

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 2

CHRISTIAN BUMKE

Verfassungsstaat und Verfassung

Studie zur Verfassungstheorie
des liberalen demokratischen Verfassungsstaates
mit unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit



Duncker & Humblot · Berlin

BUMKE

Verfassungsstaat und Verfassung

Verfassungstheoretische Gespräche

Band 2

Verfassungsstaat und Verfassung

Studie zur Verfassungstheorie
des liberalen demokratischen Verfassungsstaates
mit unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit

Von

Christian Bumke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-18948-9 (Print)

ISBN 978-3-428-58948-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Folke Schuppert zum 80. Geburtstag

Vorwort

Julian Krüper und Heiko Sauer waren so freundlich, mich zu ihren „Verfassungstheoretischen Gesprächen“ einzuladen. Dafür bedanke ich mich sehr herzlich. Aus dem am 16. Januar 2020 in Bonn gehaltenen Vortrag ist über die Zeit diese Studie entstanden. Für Anregungen und konstruktive Kritik bedanke ich mich sehr bei Niklas Ettwig, Mehrdad Payandeh, Ralf Poscher, Fritz Schäfer und Andreas Voßkuhle. An der Herstellung der druckfertigen Fassung wirkten Niklas Ettwig, Leon Mark Möller, Jonas Saathoff, Jonas Schulz, Claire Vander Stichelen und insbesondere Fritz Schäfer mit – vielen Dank für die sorgfältige Arbeit.

Berlin, Februar 2023

Christian Bumke

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
------------------	----

1. Kapitel

Verfassungstheorie als Zweig der deutschen Staatsrechtslehre 22

A. Kartographische Skizze	22
I. Drei Gestaltungsvariablen	22
II. Erste Abteilung: Einsicht in die Dinge oder die Gesetze des Sozialen	28
1. Gelingensbedingungen	29
2. Typologien und Schichtenmodelle	31
III. Zweite Abteilung: Grundfragen einer Verfassung und eines demokratischen Verfassungsstaates	32
1. Erster Unterabschnitt: Die Verfassung	33
2. Zweiter Unterabschnitt: Der demokratische Verfassungsstaat ...	37
a) Typenprägende Grundfragen	37
aa) Kollektive und individuelle Selbstbestimmung	38
bb) Recht und Politik	38
cc) Gesamtgesellschaftliche Grundfragen des 19., 20. und 21. Jahrhunderts	40
b) Verfassungsstaatliche Grundmechanik	43
IV. Dritte Abteilung: Verständnisfolien	45
1. Arbeitsweisen und Eigenanteil als Orientierungspunkte	47
2. Generelle und spezielle Verständnisfolien und die Frage ihrer Ausrichtung	48
3. Die Beziehungen zwischen Verfassungstheorie und Verfassungsrechtsdogmatik	49
4. Verfassungsinterpretatorische Grundfragen	50
V. Rückblick und Verbleibendes	52

B. Status und Autorität der Verfassungstheorie	53
I. Disziplinäre Stellung	53
II. Autoritätsanspruch verfassungstheoretischer Aussagen	55
1. Kein Passierscheinerfordernis für den Übergang von Verfassungstheorie zu Verfassungsrechtsdogmatik	55
2. Eine (un-)mögliche Unterscheidung: Rechtsnorm oder Rechtssatz	58

2. Kapitel

Verfassungstheorie als Grundbaustein eines liberalen demokratischen Verfassungsstaates mit unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit

A. Verfassungsstaatlicher Typus als verständnisleitender Rahmen und Fixpunkt der Verfassungstheorie	63
I. Methodisch-konzeptionelle Vergewisserung	64
II. Die Familie liberaler demokratischer Verfassungsstaaten mit unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit	65
III. Konzeptionelles Vorverständnis	68
B. Grundzüge einer Verfassungstheorie	71
I. Konzept der Verfassung	73
1. Verfassung als Text, Recht und Praxis	73
2. Verfassung im Sinne der Verfassungsurkunde und ihr Verhältnis zur Verfassung im Sinne des Verfassungsrechts	76
3. Bedeutung der Verfassung im Sinne der Verfassungsurkunde	79
a) Die rechtliche Dimension	79
b) Die politische Dimension	82
c) (Un-)Unterscheidbarkeit von Recht und Politik	82
d) Die kulturelle Dimension	84
4. Verfassungsfunktionen	86
II. Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratische Ordnung	88
1. Legitimation und Grundverständnis der verfassungsstaatlichen Demokratie	89
2. Verfassungsgericht und demokratischer Gesetzgeber	93

3. Verfassungsinterpretation	98
a) Grundsatzkritik	100
b) Aufklärung	100
aa) Faktoren	101
bb) Eigenschaften	101
c) Verlagerung	103
d) Auflösung	103
e) Eingrenzung	104
aa) Instrumentelle Festlegungen	104
(1) Ausschluss von Instrumenten	105
(2) Auszeichnung für das Verstehen maßgeblicher Instru- mente	106
bb) Inhaltlich-strukturelle Festlegungen	108
cc) Institutionelle Festlegungen	109
III. Das Politische	110
1. Eigenständigkeit des Verfassungsrechts	111
a) Vorrang und Vorbehalt der Verfassung	111
b) Verfassungsrechtlicher Anleitungsanspruch gegenüber der Politik	113
c) Ausschluss außerverfassungsrechtlicher Legitimation	116
d) Funktionen des Verfassungsrechts	118
2. Entpolitisierung und Repolitisierung der Verfassung und der Ver- fassungsgerichtsbarkeit	119
a) Verfassungsgerichtsbarkeit als eigenständige Form der Ent- politisierung	119
b) Fragwürdigkeit verfassungsgerichtlicher Entpolitisierung ...	122
c) Hoffnungen und Sorgen einer (Re-)Politisierung der Verfas- sungsgerichtsbarkeit	123
IV. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Teil der Grundmecha- nik des DEMOKRATISCHEN VERFASSUNGSSTAATES	127
1. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als urwüchsige Kraft	130
2. Die Aufgaben der Grundmechanik des DEMOKRATISCHEN VER- FASSUNGSSTAATES	132

a) Keine Rechtfertigung und kein „Grenzbegriff“ des DEMOKRATISCHEN VERFASSUNGSSTAATES	132
b) Das Volk als alleiniges Zurechnungssubjekt menschlicher Herrschaft	133
c) Bindung und elementare Veränderungen	134
Literaturverzeichnis	136
Sachwortverzeichnis	177

Einleitung

Das Bedürfnis nach Verfassungstheorie entsteht in dem Moment, in dem sich das Verfassungsrecht als eigenständige Schicht etabliert und wenigstens punktuell das Politische domestiziert, wenn also der Ausgang politischer Auseinandersetzungen auch von verfassungsrechtlichen Beurteilungen abhängt. Es ist deshalb kein Zufall, dass in Deutschland das Nachdenken über die Verfassung, ihr Konzept und ihren Charakter, ihr Entstehen und die Bedingungen ihres Gelingens, ihre Funktionen und Wirkweisen, die Grundsätze ihrer Interpretation und die von ihr erhobenen Ordnungs- und Gestaltungsansprüche einschließlich ihrer Leit- und Strukturprinzipen während der Weimarer Republik einsetzte. Die geschriebene Verfassung war zwar schon mit dem Aufkommen der konstitutionellen Monarchien im deutschsprachigen Raum zu einem zentralen Bezugspunkt im politischen Denken avanciert, doch blieb ihre rechtliche Relevanz begrenzt.¹

¹ Mehrere Gründe verhinderten eine weitergehende rechtliche Bedeutung: *Erstens* wurde der Gedanke der Verfassungsbindung zwar wirkmächtig; er führte aber noch nicht zu der Vorstellung, dass das Verfassungsrecht den politischen Prozess anleiten und in umfassender Weise Maßstab allen staatlichen Handelns sein sollte. Mit dem Aufkommen der konstitutionellen Monarchie setzte sich der Gedanke einer Bindung des Monarchen an die Verfassung weitgehend durch. Dem stand nach weit verbreiteter Meinung auch das sog. monarchische Prinzip nicht entgegen (repräsentativ für diese Vorstellung sind die auf dem 3. und 4. Deutschen Juristentag gefassten Beschlüsse bezüglich der Befugnisse der Gerichte, die Verfassungsmäßigkeit einer fürstlichen Verordnung und die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu prüfen, siehe Schriftführer-Amt der ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages, 1863, S. 61 ff.; dass., Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages, 1864, S. 67 ff.; über die damalige Litr. informieren sorgfältig *Schack*, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung, 1918; *Oswald*, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie und unter der Weimarer Reichsverfassung, 1974). Aus dem Bindungsgedanken und der Aufgabe der Gerichte, das geltende Recht zu erkennen und anzuwenden, wurde die Befugnis der Gerichte zur Prüfung abgeleitet, ob eine fürstliche Verordnung verfassungsgemäß erlassen und insbesondere ob es nicht einer Mitwirkung der Landesstände bedurft hätte; mit anderen Worten ging es da-

Heute hat sich die Verfassungstheorie in dem umschriebenen Sinne als fester Bestandteil der deutschen Staatsrechtslehre etabliert: kein ge-

rum, ob der Fürst seinen Kompetenzbereich überschritten hatte. Diese Prüfungsbefugnis besaß hohe politische Brisanz (näher *Ogorek*, ZNR 11 (1989), S. 12 ff.). Sie wurde von verschiedenen Obergerichten praktiziert und führte mitunter zum Einsatz von Militärgewalt, um „bürgerlichen“ Widerstand zu brechen (vgl. *Herrmann*, Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat, 2001, S. 85 ff.). Deutlich unsicherer gestaltete sich demgegenüber das staatswissenschaftliche Gespräch mit Blick auf Prüfungsbefugnisse gegenüber Gesetzen. Gelegentlich nahm ein Obergericht eine entsprechende Prüfungsbefugnis für sich in Anspruch und zog dabei sogar die wohlerworbenen Rechte als Grenze für den Gesetzgeber heran (z. B. OAG Lübeck, *Seuffert's Archiv* 2 (1877), S. 129 ff.).

Doch blieb diese Praxis sehr vereinzelt (zur bislang nicht systematisch erschlossenen Rechtspraxis bezüglich Verordnungen und Gesetzen *Konschegg*, Ursprung und Wandlung des richterlichen Prüfungsrechtes in Deutschland im 19. Jahrhundert, 1936, S. 44 ff.; *Frotscher*, Der Staat 10 (1971), S. 383 ff.). Aus der Logik richterlicher Entscheidungstätigkeit heraus sprachen sich viele für eine parallele Prüfung der förmlich-kompetenziellen Verfassungsvoraussetzungen aus. Nur gelegentlich fanden sich unter Rückgriff auf die US-amerikanische Rechtsentwicklung Plädoyers für eine umfassende Verfassungsbindung des Gesetzgebers (bspw. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1, 1860, S. 66 ff.; *Reichensperger*, Redebeitrag, in: Schriftführer-Amt der ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages, 1863, S. 25; *Planck*, Jher. Jb. 9 (1868), S. 288, 361). Die in dieser Hinsicht repräsentativen Überlegungen Mohls machen deutlich, dass die entscheidenden Fragen der konstitutionellen Monarchie nicht auf der Ebene des Rechts, sondern auf der Ebene der Politik lagen. Die neue Ordnung wurde auch von Mohl nicht über verfassungsrechtliche, sondern über politische Kategorien erschlossen. Im Mittelpunkt standen die Landesstände und die Frage einer „parlamentarischen Regierungsweise“ (vgl. *Mohl*, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1, 1855, S. 281 ff., 288 ff.). Darüber hinaus stand der allgemeine Grundsatz richterlicher Prüfungsbefugnis unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Regelung in der Verfassung. So schloss Art. 106 Abs. 2 der (revidierten) Preußischen Verfassung von 1850 das richterliche Prüfungsrecht gegenüber einer fürstlichen Verordnung aus (zu den verschiedenen Regelungen in den deutschsprachigen Ländern bis Mitte des 19. Jh. *Planck*, Jher. Jb. 9 (1868), S. 288, 381 ff.). Und auf der Ebene des Reichsrechts setzte sich nach 1871 die von Laband entwickelte Auslegung des Art. 17 der Reichsverfassung in Literatur und Praxis durch (näher *Hornauer*, Das Reichsgericht zur Frage des richterlichen Prüfungsrechtes (1919–1933), 2009, S. 24 ff., 43 ff.). Danach war dem Kaiser mit der Ausfertigungsbefugnis auch die Kompetenz vorbehalten, über die formell-kompetenzielle Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze zu entscheiden (*Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl. 1901, S. 42 ff.; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 395 ff.).

haltvoller verfassungsrechtlicher Text, der nicht explizit oder implizit auf verfassungstheoretischen Einsichten und Überzeugungen aufbaut. Stabilität und Verlässlichkeit, aber auch ihre Selbstverständlichkeit gewinnt die Verfassungstheorie aus der Entfaltung des Verfassungsrechts und einer

Zweitens wurden die Grundrechte nicht als Grenze für den Gesetzgeber, sondern als Ausdruck und Ausgangspunkt für die neue konstitutionelle Ordnung verstanden. Sie waren Teil der im Entstehen begriffenen bürgerlichen Rechtsordnung, die auf dem Prinzip allgemeiner und gleicher Rechtsfähigkeit aufbaute. Die Pressefreiheit beispielsweise sollte vor exekutiven Übergriffen bewahren; Schutz versprach man sich vom Gesetz (näher *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192 ff., 308 ff.; *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 341 ff.). Deshalb konnte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch der Gedanke durchsetzen, dass sich die Bedeutung der Grundrechte weitgehend im Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erschöpft (paradigmatisch *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 103: „Alle Freiheit ist einfach Freiheit vor gesetzwidrigem Zwange“).

Drittens lassen sich zwar verschiedene Prototypen einer Verfassungsgerichtsbarkeit ausmachen (*Scheuner*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 1 ff.; *Hoke*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: Starck/Stern/Bachof (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1983, S. 25, Kap. III–VII). Ungeachtet der vielfach bestehenden Vorbehalte gegenüber einer solchen Einrichtung bauten alle diese Spielarten aber auf dem Gedanken der Gerichte als einem neutralen Dritten auf, der bloß über kompetenzielle Grenzen entschied. Deshalb kam eine solche Einrichtung beispielsweise bei föderalen Fragen in Betracht. Niemand kam jedoch auf die Idee, in der Justiz den „Hüter der Reichsverfassung“ (so die Charakterisierung des Kaisers durch *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl. 1901, S. 46) zu sehen (näher *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 121 ff.).

Viertens verlor der Verfassungsgedanke nach der gescheiterten Revolution an Selbststand. Die Verfassung wurde zu einem praktisch-pragmatischen Instrument. Das beste Beispiel dafür ist das Verständnis der Reichsverfassung von 1871 als bloßes Organisationsstatut. Die Schaffung nationaler Einheit, die Gründung eines Reiches und die Wiederherstellung des Kaisertums waren herausragende politische Ereignisse. Die Verfassung war allerdings nur ein Mittel unter vielen, um diese Dinge zu verwirklichen. Dazu passte die Haltung des sog. staatsrechtlichen Positivismus. Dieser sah in der Verfassung ein Reichsgesetz wie jedes andere (sehr klar formuliert von *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl. 1901, S. 39; *Meyer/Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 689 f.). Aus diesem Grunde konnte auch jedes Gesetz – sofern nur die Erfordernisse für eine Verfassungsänderung beachtet wurden – von den Vorgaben der Verfassung(surkunde) abweichen.