

Die Verfassung als normativer Maßstab?

Fragen eines Linguisten, die ein Jurist nicht rechtskräftig beantworten kann

Dr. iur. Dr. phil. Ralph Christensen (Mannheim / Bonn)

Frage 1:

Inwiefern legitimiert die Verfassung (oder auch nicht) ein öffentliches Eingreifen in gesellschaftliche Diskurse durch WissenschaftlerInnen?

Der verfassungsrechtliche Staatsbegriff hat seit den 50er Jahren eine Entwicklung durchgemacht vom Obrigkeitsstaat über den Wohlfahrtsstaat zum heutigen Gewährleistungsstaat. Dieser will nur die Voraussetzungen der gesellschaftlichen Selbstorganisation garantieren. Eine Aufforderung zur Verwissenschaftlichung des Diskurses geht über seine Aufgaben hinaus. Das wäre Wohlfahrt oder eher ihr Gegenteil. Eine Gewährleistung für die Offenhaltung des Diskurses im schwachen Sinne wäre eventuell aus der Verfassung ableitbar. Das Grundgesetz hat allerdings die Grundrechte abgekoppelt von den Grundpflichten, mit der sie in der Weimarer Rechtsverfassung noch verbunden waren. Dies war eine bewusste Entscheidung wegen dem damit verbundenen Missbrauchsrisiko. Im Dritten Reich hatten Bürger nur Rechte, soweit sie Pflichten gegenüber dem Volkesganzen zu erfüllen hatten. Das Verhältnis von Pflicht und Recht wurde also umgekehrt. Selbst in der DDR wurde den Bürgern die Meinungsfreiheit garantiert, verbunden mit der Pflicht, sich eine richtige Meinung zu bilden. Deswegen hat das Grundgesetz in den Katalog außer bei Art. 14 keine Grundpflichten aufgenommen, sondern stattdessen begründungsbedürftige Schranken für Freiheiten. Das heißt, ein Wissenschaftler darf, aber er muss nicht in gesellschaftliche Diskurse intervenieren.

Frage 2:

Inwiefern kann die Verfassung ein Maßstab für die wissenschaftliche Diskursintervention sein oder auch nicht?

Die Leitbegriffe der Grundrechte sind Verweisungsbegriffe. Sie definieren nicht, was Religion, Kunst oder Wissenschaft ist. Als Kunst im normativen Sinne gilt, was im Kunstbetrieb im soziologischen Sinne als Formensprache anerkannt ist. Genauso ist es bei der Wissenschaft. Die Wissenschaftsfreiheit garantiert die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe (BVerfGE 47, 327 ff., 367). Das heißt, die Verfassung liefert keinen Maßstab für Wissenschaftlichkeit. Sie optiert weder für Max Weber, noch seine Gegner. Das heißt, sie legen eben keine bestimmte Wissenschaftstheorie fest, sondern überlässt diese Entwicklung der Wissenschaft selbst.

Frage 3:

Was ist der „Geist“ der Verfassung, was ist ihr Sinn und Zweck – oder gerade auch nicht? Wogegen wendet sie sich und woran ist das erkennbar?

Der Geist der Verfassung ist erstens ein Gespenst und zweitens umstritten.

Zunächst zum Gespenst: Die Verfassung wird nicht von einem einzigen Gedanken beherrscht. Dieser könnte sonst alle Zweifelsfragen entscheiden und wäre für jeden Fall die absolute Deduktionsgrundlage. Er könnte dies allerdings nur, wenn er nicht selber Teil des Spiels würde. Das heißt also, er müsste vollkommen leer sein. Ganz tot ist dieser Geist aber nicht, er geht um als Gespenst. Dieses wiegelt auf gegen Usurpatoren des Geistes. Seine Waffe ist die Gewaltenteilung. Denn die Verfassung ist auf der Rechtsevolution ein relativ neuer Schritt. Sie ist reflexives Recht, welches die Frage erlaubt, ob Gesetze Recht oder Unrecht sind.

1. Der Verfassungsdiskurs

Wenn man ein Satzsystem beschreibt, kann man unter dem Aspekt der Arbeits- oder Gewaltenteilung drei Komponenten unterscheiden.¹ Die einbeziehende Gewalt stellt die Frage, wie viele Sätze im System aufgenommen werden sollen.² Die ausschließende Gewalt stellt die Frage nach deren Verträglichkeit³ und die reflektierende Gewalt stellt die Frage, ob sich aus der Dialektik von Einschluss und Ausschluss ein Entwicklungsprozess ergibt.⁴

Im juristischen Satzsystem dienen die Grundrechte als einschließende Gewalt, denn sie erlauben die Produktion neuer Sätze und Verhaltensstrategien. Der ganzheitliche Topos der Einheit der Rechtsordnung fungiert dagegen als ausschließende Gewalt, an der die Verträglichkeit dieser Innovationen geprüft wird. Während die Grundrechte diese Varianz ermöglichen, dient der Ganzheitsgesichtspunkt der Selektion. Ob es eine Entwicklung gibt und damit eine reflektierende Gewalt, hängt davon ab, ob das Verhältnis von Einschluss und Ausschluss stabil ist oder variiert. Wenn man die Einheit der Rechtsordnung sehr stark fasst, ist das Verhältnis von ausschließender und einschließender Gewalt schon vorentschieden und eine reflektierende Gewalt wäre überflüssig. Das Funktionieren der diskursiven Gewaltenteilung setzt voraus, dass die Form des Ganzen nicht schon semantisch entschieden ist. Deswegen führt die Grundrechtskollision zum Problem der holistischen Dimension juristischer Semantik.

Hier soll nicht bestritten werden, dass eine Semantik Bezug zum Ganzen braucht, also holistisch zu fassen ist. Bedeutung ist keine intrinsische Eigenschaft irgendwelcher Sprachelemente, sondern eine relationale Eigenschaft. Einen Satz zu verstehen, heißt eine Sprache zu verstehen. Aber es stellt sich die Frage, ob dabei das Ganze der Sprache als Grammatik verfügbar sein muss, oder ob sie nicht eher den Horizont für praktische Verständigungsprozesse bildet. Das erste wäre ein starker, das zweite wäre ein schwacher Begriff von Holismus.

¹ Vgl. dazu *Bruno Latour*, *Das Parlament der Dinge*, Frankfurt am Main 2001, S. 131 ff., zusammenfassend S. 302 ff.

² *Latour*, ebd., S. 140 ff.

³ *Latour*, ebd., S. 148 ff.

⁴ *Latour*, ebd., S. 251 ff.

2. Grundpositionen der Verfassungstheorie

Die Art, wie man das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt ordnet, kennzeichnet die in der deutschen Staatsrechtslehre vertretenen Positionen. Carl Schmitt glaubt nicht, dass das Recht gegenüber der einschließenden Gewalt der Grundrechte seine Einheit selbst garantieren kann. Diese Aufgabe wird in die Politik externalisiert.

Smend dagegen will den Ausschließungsmechanismus in die Grundrechte selbst verlegen als immanenten Wertbezug. Damit erlegt er Ihnen die Bürde der Integration in den Staat als prozedurale Einheit auf.⁵ Die reflektierende Gewalt fehlt bei beiden Denkern, weil sie die staatliche Einheit als Endzweck betrachten.

Erst in der Konzeption von Kelsen ist jedenfalls der Ort der reflektierenden Gewalt zu erkennen. Die Einheit der Rechtsordnung ergibt sich hier aus einer Grundnorm. Damit ist etwas wichtiges gewonnen. Denn die schwierige Einordnung der Grundnorm war immer ein theoretischer Stachel für Entwicklungen innerhalb der Reinen Rechtslehre. In diesem Begriff kreuzen sich das neukantianische Motiv einer transzendental-logischen Bedingung für Rechtserkenntnis⁶ und die anhand Vaihingers "Philosophie des Als-Ob" anschließende Lesart der Grundnorm als Fiktion.⁷ Die Grundnorm als Fiktion ermöglicht eine juristische Metaphorologie und damit eine Beobachtung der von den Juristen bei der Widerspruchseseitigung produzierten Sätze. Carl Schmitt erlag deren Verführungskraft und setzte eine wirkliche Einheit des Rechts als notwendige Bedingung. Demgegenüber kann Kelsen von seiner Theorie aus den Umschlag von Sätzen in Ontologie beobachten. Man gewinnt durch Kelsen also einen Aussichtspunkt. Er markiert die für jede Rechtsordnung grundlegende Notwendigkeit, die Auflösung von Widersprüchen und damit das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt als Entwicklung zu beobachten. Es lässt sich von hier aus die Frage stellen, wohin die praktischen Entscheidungen über den Einschluss und Ausschluss von Sätzen führen. Schließen sie den Horizont oder öffnen sie ihn.

3. Keine Zusammenlegung von einschließender und ausschließender Gewalt

Die Wertungsjurisprudenz gibt den Grundrechten einen Doppelcharakter. Sie sind einerseits subjektive Abwehrrechte des Individuums, andererseits aber auch objektive Wertentscheidungen, die der Gemeinschaft zustehen. Diese Wertentscheidungen sollen den Grundrechten auch Richtungen geben. Die Zusammenlegung von ausschließender und einschließender Gewalt steht bei der Wertungsjurisprudenz unter dem Leitbegriff der Integration: "Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses."⁸ Wenn hier von

⁵ Zu den Freiheitsrechten als Gesamtzweck und neuen Staatsethos vgl. schon *Rudolf Smend*, Bericht, AöR N.F. 13 (1927), S. 105.

⁶ Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 205.

⁷ Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 206. Zum Fiktionsbegriff bei Vaihinger und zum Folgenden vgl. *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996, S. 18 ff. Zu Kelsens Anschluss an Vaihinger als angewandte juristische Metaphorologie ebd., S. 23 ff.

⁸ Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (189).

Totalität die Rede ist, geschieht dies nicht zufällig. Zwar soll die Einheit des Staates nicht einfach vorausgesetzt, sondern hergestellt werden. Aber diese Einheit ist kein indefiniter Horizont. Sie ist vielmehr eine definierte Größe als Totalität des staatlichen Lebens. Der Erlebnisinhalt als gefühlte Einheit der Integration ist ein Zugeständnis an den Zeitgeist. Die Form aber, in der das Erlebnis seinen Halt findet, ist die von Hegel paradigmatisch formulierte Metaphysik des Buches. Diese Verknüpfung von Erlebnis und Totalität ist als Neuhegelianismus in den 20er Jahren Zeitgeist und prägt auch maßgeblich die Position von Karl Larenz, der später die hermeneutische Reformulierung dieser Theorie als Wertungsjurisprudenz liefern wird. Auch bei Smend bleibt Pluralismus bis in die 50er Jahre hinein negativ konnotiert,⁹ weil er alle Unterschiede vollkommen dem Ziel der herzustellenden Einheit unterordnet.

Der Ausgangspunkt der Wertungsjurisprudenz war das Verstehen von Verfassungstexten aus dem politischen Zusammenhang heraus. Der Begriff Integration erlaubt nun den Übergang vom hermeneutischen Problem in die hegelianische Struktur der Totalität. Der Begriff fungiert als Steuergröße und Maßstab für das Ganze und soll gleichzeitig eine bestimmbare Bedeutung haben. Diese gegensätzlichen Anforderungen kann der Begriff nicht in sich aufheben. Er oszilliert¹⁰ und löst sich auf: "Smend nimmt an, dass die Einsicht in die Integrationsfunktion der Verfassungsnormen nicht nur die allgemeine Vermutung für ihre unmittelbare Rechtswirksamkeit begründe, sondern auch Fingerzeige für die richtige Auslegung schwieriger Sätze geben könnte. Dies ist aber ein Irrtum. Integrationswirkung hat ein Verfassungssatz gleichermaßen, ob er nun in diesem oder jedem Sinne auszulegen ist, es kann also mit der Integrationswirkung keine Einzelfrage der Auslegung beantwortet werden."¹¹ Thoma benennt hier richtig das Problem der textuellen Strategie in den Schriften von Smend. Der Begriff der Integration wird überlastet und damit leer. Er gleitet in die sanfte Ironie des transzendentalen Signifikats, welches nachträglich bestimmt, was es von Anfang an gesteuert haben will.

4. Die Rolle der reflektierenden Gewalt

Man kann die Grundrechte nicht als Werte verstehen und ihnen die Aufgabe der Integration aufbürden. Sie bilden die einbeziehende Gewalt. Die ausschließende Gewalt liegt Ihnen der Systematik ihrer Schranken. Aus der Sicht der reflektierenden Gewalt sind diese aber nur gerechtfertigt, wenn sie den Prozess der Einbeziehung neuer Sätze offen halten. Wir brauchen keine Mauer, sondern ein System beweglicher Barrikaden, die uns den Rückweg in eine politisch vorentscheidene Einheit abschneiden.

Eine politische Gemeinschaft muss also die die Einheit, die sie braucht, als leeren Signifikanten vor sich her schieben. Nur dann kann im demokratischen Prozess darüber diskutiert werden. Wenn man den Begriff der Einheit mit Werten inhaltlich füllt, gelangt man in eine totalitäre Ordnung. Nur im Rahmen dieses schwachen Holismus kann man das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt auch auf Varianz hin beobachten. Nur in diesem schwachen Holismus ist Platz für

⁹ Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Das Problem der Institutionen und der Staat. Staat als Beruf. Vortrag in der Institutionenkommission der evangelischen Studiengemeinschaft (Christophoros-Stift) 1956, in: Zeitschrift für evangelische Ethik 6 (1962), S. 55 ff.; *ders.*, Stellungnahme, in: VVDStRL 11 (1954), S. 240.

¹⁰ Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 195 ff.

¹¹ *Richard Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: *Hans Carl Nipperdey* (Hrg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1929, S. 9 ff., 11.

eine reflektierende Gewalt. Dieser Gedanke der diskursiven Gewaltenteilung sollte auch Maßstab einer Diskursintervention sein.

Frage 4:

Welche Rolle spielt insbesondere die Wissenschaftsfreiheit im Kanon der Grundrechte? Welche Rolle haben die Verfassungs“väter“ der Wissenschaft zugeordnet und was ist die Position der Dogmatik heute dazu? Steht Art. 5 „Pate“ für diskursintervenierendes Forschen? Wo wäre eine Grenze zu ziehen?

Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG zählt nicht zu den klassischen liberalen Freiheitsrechten. Aus Sicht der herrschenden Lehre verkörpert es aber eine objektive Wertordnung. Zum sachlichen Geltungsbereich führt das Bundesverfassungsgericht Folgendes aus: „Als Abwehrrecht sichert es vielmehr jedem, der sich wissenschaftlich betätigt, Freiheit von staatlicher Beschränkung zu. Gegenstand dieser Freiheit sind vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe. (...) Art. 5 Abs. 3 Satz 1 schützt aber nicht eine bestimmte Auffassung von Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie. Das wäre mit der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit unvereinbar, die der Wissenschaft trotz des für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs eignet. (...) Über gute und schlechte Wissenschaft, Wahrheit und Unwahrheit von Ergebnissen kann nur wissenschaftlich geurteilt werden. (...) Die Wissenschaftsfreiheit schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives Vorgehen den Schutz des Grundrechts. (...) Daraus folgt aber nicht, dass eine Veröffentlichung schon deshalb als wissenschaftlich zu gelten hat, weil ihr Autor sie als wissenschaftlich ansieht oder bezeichnet. Denn die Einordnung unter die Wissenschaftsfreiheit, die nicht dem Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 unterliegt, kann nicht allein von der Beurteilung desjenigen abhängen, der das Grundrecht für sich in Anspruch nimmt.“ (BVerfGE 90, 1 ff., 11 ff.) In der Lehre unterliegt der Wissenschaftler einer besonderen Verfassungstreue nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2. „Entstehungsgeschichtlich ist dies eine typische Reaktion auf Weimarer Gefährdungslagen; sie gehört in den Kontext jener Bestimmung des Grundgesetzes, die das Prinzip der wehrhaften Demokratie zu realisieren suchen (Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2, 98 Abs. 2). Sie ist nicht ohne Weiteres identisch mit der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht, die grundsätzlich auch den beamteten Hochschullehrer trifft. (...) Lehrfreiheit schließt das Recht zur Einseitigkeit, zur Akzentuierung und zur pointierten Positionierung ein.“ (Vgl. dazu Sachs, Grundgesetzkommentar, Art. 5 Rn. 225 f.)

„Keine Wissenschaft sind politische Aktivitäten, auch wenn sie auf wissenschaftlicher Grundlage beruhen; die Grenze liegt dort, wo Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung in aktives Handeln umgesetzt werden.“ (BVerfGE 5, 85 ff., 146)

Allgemein würde ich bei der Berufung auf das Recht gewisse Vorsichtsmaßnahmen empfehlen. Das Recht ist primär eine Funktion der Macht. Es gilt immer noch der alte Grundsatz „might makes right“. Eine schlichte Berufung auf Menschenrechte ist gelinde gesagt naiv. Die Menschenrechte werden seit Marx' Schrift zur Judenfrage etwa von Ernst Bloch, Christoph Menke und anderen einer grundlegenden Kritik unterzogen. Sie sichern zuerst einmal dem Bourgeois das sichere Genießen seines Eigentums. Nur die Gestaltungsrechte des politischen Citoyen können als

Gegenrechte die Figur der subjektiven Rechte aus ihrer Umklammerung durch die bürgerliche Ideologie lösen. Ein Anknüpfen muss also immer kritisch erfolgen.

Um aus Grundrechten Gegenrechte zu machen, bedarf es also großer Anstrengungen. Man muss vor allem vermeiden, sich der juristischen Ideologie von Einheit, juristischem Menschenbild usw. anzuschließen. Die Kraft, um das Recht aus der Verknüpfung mit der Macht zu befreien, liegt nur zum kleinen Teil in seinem Inneren. Sie muss von Außen kommen. Das Vorbild bleibt hier die Bürgerrechtsbewegung in den USA. Man mobilisiert die Rechtsordnung gegen ihre eigene Ideologie. Die Kraft dazu muss aus der Gesellschaft kommen.