiheit der Meinungsbildung, Konstitutionalisierung der Gesellschaft z. B. durch gewaltenteilende Strukturierung des öffentlichen, insbesondere wirtschaftlichen Bereichs.⁶⁵

Das ist keine „Entthronung“ des Volkes – es ist dies allenfalls von einem *Rousseauschen* Volkssouveränitätsverständnis aus, in dem das Volk absolut und gottgleich gesetzt wird. Volk als verfaßte Größe wirkt „allseitig“, universal, auf vielen Ebenen, aus vielen Anlässen und in vielen Formen, nicht zuletzt über tägliche Grundrechtsverwirklichung. Man vergesse nicht: Volk ist vor allem ein Zusammenschluß von Bürgern. Demokratie ist „Herrschaft der Bürger“, nicht des Volkes im Rousseauschen Sinne. Es gibt kein Zurück zu Rousseau. *Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie.*

Bürgerdemokratie liegt nahe von einem Denken, das die Demokratie von den Grundrechten her sieht, nicht von Vorstellungen, in denen das Volk als Souverän eigentlich nur den Platz des Monarchen eingenommen hat. Diese Sicht ist eine Konsequenz der Relativierung des – allzu leicht mißverstandenen – Volksbegriffs⁶⁶ vom Bürger her! Grundrechtliche Freiheit (Pluralismus),⁶⁷ nicht „das Volk“ wird zum Bezugspunkt für demokratische Verfassung. Diese *capitis diminutio* des kryptomonarchischen Volksbegriffsdenkens steht im Zeichen der Bürgerfreiheit und des Pluralismus.

Es gibt viele Formen von in diesem Sinne weit verstandener demokratischer Legitimation, macht man sich nur von dem linearen und „eruptiven“ Denkstil traditioneller Demokratievorstellungen frei. Es kommt zu einem Stück Bürgerdemokratie durch die interpretatorische Entwicklung der Verfassungsnorm hindurch.⁶⁸ Möglichkeit und Wirklichkeit freier Diskussion von einzelnen und Gruppen „über“ und „unter“ den Verfassungsnormen und ihr pluralistisches Wirken „in“ ihnen vermittelt sich dem Interpretationsvorgang vielfältig. (Daß dieser freie Prozeß realiter auch von innen her immer wieder bedroht ist und daß selbst unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung in Wirklichkeit gegenüber dem Idealtypus Defizite aufweist, sei ausdrücklich vermerkt.) Demokratietheorie und Interpretationstheorie⁶⁹ werden zur Konsequenz von Wissenschaftstheorie. Die Gesellschaft ist in dem Maße frei und offen, wie sich der Kreis der Verfassungsinterpretation im weiteren Sinne öffnet.

IV. Konsequenzen für die „juristische“ Verfassungsinterpretation

1. Relativierung der juristischen Interpretation – neues Verständnis ihrer Aufgaben

Die Überlegungen führen zu einer *Relativierung* der juristischen Verfassungsinterpretation. Sie ist aus folgenden Gründen geboten:

1. Der Verfassungsrichter interpretiert schon im Verfassungsprozeß nicht „allein“: mehrere sind am Verfahren beteiligt, die Verfahrensbeteiligungsformen dehnen sich aus.

2. Im „Vorfeld“ juristischer Verfassungsinterpretation der Richter interpretieren viele, d. h. potentiell alle öffentlichen pluralistischen Kräfte. Insofern relativiert sich der Begriff „am Verfassungsprozeß Beteiligte“ in dem Maße, wie sich die Kreise der an der Verfassungsinterpretation Beteiligten erweitern. Die pluralistische Öffentlichkeit entfaltet normierende Kraft. Das Verfassungsgericht hat später entsprechend öffentlichkeitsaktualisierend zu interpretieren.

3. Viele Problemkreise und Bereiche der materiellen Verfassung kommen mangels richterlicher Zuständigkeit und mangels Anrufung des Verfassungsgerichts gar nicht zum Verfassungsrichter. Gleichwohl „lebt“ hier materielle Verfassung: ohne Verfassungsinterpretation durch den Richter. (Man denke an die Grundsätze der parlamentarischen Geschäftsordnungen!) Die im weiteren Sinne Beteiligten und Interpretierenden entfalten eigenständig materielles Verfassungsrecht. Das Verfassungsprozeßrecht ist nicht der einzige Zugang zu den Verfahren der Verfassungsinterpretation.

In die Zeit gestellt, geht der Instanzenzug der Verfassungsinterpretation ins Unendliche. Der Verfassungsjurist ist nur ein Zwischenträger.⁷⁰ Sein Auslegungsergebnis steht unter dem Vorbehalt der Bewährung, die sich im Einzelfall zur Bewahrung, zur „alternativenreichen Rechtfertigung“⁷¹ oder zur Änderung durch vernünftige Alternativen konkretisieren kann. Das Verfahren der Verfassungsinterpretation muß weit nach vorn und weit über den konkreten Verfassungsprozeß selbst hinaus ausgedehnt werden;⁷² der Interpretationsradius der Norm erweitert sich: dank aller „Verfassungsinterpretieren der offenen Gesellschaft“. Sie sind in den Verfahren von „trial and error“ im Rechtsfindungsprozeß⁷³ wesentliche Beteiligte. Gesellschaft wird eben dadurch offen und frei, daß alle potentiell und aktuell zur Verfassungsinterpretation Beiträge leisten (können). Juristische Verfassungsinterpretation vermittelt (nur) die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit, die Notwendigkeiten und Möglichkeiten des Gemeinwesens, die vor, in und hinter den Verfassungstexten stehen. Interpretationslehren überschätzen immer wieder die Bedeutung des Textes.⁷⁴

So diszipliniert und disziplinierend die Verfahren der Verfassungsinterpretation auf dem Weg über „juristische“ Methoden sind – so vielfältig, ja diffus sind die diesem Prozeß „vor“-gelagerten Vorgänge: relativ rational scheinen noch die Prozesse der Gesetzgebung, soweit sie Verfassungsinterpretation sind, und das ist häufig der Fall; auch die Verwaltung als „interpretierende“ (Gemeinwohl-)Verwaltung⁷⁵ wirkt in recht rationaler Weise; andere Formen der Staatspraxis sind im Auge zu behalten. Die Partizipationsvorgänge der pluralistischen Öffentlichkeit sind aber alles andere als diszipliniert, darin liegt ein Stück Gewähr ihrer Offenheit und Spontaneität. Trotzdem behalten die Prinzipien und Methoden der Verfassungsinterpretation ihre Bedeutung, allerdings in einer neu verstandenen Funktion: Sie sind die „Filter“, über die erst die normierende Kraft der Öffentlichkeit⁷⁶ wirkt und Gestalt gewinnt. Sie disziplinieren und kanalisieren die vielfältigen Formen der Einwirkung verschiedener Beteiligter.

2. Insbesondere: Ausmaß und Intensität der richterlichen Kontrolle – Differenzierung im Hinblick auf das Maß an Beteiligung

Eine Theorie der Verfassungsinterpretation, die die Frage nach den Zielen und Methoden und die Frage nach den Beteiligten der Verfassungsinterpretation in einen systematischen Zusammenhang bringt, muß daraus konkrete Folgerungen für die Methode der Verfassungsauslegung ziehen. Mögliche Konsequenzen sollen hier thesenartig angedeutet werden.

Ein Gericht wie das BVerfG, das die Verfassungsinterpretation einer anderen Stelle überprüft, soll verschiedene Methoden anwenden, je nachdem, wer bei der ersten (zu überprüfenden) Interpretation beteiligt war.⁷⁷ Dies ist andeutungsweise vom funktionellrechtlichen Denken schon gesehen worden: Bei der Überprüfung von Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers sollen sich die Gerichte besonders zurückhalten;⁷⁸ entsprechendes gilt für die Überprüfung von Landesrecht durch das BVerfG.⁷⁹ In Weiterführung dieses Ansatzes wäre zu erwägen: Es gibt Gesetze (Hochschulgesetze, Reformen des StGB wie § 218, Ladenschlußgesetze), denen die Öffentlichkeit enormes Interesse entgegenbringt, die ständig in der Diskussion stehen, die unter weitgehender *Beteiligung* und unter der wachen *Kontrolle* der pluralistischen Öffentlichkeit zustande gekommen sind. Das BVerfG sollte, wenn es ein solches Gesetz überprüft, berücksichtigen, daß dieses Gesetz besonders legitimiert ist, weil besonders viele am demokratischen Prozeß der Verfassungsauslegung beteiligt waren. Bei *nicht grundsätzlich* umstrittenen Gesetzen würde das bedeuten, daß diese nicht so streng zu überprüfen wären wie solche Gesetze, die weniger in der öf-

fentlichen Diskussion stehen, weil sie scheinbar uninteressant (z. B. technische Zweckmäßigkeitsregelungen) oder schon vergessen sind.

Besonderes hat aber für diejenigen Gesetze zu gelten, hinsichtlich derer in der Öffentlichkeit großer *Dissens* herrscht. Man denke an den den „Verfassungskonsens“ berührenden § 218 StGB, an manche Regelungen der Hochschulgesetze, an die paritätische Mitbestimmung. Hier hat das BVerfG streng zu kontrollieren – und von der Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) großzügigen Gebrauch⁸⁰ zu machen (s. noch unter 3.). Denn bei einer tiefen Spaltung innerhalb der öffentlichen Meinung kommt dem BVerfG die Aufgabe zu, darüber zu wachen, daß das unverzichtbare Minimum an integrativer Funktion der Verfassung nicht verspielt wird.

Ferner: Das BVerfG sollte die *faire Beteiligung* verschiedener Gruppen bei den Verfassungsinterpretationen auch insofern überwachen, daß es bei seiner Entscheidung die *Nichtbeteiligten* (die nicht repräsentierten und nicht repräsentierbaren Interessen) interpretatorisch besonders berücksichtigt.⁸¹ Man denke an den Verbraucherschutz, an Umweltschutzprobleme. Hier offenbaren die „öffentlichen Interessen“, nach der Terminologie von *Habermas*⁸² die „verallgemeinerungsfähigen Interessen“, ihren Stellenwert.

Ein Minus an faktischer Partizipation führt zu einem Plus an verfassungsrichterlicher Kontrolle. Die Intensität verfassungsgerichtlicher Kontrolle ist *variabel*, je nachdem welche Partizipationsformen möglich sind oder waren.

3. Konsequenzen für die Ausgestaltung und Handhabung des Verfassungsprozeßrechts

Für die Ausgestaltung und Handhabung des Verfassungsprozeßrechts ergeben sich Konsequenzen: Die Informationsinstrumente des Verfassungsrichters⁸³ sind – nicht trotz, sondern wegen (!) der Bindung an das Gesetz – zu erweitern und zu verfeinern, insbesondere die abzustufenden Partizipationsformen und -möglichkeiten⁸⁴ am Verfassungsprozeß selbst⁸⁵ (vor allem „Anhörung“ und „Beteiligung“); neue Formen der Partizipation pluralistischer öffentlicher Potenzen als Verfassungsinterpretationen im weiteren Sinne müssen entwickelt werden. Verfassungsprozeßrecht wird ein Stück demokratischen Partizipationsrechts. Entsprechend elastischer und expandierender kann Verfassungsinterpretation der Verfassungsrichter werden⁸⁶ – ohne daß es je zu einer Identität mit der durch den Gesetzgeber kommen könnte und dürfte. Flexibel muß auch die konkrete Handhabung des Verfassungsprozeßrechts durch das BVerfG je nach den anstehenden

materiellrechtlichen Fragen und den *sachlich* Beteiligten (Betroffenen) sein. Der intensive Zusammenhang von materieller Verfassung und Verfassungsprozeßrecht zeigt sich auch hier.⁸⁷

Freilich bedeutet eine Expansion verfassungsrichterlicher Tätigkeit eine Restriktion des Interpretationsspielraums des Gesetzgebers.⁸⁸ Insgesamt ist die optimale gesetzgeberische Ausgestaltung und die interpretatorische Verfeinerung des Verfassungsprozeßrechts notwendige Bedingung, ohne die die hier versuchte demokratiethoretische Legitimation der Verfassungsrechtsprechung in der Realität nicht genügend abgesichert ist.

V. Neue Fragestellungen für die Verfassungstheorie

1. Unterschiedliche Ziele und Methoden der Auslegung bei verschiedenen Beteiligten?

Nicht nur für die Verfassungsrechtsprechung und ihre Methoden, sondern auch für eine Verfassungstheorie, die sich mit diesen beschäftigt, ergeben sich aus der Verknüpfung der Fragen nach Zielen, Methoden und Beteiligten der Verfassungsinterpretation neue Fragestellungen.

Es wurde schon auf den möglichen Einwand hingewiesen, daß sich die „Auflösung“ der Verfassungsinterpretation nicht spannungslos in eine Verfassungstheorie einbauen lasse, die die Herstellung von Konsens, von politischer Einheit als Ziel verfassungsrechtlicher Verfahren und als Ziel des politischen Prozesses überhaupt ansieht.⁸⁹ Eine solche Verfassungstheorie darf jedoch nicht zu vereinfacht als harmonisierend mißverstanden werden. Konsens resultiert auch aus Konflikt und Kompromiß zwischen Beteiligten, die divergierende Meinungen und Interessen eigennützig vertreten. Verfassungsrecht ist nun einmal Konflikt- und Kompromißrecht. Evident ist, daß Antragsteller und Antragsgegner im Verfassungsprozeß verschiedene Ziele verfolgen und deshalb auch verschiedene Interpretationsmethoden wählen und ihre Inhalte in solche verschiedene Methoden kleiden werden; entsprechendes gilt für die Vertreter verschiedener Interessen im Hearing vor Bundestagsausschüssen, für Mehrheitsparteien und Opposition im parlamentarischen Prozeß.⁹⁰ Insofern zeigen sich Parallelen zwischen Verfassungsprozeßrecht und Parlamentsrecht.

Hier ergeben sich *Rückwirkungen* funktionellrechtlicher Interpretationsprinzipien auf die materielle Verfassungsinterpretation.⁹¹ Sie müssen stärker als bisher thematisiert werden, entsprechend den Rückwirkungen von Verfahrensgrundsätzen auf die materielle Verfassungsinterpretation.⁹² Das materielle – gelebte – Verfassungsrecht entsteht aus einer Vielzahl „richtig“ wahrgenommener Funktionen: denen des Gesetzgebers, Verfas-

sungsrichters, der öffentlichen Meinung, des Bürgers, aber auch der Regierung und der Opposition. Dieses Überdenken der Verfassungsinterpretation von der funktionellen, verfahrensmäßigen Seite her bedeutet: funktionelle Richtigkeit der Verfassungsinterpretation führt zu praktischer Verschiedenheit der Verfassungsinterpretation. Es hängt ja jeweils vom Organ, seinem Verfahren, seiner Funktion, seinen Qualifikationen ab, wie – richtig – interpretiert wird.

2. Aufgaben der Verfassungstheorie

Ein anderes Problem ist, ob in diesem Zusammenhang überhaupt von einer – wenn auch relativierten – Richtigkeit der Auslegung gesprochen werden kann. Für die Verfassungstheorie stellt sich jetzt die Grundfrage, ob es ihre Aufgabe sein kann, die unterschiedlichen politischen Kräfte und d. h. Beteiligten im weitesten Sinne normativ einzubinden, ihnen die „guten“ Interpretationsmethoden *vorzuschlagen*.

Wie weit soll die Verfassungslehre, die nach ihrem Selbstverständnis bislang Kritiker und Berater, Diskussions- und Konsenspartner der Verfassungsgerichte war, den Kreis ihrer Gesprächspartner ausdehnen? Das könnte dann auch Konsequenzen für die Ausgestaltung des Verfassungsprozessrechts haben.

Ohne Zweifel muß die Fixierung auf die Rechtsprechung überwunden werden. Es scheint sich die Meinung Bahn zu brechen, daß Verfassungslehre zumindest ebenso auch Gesetzgebungslehre sein muß, d. h. Gesprächspartner des Gesetzgebers.⁹³

Die Relevanz der Frage nach verschiedenen Zielen und Methoden verschiedener Beteiligter zeigt sich hier an Beispielen: die preferred-freedoms-doctrine⁹⁴ und der Grundsatz des self restraint gelten nur für die Rechtsprechung, gerade nicht für die Gesetzgebung. Insoweit ist das Problem bei Hesse und Ehmke schon angesprochen: wenn Verfassungsauslegung unter dem Gebot „funktioneller Richtigkeit“ steht, dann muß das auslegende Organ aufgrund seiner spezifischen Kompetenzen *anders* auslegen als ein anderes Organ mit anderen Kompetenzen.

Verfassungstheorie als Gesetzgebungslehre sollte die – bislang vernachlässigten – eigenen Besonderheiten der Verfassungsinterpretation durch den Gesetzgeber (und damit auch die hohe Relevanz des Parlamentsrechts) untersuchen. Diese wurde bisher eher „spiegelbildlich“ beobachtet: von der Verfassungsgerichtsbarkeit her, d. h. ihren funktionellrechtlichen Grenzen, z. B. mit Hilfe der preferred-freedoms-doctrine, der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Handelns,⁹⁵ der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in den Grenzen des „Wertsystems“ der

Verfassung⁹⁶ oder in der Negativformel: kein willkürliches Handeln.⁹⁷ Jetzt geht es darum, Verfassungsinterpretation „durch“ den Gesetzgeber aus sich heraus, *positiv* zu umschreiben: aus *seinen* Verfahren (insbesondere des Parlamentsrechts), seinen Funktionen⁹⁸ usw., nicht nur negativ auf dem Umweg über die Frage, bis zu welchen funktionellrechtlichen Grenzen der Verfassungsinterpret(-richter) kontrollieren kann. Es geht um ein positives Kompetenzverständnis für den Gesetzgeber *als* Verfassungsinterpreten: sei es, daß er im politischen Prozeß ständig „vor“formuliert, sei es, daß er auf formalisierte Weise an den Verfassungsgerichtsverfahren selbst teilnimmt (vgl. §§ 77, 82 Abs. 2,⁹⁹ 83 Abs. 2, 88, 94 Abs. 4, 5 BVerfGG).

Die Frage, ob und inwieweit andere Beteiligte, einzelne und Gruppen, von der Verfassungstheorie „konstitutionalisiert“, normativ eingebunden werden sollen, ist schwieriger und muß differenziert beantwortet werden.

Formen und Verfahren der Beteiligung zu konstitutionalisieren ist spezifische Aufgabe einer (prozessualen) Verfassungstheorie. Für die Inhalte und Methoden kann das nur begrenzt gelten. Grundsätzlich soll der *politische Prozeß* so offen wie möglich sein (bleiben), auch die „abwegige“ Verfassungsinterpretation soll die Chance haben, irgendwann von irgendwem vertreten zu werden. Zwar ist der politische Prozeß ein Prozeß der Kommunikation aller mit allen, in der gerade auch die Verfassungstheorie versuchen soll, sich Gehör zu schaffen, ihren eigenen Standort zu finden und ihre Funktion als kritische Instanz wahrzunehmen.¹⁰⁰ Aber ein Zuwenig an „academic self restraint“ kann auch zu einem Autoritätsverlust führen. Die hier angedeutete demokratische Verfassungstheorie hat gleichwohl eine besondere Verantwortung für die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten.

Anmerkungen

- 1 An Aufgaben werden genannt: Gerechtigkeit, Billigkeit, Interessenausgleich, befriedendes und befriedigendes Ergebnis, Vernünftigkeit (vgl. etwa BVerfGE 34, 269 [287 ff.] [= JZ 1973, 662, 665 m. Anm. Kübler]), Praktikabilität, Sachgerechtigkeit, Rechtssicherheit, Berechenbarkeit, Transparenz, Konsensfähigkeit, Methodenklarheit, Offenheit, Einheitsbildung, „Harmonisierung“ (Scheuner, VVDStRL 20 [1963], S. 125), normative Kraft der Verfassung, funktionelle Richtigkeit, effektive grundrechtliche Freiheit, soziale Gleichheit, (gemeinwohl)gerechte („gute“) öffentliche Ordnung.
- 2 Dazu grundsätzlich Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 7. Aufl. 1974, S. 20 ff.
- 3 S. aber Ehmkes (VVDStRL 20 [1963], S. 53 [71 f., 133]) auf das „ganze Gemeinwesen“ zielende Figur „aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden“. Zu ergänzen wäre: „und -Handelnden“.

- 4 Dazu der Sammelband Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften (Hrsg. *Grimm*), Bd. 1, 1973; s. aber auch *Schelsky*, JZ 1974, 410 ff.
- 5 Dazu *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73 f.); *Hesse*, a.a.O., S. 29, 32 f. Zu verfahrensmäßigen („*procedere*“) und materiellrechtlichen Auswirkungen der funktionellen Arbeitsteilung zwischen BVerfG und „anderen Verfassungsorganen“: BVerfGE 36, 1 (14 f.); 35, 257 (261 f.); 4, 157 (168 f. [= JZ 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 f.).
- 6 Dazu m. N. *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), S. 111 (121 ff.).
- 7 Diesen engeren Interpretationsbegriff legt *Hesse*, Grundzüge, S. 21, zugrunde. Es bezeichnet das, was hier mit Interpretation im weiteren Sinne gemeint ist, als „Verwirklichung“ (Aktualisierung) der Verfassung; ähnlich *Hans Huber*, der von „Konkretisierung anstelle von Interpretation“ spricht, GS für Imboden, 1972, S. 191 (195). Zu einem weiteren Interpretationsbegriff vgl. auch *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (68 f.); *Schunier*, ebd., S. 125.
- 8 Dazu *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), S. 111 (118 ff.).
- 9 *Winter* und *Schumann*, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, in: Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 3, 1972, S. 529, fordern für den Bereich des Strafrechts die intensive Beteiligung derjenigen, denen ein Normverstoß vorgeworfen wird, an der kritischen Überprüfung und Fortentwicklung des Rechts durch die Justiz.
- 10 Wie diese die Interpretation beeinflusst, hat *G. Jellinek* schon mit der normativen Kraft des Faktischen gezeigt, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck 1960, S. 18 f., 332 ff.
- 11 BVerfGE 24, 236 ff. (247 f.), mit dem bezeichnenden Hinweis auf die „pluralistische Gesellschaft“; dazu meine Anm. in DÖV 1969, S. 385 (388); *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 202 ff. und meine Bespr. in ZevKR 18 (1973), S. 420 ff. – Zur Negierung des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaften nach Beginn des Kirchenkampfes in der Rspr. des RFH *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, S. 290 f.
- 12 Zum verfassungsrechtlichen Kunstbegriff: *Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, bes. S. 128 ff., 164 f., 172 f., 217 ff.; *M. Heckel*, Staat, Kirche, Kunst, 1968, S. 97: Offenheit des Kunstbegriffs der Verfassung.
- 13 Zur Freiheit der Forschung jetzt *Schmitt Glaeser*, WissR 7 (1974), S. 107 ff., 177 ff.; BVerfGE 35, 79 (113): Kein Schutz einer bestimmten Auffassung von Wissenschaft oder einer bestimmten Wissenschaftstheorie durch Art. 5 Abs. 3; prinzipielle Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlicher Erkenntnis; vgl. auch das Minderheitsvotum und dessen Hinweis auf den „freiheitlichen Wissenschaftspluralismus“, auf Wissenschaft als „prinzipiell un abgeschlossenen, dialogischen Prozeß der Suche nach Erkenntnis“ (S. 157) sowie auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit zur „Reform der Reformen“ (S. 165). Für einen „offenen“ Wissenschafts- und Freiheitsbegriff: *Solte*, Theologie an der Universität, 1971, S. 30, 33 ff., dessen Begriff einer „neutralen“ Interpretation der Grundrechte freilich fragwürdig ist.
- 14 Dazu *Hesse*, a.a.O., S. 69 ff.; *P. Häberle*, JuS 1967, 64 ff. – Z. B. wird jetzt ein verfassungsrechtlicher Schutz der Fraktionen aus der Regelung des Bundestages

- (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ 1966, 517, 518]) und (!) aus Art. 21 GG gefolgert; ihre „Konstitutionalisierung“ in Art. 53a Abs. 1 Satz 2 GG (s. schon: BVerfGE 27, 44 [51f.] [= JZ 1969, 631, 632], dazu *mein* Aufsatz JZ 1969, 613f. mit Note 10) folgte der GeschO-BT erst nach.
- 15 Ihr kommt allerdings nur eine begrenzte Bedeutung zu: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 12, RN. 24ff.
- 16 Dazu BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125f.) [= JZ 1961, 535, 536 m. Anm. *Ridder*] und *mein* Öff. Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 582ff.
- 17 Ansätze in BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32f.) [= JZ 1965, 103, 106, dazu *Herschel*, S. 81]; 34, 307 (316f.) sowie bei *Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts, 1968, S. 53; *Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 43ff., 93. – S. auch das Argument vom Fehlen der „billigenden Aufnahme“ durch beteiligte Kreise in BVerfGE 34, 293 (304f.) [= JZ 1973, 311, 313 m. Anm. *Schumann*] sowie der „allgemeinen Überzeugung der Rechtsanwaltschaft“: E 36, 212 (221). Umfassende Rechtsprechungsanalysen hätten nachzuweisen, wo die (Rechts-)Ansichten beteiligter Kreise von den Gerichten mitverwertet werden (vgl. auch § 346 HGB!). Speziell die Gewohnheitsrechtsbildung dürfte sich als „Fundgrube“ erweisen. – Allgemein stellt sich die Frage, wann welche praktizierten Selbstverständnisse pluralistischer (Rand-)Gruppen in die Verfassungsinterpretation eingebracht werden dürfen, ja müssen; das ist auch ein Problem des Gleichheitssatzes.
- 18 Ausdruck bei *F. Müller*, Juristische Methodik, 1971, S. 30ff., 37f.
- 19 Dazu *Schlaich*, a.a.O., S. 66ff.
- 20 Zu *Poppers* Wissenschaftstheorie als „Philosophie der Demokratie“ unten Anm. 68.
- 21 Dazu *mein* Beitrag in *ZfP* 21 (1974), S. 111ff.
- 22 Gerade unter dem Aspekt der hier gestellten Beteiligtenfrage scheint der entscheidungssoziologische Ansatz von *Lautmann* interessant, der die auf den Richter zielenden Verhaltenserwartungen der Verfahrensbeteiligten und der weiteren Umwelt untersucht (Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. I, 1970, S. 383ff.). s. aber auch die Kritik von *Schelsky*, JZ 1974, 410 (412) an der „rechtstheoretischen Vorherrschaft der ‚Entscheidungstheorie‘ des Richters“ mit einem Hinweis auf das „realdialektisch gegliederte Rationalisierungsverfahren“ des prozessualen Zusammenwirkens von Ankläger, Verteidiger und Richtern.
- 23 Dazu mit einigem Material *mein* Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, insbesondere zur normierenden Kraft der Staatspraxis, der Öffentlichkeit und öffentlicher Interessen, S. 475ff., 678ff. bzw. 418f., 558ff., 572, 584f., 589ff. bzw. 215ff., 260ff.
- 24 Dazu m. N. aus der Rechtsprechungswirklichkeit der Verwaltungsgerichte: *mein* Öff. Interesse, S. 475ff., 678ff.
- 25 Aus der Praxis des BVerfG: E 36, 342 (353f., 354f.).
- 26 Aufschlußreich ist der vom BVerfG in E 35, 202 (219) eingebaute „Sachverständigenvorbehalt“.
- 27 Und zwar durchaus konsequenterweise, dazu *meine* Anm. in JZ 1973, 451 (453). – I. S. einer (partei-)politischen Anbindung schon *Drath*, VVDStRL 9 (1952), S. 17 (102, 106 Anm. 25).

- 28 Zum Problem: *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff.; s. auch die Typologie in *meinem* Öff. Interesse, S. 88 ff.
- 28a Aufschlußreich ist die jetzt von Elternvereinen geforderte Einräumung eines „Klagerechts“, FR vom 18. 3. 1975, S. 4.
- 29 S. aber *Forsthoffs* Zurückweisung einer „Demokratisierung“ der Verfassungsinterpretation z. B. in bezug auf Politikwissenschaftler, in: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 69; dazu *meine* Kritik in: ZHR 136 (1972), S. 425 (443).
- 30 Nimmt man *A. Arndts* Forderung nach dem Rechtsgespräch ernst, dann müssen die „vernünftig und gerecht Denkenden“ i. S. *Ehmkes* zunächst einmal die Verfahrensbeteiligten sein, vgl. *Roellecke*, FS für Gebh. Müller, 1970, S. 323 (328 f.).
- 31 *Lautmann*, Justiz - Die stille Gewalt, 1972, S. 118, bezeichnet die Parteien des Prozesses als „Lieferanten für Alternativen“.
- 32 Im Sinne von BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 f.), ständige Rechtsprechung.
- 32a Vgl. dazu den Versuch von *Kommers*, *The Federal Constitutional Court in the West German Political System*, in: *Frontiers of Judicial Research* (Hrsg. Grossmann und Tannenhaus), 1969, S. 73 ff., mit dem behaviouristischen Ansatz der amerikanischen Richtersozioologie die Einstellungen der Bundesverfassungsrichter zu untersuchen. Kritisch dazu *Wittig*, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?, *Der Staat* 8 (1969), S. 137 (156 f.). Zu den verschiedenen verhaltenswissenschaftlichen Ansätzen und ihrer Kritik vgl. auch *Rottleuthner*, Richterliches Handeln, 1973, S. 61 ff.
- 33 79. Sitzung des 7. BT v. 14. 2. 1974, Sten. Ber. S. 5002 (B), mit dem allseits als herausragend empfundenen Beitrag des bayr. Kultusministers *H. Maier*, S. 5089 (C), s. auch *Ehmke*, 80. Sitzung des 7. BT v. 15. 2. 1974, Sten. Ber. S. 5139 (C) ff., 5140 (C).
- 34 Auch *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, untersucht in erster Linie den Einfluß, der vom BVerfG in Richtung auf den politischen Prozeß ausgeht.
- 35 Es gibt nicht nur Politik durch Verfassungsinterpretation, es gibt auch Verfassungsinterpretation durch Politik!
- 36 Für den Gesetzgeber „technisch“ durch die Kontrolle des BVerfG, „untechnisch“ durch Wahlen, Tragfähigkeit von Koalitionen, (inner)parteiliche Willensbildung; für den Verfassungsrichter gibt es keine „technische“ Kontrolle. Freilich wird er durch „die Öffentlichkeit“ normiert, diese strukturiert sich aber für ihn aufgrund seiner Berufsauffassung, seiner Sozialisation in die Verfassungsrechtswissenschaft, der professionellen und kollegialen Verhaltenserwartungen, denen er ausgesetzt ist (dazu in anderem Zusammenhang *F. Kübler*, Kommunikation und Verantwortung, 1973), anders.
- 37 Zur Argumentationsfigur der „Alternative“ im Interpretationsvorgang: *Esser*, Vorverständnis, S. 65 f., 132, 151 (unter Hinweis auf *Popper*); allgemeiner BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ 1969, 557, 561, dazu *Randelzhofer*, S. 533]); Zur Funktion der politischen Parteien gehört, daß sie „politische Alternativen für alle einer staatlichen Gestaltung zugänglichen Lebensbereiche anbieten“. S. auch den Sonderfall zur „Alternative“: richterliche Interpretation/Gesetzesentwurf (Pflicht zum Abwarten?), BVerfGE 34, 269 (291 f.).

- 38 Zu ihnen *P. Häberle*, AöR 99 (1974), S. 437ff.
- 39 Dazu *meine* Dissertation, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1. Aufl. 1962, 2. erg. Aufl. 1972, S. 178, 213ff.
- 40 Berühmte Beispiele: Die *Rezeption* des Grundrechtsverständnisses von *Dürig* (*Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 1, RN 5ff.) durch das BVerfG (E 7, 198 [204ff.], 21, 362 [371f.]) [= JZ 1967, 599, 601]), des „Prinzips der Einheit der Verfassung“ (E 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [32f.]), des Parteienstaatsverständnisses von *Leibholz* (BVerfGE 1, 208 [223ff.]; 2, 1 [11, 73f.]; 11, 266 [273]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164]), mit einem Hinweis auf *K.-U. v. Hassel*, dessen Äußerung als Verfassungsinterpretation i. w. S. wirkt), des „bundesfreundlichen Verhaltens“ i. S. *Smends* (BVerfGE 12, 205 [254]).
- 41 Sowohl der Legitimations- als auch der Verfahrens begriff müssen in einem materialeren Sinne als bei *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, verstanden werden, dazu noch unten bei und in Anm. 46.
- 42 Dazu vor allem die von *Esser* angeführte Interpretationsdiskussion, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, zuvor schon: Grundsatz und Norm, 1956; *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung 1967; *F. Müller*, Juristische Methodik, 1971; *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974.
- 43 Dazu *Hesse*, in FS für Scheuner, 1973, S. 123 (137f.); s. auch *H. H. Klein*, BVerfG und Staatsraison, 1968, S. 15, 16ff., 29 (auch im Blick auf *meine* Bespr. DÖV 1966, S. 660ff.), dazu *meine* Bespr. DÖV 1969, S. 150f.
- 44 Das übersieht die Analyse von *Massing*, Recht als Korrelat der Macht? In: Der CDU-Staat, Hrsg. *Schäfer/Nedelmann*, 1967, S. 123, die in der „Interpretationsautonomie“ des BVerfG „die wahre Macht des ‚heimlichen Souveräns‘“ sieht (S. 129). Die Behauptung, die Souveränität habe sich vom Volk auf andere Instanzen, „in erster Linie auf die Verfassungsgerichtsbarkeit“ hin verschoben (S. 142), geht von einem fragwürdigen Volkssouveränitätsbegriff aus (dazu später), der die Wirkungsweise des demokratischen Prozesses in der pluralistischen Öffentlichkeit nicht erfassen kann.
- 45 Vgl. *Bachof*, FS für Hans Huber, 1961, S. 26 (43): Der Richter darf sich zwar in einem konkreten Fall nicht durch die öffentliche Meinung beeinflussen lassen, „aber er steht, wie mit den Prozessparteien, wie mit den Kollegen im eigenen Gericht, wie mit der Vielzahl aller ihm neben-, über- oder nachgeordneten Gerichte, wie mit der juristischen Fachwelt und mit der Wissenschaft so auch mit dem Volk, mit der öffentlichen Meinung, in einer ständigen Kommunikation, gewissermaßen in einem dauernden ‚Gespräch‘“. *Bachof* sieht sogar die Chance, im Gericht zu mehr echter Kommunikation zu kommen als im Parlament.
- 46 Auch die „Legitimation durch Verfahren“ im Sinne *Luhmanns* ist Legitimation durch *Beteiligung* am Verfahren. Dennoch geht es hier um etwas grundlegend anderes: Beteiligung am Verfahren soll nicht die Bereitschaft zur Abnahme von Entscheidungen und zur Verarbeitung von Enttäuschungen erhöhen (so *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 27ff., 107ff.). Legitimation, die nicht nur formal verstanden wird, ergibt sich aus der *Mitwirkung*, d. h. der qualitativ-inhaltlichen Einflußnahme der Beteiligten auf die Entscheidung. Nicht

- um das „Lernen“ der Beteiligten, sondern um das Lernen des Gerichts von den Beteiligten geht es. (Zur Kritik an *Lubmann* in dieser Hinsicht *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, S. 202 ff. und *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 141 ff.).
- 47 Eine Rechtstheorie, die sich auf Normlogik beschränkt, kommt in Gefahr, die soziale Eingebundenheit der Rechtsprechung zu übersehen. Aus der Widerlegung der Subsumtionsideologie folgt *nicht*, daß „rechtsanwendende Organe als Zufallsgeneratoren fungieren“ (*Podlech*, AöR 95 [1970], S. 185 [190f.]). Vgl. dazu auch *Schefold*, JuS 1972, S. 1 (6).
- 48 Das bedeutet gleichzeitig, daß die kritische Suche nach *einseitigen* und illegitimen Beeinflussungen richterlicher Entscheidungsbildung (aus der neueren Richterssoziologie *Kaupen/Rasehorn*, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, 1971) berechtigt und notwendig ist.
- 49 Dazu *mein* Beitrag Öffentlichkeit und Verfassung, ZfP 16 (1969), S. 273 ff.
- 50 Dazu *Hesse*, Grundzüge, S. 5ff., 28.
- 51 Dazu *P. Häberle*, ZfP 21 (1974), S. 111 (121f.); *ders.*, Bespr. von *Hartwich*, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, 1970, in: AöR 100 (1975), S. 333 ff.
- 52 Auch hier ist die Verfassungsdebatte des Dt. Bundestages vom 14./15. Febr. 1974 ein Beispiel. Sie ist nur ein Teil einer Verfassungsdiskussion, die auf allen Ebenen und in allen Bereichen des politischen Gemeinwesens angesichts der Konfrontation mit radikalen Alternativen eingesetzt hat.
- 53 Zu diesem Versuch, die Forderungen des kritischen Rationalismus nach einer „offenen Gesellschaft“ verfassungstheoretisch aufzunehmen, *mein* Beitrag in ZfP 21 (1974), S. 111 (132f.).
- 54 Zu diesem Verfassungsbegriff *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959; *P. Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (56f.).
- 55 Dazu *F. Kübler*, Kommunikation und Verantwortung, 1973, S. 38ff.; vgl. auch *Lubmann*, Selbststeuerung der Wissenschaft, in: Soziologische Aufklärung 1, 1970, S. 232ff. – Zur Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als möglichem „institutionellen Ansatzpunkt für das verfassungstheoretische Wissen und Gewissen unseres demokratischen Gemeinwesens“: *Ehmke*, a.a.O., S. 133. – Für *Popper* ist „wissenschaftliche Objektivität“ . . . nicht ein Ergebnis der Unparteilichkeit des einzelnen Wissenschaftlers . . ., sondern ein Ergebnis des sozialen oder öffentlichen Charakters der wissenschaftlichen Methode; und die Unparteilichkeit des einzelnen Wissenschaftlers ist, soweit sie existiert, nicht die Quelle, sondern vielmehr das Ergebnis dieser sozial oder institutionell organisierten Objektivität der Wissenschaft“ (Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. II, Falsche Propheten, 1958, S. 270).
- 56 Jedoch ist eine entsprechende Vorbildung der Bundesverfassungsrichter keine Qualifikationsvoraussetzung. S. aber das Erfordernis „besondere Kenntnisse im öffentlichen Recht“ und bezugsreich „im öffentlichen Leben erfahrene Personen“ in einigen Verfassungsgerichtshofgesetzen der Länder (z. B. § 3 Abs. 1 Satz. 1 Hambg. VerfGG) und in § 3 Abs. 2 a. F. BVerfGG. – S. noch Anm. 87 a. E.
- 57 S. jetzt zur Problematik das Urteil des *Bremer Staatsgerichtshofs* zur Juristen-

- ausbildung, NJW 1974, 2223 (2228 ff.); vgl. auch BVerfGE 33, 125 (158) (Facharzentscheidung, dazu *meine* Anm., DVBl. 1972, S. 909 [911]).
- 58 Die Untersuchung von *Billing*, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, geht zu sehr von dieser Vorstellung aus, S. 93 ff. (aber differenzierend S. 116).
- 59 Zur Kontroverse s. *Hesse*, Grundzüge, S. 122 f.; *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie, S. 17 ff., einerseits; *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1971, andererseits (dazu *meine* Bespr. DÖV 1974, S. 343 ff.), zuletzt *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 ff.
- 60 Daß Verfassungsinterpretation, so wie sie hier verstanden wird, zum „bellum omnium contra omnes der wissenschaftlichen und politischen Meinungen“ (dazu *Schefold*, JuS 1972, 1 | 8]) wird, muß (und kann nur) die jetzt vielberufene „Solidarität der Demokraten“ verhindern.
- 61 Deshalb ist die Frage der demokratischen Legitimation der Rspr. nicht durch Ausweitung der Richterwahl (dazu *F.-J. Säcker*, ZRP 1971, S. 145 ff.) abschließend beantwortbar. – Zum Zusammenhang zwischen Demokratie und richterlicher Unabhängigkeit vgl. auch *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 103 ff.
- 62 Insofern besteht eine Übereinstimmung mit *Leibholz'* Parteienstaatslehre (Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. 1967, bes. S. 78 ff.): Das Volk wird nur in bestimmten Organisationsformen artikulations- und handlungsfähig. Das berechtigt aber nicht zur Identifikation von Volk und (Volks-) Parteien; das pluralistische Gemeinwesen ist viel stärker ausdifferenziert.
- 63 Zur offenen Verfassungsinterpretation: *P. Häberle*, JZ 1971, S. 145 ff.; ZfP 21 (1974), S. 111 (121 ff.); vgl. auch *Schlaich*, a.a.O., S. 120.
- 64 Dazu *mein* Korreferat VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (69 ff.).
- 65 Pluralismus muß organisiert und verfaßt werden. Daher muß die Konfrontation zwischen „Demokratisierungsstrategien“, die die Gefahr totalitärer Politisierung aller Bereiche in sich tragen, und restriktiven Auffassungen, die Demokratie auf einen der Gesellschaft gegenübergestellten Staat begrenzen wollen (*Hennis*, Die mißverständene Demokratie, 1973), überwunden werden.
- 66 Zu stark am herkömmlichen Volksbegriff orientiert ist auch der Versuch, demokratische Legitimation der Rechtsprechung durch Rückgriffe des Richters auf demoskopisch zu ermittelnde „Durchschnittswertungen“ zu verstärken, vgl. *W. Birke*, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968, S. 45 ff. Gegen eine Orientierung am „Mehrheitswillen des Volkes“ aus demokratietheoretischen Überlegungen auch *F.-J. Säcker*, ZRP 1971, S. 145 (149 f.). Kritisch gegenüber der „Durchschnittswertung“ auch *Hans F. Zacher*, Vierteljahresschrift f. Sozialrecht, Bd. II (1974), S. 15 (48 f., FN 95). Zum „Durchschnittsbürger“ u. ä. als normativierter, demokratietheoretisch zu sehender, richterlicher Figur, *mein* Öff. Interesse, S. 328, 347 f., 425 ff., 573, 725.
- 67 Diese Sicht gilt auch für alle Formen kommunaler, sozialer usw. Selbstverwaltung.
- 68 *Poppers* Demokratiekonzeption und ihr sie rechtfertigender *Zusammenhang* (!) mit seiner Wissenschafts- und Erkenntnistheorie kann hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden (Belegstellen zur Demokratie in: Die offene Gesell-

schaft und ihre Feinde, Bd. I (1957), bes. S. 25, 156ff., 170ff.; Bd. II (1958), S. 157, 159ff., 186f., 197ff., 293f.). Genügen muß der Hinweis, daß *Poppers* Wissenschaftskonzept demokratietheoretisch ergiebig ist, das im Text vertretene pluralistische und gewaltenteilige, konstitutionelle, bürgerfreiheitliche Demokratiekonzept sich auf *Popper* auch insofern berufen kann, als er seine Demokratietheorie ohne, ja gegen „klassische“ Volkssouveränitätsdogmen entfaltet. – *Rezeptionen und Adaptionen Poppers* in der *Demokratiediskussion* unter dem GG haben mehr oder weniger ausdrücklich und mittelbar schon stattgefunden: besonders im KPD-Urteil des BVerfG, E 5, 85: „process of trial and error (*I. B. Talmon*)“ (S. 135), „ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik als beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie“ (S. 135), Verhältnisse und Denkweisen sind „verbesserungsfähig und -bedürftig“, „nie endende Aufgabe“ (S. 197), Ablehnung der Auffassung, daß die geschichtliche Entwicklung durch ein „wissenschaftlich erkanntes Endziel determiniert“ sei (S. 197), „sozialer Kompromiß“ (S. 198), „Offenheit“ dieser Ordnung (S. 200), „relativer Vernunftgehalt aller politischen Meinungen“ (S. 206); s. auch E 12, 113 (125): pluralistische öffentliche Meinungsbildung; E 20, 56 (97): freier und offener Prozeß der Meinungs- und Willensbildung. – Aus der Lit.: von *Simson* VVDStRL 29 (1971), S. 3 (9f.); *Dürig*, ebd., S. 127: „immanente Spielregeln der Korrigierbarkeit und Revozierbarkeit“; *ders.*, in *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, zu Art. 3 Abs. 1, Rdnr. 210 (für die Rechtsfindung). – Unschwer wiederzuerkennen sind hier: *Poppers* Falsifikationsprinzip („trial and error“), seine These von der Indirektheit und vom Vermutungscharakter der Erkenntnis (conjectures and refutations), deren ständigen Bewährung, das sich selbst bescheidende, korrigierbare „piece-meal social engineering“ mit seiner Ablehnung der Technik von Ganzheitsplanung, sein relativer Glaube an die Vernunft, sein experimentelles Verständnis von Politik, sein Plädoyer für schrittweise, folgenorientierte Reformen, seine Mahnung zu Geduld und Toleranz und sein Einsatz für die offene Gesellschaft als „rational und kritisch“, für ihren pluralistischen Wettbewerb unterschiedlicher Ideen und Interessen dank der Freiheit der Kritik, des Denkens und damit des Menschen und dessen persönlichen Verantwortlichkeiten und Entscheidungen, aber auch sein Kampf gegen den Allwissenheits- und Allmachtanspruch „geschlossener“ Gesellschaften. – Insgesamt bleibt die grundsätzliche Aufgabe, *Poppers* Wissenschaftstheorie verfassungstheoretisch und -praktisch in die Demokratietheorie und zugleich in die Norm- und Interpretationstheorie im einzelnen „hineinzuentwickeln“ (Ansätze in *meinem* Beitrag AöR 99 (1974), S. 434 [448ff.]).

- 69 *S. Essers* Bezugnahme auf *Poppers* trial-and-error-Methode, Vorverständnis, S. 151; s. jetzt die abw. Meinung der Richter *Rupp-v. Brünneck* und *Dr. Simon* zum Abtreibungsurteil des BVerfG vom 25. 2. 1975 (JZ 1975, 205 [215] = E 39, 68f.).
- 70 Die Verfassungsrechtsprechung unternimmt z. B. mit obiter dicta den Versuch, über die punktuelle Entscheidung hinaus künftige Verfassungsauslegung vorzubereiten – und somit schon vorher kritisierbar zu machen. Kritisch dazu von einem anderen Verfassungsbegriff aus *Kull*, FS für Forsthoff, 1972, S. 213, FN 2.
- 71 Ausdruck bei *Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973, S. 148.

- 72 Dem soll mit den Begriffen „Vorverständnis“ und „Nachverständnis“ Rechnung getragen werden, *P. Häberle*, ZIP 21 (1974), S. 111 (126 ff.). - (Verfassungs-)Gesetze haben nicht nur Vor-, sondern auch Nachgeschichte.
- 73 Dazu *Esser*, Vorverständnis, S. 23, 151 f.
- 74 Vgl. auch zur Problematik des Textes als „Grenze der Verfassungswandlung“ *Hesse*, FS für Scheuner, S. 123 (139 f.). Zur geringen Ergiebigkeit des Wortlautes bei der Konkretisierung von Grundrechten *Hans Huber*, GS für Imboden, S. 191 ff.
- 75 Dazu m. N. *mein* Öff. Interesse, S. 475 ff., 678 ff.; *Ossenbühl*, AöR 92 (1967), S. 1 ff. S. auch die sich an den B. des *Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes* (JZ 1972, 655 ff.) sowie das U. des BVerfG (JZ 1972, 204 ff.) anschließende Diskussion (*Bachof*, JZ 1972, 641 ff. und 208 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 401 ff.; *Erichsen*, VerwArch 1972, 337 ff.; *Bullinger*, NJW 1974, 769 ff.).
- 76 Typisierende Nachweise aus der Rspr. des BVerfG in AöR 95 (1970), S. 260 (287 ff.); zuletzt etwa E 34, 269 (283); 35, 202 (222 f., 230 ff.); 32, 111 (124 ff.); 31, 229 (242 ff.); 30, 173 (191); allgemeiner in *meinem* Öff. Interesse, S. 304 f., 419 Anm. 31, 558 ff., 572 f., 583 f., 594, sowie in *Th. Würtenerger* (Anm. 93), S. 36 (39 ff.).
- 77 Ein ähnlicher Zusammenhang wird bei *Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene Normen“, 1971, aufgezeigt: Die Bestimmtheitsanforderungen, die das BVerfG an „offene“ Normen stellt, sind unterschiedlich, je nachdem, wer die Norm setzt (dazu nur kurz S. 22 ff.) und wer sie auszufüllen hat (S. 149 ff.).
- 78 Vorkonstitutionelle Gesetze können nicht wie nachkonstitutionelle als Verfassungsinterpretation durch den Gesetzgeber angesehen werden. Sie sind daher nicht nur verfahrensmäßig anders (vgl. Art. 100 GG), sondern auch inhaltlich schärfer zu überprüfen.
- 79 Dazu *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (75); *Klumpp*, Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG, 1969, S. 179 ff. - Für das Verhältnis des BVerfG zur zivilrechtlichen Dogmatik (Wissenschaft) bzw. zum BGH: BVerfGE 34, 269 (281 f.).
- 80 Tiefe Dissense bzw. Gefahren für den „Verfassungskonsens“ sind der Gemeinwohlgrund i. S. von § 32 Abs. 1 BVerfGG!
- 81 Hier deutet sich eine Veränderung der Funktion des gerichtlichen Rechtsschutzes überhaupt an. Angesichts der zunehmenden Bedeutung planender und gestaltender Staatstätigkeit ist Rechtsschutz weniger durch ex-post-Kontrolle der Gerichte als durch partizipatorische Vorverfahren zu realisieren (*P. Häberle*, VVDStRL 30 [1972], S. 43 [86 ff., 125 ff.]; *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 [1973], S. 179 [204 ff.]). Die Einhaltung des „richtigen“ Verfahrens muß aber durch die Gerichte überprüft werden können.
- 82 *Habermas*, a.a.O., bes. S. 153 ff.
- 83 Vorbildlich ist das Informationsinstrument des § 82 Abs. 4 BVerfGG sowie die vom BVerfG berührten „Stellen und Organisationen“ gegebene Gelegenheit zu Äußerungen, meist in „großen“ Prozessen: E 35, 202 (213 f.); 35, 78 (100 ff.); 33, 265 (322 f.); 31, 306 (307 unter Ziffer 4); 30, 227 (238 f.). Sie vermitteln ein Stück pluralistischer „gesellschaftlicher Repräsentanz“ in das Verfassungspro-

zeßrecht. – Symptomatisch ist die vom BVerfG (II. Senat) an Bundestag, Landtage u. Parteien gerichtete Fragebogenaktion zum Thema Parlamentarierdiäten, FR vom 10. 3. 1975, S. 1. – S. noch die vorbildliche Regelung in § 48 Hess. StGHG und § 42 Bad.-Württ. StGHG.

- 84 Dazu *P. Häberle*, AöR 98 (1973), S. 119 (128 Anm. 43). Brisant ist die Streitfrage um die Beteiligung des Bundestages (bzw. seiner Mehrheit) an dem von der Oppositionsminderheit geführten Verfassungsstreit zu § 218 StGB (dazu: Woche im Bundestag vom 18. 9. 1974, Ausg. 15, S. 3). Die Entwicklung des Parlaments zum Gegenüber von Regierungsmehrheit und Oppositionsminderheit spricht dafür, diese Rollenverteilung auch im Verfassungsprozeßrecht fortzusetzen: das wäre ein Argument für eine Beteiligung des Bundestages durch Verfahrensbeitritt (s. auch § 77 BVerfGG, der dem Bundestag eine Äußerungskompetenz auch gerade dann gibt, wenn im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ein Drittel der Mitglieder des Bundestages einen Antrag gestellt hat, s. noch §§ 82 Abs. 2, 83 Abs. 2, 94 BVerfGG). Parlaments- und Verfassungsprozeßrecht greifen hier ineinander (ein weiteres Beisp. dafür: BVerfGE 27, 44 [51 f.]). Es wäre konsequent, die *Opposition* als solche im Verfassungsprozeßrecht zu „konstitutionalisieren“ und ihr vor dem BVerfG Partizipationsrecht einzuräumen, da sie mit dem klagebefugten Drittel der Mitglieder des Bundestages nicht identisch zu sein braucht. De lege lata sollte der Bundestag bei Stellungnahmen das oppositionelle Minderheitsvotum aufnehmen.
- 85 Bei *Winter* und *Schumann*, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, in: Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 3, 1972, S. 529 f., werden die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Interaktion in der Gerichtsverhandlung als „beinahe anachronistisch anmutende Inseln kommunikativen Handelns in einer bürokratisch-zweckrationalen Gesellschaftsverfassung“ bezeichnet. Vielleicht bietet sich im Verfassungsprozeß die Chance, zu einem höheren Maß an unverzerrter Kommunikation im Sinne *Habermas'* zu kommen als in anderen Bereichen, vgl. auch *Bachof*, a.a.O., (oben Anm. 45).
- 86 Es besteht ein Zusammenhang zwischen den Ermittlungs- und Prognoseinstrumentarien, die dem BVerfG zur Verfügung stehen, und der Schärfe der von ihm angelegten materiell-rechtlichen Maßstäbe: Während bei neueren Wirtschafts- (insbesondere Konjunktur-)Gesetzen das Erfordernis der Geeignetheit recht großzügig gehandhabt wird (BVerfGE 29, 402 [410 f.]; 36, 66 [71 f.]), hat das BVerfG z. B. im Apothekenurteil (E 7, 377 ff. [= JZ 1958, 472 ff.]) seine Untersuchungen und Prognosen empirisch sehr gründlich fundiert (vgl. *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971, S. 57 ff.) und konnte dann auch materiellrechtlich strenge Maßstäbe anlegen.
- 87 Dazu *mein* Beitrag in JZ 1973, 451 ff.; ebenso *Zuck*, JZ 1974, 361 (364). – Wichtig war die Beibehaltung der Hochschullehrerklausel des § 3 Abs. 4 BVerfGG.
- 88 Die Frage differenzierter Begründungs- und Materialbeschaffungspflichten des Gesetzgebers müßte überdacht werden. Auch hier zeigt sich ein noch nicht voll ausgeloteter Zusammenhang zwischen Parlaments- und Verfassungsprozeßrecht.
- 89 Vgl. *Hesse*, Grundzüge, S. 5 ff., 28.

- 90 Zur parlamentarischen Demokratie als „Übertragung des Gedankens des gerichtlichen Prozesses auf den politischen Prozeß der Gesetzgebung“: *Kriete* VVDStRL 29 (1971), S. 46 (50).
- 91 Mit Recht spricht *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73) vom „unlösbaren Zusammenhang“ materiell- und funktionellrechtlicher Interpretationsprinzipien; s. auch S. 76: „Doppelseitigkeit“.
- 92 Dazu *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), S. 111 (118ff.); *ders.*, JZ 1973, 451 (452f.); DVBl. 1973, 388f.
- 93 Zur Frage der Gesetzgebungslehre: *P. Häberle*, in: *Tb. Würtenberger* (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971, S. 36 (38f.); *H.-P. Schneider*, ebd. S. 76ff.; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973.
- 94 Dazu *H. Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 437ff.; *Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, 1972, S. 40f., 164f.
- 95 *Hesse*, Grundzüge, S. 33.
- 96 BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Zur Kritik: *Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, 1973; dazu *meine* Bespr. JR 1974, 487f.
- 97 BVerfGE 1, 14 (52), st. Rspr., vgl. BVerfGE 18, 38 (46). Dazu *meine* Nachw. AöR 95 (1970), S. 86 (104f., 118ff.), 260 (281ff.) und für das Verhältnis Rechtsprechung und Verwaltung im Ermessens„bereich“: Öff. Interesse, S. 647ff.
- 98 Wichtig ist der Versuch von *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, eine „Methode der Gesetzgebung“ zu entwickeln, die nicht nur „Machttechnologie“ ist, sondern die „Wertfrage“ stellt (S. 63) und Verfahrensweisen vorschlägt, die am Denken des kritischen Rationalismus orientiert sind (vgl. insbesondere die Abschnitte über den Entwurf von Alternativen und die Verfahren ihrer Kritik, S. 107ff., 120ff.). *Noll* sieht aber Gesetzgebung nicht so sehr unter dem Aspekt der Verfassungsinterpretation (vgl. nur S. 103f.).
- 99 Für eine Ausdehnung des § 82 Abs. 2 BVerfGG auf das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (durch Gesetzesänderung): *Friesenhahn*, JZ 1966, S. 705 (709). Zur großzügigen Fortentwicklung des § 77 BVerfGG durch das BVerfG: *Lechner*, BVerfGG, 3. Aufl. 1973, Erl. 2 zu § 77.
- 100 *P. Häberle*, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, AöR 99 (1974), S. 437 (453ff.).