

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Methode und Verfassungstheorie	4
1. Verfassung als gemeinschaftliches intentionales Sprachhandeln – Positivismus und subjektiv-historische Auslegung als normativ geboten	5
2. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz	6
3. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	9
III. Norm- und Begründungstheorie – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen	12
IV. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	14
V. Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte	15

1. Kapitel

Methodische und verfassungstheoretische Grundfragen

I. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte	17
1. Wintrich und Dürig als Wegbereiter	17
2. Verfassungstext und systematischer „Dreischritt“ (Enders) des Art. 1 GG	19
3. Ständige Rechtsprechung und (noch) herrschende Lehre: Unabänderlichkeit und absoluter Schutz der grund- rechtlichen Menschenwürdegehalte	20
4. Skeptische Stimmen und besondere Begründungslast für Menschenwürdegehalte	23

a) Zunehmende Erosion der herrschenden Meinung zur Änderungs- und Abwägungsfestigkeit grundrechtlicher Menschenwürdegehalte	23
b) Das Höflingsche Konkretisierungsdilemma	31
c) Gründe für die Begründungslast: Verfassung als Rahmenordnung – Unbestimmtheit des Menschenwürdebegriffs	32
d) Unerfüllte Konkretisierungsaufgabe – auch aufgrund Alexys Kritik an absoluten Rechten	34
II. Wille des Verfassungsgebers als Auslegungsziel: Sprachtheorie und Entscheidungstheorie	36
1. Sprecherintention	37
2. Der Wille des Gesetzgebers als Gruppenintention – Gesetzgebung als gemeinschaftlich-zweckorientiertes Sprachhandeln	38
3. Der Gruppenwille – auch der unterlegenen Minderheit – zum gemeinsamen Beschluss eines Gesetzes	39
4. Wie weit reicht der empirische Überschneidungsbereich des Gruppenwillens – und wie weit bedarf es ergänzender normativer Zuschreibungen?	40
a) Notwendigkeit der Rekonstruktion des kollektiven Willens als bloße normative Zuschreibung (Poscher)?	40
b) Die entstehungszeitliche Wortlautbedeutung als gemeinsamer Rahmen des Gruppenwillens	41
c) Keine Begrenzung auf paradigmatische Anwendungsfälle – Berücksichtigung eines Delegationswillens – Beispiel des Altenpflege-Urteils	42
5. Subjektiv-historische Auslegung als historische Hypothesen- bildung auf normativer Grundlage	45
III. Verfassungstheoretische Grundlagen der subjektiv- historischen Auslegung	46
1. Demokratie, Gewaltengliederung und Rechtsstaat als Gründe für das subjektiv-historische Auslegungsziel	47
2. Die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes – Narration, nicht Fiktion	49
3. Die demokratische Schlagkraft des „Originalism“	52
4. Der Vorrang der Verfassung und seine richterliche Kontrolle – Entstehung in den Vereinigten Staaten	54
a) Marbury v. Madison (1803) war kein „Urknall“: Die kontinuierliche Entwicklung des Prüfungsrechts – und Federalist No. 78	56
b) Die Verfassungskontrolle lag zwischen Marbury und Dred Scott (1857) nicht in einem „Dornröschenschlaf“	59

5. Adoption und Ausbau des nordamerikanischen Modells durch das Grundgesetz	60
6. Grundrehtedemokratie und Grenzen der Mehrheits- herrschaft	61
a) Das Menschenrecht auf Demokratie und seine Mediatisierung durch das Menschenrecht auf Staatsbürgerschaft	62
b) Weitere Grundrechte als Konkretisierung des demokratischen Status gleicher Freiheit	63
7. Grundrehtedemokratie und Verfassungsänderungen	64
8. Verfassung als demokratische Selbstbindung: Odysseus und die Sirenen bei Baruch de Spinoza und Jon Elster	65
9. Notwendigkeit des „Positivierungsnachweises“ (Jestaedt)	66
IV. Das subjektiv-historische Auslegungsziel und die juristischen Argumentformen – Entstehungsgeschichte im Kontext der Methodenlehre	67
1. Gewichtung der Auslegungsmethoden	67
2. Wortlaut	70
a) Wortlaut als Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung – offensichtliches Redaktionsversehen als Ausnahmefall	70
b) Wortlautgrenze und objektiver Empfängerhorizont	70
c) Unterschiede zur Deutung von Meinungsäußerungen	71
3. Systematik	73
a) Bezugspunkt der systematischen Auslegung – Berücksichtigung des Willens anderer Gesetzgeber durch den Gesetzgeber der Ausgangsvorschrift	73
b) Grundsatz der kohärenzsteigernden systematischen Auslegung – Ausnahmen	74
c) Grundrechtskollisionen und Abwägung von Grundsatznormen als Unterfall der systematischen Auslegung	74
d) Auswirkungen höherrangiger Vorschriften – verfassungs- konforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung ...	75
e) Identitätskonforme Auslegung von Grundgesetzänderungen	76
4. Entstehungsgeschichtliche Indizien und ihre Würdigung	77
a) Besonderes Gewicht plenumsöffentlicher Materialien	77
b) Einbeziehung auch von nicht-plenumsöffentlichen Indizien – etwa von Ausschussprotokollen	77
c) Einzeläußerungen: grundsätzliche Verwertbarkeit – erhöhter Kontextualisierungsbedarf	79
d) Grenzen des vertretbaren Aufwands – und der Leistungsfähigkeit der entstehungsgeschichtlichen Auslegung in vielen Fällen	81
e) Gewichtung entstehungsgeschichtlicher Argumente	81

5. Gebot der Ausschöpfung der Canones – Auswertung der Entstehungsgeschichte unabhängig vom Grundlagenstreit um das Auslegungsziel	82
6. Realbereich und Folgenberücksichtigung: Extrajuridisches Wissen	83
7. Rechtsprechung und Gesetzgeberwille	85
a) Irrelevanz der Rechtsprechung bei eindeutigen anderweitigen Ergebnissen	86
b) Epistemische Ebenbürtigkeit („epistemic peerhood“) als Grundlage für die Bedeutung der Rechtsprechung in der Auslegung	86
c) Grundsätzlicher Nachrang einer gegenläufigen Rechtsprechung – Stichentscheidfunktion in seltenen Fällen	88
d) Konkretisierungsfunktion gleichläufiger Rechtsprechung	89
e) Konsistenz der Rechtsprechung als entscheidender Gewichtungsfaktor	89
f) Argumentationslastregel – Verbreiterung der Verständigungsbasis – Gefahr des „Verfassungsgerichtspositivismus“ (Schlink)	89
g) Die gebotene Kontextualisierung der Rechtsprechung (Lepsius) – Beispiel der Entscheidung zur rückwirkenden Klarstellung im Steuerrecht	91
h) Folgerungen des Kontextualisierungsgebotes für Zitierpraxis und Präjudizienwürdigung	93
i) Verallgemeinerbarkeit und Begründungstiefe von Entscheidungen als Grenzen ihrer Kontextualisierung	94
j) Tragende Gründe und obiter dicta	96
8. Verfassungspraxis, herrschende Lehre und offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten	98
V. „Living Originalism“ unter dem Grundgesetz	99
1. Entwicklung der Originalismus-Debatte	99
2. Die maßgebliche Ebene der Allgemeinheit für den Festlegungswillen des Gesetzgebers	103
a) Die Festlegungsthese („fixation thesis“) und die Unterscheidung von konkreteren Anwendungsvorstellungen („original expected applications“) und der Festlegung allgemeinerer Grundsätze	103
b) Fehlende Wertneutralität einer pauschalen Festlegung auf die spezifischsten historischen Anwendungsvorstellungen	105
3. Intendierte Anwendungsfälle – Anwendungsminimum oder Anwendungsmaximum?	106
4. „Vorstellungshorizont“ des Verfassungsgebers: konkret oder allgemein?	107
5. Ein Beispiel: Der U. S. Supreme Court und die Smartphones – Riley v. California (2014)	108

6. Abstrakte Wortlautfassung als allgemeines Indiz – konkreter Befund für das Grundgesetz	110
7. Grenzen der Dynamik – „denkender Gehorsam“ statt Verfassungsfortbildung	111
a) Konkretisierende Auslegung von Grundsatznormen statt rechtsfortbildende „Construction“ – Abgrenzung von Jack Balkins „Framework Originalism“	112
b) Positivistisch gebändigte Dynamik nach dem Modell der Grundsatznormen	113
c) Entstehungsgeschichtlich gewollte Grenzen einer dynamischen Verfassungsfortbildung	115
VI. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entstehungsgeschichte	117
1. Der Kontrast zwischen der Wahrnehmung der frühen Rechtsprechung und der tatsächlichen Auslegungspraxis	118
2. Der zweite Leitsatz des Wohnungsbau-Urteils „revisited“: Die Zweifelsbehebungsfunktion der Entstehungsgeschichte ...	119
3. Umdeutung der Aussagen aus dem Wohnungsbau-Urteil in späteren Entscheidungen	121
4. Vielfalt der auslegungstheoretischen Aussagen neben dem Wohnungsbau-Urteil	122
a) Sachdienlichkeit der Entstehungsgeschichte – „in der Regel“ oder „nicht unbedingt“ ausschlaggebende Bedeutung – „besonderes Gewicht“ bei Zuständigkeitsvorschriften	123
b) Subjektiv-historische Ausrichtung im Beschluss zu Nachflucht- tatbeständen (1986) und der Folgerechtsprechung	124
5. Renaissance der Entstehungsgeschichte in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	125
6. Der Wille des Gesetzgebers und der Wille der verfassungs- gebenden Gewalt in der Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts	126
7. Fazit zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entstehungsgeschichte	129
VII. Menschenwürde zwischen Universalität und Vielfalt im europäischen, internationalen und transnationalen Kontext des offenen Verfassungsstaates	131
1. Grundrechtsschutz in Europa – Verfassungspluralismus und nationale Perspektive	132
2. Menschenwürde und integrationsfester Identitätskern des Grundgesetzes	135

3. Grundgesetz als offene Verfassung	136
a) Gebot menschenrechtsfreundlicher Auslegung (Art. 1 Abs. 2 GG) .	136
b) Geltung der Charta der Grundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten – souveränitätskonforme Auslegung der Rechtsprechung des EuGH	142
c) Globaler Konstitutionalismus und Achtung fremder Rechts- anschauungen – Beispiel der Auslieferung bei lebenslanger Haft ...	143
VIII. Die Hoffnung auf die bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	143
1. These der Hoffnung auf eine bessere Antwort in schwierigen Rechtsfragen	144
a) Überwiegende Gründe genügen: Zurückweisung der Eindeutig- keitsthese – Unterscheidung von epistemischer Unsicherheit und inhaltlicher Unbestimmtheit	145
b) Verfassungsfortbildung ist nur bei einem exakten Auslegungspatt notwendig	146
c) Richterliche Zurückhaltung (judicial restraint) bei fehlender Eindeutigkeit als Ausweg?	149
d) Verfassung als hinreichend dichtes Gewebe: Notwendigkeit der Verfassungsfortbildung nur in einer Minderheit der schwierigen Fälle	151
e) Die Rolle der gerichtlichen Beratungskultur: Bundesverfassungs- gericht und U. S. Supreme Court im Vergleich	152
2. Orthodoxe Rechtstheorie (nach Kelsen und Hart): Notwendigkeit von Rechtsfortbildung schon bei fehlender Eindeutigkeit	153
a) Das Lückenmodell des Rechts – oder: der juristische Marathonlauf	156
b) Das „Gummibandmodell“ (oder Zähne-Masse-Modell) des Rechts (Poscher)	157
c) Widerspruch zur tatsächlichen Argumentationspraxis	158
3. Zur Vereinbarkeit von schöpferischer Maßstabsbildung im Entdeckungskontext und besserer Antwort im Rechtfertigungskontext	160
4. Rechtliche Grundbegriffe als wertbezogene „interpretative“ (Dworkin) oder „essentiell streitbefangene“ (Gallie) Begriffe: Rechtswissenschaft als (eigenständiger) Zweig der politischen Philosophie	162
5. Die „Feuerwand“ des positiven Rechts als System- grenze (Jestaedt) – und ihr nichtpositivistisches normatives Fundament	164
a) Humes Prinzip (Sollen muss auch aus einem Sollen begründet werden) und Kelsens Strategie der lediglich hypothetischen oder fiktionalen Rechtsgeltung	165

b) Das Recht zur Verfassungsgebung – vorverfassungsrechtliche Maßstäbe und positivrechtliche Brückennormen	168
c) Subjektiv-historische Auslegung: Hermes statt Herkules als Leitbild der Rechtsanwendung	170
d) Die Normen, die die positivistische Feuerwand des Rechts begründen, sind Grundsatznormen, nicht Alexysche Prinzipien ...	172
6. Überlegungsgleichgewicht („reflective equilibrium“) als Erkenntnismodell	172
a) Ethischer Kognitivismus – nochmals: Zurückweisung der Eindeutigkeitsthese und Unterscheidung von Ungewissheit und Unbestimmtheit normativer Wertungen	173
b) Die „Bürden des Urteilens“ (Rawls) und die Einsichten der empirischen Psychologie in die Fehleranfälligkeit unserer Überzeugungen	174
c) Reflective Equilibrium bei Rawls und Dworkin	176
7. Paradigmatische Meinungsverschiedenheiten?	178
8. Die Frage nach der „einen richtigen Antwort“ als rechtsdogmatische Frage	178

2. Kapitel

Entstehung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG

I. Herrenchiemseer Entwurf	181
1. Art. 1 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 HChE als Vorläufer für Art. 1 GG	182
a) Die textlichen Parallelen zu Art. 1 GG	182
b) ‚Die Würde der menschlichen Persönlichkeit zu achten und zu schützen‘ – Nawiaschys Fassung des Art. 1 Abs. 2 HChE	183
c) ‚Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar.‘ – Beyerles Vorschlag	184
d) ‚In keinem Falle einschränkbar‘ – Art. 1 Abs. 2 HChE als ‚nicht suspendierbares‘ Grundrecht der Menschenwürde	185
2. ‚Der Staat ist um des Menschen willen da‘ – Art. 1 Abs. 1 HChE	187
3. Beseitigungsverbot für die Grundrechte (Art. 21 Abs. 1 HChE) und Grenzen der Verfassungsänderung aus Art. 108 HChE ...	189
II. Zu den Beratungen über Artikel 1 im Parlamentarischen Rat	191
1. Zur Quellenlage	191
2. Überblick über den Ablauf der Beratungen	192
3. Zur Bedeutung der Beratungen im Grundsatzausschuss	195
III. Ausschuss für Grundsatzfragen: Grundrechte und Menschenwürde in den ersten drei Sitzungen	196

1. „Es gilt, die Dinge zu konkretisieren.“	196
2. „Das Pathos des Dauernden“ (Heuss): „Ewigkeitsgehalt“ der Grundrechte trotz provisorischer Verfassung	199
3. „Proklamation, Deklaration und Rechtssatz“: Erster Vorschlag zur Formulierung der Menschenwürdegarantie von Theodor Heuss	200
IV. Erste Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	201
1. Artikel 1 als systematischer Dreischritt vom Naturrecht zu den Grundrechten	202
2. „Fluktuierendes“ Naturrecht – „Beweglichkeit der Grundrechtssätze“ in der Auslegung	203
3. Änderbarkeit der „Formulierungen“ bei „manchen“ Grundrechten zur Anpassung an die „Erfordernisse und Bedürfnisse der Zeit“	203
4. Naturrechtsdebatte und Änderungsfestigkeit der Grundrechte	205
a) Naturrechtliche Position – Verbot der „völligen“ Beseitigung der Grundrechte	207
b) Positivistische Deutung der „ewigen Rechte“ bei Theodor Heuss ...	209
c) „Historisches Naturrecht“ bei Carlo Schmid	210
d) „Solange das Grundgesetz besteht“ – Beseitigungsfestigkeit der Grundrechte als gemeinsamer Nenner der Naturrechtsdebatte	218
5. „Der Staat ist um des Menschen willen da ...“ – „Meine Herren, was für ein Deutsch!“ – staatsrechtliche Grundhaltungen bei Schmid und Heuss	218
6. Menschenwürde als „nicht interpretierte These“ bei Theodor Heuss	221
a) Keine Interpretation der vorpositiven Begründung	222
b) Keine Interpretation als vorpositives „Recht“	222
c) Die ewigen Rechte als These, „die ihre Interpretation in den Art. 2, 3, 4, 5 erhält“	226
d) Fazit: Menschenwürde als nur mit Blick auf ihre Begründung und vorpositive Geltung „nicht interpretierte“ These	227
7. Menschenwürde als „Mindeststandard“ und „absolute Schranke“	228
8. Artikel 1 als „Verkörperung“ des Verbotes, die Grundrechte zu beseitigen	230
a) Verhältnis zum Beseitigungsverbot des Art. 21 Abs. 1 HChE	230
b) Identitätsklausel des Art. 108 HChE	232
9. Fassung der ersten Lesung des Grundsatzausschusses	232

V. Zweite Lesung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	233
1. ‚Nicht um ihretwillen sind die gewährleistet.‘ – Richard Thomas ‚Kritische Würdigung‘	233
2. ‚Jeder Artikel für sich‘ – Menschenwürdegehalt und Beseitigungsfestigkeit aller Grundrechte	237
3. Folgerungen aus der Beseitigungsfestigkeit der Grundrechte für den Grundrechtscharakter der Menschenwürdegarantie ..	240
4. Vereinte Nationen als Vorbild für die Verknüpfung von Menschenwürde und Menschenrechten	241
5. Auslegung ‚im Wandel der Zeit‘	244
6. Repräsentativität der Aussagen v. Mangoldts zur „Beweglichkeit“ der Grundrechtssätze in der Zeit	246
7. Fassung der zweiten Lesung des Grundsatzausschusses	249
VI. Dritte Beratung des Artikel 1 im Grundsatzausschuss	249
VII. Zweite Lesung des Artikel 1 im Hauptausschuss – ‚Unverletzlich‘ als rechtsphilosophisch neutrale Kennzeichnung der positivrechtlichen Unverfügbarkeit	251
VIII. Die Kontroversen über Artikel 1 zwischen Redaktionsausschuss und Grundsatzausschuss	253
1. Konfrontation und Annäherung – die ersten beiden Fassungen des Redaktionsausschusses	254
a) Erste Fassung	254
b) Zweite Fassung	256
2. Die dritte Fassung des Redaktionsausschusses als Adaption des Konzeptes des Grundsatzausschusses	257
a) ‚Die Verbindung stellt sich von selbst ein.‘ – Dehler zum Verhältnis von Menschenrechten und Grundrechten	258
b) ‚Aus diesem Bekenntnis heraus‘ – Grundrechte als Konkretisierung der Menschenrechte	258
3. ‚In erster Linie verpflichtet, sie auch selbst zu achten‘ – Schutzpflicht und Achtungspflicht	260
a) ‚Sie zu achten, ist oberste Pflicht ...‘ – Reaktion des Grundsatz- ausschusses auf die Aufnahme der Achtungspflicht in die erste Fassung des Redaktionsausschusses	261
b) ‚Unantastbar‘: ‚ein scheußliches Wort‘ – Reaktion des Grundsatz- ausschusses auf die zweite Fassung des Redaktionsausschusses	263
c) Keine Relativierung der Achtungspflicht für die Menschenwürde durch die Schutzpflicht für sie	266
d) ‚In erster Linie verpflichtet, sie auch selbst zu achten.‘ – Die Position des Redaktionsausschusses	267

IX. „Mehr präambelmäßig ...“? – Zum Rechtssatzcharakter der Menschenwürdegarantie	269
1. Einigkeit über den rechtlichen Verpflichtungscharakter in den sonstigen Beratungen	270
2. Folgerungen für die Deutung der Äußerung v. Mangoldt's	273
X. Die letzten Beratungen zu Artikel 1 in Fünferausschuss, Redaktionsausschuss und interfraktionellen Besprechungen	275
1. Entscheidung des Fünferausschusses für die Fassung des Redaktionsausschusses	275
2. Die inhaltlichen Änderungen durch den Fünferausschuss	276
a) „Das Deutsche Volk bekennt sich darum ...“ – Menschenwürde und Menschenrechte	277
b) „Die nachfolgenden Grundrechte ...“, statt „Diese Grundrechte“ – Unterscheidung zwischen Menschenrechten und Grundrechten ...	278
c) „Grundlage“ der menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt	279
3. Letzter Vorschlag Redaktionsausschuss, interfraktionelle Besprechungen und Verabschiedung des Grundgesetzes	280
a) „Unmittelbar Rechtscharakter“ – Streichungsvorschlag für Art. 1 Abs. 1 und 2 im „Vereinfachten Entwurf“ der SPD: Interfraktionelle Sitzungen vom 28. April 1949	280
b) Letzte Fassung Redaktionsausschuss, interfraktionelle Besprechung vom 3. Mai 1949, vierte Lesung im Hauptausschuss und dritte Lesung im Plenum	283
XI. Entstehungsgeschichte der Identitätsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG	285
1. Herrenchiemseer Entwurf (Art. 21 Abs. 1 und Art. 108 HChE) und Beratungen im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates	285
2. Überblick über den weiteren Ablauf der Beratungen im Parlamentarischen Rat	286
3. Kombiniertes Ausschuss und Organisationsausschuss	288
a) „Wenn der Himmel einfällt, sind alle Spatzen tot.“ (13. Sitzung) ...	288
b) „Eine Reihe von konsequent aneinander gefügten Maßnahmen“ (Schwalber) – Schutz der Bundesstaatlichkeit (14. Sitzung)	289
c) „Ein Mosaik von Anträgen“ (de Chapeaurouge) (14. Sitzung)	291
d) „Die Verfassung so von hinten her aus den Angeln zu heben“ (Finck) (16., 18. und 19. Sitzung)	291
4. „Wenig realistisch“ – erste Fassung des Redaktionsausschusses und erste Lesung des Hauptausschusses	294

5. ‚Auf scheinbar legalem Wege‘ – erste Formulierung einer Identitätsgarantie durch den Redaktionsausschuss (16. Dezember 1948)	295
6. ‚Das Dritte Reich hat damit manipuliert‘: Letzte Diskussion im Organisationsausschuss (29. Sitzung)	296
7. ‚Die Maske der Legalität‘ – Zweite Lesung im Hauptausschuss	299
8. Nichtaufnahme der Wesensgehaltsgarantie und der Rechtsweggarantie – dritte und vierte Lesung im Hauptausschuss und zweite Lesung im Plenum	301
9. Fazit zur Entstehung des Art. 79 Abs. 3 GG	304
a) Anknüpfung an die Beratungen im Grundsatzausschuss durch den Verweis auf die maßgeblich dort entwickelten Grundsätze des Art. 1 GG	304
b) Schutz auch im Vorfeld einer Revolution	304
c) Verbindung zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte	306
XII. Mindeststandard gleicher Freiheit als Quelle von Menschenwürdegehalt aller Grundrechte	307
1. ‚Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden.‘ – Ergänzung des Gleichheitssatzes in den Fassungen des Grundsatzausschusses	308
2. ‚Das ist die Verbindung von Gleichheitssatz und Freiheitssatz.‘ – ‚minimum standard of free society‘ bei v. Mangoldt	310
a) Grundsatzausschuss	310
b) Zweite Lesung des Hauptausschusses und Schriftlicher Bericht	311
c) Absoluter Schutz des Mindeststandards und Verbindung zu den besonderen Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG	312
3. ‚Nur sagen kann man es nicht.‘ – Historische Untiefen des Konzepts ..	313
a) ‚Zigeuner‘ und ‚nordische Rasse‘ im Parlamentarischen Rat	313
b) „Rasse“ als biologisch weithin unzutreffende, aber gesellschaftlich weiterhin bedeutsame Identitätszuschreibung – auch bei historischer Auslegung des Begriffs in Art. 3 Abs. 3 GG ..	315
c) „Separate but equal“ – v. Mangoldts Vorstellungen zum ‚Rassenrecht‘ und ihr historischer Kontext zwischen „Plessy“ (1896) und „Brown“ (1954)	318
d) Die „standard maxim for free society“ bei v. Mangoldt (1938) – und ihre Grenzen (etwa für Verbote von ‚Eheschließungen und außerehelichem Verkehr zwischen Farbigen und Weißen‘)	322
e) Von Mangoldt zu „Rassenrecht und Judentum“ (1939) – und Adolf Hitlers Rede von der ‚Würde eines höheren Menschentums‘	324

4. Abraham Lincoln als Quelle der „standard maxim for freedom“	326
a) Das Dred Scott-Urteil (1857): Die rassische Definition des amerikanischen Volkes – und ihre Widerlegung im Sondervotum von Justice Benjamin Curtis	326
b) Eigentum an Menschen als Institut der nationalen Verfassung: „Freedom national“ versus „slavery national“ als zentrale Streitfrage zwischen Republikanern und Demokraten vor dem Bürgerkrieg	328
c) ‚And no one misunderstood them.‘ – die Unabhängigkeitserklärung im Dred Scott-Urteil	330
d) Lincolns Rede vom 26. Juni 1857 zum Dred Scott-Urteil: Gleichheit als ein zukunftsgerichtetes Ideal	332
e) „A new birth of freedom“ – Lincolns Verweis auf die Unabhängigkeitserklärung in seiner Rede von Gettysburg (1863) und die Reconstruction Amendments	336
5. ‚[A]ll men are created equal‘ – Die amerikanische Unabhängigkeitserklärung (1776) und der Wille ihrer Verfasser	337
a) ‚This they said, and this they meant.‘ – Das zeitgenössische Verständnis der Unabhängigkeitserklärung	337
b) Der Sklavenhandel als Verletzung der ‚heiligsten Rechte des Lebens und der Freiheit‘ in Jeffersons erstem Entwurf der Unabhängigkeitserklärung	340
c) Sklavenhandel als Handel mit „Menschen“ („MEN“) – Jeffersons erster Entwurf als Indiz für ein weites Verständnis des Begriffs „MEN“ auch in dem Satz „all men are created equal“ ..	341
d) Jeffersons Pläne für die Abschaffung der Sklaverei und sein Briefwechsel mit Benjamin Banneker	341
e) Jeffersons Forderung nach einer Trennung der „Rassen“ – und seine Beziehung zu Sally Hemings	344
f) ‚All men are born free and equal‘ – Die Verfassung von Massachusetts und der Quok-Walker-Case von 1783	347
g) Sklaverei im Kontext der Verfassungsgebung von 1787: Die Strategie des Schweigens und Vertagens	348
h) Benjamin Franklins Eintreten gegen die Sklaverei	349
i) Der Kontext für v. Mangoldts Thesen des Jahres 1938 – Die deutsche Staatsrechtslehre und die „Rassenfrage“	350
6. Fazit bis 1945 – Brüche, Diskontinuitäten und Dynamik in der Geschichte des Gleichheitssatzes	352
7. Wandel der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in den Vereinigten Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg	353
a) Von Plessy v. Ferguson zu Brown v. Board of Education (1954): Aufgabe der Separate-but-equal-Doktrin durch den U. S. Supreme Court	354

b) Diskreditierung der Separate-but-equal-Doktrin durch die nationalsozialistische Rassenlehre: Perez v. Sharp (1948) als Vorläufer zu Loving v. Virginia (1967)	355
8. Folgerungen für Gleichheitssatz und Menschenwürdegehalte .	357
a) Keine Festlegung auf eine Separate-but-equal-These im Grundsatzausschuss	358
b) Benachteiligungswirkung der „Rassentrennung“	359
c) Getrennt kann nicht gleich sein – Gleichheitswidrigkeit der „Rassentrennung“ auch bei subjektiv-historischer Auslegung	360
9. Zukunftsfähigkeit des Mindeststandards gleicher Freiheit	362
a) ‚[T]he arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.‘ – Entwicklungsfähigkeit des Gleichheitssatzes: 1776, 1868 und 1949	362
b) Der Mindeststandard gleicher Freiheit als das Verbot diskriminierender Freiheitsbeschränkungen von menschenwürde- verletzender Intensität	365
c) Die „tote Hand“ der Vergangenheit – und die Verfassung als Versprechen auf künftige Versöhnung („constitutional redemption“)	365
10. Das gleiche Recht auf Ehe für alle Paare unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung als Menschen- würdegehalt des Persönlichkeitsrechts	366
a) Die maßgebliche Konkretisierungsebene – und die Unabhängigkeit der Frage vom Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG	367
b) Abstandsgebot (Gleichstellungsverbot) aus Art. 6 Abs. 1 GG?	368
c) Biologische Zeugungsfähigkeit als Argument?	369
d) Ausrichtung eines Abstandsgebotes gerade gegen gleich- geschlechtliche Partnerschaften?	371
e) Die Unterscheidung von allgemeinem und konkretem Vorstellungs- horizont mit Blick auf die gleichgeschlechtliche Ehe – Urteil des EGMR in der Sache Schalk und Kopf (2010)	372
f) § 175 RStGB und der Parlamentarische Rat – Richard Thomas Hinweis auf einen möglichen Verstoß gegen das allgemeine Freiheitsrecht	374
g) Das Ehegrundrecht für gleichgeschlechtliche Paare als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Gleichheitsgrundrechte	377
h) Die „Ehe für alle“ unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung als von der Menschenwürde gebotener Mindeststandard gleicher Freiheit	380
XIII. Nationalsozialistische Menschenrechtsverletzungen als wiederkehrender Bezugspunkt für den Parlamentarischen Rat ...	384
1. Menschenwürdegarantie	384
2. Leben und körperliche Unversehrtheit	386

a) Holocaust als paradigmatische Menschenwürdeverletzung	386
b) „Euthanasie“-Morde	387
c) ‚Schreckliche Dinge in den Konzentrationslagern‘ – Folter, Zwangssterilisationen und ärztliche Experimente als intendierte Anwendungsfälle des Rechts auf körperliche Unversehrtheit	389
3. Weitere Grundrechte	390
4. Zeitgenössisches Schrifttum	393
5. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur historischen Bedeutung des Nationalsozialismus für die Entstehung des Grundgesetzes	394
6. Fazit	397
XIV. Sieben zusammenfassende entstehungsgeschichtliche Thesen	398
1. These des Menschenwürdegehalts aller Grundrechte – Menschenwürde als fundamentaler Status der Freiheit und Gleichheit und Bündel grundrechtlicher Menschen- würdegehalte	399
2. These des absoluten Schutzes des Achtungsanspruchs für die Menschenwürde und der abwehrrechtlichen Menschen- würdegehalte	402
3. These des Grundrechts der Menschenwürde	404
4. These eines historischen Minimum intendierter Anwendungsfälle	405
5. These der Unabhängigkeit der Menschenwürde von geistigen Fähigkeiten	405
6. These eines egalitären Menschenwürdekerns aller Grundrechte – Das Verbot schwerwiegend diskriminierender Grundrechtsbeschränkungen als ein Mindeststandard gleicher Freiheit	407
7. These der dynamischen Entwicklungsfähigkeit der Menschen- würdegehalte („Living Originalism“)	408

3. Kapitel

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde

I. Überblick	411
II. Grundsätzliche Aussagen zur Menschenwürde	414
1. Oberster Wert und oberstes Konstitutionsprinzip	414
2. Sozialer Wert- und Achtungsanspruch des Menschen um seiner selbst willen	415

3. „Objektformel“	417
a) Ausprägungen der Objektformel	417
b) Rechtliches Gehör und faires Verfahren als frühe Anwendungsfelder ab 1957	419
c) Objekt und „bloßes“ Objekt	421
4. Verbot, die Subjektqualität grundsätzlich in Frage zu stellen („Subjektformel“)	421
a) Erste Verwendung der Subjektformel im Abhörurteil – als Unterfall der aufgegebenen Formel von der ‚verächtlichen Behandlung‘	422
b) Subjektformel als zusätzliche Möglichkeit der Menschenwürdeverletzung oder als Unterfall der Objektformel	424
c) „Vermisstenlassen der Achtung“ und „Missachtung“ als Unterfälle des Infragestellens der Subjektqualität	424
d) Die Kritik an der Objektformel im Abhörurteil, das Eingeständnis der „Grenzen“ ihrer „Leistungskraft“ (Urteil zur Wohnraumüberwachung) und die Verknüpfung mit der Subjektformel im NPD-Urteil	426
5. Menschenwürde als Grundrecht und als Fundament „aller Grundrechte“	428
a) Grundrecht	428
b) Wurzel oder Fundament „aller Grundrechte“	430
6. Menschenwürde als Freiheit: Letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit und absolut geschützter Achtungsanspruch	431
a) Selbstbestimmung und Gemeinschaftsgebundenheit der Person – Wahrung von Eigenwert und Eigenständigkeit	431
b) Abwehrrechte und Schutzpflichten – Vorrang des Menschen vor dem Staat	432
c) Absolut geschützter Achtungsanspruch des Einzelnen – Begrenzung der Schutzpflicht auf damit vereinbare Mittel	434
d) Freiheit und Sicherheit	435
e) Terrorismusbekämpfung und Rechtsstaat: Freiheit für die Feinde der Freiheit	437
f) Achtungsanspruch als innentheoretisches Recht: Rechtsfertigungsausschluss unabhängig vom ein-, zwei- oder dreistufigen Prüfungsaufbau	438
g) Unantastbarkeit der Menschenwürde – Art. 1 Abs. 1 GG als Verbot der „Verletzung“ oder „Antastung“ der Menschenwürde	440
7. Der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung	441
a) Entwicklung	442
b) Absoluter Schutz nicht einer verräumlicht zu denkenden ‚Sphäre‘ höchstpersönlicher Inhalte, sondern bestimmter auf solche Inhalte bezogener Rechte	443

c) Absoluter Schutz und gewichtsbezogene Formulierungen: „sehr schwerwiegende“, „noch so gewichtige“ oder „überwiegende“ Interessen?	444
d) Menschenwürde und Wesensgehalt als Quellen	446
e) Registrieren und Katalogisieren der Persönlichkeit – „Innenraum“ und „Recht, in Ruhe gelassen zu werden“ – Persönlichkeitsprofile	446
f) Rundumüberwachung – Totalerfassung	448
g) Verhältnis zur „Intimsphäre“ – Recht Transsexueller auf personen- standsrechtliche Anerkennung	449
8. Menschenwürde als Gleichheit: Der Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit	451
a) „Menschenwürde ist egalitär“ (NPD-Urteil)	451
b) Menschenwürdewidrigkeit antisemitischer oder auf rassistische Diskriminierung zielender Positionen – Abgrenzung zur Würdigung von Einzeläußerungen mit Blick auf die Meinungsfreiheit	452
c) Menschenwürdewidrigkeit eines ethnischen Volksbegriffs, der zur Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit führt	453
d) Das gleiche Recht aller Bürger auf demokratische Teilhabe unabhängig von ihrer Abstammung als menschenrechtlicher Kern des Demokratieprinzips	454
e) Verbot diskriminierender Eingriffe in Leib, Leben und persönliche Freiheit – Religiöses Existenzminimum als Anwendungsfall	458
f) Wandel der Rechtsprechung zu gleichgeschlechtlichen Beziehungen	460
9. Menschenwürde als Teilhaberecht: Der Anspruch auf demokratische Teilhabe an der politischen Willensbildung	461
a) Verankerung des Anspruchs auf Demokratie (auch) in der Menschenwürdegarantie	461
b) Der „Menschenwürdegehalt politischer Selbstbestimmung“ des Wahlgrundrechts (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) – und das Recht auf Staatsbürgerschaft als Brücke	463
c) Unabhängigkeit vom Streit um die Wirkung des Wahlgrund- rechts gegenüber der Europäischen Union	464
III. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als Grenze für Verfassungsänderungen	465
1. Vom Grundrechtesschutz aus Art. 1 GG zum „Menschen- würdegehalt“	465
a) Bodenreform-Urteil (1991): Zusammenwirken aller drei Absätze des Art. 1 GG	465
b) Gleichsetzung von „Menschenwürdegehalt“ und Verfassungs- identität mit Blick auf Art. 1 GG (Urteil zur Wohnraum- überwachung von 2004)	466

c) „Kernelemente“, „Kerngehalt“, „Menschenwürdekern“, „Substanz“	467
d) Kernbereich privater Lebensgestaltung als Menschenwürdekern der betroffenen Grundrechte (Urteil zum BKA-Gesetz von 2016) ..	468
e) Aber: Aufhebbarkeit des Asylgrundrechts nach dem Drittstaaten-Urteil von 1996	468
f) Menschenwürdegehalt und Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG): Unterscheidung nach Bindungsadressaten	469
2. Allgemeine Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Identitätsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)	469
a) Von der Modifizierbarkeit der Grundsätze selbst (Abhörurteil) zur Modifizierbarkeit (nur) ihrer positivrechtlichen Ausprägungen (Bodenreform-Urteil)	469
b) Schutz auch vor schleichender Aushöhlung als Zweck der Identitätsgarantie	470
c) Abwägungsfestigkeit der von der Identitätsgarantie geschützten Verfassungsinhalte	473
3. Verfassungsänderungsfeste Menschenwürdegehalte einzelner Grundrechte	474
a) Grundelemente von Eigentumsgrundrecht und Gleichheitssatz (Bodenreform-Entscheidungen)	474
b) Wohnraumüberwachung: Wohnungsgrundrecht und Persönlichkeitsrecht	474
c) Wohnraumüberwachung: Ehe und Familie, Elterngrundrecht, Religionsfreiheit (Geistliche) und Recht auf faires Verfahren (Strafverteidiger)	475
d) Gerichtsschutz oder ‚gleichwertige‘ unabhängige Rechtskontrolle als Willkürschutz (Abhörurteil) – Anspruch auf Benachrichtigung bei geheimen Eingriffsmaßnahmen?	476
IV. Menschenwürde, Identitätsgarantie und Europa in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	481
1. Die Entwicklung von Solange-I (1974) bis Solange-III (2015) ..	481
a) Die Solange-II-Formel von der generellen Verbürgung des Wesensgehalts der Grundrechte	481
b) Das Urteil zum Europäischen Haftbefehl von 2005 als Vorläufer der Identitätskontrolle am Maßstab der Menschenwürde: Einzelfallprüfung (auch) der Menschenwürdegarantie bei der Auslieferung ..	482
c) Das Lissabon-Urteil (2009): Formel vom im Wesentlichen gleichkommenden Grundrechtsschutz und Identitätskontrolle mit zunächst unklaren Folgen für den Menschenwürdegehalt	483
d) Der Solange-III-Beschluss zum Europäischen Haftbefehl (2015): Einzelfallkontrolle von Menschenwürdeverletzungen – Nichtanwendbarkeit von Solange-II auf den Menschenwürdekern ..	484

2. Zum tragenden Charakter der Aussagen zur Identitäts- garantie in Solange-III – und zum Kriterium der unions- rechtlichen Determinierung	485
a) Alles nur obiter dicta? – Tragender Charakter aufgrund der (zu) weiten Definition des Kriteriums der unionsrechtlichen Determinierung durch den Zweiten Senat	486
b) Nachfolgende Kammerrechtsprechung: Auslieferungsverkehr wird durch den Rahmenbeschluss „zumindest teilweise“ unionsrechtlich determiniert	488
V. Objektformel und Urteil zum Luftsicherheitsgesetz	489
1. Verbot gezielter hoheitlicher Tötung Unschuldiger in nichtkriegerischen Lagen	489
a) Objektformel – Tötung als Mittel zur Rettung anderer	489
b) Objektformel – Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit	490
c) Prognoseunsicherheiten als nicht allein tragendes, aber wichtiges ergänzendes Argument	491
d) Subjektformel	492
2. Keine Verletzung der Menschenwürde der Angreifer	492
3. Eingrenzung auf nichtkriegerische Lagen	493
4. Luftsicherheitsgesetz-Urteil und Abwägung von Leben gegen Leben	494
a) Abwägungsverbot im ersten Abtreibungsurteil – die national- sozialistische Missachtung des Lebens als Ausgangspunkt	494
b) Urteil zum Luftsicherheitsgesetz – Verbot der Relativierung des Abwehrrechts nach Maßgabe der Lebensdauer	496
c) Abwehrrecht als Unterfall der Schutzpflicht	497
d) Begrenzung des Abwägungsverbots auf nichtkriegerische Angriffe und unschuldige Personen: Rekonstruktion nach dem Grundsatznormen-Modell	498
e) Tragender Charakter der Aussagen zu Lebensgrundrecht und Menschenwürde	499
5. ‚Ohnehin dem Tode geweiht‘? – Verbot der Verrechnung von Lebenszeit auch bei sehr kurzer voraussichtlicher Lebensdauer	500
VI. Kernbereich privater Lebensgestaltung – Konkretisierungen und Abwägungsfestigkeit	501
1. Höchstpersönliche Inhalte – Zuordnung eines Sachverhalts zum Kernbereich	502
a) Äußerungen innerster Gefühle oder unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität	502
b) Kernbereichsrelevanz nichtöffentlicher Kommunikation mit Personen höchstpersönlichen Vertrauens	502

c) Kein Kernbereichsschutz von Kommunikationen oder Aufzeichnungen mit unmittelbarem Bezug zu konkreten Straftaten – Klarstellungen im Urteil zur Wohnraumüberwachung und im Urteil zum BKA-Gesetz	503
d) Intensitäts- und einzelfallbezogene Formulierungen	505
e) Abwägungsfestigkeit des Kriteriums des höchstpersönlichen Inhalts? – Rekonstruktion als abschließende Entscheidung einer Abwägung von Grundsatznormen	506
2. Allgemeine abwägungsfeste Rechte des Kernbereichsschutzes	508
a) Verbot gezielter Eingriffe in den Kernbereich (Urteil zum BKA-Gesetz)	508
b) Abbruchgebot, Lösungsgebot (mit Protokollierungsgebot) und Verwertungsverbot	508
3. Tagebuchbeschluss – Einigkeit über die Zulässigkeit einer ersten Sichtung	509
4. Wohnraumüberwachung	509
a) Absoluter Schutz höchstpersönlichen Verhaltens in der Wohnung .	510
b) Wahrscheinlichkeitsschwelle – der Streit zwischen Mehrheit und Sondervotum als Streit um die Abwägung von Grundsatz- normen	510
c) Erste Sichtung bei fehlender Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsberührung – automatische Aufzeichnungen	512
d) Anwendbarkeit dieser Maßstäbe auch in Gefahrenabwehr- konstellationen (Urteil zum BKA-Gesetz)	512
5. Online-Durchsuchung: Zweistufiges Schutzkonzept – Erhebungsverbot im Einzelfall	513
6. Die Eingriffsschwelle einer hinreichend konkretisierten Gefahr als abwägungsfeste Mindestanforderung im Vorfeld der Menschenwürdegarantie	514
7. Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG)	518
8. Erfordernis gesetzlicher Kernbereichsregelungen bei typischer- weise kernbereichsrelevanten Überwachungsmaßnahmen	520
VII. Weitere Konkretisierungen der Menschenwürde als Abwehrrecht	522
1. Verbot menschenunwürdiger Behandlung	522
a) Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung – Schikane	522
b) Verbot der Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK)	523
c) Verbot, die Substanz der Persönlichkeit zu brechen	524
d) Kein Verstoß durch zeitweilige Kontaktsperre – möglicher Verstoß durch langandauernde Einzelhaft	525

e) Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur): Verbot strafrechtlicher Verwertung erzwungener Aussagen (aber nicht unbedingt des Schweigens)	527
2. Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafe – Schuldgrundsatz und Gebot schuldangemessenen Strafens	528
3. Das Verbot, die Hand zu fremden Menschenwürde- verletzungen zu reichen, als Auslieferungshindernis (Solange-III)	529
a) Sachverhalt: Abwesenheitsverurteilung zu 30-jähriger Haft	530
b) Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im Strafprozess	530
c) Menschenwürdekern der Verteidigungsrechte	531
4. Menschenwürdige Haftbedingungen – Resozialisierung (soziale Integration)	532
5. Chance auf Freiheit bei lebenslanger Haft	533
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	533
b) Auswirkungen der Unterscheidung zwischen Rechtsstaatsprinzip und Menschenwürde auf Auslieferungshindernisse	535
c) Aufnahme und Fortentwicklung durch den EGMR: Menschenwürde als Kerngedanke („very essence“) des Konventionssystems	536
6. Grundrechtsschutz aus dem Demokratieprinzip (Art. 79 Abs. 3 i.V. mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) im Lissabon-Urteil	538
VIII. Schutzpflichten aus der Menschenwürde – Der Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter zwischen Absolutheit und Relativierbarkeit durch Abwägungen	538
1. Überblick	539
2. Schutzpflicht für das Leben	541
a) Objektiv-rechtliche Ableitung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG	541
b) Grundsätzliche Relativierbarkeit der Schutzpflicht für das ungeborene Leben durch Abwägungen	544
c) Abwägungsfester Kern der Schutzpflicht für das Leben?	545
3. Schutz der Menschenwürde vor individuell ehrkränkenden Meinungsäußerungen und nicht-fiktionalen Kunstwerken	547
a) Absoluter Schutz vor individuell ehrkränkenden nicht-fiktionalen Kunstwerken (Strauß-Karikaturen-Beschluss)	547
b) Soldaten-Urteil: Menschenwürde als abwägungsfeste Vorrang- entscheidung in der Abwägung von Grundsatznormen	547
c) Begründungsanforderungen aus der Meinungsfreiheit für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung	549

d) Benetton-Entscheidungen – keine Menschenwürdeverletzung durch Thematisierung von Leid in kommerzieller Werbung	550
4. Postmortaler Persönlichkeitsschutz	552
a) Abwägbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz im Mephisto-Urteil	552
b) Abwägungsfestigkeit des postmortalen Persönlichkeitsschutzes nach der jüngeren Kammerrechtsprechung	553
c) Perspektiven: abwägbarer postmortaler Persönlichkeitsschutz mit absolut geschütztem Menschenwürdekern	554
d) Kein postmortaler Würdeschutz gegen den eigenen Willen in der „Schutzbereichsperipherie“ – Kammerbeschluss zur Krypta im Industriegebiet (2016)	556
5. Menschenwürdeschutz der Vorbilder von Romanfiguren (Esra)	559
a) Aussagen zum absolut geschützten Kernbereich – Einbettung in abwägungsbezogene Formulierungen	560
b) Menschenwürde als Vorrangnorm in einer Abwägung von Grundsatznormen	562
c) Vermutung für Fiktionalität – Erfordernis des Nahelegens einer Tatsachenschilderung und Je-desto-Formel	563
d) Tabuisierung des Sexuellen durch die Je-desto-Formel? – Die Kritik der Sondervoten	564
e) Menschenwürdeverletzung (nur) bei Nahelegen einer Tatsachenschilderung	567
f) Kammerbeschluss zum Theaterstück „Ehrensache“	569
g) Fazit: Esra-Beschluss und Abwägung von Grundsatznormen	570
6. Menschenwürde von Gruppen und Menschenwürde als Kollektivgut	572
a) Kollektivbeleidigungen – Soldaten-Urteil und Menschenwürde ...	572
b) Beschluss zur Holocaust-Leugnung	573
c) Zweierlei Menschenwürde – verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich (Wunsiedel-Beschluss)	576
d) Gattungswürde des Menschen? – Verfassungsrechtliches obiter dictum und einfachgesetzliche Ausführungen im „Tanz der Teufel“-Beschluss	576
7. Grenzen von Rechten an der Person eines anderen (Elternrecht)	579
8. Unmittelbare Drittwirkung der Menschenwürde gegen Angriffe Dritter?	580
a) Obiter dicta zur Antastung oder Verletzung der Menschenwürde durch Dritte	580
b) Vorbehalt des Gesetzes bei „Schutz durch Eingriff“	581

IX. Menschenwürde als Leistungsanspruch: das Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums	582
1. Rechtsprechung bis zum Hartz IV-Urteil	582
2. Hartz IV-Urteil (2010) und Folgerechtsprechung	583
3. Vorbehalt des wirtschaftlich Möglichen?	585
4. Menschenrechtliches Sprengpotential	586
X. Zusammenfassende Thesen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	587
1. Allgemeine Formeln: Objektformel – Subjektformel – Vermisstenlassen der Achtung	587
2. Menschenwürde als Grundrecht – Menschenwürdegehalte der Grundrechte – Menschenwürde und Grenzen der Europäisierung	588
3. Absolut geschützter abwehrrechtlicher Achtungsanspruch	588
a) Kernbereich privater Lebensgestaltung als Ausprägung des Achtungsanspruchs	589
b) Abwägungsfestigkeit?	590
c) Luftsicherheitsgesetz und Abwägung von Leben gegen Leben	591
d) Weitere Konkretisierungen des Achtungsanspruchs	592
4. Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter	592
a) Menschenwürde als absolute Vorrangregel bei individuell ehrkränkenden Meinungsäußerungen und nichtfiktionalen Kunstwerken	593
b) Postmortaler Persönlichkeitsschutz	593
c) Schutz der Menschenwürde als Kollektivgut?	593
d) Schutz der Menschenwürde vor fiktionalen Kunstwerken	594
e) Schutzpflicht für das Leben	594
5. Leistungsanspruch auf Existenzminimum aus der Menschenwürde unter dem Vorbehalt des Möglichen	595
6. Fazit	595

4. Kapitel

Grundzüge einer Dogmatik der Menschenwürdegehalte

I. Auslegung von Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG mit Blick auf die entstehungsgeschichtlichen Thesen	598
1. Wortlaut und Systematik	598
a) Die Menschenwürde „ist unantastbar“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG): Kategorische Geltung nach Wortlaut und Systematik	598
b) Systematischer Zusammenhang zwischen Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und Wesensgehaltsgarantie	600
c) Verhältnis von Unantastbarkeit, Achtung und Schutz	601

d) Systematisches Verhältnis von Achtungspflicht und Schutzpflicht: erst „zu achten“, dann „zu schützen“	601
e) Menschenwürde als Grund für das Menschenrechtsbekenntnis (Art. 1 Abs. 2 GG): „darum“	602
f) Art. 1 Abs. 2 GG: „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ und „der Gerechtigkeit in der Welt“	603
g) Bindungswirkung der „nachfolgenden Grundrechte“ (Art. 1 Abs. 3 GG): nur – oder auch?	603
h) Der Verweis auf die „nachfolgenden“ Grundrechte als Distanzierung nur vom Menschenrechtsbekenntnis, nicht aber zur Menschenwürdegarantie	604
i) Systematischer Vergleich zwischen der Verpflichtung „aller“ staatlichen Gewalt in Art. 1 Abs. 1 S. 2 und den Bindungsadressaten von Art. 1 Abs. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG	606
j) Wortlaut und Systematik der Identitätsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG): „Grundsätze“, Berührung und Leichtgängigkeit von Verfassungsänderungen	607
k) Notstandsregelungen und Verwirkungsregelung (Art. 18 GG) – Fehlen einer allgemeinen Notstandsklausel	609
l) Ergebnis der Auslegung nach Wortlaut und Systematik	610
2. Normgeschichte: Rechtsdokumente der Nachkriegszeit	611
a) Vorgrundgesetzliche Landesverfassungen	611
b) Charta und Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen	613
3. Ergebnis der bisherigen Untersuchungen: Bestätigung der entstehungsgeschichtlichen Thesen	614
II. Menschenwürdegehalte und allgemeine Grundrechtslehre	617
1. Die Menschenwürdegehalte in der Grundrechtsprüfung	617
a) Verhältnis von Menschenwürdegrundrecht und nachfolgenden Grundrechten: Partielle Subsidiarität und Spezialität (Höfling)	617
b) Menschenwürdegehalt als Beschränkungsgrenze („Schranken-Schranke“) von Grundrechten: Die Prüfung der Verletzung der staatsgerichteten Achtungspflicht	618
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägungsfestigkeit	619
a) Erste Stufe: Kategorisches Verbot von Eingriffen zu illegitimen Zwecken	620
b) Zweite und dritte Stufe: Kategorisches Verbot ungeeigneter oder nicht erforderlicher Eingriffe	621
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und Abwägung von Grundsatznormen	622
d) Einheitliche Gewichtsskala des Grundgesetzes: Keine „überwiegenden“ Interessen bei absolutem Schutz	624
e) Absolut geschützte Kerngehalte als <i>leges speciales</i> des Verhältnis- mäßigkeitsgrundsatzes	625

f) These der Teilidentität von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und absolut geschützten abwehrrechtlichen Positionen des Wesensgehalts und des Menschenwürdegehalts	626
3. Verhältnis von absolut geschützten und abwägungs- unbeständigen Grundrechtsgehalten	626
a) Abwägungsoffenheit (im starken Sinne potentieller Abwägungs- unbeständigkeit) als parteiliche Option	627
b) Höhere Begründungsrationalität durch außentheoretische Rechte?	629
4. Menschenwürdegehalte als Mindeststandard der grund- rechtlichen Wesensgehalte (Art. 19 Abs. 2 GG)	630
a) Zur Wesensgehaltsdiskussion – Grundkonsens über absoluten objektiven Schutz	630
b) Unterscheidung von Schutzgegenstand und geschütztem Recht	631
c) Unterscheidung von Wesensgehalt und Menschenwürdegehalt	633
d) Erst-Recht-Schluss vom Menschenwürdegehalt auf den Wesensgehalt	634
e) Die zwei Schichten des Wesensgehalts und Dürigs „durchgezogene Linie“ von Art. 1 zu Art. 79 Abs. 3 GG	635
5. Menschenwürde als Eingriffsabwehrrecht: Die Abwehrfunktion des Menschenwürdegehaltes der Grundrechte	635
a) Normtextliche Verortung der Abwehrfunktion (auch) in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG: Menschenwürde und Unantastbarkeit im schwächeren Sinn	635
b) Menschenwürde und Unantastbarkeit im stärkeren Sinn als paralleler Bedeutungsgehalt des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG	637
c) Identität von staatsgerichtetem Antastungsverbot (Art. 1 Abs. 1 S. 1) und Achtungspflicht (Art. 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG)	639
d) Achtungspflicht privater Dritter: Unmittelbare Drittwirkung – Parlamentsvorbehalt für konkretisierenden „Schutz durch Eingriff“	641
6. Menschenwürdegehalte und Verfassungsänderung	641
a) Junktim der Änderungsfestigkeit von Menschenwürdegarantie und nachfolgenden Grundrechten	641
b) Zulässigkeit von neuen Systematisierungen – bei Wahrung des spezialgrundrechtlichen Konkretisierungsgrades	641
III. Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde	643
1. Keine „Unausweichlichkeit“ von Kollisionen und Abwägungen mit Vorrang der Schutzpflicht	643
a) Die drei Schritte des Unausweichlichkeitsarguments – und die verwandte These einer Unausweichlichkeit von Kollisionen und Abwägungen zwischen subjektiven Rechten	643

b) Normkollision nur bei Annahme einer Schutzpflicht, die Verletzungen der Achtungspflicht einschließt	645
c) Bei Normkollision keine Unausweichlichkeit von ergebnis- offenen Abwägungen im Sinne Alexys	647
d) Bei Kollision und Abwägung keine Unausweichlichkeit eines Vorrangs der Schutzpflicht	649
2. Schutzpflichten als Abwehrrechte (gegen Duldungs- pflichten)?	650
3. Abwehrrechte als Schutzpflichten (im weiteren Sinne)	652
4. Abwägungsfestigkeit der Achtungspflicht – gleich, ob durch Eingrenzung der Schutzpflicht oder Vorrang der Achtungspflicht	653
IV. Arten absolut geschützter Abwehrrechte	654
1. Eingriffsverbote und Rechtfertigungsverbote	654
2. Arten von Eingriffsverboten	654
a) Mittelverbote oder „modal ausgerichtete“ Verbote (Höfling)	654
b) Zweck-Mittel-Verbote	655
3. Zweck-Mittel-Verbote: Beispiele zum Menschen- würdegehalt einzelner Grundrechte	656
a) Hoheitliche Tötungen zu „eugenischen“ Zwecken (Lebensgrundrecht)	656
b) Strafnormen zu dem „eugenischen“ Zweck, die Geburt von Kindern mit „belastetem“ Erbgut zu verhindern	657
c) Illegitime Zwecke und als solches geringfügige Freiheits- beschränkungen: das Beispiel des Judensterns	657
d) Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafen ...	658
e) Verbot einer hoheitlichen Untersagung aller anderen Glaubens- richtungen zur Errichtung einer Staatsreligion (Glaubensfreiheit) ..	658
f) Gedankenfreiheit (Persönlichkeitsrecht)	658
g) Kommunikationsfreiheiten: Verbote allein wegen der geistigen Wirkung von Meinungen – Verbot, der jeweiligen Regierungspolitik zu widersprechen	659
h) Kernbereich privater Lebensgestaltung – Verbot gezielter Ausforschung	661
4. Rechtfertigungsverbote – Menschenwürdegehalte als „Trumpf“ gegenüber Kollektivgütern als Beispiel	662
a) Verbot der Rechtfertigung hoheitlicher Tötungen oder Kindes- entziehungen zugunsten von Kollektivgütern	662
b) „Rechte als Trümpfe“ (Dworkin) oder „lexikalischer Vorrang“ der Grundrechte (Rawls)	664
5. Abwägungsfest definierte Eingriffsschwellen	666

V. Mindeststandard gleicher Freiheit – Konkretisierungen	667
1. Privatschulfreiheit – Persönlichkeitsrecht – Eigentum und Erbrecht	668
2. Gleichbehandlung bei der Gewährung öffentlicher Leistungen – Informationsfreiheit	669
3. Zugang zu öffentlichen Ämtern – Wissenschaftsfreiheit – Zensurverbot	670
4. Berufsfreiheit	671
5. Mindeststandardverletzung bei Schutzpflichten	672
VI. Zur Genealogie der Objektformel	672
1. Das Verdinglichungsverbot bei Beccaria (1766)	672
2. Vorrang der Menschenwürde vor dem Staat: Chisholm v. Georgia (1793) als Vorläufer für Art. 1 Abs. 1 HChE und Art. 1 Abs. 1 GG	673
3. Rezeption des kantischen Menschenwürdebegriffs in der Nachkriegszeit vor 1949	675
a) Carlo Schmid (1946)	675
b) Gustav Radbruch (1947/1948)	676
c) Hans Welzel (1947) und Thomas Würtenberger (1948)	676
4. Vorläufer der Objektformel nach 1949	677
a) Josef Wintrich (1952/1957)	677
b) Günter Dürig (1952/1956/1958)	678
c) Fürsorge-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (1954)	679
5. Drei Anleihen der Menschenwürdegarantie bei Kant	680
a) Selbstzweckformel und Verdinglichungsverbot bei Kant	680
b) Kategorische Geltung	681
c) These einer partiellen, zeitgeschichtlich geprägten Rezeption kantischer Vorstellungen durch den Verfassungsgeber	684
d) Verselbständigung und Neuinterpretation der kantischen Formulierungen im Kontext der Verfassungsgebung	685
6. Das Verbot der Sklaverei – des Eigentums an Menschen – als ein paradigmatischer Anwendungsfall der Objektformel ..	688
7. Fazit: Die Objektformel als plausible Deutung des Willens der verfassungsgebenden Gewalt – und ihre Weiterentwicklung	688
VII. Zu den Grenzen der gezielten Tötung Unschuldiger (Luftsicherheitsgesetz-Urteil)	690
1. „Schlechterdings unvorstellbar“? – Begründungsbedarf und „dignitas absoluta“ (Gröschner/Lembcke)	691
2. Keine unausweichlichen Kollisionen oder Abwägungen mit Vorrang der Schutzpflicht	692

3. Das verfassungssystematische Argument	694
a) „Quantifizierungsvorbehalt“ als Rechtfertigung von Zwangsorgan- entnahmen und Tötungen Moribunder?	694
b) Rekonstruktion des Abwägungsverbots nach dem Grundsatz- normen-Modell: Vergleich mit der Abwägbarkeit des Abwehrrechts bei gerechtfertigten Tötungen	701
4. Vermeidung der verfassungssystematischen Folgen durch Ausschluss an sich ungewollter Nebenfolgen aus der Objektformel?	704
a) Die Doppelwirkungslehre, die „Verhinderer“-Lehre und die „Trolley-Fälle“	704
b) Ein zweiter Blick: das „Näheproblem“	708
5. Das Irrtumsargument: Prognoseunsicherheit als verstärkender Grund für ein Abwägungsverbot	711
6. Kongruenz zwischen Luftsicherheitsgesetz-Urteil und Rechtsprechung des EGMR	714
a) Finogenov-Urteil (2011) und Isayeva-Urteil (2005)	714
b) Tagayeva-Urteil (2017)	716
7. Zur Begrenzung des Luftsicherheitsgesetz-Urteils auf nichtkriegerische Lagen	717
a) Abwägungsfestigkeit jedenfalls unterhalb der Schwelle einer unmittelbaren Existenzgefährdung der Gemeinschaft	717
b) Widerspruch der nur begrenzten Festlegung zur behaupteten Abwägungsfestigkeit?	719
8. Zur Strafbarkeit eines grundrechtswidrigen Flugzeug- abschusses	722
a) Unterscheidung von Handlungs- und Sanktionssituation: Rechtswidrigkeit trotz denkbarem Strafausschluss	722
b) Radbruch und der Mignonette-Fall	724
c) Retten, was zu retten ist? Abwägungsresistenz des Lebens im Urteil des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone zu den „Euthanasie“-Morden (1949)	726
d) Strafausschluss als Anerkennung der moralischen Tragik – nicht als stillschweigende Billigung der Tat	732
9. Ergebnis: Grenzen der gezielten Tötung Unschuldiger als abwehrrechtlicher Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts	739
Literaturverzeichnis	743
Sachregister	775