

Ulrich Batts, Christoph Gusy
Einführung in das Staatsrecht
De Gruyter Studium

Ulrich Battis, Christoph Gusy

Einführung in das Staatsrecht

6., völlig neu bearbeitete Auflage

DE GRUYTER

Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Battis*, Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. *Christoph Gusy*, Universität Bielefeld

ISBN 978-3-11-045418-5
e-ISBN (PDF) 978-3-11-045422-2
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-045449-9

Library of Congress Control Number: 2018935035

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Umschlaggestaltung: BrianAJackson/iStock/Getty Images
Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typesatz, 86720 Nördlingen
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck
☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Die vorliegende Einführung in das Staatsrecht ist als Studienbuch für Leser konzipiert, die noch keine Vorkenntnisse im Öffentlichen Recht aufweisen. Sie behandelt staatsrechtliche Grundbegriffe. Aufbauend auf einleitenden Darlegungen zur Einordnung des Grundgesetzes in das geltende Recht werden Gehalt und Funktion der Verfassung für Rechtsordnung und Gemeinwesen sowie die daraus resultierenden Probleme der Verfassungsinterpretation erörtert. Sodann werden fallorientiert die Staatsform und Staatsorganisation bestimmenden verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen für die Republik, die Demokratie, den Bundesstaat, den Sozialstaat und den Rechtsstaat vorgestellt. Daran schließt sich die Darstellung der einzelnen Grundrechte mit dem Schwerpunkt der allgemeinen Grundrechtslehren an. Eine knappe Anleitung zur Falllösung mit Beispiel soll die praktische Verwendbarkeit der vermittelten Informationen in Hausarbeit und Klausur vermitteln.

Zu manchen Fragen wird der vorliegende Band mehr Fragen aufwerfen als beantworten. Mögen die Ergebnisse mancherorts wenig konkret sein, so ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Verfassungsrecht die Diskussion vielfach im Fluss ist. Der Bestand an gesicherten Erkenntnissen ist deshalb mancherorts nicht allzu groß. Insoweit teilt die Darstellung das Schicksal des heutigen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes: Wo Gewissheit nicht selten fehlt, ist die Kenntnis der maßgeblichen Fragestellungen und Diskussionsrichtungen unentbehrlich. Das Bemühen um die Vermittlung vermeintlich feststehender Tatsachen und Erkenntnisse muss unter diesen Bedingungen allzu oft Illusion bleiben. Zudem ist die Flut von Stellungnahmen aus Rechtswissenschaft und Literatur zu einigen staatsrechtlichen Problemen nochmals angeschwollen und inzwischen nahezu unüberschaubar. Hier gilt es, Grundlagen festzuhalten und Orientierung zu vermitteln, zentrale Lösungsansätze vorzustellen und zu diskutieren. Vollständigkeit wird dabei weder angestrebt noch erreicht.

Die Darstellung ist auf dem Stand von Ende September 2017. Zu diesem Zeitpunkt wurden die Internetquellen eingesehen.

Wir danken Frau RA Dr. C. Durinke (Berlin) für die selbstständige Bearbeitung des Anhangs. Herr Dr. Worms (Bielefeld) hat einen Entwurf zu § 7 beige-steuert; Dr. Christoph Ebeling und Dr. Laura Schulte haben Anregungen für die Überarbeitung gegeben, Frau N. Nortz und Herr C. Wittrahm (alle Bielefeld) die Aktualisierung der §§ 7–13 engagiert und kompetent unterstützt.

Inhaltsübersicht

Vorwort — **V**

Inhaltsverzeichnis — **IX**

Abkürzungsverzeichnis — **XVII**

Literaturverzeichnis — **XXIII**

§ 1 Einführung — **1**

1. Teil.

Staatsform und Staatsorganisation — 37

§ 2 Republik — **37**

§ 3 Demokratie — **44**

§ 4 Bundesstaat — **131**

§ 5 Sozialstaat — **186**

§ 6 Rechtsstaat — **195**

§ 7 Gewaltenteilung — **218**

2. Teil.

Die Grundrechte — 287

§ 8 Zentralfragen der Grundrechtsdogmatik – Die Menschenwürde — **290**

§ 9 Der Freiheitsschutz der Grundrechte — **297**

§ 10 Die Bindungswirkung der Grundrechte — **324**

§ 11 Der Schutz der Grundrechte — **346**

§ 12 Schutzbereich und Schranken der Freiheitsrechte — **367**

§ 13 Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes — **446**

Anhang

Hinweise zur Bearbeitung staatsrechtlicher Fälle — **469**

Sachregister — **495**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort — **V**

Inhaltsübersicht — **VII**

Abkürzungsverzeichnis — **XVII**

Literaturverzeichnis — **XXIII**

§ 1 Einführung — 1

- I. Das Staatsrecht in der Rechtsordnung — **1**
- II. Das Grundgesetz — **4**
 - 1. Entstehung des Grundgesetzes — **4**
 - 2. Deutsche Teilung und Wiedervereinigung — **7**
 - 3. Wandlungen des Grundgesetzes — **10**
- III. Gehalt und Funktionen der Verfassung — **16**
 - 1. Probleme der Verfassungsinterpretation — **17**
 - 2. Auslegungsregeln — **19**
 - 3. Verfassungstheorie — **22**
 - 4. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft — **26**
 - 5. Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen — **32**

1. Teil

Staatsform und Staatsorganisation — 37

§ 2 Republik — 37

- I. Die Entscheidung des Grundgesetzes — **37**
- II. Der Bundespräsident — **38**

§ 3 Demokratie — 44

- I. Demokratietheorie — **44**
- II. Elemente des grundgesetzlichen Demokratiebegriffs — **50**
 - 1. Bundesebene — **50**
 - 2. Selbstverwaltung, Selbstorganisation, Partizipation — **57**
- III. Ausgestaltung des grundgesetzlichen Demokratiegebotes — **65**
 - 1. Wahlen und Abstimmungen — **65**
 - a) Mehrheitsprinzip – Minderheitenschutz — **65**

- b) Abstimmungen — **66**
 - c) Wahlgrundsätze — **69**
- 2. Parteien — **80**
 - a) Funktion und Begriff — **80**
 - b) Innere und äußere Parteifreiheit — **82**
 - c) Chancengleichheit — **84**
 - d) Parteienfinanzierung — **87**
 - e) Parteiverbot — **93**
- 3. Rechtsstellung der Abgeordneten — **100**
 - a) Grundlagen — **100**
 - b) Freies Mandat — **108**
 - c) Inkompatibilität — **115**
- 4. Bundestag und Bundesregierung — **117**
 - a) Funktionen des Parlaments — **117**
 - b) Funktionen, Bildung und Organisation der Bundesregierung — **125**
 - c) Beendigung der Amtsdauer der Bundesregierung und Auflösung des Bundestages — **127**

§ 4 Bundesstaat — 131

- I. Problemaufriss — **131**
- II. Föderalismus auf europäischer und staatlicher Ebene — **134**
 - 1. Föderalismus auf europäischer Ebene — **134**
 - 2. Der Bund und die Länder — **140**
 - 3. Kommunale Selbstverwaltung — **145**
- III. Kompetenzverteilung im Bundesstaat — **147**
 - 1. Verteilungsgrundsätze — **147**
 - 2. Gesetzgebungszuständigkeiten — **148**
 - 3. Verwaltungskompetenzen — **156**
 - 4. Gerichtsorganisation — **161**
- IV. Bundesrat — **163**
 - 1. Verfassungsrechtliche Stellung des Bundesrates — **163**
 - 2. Zusammensetzung des Bundesrates — **167**
 - 3. Aufgaben des Bundesrates — **168**
- V. Finanz- und Haushaltsverfassung — **172**

§ 5 Sozialstaat — 186**§ 6 Rechtsstaat — 195**

- I. Genese und Elemente des Rechtsstaates — **195**
- II. Verfassungsbindung — **202**
 - 1. Vorrang der Verfassung — **202**
 - 2. Verfassungsänderung, Verfassungswandel — **203**
 - 3. Bindung an „Gesetz und Recht“ — **208**
 - 4. Normenhierarchie — **214**

§ 7 Gewaltenteilung — 218

- I. Einführung — **218**
- II. Durchführung der Gewaltenteilung im Grundgesetz — **221**
 - 1. Trennung und Verschränkung der Gewalten — **221**
 - 2. Personelle Gewaltenteilung — **226**
 - 3. Gewaltenteilung im Parteienstaat — **228**
- III. Gesetzgebung — **229**
 - 1. Vorbehalt des Gesetzes — **231**
 - a) Der Umfang des Vorbehaltes — **231**
 - b) Sicherung des Gesetzesvorbehaltes: Grenzen der Rechtssetzungsdelegation und Bestimmtheitsgebote — **238**
 - aa) Begrenzung der Delegation von Rechtssetzungskompetenzen — **239**
 - bb) Bestimmtheitsgebot — **243**
 - 2. Das Gesetzgebungsverfahren des Bundes — **244**
 - a) Einbringungsverfahren — **245**
 - b) Beschlussverfahren — **246**
 - aa) Das Beschlussverfahren im Bundestag — **246**
 - bb) Das Beschlussverfahren im Bundesrat — **247**
 - c) Das Ausfertigungsverfahren — **255**
 - d) Das Verkündungsverfahren — **257**
 - 3. Übergangsbestimmungen: Alte Gesetze und neues Verfassungsrecht — **261**
- IV. Regierung und Verwaltung — **262**
 - 1. Grundfragen — **262**
 - 2. Bundesregierung — **264**
 - 3. Öffentlicher Dienst — **267**

- 4. Umfang der Staatsaufgaben — **269**
 - a) Arten der Staatsaufgaben — **270**
 - b) Privatisierung von Staatsaufgaben — **271**
- V. Rechtsprechung — **272**
 - 1. Rechtsprechende Gewalt — **272**
 - 2. Bundesverfassungsgericht — **276**
 - a) Stellung des Bundesverfassungsgerichts — **276**
 - b) Organstreit — **278**
 - c) Normenkontrolle — **281**
 - d) Verfassungsbeschwerde — **283**

2. Teil

Die Grundrechte — 287

§ 8 Zentralfragen der Grundrechtsdogmatik – Die Menschenwürde — 290

§ 9 Der Freiheitsschutz der Grundrechte — 297

- I. Freiheitsrechte als Eingriffsabwehr – Unverletzlichkeit der Wohnung — **297**
- II. Neuere Grundrechtsdimensionen: Freiheit als Voraussetzung, Auftrag und Ziel der Grundrechte — **304**
 - 1. Defizite des Freiheitsschutzes als Eingriffsabwehr – Grundrechtsschutz des Lebens — **304**
 - 2. Historische und rechtliche Grundlagen des Konzepts der Abwehrrechte — **307**
 - 3. Begründungsansätze: Grundrechte als Werte und Prinzipien — **310**
 - a) Grundrechtliche Schutzpflichten und Pflichten-kollisionen — **312**
 - b) Grundrechtliche Ausgestaltungs-, Verfahrens- und Teilhaberegeln — **317**
- III. Zusammenfassung: Grundrechtliche Freiheitsansprüche — **321**

§ 10 Die Bindungswirkung der Grundrechte — 324

- I. Grundrechtsträger – Schutz der deutschen Staatsangehörigkeit — **324**
 - 1. Natürliche Personen — **324**
 - 2. Juristische Personen — **328**

- II. Grundrechtsadressaten — **333**
 - 1. Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand — **333**
 - 2. Grundrechtsbindung Privater – Religionsfreiheit – Rechtsstellung der Religionsgemeinschaften — **336**

§ 11 Der Schutz der Grundrechte — 346

- I. Grundrechtsschutz durch Rechtsschutz – Rechtsschutzgarantie — **346**
- II. Justizgrundrechte — **351**
 - 1. Anspruch auf den gesetzlichen Richter — **351**
 - 2. Rechtliches Gehör — **354**
 - 3. Grundrechtsgarantien im Strafrecht und Strafprozessrecht — **358**
- III. Sonstige Garantien — **364**

§ 12 Schutzbereich und Schranken der Freiheitsrechte — 367

- I. Schutzbereich der Freiheitsrechte — **367**
 - 1. Konkretisierung des Tatbestands – Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit — **368**
 - 2. Der Grundrechtseingriff – Versammlungsfreiheit — **376**
- II. Grundrechtsschranken — **387**
 - 1. Überblick — **387**
 - 2. Der allgemeine Schrankenvorbehalt – Freizügigkeit, Allgemeine Handlungsfreiheit — **389**
 - 3. Der limitierte Schrankenvorbehalt – Meinungsfreiheit — **396**
 - 4. Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne Schrankenvorbehalt – Kunstfreiheit — **406**
- III. Grenzen der Einschränkung von Grundrechten — **413**
 - 1. Die formellen Anforderungen an freiheitseinschränkende Gesetze — **413**
 - 2. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG — **415**
 - 3. Das Übermaßverbot – Grundrechtsschutz der Privatsphäre — **420**
 - 4. Verhältnismäßigkeit und „Drei-Stufen-Theorie“ – Berufsfreiheit — **431**
 - 5. Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsschranken – Eigentum, Vertrauensschutz — **438**

§ 13 Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes — 446

- I. Das Gleichheitskonzept des Grundgesetzes — **447**
- II. Die Verwirklichung dieses Gleichheitskonzepts in den besonderen Gleichheitssätzen — **450**
- III. Die Verwirklichung dieses Gleichheitskonzepts im allgemeinen Gleichheitssatz — **458**
- IV. Folgeprobleme — **463**

Anhang

Hinweise zur Bearbeitung staatsrechtlicher Fälle — 469

- A. Einführung und Gang der Darstellung — **469**
 - B. Allgemeine Hinweise für die Falllösung — **469**
 - I. Wie gehe ich an einen Fall heran? — **470**
 - II. Zusammenfassung — **472**
 - C. Das juristische Handwerkszeug — **472**
 - I. Auslegung von Verfassungsnormen — **472**
 - II. Der Gutachtenstil — **476**
 - D. Beispielsfall — **479**
 - I. Sachverhalt — **479**
 - II. Lösungsvorschlag — **481**
-
- A. Prüfungsrecht des Bundespräsidenten — **481**
 - I. Formelles Prüfungsrecht — **482**
 - II. Materielles Prüfungsrecht — **482**
 - 1. Wortlaut des Art 82 I 1 GG — **482**
 - 2. Amtseid, Art. 56 GG — **482**
 - 3. Präsidentenanklage, Art. 61 GG — **483**
 - 4. Staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten — **483**
 - a) Gegen ein materielles Prüfungsrecht sprechen mehrere Umstände — **483**
 - b) Für ein materielles Prüfungsrecht sprechen auf der anderen Seite die folgenden Aspekte — **483**
 - III. Zwischenergebnis — **484**
 - B. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes — **484**
 - I. Formelle Verfassungsmäßigkeit — **485**
 - 1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes — **485**

- 2. Ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren — **485**
 - a) Zustimmungsgesetz — **486**
 - aa) Maßstabsnormen — **486**
 - bb) Zustimmungsbedürftigkeit wegen Behördeneinrichtung – Art. 85 I 1 GG — **486**
 - cc) Zustimmungsbedürftigkeit wegen der Regelung des Verwaltungsverfahrens – Art. 85 I 1 GG — **487**
 - dd) Zustimmungsbedürftigkeit wegen neuer Aufgabenübertragung – Art. 87d II GG — **489**
 - ee) Zustimmungsbedürftigkeit wegen Rückübertragung von Aufgaben – Art. 87d II GG — **489**
 - ff) Zwischenergebnis — **490**
 - b) Einspruchsgesetz — **490**
- 3. Ergebnis — **491**
- II. Materielle Verfassungsmäßigkeit — **491**
 - 1. Verstoß gegen Art. 12 I GG — **491**
 - a) Schutzbereich — **491**
 - b) Eingriff — **492**
 - c) Rechtfertigung — **492**
 - d) Zwischenergebnis — **493**
 - 2. Verstoß gegen Art. 2 I GG — **493**
 - 3. Ergebnis — **493**
- C. Gesamtergebnis — **494**

Sachregister — **495**

Abkürzungsverzeichnis

Aufl.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
AbgG	Abgeordnetengesetz
abw.	abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (1954: Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AuslG	Ausländergesetz
BAG(E)	Bundesarbeitsgericht (Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts – amtliche Sammlung)
Banz	Bundesanzeiger
bay.	bayerisch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse des Bayerischen Staatlichen Polizei
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
BBG	Bundesbeamtengesetz
bbg	brandenburgisch
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH(Z)	Bundesgerichtshof (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen – amtliche Sammlung)
BlmschG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BK	Bonner Kommentar
BMI	Bundesministerium des Innern
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesrat Drucksache
brem.	bremisch
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – amtliche Sammlung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG(E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts – amtliche Sammlung)
BVG	Bundesverfassungsgesetz (Österreich)
bw.	baden-württembergisch
BWahlG	Bundeswahlgesetz
BWVBl	Baden-Württembergische Verwaltungsblätter
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DSt	Der Staat (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung des Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommenssteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof des Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Einigungsvertrag
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem.	gemäß
GewA	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGOBMin	Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundesministerien
GO	Geschäftsordnung
GOBR	Geschäftsordnung des Bundesrates
GOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages

GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
Halbs.	Halbsatz
hamb.	hamburgisch
HandwerksO	Handwerksordnung
HChE	Herren-Chiemsee-Entwurf
hess.	hessisch
Hg., (Hrsg.)	Herausgeber, herausgegeben
HGRe	Handbuch der Grundrechte
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Hochschulrahmengesetz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HVfR	Handbuch des Verfassungsrechts
IngG	Ingenieurgesetz
InsO	Insolvenzordnung
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JBl	Justizblatt
Jh.	Jahrhundert
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KostO	Kostenordnung
KreisO	Kreisordnung
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KUG	Kunsturheberrechtsgesetz
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
M-D	Maunz/Dürig, Grundgesetz
MdB	Mitglied des Bundestages

XX — Abkürzungsverzeichnis

m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
NATO	North Atlantic Treaty Organization
nds.	niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
NPL	Neue Politische Literatur
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
nw.	nordrhein-westfälisch
NWVB	Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.	oben
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
rh.-pf.	rheinland-pfälzisch
RiA	Recht im Amt (Zeitschrift)
S.	Seite
s.a.	siehe auch
StGB	Strafgesetzbuch
StR	Staatsrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VvB	Verfassung von Berlin
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik

ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Literaturverzeichnis

Die folgenden grundlegenden Werke sind im Text abgekürzt zitiert:

a) Lehrbücher

Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015.
Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7. A., 2015.
Degenhart, Staatsrecht I, 33. Aufl., 2017.
Epping, Grundrechte, 3. A., 2007.
Gröpl, Staatsrecht I, 9 A., 2017.
Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999.
Hufen, Staatsrecht II, 6. A., 2017.
Ipsen, Staatsrecht I, 29. Aufl., 2017; II, 18. Aufl., 2015.
Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017.
Koriath, Staatsrecht I, 3. A., 2016.
Kloepfer, Verfassungsrecht I, 2011; II, 2010.
Manssen, Staatsrecht II – Grundrechte, 14. A., 2017.
Maurer, Staatsrecht I, 7. Aufl., 2018.
Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl., 2016; Grundrechte, 6. Aufl., 2017.
von Münch/Mager, Staatsrecht I, 8. Aufl., 2015.
Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 1, 2, 2. A., 2015.
Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. A., 2016.
Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015.
Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl., 2010.
Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984; II, 1980; III 1/2, 1988, 1994; IV/1, 2006; IV/2, 2011.
Zippelius/Würtenberger/Maunz, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., 2018.

b) Kommentare

Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I–VII, Loseblatt, seit 1952.
Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl., 2013; Bd. II, 3. Aufl., 2015; Bd. III, 2017 (angekündigt).
Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Stand: 52. Erg.-Lfg, 2016.
Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, München, 14. Aufl., 2016.
von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. I–III, 7. Aufl., 2018.
Maunz/Dürig, Grundgesetz, 5. Aufl., Loseblatt, Stand: 79. Erg.-Lfg, Dez. 2016.
von Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. I/II, 6. Aufl., 2012.
Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014.

c) Handbücher

Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1995 (HVfR)

Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd. I–X, 3., 2003 ff.
Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (HGR), Bd. I–VII/2, 2004 ff.

d) Fallbücher

Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht II, 7. Aufl., 2015.
Geis, Examens-Repetitorium Staatsrecht, 2. Aufl., 2014.
Heimann/Kirchhof/Waldhoff, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 2. A., 2010
Höfling, Fälle zum Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl., 2014.
Volkman, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. A., 2011.

§ 1 Einführung

I. Das Staatsrecht in der Rechtsordnung

Das Staatsrecht regelt Staatsfunktionen und Staatsorganisation und damit die 1
Rechte und Pflichten die Mandate oder Ämter innehaben, Bürgerinnen und
Bürger sowie die Rechte, insbesondere Wahl- und Grundrechte, der regierten
Bürgerinnen und Bürger. Das Staatsrecht der Bundesrepublik ist überwiegend
in unserer Verfassung, dem Grundgesetz, geregelt.

Die staatsrechtlichen Vorschriften regeln Rechtsfragen, die zumindest eines
der drei Elemente betreffen, die für die Existenz eines Staates entscheidend
sind. Nach der völkerrechtlichen 3-Elemente-Lehre, die von G. Jellinek (1851–
1911) entwickelt wurde und bis heute maßgeblich ist¹, wird ein *Staat* bestimmt
durch *Staatsvolk*, *Staatsgebiet* und *Staatsgewalt*.

Dementsprechend gehören zum Staatsrecht außer den Regelungen des
Grundgesetzes auch andere das Staatsvolk, das Staatsgebiet und insbesondere
die Organisation oberster Staatsorgane betreffende Vorschriften, z.B. das seit
1913 die deutsche Staatsangehörigkeit regelnde Staatsangehörigkeitsgesetz²
(Staatsvolk), ein Gesetz zur Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 II GG
(Staatsgebiet) oder aus dem Bereich der Staatsgewalt das Gesetz über die Rechts-
verhältnisse der Mitglieder des deutschen Bundestages (Abgeordnetengesetz).
Derartige unterverfassungsrechtliche staatsrechtliche Regelungen brauchen
kein förmliches Gesetz zu sein, wie z.B. die Geschäftsordnung des Bundestages.

Beide Bereiche des Staatsrechts, die in der Verfassung enthaltenen und die
unterverfassungsrechtlichen Regelungen, werden auch als **materielles Verfas-
sungsrecht** bezeichnet. Damit werden wir uns im Folgenden beschäftigen.

Als **formelles Verfassungsrecht** bezeichnet man alle in der Verfassungs-
urkunde enthaltenen Vorschriften, einschließlich der Vorschriften, die wie z.B.
Art. 34 GG (Haftung für Amtspflichtverletzungen) inhaltlich zum Verwaltungs-
recht, oder wie Art. 102 GG (Verbot der Todesstrafe) inhaltlich zum Strafrecht
zählen.

Die Verfassung ist ein Gesetz, dessen Regeln denen anderer Gesetze vorge- 2
hen (Art. 20 III GG – Vorrang der Verfassung). Die Verfassung wird in einem
besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen und geändert (Art. 146, 79 GG).
Jedes Gesetz, das dem Grundgesetz widerspricht, ist verfassungswidrig; ebenso
jede sonstige staatliche Maßnahme.

¹ BVerfGE 123, 267, 381.

² Zuletzt geändert durch das Gesetz v. 11.10.2016, BGBl. I, 2218.

Aus dem **Vorrang der Verfassung** und der Bedeutung der Regelungsgegenstände – Organisation der obersten Staatsorgane (Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident, Bundesregierung) sowie der Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte der Bürger – folgt aber nicht nur negativ, dass „einfache Gesetze“ dem Grundgesetz nicht widersprechen dürfen, sondern auch positiv, dass die einfachen Gesetze die Verfassung zu verwirklichen haben. So wird z.B. Art. 6 IV GG, demzufolge jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat, durch arbeitsrechtliche Regelungen wie das Mutterschutzgesetz konkretisiert. Art. 14 I 1 GG gewährleistet das Eigentum als Grundrecht. Art. 14 I 2 GG ermächtigt den einfachen Gesetzgeber Inhalt und Schranken dieses Grundrechts durch Gesetz zu bestimmen, orientiert an der in Art. 14 II GG normierten Sozialpflichtigkeit des Eigentums.

- 3 Das Staatsrecht ist Teil des **Öffentlichen Rechts**. Als Öffentliches Recht bezeichnet man die Rechtsnormen, die Inhaber staatlicher Gewalt berechtigen und verpflichten (Subjektstheorie) und/oder typischerweise durch Über- und Unterordnung gekennzeichnete Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat regeln (Subordinationstheorie).

Das Landesverfassungsrecht regelt vor allem das Staatsorganisationsrecht der Länder, z.B. Wahl und Rechtstellung des Ministerpräsidenten und das Verhältnis von Landtag, Landesregierung und Landesverwaltung sowie zu den Kommunen. Die jeweiligen Landesgrundrechte stehen, abgesehen von den zum Teil ausführlich geregelten sozialen Grundrechten³, im Schatten der Grundrechte des Grundgesetzes und deren Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht.

Die im Einzelnen schwierige und von verschiedenen Theorien versuchte Abgrenzung des Öffentlichen Rechts vom Privatrecht ist vor allem bedeutsam für die Zuweisung des Rechtsweges. Die genauere Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Zivilrecht ist dort zu erörtern, wo dies praktisch bedeutungsvoll sein kann, nämlich bei der Behandlung bestimmter Formen des Verwaltungshandelns im Allgemeinen Verwaltungsrecht.

Innerhalb des Öffentlichen Rechts besteht die engste Beziehung zwischen **Staatsrecht** und **Verwaltungsrecht**. Gesetzgebung und Regierung bestimmen, was die Verwaltung zu tun hat. Man kann das Verhältnis beider Rechtsgebiete ebenso wie das von Parlament und Regierung zur Verwaltung mit „oben“ und „unten“ beschreiben. Auch kann man wie im Verhältnis von Regierung und Parlament zur Verwaltung sagen, dass das Staatsrecht verbindliche Ziele und Rahmen festlegt, die dann vom Verwaltungsrecht ausgeführt werden. Mit dem

3 Dazu Shirvani in: Merten/Papier, HdGR VIII, 2016, § 242.

Satz „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht“ hat ein früherer Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Fritz Werner, die enge Verbindung von Staatsrecht und Verwaltungsrecht beschrieben.

Zum Öffentlichen Recht gehört auch das vom Staatsrecht zu unterscheiden- 4
de **Völkerrecht**, das rechtliche Regeln zwischen den Staaten trifft. Treffender sind die Begriffe *public international law* bzw. *droit international public*. Nach traditionellem Verständnis berechtigt und verpflichtet das Völkerrecht primär die Staaten, z.B. als Kriegsvölkerrecht oder als Völkervertragsrecht, das die Rechte und Pflichten in internationalen Organisationen wie den Vereinten Nationen bestimmt. Zunehmend gewinnt jedoch der einzelne Mensch völkerrechtliche Berechtigungen, z.B. durch die multilaterale völkerrechtliche Verträge mit weltweiter Geltung wie die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 oder die regional geltende Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), deren Einhaltung durch Individualbeschwerde gerichtlich bei dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg gegenüber den Mitgliedsstaaten des Europarates durchgesetzt werden kann. Das sich in jüngster Zeit rasch entwickelnde Völkerstrafrecht begründet die Strafbarkeit von Menschen wegen Völkerrechtsverbrechen, z.B. Völkermord. Dazu dient z.B. der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag. Gemäß Art. 25 S. 1 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts.

Zum Öffentlichen Recht gehört neben dem nationalen Strafrecht auch das 5
Europarecht.⁴ Damit ist im weiteren Sinne das Recht aller europäischen Organisationen gemeint, also auch dasjenige des Europarats. Europarecht im engeren Sinne ist das supranationale **Unionsrecht** der EU, und zwar das im Vertrag über die EU (EV) und in der konsolidierten Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) geregelte **Primärrecht** sowie das insbesondere in Verordnungen und Richtlinien der EU geregelte **Sekundärrecht**. Anders als Völkervertragsrecht beansprucht das Unionsrecht den vom EuGH in Luxemburg durchgesetzten **Anwendungsvorrang** vor dem Recht der Mitgliedsstaaten, einschließlich deren Verfassungsrechts. Art. 23 I 1 GG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der EU mitzuwirken. Unter bestimmten Voraussetzungen hat das Unionsrecht auch unmittelbare Rechtswirkungen für und gegen Unionsbürger, z.B. bei der Staatshaftung nach Unionsrecht, die im Verwaltungsrecht zu behandeln ist.

4 Für einen erweiterten Begriff des Europarechts v. *Bogdandy* JZ 2017, 589.

II. Das Grundgesetz

Ein Blick in das Inhaltsverzeichnis des Grundgesetzes dient der ersten Orientierung.

- 6 Auf die anlässlich der Wiedervereinigung Deutschlands durch Art. 4 Nr. 1 EV geänderte Präambel, die Beweggründe und Zielsetzungen der Verfassungsgebung durch das Staatsvolk beschreibt, folgen zunächst und in der Reihenfolge durchaus programmatisch die Grundrechte, die die Staatsgewalt binden (Art. 1–19).

Der II. Abschnitt „Der Bund und die Länder“ trifft nicht nur Grundentscheidungen für die bundesstaatliche Ordnung, sondern z.B. auch über die europa- und völkerrechtliche Einbindung (EU, NATO), die natürlichen Lebensgrundlagen, die Parteien, die Hauptstadt, den öffentlichen Dienst.

Die Abschnitte III bis VI treffen institutionelle Regelungen zu obersten Staatsorganen, namentlich Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident und Bundesregierung.

Die funktionelle Regelung der Staatsorganisation enthalten die Abschnitte VII bis X, nämlich die Gesetzgebung des Bundes, die Ausführung der Bundesgesetze durch Landes- oder Bundesverwaltung, Gemeinschaftsaufgaben und Verwaltungszusammenarbeit, die Rechtsprechung und das Finanzwesen.

Der XI. Abschnitt enthält vorwiegend Übergangs- und Schlussvorschriften.

Durch die Abschnitte IVa und Xa wurde 1968 die Notstandsverfassung eingefügt.

1. Entstehung des Grundgesetzes

- 7 Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes, dokumentiert in der bedingungslosen Kapitulation der Wehrmacht vom 8.5.1945, wurde in dem in vier Zonen geteilten Deutschland die Regierungsgewalt von den Besatzungsmächten ausgeübt, soweit nicht die Gebiete östlich der Oder-Neiße-Linie Polen und der Sowjetunion eingegliedert wurden. Das Potsdamer Abkommen vom 2.8.1945 legte als wichtigste gemeinsame Ziele der vier Besatzungsmächte die Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus, seine Demokratisierung und die völlige Entmilitarisierung Deutschlands fest.

Die dem Potsdamer Abkommen zugrundeliegende Absicht, Deutschland als wirtschaftliche und politische Einheit zu behandeln, zerbrach an dem mit der Niederlage des gemeinsamen Gegners aufbrechenden Ost-West-Gegensatz. Deutschland wurde durch den eisernen Vorhang zerschnitten und in Europa

zum Hauptfeld des **Kalten Krieges**, dessen Verlauf die Eingliederung der westlichen wie der östlichen Besatzungszone(n) in die jeweiligen Bündnissysteme förderte. Stationen dieser Entwicklung waren u.a. die Schaffung der Bi-Zone, die Einbeziehung der West-Zonen in den Marshallplan, der Aufbau der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, die Währungsreform einerseits, der Prager Umsturz, die Spaltung des alliierten Kontrollrats, die Berlin-Blockade andererseits. Der Aufbau eines westdeutschen Staates wurde zum Mittel der Politik der Eindämmung des Kommunismus. Er vollzog sich aus kommunalen und regionalen Verwaltungen über die neu- oder wiedergegründeten Länder, z.B. Nordrhein-Westfalen oder Bayern.

Auf der Londoner Vier-Mächte-Konferenz Ende 1947 scheiterte die gesamt- 8
deutsche Konzeption endgültig. Daraufhin schlugen die drei Westmächte zusammen mit den Benelux-Staaten den Ministerpräsidenten der bereits von den Alliierten gebildeten westdeutschen Länder in den **Frankfurter Dokumenten** die Bildung einer verfassungsgebenden Nationalversammlung für den westdeutschen Teil Deutschlands vor. Aus Sorge vor der weiteren Spaltung Deutschlands befürworteten die Ministerpräsidenten nur eine provisorische Lösung, die in der Bezeichnung und im Verabschiedungsverfahren des Grundgesetzes (statt Verfassung) zum Ausdruck kommen sollte. Der von der Ministerpräsidentenkonferenz bestellte Sachverständigenausschuss tagte im August 1948 in Herrenchiemsee und erarbeitete einen Verfassungsentwurf. Dabei hatten die Sachverständigen die Anordnung des 1. Frankfurter Dokuments zu beachten, „eine demokratische Verfassung“ zu erarbeiten, „die für die beteiligten Länder eine Regierungsform des föderalistischen Typs schafft, die am besten geeignet ist, die gegenwärtig zerrissene deutsche Einheit schließlich wiederherzustellen und die Rechte der beteiligten Länder schützt, eine angemessene Zentralinstanz schafft und Garantien der individuellen Rechte und Freiheiten enthält“.

Die alliierte Anordnung legte also grundlegende Aussagen für die neue Verfassung fest, nämlich:

1. Demokratie
2. Bundesstaat: Länder + Zentralinstanz
3. Grundrechte.

Anstelle einer verfassungsgebenden Nationalversammlung trat am 1.9.1948 der 9
Parlamentarische Rat in Bonn zusammen. Er hatte 65 von den Landtagen gewählte Mitglieder, die sich nach ihrer Parteizugehörigkeit in Fraktionen zusammenschlossen (27 CDU/CSU, 27 SPD, 5 FDP, 2 Zentrum, 2 DP, 2 KPD – hinzu kamen mit beratender Stimme die Vertreter Berlins: SPD 3, CDU 1, FDP 1). Die Besatzungsmächte nahmen auf die Beratungen des Parlamentarischen Rates Einfluss, insbesondere hinsichtlich des föderalistischen Aufbaus. Am 8.5.1949

wurde das Grundgesetz mit 53 gegen 12 Stimmen vom Parlamentarischen Rat angenommen. Die Besatzungsmächte genehmigten das Grundgesetz, allerdings nicht ohne Vorbehalte, insbesondere hinsichtlich des Status von Berlin. Anschließend wurde das Grundgesetz von den Volksvertretungen aller damaligen westdeutschen Länder mit Ausnahme Bayerns angenommen, so dass es gem. Art. 145 I, II GG nach Ausfertigung und Verkündung durch den Parlamentarischen Rat am 24.5.1949 um 0 Uhr in Kraft trat und gemäß Art. 145 III GG als Nr. 1 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde.

- 10 Die Protokolle über die Beratungen des Parlamentarischen Rates und seiner Ausschüsse sind veröffentlicht im Jahrbuch für Öffentliches Recht, Bd. 1 (1951). Sie geben in vielen Fällen Aufschluss über die **Motive des Verfassungsgebers** und den beabsichtigten Sinn gesetzlicher Regelungen.

Die Eröffnung der Verfassungsartikel durch den Grundrechtsteil, angeführt durch die Garantie der unantastbaren Menschenwürde und deren Schutz durch staatliche Gewalt (Art. 1 I GG), der Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte (Art. 1 III GG), das Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 II GG), das Verbot des Angriffskrieges (Art. 26 GG), die Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG) oder auch die Verweisung auf die Entnazifizierungsvorschriften (Art. 139 GG) sind Reaktionen auf die Verbrechen des Nationalsozialismus. „Das bewusste Absetzen von der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus war historisch zentrales Anliegen aller an der Entstehung wie Inkraftsetzung des Grundgesetzes beteiligten Kräfte.“⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb das Grundgesetz „geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“ gedeutet.

Die Protokolle belegen auch, dass sich die Mitglieder des Parlamentarischen Rates positiv wie negativ in großem Umfang an den Regelungen der Weimarer Reichsverfassung und den damit gemachten Erfahrungen orientiert haben. Die Weimarer Verfassung zählte zu den fortschrittlichsten Verfassungen ihrer Zeit.⁶ Die Weimarer Republik ist weniger an ihrer Verfassung als am fehlenden republikanischen Engagement der Bürger und der Inhaber öffentlicher Ämter gescheitert. Gleichwohl glaubte man aus den „Fehlern von Weimar“ lernen zu können, z.B. durch die Stärkung der Regierung (Konstruktives Misstrauensvotum, Art. 67 GG), durch die Stärkung repräsentativ demokratischer anstelle plebiszitär demokratischer Formen wie die mittelbare Wahl des überwiegend auf die Repräsentation beschränkten Bundespräsidenten (Art. 54 GG), den Wegfall politisch bedeutungsvoller Volksabstimmungen und die Entscheidung für

5 BVerfGE 124, 300, 328 – Wunsiedel.

6 Insbesondere ihre Sozialverfassung, dazu *Wiederin* VVDStRL 64 (2005), S. 53, 63f.

die „wehrhafte Demokratie“, Parteiverbotsverfahren (Art. 21 II GG), sowie die Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG).

Als Reaktion auf die Weimarer Praxis, die Verfassung mit der erforderlichen Mehrheit durch von der Verfassung abweichende Gesetze zu ändern, ohne den Verfassungstext zu ändern, enthält Art. 79 I GG das der Rechtssicherheit förderliche Gebot der Textänderung. Art. 79 III GG entzieht wichtige Verfassungsprinzipien (nicht aber die Grundrechte der Art. 2–19 GG) der Verfassungsänderung. Damit soll insbesondere eine scheinlegale Verfassungsänderung wie nach dem Ermächtigungsgesetz von 1933 verhindert werden.

Weiterführend: *Gusy* Die Weimarer Reichsverfassung, 1997; *Mußnug* Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: HStR I, § 8; *Stol-leis* Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit, 1945–1949, in: HStR I, § 7; *Wilms* Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, 1999.

2. Deutsche Teilung und Wiedervereinigung

Mit der Ausfertigung und Verkündung des Grundgesetzes am 23.5.1949 war die 11 Bundesrepublik Deutschland gegründet. Eine Woche später verabschiedete der nach Einheitslisten durch offene Stimmabgabe gewählte dritte Volkskongress die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik.

Zunächst verstanden sich beide politische Einheiten als Teil der deutschen Nation und strebten die Wiedervereinigung an. Zur Unterstützung der wechselnden Deutschlandpolitik beider Teile wurde die Rechtswissenschaft bemüht. Die in der Rückschau recht zeitbedingt erscheinenden Theorien zur Rechtslage Deutschlands zielten darauf, den Fortbestand deutscher Staatlichkeit zu sichern.

Im Westen setzten sich die Meinungen durch, die vom **Fortbestand** des deutschen Gesamtstaates ausgingen, wobei man überwiegend darauf abstellte, dass die Alliierten die Staatsgewalt des Deutschen Reiches vorübergehend wahrgenommen hätten.

In seinem Urteil zum Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, dem sogenannten Grundlagenvertrag, verband das BVerfG die sogenannte Dachtheorie mit der Teilidentitätslehre: Existenz zweier eigenständiger staatlicher Teilordnungen unter dem Dach des weiterbestehenden Gesamtstaates Deutsches Reich.⁷

⁷ BVerfGE 35, 193.

- 12 Mit dem Grundlagenvertrag hatte die BRD die DDR nach zutreffender Ansicht trotz verbaler Vorbehalte als Staat und Völkerrechtssubjekt anerkannt.

Die ebenfalls⁸ gesamtdeutsch orientierte, Länder voraussetzende **Gründungsverfassung der DDR** von 1949 war trotz des Grundsatzes der Gewalteneinheit, der Regierungsbildung nach dem SED-geführten Blocksystem und der Installation staatlicher Wirtschaftsplanung noch von der Weimarer Rechtsverfassung beeinflusst. Die sozialistische Verfassung von 1968 bekannte sich zu der seit Mitte der 50er Jahre entwickelten Zwei-Staaten-Theorie bei gleichzeitigem Festhalten am Auftrag der Vereinigung der beiden Staaten. Die Totalrevision der Verfassung von 1974 beseitigte das Vereinigungsgebot. Die Verfassung der „entwickelten sozialistischen Gesellschaft“ legte in Art. 1 die „führende Rolle der Partei“ fest. Diese wurde organisatorisch durchgesetzt mit Hilfe des demokratischen Zentralismus, der die Leitung der umfassenden Planwirtschaft einschloss und instrumental mit Hilfe der sozialistischen Gesetzmäßigkeit, die eine bewusste Parteilichkeit mit umfasste. Die auf der Mitgliedschaft in der militärischen Allianz des Warschauer Paktes und der wirtschaftlichen Kooperationsgemeinschaft des Rates für gegenseitige Wirtschaftshilfe (RGW) fußende Außenpolitik der DDR war eingebunden in die abgestimmte Politik der „sozialistischen Staatengemeinschaft“.

- 13 Die Unfertigkeit der Rechtslage des geteilten und als Ganzes unter der Verantwortung der Vier Mächte stehenden Deutschlands offenbarte stets augenfällig der besatzungsrechtlich geprägte **Status Berlins**, der zweigeteilten Stadt, in der sich die beiden deutschen Staaten jeweils in besonderer Weise engagierten. Die DDR erklärte bereits in ihrer Gründungsverfassung Berlin zur Hauptstadt der DDR und strebte für den Westteil der Stadt einen Status als „selbständige politische Einheit“ an. Auch der Bundestag erklärte Berlin 1949 zur Hauptstadt Deutschlands.

Bei der Genehmigung des Grundgesetzes machten die Westalliierten den Vorbehalt, dass Berlin nicht durch den Bund regiert werde und die Berliner Vertreter im Bundestag und Bundesrat kein Stimmrecht besäßen. Soweit der Vorbehalt der Besatzungsmächte nicht entgegenstand, galt das Grundgesetz auch in Berlin (West). Bundesgesetze wurden bis zum Überleitungsgesetz vom 25.9.1990 vom Berliner Abgeordnetenhaus übernommen und galten dann auch als Bundesrecht.

Art. 2 I des Einigungsvertrages bestimmte wiederum Berlin als Hauptstadt des wiedervereinigten Deutschland. Die im Einigungsvertrag noch offen gelassene Frage des Parlaments- und Regierungssitzes wurde durch Bundestagsbe-

⁸ BVerfGE 36, 1, 16; dazu *Grigoleit* Bundesverfassungsgericht und Deutsche Frage, 2004, S. 6.

schluss vom 20.6.1991 mit knapper Mehrheit ebenfalls zugunsten Berlins anstelle von Bonn entschieden.

„Die erste friedliche Revolution auf deutschem Boden“ führte 1989 „zur 14
Öffnung der Berliner Mauer und der innerdeutschen Grenze.“ Mit dem Ruf „Wir sind das Volk“ wurde die Diktatur der SED zur Aufgabe gezwungen; mit dem Ruf „Wir sind ein Volk“ wurde die Einheit der Nation gefordert, die „in freier Ausübung des Selbstbestimmungsrechts mit dem Beitritt“ gem. Art. 23 GG a.F. „am 3. Oktober 1990 Wirklichkeit“ wurde.⁹

In der Rückschau stellen sich Entstehung und Untergang der DDR als gescheiterter Versuch einer Sezession von dem zunächst nur auf dem Gebiet und mit der Bevölkerung der Bundesrepublik seit 1945 fortbestehenden deutschen Nationalstaat dar. Der heftige verfassungsrechtliche und vor allem verfassungspolitische Streit um die Herstellung der Einheit – Beitritt nach Art. 23 GG a.F., also Ausdehnung des Grundgesetzes, oder über die Wiedervereinigungsklausel des Art. 146 GG a.F., also Ablösung des Grundgesetzes durch eine neue Verfassung qua Volksabstimmung – ist politisch durch die Volkskammerwahl vom 18.3.1990 entschieden worden,¹⁰ durch die SED/PDS geführte Regierung abgewählt wurde. Der Streit schwelt jedoch fort bei der Auslegung des nach der Wiedervereinigung neugefassten des Art. 146 GG. Streitig ist insbesondere, ob bei einer Umwandlung der EU zu einem Bundesstaat für die Bundesrepublik Deutschland allein Art. 146 GG oder ob für das Verfahren nach Art. 146 GG auch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG gilt¹¹.

Parallel zu dem sich in Deutschland vollendenden Einigungsprozess wur- 15
den im Jahre 1990 zwischen den beiden deutschen Staaten und den Vier Mächten, die seit 1945 die Verantwortung für Deutschland als Ganzes trugen, die äußeren Aspekte der Herstellung der deutschen Einheit einschließlich der Fragen der Sicherheit der Nachbarstaaten geklärt – **2 + 4-Gespräche**. Der Vertrag „über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12.9.1990“¹² legt die Grenzen Deutschlands völkerrechtlich endgültig fest. Gemäß Art. 1 II des Vertrages haben die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Polen am 14.11.1990 die zwischen ihnen bestehende Grenze völkerrechtlich bestätigt. Außer der Grenzregelung trifft der Vertrag u.a. Regelungen zum Gewaltverzicht, zur Atomwaffenfreiheit des Gebiets der ehemaligen DDR, zur Freiheit der Bünd-

⁹ Denkschrift zum Einigungsvertrag, BT-Drucks. 11/7760, S. 335.

¹⁰ Dazu *Timothy Garton Ash* frei nach *B. Brecht*: „Bei den Wahlen am 18. März/Das Volk/Löste die Republik auf und/Wählte eine andere.“, *Die Zeit* v. 7.12.1990, S. 7.

¹¹ Dazu anknüpfend an BVerfGE 123, 267/343 kontrovers *Isensee* HStR XII, § 268 Rn. 103 ff.; *Michael* BK, Art. 146 Rn. 695 ff.

¹² BGBl. II, 1990, S. 1318.

niszugehörigkeit Deutschlands¹³. Den Rückzug der sowjetischen Truppen aus Deutschland kompensierte der Vertrag über gute Nachbarschaft, Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der UdSSR¹⁴ einschließlich des wechselseitigen Gewaltverzichts. Art. 7 I des 2 + 4-Vertrages beendet die Rechte der Vier Mächte in Bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes. Deutschland hat damit gem. Art. 7 II die „volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten“ erhalten. Der 2 + 4-Vertrag ersetzte einen Friedensvertrag mit allen Feindmächten, die zum Teil wie Griechenland unter der deutschen Besatzung schweres Unrecht und große Schäden erlitten haben.

- 16 Angesichts der militärischen Einbindung Deutschlands in die NATO und des fortgeschrittenen Prozesses der Bildung einer Europäischen Union ist der Aussagewert des aus dem klassischen Völkerrecht stammenden Begriffes Souveränität¹⁵ ziemlich begrenzt. Allerdings betont das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Lissabon-Vertrag nachdrücklich die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland als einer der Herren des EUV.¹⁶

Weiterführend: *Bernhardt* Die deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, HStR I, § 8; *Brunner* Das Staatsrecht der DDR, HStR, 3. Aufl., § 11; *Kilian* Der Vorgang der Wiedervereinigung, HStR, 3. Aufl., § 12; *Jaggi* The 1989 revolution in East Germany, its impact on unified Germany's constitutional law 2016.

3. Wandlungen des Grundgesetzes

- 17 Das Grundgesetz war bei seinem Erlass, wie in der ursprünglichen Fassung der Präambel zum Ausdruck gebracht, als Provisorium für den freien Teil Deutschlands konzipiert. Es ist im geschichtlichen Verlauf, wie Satz 3 der durch Art. 4 Nr. 1 EV neugefassten Präambel und der durch Art. 4 Nr. 6 EV neugefasste Art. 146 GG es ausdrücken, zum Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk geworden. Im Laufe dieser Entwicklung ist aufgrund außen- und innenpolitischer Veränderungen der Text des Grundgesetzes in dem besonderen Verfahren nach Art. 79 GG vielfach geändert worden.¹⁷ Daneben hat sich ohne ausdrückli-

13 Dazu *Schweitzer* HStR VIII, S. 190.

14 Vgl. BT-Drucks. 12/199 zum Vertrag v. 9.11.1990.

15 Dazu *Randelzhofer* HStR II, § 17; *Herdegen* FS Herzog, 2009, S. 117; *Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998.

16 Dazu *Grimm* Souveränität, 2009; *Heinig* VVDStRL 75 (2016), S. 65/74 ff.

17 Zuletzt durch Gesetz v. 13.7.2017, BGBl. I, 2347.

che Änderung des Wortlauts die Wirkungsweise des Grundgesetzes innerstaatlich wie supranational erheblich gewandelt.

Die mit einem Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt ausgestattete, als Staat konstituierte Bundesrepublik Deutschland war nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zunächst durch alliierte Vorbehalte in ihrer Souveränität eingeschränkt. Diese Vorbehalte wurden im Zuge des Deutschlandvertrages mit den Westmächten¹⁸, der zur Aufhebung des **Besatzungsstatuts** im Mai 1955 führte, weitgehend abgebaut. Allerdings behielten sich die Westalliierten weiterhin die bisher von ihnen ausgeübten und innegehabten Rechte und Verantwortlichkeiten in Bezug auf Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung vor.

In den 50er Jahren wurde im Zuge des Beitritts zur Westeuropäischen Union und zur NATO die **Wehrverfassung** ins Grundgesetz eingefügt.¹⁹ Der insbesondere durch den Beitritt zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft²⁰ vollzogenen **Westintegration** entsprachen außenpolitisch die Anfang der 70er Jahre abgeschlossenen **Ost-Verträge** mit der Sowjetunion²¹ und Polen²², in denen sich die Bundesrepublik zum Gewaltverzicht und zur Unverletzlichkeit der Grenzen in Europa bekannte.

Die erste Große Koalition (1966–1969) initiierte zwei umfangreiche Grundgesetznovellen. Die insgesamt 25 Artikel ändernde, aufhebende oder einfügende **Notstandsverfassung** war Anlass einer die 68er-Bewegung stimulierenden Kulturrevolution, ist jedoch praktisch von geringer Bedeutung geblieben. Das unterscheidet sie von der ersten **Finanzreform**²³, durch die die bundesstaatliche Ordnung im Sinne eines kooperativen Föderalismus grundlegend ausgestaltet wurde, insbesondere durch Neuordnung der Lasten- und Steuerverteilung zwischen Bund und Ländern, des horizontalen Finanzausgleichs zwischen den Ländern und der Einführung der Gemeinschaftsaufgaben. Am selben Tage wurden zudem die Kompetenzen des Bundes markant erweitert.²⁴

Mit dem **Beitritt der DDR** zur BRD nach Art. 23 GG a.F. fasste Art. 4 des völkerrechtlichen Einigungsvertrages die beitriffsbedingten Änderungen zusammen, nämlich die Neufassung der Präambel, die Aufhebung des durch den Bei-

18 BGBl. II, 1955, S. 305.

19 BGBl. I, 1954, S. 111.

20 BGBl. II, 1957, S. 766.

21 BGBl. II, 1972, S. 354.

22 BGBl. II, 1972, S. 362.

23 BGBl. I, 1969, S. 359.

24 BGBl. I, 1969, S. 373.

tritt der DDR erfüllten Art. 23 GG a.F., die Neuverteilung und Neugewichtung der Stimmen im Bundesrat (Art. 51 II GG), die Ergänzung des Art. 135a GG – Aufhebung oder Kürzung übergegangener früherer Verbindlichkeiten –, die nur teilweise befristete Aufrechterhaltung von grundgesetzwidrigem DDR-Recht – Art. 143 GG, insbesondere Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch, nicht mehr rückgängig zu machende Eigentumsfragen²⁵ – und die Neufassung der Regelung der Geltungsdauer des Grundgesetzes (Art. 146). Zusätzlich zu weiteren Übergangs- und Ausnahmenvorschriften zur Finanzverfassung und zu Art. 131 GG in Art. 6, 7 EV empfahl Art. 5 EV den gesetzgebenden Körperschaften sich mit weiteren Verfassungsänderungen und -ergänzungen zu befassen. Die daraufhin eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat²⁶ schlug statt einer Totalrevision (nur) zahlreiche und z.T. schwerwiegende Verfassungsänderungen vor, die teilweise in modifizierter Form durch verfassungsändernde Gesetze umgesetzt wurden, wie Art. 3 III 2 GG (Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern), Art. 3 II 2 GG (Verbot der Benachteiligung Behinderter), Art. 20a (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen), Art. 23 GG (Europaartikel), welcher wie weitere Änderungen, z.B. Art. 24 Ia, Art. 52 III GG (Europakammer des Bundesrates), Art. 72, 74, 75, 76 GG, die Stellung von Bundesrat und Ländern im innerstaatlichen wie im europäischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsfindungsprozess stärkte. Die Länder konnten diese Gewichtsverlagerung durchsetzen, weil im Zuge der verfassungsrechtlichen Absicherung des Maastrichter Vertrages ihre Zustimmung vonnöten war, z.B. bei der Änderung von Art. 88 S. 2 GG²⁷.

- 19 Die zum 1.9.2006 in Kraft getretene **Föderalismusreform I**²⁸ ist die umfangreichste Änderung des Grundgesetzes (Art. 22, 23, 33, 42, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, c, 93, 98, 104a, b, 105, 109, 125a, b, c, 143c), aber nicht die gelungenste²⁹. Statt vereinfachender Entflechtung führt z.B. Art. 72 III GG die überkomplizierte Abweichungskompetenz der Länder ein. Die Reform der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, b GG) blieb halbherzig. Positiv zu bewerten sind der Wegfall der Rahmengesetzgebung (Art. 75 GG) und die Streichung der erst 1994 eingeführten Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 I GG sowie das föderale Durchgriffsverbot des Art. 84 I 7, 85 I 2 GG.

²⁵ Dazu BVerfGE 84, 90; BVerwGE 96, 8; *Papier* NJW 1991, 193.

²⁶ BT-Drucks. 12/6000; dazu *Kloepfer* Verfassungsänderung statt Verfassungsreform, 1995.

²⁷ Dazu BVerfGE 89, 155, 199 – Maastricht; 97, 350 – Euro.

²⁸ Gesetz vom 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

²⁹ S.a. *Dreier/Wittreck* Grundgesetz, 5. Aufl. 2010, S. XXVI; *Selmer* JuS 2006, 1052; *H. Meyer* Föderalismusreform 2006, 2008.

Die wichtigste Neuregelung der **Föderalismusreform II**³⁰ ist die sukzessive Einführung der Schuldenbremse (Art. 109 I, II, 115 I, II GG). Der Präsident des Bundestages hat den kleinteiligen, z.B. Art. 143d GG – Konsolidierungshilfen –, zum Teil überflüssigen Vorschriften, z.B. Art. 91c, d GG – Zusammenarbeit bei informationstechnischen Systemen und Vergleichsstudien – bescheinigt, sie verständigten sich an der Ästhetik der Verfassung³¹.

Nach langem Ringen zwischen armen und reichen Ländern und allen Ländern mit dem Bund ist erst 2017 die für das Gelingen der Föderalismusreform fundamentale **zweite große Haushalts- und Finanzverfassungsreform** zu Stande gekommen.³²

Der Länderfinanzausgleich ist entfallen. Die Länder gleichen ihre unterschiedliche Steuerkraft nur noch über die Verteilung des Anteils an der Mehrwertsteuer aus. Der Bund leistet höhere Ausgleichszahlungen an die Länder. Im Gegenzug gewinnt der Bund entgegen der Zielsetzung von Föderalismusreform I und II zusätzliche Kompetenzen.

Ein **Verfassungswandel**³³, ohne Änderung des Vertragstextes, kann bewir- 20
ken, dass dem unveränderten Text neue Sachverhalte zugeordnet oder neue Auslegungen entnommen werden. Beispiele sind die wechselvolle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung³⁴ oder zur Rundfunkfreiheit³⁵ sowie das Lüth-Urteil³⁶, das die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), also ein individuelles Grundrecht der Bürger gegen den Staat, zur Basis der Auslegung des Demokratieprinzips machte. Auch die „Entdeckung“ des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung³⁷ sowie des Schutzes vor informationstechnischen Systemen³⁸ oder die Betonung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit als einem Stück direkter Demokratie³⁹ können insoweit angeführt werden. Ein problematisches Beispiel ist die funktionale Subjektivierung von Art. 38 GG i.V.m. Art. 20 I, 79 III und Art. 146 GG, mit dem Ziel Bürgern

³⁰ Gesetz vom 29.7.2009, BGBl. I, S. 2248; dazu *Hofmann/Schlieff (Hrsg.) Grundgesetz mit Begleitgesetz*, 2009.

³¹ FAZ v. 23.4.2009; s.a. *Dreier/Wittreck a.a.O.*, S. XXVII; *Korioth JZ* 2009, 729; *Selmer NVwZ* 2009, 1255 – „Monstrum simile“.

³² G. v. 13.7.2017 BGBl. I, 2347, dazu Rn. 175 ff.

³³ Dazu *Bryde Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 20 ff., S. 254 ff.; *Hofmann in: HStR* I, § 9 Rn. 63; *Michael Rechtswissenschaft* 2014, 426; *Becker/Kersten AöR* 2016, S. 1.

³⁴ Z.B. BVerfGE 20, 36; 52, 63; 85, 264.

³⁵ Z.B. BVerfGE 12, 205 – Deutschlandfernsehen; BVerfGE 83, 238 – duale Rundfunkordnung.

³⁶ BVerfGE 7, 198.

³⁷ BVerfGE 96, 171, 181; 118, 168, 184.

³⁸ BVerfGE 120, 274/303.

³⁹ BVerfGE 69, 315, 346; 104, 92, 104.

die Kontrolle von Unionspolitiken durch das Bundesverfassungsgericht zu eröffnen.⁴⁰ Die insbesondere in den 50er und 60er Jahren kraftvoll ausgearbeitete freiheitssichernde Grundrechtsjudikatur wurde ein maßgeblicher Faktor zur Integration der Bürger in das neue Gemeinwesen. Bezeichnend dafür ist auch die Aufnahme der eher im Übermaß ausgeübten Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz (Art. 93 IVa)⁴¹.

Die Wechselwirkung zwischen der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts und der des Europäischen Gerichtshofes hat wiederum ohne Textänderung dazu geführt, dass der EuGH abweichend von seiner früheren Rechtsprechung aufgrund von grundsätzlichen Vorbehalten des Bundesverfassungsgerichts⁴² die im damaligen EG-Vertrag nicht geregelten Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze dem Europarecht implantierte, woraufhin das Bundesverfassungsgericht seinerseits seine Vorbehalte hintanstellte⁴³. Mit der Rechtsverbindlichkeit der EGRC sind neue Abgrenzungsprobleme zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte gegenüber den Grundrechten des GG und deren Auslegung durch das BVerfG entstanden.⁴⁴

- 21 Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag⁴⁵, das die Linie des Maastricht-Urteils⁴⁶ fortsetzt⁴⁷, werfen Kritiker zudem vor, dass das Gericht die Konzeption des Demokratieprinzips im europäischen Mehrebenensystem⁴⁸ sowie den Integrationsauftrag des Art. 23 I 1 GG⁴⁹ verkenne und das Subsidiaritätsprinzip (Art. 23 I 1 Hs. 2 GG) übermäßig betone⁵⁰.

Den Kritikern ist entgegenzuhalten, dass das auf seinem Letztentscheidungsrecht gegenüber „ausbrechenden Hoheitsakten der EU“ beharrende Bundesverfassungsgericht in Europa nicht allein steht, wie die Karriere der Maast-

40 BVerfGE 123, 267/331 – Lissabon-Vertrag; E134, 366 mit Sondervotum S. 419 und 430; krit. Ruffert EuR 2011, 842; Mayer EuR 2014, 473/490; Gegenposition Gärditz/Hillgruber JZ 2009, 872.

41 Eingeführt durch Gesetz v. 29.1.1969, BGBl. I, S. 97.

42 BVerfGE 37, 271 – Solange I.

43 BVerfGE 73, 339 – Solange II.

44 Dazu EuGH Rs. C-617/10 Åkerberg Fransson; krit. Kahl BK, Art. 1 III Rn. 106; Kingreen EuR 2013, 446/451; anders Thym NVwZ 2013, 889/896; Starke DVBl. 2017, 721.

45 BVerfGE 123, 267.

46 BVerfGE 89, 155.

47 Dazu Häberle JbdÖR 58 (2010), 317; van Ooyen Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts, 6. Aufl. 2016: „Europafeindlichkeit“.

48 Z.B. Fisahn KJ 2009, 220; Schwarze Europarecht, 2010, 108; s.a. Lammert, Einigkeit. Und Recht. Und Freiheit, 2010, S. 208; vertiefend: Hatje/Terhechte (Hrsg.) Europarecht Beiheft 1, 2010, Grundgesetz und Europäische Integration.

49 Pache EuGRZ 2009, 285; Frentz VerwArch 2009, 475, 483.

50 V. Bogdandy NJW 2010, 1, 4.

richt-Entscheidung innerhalb der Mitgliedsstaaten der EU zeigt⁵¹. Der nach dem Lissabon-Vertragsurteil ergangene Beschluss zu den Voraussetzungen und Grenzen der ultra vires-Kontrolle verdeutlicht das Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG.⁵² Vor der Feststellung eines ultra vires-Aktes, von Kritikern als judikative Kompetenzanmaßung geißelt,⁵³ ist dem EuGH durch Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlung zu geben. Zudem räumt das BVerfG dem EuGH einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ ein und beschränkt den Bürger auf einen (noch nicht entwickelten) Entschädigungsanspruch.⁵⁴ Offen bleibt, wann der „hinreichend qualifizierte Verstoß der Europäischen Organe“ zu einer „strukturell bedeutsamen Veränderung zu Lasten des Mitgliedsstaates führt“.⁵⁵ Beide Gerichte betonen die Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV, allerdings mit unterschiedlichen Akzenten.⁵⁶

Auch das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und EGMR ist nicht spannungsfrei; nicht so sehr wegen der häufigen Rügen des EGMR wegen zu langer Verfahrensdauer⁵⁷. Vielmehr ist die Caroline-Entscheidung des EGMR anzuführen, die die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von Art. 2 I GG – allgemeines Persönlichkeitsrecht – zu Art. 5 II GG – Pressefreiheit – umgedreht hat⁵⁸, von den Querelen um das Sorgerechtsverfahren Görgülü ganz zu schweigen⁵⁹.

Der stockende Beitritt der EU zur EMRK hat ein weiteres Spannungsverhältnis eröffnet, wie die Kritik am diesbezüglichen Rechtsgutachten des EuGHs verdeutlicht.⁶⁰

51 F. G. Meyer Kompetenzüberschneidung und Letztentscheidung, 2000; ders. in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., S. 559, 602ff.; zurückhaltender Weber JZ 2010, 157; ambivalent Tomuschat FS 50 Jahre BVerfG, 2002, S. 245.

52 Dazu Voßkuhle NVwZ 2010, S. 1; von Danwitz ZRP 2010, 143; Gerhardt ZRP 2010, 161; zur Integrationsrechtsprechung des EuGH: Streinz AöR 135 (2010), S. 2; zur Kritik am EuGH: Skouris in: Stern (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz 2010, S. 37/48.

53 Dazu Ludwigs NVwZ 2015, 537 m.w.N.

54 BVerfGE 126, 286/303, Sondervotum Landau, S. 319; zur Integrationsrechtsprechung des EuGH: Streinz AöR 135 (2010), S. 2; Ludwigs/Sikora EWS 2016, 121; zur Kritik am EuGH: Skouris in: Stern (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, 2010, S. 37, 48.

55 Krit. Sondervotum Landau NZA 2010, 995, 1001; Grimm FAZ vom 9.9.2010, S. 8.

56 EuGH, NJW 2010, 427, m. Anm. v. Lindner BayVbl. 2010, 271; BVerfG EuGRZ 2010, 247.

57 Z.B. EGMR, NJW 2010, 3555 m. Anm. v. Meyer-Ladewig NJW 2011, 1073 m. Anm. v. Brünig.

58 NJW 2004, 2647.

59 Dazu BVerfGE 111, 307; E. Klein JZ 2004, 1176.

60 Dazu Daniel Toda Castán DÖV 2016, 12; Walter FS Jarass 2015, S. 145; D. Engel Der Beitritt der EU zur EMRK 2016.

Weiterführend: *Kirchhof* Die Identität der Verfassung, HStR II, § 21; *Ingold* Die verfassungsrechtliche Identität der BRD, AöR 140(2015), 1; dazu auch *G. Schönberger, Lepsius u. Walter* JöR 63 (2015), *Winkler* Weimar, Bonn, Berlin, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, 2009, S. 485; *S. Simon* Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess 2016.

III. Gehalt und Funktionen der Verfassung

- 22 Eingangs wurde die Verfassung entsprechend einer positivistischen, d.h. einer allein am positiven, geschriebenen Recht orientierten Betrachtungsweise vorgestellt als ein Gesetz, das anderen Gesetzen vorgeht und von besonderer Bestandskraft ist⁶¹. Diese Sicht hat den Vorzug der Einfachheit und der Klarheit, sie wird aber weder Gehalt noch Funktion der Verfassung ganz gerecht. Das zeigt sich z.B. anhand von Art. 20, Art. 28 I GG, denen zufolge die Bundesrepublik Deutschland u.a. ein sozialer Rechtsstaat sein muss. Was darunter zu verstehen ist, erschließt sich auch dem gesetzeskundigen Leser trotz eifriger Lektüre nicht allein aus dem Verfassungstext. Trotzdem verbinden sich damit vielfältige Vorstellungen.
- 23 Sicherlich ist die Verwirklichung beider Staatszielbestimmungen für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen von großer Bedeutung. Ohne ihre Verwirklichung würde die Mehrheit der Bürger diesen Staat nicht als den ihren akzeptieren. Die der Verfassung aufgegebenen politische Einheit und die rechtliche Ordnung des Staates – Verfassung als Integrationsordnung – würden nicht verwirklicht werden können. Die Verfassung geht trotz ihrer einheitsstiftenden Funktion nicht von einer unwirklichen allgemeinen Harmonie aus. Deshalb muss sie gerade dann, wenn sie ihrer Funktion gerecht werden soll, die konfliktlösenden Mechanismen zur Verfügung stellen, die angesichts der unterschiedlichen sozialen und politischen Interessen und Vorstellungen in der Gesellschaft, z.B. hinsichtlich des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit, vonnöten sind. Der **materielle Inhalt** der Verfassung kann als grundsätzliche Normierung der Staatsfunktionen und des Verhaltens der obersten Staatsorgane zueinander zur Beschränkung und Rationalisierung der Macht verstanden werden sowie als Normierung des prinzipiellen Verhältnisses von Staat und Bürger zur Gewährleistung eines freien politischen Lebensprozesses.⁶² Diese inhaltliche Betrachtung geht allerdings auf Kosten der die positivistische Sicht auszeichnenden Einfachheit und Klarheit.
- 24 Von diesen beiden Beispielen juristischer Betrachtungsweise ist der sozialwissenschaftliche Ansatz zu unterscheiden, der auf den tatsächlichen Zustand,

61 Vgl. zu diesem Ansatz *Henke* Der Staat, 1973, 441, 444 f.

62 Vgl. *Hesse* Grundzüge, § 1, insbesondere Rn. 16 ff.

den Stil des Staatslebens, auf die tatsächliche, materielle oder wirkliche Verfassung im Unterschied zur papiernen, bloß formellen Verfassung abstellt. Diese Unterscheidung geht zurück auf den deutschen Sozialistenführer Ferdinand Lasalle⁶³. Die Betrachtungsweisen und die Betrachtungsgegenstände (Verfassung als Sollensordnung – Verfassung als Seinsordnung) sind gegensätzlich. Die Gegenüberstellung von geschriebener Verfassung und Verfassungswirklichkeit kann jedoch Anlass sein zur Verwirklichung von Verfassungsgeboten, zur Rechtsfortbildung oder zur Verfassungsreform.

Weiterführend: *Grimm* Ursprung und Wandel der Verfassung, HStR I, § 1; *Wahl* Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, JuS 2001, 1041.

1. Probleme der Verfassungsinterpretation

Eine Gesetzesvorschrift soll typischerweise eine unbestimmte Vielzahl von Lebenssachverhalten für eine unbestimmte Anzahl von Bürgern regeln. Die Aussage einer Rechtsnorm ist also typischerweise abstrakt und generell. 25

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ (§ 823 I BGB). Welches Handeln welcher Personen und in welchen Fällen von § 823 I BGB erfasst werden wird, stand weder beim Inkrafttreten der Norm (1.1.1900) noch steht es heute fest.

Darin liegt der typische Unterschied zu einer auf einen bestimmten Adressaten bezogenen Verwaltungsmaßnahme (Verwaltungsakt).

Wenn bei einer Verkehrskontrolle der Polizeibeamte Sie durch ein Zeichen mit der Kelle zum Anhalten veranlasst, so gilt diese Maßnahme nur für Sie und nur zu diesem Zeitpunkt an dieser Stelle.

Eine abstrakt-generelle Regelung muss weit und flexibel genug gefasst sein, um alle von Gesetzes wegen als gleich zu behandelnde und bewertende Sachverhalte zu erfassen. Daraus folgt, dass bei der Anwendung eines Gesetzes auf einen bestimmten Lebenssachverhalt der Sinn der weit gefassten Rechtsnorm durch Auslegung, d.h. durch nachvollziehendes Verstehen ermittelt werden muss.

Dieser Prozess des nachvollziehenden Verstehens ist bei der Anwendung der Verfassung häufig besonders schwierig. Denn viele besonders schwierige Verfassungsvorschriften sind von großer inhaltlicher Weite und Unbestimmtheit. Begrif-

⁶³ Über Verfassungswesen. Drei Abhandlungen von *Ferdinand Lasalle* hrsg. v. E. Bernstein, Berlin 1907.

fe wie „Würde des Menschen“ (Art. 1 I 1 GG), „Sozialer Rechtsstaat“ (Art. 28 I 1 GG) werden rechtstheoretisch gerade wegen ihrer Unbestimmtheit als durch Gesetz oder Einzelentscheidungen zu konkretisierende, unter Abwägungsvorbehalt stehende Prinzipien, nicht aber als definitiv ausformulierte Regeln verstanden.

- 26 Die Unbestimmtheit und Weite der Verfassung hat viele Gründe. Jede **Verfassung** ist ein **Kompromiss**⁶⁴, der zwischen an der Verfassungsgebung Beteiligten ausgehandelt wird. Insoweit fixiert die Verfassung den jeweiligen Stand des politischen Kräftespiels. Das zeigt sich z.B. an den, also der frühen Nachkriegszeit (1949), Art. 14, 15 GG, in denen das Eigentum und das Erbrecht geschützt, gleichzeitig die Sozialpflichtigkeit betont und die Sozialisierung zugelassen wird. Im Streit um die paritätische Mitbestimmung beriefen sich bezeichnenderweise sowohl Gewerkschaften wie Unternehmer zur Stützung ihrer Position auf die Verfassung.⁶⁵

Der Kompromisscharakter einer Verfassung kann dazu führen, dass eine für die Gemeinschaft besonders wichtige Frage mangels Konsens gar nicht geregelt wird, bei der Verabschiedung des Grundgesetzes z.B. die Frage der Wirtschaftsverfassung, also Planwirtschaft oder Marktwirtschaft. Im Parlamentarischen Rat hoffte die Führung der SPD nach den Wahlen zum 1. Bundestag, ihre Konzeption durchzusetzen und die mit der Währungsreform durch den späteren Wirtschaftsminister und Bundeskanzler Erhard eingeleitete Entwicklung rückgängig machen zu können.

Manche Verfassungsvorschriften werden im Zeitpunkt der Verfassungsgebung als Ziele ausgegeben, die in Zukunft erst schrittweise realisiert werden sollen, z.B. im Grundgesetz der Sozialstaat, dessen Verwirklichung in der Not der frühen Nachkriegsjahre wesentlich anders vorstellbar war als in der entwickelten Wohlstandsgesellschaft. Wegen der damaligen Notlage und der Annahme, diese in absehbarer Zeit nicht überwinden zu können, verzichtete man darauf anders als in der Weimarer Reichsverfassung oder mancher Landesverfassung, ins Grundgesetz soziale Grundrechte wie das Recht auf Arbeit (Art. 163 II WRV; Art. 166 II BayVerf) aufzunehmen. Art. 5 EV zielte u.a. auf das inzwischen eingeführte Staatsziel Umweltschutz,⁶⁶ aber auch auf die nicht umgesetzten Überlegungen, vom Runden Tisch der DDR vorgeschlagenen sozialen Grundrechte in Staatszielbestimmungen umzuformulieren⁶⁷.

⁶⁴ Dazu Koutnatzis Kompromisshafte Verfassungsnormen, 2010.

⁶⁵ BVerfGE 50, 230 ff.

⁶⁶ Art. 20a GG, s.a. Art. 37 EGRG.

⁶⁷ S. aber mit „Solidarität“ überschriebenen Art. 27, 38 EGRG, z.B. Art. 31 – Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, Art. 34 – Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung, Art. 38 – Verbraucherschutz.

Manche Verfassungsvorschriften sind von vornherein so konzipiert, dass sie sich wechselnden, nicht voraussehbaren und nicht in der Verfassung fixierten gesellschaftlichen Anschauungen öffnen. Derartige unbestimmte und anpassungsfähige Formeln sind z.B. „Wohl der Allgemeinheit“ (Art. 14 III 1 GG), „Sittengesetz“ (Art. 2 I GG). Solche offenen Formeln erleichtern es, den Anspruch der Verfassung zu erfüllen, das Zusammenleben der Gemeinschaft auf Dauer zu regeln. Eine nicht „in die Zeit hin offene“ Verfassung würde rasch veralten, obsolet werden oder müsste ständig geändert werden.

Die Verfassung soll **Grundsatzfragen**, nicht aber alle Details regeln. Letzteres muss sie den einfachen Gesetzen überlassen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die einfachgesetzliche Ausgestaltung auf die verfassungsrechtliche Vorschrift zurückwirkt. So ist z.B. das durch Gesetz eingeführte Kunsturheberrecht (GEMA-Gebühren) Eigentum i.S.v. Art. 14 GG, das aber durch die Entwicklung der elektronischen Medien einem Stresstest ausgesetzt ist. Durch die Novellierung des WasserhaushaltsG hat der Gesetzgeber hingegen mit Rücksicht auf die überragende ökologische Bedeutung des Grundwassers dieses aus dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff ausgeschieden.⁶⁸

In jüngerer Zeit ist mehr und mehr die Unsitte eingerissen, den Verfassungstext durch detaillistische oder marginale Vorschriften „aufzublähen“⁶⁹, z.B. Art. 13 III–VI (Einführung des Großen Lauschangriffs), Art. 16a II–V (sog. Asylkompromiss), Art. 143b III (Personalüberleitung bei der Postprivatisierung) oder Art. 143d GG (Konsolidierungshilfen). Derartige Unsicherheit kaschierende Vorschriften sind auch Ausdruck der Dominanz bürokratischen Expertentums gegenüber parlamentarischer Gestaltung.

2. Auslegungsregeln

Die skizzierten Eigenarten einer Verfassung ändern aber nichts daran, dass die 27 Verfassung ein Gesetz ist, ein Gesetz mit überragendem Geltungsanspruch. Für die Verfassung gelten daher auch die allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung, insbesondere

- die **grammatische Interpretation** (Wortinterpretation) – Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung ist der Wortsinn. Fallen z.B. Gewerbebetriebe, etwa eine Fabrikanlage, unter den Begriff Wohnung in Art. 13 GG? (BVerfGE 32, 69 bejahend) –

⁶⁸ Dazu BVerfGE 58, 300 – Naßauskiesung.

⁶⁹ Pestalozza JURA 1994, 561, 572.

- die **systematische Interpretation** – Auslegung nach der Stellung der Vorschrift im Gesetzessystem. Gelten z.B. die Schranken des Art. 5 II GG außer für Art. 5 I GG (Meinungs- und Pressefreiheit) auch für den nachfolgenden Art. 5 III (Wissenschafts- und Kunstfreiheit)? Nach herrschender Meinung nicht. –
- die **historische Interpretation** – d.h. die Auslegung aus historischen Gegebenheiten bei Schaffung einer Norm. Trotz theoretischer Vorbehalte – Gefahr der Erstarrung und des Abstellens auf subjektive Vorstellungen einzelner an der Verfassungsgebung Beteiligten – greift das BVerfG oft auf diese Methode zurück⁷⁰. Im US Supreme Court vertrat etwa der Richter Scalia († 2016) eine Variante der historischen Interpretation zur Begründung richterlicher Zurückhaltung⁷¹. –
- die **teleologische Interpretation** – Schon früh benutzte das BVerfG⁷² statt der *historisch-subjektiven Auslegung* die **objektiv-teleologische Auslegung** entsprechend dem Sinn, den die Vorschrift unabhängig vom subjektiven Willen des Gesetzgebers hat („Das Gesetz ist klüger als seine Väter und Mütter“). Durch die objektive Auslegung wächst die Macht der Interpreten bis an die Grenze zur Beliebigkeit⁷³. –
- die **rechtsvergleichende Auslegung**, die trotz wechselnder Internationalisierung und Europäisierung noch unterentwickelt ist.⁷⁴

28 Zusätzlich zu diesen „klassischen“, für alle Gesetze geltenden Auslegungsregeln, die gemäß dem Grundsatz der Methodenfreiheit miteinander oder von den jeweiligen Streitparteien auch gegeneinander verwendet werden können, werden noch zusätzlich spezifisch **verfassungsrechtliche** Auslegungsmaximen vorgeschlagen⁷⁵:

- das Prinzip der Einheit der Verfassung – alle Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden; das gilt auch für Kompromisse wie Art. 14, 15 GG –

⁷⁰ So dezidiert z.B. BVerfGE 79, 127 – kommunale Selbstverwaltung; s.a. *Sachs* DVBl. 1984, 73ff.

⁷¹ *Scalia v. Epstein* Two views on judicial activism, ursprünglich basierend auf einer Konferenz des Cato Institute zum Thema “Economic Liberties and the Judiciary” am 26.10.1984, erschienen in der Ausgabe Winter 1985 des *CatoJournal* (http://www.cato.org/pubs/articles/scalia_v_epstein.pdf).

⁷² BVerfGE 1, 299, 312.

⁷³ Ablehnend *Rüthers* Rechtstheorie, 2009, S. 253, 274; *ders.* NJW 2011, 434, gegen *Hassemer* ZRP 2007, 213; *Ogorek* FS Hassemer, 2010, 159.

⁷⁴ Dazu *Kloepfer* Verfassungsrecht I § 1 Rn. 158.

⁷⁵ Grundlegend *Hesse* Grundzüge, § 2.

- das Integrationsprinzip – Bevorzugung derjenigen Gesichtspunkte, die einheitsstiftend wirken, aber nicht auf Kosten geschützter Verfassungsgüter, problematisch z.B. die Kriegsdienstverweigerungsentscheidung⁷⁶ –
- das Prinzip der funktionellen Richtigkeit – jedes verfassungsauslegende Organ hat sich im Rahmen der ihm zugewiesenen Funktion zu halten, z.B. hat das Bundesverfassungsgericht als Kontrollorgan eine Interpretation zu vermeiden, durch die die Gestaltungsfunktion des Gesetzgebers über die durch die Verfassung gezogenen Grenzen hinaus (wo aber liegen diese konkret?) durch eine Gestaltungsfunktion des Gerichts ersetzt wird⁷⁷ –
- das Prinzip optimaler Verwirklichung der Verfassungsgebote – es ist die Interpretation zu wählen, die ein Grundrecht am stärksten zur Geltung bringt – noch in der Praxis am wichtigsten –
- das Prinzip **praktischer Konkordanz** – Versuch der Harmonisierung im Einzelfall miteinander kollidierender verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter, z.B. Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) und Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) ohne vorschnelle Güterabwägung –.

Von den vorgenannten spezifisch verfassungsrechtlichen Auslegungsregeln ist 29 vom Bundesverfassungsgericht entwickelte **verfassungskonforme Auslegung** zu unterscheiden. Einfache Gesetze und nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts auch verfassungsändernde Gesetze müssen so ausgelegt werden, dass sie mit der Verfassung übereinstimmen.⁷⁸ Lässt ein Gesetz mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, dann ist es so auszulegen, dass es mit der Verfassung vereinbar ist. Zutreffend formuliert eine neuere Entscheidung: „Die Grenzen jeder Auslegung von Verfassungsrecht liegen [...] dort, wo einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Vorschrift ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmt oder das normative Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt würde.“⁷⁹ Die verfassungskonforme Auslegung hat den Vorteil, dass die durch die Nichtigkeit eines Gesetzes entstehenden Unsicherheiten vermieden werden. Sie birgt aber auch die Gefahr in sich, dass der Gesetzgeber übergangen wird, indem das Bundesverfassungsgericht mittels der verfassungskonformen Interpretation das vom Gesetzgeber Gewollte, die verfassungswidrige und damit nicht zum Tragen kom-

⁷⁶ BVerfGE 48, 127.

⁷⁷ Dazu *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 530.

⁷⁸ BVerfGE 2, 266, 282, seither st. Rspr.: *Schlaich/Korioth* 440–451; BVerfGE 88, 145, 166; 112, 164, 182.

⁷⁹ BVerfGE 109, 279, 316, s.a. Sondervotum BVerfGE 122, 248, 282.

mende Auslegungsmöglichkeit, ausschaltet⁸⁰. Ein Beispiel⁸¹ einer solchen zu weit gehenden, in Wirklichkeit verunklarenden statt klärenden verfassungskonformen Interpretation enthält das erste Abhörurteil: Das Gericht erklärte gegen den Wortlaut des Gesetzes und den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers, dass Art. 10 II 2 GG nur so verstanden werden könne, dass er die nachträgliche Benachrichtigung des Überwachten in den Fällen fordert, in denen eine Gefährdung des Zweckes der Überwachungsmaßnahme und eine Gefährdung des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes bzw. der Sicherung des Bundes oder eines Landes ausgeschlossen werden kann.

- 29a Die **unionsrechtskonforme** (insbesondere richtlinienkonforme) Auslegung⁸² verwirklicht den Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts des jeweiligen Mitgliedstaats. Der Vorrang des Unionsrechts bindet gerade auch den nationalen Gesetzgeber, der gelegentlich Mühe hat, seiner Pflicht nachzukommen.

Weiterführend: *Hassemers* Gesetzesbindung und Methode, ZRP 2007, 213; *Rieble* Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, 819.

3. Verfassungstheorie

- 30 Die vorgestellten Auslegungsmethoden sind das Handwerkszeug des Juristen für die Interpretation der Verfassung. Die Art und Weise des Einsatzes dieses Handwerkszeugs wird entscheidend dadurch bestimmt, welches Grundgesetzverständnis, welches Vorverständnis der Interpret hat, welcher Verfassungstheorie er sich verpflichtet fühlt. Die Unbestimmtheit und inhaltliche Weite vieler Verfassungsnormen verweist gerade auf eine Gewissheitsverluste ausgleichende, aufklärende Verfassungstheorie. Beispielhaft und verkürzt sei dies an unterschiedlichen Grundrechtstheorien belegt.⁸³ Verfügt der Interpret

⁸⁰ *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 440–451; *Bettermann* Die verfassungskonforme Auslegung, 1986.

⁸¹ BVerfGE 30, 1, dazu Rn. 208; zu weiteren s. BVerfGE 85, 69 – Versammlungsg, dazu Sondervotum S. 77; BVerfGE 86, 288 – § 264a I 1 StPO, dazu Sondervoten S. 340, 355.

⁸² Z.B. BVerfG, NJW 2010, 2783 – Erweiterung von Art. 6 GG durch Art. 14 EMRK, Art. 9 EGRC; *Payandeti* NJW 2015, 2392; *Reimar* JZ 2015, 910; *Brennecke* EuR 2015, 440; *Michael* NJW 2010, 3537.

⁸³ Zum nachfolgenden *Böckenförde* Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529–1538 m.w.N.; s.a. *Mahlmann* Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008; dazu: *Moellers* Rechtswissenschaft 2010, 188; Gegenposition *Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

eine streng **liberale Staatsauffassung**, so kann er die Grundrechte nur als Abwehrrechte, als Schutz des Bürgers vor dem Staat verstehen.⁸⁴

Grundannahme des liberalen Staatsverständnisses ist der Dualismus von Staat und Gesellschaft. Die strikte Scheidung von Staat und Gesellschaft ist eine im Deutschland des 19. Jahrhunderts progressive, politische, freilich nie gänzlich realisierte Forderung des aufstrebenden liberalen Bürgertums gewesen. Der Staat wurde verkörpert durch die prinzipiell nicht vom Volk abhängige monarchische Gewalt in Gestalt des Herrschers und der auf ihn persönlich verpflichteten Militärs und Beamten (Staatsdiener). Die Gesellschaft hingegen war der staatsfreie Bereich der wirtschaftenden Bürger – Gesellschaft als Hort der Freiheit. Der Staat sollte lediglich durch Ruhe und Ordnung nach außen und innen für die Rahmenbedingungen der wirtschaftenden Gesellschaft sorgen (Nachtwächterstaat). Eingriffe des Staates in die Gesellschaft mittels Steuer- und Polizeibefehls bedurften gesetzlicher Grundlage. Innerhalb der Gesellschaft sind Privatautonomie (Vertragsfreiheit) und Privateigentum die organisierenden Strukturelemente. Dementsprechend dienen Grundrechte der Sicherung des privaten Freiheitsraumes dem Staat gegenüber oder drängender gegen global agierende elektronische Medienunternehmen. Gleichzeitig sind sie Normen zur Kompetenzverteilung von Staat und Gesellschaft. Der grundrechtlich garantierte Freiheitsraum bleibt dem Einzelnen überlassen. Der Staat hat keine Gewährleistungspflicht für die Realisierung der grundrechtlichen Freiheit. Die Verwirklichung der rechtlich eingeräumten Chance bleibt dem autark agierenden selbstverantwortlichen Individuum überlassen, das über beherrschten Lebensraum (Eigentum) verfügt.

Zu einer anderen, weitergehenden Auslegung des Grundgesetzes wird ein Vertreter des **institutionellen Verfassungsverständnisses** kommen. Das institutionelle Denken war in der Weimarer Republik ein Mittel, um leerlaufende Grundrechte zu effektuieren. So diente die institutionelle Auslegung der Eigentumsgarantie der Sicherung des status quo gegenüber einer möglichen entschädigungslosen Sozialisierung durch Gesetz.⁸⁵ In Abgrenzung zum liberalen Freiheitsverständnis wird die vorgegebene Freiheit zur rechtlichen Freiheit. Die Freiheit selbst wird zum Institut, das verwirklicht werden muss als organisierte, als normativ und institutionell geordnete Freiheit. Die Grundrechte sind nicht nur subjektive Rechte des Berechtigten, sondern werden auch als objektive

⁸⁴ Vgl. *Klein* Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972; *Forsthoff* (Hrsg.) Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1986, S. 165 ff. (S. 198 These VII).

⁸⁵ Vgl. *Schmitt* Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze 1958, S. 160 ff.

Ordnungsprinzipien für die von ihnen geregelten Lebensbereiche gesehen.⁸⁶ Die dem liberalen Grundrechtsverständnis eigene Blindheit gegenüber den tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung wird aufgegeben. Spezifische Aufgabe des verfassungsrechtlichen Institutionenbegriffes ist es, die soziale Wirklichkeit in das normative Grundrechtsverständnis einzubeziehen.

Das zeigt sich z.B. bei der Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG). Die liberal verstandene Pressefreiheit ist heute tatsächlich das Recht von 200 Leuten, die über die Mittel verfügen, eine Zeitung herauszugeben – wie der konservative Journalist Paul Sethe einmal gesagt hat. Aus einem institutionellen Verständnis der Pressefreiheit heraus ist es das Recht und die Pflicht des Staates, die Voraussetzungen für die wirkliche Meinungsvielfalt zu schaffen, notfalls im Zwangswege gegen Verleger mit Monopol- oder Oligopolstellung.

- 33 Auch die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte **Werttheorie**⁸⁷ hat ihren Ausgangspunkt in der Weimarer Republik, nämlich in der **Integrationslehre** von Rudolf Smend⁸⁸. Integration wird verstanden als grundlegender Lebensvorgang aller gesellschaftlichen Gebilde, als Mittel zum Verständnis der Lebenswirklichkeit des Staates. Der Staat beruhe letztlich nicht auf seinem Recht und seiner tatsächlichen Macht, sondern auf der immer neuen freiwilligen Zustimmung seiner Angehörigen. Andernfalls gerate er in schwere Daseinskrisen, was gerade das Schicksal der Weimarer Republik beweise. In dem in seinem sozialen Sein als beständiger Integrationsvorgang zu einer Erlebnis-, Kultur- und Wertgemeinschaft zu verstehenden Staat sind die Grundrechte als maßgebliche Faktoren dieses Vorgangs Elemente und Mittel der Staatshervorbringung. Vermittels der Werttheorie wird der **objektive Charakter der Grundrechte** betont – Grundrechte als objektive Normen statuieren eine Wertordnung. Die Werttheorie dient auch dazu, die Grundrechte zu einem geschlossenen Wert- und Anspruchssystem auszubauen und Probleme der Kollision von Grundrechten zu lösen, z.B. Recht auf Leben des nasciturus vs. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Mutter. Die Werttheorie öffnet die Verfassung für das rasche Einströmen zeitgebundener wechselnder Wertvorstellungen. Sie kann zur Verhüllungsformel richterlicher Dezision werden, zumal es keine allgemeingültige Rangfolge der jeweils mit absolutem Geltungsrang auftretenden Werte gibt⁸⁹.

- 34 Einen anderen Ausgangspunkt wählen diejenigen Verfassungsinterpreten, die das **Sozialstaats-** und/oder das **Demokratiegebot** zum Angelpunkt ma-

⁸⁶ Vgl. Häberle Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 III GG, 3. Aufl. (1983), S. 79 ff.

⁸⁷ BVerGE 7, 198, 205 – Lüth-Urteil, st. Rspr.; vgl. BVerfGE 73, 261, 269; 96, 375, 398.

⁸⁸ Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Stichwort „Integration“, Sp. 1024–1027.

⁸⁹ Vgl. Böckenförde a.a.O. S. 1534 m.w.N.; Jestaedt a.a.O., S. 75 ff.

chen. Die Verfassung hat demnach den Anspruch, auch in wichtige, vor allem ökonomisch-gesellschaftliche Eigengesetzlichkeiten einzugreifen. Das Sozialstaats- und das Demokratiegebot proklamieren nach dieser Ansicht mit dem sowohl demokratischen als auch sozialen Staat die gleichschrittliche Entfaltung von Demokratie in der staatlichen und in der gesellschaftlichen Sphäre (Abendroth⁹⁰/Ridder⁹¹). Auch beim BVerfG finden sich Anklänge dazu, aus einer Kombination von Grundrechten, z.B. Art. 12 oder der Garantie der Menschenwürde⁹², dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip, Leistungsansprüche gegen den Staat abzuleiten, um Freiheit real zu verwirklichen.⁹³

Im europäischen Einigungsprozess stellen sich drängende Fragen wie die 34a nach der Finalität einer „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 II EUV) etwa im Sinne von Vereinigten Staaten Europas oder aber eines kooperativen Staatenverbundes im Sinne des Maastricht-Urteiles, wie die Versuche die Finanzkrise durch immer neue Instrumentarien (Rettungsschirme) bis hin zu institutionellen Vertiefungen der Finanz- und Wirtschaftspolitik zu lösen, anstelle einer Lockerung der unionalen Geld- und Währungspolitik, wie schließlich die Versuche die Flüchtlingskrise zu meistern, sei es durch Durchsetzung einer gemeinsamen Entwicklungs-, Vorfeld-, Aufnahme- und Verteilungspolitik oder durch Einschränkung der Freizügigkeit innerhalb der EU und Aufwertung nationaler Grenzen. Diese Fragen werden unterschiedlich beantwortet, je nachdem, ob das in der Präambel des Grundgesetzes und in Art. 23 GG vorgegebene Staatsziel Vereintes Europa zugrunde gelegt wird oder die überkommene Vorstellung souveräner, wenn auch kooperierender Staatlichkeit.

Angesichts dieses buntscheckigen und verwirrenden Meinungsbildes lässt 35 sich bezweifeln, ob es die Verfassungstheorie mit dem allgemeinverbindlichen Anspruch in einem auf dem Interessenpluralismus aufbauenden Gemeinwesen überhaupt geben kann. Ist man dieser Ansicht, so konkurrieren im Einzelfall die verschiedenen Verfassungstheorien prinzipiell gleichberechtigt miteinander. Als verfassungstheoretisches Leitinteresse bliebe dann immer noch Reflexion und Kommunikation auf Dauer wirksam zu halten. Aus der Konkurrenz unterschiedlicher verfassungstheoretischer Ansätze wachsen dem Verfassungsinterpret, insbesondere dem verbindlich letztentscheidenden Bundesverfassungsgericht erhebliche Macht und Verantwortung zu. Ein Interpret, der auf die ein

⁹⁰ Das Grundgesetz, 7. Aufl., 1978, S. 69 ff.

⁹¹ Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, in: Mück (Hrsg.) Verfassungsrecht, S. 87 ff. (insb. S. 112 ff.).

⁹² BVerfG, NJW 2010, 505.

⁹³ BVerfGE 33, 303, 330; kritisch Zacher HStR, § 25 Rn. 114, Fn. 470; anders BVerfG, Urt. v. 21.7.2015, 1 BvF 2/13 – Betreuungsgeld, Rz 39.

Gemeinwesen bewegenden Zukunftsfragen nur verneinende oder gar keine Antworten gibt, verfehlt die staatsleitende und integrierende Funktion der Verfassung ebenso wie ein Gericht, dass, statt andere Verfassungsorgane zu kontrollieren, im Wettstreit mit diesen politisch gestaltend tätig wird⁹⁴. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind nicht authentische, sondern nur „autoritative“ und revidierbare Verfassungsinterpretationen.⁹⁵

Weiterführend: *Morlok* Was heißt, und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? 1988; *Grabenwarter* Verfassungstheorie, in FS P. Kirchhof I, 2013, § 13; *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.) Verfassungstheorie 2010; *Volkman* Zur heutigen Situation einer Verfassungstheorie, *Der Staat* 2012, 501; *I. Augsberg/Unger* (Hrsg.) Basistext Grundrechtstheorie, 2012.

4. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft

- 36 Im ersten Abhörurteil⁹⁶ hat das Bundesverfassungsgericht das getan, was vielfach von ihm verlangt wird. Es hat, um politisch heftig umstrittene Verfassungsänderungen nicht scheitern zu lassen, „judicial restraint“, also richterliche Zurückhaltung, geübt. Seit der Errichtung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1952 haben immer wieder andere Entscheidungen Vorwürfe ausgelöst, wie die von den Konter-Kapitänen in Karlsruhe, der Über-, Neben-, oder Gegenregierung, die politische Entscheidungen im Wege des Gerichtsurteils anstelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers fällten.

Beispiele sind:

- Das Urteil zum Grundlagenvertrag zwischen der Bundesrepublik und der DDR⁹⁷ – Kritik von der Regierung und den Regierungsparteien (berüchtigt ist die kolportierte Fehlleistung eines hohen Repräsentanten einer Regierungspartei: „Wir lassen uns die OstPolitik nicht von den acht Arschlöchern in Karlsruhe kaputtmachen.“⁹⁸).
- Der „Soldaten sind Mörder“-Beschluss⁹⁹ – Förmliche Entschließungsanträge in Bundestag und Bundesrat, prinzipielles Infragestellen des Gerichts und seiner Ehrenschutzrechtsprechung durch Rechtswissenschaftler.

⁹⁴ Dazu *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 530 ff.

⁹⁵ *Jestaedt* S. 363 ff., 374 ff.; Grundrechtsentfaltung im Gesetz; auch der Gesetzgeber ist zu keiner authentischen Auslegung des von ihm erkannten Gesetzes befugt. Dies verstieße gegen die Gewaltenteilung (BVerfGE 135, 1/14).

⁹⁶ BVerfGE 30, 1.

⁹⁷ BVerfGE 36, 1.

⁹⁸ BVerfGE 84, 90.

⁹⁹ BVerfGE 93, 266.

- Das Maastricht- und verschärft das Lissabon-Vertrags-Urteil – Kritik aus der Politik und der Wissenschaft wegen europarechtswidriger Missachtung des Integrationsauftrags wegen Isolierung Deutschlands durch einen „nationalen Riegel“ (Joschka Fischer)¹⁰⁰, „schwarzer Tag für Europa“¹⁰¹, eine ans Absurde grenzende verfassungsprozessuale Konstruktion¹⁰².
- Die Hartz IV-Entscheidung¹⁰³ – politisch unverantwortliche Sozialpolitik.
- Die Entscheidung zur steuerrechtlichen Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften.¹⁰⁴
- BVerfGE 129, 300 – 3%-Hürde, Sondervotum Müller: Nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts eine vertretbare Entscheidung des Gesetzgebers durch eine eigene vertretbare Entscheidung zu ersetzen;
- BVerfGE 141, 220 – BKA-Gesetz – Überbewertung der informationellen Selbstbestimmung gegenüber Terrorabwehr, Sondervotum Schluckebier, S. 353 und Eichberger, S. 362¹⁰⁵.

Weiterführend: Zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit s.a. Sondervotum Lübbecke-Wolff, BVerfGE 134, 366 Rn. 105 ff. – OMT; Sondervotum Gaier, E132, 1 Rn. 61 – Ersatzgesetzgeber; Sondervotum Landau, E126, 286/318; sowie weitere Sondervoten Gerhardt, E134, 366 Rn. 133 ff. – Erweiterung des Zugangs zum Gericht; Di Fabio/Mellinghoff, E129, 300/346 – zu 5%-Klauseln

Die Feststellung der Kritiker, die Richter machten Politik, trifft zu. Freilich haben die Kritiker bis heute nicht den Nachweis geliefert, wie Verfassungsrecht und Politik klar zu scheiden sind. Das Bundesverfassungsgericht, das letztverbindlich die gesamte Verfassung interpretiert und damit jede verfassungsrechtliche Streitigkeit verbindlich entscheidet, übt auch politische Gewalt aus¹⁰⁶. Zur Unmöglichkeit, zwischen politischen und juristischen Streitfragen vor der Verfassungsgerichtsbarkeit zu unterscheiden, hat bereits in den 20er Jahren des vorherigen Jahrhunderts der Präsident des Staatsgerichtshofes gesagt, diese Unterscheidung käme auf dasselbe hinaus, als wolle man Blumen in wohlriechende und giftige einteilen¹⁰⁷. Jede verfassungsrechtliche Entscheidung ist ein konstitutiver Verfassungsakt, der die Aussage der Verfassung aktuell und auto-

100 Die Zeit, 2009, Nr. 29, S. 4; s.a. Rn. 19.

101 Grotter German Law Journal 2009, 1263; s.a. Rn. 20.

102 Ruffert Europäische Währungspolitik als Herausforderung für das Recht, 2015, S. 19; s.a.a. BVerfG, NJW 2016, 3583; dazu Nettesheim NJW 2016, 3567 – „zu zurückhaltend“

103 BVerfGE 125, 175.

104 BVerfG, NJW 2010, 2783 – „eklatante, objektiv willkürliche Missachtung von Art. 6 I GG“ (so Hillgruber JZ 2010, 41/42); s.a. Uhle (Hrsg.) Zur Disposition gestellt? 2014.

105 Lindner/Unterreitmeier DÖV 2017, 90; Möllers JZ 2017, 271; Rusteberg DÖV 2017, 319.

106 Vgl. Häberle (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff. (4).

107 Lammers/Simons (Hrsg.) Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, Geleitwort v. Simons zu Band 2, 1930, S. 8 f.

ritär, aber nicht wie es oft heißt authentisch¹⁰⁸, festlegt. Diese Entscheidung ist eine rechtsetzende und damit notwendig politische. Die letztverbindliche Auslegung der die Grundlagen des politischen Lebens regelnden Verfassungsnormen – wozu das Bundesverfassungsgericht kraft Gesetz verpflichtet ist – kann nicht unpolitisch sein.

Eine andere Frage ist die, ob das demokratisch nicht direkt legitimierte und nicht verantwortliche Bundesverfassungsgericht im Wettstreit mit dem Gesetzgeber sich durch extensive (weite) Auslegung von Verfassungsnormen zum Sprachrohr nicht organisierter, konfliktschwacher Interessen, zum Vorreiter von Forderungen machen soll, von denen die Verfassungsgeber noch nicht wussten, ob praktisch alle Fragen der Innenpolitik, insbesondere der Sozialpolitik unter Grundrechtsdruck gesetzt werden sollen. Eine weitere Frage ist die, ob und inwieweit sich das Bundesverfassungsgericht nach den von ihm in den ersten Jahrzehnten erbrachten grundrechts- und bundesstaatspolitischen Aufbauleistungen stärker zurückhalten soll oder darf,¹⁰⁹ um den demokratisch-politischen Willensbildungsprozess nicht durch rechtsstaatlich-judizielle Eingriffe in die Entfaltungsmöglichkeiten zu sehr zu beschneiden. Schlimmstenfalls könnte die Überidentifizierung der Bürger mit der Verfassungsgerichtsbarkeit ein unpolitisches, antiparteiliches, antipluralistisches Misstrauen gegen die Demokratie fördern.¹¹⁰ Es ist ein Paradox, dass das nur mittelbar demokratisch legitimierte,^{110a} elitärste oberste Staatsorgan in der Öffentlichkeit die höchste Anerkennung erfährt, weit höher als das Zentralorgan der repräsentativen Demokratie. Nicht zufällig ist gelegentlich von der „Karlsruher Republik“ die Rede¹¹¹, die zu einer einzigartigen Verrechtlichung der Politik geführt hat. Anders als der US Supreme Court hat das Bundesverfassungsgericht nicht die Kompetenz aus politischen Gründen einen Rechtsstreit nicht zu entscheiden.¹¹² Die Instrumentalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch Verbände und Parteien, sogar solcher, die die Regierung tragen¹¹³, impliziert die Gefahr, dass politische Gestaltungsspielräume im Interesse der Besitzstandswahrung einzelner Gruppen verrechtlicht werden.

108 Jestaedt Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 373f.

109 VVDStRL 30, Diskussionsbeiträge von Kriele und Böckenförde S. 160–162, 162–165.

110 Zu diesem Problemkreis schon Häberle (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1ff.

110a Zur Parteinähe und zum Abstimmungsverhalten von Richtern Engst/Gschend u.a. JZ 2017, 117.

111 Casper ZRP 2002, 214; Lindner/Unterheidmeier DÖV 2017, 90.

112 Broberg/Fenger Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der EU, 2014, S. 14.

113 BVerfGE 90, 286 – Bundeswehr/Auslandseinsatz; s.a. Stüwe Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht, 1997.

Eine weitere heikle Konfliktlinie ist das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten Fachgerichtsbarkeit.¹¹⁴ Einerseits rufen Entscheidungen, die direkt die Entscheidungen der obersten Bundesgerichte aufheben, gelegentlich den Vorwurf der Kompetenzüberschreitung aus.¹¹⁵ Andererseits wird dem Mehrheitsvotum, das eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs billigt, aus den eigenen Reihen vorgeworfen, „der Senat verkennt die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs hat mit der Einführung des Verfahrens nachträglicher Protokollberichtigung [...] unter Verstoß gegen Art. 20 II und III GG in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers übergegriffen.“¹¹⁶

Schon angesprochen wurde die höchst kontroverse Frage, ob und wie das Bundesverfassungsgericht seine auf deutschem Verfassungsrecht fußende Kontrollkompetenz gegenüber unionsrechtlichen also supranationalen Akten z.B. der EZB^{116a} ausüben soll. Die Vorbildfunktion, die das Bundesverfassungsgericht im Ausland, nicht nur in Europa (z.B. Spanien, Ungarn), sondern z.B. auch in Südafrika genießt, dürfte ein besserer Gradmesser seiner Leistung sein als gelegentliche innenpolitische Aufgeregtheiten. Dieses Bild kann dauerhaft auch nicht durch ein sich „zankendes“ Gericht¹¹⁷ beeinträchtigt werden, so unerfreulich die Folgen für Gerichte und Rechtssuchende sind wie auch der Ansehensverlust des US Supreme Court zeigt. Der trotz Rückschlägen (z.B. Polen, Ungarn) weltweite Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit ist der schlagendste Beleg für die Konstitutionalisierung der nationalen Rechtsordnungen.¹¹⁸ Fraglich ist aber ob und inwieweit der Prozess der Konstitutionalisierung auf internationale Gerichte, z.B. den EuGH übertragbar ist.^{118a}

Die fortschreitende Konkretisierung der weitgefassten Grundrechte durch Rechtsprechung und Wissenschaft hat eine Eigendynamik. Ausgefeilte, vollentwickelte Grundrechtslehren erfassen mehr Lebenssachverhalte. Ein frühes Bei-

114 Dazu m.w.N. *Rollecke* HStR III, § 68.

115 Z.B. BVerfGE 88, 203 – Zweites § 218 Urteil; 92, 1 – Sitzblockade; 93, 266 – Soldaten sind Mörder; 92, 277 – DDR-Spionage, Sondervotum S. 360; 93, 121 – Vermögenssteuer, Sondervotum S. 149; s.a. *Robbers* NJW 1998, 935; zur Bindungswirkung von Kammerentscheidungen BVerfG, DÖV 2017, 192.

116 BVerfGE 122, 248.

116a BVerfG, NJW 2014, 907; *Callies* NJW 2017, 3073; BVerfG, NJW 2017, 2894; *Ruffert* JuS 2017, 1229; BVerfG, NVwZ 2017, 1759.

117 BVerfG, NJW 1998, 519 (1. Senat) u. 523 (2. Senat) – Kind als Schaden; BVerfGE 115, 118; E132, 1 – Luftsicherheitsgesetz.

118 Dazu *Schuppert/Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung 2000; *Jestaedt* in: Masing/Jonanjan (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit 2011, S. 37; *Castán* DÖV 2016, 12.

118a Dazu *Grimm* Constitutionalism, Past, Present, Future, 2016.