

CHRISTIAN HILLGRUBER · BONN

## GRUNDGESETZ UND NATURRECHT

### 1. Einleitung

Naturrecht scheint für Verfassungsjuristen unserer Tage kein Thema (mehr) zu sein, ohne dass dafür eine ausgeprägte rechtspositivistische Strömung verantwortlich gemacht werden könnte. Veritable Rechtspositivisten sind selbst kaum anzutreffen. Es ist vielmehr ein verbreiteter Pragmatismus im alltäglichen Umgang mit dem geltenden Verfassungsrecht, der Fragen nach seinem Ursprung, seiner geistesgeschichtlichen Herkunft und seinem philosophischen Fundament an die Grundlagendisziplinen verweist und sich darum bei seiner Auslegung und Anwendung nicht weiter scheren zu müssen glaubt.

Das war bei der Entstehung des Grundgesetzes ganz anders. Nach den Erfahrungen mit der rechtsnihilistischen nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, die eine «Krise des Rechts»<sup>1</sup> ausgelöst hatte, hielten viele deutsche Juristen und namhafte Staatsrechtslehrer eine «Erneuerung des Rechts» und des Rechtsdenkens für unabweisbar, und die Suche nach einer die Erneuerung tragenden Rechtsidee führte zu einer «Rückwendung zum Naturrecht»<sup>2</sup>, und zwar in einem solchen Ausmaß, dass man von einer regelrechten «Renaissance» des Naturrechts(denkens) sprechen kann<sup>3</sup>. Es kann daher nicht verwundern, dass es auch bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates zu einer allgemeinen, intensiven Debatte über das Naturrecht gekommen ist<sup>4</sup>.

### 2. Die Diskussion um die naturrechtliche Verankerung der Grundrechte im Parlamentarischen Rat

Die im Parlamentarischen Rat zu Art. 1 GG insgesamt und speziell zur Frage eines schließlich in Art. 1 Abs. 2 GG aufgenommenen Hinweises auf die Vorstaatlichkeit der Menschenrechte geführte Debatte kreiste um die Frage einer naturrechtlichen Verankerung der Grundrechte. Der Abg. *Süsterhenn*

*CHRISTIAN HILLGRUBER, geb. 1963, seit 2002 Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Seit 2009 stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen.*

hatte für die CDU/CSU-Fraktion «stabile im Naturrecht und nicht bloß in wechselnden Mehrheiten verankerte Grundrechte» gefordert<sup>5</sup>. Die Abg. *Heuss* und *Schmid* sprachen sich im Ausschuss für Grundsatzfragen dagegen aus, Deklamationen und Deklarationen bekenntnishaften Charakters in das Grundgesetz aufzunehmen. «Wohl aber ist es praktisch notwendig, einen Katalog jener Grundrechte aufzunehmen, die bindendes Recht für die Gerichte sind und auf die sich der einzelne Bürger berufen kann, um einen konkreten Rechtsanspruch einzuklagen oder umgekehrt einen Eingriff des Staates in seine Freiheitssphäre abzuwehren»<sup>6</sup>. Diese Notwendigkeit ergab sich aus der Absicht, diese Grundrechte zu unmittelbar geltendem Recht zu machen. «Mit allgemeinen Rechtssätzen vorverfassungsrechtlicher Art kann die Rechtspraxis nichts anfangen. Eine nähere verfassungsrechtliche Umschreibung erscheint [mir] deshalb unerlässlich», stellte der Abg. *Zinn* nüchtern fest<sup>7</sup>. Der Vors. v. *Mangoldt* gab die *communis opinio* im Ausschuss für Grundsatzfragen wieder, als er es als dessen Hauptaufgabe bezeichnete, die wenig greifbaren naturrechtlichen Sätze «zu konkretisieren, schärfer zu fassen, klarer zu präzisieren, was wir schützen wollen»<sup>8</sup>.

Der Abg. Dr. *Bergsträsser* gab jedoch zu bedenken, ob man nicht doch die theoretischen, «d.h. die naturrechtlichen Grundlagen der Grundrechte als Einleitung formulieren und festlegen» wolle; man könne dies «im Rahmen einer besonderen Präambel zu den Grundrechten tun»<sup>9</sup>.

In der 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen am 23.9.1948 legten die Abg. *Bergsträsser*, *Zinn* und v. *Mangoldt* einen Vorschlag für vier erste Grundrechtsartikel vor. Der erste Artikel hatte folgenden Wortlaut: «Die Würde des Menschen ruht auf ewigen, einem Jeden von Natur aus eigenen Rechten. Das deutsche Volk erkennt sie erneut als Grundlage aller menschlichen Gemeinschaften an. Deshalb werden Grundrechte gewährleistet, die Gesetzgebung, Verwaltungs- und Rechtspflege auch in den Ländern als unmittelbar geltendes Recht binden»<sup>10</sup>.

*Bergsträsser* erläuterte, dass die Berichterstatter zu der Überzeugung gekommen seien, «dass es doch wohl richtig wäre, an die Spitze der Grundrechte einige Sätze zu stellen, die Absicht, Sinn und Grund der Grundrechte ganz kurz deutlich machen. Das haben wir mit unserer Formulierung zu Art. 1 versucht, die wir Ihnen vorschlagen»<sup>11</sup>. Der Vorsitzende v. *Mangoldt* ergänzte, die Berichterstatter hätten den Wunsch gehabt, Art. 1 eine Fassung zu geben, «mit der auf dem Naturrecht aufgebaut wird. Nur schien uns das Naturrecht in seinen einzelnen Sätzen noch zu unbestimmt, als dass man es mit der einfachen Anführung der Naturrechtssätze hätte bewenden lassen können. Die Sätze des Naturrechts wurden daher in den auf Art. 1 folgenden Grundrechtsartikeln, auf die Abs. 3 verweist, aufgezeichnet und in die für die unmittelbare Rechtsanwendung erforderliche Form gebracht. Diese Verweisung stellt für die Auslegung fest – es ist wichtig, sich das klar zu

machen –, dass die folgenden Grundrechte auf dem Untergrund des Naturrechts ruhen und die Rechtsprechung diesen Untergrund des Naturrechts bei der Auslegung heranziehen kann». Es werde kaum möglich sein, allen Grundrechten unabänderlichen Charakter zuzusichern. Art. 1 gebe dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Möglichkeit, auf Grund der Verweisung auf das Naturrecht die Grundrechte den Erfordernissen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen<sup>12</sup>.

Die Art und Weise des Rekurses auf Naturrecht blieb im Ausschuss umstritten, auch wenn man sich in der Sache einig war. Der Abg. *Zinn* wies darauf hin, dass die (Allgemeine) Erklärung der Menschenrechte und die Virginia Bill of Rights von dem Menschen von Natur aus zustehenden Rechten sprächen<sup>13</sup>. Der Abg. *Schmid* plädierte für ein historisches Naturrechtsverständnis; dies bedeute zu erklären: «In dieser Sphäre der geschichtlichen Entwicklung sind wir Deutsche nicht bereit, unterhalb eines Freiheitsstandards zu leben, der den Menschen die und die Freiheiten als vom Staat nicht betreffbar garantiert»<sup>14</sup>. Man einigte sich schließlich zunächst auf die Formulierung: «Die Würde des Menschen steht im Schutze der staatlichen Ordnung. Sie ist begründet in ewigen Rechten, die das deutsche Volk als Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft anerkennt. Deshalb werden Grundrechte gewährleistet, die Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege auch in den Ländern als unmittelbar geltendes Recht binden»<sup>15</sup>. Die Kritik *Richard Thomas*<sup>16</sup> führte zu einer nochmaligen Überarbeitung der Fassung. Es wurde vorgeschlagen, im Anschluss an die Präambel des Entwurfs der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen<sup>17</sup> wie folgt zu formulieren: «Zugleich mit der Menschenwürde und als eine der Grundlagen für ihre dauernde Achtung werden jene gleichen und unverlierbaren Freiheits- und Menschenrechte gewährleistet, die das Fundament für Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden. Das deutsche Volk anerkennt sie als eine der Grundlagen der rechtsstaatlichen Ordnung aller freiheits- und friedliebenden Völker»<sup>18</sup>. Nach weiterem Ringen um eine angemessene Formulierung dessen, worüber Einvernehmen bestand<sup>19</sup>, wurde im Allgemeinen Redaktionsausschuss<sup>20</sup> und im Fünfer-Ausschuss<sup>21</sup> bereits eine dem geltenden Art. 1 (Abs. 2) GG nahezu wortlautidentische Fassung beschlossen, die sodann die Billigung des Hauptausschusses<sup>22</sup> und des Plenums<sup>23</sup> fand.

Art. 1 Abs. 2 GG verklammert die Menschenwürdegarantie des Abs. 1 mit der Anordnung unmittelbarer Grundrechtsgeltung in Abs. 3. Als «Überleitung auf die Grundrechte»<sup>24</sup> will Art. 1 Abs. 2 GG erklären, woher die «nachfolgenden» Grundrechte kommen und in welchem Zusammenhang sie mit der Menschenwürde stehen. Konsequenz der Anerkennung der Menschenwürde und Grundlage der Grundrechte bilden jene «unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte», deren Gültigkeit das

deutsche Volk für sich anerkannt<sup>25</sup>. «Nur wer Menschenrechte anerkennt, kann überhaupt auf die Dauer Menschenwürde achten»<sup>26</sup>. Um zu einer effektiven Sicherung dieser Rechte zu kommen, aber mussten die «alten unveräußerlichen Menschen- und Freiheitsrechte»<sup>27</sup> «verpositiviert» werden, «für unsere Zeit neu formuliert», in konkrete Grundrechtsgewährleistungen transponiert werden.

### 3. Die positiv-rechtliche Bedeutung des Rekurses auf die vorstaatlichen Menschenrechte in Art. 1 Abs. 2 GG

Es war also allgemeiner Konsens im Parlamentarischen Rat, dass die positiv-rechtlich zu gewährleistenden Grundrechte auf vorstaatlichen Menschenrechten beruhen, also auf Rechten, die dem Menschen von Natur aus unverlierbar und unentziehbar zustehen, Rechten, die nicht der Staat verleiht, sondern die ihm vorausliegen, die er nur anerkennen kann<sup>28</sup>, aber nicht schafft und nicht abschaffen darf. Ein explizites Bekenntnis speziell zum *christlichen* Naturrecht, wie es CDU/CSU und DP hatten erreichen wollen, konnte sich allerdings nicht durchsetzen<sup>29</sup>. Die Vorstellung vorstaatlicher, dem Menschen inhärenter Rechte bot indes, da sie auch in einer aufklärerisch-säkularen Form vertreten werden konnte, eine tragfähige gemeinsame Grundbasis<sup>30</sup>. Das Deutsche Volk als der Verfassungsgeber erklärt mithin in Art. 1 Abs. 2 GG nach der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft wieder den Anschluss an die Idee vorstaatlicher und universelle Geltung beanspruchender Menschenrechte und knüpft damit der Sache nach an die naturrechtlich begründete europäisch-atlantische Menschenrechtstradition an<sup>31</sup>.

Die natürlichen Rechte, die man dem Menschen zuschrieb, sah man nicht als schlechterdings unwandelbar an; sie sollten aber einen unverfügbaren Kern haben.

Allerdings eignete sich das Naturrecht nach überwiegender Einschätzung nicht «als Katalog von Rechtsverbindlichkeiten»<sup>32</sup>. Es musste, um es – und das war nach den Erfahrungen seiner eklatanten Missachtung unter dem NS-Regime das erklärte Ziel – hier und jetzt wieder wirksam werden zu lassen, erst in positives Recht «übersetzt» werden. Als positives Recht gelten die Grundrechte «unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen»<sup>33</sup>, können daher – anders als verkanntes Naturrecht – in ihrer Geltung und – notfalls zu erzwingenden – Wirksamkeit auch nicht mit Rücksicht darauf in Frage gestellt werden.

Mit den Menschenrechten als ihren ideellen vorstaatlichen Ursprüngen sollten die Grundrechte inhaltlich auf Dauer untrennbar verbunden bleiben. Diese Verbindung sollte dadurch aufrechterhalten werden, dass die den Grundrechten zugrundeliegenden vorstaatlichen Menschenrechte mit der

ihnen immanenten Rechtsidee bei deren Auslegung Beachtung finden, ohne dass die Menschenrechte damit selbst den Charakter positiv geltenden Verfassungsrechts annehmen würden<sup>34</sup>.

Den Grundrechten ist so ein vor-positives Fundament gelegt, auf dem sie ruhen und mit dem sie dauerhaft verknüpft sind. Das hat weitreichende Konsequenzen.

Zwar ist das Naturrecht «nicht aus sich heraus Teil und Inhalt des positiven Rechts, sondern gehört in den Bereich der Rechtsethik, der Kritik und eventuell Delegitimierung des positiven Rechts und der Anstöße zur Änderung und Verbesserung dieses Rechts»<sup>35</sup>. Das Grundgesetz aber hat mit dem Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG die Brücke zwischen den (naturrechtlichen) Menschenrechten und den (positiv geltenden) Grundrechten geschlagen, hat damit «etwas vor-positiv Vorhandenes in das positive Recht hineingenommen»<sup>36</sup>. Die universelle Gültigkeit «unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte» wird voraus-gesetzt. Die «nachfolgenden» Grundrechte dürfen sich daher ungeachtet ihres positiv-rechtlichen Selbstandes von ihrer naturrechtlich-menschenrechtlichen Grundlage nicht lösen, sich, auch in ihrer interpretativen Fortentwicklung nicht aus dem Begründungszusammenhang lösen, in dem sie stehen. Gerade eine solche «Abkoppelung» könnte zu einer Fehldeutung der Grundrechte führen, der die Väter und Mütter des Grundgesetzes von Anfang an entgegentreten wollten. Die Menschenrechtsidee, die Grundvorstellung von dem Menschen als solchem zukommender Rechte soll daher – positiv-rechtlich verbindlich! – die dauerhaft gültige Leitidee bleiben, die bei der Auslegung der Grundrechte zu beachten ist. Eine Grundrechtsinterpretation, die gegen diese Menschenrechtsidee verstößt, kann damit auch verfassungsrechtlich falsifiziert werden.

Das schließt eine interpretatorische Anpassung und einen Bedeutungswandel der Grundrechte vor dem Hintergrund neuer Herausforderungen und Freiheitsgefährdungen schon deshalb nicht aus, weil das Naturrecht selbst nach dem im Parlamentarischen Rat vorherrschenden Verständnis nicht unwandelbar ist, sondern entwicklungsfähig und damit bis zu einem gewissen Grade historisch kontingent. Daher bleibt stets eine gewisse Variationsbreite möglicher Interpretationen in der Zeit, von der aber der feste Kern, der normative Grundgehalt, unberührt bleibt. Unwandelbar ist die Idee universeller, dem Menschen von Natur aus zukommender Rechte, während die einzelnen Menschenrechte und ihre Gehalte sich – bis auf einen im Hinblick auf die Menschenwürde als ihres «Um-willen» unaufgebbaren Grundbestand – verändern können. Die den Menschenrechten immanente, naturrechtliche Grundsubstanz müssen auch die ihnen korrespondierenden Grundrechte dauerhaft als positiv-rechtlichen Sinn behalten. Das folgt aus Art. 1 Abs. 2 GG.

#### 4. Ablösung der Menschenwürdegarantie von ihrem vor-positiven Fundament?

Die eminente Bedeutung der Tatsache, dass das positive Verfassungsrecht mit dem Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG bewusst und gewollt ein Fundament vor-positiver Art *in sich* aufgenommen hat, kann an dem Streit um die von *Matthias Herdegen* vorgelegte Neuinterpretation des Art. 1 Abs. 1 GG, der Menschenwürdegarantie, verdeutlicht werden. *Herdegen* versteht die Garantie der Menschenwürde als «rein staatsrechtliche[n] Begriff», den er erkennbar aus den Fesseln einer Verbindung zum Naturrecht befreien will: «Die im Parlamentarischen Rat herrschende Vorstellung, das Grundgesetz übernehme mit der Menschenwürdeklausel «deklaratorisch» einen Staat und Verfassung vorgeordneten Anspruch ins positive Recht hat noch beachtliche Suggestionskraft [...] Für die staatsrechtliche Betrachtung sind jedoch allein (sic!) die (unantastbare) Verankerung im Verfassungstext und die Exegese der Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts maßgebend»<sup>37</sup>. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hat diesen Ansatz scharf kritisiert: «Die Menschenwürdegarantie als rechtlicher Begriff wird so ganz auf sich gestellt, abgelöst (und abgeschnitten) von der Verknüpfung mit dem vorgelegerten geistig-ethischen Inhalt, der dem Parlamentarischen Rat präsent [...] war. Was hierzu zu sagen ist, wandert ab in den «geistesgeschichtlichen Hintergrund», worüber kundig berichtet wird, aber ohne normative Relevanz. Die fundamentale Norm des Grundgesetzes geht der tragenden Achse verlustig»<sup>38</sup>.

In der Tat besteht gerade bei einer Ablösung der Menschenwürdegarantie von ihrem vor-positiven Fundament die Gefahr, ihren Sinn zu verfehlen<sup>39</sup>. Denn gerade aus dem um der Achtung und des Schutzes der unantastbaren Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) willen («darum») abgegebenen Bekenntnis zur Menschenrechtsidee in Art. 1 Abs. 2 GG ergibt sich, was die Menschenwürde jedenfalls in ihrem unantastbaren Kern normativ bedeuten muss, nämlich die Rechtssubjektivität jedes Menschen und seine Ausstattung mit einem Mindestbestand an fundamentalen Rechten (Recht auf Leben, Recht auf prinzipielle Freiheit und Gleichheit, Art. 2, 3 GG)<sup>40</sup>. Aus der dem Menschen, nur dem Menschen, aber eben jedem (einzelnen) Menschen zukommenden vorstaatlichen Würde leiten sich ihm zukommende Rechtsansprüche ab, die in Gestalt subjektiver staatsgerichteter Grundrechte ihre positiv-rechtliche Anerkennung finden<sup>41</sup>.

Wer diesen Zusammenhang aus dem Blick verliert, mag etwa geneigt sein, vermeintlichen Erfordernissen der Zeitumstände Rechnung tragend, für einen «in der Kontinuität der Entwicklung gestufte[n] Schutz der Menschenwürde» einzutreten, für eine unterschiedliche Qualität des Würdeanspruchs und -schutzes von Frühformen menschlichen Lebens einerseits und des geborenen Menschen andererseits<sup>42</sup>. Gerade mit einer solchen, un-

gleichen Verteilung von elementaren Rechtspositionen aber würde die Menschenrechtsidee, zu der sich das deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG bekennt, die Idee, dass ausnahmslos *alle* Menschen «von Natur aus» den gleichen moralischen Status und daher auch die gleichen Menschenrechte haben, verkannt und damit eben zugleich der unbedingte Gewährleistungsgehalt der positiv-rechtlichen Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes verfehlt.

### 5. Ausblick

Mit der Stabilisierung der grundgesetzlichen Ordnung ist ihr vor-positives Fundament seit den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts in den Hintergrund getreten<sup>43</sup>. Das Naturrecht verschwand hinter dem Vorhang des positiven Rechts<sup>44</sup>. Es könnte Anfang des 21. Jahrhunderts zur Abwehr willkürlicher Missdeutungen der Grundrechte notwendig werden, es wieder hervorzuholen und als Orientierung bietende Leitidee vor(an)zustellen.

Um der Wahrung der Integrität des Grundgesetzes willen muss an seinem vor-positiven Fundament festgehalten werden und von diesem aus die interpretative Entfaltung seines Bedeutungsgehalts erfolgen<sup>45</sup>. Das Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG ist selbst einer der unabänderlichen «Grundsätze des Art. 1» im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG<sup>46</sup> und deshalb von dauerhafter, unverbrüchlicher *positiv-rechtlicher* (!) Geltung<sup>47</sup>. Sie zu verbürgen ist Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts als des «Hüters der Verfassung». Es muss deshalb, wie der Abg. *Süsterhenn* schon in den Beratungen des Parlamentarischen Rates gefordert hatte und das BVerfG für sich selbst als Kompetenz in Anspruch genommen hat<sup>48</sup>, «auch das Recht haben zu prüfen, ob ein Gesetz seinem Inhalt nach dem Geist und den naturrechtlichen, menschenrechtlichen Grundlagen der Verfassung entspricht»<sup>49</sup>, widrigenfalls es gegen das im Licht des Art. 1 Abs. 2 GG zu deutende, einschlägige Grundrecht verstößt.

Ohne Zweifel ist die Aufgabe der Erkenntnis überpositiver Sollensätze anspruchsvoll und mit der Gefahr des Abgleitens in bloß subjektive Gewissheiten verbunden<sup>50</sup>. Aber zum einen ist das (christliche wie säkulare) Naturrecht an und für sich kein Sammelsurium bloß subjektiver Werthaltungen, sondern ein reicher Fundus an Rationalität (Vernunftrecht!), und zum anderen ist die Verlässlichkeit der Deutung des positiven Rechts nicht weniger prekär. Die vermeintliche juristische Methodendisziplin erweist sich als Chimäre. Das objektive Verfassungsrecht sieht sich der offenen Gesellschaft der subjektiven Verfassungsinterpreten, auch der professionellen, ausgeliefert, die keinen verbindlichen Kanon der Interpretationswege anerkennt<sup>51</sup>. Hier besteht in gleicher Weise und in gleichem Ausmaß die sich nur allzu häufig realisierende Gefahr, dass sich das, was objektiv gelten soll, im willkürlichen interpretativen Zugriff zu subjektiv Beliebigem verformt.

Die verwirrende Vielfalt des methodischen Zugangs und damit auch der gewonnenen Interpretationsergebnisse wird nur dadurch erträglich, dass *eine* Interpretation, nämlich die durch das BVerfG, für letztverbindlich und maßgeblich erklärt wird. Allein diese Verfahrensregel sorgt für ein gewisses Maß an Konsistenz in der praktischen Handhabung des positiven Verfassungsrechts. Daran aber hat auch die Bezugnahme auf die naturrechtlich fundierten Menschenrechte in Art. 1 Abs. 2 GG Anteil.

## ANMERKUNGEN

<sup>1</sup> A. ARNDT, *Die Krise des Rechts*, in: Die Wandlung 3 (1948), S. 421–440.

<sup>2</sup> O. VEIT, *Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts*, Merkur 1 (1947), S. 390–405; abgedruckt in: W. MAIHOFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 1966, S. 33–51, 33.

<sup>3</sup> Davon legen die in W. MAIHOFER (Fn. 2), abgedruckten Beiträge beredtes Zeugnis ab.

<sup>4</sup> Auf den Streit um das «natürliche» Elternrecht und die Frage, ob Eltern danach über den konfessionellen Charakter der Schule ihrer Kinder bestimmen können, ein Streit, der beinahe die Verabschiedung des Grundgesetzes gefährdet hätte, kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu näher F. OSSENBUHL, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, 1981, S. 23 ff. Ebenso wenig kann hier erörtert werden, ob die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG auf das Naturrecht rekurriert; siehe dazu nur C. STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/DERS., *GG, Kommentar*, 5. Aufl. 2005, Art. 2 Abs. 1 Rn. 36 ff., der darin (nur noch) eine Erinnerung «an die Menschenrechtstradition» erblickt und damit eine Verbindung zum Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG hergestellt sieht (Rn. 41).

<sup>5</sup> 2. Sitzung des Plenums vom 8.9.1948, abgedr. in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 9*, (1996), Dok. Nr. 2, S. S.18–69, 56.

<sup>6</sup> SCHMID, 2. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 16.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 2, S. S. 3–14, S. 10.

<sup>7</sup> ZINN, 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 21.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 4, S. S. 28–61, S. 34.

<sup>8</sup> 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 21.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 4, S. S. 28–61, 41.

<sup>9</sup> Katalog der Grundrechte, Anregungen von Dr. BERGSTRÄSSER als Berichterstatter, 21.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), S. S. 15–27, 15.

<sup>10</sup> In: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I* ((1993)), SS. 62 m. Fn. 3.

<sup>11</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 63.

<sup>12</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 64; siehe auch DENSRS., ebd., S. 68.

<sup>13</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 69.

<sup>14</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 67.

<sup>15</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 75. Der Antrag von CDU/CSU und DP, in Satz 2 die Worte «von Gott gegeben» einzufügen (vgl. Protokoll der Unionsfraktionssitzung vom 5.10.1948, abgedruckt in: *Die CDU/CSU im Parlamentarischen Rat. Sitzungsprotokolle der Unionsfraktion*, 1981, Dok. Nr. 10, S. 52; Abg. SÜSTERHENN, 6. Sitzung des

*Plenums vom 20.10.1948*, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 9*, (1996), Dok. Nr. 6, S. 185, verfiel im Hauptausschuss in der 2. Lesung am 18.1.1949 (42. Sitzung, Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/49, S. 529-544, 531) – wenn auch mit denkbar knapper Mehrheit (11 zu 10 Stimmen) – der Ablehnung.

<sup>16</sup> Seine «Kritische Würdigung» ist abgedr. in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), S. 361-369. Thoma empfahl, den zweiten und dritten Satz des Art. 1 zu streichen, weil sie inhaltlich unrichtig seien: «Um eine Antwort auf die Frage, worin die eigentümliche Würde begründet ist, die wir allem, was Menschenantlitz trägt, zusprechen, müssen sich Philosophen und Theologen bemühen. Der Verfassungsgesetzgeber kann diese Antwort nicht geben und jedenfalls ist die Menschenwürde nicht in ewigen Rechten begründet, sondern sind umgekehrt die Menschenrechte aus der Menschenwürde abzuleiten» (ebd., S. 362).

<sup>17</sup> «In der Erwägung, dass die Achtung der allen Mitgliedern der menschlichen Familie innewohnenden Würde sowie ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte das Fundament der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bildet», abgedr. in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II*, (1993), S. 592. Der Entwurf ist abgedruckt in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), S. 220 ff.

<sup>18</sup> Abg. v. MANGOLDT, 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 18.11.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II* (1993), S. 584, 592. Im letzten Satz alternativ: «Das deutsche Volk anerkennt sie als Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft»; ebd., S. 593.

<sup>19</sup> Vgl. *Protokoll der 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 11.01.1949*, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II* (1993), S. 910-918; *Protokoll der 42. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949*, abgedr. in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses* (1948/49), S. 529-531.

<sup>20</sup> *Stellungnahme vom 25.1.1949 und Formulierungsvorschlag*, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 7*, (1995), S. 202-204.

<sup>21</sup> Vorschlag des Fünfer-Ausschusses für die dritte Lesung des Grundgesetzes im Hauptausschuss, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 7* (1995), S. 339, 340.

<sup>22</sup> Es wurde lediglich noch im Rahmen der vierten Lesung des Entwurfs des Grundgesetzes in der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 5.5.1949 (in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses* (1948/49), S. 743) auf Antrag des Abg. Zinn in Art. 1 Abs. 2 vor dem Wort «Grundlage» das Wort «als» eingefügt.

<sup>23</sup> 9. Sitzung des Plenums vom 6.5.1949, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 9*, (1996), S. 429, 447.

<sup>24</sup> Abg. v. MANGOLDT, 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 11.01.1949, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II*, (1993), S. 910, 913; ähnlich Abg. SCHMID, 42. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses* (1948/49), S. 529.

<sup>25</sup> Das hier abgelegte Bekenntnis besagt, «dass wir subjektiv als Deutsche uns entschlossen haben, sie anzuerkennen, das heißt für die Zukunft geltend zu machen. [...] Es ist [...] eine Überzeugung für uns und nicht die Anerkennung eines objektiven Tatbestands der Existenz in allen Ländern» (Abg. BERGSTRÄSSER, 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 18.11.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II*, (1993), S. 592).

<sup>26</sup> Siehe Abg. v. MANGOLDT, 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 18.11.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II*; (1993), S. 584, 593 f. Siehe auch den Abg. EBERHARD, ebd., S. 600: «Es gibt diese ewigen unveräußerlichen Freiheits- und Menschenrechte des Abs. 2, und die transponieren wir in unsere Zeit».

<sup>27</sup> Abg. v. MANGOLDT, 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 18.11.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/II* (1993), S. 584, 594.

<sup>28</sup> Schmid hatte es schon auf der 2. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 8. 9. 1948 in seinem Bericht über die dem Parlamentarischen Rat gestellte Aufgabe an Hand der Vorarbeiten und Entwürfe (in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 9*, (1996), Dok. Nr. 2, S. 18-69, 38) als eine Frage „nicht nur von theoretischer, sondern von eminent praktischer

Bedeutung» bezeichnet, «ob diese Grundrechte betrachtet werden als Rechte, die der Staat verliehen hat, oder als verstaatlichte Rechte, als Rechte, die der Staat schon antrifft, wenn er entsteht, und die er lediglich zu gewährleisten und zu beachten hat».

<sup>29</sup> Siehe die Nachweise bei Fn. 15.

<sup>30</sup> Siehe BERGSTRÄSSER, 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 21.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 4, S. 28–61, 29: «Diese vorstaatlichen Rechte könnte man auf zwei verschiedene Quellen zurückführen. Die eine ist das Naturrecht des Mittelalters, das auf Aristoteles zurückgeht; die andere ist das moderne Naturrecht der Aufklärung. Beide Quellen verzahnen und entsprechen sich in vielem».

<sup>31</sup> Vgl. C. STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/DERS., *GG, Kommentar*, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 2 Rn. 126 f., 131 f. m.w.N.

<sup>32</sup> So HEUSS, 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I*, (1993), Dok. Nr. 5, S. 62–87, 72.

<sup>33</sup> So BVerfGE 88, 203, 252 über das Lebensrecht als «das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht».

<sup>34</sup> Siehe Abg. v. MANGOLDT, 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.09.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 5/I* (1993), S. 62, 68. Insofern zutreffend daher K.-P. SOMMERMAN, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes* –, in: AöR 114 (1989), S. 391–422, 407: «Der Rechtssatzcharakter des Art. 1 Abs. 2 GG liegt danach nicht in der Konstitutionalisierung zusätzlicher Rechte [...]».

<sup>35</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar?*, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, (2004), S. 1216, 1223.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar* (Stand: Oktober 2009), Art. 1 Abs. 1 (Stand: Februar 2005) Rn. 17.

<sup>38</sup> BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar?*, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2004., S. 1216, 1218.

<sup>39</sup> Richtig E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar?*, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2004, S. 1216, 1223: «Der Verweis auf das vor-positive Fundament der Menschenwürdegarantie ist nichts anderes als ein notwendiger Teil der Inhaltsermittlung des Art. 1 Abs. 1 GG als positives Recht».

<sup>40</sup> Siehe dazu näher C. HILLGRUBER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes und seine Anfechtungen im aktuellen Bioethik-Diskurs*, in: G. SEUBOLD (Hrsg.), *Humantechnologie und Menschenbild*, Bonn 2006, S. 87, 92–95.

<sup>41</sup> C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen 1997, S. 415.

<sup>42</sup> So M. HERDEGEN, in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 65 ff.

<sup>43</sup> W. GEIGER, *Die Abkehr vom Rechtspositivismus in der Rechtsprechung der Nachkriegszeit 1945–1963*, in: A. RAUSCHER (Hrsg.), *Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion 1945–1963*, Paderborn 1981, S. 59 ff.

<sup>44</sup> Das Bild vom Zurücktreten des Naturrechts hinter den «Vorhang des positiven Rechts» hat H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947, S. 259 geprägt

<sup>45</sup> So auch J. ZAJAD<sup>3</sup>O, *Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes. Die verfassungsrechtliche Aktualität des Naturrechtsproblems*, in: *Der Staat* 26 (1987), S. 207–230.

<sup>46</sup> Zum Garantiegehalt vgl. – mit im einzelnen unterschiedlichen Akzentsetzungen – näher BVerfGE 84, 90, 120 f.; 94, 49, 102 f.; C. STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, Bd. 1, 5. Aufl., 2006, Art. 1 Abs. 2, Rn. 132; W. HÖFLING, in: SACHS (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 68–71; H. DREIER, in: DERS. (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. II, 2006, Bd. II, Art. 79 III Rn. 31. Eingehend S.E. SCHULZ, *Änderungsfeste Grundrechte*, Frankfurt/M. 2007, S. 127–148.

<sup>47</sup> Auch mit der so garantierten «Ewigkeit» der Selbstverpflichtung auf unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte steht das Grundgesetz in der naturrechtlich begründeten europäisch-atlantischen Tradition der Verfassungsstaatlichkeit. Sowohl die amerikanischen wie auch die

französischen Verfassungsväter sahen die im übrigen unbeschränkte verfassungsändernde Gewalt wie selbstverständlich als durch die dauerhafte Bindung an das Naturrecht, insbesondere die unentziehbaren Rechte des Menschen begrenzt an; vgl. die Nachw. zu JEFFERSON und SIEYES bei H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, Frankfurt/M. 2009, S. S. 62 m Fn. 145 f.

<sup>48</sup> BVerfGE 1, 14, 18 (LS 27), 61; 1, 208, 243. Siehe dazu auch W. GEIGER, *Die Abkehr vom Rechtspositivismus in der Rechtsprechung der Nachkriegszeit 1945–1963*, in: A. RAUSCHER (Hrsg.), *Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion 1945–1963*, 1981, S. 51 ff.

<sup>49</sup> 2. Sitzung des Plenums vom 8.9.1948, in: BUNDESTAG/BUNDESARCHIV (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 9*, (1996), Dok. Nr. 2, S. 18–69, 67.

<sup>50</sup> Insofern zutreffend M. HERDEGEN, *Das Überpositive im positiven Recht*, in: FS Isensee, 2007, S. 135, 138 ff. Die Annahme, dass die völkerrechtlichen «Standards des *jus cogens* konturenschärfer [sind] als jedes überpositive Konstrukt, das nicht einem bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Lehrgebäude verpflichtet ist», erscheint dagegen mehr als zweifelhaft (zur schwierigen Feststellbarkeit des Inhalts zwingender Normen siehe nur K. DOEHRING, *Völkerrecht*, 2004, § 4 II Rn. 300, S. 132). Gegen Herdegens These, das Menschenrechtsbekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG bilde die Grundlage für die Inkorporation zwingenden Völkerrechts menschenrechtlichen Inhalts (in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar* (Stand: Mai 2009), Art. 1 Abs. 2 (Stand: Februar 2004) Rn. 22 ff., 39 ff.), denn auch C. HILLGRUBER, *Der internationale Menschenrechtsstandard – geltende Verfassungsrecht? – Kritik einer Neuinterpretation des Art. 1 Abs. 2 GG*, in: GS FS Blumenwitz, 2008, S. 123 ff.

<sup>51</sup> Siehe dazu näher C. HILLGRUBER, *Gibt es Unabstimmbares in der Demokratie*, in: W. SCHWEIDLER (Hrsg.), *Postsäkulare Gesellschaft*, München 2007, S. 25–45, 27 ff.