

Rechtsdurchsetzung und der Wille zum (Verfassungs-)Recht – Die normative Kraft der Verfassung

Rike Krämer-Hoppe*

Vom 01.- 2.3.2018 fand an der Ruhr-Universität in Bochum eine Tagung zum Thema „Die normative Kraft der Verfassung“ statt – organisiert wurde diese Tagung von den Professoren Julian Krüper (Bochum), Heiko Sauer (Bonn) und Mehrdad Payandeh (Hamburg). Die Anlässe für die Tagung waren zweierlei: „100 Jahre Konrad Hesse“, wobei man präziser von 99 Jahre hätte sprechen müssen, da Konrad Hesse erst am 29. Januar 1919 in Königsberg in Ostpreußen geboren wurde und sein 100. Geburtstag uns somit erst nächstes Jahr bevorsteht. Der zweite Anlass war das 60-jährige Jubiläum seiner Antrittsvorlesung, die er im Jahr 1958 in Freiburg gehalten hatte und die 1959 erschien.¹ Diese 24 Seiten umfassende Antrittsvorlesung war der prägende Text der Veranstaltung, bildete er doch die Grundlage der Diskussionen und Vorträge.

Bevor auf den Inhalt des Textes und die verschiedenen Vorträge vertieft eingegangen wird, soll zunächst das Format der Tagung eingehender betrachtet werden (A). Dem schließt sich eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Rechtsdurchsetzung und der Normativität an (B). Die Normativität der Verfassung und die verschiedenen Verstärkungs- oder Beschränkungsmechanismen waren Gegenstand fast aller Referate. Der Beitrag endet mit einem Ruf nach mehr Mut für unsere Verfassung und einem Fazit (C).

A. Der Lesekreis als Tagungsformat

Die Tagung bediente sich einem eher ungewöhnlichen Format, dem des Lesekreises. Neben den Vortragenden hatten nicht wenige Teilnehmerinnen und Teilnehmer selbst den Text dabei. *Hans Vorländer*, Professor für Politische Theorie und Ideengeschichte an der technischen Universität Dresden, integrierte in seinen Vortrag sogar ein Bild seines eigenen, mit vielen Anmerkungen versehenen Exemplars des Textes. Während der Tagung wurde aus dem Text zitiert, er wurde zur Hand genommen und es wurde um seine Interpretation gerungen.

Voraussetzungen für einen gelungenen Lesekreis sind Interesse, Offenheit und Enthusiasmus.² Diese drei Tugenden waren reichlich vorhanden. Und schon das kurze Vorwort von Prof. Dr. *Albrecht Hesse*, juristischer Direktor des bayrischen Rundfunkrates und Sohn Konrad Hesses, verdeutlichte, dass Hesse selbst diese Tu-

* Dr. Rike Krämer-Hoppe ist Habilitandin und akademische Rätin am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik bei Herrn Prof. Dr. Stefan Magen an der Ruhr-Universität Bochum.

1 K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959.

2 T. Böhm, Das Lesekreisbuch – Eine Anleitung, Berlin 2011.

genden innewohnten. So zeigt doch der heimliche Beginn des Jurastudiums, der eigene Vater war Ökonom, den Enthusiasmus für dieses Fach. Bei den Anmerkungen und Fragen aus dem Publikum wurde nicht selten auf die eigene Teilnahme am berühmten Hesse Seminar hingewiesen, das Konrad Hesse 1956 in Freiburg aufbaute und bis 1992 zuletzt mit Ernst Benda weiterführte. Diesem berühmten Seminar haftete ein „Ruf von Liberalität und intellektueller Offenheit an.“³

Der Beitrag von *Anna Katharina Mangold*, Privatdozentin an der Goethe-Universität Frankfurt, widmete sich daher passend der Bedeutung von Klassikertexten im öffentlichen Recht am Beispiel der Antrittsvorlesung Konrad Hesses. Aufgrund von Krankheit vorgetragen von Mathias Hong, Privatdozent an der Goethe Universität Frankfurt, stellte sie die treffliche Frage, um was für einen Klassiker es sich bei dem Text handele: eine klassische Antrittsvorlesung, einen klassischen Referenztext oder die Antrittsvorlesung eines Klassikers. Alle drei Textgattungen wurden von ihr bejaht. Mit seiner Antrittsvorlesung stellte Hesse sich seinen Kollegen in Freiburg vor und skizzierte sein Forschungsprogramm. Der Text wurde fünfmal rezensiert und vielfach zitiert. Mit seinem prägenden Lehrbuch zum Verfassungsrecht⁴ ist Konrad Hesse auch selbst ein Klassiker des öffentlichen Rechts. Der Text ist mithin in dreierlei Hinsicht ein Klassikertext, dessen These nicht an Aktualität eingebüßt hat. Für einen Lesekreis ist der Text damit bestens geeignet.⁵

B. Das Normative und die Rechtsdurchsetzung

Die Antrittsvorlesung trägt den Titel „Die normative Kraft der Verfassung“. Die diesem Text zugrunde liegende Kernfrage lautet: „Gibt es neben der bestimmenden Macht der tatsächlichen Verhältnisse und der gegebenen politischen und sozialen Kräfte auch eine bestimmende Kraft des Verfassungsrechts?“⁶ Die aufgeworfene Frage wird von Hesse mit „Ja, aber“ beantwortet und diese besondere Kraft wird als die „normative“ bezeichnet. Bevor auf die einzelnen Referate und deren Bezug zu der Kernfrage eingegangen wird, soll kurz das „Normative“ näher beleuchtet werden. Auch wenn Hesse selbst der Begriff der Implementation wohl zu technokratisch erschienen wäre, so Rainer Wahl auf eine Rückfrage von Karl-Peter Sommermann, soll die Implementationsforschung und die Durchsetzung von Recht hier als Strukturierungsfolie dienen.

3 F. Günther, *Denken vom Staat her – Die Bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München 2004, S. 224.

4 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

5 Vgl. A. K. Mangold/S. Arndt, *Wie gründe ich einen feministischen Lesekreis? – Eine Anleitung zum Selbermachen*, Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes (djBZ) 2010, S. 98-99.

6 Hesse, *Die normative Kraft* (Fn. 1), S. 6.

Die Rechtsdurchsetzung ist die Kongruenz zwischen dem in den Normen niedergelegten normativen Sollen und der Wirklichkeit, dem Tatsächlichen. Christian Waldhoff stellt diesbezüglich fest: „Das Recht als Sollensordnung ist nicht auf abstrakte Geltung, sondern auf Verwirklichung angelegt.“⁷ Bezüglich der Verfassung fügt Hesse dieser Aussage noch etwas hinzu: „Aber, und das ist hier ausschlaggebend, der Geltungsanspruch einer Verfassung ist mit den Bedingungen seiner Realisierung nicht identisch; sondern er tritt als ein eigenes Element zu diesen Bedingungen hinzu.“⁸ *Matthias Jestaedt*, Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Universität Freiburg im Breisgau, problematisierte diese Bedingungen in seinem Referat. Unklar sei, was die normative Kraft einer Rechtsnorm sein solle, wenn nicht ihre Geltung.⁹ Gleichzeitig wies er darauf hin, dass die Schrift Hesses keinen Ansatz enthalte, wie sich dieses Konzept operationalisieren lasse und was die relevanten Wirklichkeitsbedingungen sind und wie sich diese messen lassen. An dieser Stelle tritt die Implementationsforschung auf den Plan, widmet sie sich doch genau diesen Bedingungen und geht der Frage nach, ob intendierte Steuerungswirkungen in der Realität auftreten und wenn nicht, warum.¹⁰

Die Implementationsforschung geht davon aus, dass für einen gelungenen Vollzug der Gesetzgebungsprozess, das Regelungsdesign, die Organisation des Vollzuges und die Adressaten der Regelung eine wichtige Rolle spielen.¹¹ In seiner Schrift entwickelt Hesse selbst verschiedene Maßstäbe, die der Durchsetzung des Verfassungsrechts förderlich oder hinderlich sind: die Anpassung an das Gegebene und der Wille zur Verfassung. Die Anpassung an das Gegebene wird von ihm weiter spezifiziert. Um überhaupt anpassungsfähig zu sein, muss die Verfassung nur elementare Grundsätze enthalten und sich nicht auf einseitige Strukturen gründen. Der Wille zur Verfassung zeigt sich in der Verfassungspraxis, in der Revision der Verfassung und in der Verfassungsinterpretation. Die verbleibenden Referate befassten sich aus verschiedenen Perspektiven mit diesen Durchsetzungsbedingungen.

7 C. Waldhoff (2013), Administrative Rechtsdurchsetzung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., München 2013, S. 295-455, Rn. 1.

8 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 8.

9 Zu dieser Frage und dem Begriff der Normativität ausführlich S. Magen, Zur naturalistischen Erklärung rechtlicher Normativität. Ein Grundriss, in: G.-P. Callies/L. Kähler (Hrsg.), Theorien im Recht – Theorien über das Recht, Beiheft des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, im Erscheinen.

10 S. Winter, Implementation, in: G. Peters/J. Pierre (Hrsg.), The SAGE Handbook of Public Administration, London 2012, S. 255 ff.

11 So schon R. Mayntz, Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, Die Verwaltung 1977, S. 51-66; S. Winter, Implementation (Fn. 10), S. 255 ff.

I. Der Ausgangspunkt: die Verfassung

Rainer Wahl, emeritierter Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungswissenschaft sowie neuere Verfassungsgeschichte an der Universität Freiburg, bettete den Text in seinen historischen Kontext ein. Er betonte, dass man den Text nicht einfach auf die heutige Zeit übertragen und mit unserem heutigen Vorverständnis lesen könne. Der Text stamme aus der Anfangsphase des Verfassungsrechts. Wahl unterstrich das Neue an Hesses Gedanken und das dürftige Umfeld in dem diese Gedanken wuchsen. Gleichzeitig machte er den Wunsch von Hesse deutlich: das Überleben der Verfassung zu sichern. Im Mittelpunkt des Textes steht die Verfassung. Die Verfassung bildet den Ausgangspunkt des Textes. Es zeigt sich das erste Bedingtheitsmoment: die Perspektive. Das Denken von der Verfassung her, welches Hesse für die Bundesrepublik Deutschland mitgeprägt hat.¹²

II. Narrative und der Gründungsmythos

Hans Vorländer, Professor für Politische Theorie und Ideengeschichte an der technischen Universität Dresden, widmete sich aus politikwissenschaftlicher Sicht verschiedenen Möglichkeiten, das Überleben der Verfassung zu sichern sowie zu stärken, und damit den oben aufgeworfenen Bedingungen. Die Verfassung sei eine Autorität. Diese sei aber nicht von vornherein gegeben, sondern wird erzeugt: im Diskurs, in Konflikten. Der Gründungsmythos der verfassungsgebenden Versammlung sowie bestimmte Rituale verstärken diese Autorität und halten sie lebendig. Ein Beispiel ist die Rotunde der „Charters of Freedom“ in Washington DC, in der die drei wichtigsten Verfassungsdokumente der USA ausgestellt werden: die Unabhängigkeitserklärung, die Verfassung und die „Bill of Rights“. Durch diese Ausstellung wird ein Symbol geschaffen und ein Narrativ aufrechterhalten. Beide erzeugen und stärken die Normativität der Verfassung. Mit den Worten Hesses: „Die rechtliche Verfassung ist durch die geschichtliche Wirklichkeit bedingt.“¹³

III. Einheit in Vielfalt – Gegenstruktur

Udo Di Fabio, Professor für öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, sprach zu der Frage von Normativitätsdiskursen im Vergleich der Verfassungswissenschaften. Er stellte klar, dass Normativität etwas anderes sei als die „bloße“ Rechtsgeltung. Vielmehr gehe es um die außerjuristische Reflexion über Normen. Angelehnt an Niklas Luhmann konstatierte er, dass das Recht ein ausdifferenziertes Funktionssystem sei, welches seinen eigenen Logiken folge und mit den anderen Funktionssystemen nur gekoppelt sei. Dennoch ge-

12 O. Lepsius/A. Doering-Manteuffel, Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation, in: A. Doering-Manteuffel/B. Greiner/O. Lepsius (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen 2015, S. 194.

13 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 16.

be es eine normative Matrix. Diese sei keine absolute Einheit, sondern vielmehr die Sehnsucht nach einer Einheit. Diese normative Matrix, zu der er die Würde des Menschen zählte, sei in Europa eine andere als bei den Chinesen. Allerdings sei diese auch in Europa auf dem Rückzug. Zumindest in Europa gibt es noch das Streben nach Einheit in Vielfalt in Gestalt einer normativen Matrix.

Thomas Kleinlein, Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, befasste sich ebenfalls mit der Einheit in Vielfalt, mit dem Föderalismus. Seine These war, dass föderale Systeme eine spezifische Normativität aufweisen. An verschiedenen föderalen Systemen machte er deutlich, in welchen Konstellationen der Föderalismus die Normativität der Verfassung stärkt und wo dieser sie eher schwächt. Nach Hesse kann der Föderalismus nicht ohne ein gewisses Maß an Unitarismus bestehen und so endete der Vortrag damit, dass sich die Verfassungsnormativität und die föderalen Strukturen wechselseitig aufeinander beziehen.

Der Vortrag von *Ingolf Pernice*, Professor und Direktor des Humboldt Institutes für Internet und Gesellschaft, hatte die Normativität der europäischen Verfassung zum Gegenstand. Und schon gleich zu Beginn stellte er klar, dass sich durch die EU der Charakter der deutschen Verfassung verändere. Durch diese Veränderung verringere sich die Bedeutung des Grundgesetzes nicht, sondern sie wachse als Teil und innerhalb der EU. Die verschiedenen Elemente der europäischen Verfassung, das Primärrecht, die Protokolle, die Grundrechtecharta, um nur einige zu nennen, wurden von ihm erläutert. Dieses zusammengesetzte System entfalte eine steuernde prägende Kraft für das wirkliche Leben. Anders als gemeinhin erwartet, machte er deutlich, dass Rechtsbruch oder fehlende Rechtsdurchsetzung und Compliance nicht das Ende der Normativität bedeuteten; ganz im Gegenteil, der richtige Umgang mit Widerspruch, Konflikt und Vielfalt könne helfen, die Normativität der europäischen Verfassung zu stärken. Denn gerade in den Fällen des Konfliktes kommt es zum Gespräch; Lernen findet statt. Das dem Sanktionsverfahren in Art. 7 EUV vorgelagerte Dialogverfahren schwäche damit nicht die normative Kraft der europäischen Verfassung, sondern stärke diese. Gleichzeitig hielt er fest, dass die Unabhängigkeit die Voraussetzung für die normative Kraft der EU-Verfassung sei.

Hesse selbst konstatierte, dass eine der Bedingungen für die normative Kraft der Verfassung die Aufnahme der Gegenstruktur sei: „Die Verfassung darf schließlich, um in der sich wandelnden politischen und sozialen Wirklichkeit lebensfähig zu bleiben, nicht auf einseitige Strukturen gegründet sein. Will sie die normative

Kraft, so muss sie in sorgfältiger Abwägung stets ein Stück der Gegenstruktur in sich aufnehmen.“¹⁴

IV. Das verstärkende Element – der Wille zum Verfassungsrecht

Der Vortrag von *Gabriele Britz*, Professorin für Öffentliches Recht und Europarecht und Richterin des Bundesverfassungsgerichts, hatte die normative Kraft des Grundgesetzes zum Gegenstand und führte verschiedene Akteure in die Debatte mit ein. Sie stellte zu Beginn klar, dass der Wille zur Verfassung das Bleibende des Textes sei. Dieser geht laut Hesse „aus einer dreifachen Wurzel hervor: Er beruht auf der Einsicht in die Notwendigkeit und den Eigenwert einer unverbrüchlichen, das staatliche Leben aus maß- und gestaltloser Willkür heraushebenden objektiven und normativen Ordnung. Er beruht auf der Überzeugung, daß diese durch die Verfassung konstituierte Ordnung mehr ist als eine bloß faktische, nämlich legitimierte und stets von neuem zu legitimierende Ordnung. Er beruht, damit zusammenhängend, auf dem Bewußtsein, daß diese Ordnung nicht wie ein Denkgesetz unabhängig von allem menschlichen Wollen gelten kann, sondern nur durch Willensakte in Geltung zu setzen und zu erhalten ist“¹⁵

Diese normative Ordnung, so Britz, sei jedoch beschränkt. Der Geltungsanspruch des Grundgesetzes erstreckte sich nicht auf die ausländische oder die supranationale Gewalt, es geht nicht um gesellschaftliche Geltung und der Geltungsanspruch sei in erster Linie Abwehr- und nicht Leistungsanspruch. In einem zweiten Schritt erläuterte sie, wie das Bundesverfassungsgericht durch seine Rechtsprechung die normative Kraft der Verfassung auch in andere Bereiche, beispielsweise im Bereich der Schutz- und Leistungspflichten des Staates (Existenzminimum, Nikolausbeschluss und Zwangsbehandlung), erweitert hat. Sie bewertete diese Erweiterung aber als zweischneidig. Die normative Kraft der Verfassung wurde durch das Bundesverfassungsgericht zwar erweitert, zugleich wurde der Politik ein Stück Verantwortung genommen. Sie stellte klar, dass nur das Bundesverfassungsgericht die normative Kraft der Verfassung nicht garantieren kann. In seiner Schrift hatte Hesse darauf hingewiesen, dass die Fragen der Rechtsdurchsetzung „gerade im Bereich der Verfassung besonders hervor[treten], weil hier im Gegensatz zu anderen Bereichen letztlich die äußere Gewähr für die Durchsetzung der rechtlichen Normierung fehlt.“¹⁶ Diese äußere Gewähr kann nur durch den Willen zum Verfassungsrecht sichergestellt werden. Es bedarf vieler Akteure, der Politik, Gerichte, Anwälte, Bürgerinnen und Bürger, die den Willen zum Verfassungsrecht weitertragen. Jubelmenten, so Britz, bedürfe es allerdings nicht.

14 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 14.

15 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 12.

16 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 6.

C. Fazit

Die Durchsetzung des Verfassungsrechts ist eine der Gesellschaft aufgegebenen Obliegenheit. Schon vor 60 Jahren stellte Hesse fest: „Es wird von der uns allen aufgegebenen Bewahrung und Stärkung der normativen Kraft der Verfassung und ihrer Grundvoraussetzung, dem Willen zur Verfassung, abhängen, ob die Fragen unserer staatlichen Zukunft Machtfragen oder Rechtsfragen sein werden.“¹⁷ In Zeiten von Populismus, Rechtsruck und schwindender Rechtsstaatlichkeit in manchen Ländern der Europäischen Union ist der Vorschlag von Klaus Ferdinand Gärditz und Maximilian Steinbeis, eine weitere Verankerung des Bundesverfassungsgerichtes und anderer essentieller Rechte in der Verfassung vielleicht ein notwendiger, aber kein hinreichender Schritt.¹⁸ Zwar genießt das Bundesverfassungsgericht seit Jahren eine hohe Akzeptanz in der Bevölkerung. Das Faktum einer solchen Institution reicht allerdings allein nicht aus, um die Verfassung zu schützen. Hierzu bedarf es eines von vielen getragenen Willens zur Verfassung, ein lebendiges und gelebtes Verfassungsrecht und Mut zum Verfassungsrecht.

Die Implementationsforschung weist den Bürgerinnen und Bürger eine eher passive Rolle zu, kommen sie doch in dem zu untersuchenden Implementationsprozess nur als Adressaten einer Regelung vor. Der Wille zum Verfassungsrecht zeigt jedoch, dass sie das Normative selbst mitkreieren können und nicht nur Adressaten dieses Willens sind. Diese Perspektive gilt es in die Implementationsforschung miteinzubeziehen.

Insgesamt machte die Teilnahme an der Tagung Vorfreude auf mehr: mehr von diesem Format und mehr von Konrad Hesse. Anlässlich seines 100. Geburtstages im nächsten Jahr können wir weitere wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit seinem Werk freudig erwarten.

17 Hesse, Die normative Kraft (Fn. 1), S. 24.

18 K.-F. Gärditz/ M. Steinbeis: „Die meisten Dinge, die in Polen und Ungarn gelaufen sind, könnten ohne weiteres hier auch passieren“, VerBlog, 2018/2/22, <https://verfassungsblog.de/die-meisten-dinge-die-in-polen-und-ungarn-gelaufen-sind-koennten-ohne-weiteres-hier-auch-passieren/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20180223-091326>.