

Der Eigenwert des Verfassungsrechts

Herausgegeben von
THOMAS VESTING
und STEFAN KORIOTH

Recht – Wissenschaft – Theorie

Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

5



Der Eigenwert des Verfassungsrechts

Was bleibt von der Verfassung
nach der Globalisierung?

Herausgegeben von
Thomas Vesting und Stefan Koriath

Mohr Siebeck

Thomas Vesting, geboren 1958, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M.

Stefan Koriath, geboren 1960, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

ISBN 978-3-16-150984-1 / eISBN 978-3-16-160628-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

„Der Eigenwert des Verfassungsrechts – was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?“ versteht sich als Versuch der Selbstreflexion und Selbstvergewisserung des nationalen Staats- und Verfassungsrechts zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Der hier vorliegende Sammelband ist aus einem DFG-Rundgespräch hervorgegangen, das am 25. und 26. März 2010 in der inspirierenden Umgebung und Atmosphäre der Siemens-Stiftung in München-Nymphenburg stattfand. Zielsetzung des Rundgesprächs war es, den Diskussions- und Wissensstand der Staatsrechtslehre darauf zu befragen, welche Aufgabe und welche Bedeutung dem nationalen Verfassungsrecht heute zukommen und zukommen können – nach allen Relativierungen, Infragestellungen und Veränderungen, die mit der in den letzten beiden Jahrzehnten umfassend erörterten Globalisierung des Rechts und der fortschreitenden europäischen Integration verbunden sind. Was bleibt von der Nationalstaatsverfassung, die lange Zeit auf das Narrativ einer „höchsten Autorität“ innerhalb einer geltenden Rechtsordnung ausgerichtet werden konnte? Befindet sich die nationale Verfassung im unaufhaltsamen und nicht umkehrbaren Niedergang oder auf der Suche nach einem neuen Standort mit neuen Funktionen? Lassen sich hierbei Teilbereiche der Verfassung unterscheiden, die jeweils weniger stark oder stärker von den genannten Entwicklungen berührt worden sind und berührt werden?

Das Rundgespräch wollte vor allem diejenigen Teildisziplinen innerhalb des öffentlichen Rechts ansprechen, die sich mit der Erklärung, Systematisierung und Fortentwicklung des Verfassungsrechts und der hierzu gehörenden Peripherie, der Staats- und Verfassungstheorie, aber auch der Verfassungs- und Dogmengeschichte, befassen. Es sollte dabei gerade um die Selbstvergewisserung eines einst mehr oder weniger vollständig auf den je eigenen Nationalstaat zentrierten Fachgebiets gehen, dessen Bedeutung heute fragwürdig geworden ist und demnach, sofern dies möglich ist, neu erarbeitet werden muss. Diese Zielsetzung führte zu einem Vorrang der fachinternen Reflexion. Interdisziplinäre und international orientierte Problemzugänge, die inzwischen zur üblichen Einkreisung eines Problemfelds gehören, sollten zwar nicht prinzipiell ausgespart werden, aber auch nicht an die Stelle dessen treten, was traditionellerweise als Verfassungsrechtslehre bezeichnet wird. Unsere Absicht war nicht nur, erste Antworten auf die Frage nach dem gegenwärtigen Eigenwert von Verfassung und Verfassungsrecht zu geben, sondern damit zugleich Perspektiven für zukünftige und daran anknüpfende Forschungsfragen zu eröffnen.

Der DFG danken wir für großzügige finanzielle Unterstützung. Für die perfekte Betreuung des Projekts war auf seiten der DFG Herr Michael Schuster zuständig, dessen tragisch frühen Tod im Januar diesen Jahres wir betrauern. Prof. Dr. Heinrich Meier gebührt Dank dafür, dass er sich sofort bereit erklärt hat, die herrlichen Räume der Carl Friedrich von Siemens-Stiftung für die Tagung zur Verfügung zu stellen. Frau Gudrun Kresnik und ihr Team haben vorzüglich für unser leibliches Wohl gesorgt. Dr. Dr. Ino Augsberg, Philipp Eckel und Michael Müller haben die organisatorische Seite der Tagung umsichtig vorbereitet und die redaktionellen Lasten bei der Erstellung des Tagungsbandes getragen.

München, im Juni 2011

Thomas Vesting
Stefan Koriath

Inhalt

Vorwort	V
<i>Thomas Vesting/Stefan Koriath</i>	
Einführung	1
<i>Christoph Schönberger</i>	
Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte	7
<i>Uwe Volkmann</i>	
Der Aufstieg der Verfassung. Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs	23
<i>Fabian Steinhauer</i>	
Zeitgenössische Verfassungstheorie	41
<i>Thomas Vesting</i>	
Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne	71
<i>Helge Rossen-Stadtfeld</i>	
Medien	95
<i>Friedhelm Hase</i>	
Sozialrecht	121
<i>Jens Kersten</i>	
Teilverfasste Wirtschaft	135
<i>Oliver Lepsius</i>	
Der Eigenwert der Verfassung im Wirtschaftsrecht	149
<i>Ino Augsberg</i>	
Wissenschaftsverfassungsrecht	187

<i>Stefan Koriath</i> Finanzverfassung – Ausdruck separierter „Finanzfunktion“, Rahmenordnung der zentralen staatlichen Steuerungsressource oder Sammlung politischer Kompromisse?	207
<i>Hans Michael Heinig</i> Eigenwert des Religionsverfassungsrechts	221
<i>Ralf Poscher</i> Sicherheitsverfassungsrecht im Wandel	245
<i>Indra Spiecker gen. Döhmann</i> Teil-Verfassungsordnung Datenschutz	263
<i>Ivo Appel</i> Eigenwert der Verfassung im Umweltrecht	289
<i>Matthias Jestaedt</i> Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit	317
<i>Martin Morlok</i> Politische Parteien	333
<i>Rainer Wahl</i> Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung	355
<i>Dieter Grimm</i> Verfassungsbilanz – ein Resümee	379
Verzeichnis der Autoren	395

Thomas Vesting/Stefan Koriath

Einführung

Die Fragestellung „Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?“ könnte nach wehmütigem Rückblick und Abschied von der Verfassung klingen. Ist der nationale Konstitutionalismus ins Zwielicht oder ins Dunkel geraten?¹ Ein Ende der herkömmlichen nationalstaatlichen Verfassung und ihre Ersetzung durch höherstufige oder eher horizontal-funktionale Aggregationen kann zwar nicht kategorisch ausgeschlossen werden, aber ob eine solche Entwicklung die Bedeutung der nationalen Verfassungen wirklich relativiert oder sogar gegen Null schrumpfen lässt, ist gerade die Frage, auf die der Band, wenn nicht fertige Antworten, so doch zumindest tragfähige Einschätzungen geben möchte. Es herrscht zwar kein Mangel an Einzelbeiträgen zu nahezu allen Bereichen des Staats- und Verfassungsrechts. Es ist aber dennoch erstaunlich und müsste die Verfassungsrechtslehre eigentlich in große Unruhe versetzen, dass es seit Konrad Hesses „Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“² keinen Versuch eines eigenständigen systematischen Zugriffs auf die Gesamtheit des geltenden „nationalen“ Verfassungsrechts mehr gegeben hat. Bezeichnend hierfür ist auch, dass an die Stelle der konzentrierten Darstellung des Stoffs in einer nicht lediglich für Ausbildungszwecke arrangierten Form gerade in den letzten 20 Jahren eine stark gestiegene Zahl von Grundgesetzkommentaren getreten ist, die, verfasst zumeist von einer Vielzahl von Autoren, die einzelnen Fragen des Verfassungsrechts orientiert an der Artikelfolge des Grundgesetzes Punkt für Punkt abarbeiten und sich damit gewissermaßen von selbst jeder darüber hinaus gehenden Fragestellung entledigen (können).

Von wenigen Ausnahmen abgesehen,³ haben sich die anspruchsvolleren Debatten um die Zukunft der Verfassung, die etwa Dieter Grimm um 1990 noch ganz selbstverständlich nur mit Fragen des innerstaatlichen öffentlichen Rechts in Verbindung gebracht hatte,⁴ zwischenzeitlich auf die Phänomene der Europäisierung, Internationalisierung und Globalisierung verlagert. Diskutiert wird etwa, ob es möglich ist, den Verfassungsbegriff vom Staat abzulösen, ob sich der Verfassungsbegriff in den supra- und transnationalen Raum exportieren lässt; entsprechend beherrschen Texte

¹ Dazu Petra Dobner/Martin Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010.

² Erste bis 20. Auflage 1966–1995, Nachdruck 1999.

³ Aus jüngerer Zeit insbesondere Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010; stark methodologisch orientiert *Matthias Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009.

⁴ *Dieter Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991.

über europäisches Verfassungsrecht, globalen Konstitutionalismus, globale Zivilverfassungen (*societal constitutionalism*) und andere Phänomene die Diskussion.⁵ Daneben bindet eine die Ebene des Staats- und Verfassungsrechts eher beiläufig thematisierende Diskussion über die Reform des Verwaltungsrechts die Aufmerksamkeit des Fachs. Vor einem Jahrzehnt ist sogar vermutet worden, dass Methodenfragen des öffentlichen Rechts im Verwaltungsrecht zu erörtern seien, nicht dagegen länger – wie traditionellerweise – im Bereich des Staatsrechts und der Staats- und Verfassungstheorie.⁶ Bei aller Berechtigung, die diese Verminderung der Aufmerksamkeit für das traditionelle Staats- und Verfassungsrecht angesichts der Sachprobleme haben mag, bleibt doch auch in einem globalisierten Staaten- und Verfassungsraum die Frage, was aus den Beständen an Argumentationen und Wissen werden soll, die bis vor kurzem ausschließlich im Feld der nationalen Verfassungsrechtslehre bearbeitet und gepflegt worden sind. Kann es sein, dass der Verfassungsbegriff und die Orientierung hin auf das Verfassungsrecht als Formel für die Einheit des öffentlichen Rechts nicht mehr länger tragfähig sind? Welche gesellschaftlichen Prozesse führen möglicherweise zu einem Bedeutungsverlust des traditionellen Verfassungsmodells? Umgekehrt gefragt: Welche bleibende Funktion kann der Verfassung auch und gerade angesichts solcher sozialen Veränderungen noch zugesprochen werden? Wofür bleibt ein Verfassungsdenken, eine „zeitgenössische Verfassungstheorie“,⁷ unaufgebbar? Gibt es neue Aufgaben, die der Verfassung zuwachsen?⁸

Die gegenwärtige Lage der Verfassung und des Verfassungsrechts ist alles andere als einfach zu fassen. Einerseits hat das Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz eine mit keiner anderen Epoche der neueren Verfassungsgeschichte vergleichbare Erfolgsgeschichte vorzuweisen.⁹ Die in Weimar noch zaghaft formulierte, umstrittene und von vielen als problematisch angesehene Anerkennung eines Vorrangs der Verfassung¹⁰ ist unter dem Grundgesetz Dreh- und Angelpunkt zur Bestimmung der Stellung der Verfassung in der gesamten Rechtsordnung geworden.¹¹ Damit ist einer-

⁵ Aus der Vielzahl der Beiträge vgl. nur *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen. Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 63 (2003), S. 1 ff.; *ders./Andreas Fischer-Lescano*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; *Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner*, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes, *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 42 ff.; *Ulrich K. Preuß*, Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?, in: *Dobner/Loughlin* (Fn. 1), S. 23 ff. m. w. N. und andererseits (negativ) *Rainer Wahl*, In Defence of “Constitution”, im gleichen Werk, S. 220 ff.

⁶ *Christoph Möllers*, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *VerwArch* 93 (2001), S. 22 ff.; *ders.*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 89 (1999), S. 187 ff.

⁷ Vgl. dazu den Beitrag von *Fabian Steinhauer* i. d. Bd.

⁸ Vgl. den Beitrag von *Thomas Vesting* i. d. Bd.

⁹ Vgl. dazu – teilweise kritisch – die Beiträge von *Christoph Schönberger*, *Uwe Volkmann* und *Rainer Wahl* i. d. Bd.

¹⁰ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage 1933, S. 371, 401, 476.

¹¹ *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung (1981), in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 121 ff.

seits die umfassende Bindung des Gesetzgebers an das Grundgesetz verbunden, andererseits die Möglichkeit einer umfassenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle aller Staatstätigkeit, von der das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit intensiven Gebrauch gemacht hat.¹² Dies hat zu einer umfassenden Durchdringung aller Rechtsgebiete durch ein professionalisiertes Verfassungsrecht mit einer bedeutenden Rolle des Richterrechts geführt, etwa im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Aufladung grundlegender verwaltungsrechtlicher Institute (subjektiv-öffentliche Rechte, Ermessenslehre, Beurteilungsspielraum, Vertrauensschutz, Partizipation im Verwaltungsverfahren) oder im Sinne einer starken Durchdringung des Privatrechts vor allem durch die heute kaum noch bestrittene Rechtsfigur der Drittwirkung von Grundrechten in zivilrechtlichen Beziehungen.¹³ Diese Erfolgsgeschichte des Verfassungsrechts, die man leicht durch andere Beispiele anreichern könnte, wie etwa die „Neuentdeckung“ grundrechtlicher Schutzpflichten¹⁴ oder sogar neuer Grundrechte, scheint aber inzwischen ihren Zenit hinter sich zu haben. Sie droht nunmehr, worauf in jüngerer Zeit vor allem Rainer Wahl aufmerksam gemacht hat, zumindest teilweise in einen Bedeutungsverlust der Verfassung umzuschlagen. Dieser Bedeutungsverlust äußert sich nicht zuletzt in einer Diffusion und Auflösung des Verfassungsrechts etwa im Verhältnis zum Privatrecht oder zum supra- und internationalen Recht.¹⁵

Andererseits ist es mit der Expansion des Verfassungsrechts in das einfache Recht hinein und mit der zunehmenden „Verschleifung“ von einfachgesetzlichem Recht und Verfassungsrecht¹⁶ zu einer Proliferation von „Teilverfassungen“ gekommen, wie sie heute auch (und vor allem) für den außerstaatlichen Raum in der Form einer Entstehung von globalen Zivilverfassungen (*societal constitutionalism*) beobachtet werden. Diese Tendenz zu sektorspezifischen Eigenverfassungen, Teilverfassungen oder Folgeverfassungen meint nicht mehr das, was in den 1970er Jahren damit verbunden worden ist, nämlich die Zusammenschau mehrerer Verfassungsnormen zu einem normativen Gesamtkomplex, der mehr aussagen soll als die einzelnen Vorschriften, wie etwa die damalige Redeweise von der „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes.¹⁷ Gemeint ist heute vielmehr eine zunehmende Autonomisierung bestimmter Rechtsgebiete, die ihre jeweilige Regelsetzung nicht mehr primär aufgrund hierarchisch übergeordneter (Verfassungs-)Rechtssätze und Verfassungsprinzipien, sondern nach selbstgesetzten internen Maßstäben betreiben. Für die Frage

¹² Vgl. zur Rolle des Verfassungsgerichts auch den Beitrag von *Matthias Jestaedt* i. d. Bd.

¹³ BVerfGE 7, 198 – Lüth.

¹⁴ Seit BVerfGE 39, 1 – § 218 StGB.

¹⁵ *Rainer Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411 ff.; *ders.*, Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung, i. d. Bd.; ferner den Beitrag von *Christoph Schönberger* i. d. Bd.

¹⁶ *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999.

¹⁷ *Rupert Scholz*, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978, S. 130 ff.

nach der Bedeutung des nationalen Verfassungsrechts wichtig ist dabei die Beobachtung, dass dieses Phänomen keine Eigentümlichkeit der Globalisierungsdiskussion darstellt. Teilverfassungen haben sich vielmehr schon lange vor der Intensivierung der Globalisierung und Europäisierung im innerstaatlichen Recht gebildet, etwa im Rundfunkrecht, im Wirtschaftsrecht, hier vor allem angestoßen durch die Kontroverse über die Unternehmensmitbestimmung in den 1970er Jahren und weitgehend beendet durch das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts,¹⁸ im Sozialrecht, im Hochschulrecht, im Religionsverfassungsrecht und in jüngerer Zeit auch im Datenschutzrecht. Hier hat sich eine Reihe von relativ undurchlässigen und für den Außenstehenden nicht immer leicht zu durchschauenden Kommunikationsnetzwerken gebildet, die das Verfassungsrecht auch innerstaatlich in Richtung einer Fragmentierung in Teilverfassungen aufzulösen scheint. Diese Teilverfassungen scheinen ihrerseits so komplex zu sein, dass nur wenige Verfassungsrechtler heute in der Lage sind, kompetent über Fragen des Medienrechts oder des Religionsverfassungsrechts oder des Datenschutzrechts nachzudenken – und noch weniger Verfassungsrechtler können dies gleichzeitig. Die Leistungsfähigkeit der so bestimmten Teilverfassungen ist insgesamt aber nur schwer einschätzbar. Der Sammelband verfolgt deshalb auch den Zweck, mit ausgewählten Sachbereichsberichten einen Überblick darüber herzustellen, inwieweit in bestimmten Handlungsfeldern die Herausbildung von Teilverfassungen mit in sich selbst kreisenden Dogmatiken vorangeschritten ist und den Diskurs bestimmt und was das eigentlich bedeutet.¹⁹ Müssten die Probleme einzelner Teilverfassungen dann nicht mit denen aus anderen Teilverfassungen abgeglichen werden? Müssten nicht auch an dieser Stelle Metaregeln der Abstimmung entwickelt werden, gleichsam Kollisionsnormen herausgebildet werden, die jenseits der herrschenden fallbezogenen Abwägung in Anschlag zu bringen wären? Eine der Fragestellungen lautete, ob eine mögliche künftige Bedeutung des Verfassungsrechts auch darin liegen könnte, solche Kollisionsregeln zu entwickeln und zu systematisieren. Wäre dies der Fall, dann könnte und müsste sich dies auch in einer Umorientierung der Aufmerksamkeit des Fachs niederschlagen, etwa dergestalt, dass die „systematisierende“ juristisch-konstruktive Arbeit gegenüber der fallbezogenen und nacherzählenden Rechtsprechungsberichterstattung wieder an Wert gewinnen müsste.

Einen weiteren, unter Umständen problematischen Entwicklungstrend thematisiert der Sammelband im Hinblick auf die Herausbildung eines neuen Verhältnisses zwischen Politik und Verfassungsrecht.²⁰ Während sich ursprünglich unter dem Grundgesetz die Überzeugung herausbildete, die Verfassung habe die Funktion, als

¹⁸ BVerfGE 50, 290.

¹⁹ Vgl. dazu die Beiträge von *Helge Rossen-Stadtfeld*, *Friedhelm Hase*, *Jens Kersten*, *Oliver Lepsius*, *Ino Augsberg*, *Hans Michael Heinig*, *Ralf Poscher*, *Indra Spiecker gen. Döhmann* und *Ivo Appel* i. d. Bd.

²⁰ Vgl. dazu den Beitrag von *Stefan Koriath* sowie zum Zusammenspiel von Verfassungsrecht und (Partei-)Politik auch den Beitrag von *Martin Morlok* i. d. Bd.

Rahmenordnung politisches Handeln einerseits an langfristige Regeln zu binden, andererseits politische Gestaltungsspielräume zu eröffnen und hierzu die Verfassung als Selbstbindung der Politik im Staatsorganisationsrecht sowie als Medium der Freisetzung von Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation im Feld der Grundrechte einzusetzen, so ist die Verfassung in der jüngeren Vergangenheit vielfach zum selbstbezüglichen Handlungsinstrument der Politik geworden. Schon bei der Reform des Asylrechts im Jahre 1993 ist das Grundgesetz unter den Druck der Eigenlogik einer auf Kompromissformeln angelegten politischen Kommunikation geraten, die die Verfassung als Medium der Festschreibung tagesaktueller Ziele und Kompromisse politischen Handelns versteht.²¹ Dieser Trend hat sich vor allem mit den beiden Stufen der Föderalismusreform (2006, 2009) fortgesetzt. Wer etwa die Neugestaltung des Art. 104b GG (Finanzhilfen des Bundes) oder die neuen Verschuldungsregeln (Art. 109, 115 GG) betrachtet, kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier eher zufällig gefundene politische Kompromisse mit weitreichender Bindungswirkung für die Zukunft unmittelbar in die Verfassung hineingenommen worden sind. Das wirft letztlich die Frage auf, ob die Verfassung robust genug ist, gegen diese Form notwendigerweise kurzfristig ausgerichteter politischer Handlungsstrategien ihren Eigenwert behaupten und bewahren zu können, oder ob sie zu einer beliebigen Steuerungsmasse des Politikbetriebes mutiert und letzten Endes in diesem pulverisiert wird.

Die Reduktion des Verfassungsrechts auf den Status einer der Politik jederzeit zur Verfügung stehenden Steuerungsmasse hat jedenfalls schon heute ganz praktische Auswirkungen auf die Normierungstechnik. An die Stelle eines sachlichen, oftmals von Verfassungsjuristen geprägten Stils der bewusst selektiven und knappen Formulierung tritt ein Stil der alle Eventualitäten einbeziehenden Ministerialvorlage, in dem nicht zuletzt die Ansprüche an syntaktische und grammatikalische Genauigkeit, an sprachliche Eleganz und systematische Geschlossenheit stark abgesenkt werden. Zugleich schlägt sich die Verwandlung der Verfassung in eine strategische Handlungsmasse der Politik sogar in symbolischem Verfassungsrecht nieder. Es werden, wie am Beispiel des neuen Staatsschuldenrechts gezeigt werden kann,²² Normen beschlossen, die ganz offensichtlich nicht dem behaupteten Regelungsziel entsprechen. So versprach die Politik, durch eine Änderung der Art. 109, 115 GG eine sogenannte „Schuldenbremse“ in das Verfassungsrecht einzuführen; eine nähere Betrachtung der Normen zeigt, dass auch in der Zukunft in der Verschuldungspolitik sehr weite Spielräume bestehen werden.²³ Während sich manche der neuen Verfassungsänderungen daraus erklären lassen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber

²¹ *Andreas Voßkuhle*, „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiß. Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG, DÖV 1994, S. 53 ff.

²² Vgl. den Beitrag von *Stefan Koriath* i. d. Bd.

²³ *Stefan Koriath*, Das neue Staatsschuldenrecht – zur zweiten Stufe der Föderalismusreform, JZ 2009, S. 729 ff.; *ders.*, Die neuen Schuldenregeln für Bund und Länder und das Jahr 2020, in: Martin Junkernheinrich u. a. (Hrsg.), Jahrbuch für öffentliche Finanzen 2009, 2009, S. 389 ff.

den Befreiungsschlag angesichts einer zunehmenden normativen Verdichtung seiner Handlungsspielräume aus Karlsruhe sucht, geht diese Erklärung insbesondere bei den Verfassungsänderungen durch die Föderalismusreform I und II nicht auf.

Schließlich stellt sich die Frage, ob nicht vielleicht auch die Verfassungsgerichtsbarkeit ihren Zenit überschritten hat oder sich über ihre Funktion jedenfalls nicht immer ganz im Klaren ist.²⁴ In einer denkbaren Perspektive wäre auch die Regelung der Politik nur als besonderes Problemfeld des Verfassungsrechts zu verstehen, dessen Kompatibilität gegenüber anderen Regelungsgebieten von der kollisionsrechtlich umorientierten Verfassung zu gewährleisten ist. Wiederum aber geht es, wie bereits in vergangenen Epochen des Verfassungsrechts, um den prekären Eigenwert des Verfassungsrechts: So wenig dieser in den vielfältigen Teilverfassungen aufgeht, so wenig kann seine Einheit rein institutionell, etwa durch eine „Juristenverfassung“ unter Führung des Bundesverfassungsgerichts, verstanden und gesichert werden. Die Differenz zum Bereich des Politischen lässt sich zudem reflexiv mit der Verfassungstheorie verkoppeln, die sich so wieder auf den rechtlichen Aspekt ihres Beobachtungsgegenstandes konzentrieren könnte. Hier ließe sich eine neue Eigenständigkeit der Verfassungstheorie gewinnen, die gegenüber konkurrierenden Ansprüchen anderer Sozialwissenschaften, etwa der Politologie und der Ökonomie, selbstbewusst in Stellung gebracht werden könnte. Insbesondere die hier versammelten Berichte aus den verschiedenen Teilbereichen des Verfassungsrechts sind in dieser Hinsicht eher ermutigend. Trotz aller Globalisierung und Europäisierung scheint das nationale Verfassungsrecht nach wie vor eine unverzichtbare Aufgabe für die verschiedenen Regelungsbereiche einzunehmen. Auch zu Beginn des 21. Jahrhunderts erscheint es daher keineswegs ausgeschlossen, die grundlegende Funktion der nationalen Verfassung und eines sie begleitenden Rechts darin zu sehen, wo man sie seit jeher gesehen hat: Als Institutionalisierung und Normierung der Verfahrensweisen und grundlegenden Überzeugungen, in denen sich auch eine pluralistische Gesellschaft in Abgrenzung von anderen Gesellschaften einig sein will. Diese Einheit, und die damit unauflöslich verklammerte Bereitschaft zum Einig-Sein, muss aber vielleicht in ganz neuer Weise gedacht werden.

²⁴ Vgl. die Beiträge von *Christoph Schönberger* und *Matthias Jestaedt* i. d. Bd.

Christoph Schönberger

Der Aufstieg der Verfassung:

Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte

Wenn deutsche Verfassungsrechtler sich gemeinsam die Frage vorlegen, was nach der Globalisierung noch bleibt von Verfassung und Verfassungsrecht, dann scheint es der Verfassung nicht gut zu gehen. Wie besorgte Ärzte stehen die Verfassungsjuristen am Krankenbett und beobachten jedes Lebenszeichen ihres fragilen Patienten mit aufmerksamer Gespanntheit. Immer neue Entwicklungen werden wahrgenommen und durch auf „-ierung“ endende Prozessbegriffe vorläufig beschrieben, und alle diese Prozesse scheinen die Verfassung in Bedrängnis zu bringen: Privatisierung, Europäisierung, Internationalisierung, Globalisierung. Diese Sorge um die Verfassung ist ein neues Phänomen. Sie steht in auffälligem Kontrast zur über Jahrzehnte gepflegten Erzählung vom beispiellosen Siegeszug von Verfassung und Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. In dieser noch immer verbreiteten Sichtweise erscheint der Aufstieg der Verfassung als eine Entwicklung von unausweichlicher Folgerichtigkeit, von geradezu geschichtsphilosophischer Evidenz, die für die deutsche Verfassungsgeschichte im Grundgesetz gipfelt. Wer in dieser Perspektive auf den Aufstieg der Verfassung zurückblickt, der nimmt ihre heroische Epoche in den Blick. Mit einer Entlehnung aus der Ekklesiologie könnte man von einer *constitutio triumphans* sprechen. Diese Siegesgeschichte ist freilich verfassungshistorisch anfechtbar oder doch jedenfalls vielfältiger Nuancierung bedürftig. Die verfassungshistorische und -vergleichende Rückschau lässt den Aufstieg „der“ Verfassung keineswegs als lineares, sondern als umwegiges, aufhaltsames Unternehmen erscheinen (I). Die besondere Bedeutung des Verfassungsrechts des Grundgesetzes in der heutigen Bundesrepublik ist vor allem das Produkt eines bundesdeutschen Sonderwegs nach 1949 (II). Überdies sind in dieser gewundenen Aufstiegsgeschichte bereits vielfältige Problemfelder erkennbar, von denen her die latente Krise des grundgesetzlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart besser verstanden werden kann (III).

I. Wann stieg die Verfassung auf und worin lag dieser Aufstieg?

Die Probleme mit dem Thema zeigen sich sofort, wenn man sich die Frage stellt, an welchen Merkmalen man den Aufstieg der Verfassung historisch festmachen kann und wann denn dieser Aufstieg nun eigentlich stattgefunden hat.

1. Die übliche deutsche Erzählung: Von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie

Die übliche deutsche Erzählung dazu ist auf die deutsche Verfassungsgeschichte und den Übergang von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie fixiert. Hiernach ist das zentrale Thema des Aufstiegs der Verfassung letztlich die Problematik der Durchsetzung von deren Vorrang gegenüber dem Gesetzgeber. Die Erzählung führt vom fehlenden Vorrang der Verfassung im deutschen Konstitutionalismus und dem ihn ausdeutenden staatsrechtlichen Positivismus über zögerliche Ansätze in der Weimarer Zeit hin zum Grundgesetz mit der Bindung des Gesetzgebers an Grundrechte und Verfassungsprinzipien und der institutionellen Sicherung des Vorrangs der Verfassung durch eine mit umfassenden Kompetenzen versehene Verfassungsgerichtsbarkeit.¹ In dieser Deutung hat sich der Aufstieg „der Verfassung“ letztlich erst mit dem Grundgesetz und unter dem Grundgesetz vollzogen.

Wichtige, wenn auch längst nicht alle Elemente der deutschen Entwicklung werden in dieser Erzählung durchaus zutreffend auf den Punkt gebracht. Die Schwierigkeiten damit fangen aber spätestens dann an, wenn der Eindruck entsteht, diese spezifische deutsche Entwicklung habe lediglich universelle begriffliche Merkmale der Verfassung zur vollen Entfaltung gebracht, und zur Bestätigung auf die US-amerikanische Verfassungstradition verwiesen wird. Die Entwicklung mit und unter dem Grundgesetz erscheint dann als Vollendung der westlichen Verfassungstradition, gewissermaßen als die Krönung der westlichen Verfassungsrevolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Man versteht sofort, warum diese Deutung in der Bundesrepublik seit den sechziger Jahren so erfolgreich war. Sie erlaubte es, jene Sonderwegthesen hinter sich zu lassen, welche die deutsche Entwicklung im Kontrast zu den parlamentarischen Demokratien des „Westens“ gedeutet hatten, vor 1918 und 1945 häufig affirmativ, danach meist klagend. Der Aufstieg der Verfassung nach 1949 konnte als ein Nachholen und Vollenden dessen verstanden werden, was sich in den Vereinigten Staaten und Frankreich 150 Jahre früher abgespielt hatte. Die Bundesrepublik der Nachkriegszeit schien die westlichen Verfassungsrevolutionen in großen Schritten nach- und eingeholt, ja sie gar mit deutscher Gründlichkeit geradezu überholt zu haben. Das Grundgesetz war in dieser Perspektive nicht länger Produkt der spezifisch deutschen Verfassungsgeschichte und der Konkurrenzsituation Nachkriegsdeutschlands, sondern gewissermaßen der Gipfelpunkt der Verfassungsgeschichte der westlichen Demokratien.

¹ Eindringlich *Rainer Wahl/Frank Rottmann*, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Werner Conze/M. Rainer Lepsius (Hrsg.), *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, 1983, S. 339–386.

2. Ein irritierender Vergleichsbefund: der ungesicherte Vorrang der Verfassung in den westlichen Demokratien bis in das 20. Jahrhundert hinein

Eine derartige Deutung des Aufstiegs der Verfassung weist freilich allzu viele blinde Flecke auf. Diese betreffen zum einen die Deutung der westlichen Verfassungstradition, zum anderen das bundesrepublikanische Verfassungsrecht selbst.

a) Vorbild Vereinigte Staaten?

Was die Verfassungstradition der westlichen Demokratien angeht, fällt auf, dass insoweit fast immer nur der Bezug zu den *Vereinigten Staaten* hergestellt wird. So offenkundig die Pionierrolle der USA auch ist, so wenig genügt es doch, immer wieder darauf zu verweisen, der Vorrang der Verfassung sei vom Supreme Court bereits durch *Marbury v. Madison* im Jahr 1803 anerkannt worden. Sicherlich war ein Verständnis der Verfassung als *paramount law* in den Vereinigten Staaten bereits am Ende des 18. Jahrhunderts mit erstaunlicher Folgerichtigkeit entwickelt.² Hierbei spielten spezifische Rechtstraditionen der nordamerikanischen Kolonien eine bedeutsame Rolle.³ Anders als die Gesetze des englischen Parlaments waren diejenigen der einzelnen Kolonien immer schon Normen gewesen, die dem höheren britischen Recht und der Kontrolle des Londoner Privy Council unterlagen. Es fiel den Kolonisten daher leichter, ihre eigene Gesetzgebung auch nach der Loslösung vom englischen Mutterland als gebunden und begrenzt zu verstehen.

Dennoch hat der theoretisch früh behauptete Vorrang der Verfassung auch in den Vereinigten Staaten erst im 20. Jahrhundert Konturen gewonnen. Während des „langen“ 19. Jahrhunderts hat eine inhaltliche Verfassungskontrolle von Gesetzen in den USA kaum stattgefunden, das ist erst seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert in stärkerem Ausmaß geschehen.⁴ Auch hatte diese Kontrolle lange Zeit fast nur die Gesetzgebung der Einzelstaaten im Blick und nicht die Bundesgesetzgebung. Sie war eher ein Mittel der Durchsetzung des Bundesrechts gegenüber den Gliedstaaten als der Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung allgemein. Die besondere Hervorhebung von *Marbury v. Madison* entstand auch in den USA erst seit Anfang des 20. Jahrhunderts, als es darum ging, die jetzt intensiver ausgeübte grundrechtliche Kontrolle der Bundesgesetzgebung durch Rückgriff auf einen Präzedenzfall historisch zu legitimieren. Zuvor war es bei der Frage der „judicial review“ nicht in erster Linie um das Verhältnis von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht gegangen, sondern um das viel drängendere und schwierigere Verhältnis von Bund und Gliedstaat

² Zusammenfassend Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung (1981), in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 121–160 (125 ff.).

³ Gerald Stourzh, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert (1974), in: *ders.*, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 37–74.

⁴ Zur Entwicklung in den USA zusammenfassend Ernst Fraenkel, Das amerikanische Regierungssystem, 1960, S. 186 ff.

ten.⁵ Es ist eine anachronistische Rückprojektion, wenn man *Marbury v. Madison* so liest, als ob es damals schon der Sache nach um die Bindung des Gesetzgebers an verfassungsrechtlich verbürgte Freiheitsrechte gegangen wäre. Der ungefestigte nordamerikanische Bundesstaat des 19. Jahrhunderts stellte das US-amerikanische Verfassungsrecht damals vor ganz andersgeartete Aufgaben.

Das Verständnis des Vorrangs der Verfassung bleibt in den USA überdies bis heute eingebettet in eine institutionelle Situation, die sich von den selbständigen Verfassungsgerichten Kontinentaleuropas grundlegend unterscheidet. Verfassungskontrolle war und bleibt dort inzidente Nebenaufgabe aller Gerichte. Das bedeutet in den Vereinigten Staaten weiterhin, dass der Supreme Court nur einen Teil seiner Entscheidungen spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen widmet und zudem zwischen Fragen des Verfassungsrechts und solchen des einfachen Rechts häufig gar nicht besonders unterscheidet und unterscheiden muss.⁶ Man wird diese Situation auch als Ausdruck der Tatsache verstehen müssen, dass die Neukonstituierung durch Verfassungen am Ende des 18. Jahrhunderts in den jungen USA nicht als vollständig revolutionärer Bruch mit einer Tradition empfunden worden war, die in den Kolonien bereits vielfältige umfassende und schriftlich fixierte Grundordnungen (*charters, fundamental orders*) gekannt hatte.⁷ Die nordamerikanische Bundesverfassung hat vor diesem Hintergrund einen emphatischen normativen Selbststand im neunzehnten Jahrhundert kaum besessen und ihn auch im zwanzigsten jedenfalls nicht in der Intensität erlangt, wie sie das heutige deutsche Verständnis wie selbstverständlich zugrunde legt.

b) Vorbild Frankreich?

Ohnehin nimmt sich der Fall der Vereinigten Staaten als Sonderkonstellation aus, wenn man die europäischen Verfassungsentwicklungen zum Vergleich heranzieht. Das andere klassische Vergleichsland ist hier in erster Linie *Frankreich*.⁸ Dort hat sich

⁵ *Jack N. Rakove*, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, *Stanford Law Review* 49 (1997), 1031–1064 (1041 ff.). Oliver Wendell Holmes hat in einem bekannten Diktum nur die bundesgerichtliche Kontrolle der einzelstaatlichen Gesetze für unabdingbar gehalten, nicht aber diejenige der Bundesgesetze: „I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States“: *Oliver Wendell Holmes*, *Collected Papers*, 1920, S. 295 f. Zu den häufig übersehenen spezifisch föderativen Problemen verfassungsrechtlicher Normenkontrollen allgemein *Christoph Schönberger*, *Normenkontrollen im EG-Föderalismus*, *EuR* 2003, S. 600–627 (614 ff.).

⁶ Vgl. dazu immer noch den prägnanten Vergleich bei *Konrad Zweigert*, *Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 1, 1976, S. 63–75 (64 ff.).

⁷ *Gerald Stourzh*, *Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert. Zur Genese des modernen Verfassungsbegriffs*, in: Rudolf Vierhaus (Hrsg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977, S. 294–327 (318 ff.).

⁸ Allgemein zur französischen Entwicklung des Verständnisses von Verfassung *Paul Bastid*, *L'idée de constitution*, 1985.

aber ein nennenswerter Vorrang der Verfassung durch das „lange“ 19. Jahrhundert hindurch weder in der Theorie noch in der Praxis durchsetzen können. Sicherlich lag in der vor allem vom Abbé Sieyès entwickelten Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués*⁹ bereits der Ansatz für ein anspruchsvolleres Verständnis des Vorrangs der Verfassung. Es ist in Frankreich aber bis weit in das 20. Jahrhundert hinein allein bei diesem weitgehend nur verfassungstheoretischen Ansatz geblieben. Paradoxerweise war der Vorrang der Verfassung in Frankreich in der Tendenz stärker bereits im Ancien Régime verwirklicht gewesen, in der Rechtsprechung der Parlamente zu den ungeschriebenen „lois fondamentales“ des alten Frankreich, an denen diese obersten Gerichtshöfe die neu zu registrierenden königlichen Gesetze maßen.¹⁰ Gerade deshalb hatte nach der Revolution bis hinein in das 20. Jahrhundert die Furcht vor einem „gouvernement des juges“ die Gemüter beherrscht. Das hat sich erst in der Fünften Republik seit 1958 schrittweise geändert, aber auch heute noch ist Frankreich von einem durchgängigen und gerichtlich abgesicherten Vorrang der Verfassung noch ein gutes Stück entfernt.¹¹ Einen Aufstieg der Verfassung hat es dort in recht zaghafter Form eigentlich erst seit den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts gegeben.

c) *Der ungesicherte Vorrang der Verfassung im gemeineuropäischen Verfassungsrecht um 1900*

Das französische Beispiel zeigt etwas Bedeutsames, das über die spezifisch französische Verfassungstradition hinausweist. Blickt man nämlich zurück auf das Europa um 1900, so nimmt sich die Ablehnung des Vorrangs der Verfassung durch Paul Laband¹², die in Deutschland gern als Ausdruck der Sondersituation der Verfassung im deutschen Konstitutionalismus gedeutet wird¹³, keineswegs singular aus. Sie ist vielmehr mit unterschiedlichen Begründungen durchaus europäisches Gemeingut, von der Begründung der „Parlamentssouveränität“ bei Albert Venn Dicey in Großbri-

⁹ Emmanuel Joseph Sieyès, Was ist der Dritte Stand? (1789), in: *ders.*, Politische Schriften 1788–1790, 1975, S. 117–195 (170 f., 174). Eingehend Egon Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der Französischen Revolution, 1909; Pierre Duclos, La Notion de Constitution dans l’Oeuvre de l’Assemblée Constituante de 1789, 1932.

¹⁰ Näher Christoph Schönberger, Der Kampf der Parlamente mit dem Königtum in Frankreich vor der Revolution. Gerichtshöfe zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit, ständischer Opposition und moderner Nationalrepräsentation, in: Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 10. bis 12. März 2008, Beiheft 19 zu „Der Staat“, 2009, S. 143–167 (150 f., 160 ff.).

¹¹ Eingehender Überblick bei Olivier Jouanjan, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter Michael Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 2.

¹² Locus classicus: Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl. 1911, S. 39: „Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich.“

¹³ Zur Kritik an dieser negativen Fixierung auf das Verfassungsverständnis der Epoche der konstitutionellen Monarchie näher Christoph Schönberger, Der Vorrang der Verfassung, in: Festschrift Rainer Wahl, 2011, S. 385–403 (392 ff.).

tannien bis hin zum Verständnis des Gesetzes als Ausdruck des Gemeinwillens bei Raymond Carré de Malberg in der französischen Dritten Republik.¹⁴ Es lässt sich daher nur in einem äußerst eingeschränkten Sinn davon sprechen, der Vorrang gehöre „begrifflich zur Verfassung, auch wenn das nicht sogleich überall erkannt worden ist“¹⁵. Sicherlich war ein Stück Vorrang der verfassungstheoretischen Unterscheidung Sieyès' zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués* immanent. Aber zwischen dieser verfassungstheoretischen Unterscheidung und der rechtlichen Bindung des Gesetzgebers an inhaltliche Vorgaben der Verfassung, insbesondere an Grundrechte, lag doch eine ganze Welt und in Kontinentaleuropa mehr als ein Jahrhundert.

Der fehlende oder doch jedenfalls äußerst ausgedünnte Vorrang der Verfassung im gemeineuropäischen Verfassungsrecht, in Monarchien wie Republiken, am Beginn des 20. Jahrhunderts dürfte sich nicht zuletzt aus dem *Fehlen grundrechtlicher Verbürgungen* oder deren mangelnder rechtlicher Bindungskraft gegenüber dem Gesetzgeber erklären. In den europäischen Verfassungen vor dem Ersten Weltkrieg waren die damaligen sozialen Kräfte von Monarchie und Aristokratie bis hin zu Bürgertum und Arbeiterschaft in komplexer Weise ausbalanciert und in den Gesetzgebungsprozess voll oder doch halb integriert. Die Ausbalancierung in den Institutionen ließ die Frage einer Bindung des Gesetzgebers an inhaltliche Vorgaben des Verfassungsrechts, insbesondere an Grundrechte, noch fernliegend erscheinen. Gerade die Aufgabe des Freiheitsschutzes galt in erster Linie als Aufgabe der freiheitlichen Institution des Parlaments selbst, zumal unter den Bedingungen noch häufig eingeschränkter Wahlrechte. Nur in Frankreich, wo sich seit 1870 dauerhaft eine parlamentarische Republik mit allgemeinem Wahlrecht durchgesetzt hatte, setzte früh eine Diskussion über mögliche rechtliche Bindungen des parlamentarischen Gesetzgebers ein¹⁶; diese blieb aber auch dort lediglich verfassungstheoretisch-rechtspolitischer Natur, weil die republikanische Ideologie vom Gesetz als Ausdruck des Gemeinwillens sich weiterhin als stärker erwies. So hat sich etwa einer der führenden Staatsrechtler der Dritten Republik, Raymond Carré de Malberg, noch im Jahr 1933 in einer ausführlichen kritischen Auseinandersetzung mit der rechtstheoretischen Stufenbaulehre der Wiener Schule Hans Kelsens und Adolf Merkl's gegen die Vorstellung verwahrt, das Parlament stehe unter der Verfassung.¹⁷ Da die Verfassungsge-

¹⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920/22; *ders.*, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.

¹⁵ So Dieter Grimm, *Verfassung* (1989), in: *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 11–28 (14), mit Bezug auf die Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués*.

¹⁶ Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879–1914*, 1992; Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, 2009.

¹⁷ Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, 1933, S. 56 ff.

setze der Dritten Republik keinen Grundrechtskatalog enthielten und Verfassungsänderungen im Wesentlichen unter denselben Bedingungen zulässig waren wie die normale Gesetzgebung, sah Carré de Malberg das französische Parlament de facto als souverän an.¹⁸

Diese Situation hat sich erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts grundlegend verändert, als sich in Europa allmählich und mit einer schwierigen Inkubationszeit zwischen den Weltkriegen parlamentarische Demokratien auf der Grundlage des allgemeinen Wahlrechts herausbildeten. Erst jetzt wurde die Frage inhaltlicher verfassungsrechtlicher Bindungen des demokratischen Gesetzgebers in aller Deutlichkeit bewusst. Und erst die Einführung grundrechtlicher Bindungen des Gesetzgebers in die Verfassungstexte und die gerichtliche Überprüfbarkeit der Einhaltung dieser Bindungen haben ein anspruchsvolles Verständnis des Vorrangs der Verfassung möglich gemacht, zunächst vor allem in Deutschland und Italien als den Verliererländern des Zweiten Weltkriegs.

Das ist ein durchaus irritierender Befund. Was aus heutiger deutscher Sicht als eines der hervorstechendsten Merkmale „der“ Verfassung gilt, eben ihr Vorrang, war nach den Verfassungsrevolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts durch das „lange“ 19. Jahrhundert hindurch in Europa überhaupt nicht und auch in den USA nur in vorsichtigen Ansätzen verwirklicht. Man hat damals das Anliegen der modernen Verfassungen, politische Herrschaft zu organisieren, zu legitimieren und zu begrenzen, vor allem im Zusammenspiel der durch die Verfassungen organisierten Institutionen gesehen und nicht in ihrem rechtsförmlichen oder gar gerichtsförmig gesicherten Vorrang.

II. Der Aufstieg der Verfassung als Sonderweg der Bundesrepublik

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme fragwürdig, unter dem Grundgesetz habe sich eben nur voll realisiert, was an normativer Kraft im Begriff der modernen Verfassung von vornherein angelegt gewesen sei. Vielmehr hat sich hier in Verfassungstext und Verfassungsinterpretation eine Dichte und Systematik verfassungsrechtlicher Vorgaben entwickelt, die der europäischen und nordamerikanischen Verfassungstradition des 19. Jahrhunderts völlig fremd war. Hierin liegt ein neuer, anderer *deutscher Sonderweg nach 1945*. Die Wahrnehmung dieses Sonderwegs wird freilich dadurch erschwert, dass in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg der Schutz der Menschenrechte insgesamt ein größeres Gewicht gewonnen und die gerichtliche Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers sich stärker ausgebreitet hat, nicht zuletzt gerade unter dem Einfluss des neu ausgerichteten deutschen Verfassungsrechts.¹⁹

¹⁸ Christoph Schönberger, Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie. Raymond Carré de Malberg (1861–1935) und die Souveränität der französischen Nation, *Der Staat* 34 (1995), 359–390 (380 f.).

¹⁹ Peter Häberle, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in:

Dennoch hat kein anderes europäisches Land bis heute jene Intensität und Dichte verfassungsrechtlicher Anforderungen und verfassungsgerichtlicher Kontrolle entwickelt, die für die Bundesrepublik kennzeichnend sind. Die Gründe für diesen Sonderweg sind vielfältig. Einige seien hier besonders hervorgehoben.

1. *Das Pathos der Grundrechtsverfassung*

Stärker als die traditionellen westlichen Vorbilder verstand sich das Grundgesetz von vornherein spezifisch als Grundrechtsverfassung. In Reaktion auf den Nationalsozialismus stellte es Menschenwürde und Grundrechtskatalog an den Beginn des Verfassungstextes und verlieh diesem Katalog in Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbare Verbindlichkeit für alle staatliche Tätigkeit. Von vornherein beanspruchte das Grundgesetz mit größerem Nachdruck Vorrang als frühere Ordnungen, und seine höhere rechtliche Geltung war durch gerichtlichen Schutz wirksam gesichert.²⁰ Sicherlich waren Grundrechtskataloge seit jeher ein wichtiges Element der westlichen Verfassungstradition seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert. Aber das Grundgesetz erneuerte und radikalisierte dieses traditionelle Element unter den gewandelten Bedingungen der posttotalitären Situation in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg.

2. *Unitarisierung des deutschen Bundesstaates*

Nationalsozialismus, Krieg, Teilung, Vertreibung und nicht zuletzt die Auflösung Preußens hatten überdies traditionelle Partikularitäten des deutschen Bundesstaates abgeschliffen, die vor allem für den Bereich des öffentlichen Rechts, für Verfassung, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung der Länder charakteristisch gewesen waren. So entstand jetzt auch mit dem Bundesverwaltungsgericht erstmals eine umfassende Revisionsgerichtsbarkeit des Bundes für den Bereich des öffentlichen Rechts, die ihre Zuständigkeiten parallel zum ebenfalls neuen Bundesverfassungsgericht nicht zuletzt auf die Grundrechte und allgemeinen Prinzipien des Grundgesetzes stützte.²¹ Erstmals in der deutschen föderalen Verfassungsgeschichte war es hierdurch möglich, gerade das öffentliche Recht von der Bundesverfassung her grundlegend und einheitlich neu zu systematisieren. Man bedenke zum Kontrast

Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, 2004, § 7; Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in: Keith E. Whittington/R. Daniel Keleman/Gregory A. Caldeira (Hrsg.), *Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008, S. 81–99.

²⁰ Dazu die frühe Bilanz von Ulrich Scheuner, *Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte*, AöR 95 (1970), 353–408 (362 ff.).

²¹ Dazu näher Christoph Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969)*, 2006, S. 53–84 (61 ff.).

etwa, dass noch die Bismarckverfassung auf einen reichseinheitlichen Grundrechtskatalog nicht zuletzt aus föderalen Gründen verzichtet hatte, weil Verwaltung und Gerichtsbarkeit damals noch als überwiegende Domäne der politisch selbstbewussten Einzelstaaten und Grundrechtsverbürgungen deshalb als Länderangelegenheit galten.²² Wie in allen föderalen Systemen²³ bedeutete die umfassende Gewährleistung von Bundesgrundrechten auch gegenüber der Landesstaatsgewalt durch das Grundgesetz einen massiven Unitarisierungsschub²⁴ und setzte vorangegangene Vereinheitlichungen fort. Der Siegeszug des grundgesetzlichen Verfassungsrechts war nur auf der Basis eines sehr unitarischen Bundesstaates²⁵ möglich, den es vor 1933 nicht gegeben hatte.

3. Verfassungsrecht als Stabilitätsanker für das disparate einfache Recht Nachkriegsdeutschlands

Das Verfassungsrecht drängte sich zudem als neuer Stabilitätsanker für das einfache Recht, vor allem das Verwaltungsrecht, geradezu auf. Dieses war durch Nationalsozialismus und Krieg tiefgreifend verunsichert worden, und diese Verunsicherung wurde durch die Bewältigung der Kriegsfolgen (Lastenausgleich, Besatzungsschäden, Vertriebenenrecht usw.) in vielfältigen und disparaten Maßnahmegesetzen noch vergrößert.²⁶ Ein umstandsloses Wiederanknüpfen an die deutsche Rechtstradition des Konstitutionalismus und deren vorsichtige Neuorientierung in der Weimarer Republik war kaum möglich. Hier schien allein das Verfassungsrecht des jungen Grundgesetzes neuen Halt bieten zu können. So schrieb der langjährige Senatspräsident am Bundesverwaltungsgericht Martin Baring im Jahr 1960 hoffnungsvoll, es seien die Leitgedanken der Verfassung, „die wie Goldgrund das Gewebe der wechselseitigen Beziehungen durchwirken und dem flüchtigen Flitter der mehr oder weniger schadhafte[n] Spezial- und Maßnahmegesetze Sinn und Halt geben“²⁷. Das junge Verfassungsrecht verhieß dem heterogenen Durcheinander des öffentlichen Rechts der Nachkriegsepoche die Ordnung und Beständigkeit grundlegender Leitfiguren.

²² Dazu *Ernst Rudolf Huber*, Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem (1973), in: *ders.*, *Behauptung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1975, S. 132–151 (133 f.).

²³ Allgemein zur unitarisierenden Wirkung von bundesrechtlichen Grundrechtsverbürgungen, die sich vor allem in der US-amerikanischen Verfassungsgeschichte anschaulich gezeigt hat: *Albrecht Weber*, *Die Grundrechte im Integrationsprozess der Gemeinschaft in vergleichender Perspektive*, JZ 1989, 965–972; *Olivier Beaud*, *Droits de l’homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération*, *Revue Universelle des Droits de l’Homme* 2004, 16–25; *Christoph Schönberger*, *Unionsbürger*, 2005, S. 199 ff.

²⁴ Zusammenfassend *Sigrid Boysen*, *Gleichheit im Bundesstaat*, 2005, S. 86 ff.

²⁵ *Konrad Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962.

²⁶ Dazu näher *Schönberger* (Fn. 21), S. 67 ff.

²⁷ *Martin Baring*, *Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, JöR N. F. 9 (1960), S. 93–120 (98).

4. Das institutionelle Neuangebot des Bundesverfassungsgerichts

Diesen Ausgangsbedingungen und diesem Bedarf entsprach das Angebot und die institutionelle Situation der neu eingerichteten Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁸ Diese war als selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit einerseits allein auf die Prüfung von Verfassungsrecht beschränkt, andererseits vor allem durch die Verfassungsbeschwerde prozessrechtlich mit umfassenden Zuständigkeiten versehen. Diese Kombination aus umfassender Zuständigkeit und begrenztem Prüfungsmaßstab musste fast zwangsläufig dazu führen, dass sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben in der Ausdeutung durch das Gericht wundersam vermehrten. Die Verselbständigung der Verfassungsgerichtsbarkeit löste einen materiellrechtlichen Sog zugunsten der Ausdehnung des vorrangigen Verfassungsrechts aus.²⁹ Gerade aufgrund der Verfassungsbeschwerde entwickelte das Gericht sein Selbstbild und öffentliches Ansehen in erster Linie als Grundrechtsgericht.³⁰ Die traditionell auf dogmatische Systembildung ausgerichtete Staatsrechtswissenschaft sekundierte dabei rasch kräftig und verstärkte diesen Trend zu einer immer ausgreifenderen Verfassungsinterpretation.

Der Aufstieg der Verfassung war so in erster Linie der Aufstieg der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das veränderte die Natur des Verfassungsrechts grundlegend, stand von nun an doch jede Verfassungsnorm und jedes verfassungsrechtliche Argument im Horizont potentieller gerichtlicher Entscheidbarkeit.³¹ Der gesamte Prozess vollzog sich mit staunenswerter Geschwindigkeit, hatte doch der damalige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Fritz Werner noch 1959 bei den Juristen insgesamt eine gewisse „Ungläubigkeit verfassungsrechtlichen Fragen gegenüber“ konstatiert und diese mit der Wahrnehmung des Grundgesetzes als Provisorium erklärt.³² Gerade aus dem Provisorischen der Ausgangssituation heraus war es aber möglich, die gesamte Rechtsordnung grundlegend umzugestalten und in ungekannter Weise auf das Verfassungsrecht auszurichten. Das entsprach der alten französischen Erkenntnis, dass nur das Provisorische von Dauer ist.

²⁸ Umfassend zur Entstehung des Bundesverfassungsgerichts *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht für die Bundesrepublik Deutschland, 1968, S. 35 ff.

²⁹ Formulierung nach *Rainer Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte (Fn. 10), § 19, Rz. 20 f.

³⁰ *Uwe Wesel*, Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2004; *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

³¹ Zu diesem grundlegenden Wandel *Wahl* (Fn. 2), S. 138 ff.

³² *Fritz Werner*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, DVBl. 1959, 527–533 (527).

5. Das gesellschaftliche Umfeld: „Verfassungspatriotismus“

Zu den deutschen Besonderheiten nach dem Zweiten Weltkrieg zählt schließlich der schrittweise Aufstieg der Verfassung zum Ersatz für nationale Identität unter den Bedingungen der schwierigen Erbschaft des Nationalsozialismus und der deutschen Teilung. Nation, Geschichte und Kultur konnten der Bonner Republik kein Fundament bieten, und die Verfassung trat allmählich, vor allem seit den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in diese Lücke hinein.³³ Der erstaunliche juristisch-institutionelle Bedeutungsgewinn von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, der sich schrittweise seit den fünfziger Jahren vollzogen hatte, gewann so mit Verzögerung einen breiteren öffentlich-gesellschaftlichen Resonanzraum. Dieser „Verfassungspatriotismus“, für den Dolf Sternberger und Jürgen Habermas auf unterschiedliche Weise theoretische Fundamente suchten³⁴, hat dem Grundgesetz im öffentlichen Bewusstsein einen Status verschafft, für den es in anderen westlichen Demokratien keine Entsprechung gibt; gelegentlich kann das als „quasireligiöse Aufwertung“³⁵ der Verfassung erscheinen. Allenfalls in den Vereinigten Staaten gibt es hierzu gewisse Parallelen; die Verfassung bleibt dort jedoch eingebunden in eine öffentliche Festkultur, die andere nationale Symbole wie Unabhängigkeitserklärung, Flagge oder Hymne einschließt³⁶, und wurde nie als Ersatz für nationale Identität verstanden. Ein deutliches Gegenbeispiel bietet weiterhin etwa Frankreich, das zweite Mutterland der Verfassungsrevolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts, wo die Verfassung im öffentlichen Bewusstsein bis heute eine völlig vernachlässigswerte Rolle spielt.

III. Die Aufstiegsgeschichte als Spiegel heutiger Probleme

In dieser (vor allem: west-)deutschen Aufstiegsgeschichte der Verfassung nach 1949 sind schon manche der Probleme erkennbar, die heute verstärkt von Bedeutung sind. Die Gründe für den Aufstieg sind zugleich Keime der späteren Probleme. Es ist ein allgemeines Problem von Institutionenentwicklung, dass Institutionen häufig den Bedingungen verhaftet bleiben, die ihren anfänglichen Erfolg begünstigt haben. Gerade dieses Verhaftetsein in den Denkwelten vergangener Erfolge behindert indes oft die erfolgreiche Selbstbehauptung unter gewandelten Umständen. In der französischen Revolution scheiterte die Flucht des Königs 1791 in Varennes nicht zuletzt daran, dass die Einhaltung der traditionellen Hofetikette es der Königsfamilie er-

³³ Dieter Grimm, Identität und Wandel – Das Grundgesetz 1949 und heute, *Leviathan* 37 (2009), 603–616 (614).

³⁴ Zu Konzepten und Kritik Jan-Werner Müller, *Verfassungspatriotismus*, 2010, S. 21 ff.

³⁵ Dieter Simon, Zäsuren im Rechtsdenken, in: Martin Broszat (Hrsg.), *Zäsuren nach 1945*, 1990, S. 153–167 (165).

³⁶ Jürgen Heideking, Der symbolische Stellenwert der Verfassung in der politischen Tradition der USA, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, 2002, S. 123–135 (124).

schwerte, rasch zu den königstreuen Truppen am Ostrand Frankreichs durchzukommen.³⁷ Auch für Institutionen gilt allzu oft das Wort T. S. Eliots: *In my beginning is my end*. In jedem Fall zeigen die spezifischen Umstände, die den Aufstieg von Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik ermöglicht haben, einige der Bereiche an, in denen diese heute auf Schwierigkeiten stoßen.

Hierbei geht es um spezifische Probleme des deutschen Verfassungsrechts. Diese sogleich zu skizzierenden spezifischen Probleme gesellen sich zu den allgemeinen Herausforderungen, die den Regelungsanspruch der Verfassung in allen westlichen Demokratien seit längerem in Frage stellen. Hierzu gehört der Wandel hin zum Wohlfahrts- und Sozialstaat, den das Verfassungsrecht nie in gleicher Weise prägen konnte wie den Staat der liberalen Epoche.³⁸ Entwicklungen wie die Verlagerung von Freiheitsbedrohungen auf gesellschaftliche Akteure, die neue Aufgabe der Risikovor-sorge und der Wandel von repressiven zu präventiven Steuerungsinstrumenten treten hinzu. Die sich hierdurch abzeichnende Erosion des Regelungsvermögens der Verfassung hat *Dieter Grimm* bereits gegen Ende der alten Bundesrepublik eindringlich zum Thema gemacht.³⁹ Es fragt sich allerdings, ob diese Erosion nicht zu einem Gutteil nur für ein Verfassungsrecht zum Problem wird, das derart umfassende und extrem gesteigerte Geltungsansprüche entwickelt hat wie dasjenige der Bundesrepublik Deutschland. Nicht alle Probleme des bundesdeutschen Verfassungsrechts sind solche der Form „Verfassung“ überhaupt und stellen diese Form grundlegend in Frage.

1. Das Verständnis des Verfassungsrechts als systematische Einheit: eine latent nationalstaatlich-introvertierte Denkfigur

Zum einen war das seit den fünfziger Jahren entwickelte Verständnis des Verfassungsrechts als eine auf Grundrechten und Verfassungsprinzipien beruhende systematische Einheit nicht nur eine idealisierende Umdeutung eines fragmentarischen, kompromisshaften und widersprüchlichen Verfassungstextes.⁴⁰ Diese Interpretation verwies vielmehr implizit auch auf den politischen Einheitsrahmen nationalstaatli-

³⁷ *Mona Ozouf*, *Varennnes. La mort de la royauté*. 21 juin 1791, 2005, S. 132 ff., 142.

³⁸ *Mark Tushnet*, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, 2009.

³⁹ *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung* (1990), in: *ders.* (Fn. 11), S. 408 ff.

⁴⁰ Einer der ersten Verfassungsrichter hat bereits 1954 deutlich ausgesprochen, wie sehr diese Interpretationsweise aus der Not eine Tugend machte: „Zumal das Grundgesetz, das im Drang der Eile unter dem Druck schwieriger Verhältnisse geschaffen wurde und für widerspruchsvolle Grund-auffassungen vermittelnde Lösungen finden musste, enthält unvermeidlich Unklarheiten und Lücken. Daher ist eine weite und schöpferische Auslegung notwendig, die neben dem Wortlaut, Sinn und Zweck der einzelnen Bestimmungen, Geist und System des Grundgesetzes, die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsprinzipien und Institutionen und die vergleichbare Ordnung anderer Verfassungen in Betracht zieht ...“: *Julius Federer*, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, JÖR 3 (1954), S. 15–66 (18).

cher Organisation. Die homogenisierende Überformung föderativer Partikularität etwa durch bundeseinheitlich wirkende Grundrechte zeigt das deutlich – gerade auch im Kontrast zur weiterhin deutlich größeren Heterogenität der alten demokratischen Bundesstaaten Schweiz und USA.⁴¹ Die wissenschaftliche Begleitung der entsprechenden Verfassungsrechtsprechung verstärkte diese Tendenz wiederum implizit, stand sie doch in der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in der die wissenschaftliche Systembildung immer auch auf nationale Einheitsbildung abgezielt hatte. Dieser implizite Nationalismus konnte sich umso unbefangener entfalten, weil er in der Bundesrepublik äußerlich mit einer entschiedenen Absage an die etatistischen Traditionen der deutschen Staatsrechtslehre einherging und die Großsemantiken des öffentlichen Rechts zunehmend von „Staat“ auf „Verfassung“ umstellte.⁴² Prämisse dieser Entwicklung war es, dass die gesamte deutsche Rechtsordnung vom Grundgesetz her verstanden, systematisiert und angeleitet werden konnte. Dies war vor allem die Konsequenz der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht ein selbständiges, von der sonstigen Justiz losgelöstes Gericht ist. Seine einzige Währung ist bis heute das Verfassungsrecht des Grundgesetzes.

Durch die Verdichtung der europäischen Integration und die wachsende Bedeutung des Völkerrechts gibt es aber wachsende Massen in Deutschland geltenden Rechts, die nicht in diesem Horizont entstanden sind und auch nicht in diesen Horizont gestellt werden können. Die Introvertiertheit der allein auf das nationale Verfassungsrecht bezogenen dogmatischen Einheitsbildung, die den Aufstieg der Verfassung nach 1949 begünstigt hatte, wird in der Gegenwart zum Problem. Aus dieser bundesrepublikanischen Tradition heraus kann die wachsende Bedeutung von Europa- und Völkerrecht häufig nur als Erschütterung und Gefährdung des einheitsbildenden Verfassungsrechts erlebt werden. Das Verständnis des Grundgesetzes als systematische Einheit ist zunehmend untauglich, um das Ineinandergreifen unterschiedlicher Rechtsschichten angemessen zu erfassen und zu verarbeiten.

2. Die Erschöpfung der Anstoß- und Thematisierungsfunktion des Verfassungsrechts für das einfache Recht

Verwandte Fragen stellen sich hinsichtlich der in den Nachkriegsjahrzehnten entwickelten Bedeutung des Verfassungsrechts als übergeordnete Ebene der Beobachtung und Systematisierung des einfachen Rechts.⁴³ Auch diese Systematisierungsfunktion beruhte in erster Linie darauf, dass das Bundesverfassungsgericht für einige

⁴¹ Vgl. dazu bereits oben, S. 14 f.

⁴² Zu dieser Umstellung und den entsprechenden Kontroversen zwischen Schmitt- und Smend-Schule näher *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, 2004; *Christoph Möllers*, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, 2008.

⁴³ Dazu die Bilanz bei *Hans Christian Röhl*, Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?, in: Festschrift Eberhard Schmidt-Aßmann, 2008, S. 821–836.

Jahrzehnte mit Erfolg beanspruchen konnte, alle Grundsatzfragen den in Deutschland geltenden Rechts als Fragen der Grundgesetzinterpretation reformulieren und beantworten zu können. Gerade die wachsende Europäisierung des deutschen Rechts und die Konkurrenz, die Europäischer Gerichtshof und EGMR dem Bundesverfassungsgericht machen, stellen diese Möglichkeit aber zunehmend in Frage. Das gilt auch für die Grundrechte, deren Interpretation lange das Herzstück des Verfassungsrechts der Bundesrepublik gebildet hatte. So konnte das Bundesverfassungsgericht Bestimmungen des Volkszählungsgesetzes 1983 noch schlicht scheitern lassen, indem es aus dem Grundgesetz ein neuartiges Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelte. Gegenüber der auf einer EG-Richtlinie beruhenden Vorratsdatenspeicherung konnte es bereits nur noch die deutschen Umsetzungsspielräume kontrollieren und das Sachproblem nicht mehr autonom und umfassend vom Grundgesetz her beantworten.⁴⁴ Je mehr unterschiedliche Rechtsschichten auf internationaler, europäischer, nationaler und subnationaler Ebene ineinandergreifen, desto weniger lassen sich diese Schichten noch vom Verfassungsrecht des Grundgesetzes her deuten und aufeinander beziehen. Die bisherige Anstoß- und Thematisierungsfunktion des Verfassungsrechts für die Rechtsentwicklung geht zunehmend auf andere normative Ebenen wie Europa- und Völkerrecht über, wird dort aber viel punktueller und sektoraler wahrgenommen wird als bisher im nationalen deutschen Rahmen. Vielleicht muss die Aufgabe der Systematisierung unter diesen Bedingungen heute wieder stärker vom Verfassungsrecht auf die Ebene des einfachen Rechts und der obersten Bundesgerichte zurückverlagert werden, wo sie ursprünglich, etwa in Form der Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze, ja auch eigenständig wahrgenommen wurde.

3. Die Erschöpfung der Charismatisierung des Verfassungsrechts durch das Bundesverfassungsgericht

Schließlich mehren sich auch die Fragen hinsichtlich der Rolle des Bundesverfassungsgerichts als selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit. Es könnte durchaus sein, dass diese Form der selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit ihren Zenit unter heutigen Bedingungen bereits überschritten hat.⁴⁵ Anders als die integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit etwa des US-amerikanischen Supreme Court ist sie geradezu strukturell gezwungen, ihre eigene Existenz durch permanente Fortentwicklung gerade und nur des Verfassungsrechts zu legitimieren. Seit den ausgehenden fünfziger Jahren führt das zu immer neuen Versuchen der Charismatisierung des Verfassungsrechts, die aber heute anders als in den heroischen frühen Jahrzehnten des Gerichts

⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (1983); BVerfGE 125, 260 (2010), dazu *Wolfgang Durner*, Vorratsdatenspeicherung [Urteilsanmerkung zu BVerfGE 125, 260], JA 2010, 391–394 (394).

⁴⁵ Dazu näher *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht (Fn. 30), S. 9–76 (57 ff.).

immer weniger gelingen, ja vielleicht immer weniger auch nur möglich sind. Hier wirken viele Faktoren zusammen: In der frühen Bundesrepublik war die Aktivierung des Verfassungsrechts durch das junge Bundesverfassungsgericht auch eine Art vormundschaftlicher Wegweisung hin zur freiheitlichen Demokratie.⁴⁶ Mit der Durchsetzung einer liberalen Demokratie sind derartige Anstöße heute nicht länger in derselben Weise nötig. Der Präzeptoren-Habitus, den das Bundesverfassungsgericht unter den Bedingungen einer jungen und ungefestigten Demokratie entwickelt hat, wird zunehmend unzeitgemäß.⁴⁷ Auch die stärkere Bürokratisierung des Gerichts in den Kammerbeschlüssen schränkt die Möglichkeiten der Charismatisierung mehr und mehr ein. Die wachsende europäische und internationale Einbindung der Bundesrepublik wirkt ihr gleichfalls entgegen. Mit dem wachsenden Abstand zur Sondersituation der deutschen Teilung, die das Phänomen des Verfassungspatriotismus hervorgebracht hat, verliert auch der entsprechende gesellschaftliche Resonanzraum des Verfassungsrechts eher an Bedeutung.⁴⁸ Die Verfassung wandelt sich langsam von einem Leitbild, das die gesamte Rechtsordnung durchdringt, zum eifersüchtig verteidigten Rückzugsraum. Hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Gründungsepoche im Zeichen der „Wertordnung des Grundgesetzes“ ausgreifend die gesamte Rechtsordnung in den Horizont des Verfassungsrechts gestellt⁴⁹, so befindet es sich heute zunehmend in einer Abwehrposition und betont defensiv die „Identität“ der deutschen Verfassungsordnung in ihrem Kernbestand.⁵⁰ Eroberte das Bundesverfassungsgericht in seinen frühen Jahrzehnten die ganze Welt des Rechts für das junge Grundgesetz, so verteidigt es heute mehr und mehr nur noch halbherzig den alternden deutschen *acquis constitutionnel*.

IV. Schluss

Dieser schleichende Bedeutungsverlust ist sicherlich unerfreulich für das Bundesverfassungsgericht und auch unerfreulich für eine Staatsrechtswissenschaft, die ihre Autorität zunehmend auf systematische Deutungsangebote eines umfassend maßgeblichen Verfassungsrechts gegründet hat. Aber liegt darin auch eine Bedrohung für Verfassung und Verfassungsrecht selbst? Das ist keineswegs sicher. Vielleicht

⁴⁶ Brun-Otto Bryde, Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung der Bundesrepublik, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, S. 321–331.

⁴⁷ Ulrich Haltern, Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 45 (1997), 31–88 (80).

⁴⁸ Grimm (Fn. 33), 616.

⁴⁹ Dazu und zur erbitterten zeitgenössischen Kritik der Schmitt-Schule Christoph Schönberger, Werte als Gefahr für das Recht? Carl Schmitt und die Karlsruher Republik, in: Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, 3. Aufl. 2011, S. 57–91 (62 ff., 76 f.).

⁵⁰ Besonders markant in seinem 2009 ergangenen Urteil zum Vertrag von Lissabon: BVerfGE 123, 267 (353 ff.).

müssen wir das Schicksal der Verfassung wieder stärker vom Schicksal ihrer juristischen Interpreten unterscheiden lernen. Auch in den Vereinigten Staaten gibt es einen Trend dazu, die Verfassung stärker den Gerichten zu entwinden.⁵¹ Es mag auch sein, dass hier lediglich schrittweise die enorme Überspannung abgebaut wird, mit der das Verfassungsrecht des Grundgesetzes in der Bundesrepublik belastet worden ist. Vielleicht erleben wir nur den Beginn eines Prozesses, in dessen Verlauf sich der Nachkriegs Sonderweg des bundesdeutschen Verfassungsrechts zunehmend abschleift und sich das deutsche Verfassungsrecht demjenigen der europäischen Nachbarn wieder stärker annähert. Nur ein Verfassungsrecht mit systematischem Allzuständigkeitsanspruch gerät immer wieder und zunehmend in die Gefahr, das Scheitern seiner umfassenden Regelungsansprüche als Krisenzeichen zu deuten. Eine Gefährdung von Verfassung und Verfassungsrecht liegt heute vielleicht eher in einer Art überfordernder Nostalgie, von der freilich kein deutscher Verfassungsjurist ganz frei sein kann: der Nostalgie für jene – im Rückblick betrachtet: kurzen – Jahrzehnte, in denen man die Welt insgesamt mit rechtlichem Geltungsanspruch vom Grundgesetz her deuten zu können glaubte. Eines allerdings ist heute schon sicher: Diese Zeit wird nicht wiederkehren.

⁵¹ Vgl. etwa *Mark Tushnet*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999; *Ran Hirschl*, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2004; *Larry D. Kramer*, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 2005.

Uwe Volkmann

Der Aufstieg der Verfassung

Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs*

I. Die Verfassung in unseren Tagen

Dass die Verfassung für die Gesellschaft von heute andere Sinnbedürfnisse befriedigt als zu früheren Zeiten und darin selber mit neuem Sinn gefüllt wird, zeigt ihre Anwendung. Die Verfassung ist Argument in den Debatten des politischen Tagesgeschäfts, die Bürger berufen sich auf sie bis hinunter zu den Amtsgerichten, man mahnt öffentlich ihre Einhaltung oder die Rückbesinnung auf ihre Wertungen an, und immer wieder ziehen spektakuläre Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Aufmerksamkeit auf sich, durchbrechen die Routinen des politischen Betriebs. Die Verfassungsbeschwerde etwa gegen die Vorratsdatenspeicherung kam einer Massenpetition gleich; eingelegt war sie von über 35.000 Bürgern, die schon durch ihre schiere, von keiner öffentlichen Versammlung zum Thema erreichten Anzahl ihrem Protest als einer neuen Form politischer Aktion Ausdruck verliehen¹. Die Entscheidung des Gerichts über die Mindestsätze für Kinder nach Hartz IV war bereits im Vorfeld von fiebriger Aufmerksamkeit begleitet²: Kurz vor der Entscheidung, aber offenbar ganz gezielt mit Blick auf sie, lancierten einige Tageszeitungen neuere statistische Erhebungen, nach denen Hilfesuchende in bestimmten Konstellationen besser stehen, wenn sie nicht arbeiten und Leistungen nach dem SGB II beziehen, als wenn sie arbeiten und von ihrem Lohn leben müssen. Am Vorabend informieren die wichtigsten Nachrichtensendungen an zentraler Stelle über die anstehende Entscheidung, oft garniert mit zu Herzen gehenden Berichten über das mühsame Leben in Hartz IV, und am Entscheidungstag selbst weisen nahezu alle großen Tageszeitungen auf ihrer ersten Seite auf das bevorstehende Ereignis hin. Die Urteilsverkündung selbst wird live auf einem Nachrichtenkanal des öffentlich-rechtlichen Rundfunks übertragen, unterbrochen von erläuternden Kommentaren durch eigens nach Karlsruhe geholt Sachverständige. Schon nach der Verkündung des Tenors vermelden alle Nachrichtenagenturen und die Online-Redaktionen der Zeitungen das Ergebnis,

* Der Beitrag enthält im Abschnitt II Thesen und Überlegungen aus dem einführenden Kapitel einer Verfassungslehre der Bundesrepublik, an der ich derzeit arbeite.

¹ BVerfGE 125, 260,

² Das Urteil selbst in BVerfGE 125, 175.

während gleichzeitig der Server des Bundesverfassungsgerichts unter der Last der Anfragen zusammenbricht und erst gegen Mittag mühsam seinen Dienst wieder aufnimmt. Noch am selben Tag beginnen die Kontroversen über die Interpretation des Urteils und die Folgen, die aus ihm zu ziehen sind. Sie münden schließlich in eine weit ausgreifende Debatte über die Zukunft des Sozialstaats überhaupt, die durch einen polemischen Beitrag des Außenministers und Vizekanzlers in der Tageszeitung „Die Welt“ ausgelöst wird³. Und all dies entzündet sich an einem Satz der Verfassung, der aus sich heraus gar keinen begreifbaren Inhalt hat und von dem Theodor Heuss in den Beratungen des Parlamentarischen Rates noch als eine „nicht interpretierte These“ sprach⁴. Seine Anwendung ist darin ebenso wie die Anwendung der Verfassung insgesamt zum Ereignis geworden, zu einem bewegenden und zugleich erregenden Moment des politisch-gesellschaftlichen Lebens, der dieses selbst dann weiter in Gang hält und in eine bestimmte Richtung dirigiert. Die Verfassung selbst präsentiert sich darüber in ihrem Wesen verwandelt; sie hat einen Aufstieg durchlebt, dem man wenig Vergleichbares an die Seite stellen mag und der möglicherweise überspitzt, aber nicht ohne Wahrheit bereits als „Karriere der Verfassung“ hin zu einem „Totalitätsbegriff“ bezeichnet worden ist⁵.

II. Stationen des Aufstiegs

Dieser Aufstieg lässt sich beschreiben und wird häufig beschrieben als eine Veränderung der Funktionen, die die Verfassung für die politische Ordnung oder die Gesellschaft insgesamt erfüllt. In der Rede von den Funktionen bleibt allerdings meist unklar, ob damit die empirische Funktion im Sinne der beobachtbaren Leistungen der Verfassung gemeint ist oder die normative Funktion im Sinne der Erwartungen, die sich auf sie richten⁶. Darüber hinaus werden im Versuch ihrer Bestimmung die verschiedenen Funktionen oft nur additiv aneinandergereiht, woraus sich dann am Ende zehn oder noch mehr verschiedene Verfassungsfunktionen ergeben⁷. Indessen

³ G. Westerwelle, An die deutsche Mittelschicht denkt niemand, Die Welt v. 11. 2. 2010; beklagt werden dort die „sozialistischen Züge“ der Diskussion nach der Hartz-IV-Entscheidung und eine davon ausgehende Einladung zu „spätromischer Dekadenz“.

⁴ Entstehung der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. 1 (1951), S. 1, 49.

⁵ H. Hofmann, Vom Wesen der Verfassung, JöR n. F. 51 (2003), S. 1 (4 ff.). Zu möglichen Abstiegs Tendenzen s. demgegenüber den Beitrag von Chr. Schönberger in diesem Band, S. 13 (23 ff.).

⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung – in anderem Zusammenhang – etwa D. Grimm, Politische Parteien, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 14 Rdnr. 12; die Unbestimmtheit des Funktionsbegriffs wird auch gerügt von C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl. 2002, S. 1 (22 f.); in der 2. Aufl. 2009 (S. 227 ff.) insoweit nicht mehr aufgegriffen.

⁷ Drei Grundfunktionen etwa bei K. Hesse, Verfassung und Verfassungsrecht, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 1 Rn. 5 ff.; sechs bei A. Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), 35 (46 ff.); acht oder möglicherweise auch zehn bei K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1984, S. 78 ff.

ergibt die bloße Aufzählung einzelner Funktionen noch keinen Begriff, solange sie nicht in irgendeine Ordnung oder Hierarchie gebracht werden. Es ist aber wesentlich dieser Begriff, der sich geändert hat, und zwar gerade als die Summe der Aufgaben, die die Verfassung erfüllen soll, und der Erwartungen, die sich auf sie richten⁸. Von hier aus lässt sich der Aufstieg der Verfassung in mehreren Stationen nachzeichnen, die am Ende nicht mehr und nicht weniger ergeben als einen rundum veränderten Begriff von Verfassung insgesamt.

1. Von der Tatsache zur Norm: Der Aufstieg zur rechtlichen Verfassung

Über die erste dieser Stationen oder Entwicklungsstufen sind heute an sich nicht mehr viele Worte zu verlieren, weil ihr Ergebnis längst zur selbstverständlichen Grundlage jeder Beschäftigung mit Verfassung geworden ist. Sie wird bezeichnet durch den Übergang von der tatsächlichen oder empirischen zur rechtlichen oder normativen Verfassung. Als solche bildet sie allerdings den Ausgangspunkt für alle weiteren Veränderungen, die auf ihr erst aufsetzen und sie zur mittlerweile gar nicht mehr hinterfragten Voraussetzung haben. Verfassung aber ist dort, wo der Begriff geschichtlich erstmals verwendet wird, zunächst ein rein deskriptiver Begriff, der bis weit in das 18. Jahrhundert hinein nur den je und je gegebenen Gesamtzustand politischer Einheit und Ordnung beschreibt⁹: bei Aristoteles etwa die konkrete Staats- und Regierungsform eines Gemeinwesens¹⁰, später im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation in unbestimmter Abgrenzung gegen die verschiedenen Staatsgrundgesetze die Darstellung der einzelnen Reichsinstitutionen in ihrem inneren Zusammenhang, wie sie etwa in Pufendorfs „Verfassung des deutschen Reiches“ vorgenommen ist¹¹. Mit den bürgerlichen Revolutionen in Amerika und Frankreich wird unter Verfassung aber nun die rechtliche Verfassung verstanden, während der Begriff der tatsächlichen Verfassung sich allmählich verliert. Eine Zeitlang wird er noch als polemischer Gegenbegriff fortgeführt: etwa bei Hegel, dem die Vorstellung fremd bleibt, eine Verfassung könne „bloß von Subjekten geschaffen“ werden¹², oder bei Lassalle, der mit seiner Hilfe die tatsächlichen Klassen- und Machtverhältnisse demaskieren will¹³. Aber im großen und ganzen wird der Begriff der tatsächlichen Verfassung nun ein Gegenstand der Soziologie und taucht als solcher etwa noch bei Max Weber auf, während er in juristischen Diskursen nunmehr durch den Begriff

⁸ Zu diesem Zusammenhang von Funktion und Begriff bereits P. Badura, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Festschrift für U. Scheuner, 1973, S. 19 (32); G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 29 f.

⁹ C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, S. 4 f.

¹⁰ Aristoteles, Politik, 1278b, 9–12.

¹¹ S. Pufendorf, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kap. 4 und 5.

¹² G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 274 Zusatz.

¹³ F. Lassalle, Über Verfassungswesen, in: ders., Reden und Schriften, hrsgg. von E. Bernstein, Band I, 1892, S. 463 (476 ff.).

der Verfassungswirklichkeit oder der Verfassungsrealität ersetzt wird¹⁴. Unter Verfassung aber wird nun, vom Ende des 18. Jahrhunderts an, der Rechtstext verstanden, als der sie bis heute gilt, und damit ist zugleich der Grundstein für ihren Aufstieg gelegt. In den politischen Debatten der Zeit steigt „Verfassung“ – als Forderung nach einer geschriebenen, rechtlich bindenden Verfassung – zum Leit- und Kampfbegriff auf, in dem die Forderung nach einer grundlegenden Umgestaltung und Neuordnung der Verhältnisse wesentlich aufgehoben ist: „Es ist heute ganz eigens das Zeitalter der Constitutionen“, wie von Rotteck in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts schreibt¹⁵. Innerhalb der Rechtshierarchie steigt sie zur obersten Rechtsebene auf, ausgestattet mit dem Vorrang gegenüber allem übrigen Recht, der alsbald als ihr zentrales Begriffsmerkmal erkannt wird¹⁶.

2. Von der Organisation zur Konstitution: Der Aufstieg zur Staatsfundamentalnorm

Indessen ist das nur der Anfang einer Entwicklung, die damit noch längst nicht abgeschlossen ist. Ihre nächste Station knüpft an ihren Gegenstand an, also an das, was die Verfassung regeln will und worauf sie bezogen ist. Sobald von einem Verfassungsdiskurs im modernen Sinn erstmals gesprochen werden kann, ist klar, dass dieser Gegenstand die oberste Gewalt im Staat selber ist, die von der Verfassung ordnend und regulierend erfasst werden soll. In diesem Sinne wird sie schon von Vattel in seinem Völker- und Naturrecht von 1758 als das fundamentale Regelwerk definiert, das die Art und Weise bestimmt, nach der die öffentliche Gewalt ausgeübt werden soll („règlement fondamentale qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée“)¹⁷. Die Art und Weise dieser Erfassung ist allerdings unterschiedlich und hängt von der geschichtlichen Situation ab, in der die Verfassung jeweils entsteht. In den verschiedenen deutschen Einzelstaaten wurden die Verfassungen einer bestehenden Herrschaft abgerungen, von der sie dann entweder als oktroyierte Verfassungen selbst erlassen oder mit der sie als paktierte Verfassungen ausgehandelt wurden. Sie setzten dann diese Herrschaft voraus und sollten sie in diesem Sinne vor allem begrenzen. In den Vereinigten Staaten und Frankreich ging die Verfassung demgegenüber aus einer revolutionären Umwälzung der Verhältnisse hervor, aus der heraus sie die Aufgabe hatte, politische Herrschaft neu und allererst zu begründen¹⁸. Die Unterschiede verloren sich aber im Laufe der Zeit, weil die Ver-

¹⁴ S. bei Max Weber ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5., rev. Aufl. 2002, S. 27; demgegenüber etwa W. Hennis, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, 1968.

¹⁵ C. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. II, 1830, S. 172.

¹⁶ R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, jetzt in: ders., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, S. 121 ff., mit instruktiver Nachzeichnung der in sich durchaus uneinheitlichen Entwicklung.

¹⁷ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, § 27.

¹⁸ Zu diesen unterschiedlichen Traditionen D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl. 1994, S. 49 ff., 57 ff.; Möllers (Fn. 6), S. 4 ff.

fassungen auch dort, wo sie lediglich eine gegebene Herrschaft begrenzen, eine Bindung bewirken, die von den jeweils Herrschenden nicht mehr einseitig aufgekündigt werden konnten: Einmal in Kraft, lösten sie sich von ihrem Willen ab und traten ihnen als Ordnung aus eigenem Recht gegenüber¹⁹.

Im Ergebnis reguliert die Verfassung damit auch in der herrschaftsbegrenzenden Tradition politische Herrschaft umfassend und triumphiert über sie; es gibt nun keine Herrschaft neben und außerhalb der Verfassung mehr, sondern nur noch Herrschaft aus und nach Maßgabe der Verfassung. Am Ende triumphiert sie sogar über den Staat, weil es nur noch so viel Staat oder so viel Bundesrepublik Deutschland gibt, wie die Verfassung konstituiert²⁰. „Staat“ ist dann schlicht kein Argument mehr, weder für noch gegen irgendetwas²¹; das Argument, das heute einzig zählt, ist „Verfassung“, und selbst wo „Staat“ oder „Souveränität“ – wie jetzt im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – als Argument herangezogen werden, leiten sie ihre Geltung aus der Verfassung ab, und nur aus ihr. Ihre Autorität ist damit selber bloß noch der Verfassung entlehnt, aber schon lange keine eigene, selbsttragende mehr. Selbst im „Handbuch des Staatsrechts“, der letzten Bastion, in der noch hier und da ein vorverfassungsmäßiger Staatsbegriff im Sinne eines Staates vor der Verfassung gepflegt wird, geht es in diesem Sinne nun ganz überwiegend um: „Verfassungsrecht“, und folgerichtig beginnt der erste Band nun, in der dritten Auflage, endlich mit einem Abschnitt über Ursprung und Wandel der Verfassung, so wie es heute auch einzig angemessen ist²². Dazu passt es, dass sich Verfassungen oft mit einem Gründungsmythos umgeben, der die Funktion der Staatshervorbringung auf eine symbolische Ebene hebt und darin noch einmal verklärt: dem Mythos der erfolgreichen Revolution in den Vereinigten Staaten und Frankreich, dem Mythos der Stunde Null in der Bundesrepublik, von dem auch das Grundgesetz – als das „ganz Andere“ zu dem, was vorher war – bis heute zehrt²³.

3. Von der Form zum Inhalt: Der Aufstieg zur materiellen Verfassung

Die dritte Station ist demgegenüber gekennzeichnet durch eine inhaltliche Anreicherung der Verfassung, durch die sie nochmals eine neue Qualität und Substanz erhält. Sie vollzieht sich als Übergang vom formellen zum materiellen Verfassungsbegriff, der seinerseits die Antwort auf die Frage nach dem Proprium von Verfassung darstellt. Ist nämlich die Verfassung als Rechtsnorm entdeckt, muss das Kriterium benannt werden, das sie von anderen Rechtsnormen unterscheidet; gilt sie darüber

¹⁹ Grimm (Fn. 18), S. 60 f.

²⁰ Hofmann (Fn. 5), JöR n. F. 51 (2003), 7.

²¹ So die durchgängige These von C. Möllers, Staat als Argument, 2000.

²² D. Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 2003, § 1. Der vorverfassungsmäßige Staatsbegriff demgegenüber noch bei J. Isensee, Staat und Verfassung, ebda., Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 15 Rdnr. 6 ff., 21 ff., 46 ff.

²³ Anschaulicher Beleg: der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, NJW 2010, 47 (51 f.).

hinaus als Staatsfundamentalnorm, müssen die Merkmale gefunden werden, die sie von den Staatsgrundgesetzen oder Freiheitsbriefen älterer Prägung unterscheiden. Als man zunächst, mit Beginn des Verfassungsdiskurses, nach diesen Merkmalen sucht, findet man sie zunächst in bestimmten Eigenschaften der Form. Die Verfassung wird dann entweder mit der Verfassungsurkunde gleichgesetzt oder als höchste Norm innerhalb eines Gemeinwesens, also aus ihrem Vorrang gegenüber dem übrigen Recht, definiert²⁴. Beides macht aber nicht deutlich, worin der Grund für die herausgehobene Qualität der Verfassung und ihre symbolische Verkörperung in einer einheitlichen Urkunde liegt. Ihren Grund haben beide in der Eigenart und Wichtigkeit des Inhalts der Regelungen, denen jene Qualitäten zukommen. Dieser kann erneut in zweifacher Weise bestimmt werden, und zwar zunächst rein additiv durch die Angabe der Themen und Materien, zu denen die Verfassung Aussagen macht. Verfassungen betreffen, sagt man dann etwa, die Ausübung politischer Herrschaft, sie richten die Staatsorgane ein, ordnen ihr Verhältnis zueinander und enthalten zugleich die grundsätzlichen Bestimmungen für das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern²⁵. Der Inhalt kann aber auch qualitativ bestimmt werden, indem an die Art und Weise dieser Ausübung zugleich bestimmte Mindestanforderungen gestellt und in der Folge nur solche Regelwerke als Verfassungen bezeichnet werden, die diese Mindestanforderungen erfüllen. Bekanntestes Beispiel ist Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789, nach dem nur solche Gebilde eine Verfassung haben, die die Gewaltenteilung gewährleisten und die individuellen Rechte sichern.

Im Laufe der Zeit verbindet sich aber dieser Begriff mit der demokratischen Komponente, die ihrerseits der revolutionären Entstehung der Verfassungen in den Vereinigten Staaten und Frankreich folgt. Die Verfassungen sind hier hervorgegangen aus einem souveränen Akt der verfassunggebenden Gewalt des Volkes, dessen Mitglieder sich in dieser Ursprungssituation wechselseitig als Freie und Gleiche anerkennen, und diese Traditionslinie bleibt für den Begriff zuletzt auch in Deutschland bestimmend. In diesem Sinne konnte etwa Welcker im Rotteck/Welckerschen Staatslexikon zusammenfassend feststellen, die Verfassung sei „nicht irgendein Nebepunkt, sondern die Hauptsache der politischen Freiheit oder ihrer Verwirklichung, ja diese selbst“²⁶. Von konservativer Seite wurde in der Frühphase der Verfassungskämpfe die Forderung nach einer über die gegebene ständische Ordnung hinausweisenden Verfassung als einer wirklichen „Repräsentativverfassung“ gerade deshalb zurückgewiesen, weil sie „stets in letzter Instanz auf dem verkehrten Begriff von einer obersten Souveränität des Volkes gegründet“ waren, wie es von Gentz in der bekannten Denkschrift formuliert hatte²⁷. So oder so verband sich in den Debatten der

²⁴ Beide Merkmale noch zentral bei *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 228 f.; Nachweise für die Zeit der Verfassungskämpfe bei *Grimm* (Fn. 18), S. 126 ff., 134 ff.

²⁵ Klassisch *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., sechster Neudruck 1959, S. 534.

²⁶ *C. T. Welcker*, Art. Grundgesetz, Grundvertrag, in: *C. von Rotteck/C. T. Welcker* (Hrsg.), *Das Staats-Lexikon*, 2. Aufl., 12 Bände, 1848 ff., Bd. VI, S. 166.

²⁷ *F. von Gentz*, Über den Unterschied zwischen landständischen und Repräsentativ-Verfassungen, in: *H. Brandt* (Hrsg.), *Restauration und Frühliberalismus 1814–1840*, 1979, S. 218 f.

Zeit die Idee der Verfassung mit der Forderung nach demokratischer Mitsprache an staatlichen Entscheidungen, so dass schließlich die real bestehenden Verfassungen des monarchischen Konstitutionalismus nur als ein unvollkommenes Abbild der wahren und vollständigen Verfassungen erschienen, auf die hin sie selber allmählich fortzuentwickeln waren. Fortan müssen bestimmte rechtsstaatlich-demokratische Mindestgehalte gegeben sein, damit ein Regelungswerk die Bezeichnung als Verfassung auch verdient. Deutlich wird dies etwa in der Zusammenfügung „Verfassungsstaat“, die von vornherein nicht einen Staat mit irgendeiner Verfassung meint, sondern nur einen solchen, der den Bürgern ein Minimum an individuellen Freiheiten und demokratischer Mitsprache gewährt²⁸. Natürlich können auch weiterhin Regelungswerke, die diesen Mindestanspruch nicht erfüllen, als Verfassungen bezeichnet werden und sich die mit dem Begriff verbundene Attraktivität gleichsam ausleihen. Diese erscheinen aber nunmehr nur noch als „unechte“ oder „semantische“ Verfassungen, die gegenüber den echten Verfassungen allenfalls eine Minderform darstellen und mit der Bezeichnung eine Qualität beanspruchen, die ihnen an sich nicht zukommt²⁹. Die Verfassung macht demgegenüber aus Untertanen Bürger, was dann zwangsläufig auch ihre Sympathiewerte erhöht.

4. Von der Limitierung zur Programmierung: Der Aufstieg zur normativen Basisschicht des Rechtssystems

Eine vierte Wandlung oder besser Anreicherung des Verfassungsbegriffs resultiert aus der Ausdehnung des staatlichen Aufgabenbereichs und dem Formenwandel hinsichtlich der Aufgabenerledigung, die in dieser Anreicherung zugleich nachvollzogen und rechtlich eingefangen werden. In der Gedankenwelt des politischen Liberalismus, aus der sie, getragen von der bürgerlichen Verfassungsbewegung, hervorgegangen ist, hatte die Verfassung vor allem die Aufgabe, der Gesellschaft Freiräume zur Selbstregulierung zu sichern und diese vor dem Zugriff des Staates abzuschirmen³⁰. Sie sollte in diesem Sinne vor allem Grenzen ziehen, deren Einhaltung dann gegebenenfalls durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit zu sichern war. Mit dem Siegeszug des sozialstaatlichen Paradigmas und der nachfolgenden Übernahme einer staatlichen Globalverantwortung für die Herstellung erwünschter Lagen aller Art ändert sich das. Der Staat wird damit positiv auf bestimmte materiale Zielwerte und die Bewirkung konkreter Erfolge in allen gesellschaftlichen Sachbereichen verpflichtet, die ihrerseits nun nicht mehr allein mit den klassischen Mitteln von Befehl und Zwang angestrebt werden können, sondern eine breite Palette ganz unterschiedlicher Steuerungsmedien – Geld, Handlungsanreize, Information, Kontextveränderung –

²⁸ Vgl. E.-W. Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: *ders.*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 127 (132).

²⁹ Vgl. K. Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl. 2000, S. 131, 153 ff.

³⁰ Das Muster ist klassisch nachgezeichnet bei Grimm (Fn. 18), S. 67 ff., 399 ff.

verlangen. Die meisten Verfassungen reagieren darauf ihrerseits mit einer Erweiterung um dirigierende oder eben programmatische Gehalte, die das Handeln des Staates nicht mehr nur wie vordem beschränken, sondern positiv in eine bestimmte Richtung lenken: als allgemeine Prinzipien, Zielvorgaben, Erfüllung- und Gewährleistungsaufträge. Noch Hans Kelsen erschien dies unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung, die davon bereits weitgehend durchsetzt war, unerträglich. Weil eine Berücksichtigung solcher Zielvorgaben wie Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde „nicht den Charakter einer Rechtsanwendung im technischen Sinne des Wortes“ haben könne, seien sie, so meinte er, in einer Verfassung einerseits entbehrlich: „Verzichtet man auf sie, so ändert sich an der tatsächlichen Rechtslage nichts“. Andererseits erschienen sie ihm auch gefährlich, weil sie eben zu Bestimmungsversuchen einladen können, die mit dem, was man bisher unter Rechtsanwendung verstand, nichts mehr zu tun haben³¹.

Auch darüber ist indessen, wie über so vieles bei Kelsen, die Zeit hinweggegangen. Das Grundgesetz ist – von den Staatszielen bis zu den als Gewährleistungsaufträgen verstandenen Grundrechten – durchsetzt mit programmatischen, das Staatshandeln in eine bestimmte Richtung dirigierenden Prinzipien, und es hat dabei mit der unter der Weimarer Reichsverfassung weit verbreiteten Vorstellung aufgeräumt, dass „programmatisch“ immer gleichbedeutend ist mit „rechtlich unverbindlich“³². Vom Gesetzgeber verlangt dies Verfassungsausgestaltung, von den Gerichten Implementati- on von Verfassungsrecht in private Rechtsverhältnisse und von der Verwaltung eben auch Verfassungsvollzug. In der Folge lässt sich auch das Verhältnis zum einfachen Recht nicht mehr nur im früheren Gedanken des Vorrangs der Verfassung erfassen, sondern weicht einer allgemeineren Vorstellung umfassender Durchdringung. Es geht jetzt nicht mehr nur darum, dass sich das einfache Recht seinerseits in einem gewissen verfassungsrechtlichen Rahmen hält. Vielmehr muss es inhaltlicher Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen sein, ihnen auf allen Stufen seiner Konkretisierung entsprechen³³. Prinzipiell kann deshalb nun jede Rechtsfrage eines jeden Teilbereichs der Rechtsordnung verfassungsrechtlich relevant werden, wie man leicht daran ablesen kann, dass die Verfassungsbeschwerden, die beim Bundesverfassungsgericht eingehen, von ihrem Spektrum her mittlerweile tatsächlich die gesamte Rechtsordnung abdecken, vom Arbeits- und Mietrecht über das Handels- und Gesellschaftsrecht bis hin zum Verwaltungsrecht, das ja schon früher bloß als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ galt³⁴. Das Ergebnis ist eine Wiedergeburt und allmähliche Prägung der gesamten Rechtsordnung aus dem Geist der verfassungsrechtlichen Wertordnung, für die stellvertretend die Art und Weise steht, in der das

³¹ H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1928), 30, (68 ff.).

³² Vgl. dazu B.-O. Bryde, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 17 Rdnr. 2 f., 24 ff., 39 ff.

³³ Hofmann (Fn. 5), JöR n. F. 51 (2003), 12.

³⁴ Überblick bei <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2009/A-IV-4.html>.

Familienrecht nach und nach von den Restbeständen patriarchalischen Denkens entrümpelt und auf das Prinzip der Gleichberechtigung hingeordnet worden ist³⁵ – bis hin in detaillierte Vorgaben etwa für das eheliche Namensrecht und die Zulässigkeit von Doppel- oder Dreifachnamen³⁶. Die Verfassung ist dadurch zur „inhaltlichen Mitte“ oder „normativen Basisschicht“ des Rechtssystems aufgerückt, auf die alle seine Normen – wie entfernt auch immer – rückbezogen sein müssen³⁷.

5. Vom Teil zum Ganzen: Der Aufstieg zur Gesellschafts- und Bürgerverfassung

Zugleich greift die Verfassung – als eine fünfte Station – dadurch aus vom staatlichen in den gesellschaftlichen Bereich: Indem sie den Staat dazu anleitet und dirigiert, sich um die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Belange der Gesellschaft zu kümmern, macht sie nun selber die Gesellschaft und das Gesellschaftliche zu ihrem Gegenstand. Sie ist dadurch nicht mehr wie vordem bloße Teilordnung für den politischen Prozess, sondern wird nach einer schönen Formulierung von Alexander Hollerbach „allbezüglich“: Zu allen Gegenständen des politischen und gesellschaftlichen Lebens hält sie heute Kontakt, bietet Orientierung und Richtungsweisung³⁸. Von der reinen Staats- steigt sie damit zur Gesellschaftsverfassung auf, zur „Grundordnung des gesamten Gemeinwesens“, wie es nun bei Konrad Hesse in deutlicher Abgrenzung gegen die bloße Grundordnung des Staates heißt³⁹. Als solche wird sie dann von der Gesellschaft in einer späteren Phase der Entwicklung und mit innerer Folgerichtigkeit ihrerseits angenommen, man kann sagen: ein Stück weit verinnerlicht. Sie wächst dadurch in die Rolle einer geistigen Klammer als einer inneren Grundlage des Zusammenlebens der Bürger hinein. Das BVerfG hat die Verfassung in diesem Sinne schon früh als „Ausdruck der sozialen und politischen Gedankenwelt“ bezeichnet, „die dem gegenwärtig erreichten kulturellen Zustand des deutschen Volkes“ entspreche und deren sich daraus ergebende Wertsetzungen „von der übergroßen Mehrheit des deutschen Volkes aus voller Überzeugung bejaht“ würden; hieraus, so schloss es, erwachse der grundgesetzlichen Ordnung „die innere Verbindlichkeit, die das Wesen der Legitimität ausmacht“⁴⁰.

³⁵ Die früheren Diskussionen nunmehr nachgezeichnet bei C. Franzius, Bonner Grundgesetz und Familienrecht, 2005, die gerade die ersten Jahre der Bundesrepublik abdeckt.

³⁶ Vgl. zuletzt BVerfGE 109, 256; 123, 90 ff.; zum „Zick-Zack-Kurs“ in diesem Zusammenhang U. Sacksofsky, FPR 2010, 15 ff.

³⁷ Die Formulierungen bei R. Alexy, Rechtssystem und praktische Vernunft, jetzt in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, S. 213; T. Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 177.

³⁸ A. Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in: W. Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1968, S. 37 (51); ähnlich Schuppert/Bumke (Fn. 8), S. 58: „Allmaßstäbliche Grundordnung“.

³⁹ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 17 f.; die Gegenvorstellung klassisch entfaltet bei W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.

⁴⁰ BVerfGE 5, 85 (379).

Heute befinden wir uns in einer Situation, da alle anderen inneren Verbindlichkeiten dieser Art brüchig geworden oder ganz weggefallen sind: Das Vaterland, die Religion, ein ethnisch oder kulturell definiertes Zusammengehörigkeitsgefühl – nichts davon kann heute noch die gesamte Gesellschaft in sich einschließen, wenn von ihnen überhaupt noch etwas geblieben ist. Geblieben ist nur die Verfassung, die nun zum Inbegriff dessen wird, was die Gesellschaft noch eint und innerlich zusammenhält. Natürlich gilt dies nicht für die ganze Verfassung, wie ja auch wir, wenn wir hier etwa vom Aufstieg oder Eigenwert der Verfassung reden, nie die ganze Verfassung meinen, sondern immer nur die besonders herausgehobenen Bestandteile, die ihren Vorrang vor dem übrigen Recht von ihrem Inhalt her überhaupt erst rechtfertigen. Es gilt deshalb nicht für die Notariatsänderung nach Art. 138 GG oder die neuen Übergangsregelungen für den Wegfall der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, sondern immer nur für den schmalen Kern von Grundprinzipien, auf die sich die Juristen gemeinsam mit den Bürgern beziehen können. Für das amerikanische Verfassungsrecht hat kürzlich Mark Tushnet instruktiv zwischen einer „thin“ und einer „thick constitution“ unterschieden: Die „thin constitution“ steht darin für die Juristen und Bürgern gemeinsame Kernverfassung, die sich aus dem Prinzipien von Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie zusammensetzt, während die „thick constitution“ für die darum herum liegende Juristenverfassung steht, die mit Detailregelungen befrachtet ist, in dogmatischen Figuren kleingearbeitet ist und in rechtsförmigen Verfahren gehandhabt wird⁴¹. Aber in diesem schmalen Kern erkennt die Gesellschaft nun ihrerseits in der Verfassung ihre Identitätsgrundlage; sie bildet nun den Gesellschaftsvertrag, an dessen Zustandekommen real niemand beteiligt war, aber den nun alle als Basis ihres Zusammenlebens anerkennen. Die Verfassung wird dadurch zuletzt zur „Bürgerverfassung“⁴², die nun sogar ihren eigenen Patriotismus erzeugt: einen Patriotismus der Verfassung statt eines Patriotismus der Deutschen, der Schweizer oder der Österreicher⁴³. Als Beispiel mag man die hierzu in periodischen Abständen immer wieder ausbrechenden Debatten über Leitkultur, über Werterosionen und neue Wertorientierungen, über die Notwendigkeit eines neuen Patriotismus etc. nehmen, die, sobald man sie auf ihre inhaltlichen Bestandteile befragt, am Ende doch allesamt nur wieder auf die Verfassung zurückführen⁴⁴.

⁴¹ M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, 1999, S. 9 ff.

⁴² Der Begriff etwa – in Aufnahme der Arbeiten von Tushnet – bei *Bryde* (Fn. 32), Rdnr. 63 ff.

⁴³ Das Konzept des Verfassungspatriotismus bei *D. Sternberger*, *Verfassungspatriotismus*, 1982; aufgegriffen und fortentwickelt etwa bei *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 2. Aufl. 2001, S. 632 ff.; polemische Kritik daran von konservativer Seite bei *J. Isensee*, *Die Verfassung als Vaterland*, in: A. Mohler (Hrsg.), *Wirklichkeit als Tabu*, 1986, S. 11 ff.; Kritik von links nunmehr bei *A. Krölls*, *Das Grundgesetz – ein Grund zum Feiern*, 2009, ausdrücklich als „Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus“ konzipiert. Rezeption des Konzepts in den USA etwa bei *F. I. Michelman*, *Morality, Identity and „Constitutional Patriotism“*, 14 *Ratio Juris* (2001), S. 253 ff.; *J.-W. Müller*, *Constitutional Patriotism*, Princeton 2007.

⁴⁴ Vgl. etwa die Beiträge in *N. Lammert* (Hrsg.), *Verfassung, Patriotismus, Leitkultur – was unsere Gesellschaft zusammenhält*, 2006.