

## ANALYSEN UND BERICHTE

# Die dirigierende Verfassung und die Krise der Verfassungslehre am Beispiel Brasiliens

Von *Gilberto Bercovici*, São Paulo

### 1. Einführung

Die Verfassung steckt in einer Krise. Im Falle Brasiliens ist die Krise der Verfassung von 1988 eindeutig<sup>1</sup>, obwohl gewisse Autoren behaupten, sie sei „unsere erste tatsächlich normative Verfassung“<sup>2</sup>. Die Verwirrung bezüglich der brasilianischen Rechtsauffassung nahm zu mit der Herausgabe der neuen Theorie des portugiesischen Verfassungsrechtlers José Joaquim Gomes Canotilho nach Überarbeitung seines Werkes von 1982 „Dirigierende

<sup>1</sup> Siehe z.B. *Fábio Konder Comparato*, Réquiem para uma Constituição, Revista Trimestral de Direito Público nº 20, São Paulo, 1997, S. 5-11 und *Paulo Bonavides*, Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional, São Paulo, 1999. José Joaquim Gomes Canotilho bezeichnet die Krise seinerseits in einem der Teile seines Vorworts zur 2. Auflage des Buches „Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador“ als „Übelkeit der Verfassung und postmoderner Pessimismus“. Vgl. *José Joaquim Gomes Canotilho*, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2. Aufl., Coimbra, 2001, S. V-VIII.

<sup>2</sup> *Luís Roberto Barroso*, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo), Revista Trimestral de Direito Público Nr. 29, São Paulo, 2000, S. 56. Im Gegensatz zu Barroso sehe ich in einer Verfassung, die in weniger als 10 Jahren über 30 Änderungen erfuhr, von denen viele gegen ihre eigene ideologische Linie verstießen, nicht unsere normierteste Verfassung. Für die „ontologische“ Klassifizierung der Verfassungen in normative, nominelle und semantische siehe *Karl Loewenstein*, Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age, in: Arnold J. Zurcher (Hrsg.), Constitutions and Constitutional Trends since World War II, 2. Aufl., New York, 1955, S. 203-206 und *Karl Loewenstein*, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen, 2000, S. 151-157. Für die Kritik von Loewensteins Klassifizierung siehe *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, 1992, S. 65-71 und *Marcelo Neves*, A Constitucionalização Simbólica, São Paulo, 1994, S. 95-99 und 151-153.

Verfassung und Anbindung des Gesetzgebers“, das starken Einfluss ausgeübt hatte auf einen Teil der brasilianischen Spezialisten im öffentlichen Recht<sup>3</sup>.

Trotzdem änderte die brasilianische Verfassungslehre ihre Voraussetzungen für die Analyse und das Verständnis der Verfassung nicht. Entweder übernahmen die liberalen (oder neoliberalen) Kritiker der Verfassung von 1988<sup>4</sup> die Überarbeitung Canotilhos oder man kritisierte sie und beließ es bei seiner Theorie der dirigierenden Verfassung als einem Analysewerkzeug der Verfassung von 1988<sup>5</sup>. Die meisten restlichen Anhänger der Lehre deuteten weiterhin das brasilianische Verfassungsproblem innerhalb der traditionellen Parameter der Dichotomie Verfassung X Realität, wobei sie eine extrem optimistische, wenn nicht naive Sichtweise der Rechtsprechung als die große Hoffnung bei der Konkretisierung der Verfassung von 1988 beibehielten.

Nicht unrecht haben diejenigen, die hervorheben, das brasilianische Verfassungsrecht durchlebe einen „virtuosen Moment“<sup>6</sup>. Noch nie wurden in Brasilien so viele Werke über die Verfassung geschrieben. Heute findet sich im Land eine hochwertige und aktualisierte Verfassungslehre, die vergleichbar ist mit den besten Europas. Möglicherweise wegen einer übermäßigen Beschäftigung mit der Verfassungsinterpretation und der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit schafft es diese Verfassungslehre jedoch nicht, in einer befriedigenden Weise mit den politischen, sozialen und volkswirtschaftlichen Problemen der neuen Verfassungsordnung in einem Schwellenland wie Brasilien<sup>7</sup> umzugehen. Diese Unange-

<sup>3</sup> Diese Änderungen werden erörtert in den Artikeln „Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo“, Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 15, São Paulo, RT, April/Juni 1996, S. 7-17; „A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático“, in: J. A. Pinto Ribeiro (Koord.), O Homem e o Tempo – Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, S. 413-422; „Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente“, in: Paulo Borba Casella (Koord.), Mercosul: Integração Regional e Globalização, Rio de Janeiro, 2000, S. 205-217 und „O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milénio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida“, in: VVAA, Constitución y Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, S. 215-225, wovon ein Großteil wieder aufgenommen wird im Vorwort zur 2. Aufl. des Buches von José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. V-XXX.

<sup>4</sup> Siehe z.B. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Desafios Institucionais Brasileiros, in: Ives Sandra Martins (Koord.), Desafios do Século XXI, São Paulo, 1997, S. 195.

<sup>5</sup> Dies ist der Fall in meinem Artikel: Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, Revista de Informação Legislativa Nr. 142, Brasília, Senado Federal, April/Juni 1999, S. 35-51.

<sup>6</sup> Luís Roberto Barroso, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo), S. 54-57.

<sup>7</sup> Die Ausnahme ist Marcelo Neves, der versucht, das Dilemma des Verfassungsgeschehens der peripheren Länder zu verstehen, besonders in seinem Werk „Verfassung und Positivität des

messenheit erscheint durch die Globalisierung und den Neoliberalismus nur noch deutlicher. Die vorgebrachten Lösungen bewegen sich immer zwischen dem Instrumentalismus der Verfassung (die Lösung muss lediglich in der Verfassung vorgesehen sein), dem Glauben an die Rechtsprechung als „Retter der Republik“ oder der Annahme einer prozessualen Anschauung der Verfassung, die sich somit auf ein „Werkzeug der Regierung“ oder ein „Symbol der nationalen Identität“<sup>8</sup> beschränkt.

Bei einer Analyse ausländischer Autoren, besonders der europäischen, sind jedoch, ähnlich wie hierzulande, verschiedene Fragen und Unzulänglichkeiten in ihren Verfassungslehren feststellbar: Der exzessive Formalismus (oder Normativismus) des Verfassungsrechtes, das Dilemma der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle der Rechtmäßigkeit in einer Demokratie, kurz gesagt, die Entpolitisierung der Verfassung. Somit gelangt man zu folgendem Ergebnis: Die Krise ist weniger eine Krise der Verfassung als vielmehr eine ihrer Lehre.

Somit gestaltet sich das Ziel des vorliegenden Beitrags als Versuch, das Aufkommen der Krise der Verfassungslehre historisch zu beleuchten sowie eine Alternative zur Überwindung dieser Krise aufzuzeigen. Im Bewusstsein der Limitationen und Unterlassungen einer Untersuchung diesen Umfangs wird nicht ein Monopol über die richtigen oder wahren Lösungen angestrebt. Bezweckt ist vielmehr, den Dialog zu erweitern, auch mit den übrigen sozialen Wissenschaften, um einen Ausweg aus der gegebenen theoretischen Sackgasse zu finden.

In diesem Sinne wird vorgeschlagen, dem von Pedro de Vega García<sup>9</sup> vorgezeigten Weg zu folgen sowie auch teilweise die von Maurizio Fioravanti entwickelte These über die doppelte historische Bewegung des modernen öffentlichen Rechts: „*doppio movimento storico del diritto pubblico moderno, dalla ‘Costituzione’ allo ‘Stato’, e dallo ‘Stato’ alla ‘Costituzione’*“<sup>10</sup>. Laut Fioravanti lösen sich Staat und Verfassung historisch gesehen als Schlüssebegriffe des öffentlichen Rechts ab. Dem Vorrang der Verfassung und des Konstitutio-

Rechts in der peripheren Moderne“, S. 89-94 u.a. und die neuere Stellungnahme von Lenio Streck, in der er für die Schaffung einer passenden Lehre für die dirigierende Verfassung in Ländern, die sich spät modernisierten, plädiert. Vgl. *Lenio Luiz Streck, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, 2002, S. 112-116.

<sup>8</sup> Siehe bezüglich beider Ausdrücke: *Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, 1995, S. 22-23 und *José Eduardo Faria, O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, 1999, S. 32-35.

<sup>9</sup> Sehr eingehend und aufschlussreich hierzu *Pedro de Vega García, El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional, Teoría y Realidad Constitucional* Nr. 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Januar/Juni 1998, S. 65-87.

<sup>10</sup> *Maurizio Fioravanti, Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Turin, 1993, S. 4.

nalismus, die den liberalen Revolutionen des 18. Jahrhunderts entstammten, folgte die Vorherrschaft des Staates und der Allgemeinen Staatslehre ab Mitte des 19. Jahrhunderts<sup>11</sup>. Die Krise der letzteren am Anfang des 20. Jahrhunderts hatte zur Folge, dass die Studien des öffentlichen Rechts sich auf die Verfassung und die Verfassungslehre verlagerten, besonders nach dem 2. Weltkrieg. In dieser Arbeit dienen die Thesen Fioravantis jedoch nur als Ausgangspunkt, da ein Verständnis herrscht, dass die Krise der Verfassungslehre durch eine erneuerte Staatslehre überwunden werden kann.

## 2. Die Verfassungslehre als Kapitel der Allgemeinen Staatslehre

Das Thema des Vorrangs der Verfassung als Grundnorm des Staates, die die Rechte und Freiheiten der Menschen garantiert, wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelt, besonders von der Allgemeinen Staatslehre. Der Begriff diente einerseits dazu, die den Staat bildenden Gewalten dem Contratualisme und der Herrschaft des Volkes als den Hauptgedanken der französischen Revolution, gegenüberzustellen. Andererseits, bewirkte er die Gegenüberstellung der Verfassung und der Macht des Monarchen, wodurch letztere begrenzt wurde. Somit verhinderte die Staatsverfassung ein Übermaß einerseits an Monarchenmacht (die auf ein Organ des Staates beschränkt und somit von der Verfassung bestimmt wurde) und andererseits an Volksmacht (das Volk wurde als Element des Staates betrachtet). Obwohl liberal, waren die Verfassungen immer noch nicht demokratisch. Und noch wichtiger: Die Verfassung "gehörte" weder dem König noch dem Volke, sondern dem Staat, so wie das Recht auch nur positives, durch den Staat gegebenes Recht war. Genauso war die Verfassungslehre ein Kapitel der Allgemeinen Staatslehre<sup>12</sup>.

Die Allgemeine Staatslehre ist ein Fach, das ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit dem rechtlichen Positivismus eine methodologische Bereinigung von politischen, sozialen, historischen und philosophischen Elementen in der Staatsanalyse und dem öffentlichen

<sup>11</sup> Bezuglich des Höhepunkts des Verfassungsgedankens zwischen Mitte des 18. Jahrhunderts und Mitte des 19. Jahrhunderts sowie der Übernahme einer Hauptrolle durch den Staat in den Überlegungen über das öffentliche Recht ab 1850, siehe Michael Stolleis, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, in: Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 2001, S. 17-18 und 32.

<sup>12</sup> Karl Loewenstein, *Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age*, S. 196-197; Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione*, S. 144-145; Dieter Grimm, Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung, in: Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt/M., 1994, S. 106-109 und 143-146; Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, S. 135-139 und Michael Stolleis, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, S. 19-32. Für einen Vergleich des Verfassungsgedankens (Gemeinsamkeiten und Unterschiede) in der französischen und der deutschen Allgemeinen Staatslehre, siehe Raymond Carré de Malberg, Contribution à la Théorie Générale de l'État, Neudruck, Paris, 1962, 1. Buch, S. 65-67 und 2. Buch, S. 492-495 und 499-500.

Recht sucht. Die durch die Pandektisten inspirierten Positivisten, wie die Deutschen Carl Friedrich von Gerber und Paul Laband und der Italiener Vittorio Emmanuele Orlando sahen im Privatrecht ein vom öffentlichen Recht zu befolgendes Beispiel durch die Übernahme einer „ausschließlich juristischen“<sup>13</sup> Methodologie. Als Beispiel der Anwendung der Privatrechts-Methode im öffentlichen Recht dient der folgende Vorwortabschnitt der ersten Ausgabe des Werkes Paul Labands „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches“ in der französischen Übersetzung:

*„La simple transposition de principes et de règles de droit civil dans les rapports de droit public n'est certes pas utile pour avoir une connaissance exacte de ses derniers: cette manière «civiliste» de traiter le droit public n'est pas convenable. Mais souvent la condamnation de la méthode «civiliste» cache la répugnance à traiter le droit public d'une manière «juridique», et, en voulant, écarter les principes de droit privé, on rejette vraiment des principes de Droit, pour les remplacer par des considérations philosophiques et politiques. Sans doute, à vrai dire, la science du droit privé a pris une telle avance sur toutes les autres disciplines du Droit que celles-ci ne doivent pas craindre de se mettre à l'école de la première, mieux développée; dans l'état actuel de la littérature de droit public et en particulier de droit public d'Empire, il y a bien moins à redouter de la voir s'inspirer trop du droit civil, que de la voir perdre tout caractère juridique et tomber au niveau de la littérature politique du journal“<sup>14</sup>.*

Gerber, ursprünglich Dozent für Privatrecht, vertritt in seinen Werken „Über öffentliche Rechte“ (1852) und „Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts“ (1865) die Meinung, dass das Objekt einer Wissenschaft des öffentlichen Rechts nur das positive Recht sein sollte. Seine Gedanken galten dem Aufbau eines wissenschaftlichen Systems für das öffentliche Recht, d.h., der Ausstattung des öffentlichen Rechts mit wissenschaftlicher Autonomie<sup>15</sup>. Demnach behauptet Gerber, das öffentliche Recht solle sich Eingebung holen in den ausschließlich juristischen Methoden des Privatrechts<sup>16</sup>. Außerdem solle die Dogmatik des öffentlichen Rechts pur sein, frei von jeglichen nicht-juristischen Elementen, wie Geschichte, Philosophie und besonders Politik<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt/M., 1958, S. 146-149.

<sup>14</sup> Paul Laband, Le Droit Public de l'Empire Allemand, Paris, 1900, 1. Band, S. 4-5 (préface de la première édition allemande – 1876).

<sup>15</sup> Carl Friedrich von Gerber, Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco, in: Diritto Pubblico, Milano, 1971, S. 91 und 96-101.

<sup>16</sup> Vgl. Carl Friedrich von Gerber, Sui Diritti Pubblici, in: Diritto Pubblico, S. 29.

<sup>17</sup> Carl Friedrich von Gerber, Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco, S. 207-210. Siehe auch Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 135-146 und 152; Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, in: Carl Schmitt, Théorie de la Constitution, Paris, 1993, S. 64-65; Carlos Miguel Herrera, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, Paris, 1997, S. 72-77 und Olivier Jouanjan, Carl Friedrich Gerber et la Constitution d'une Science du Droit Public Allemand, in: Olivier Beaud/Patrick Wachsmann (Hrsg.), La Science Juridique

Paul Laband, Autor des einflussreichen Werkes „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches“ (erste Ausgabe von 1876), wandte seinerseits systematisch die von Gerber entwickelte wissenschaftliche Methode<sup>18</sup> im öffentlichen Recht des damals von Bismarck vereinigten deutschen Reiches an. Basierend auf der Methode des Privatrechts, konsolidierte Laband die juristische Methode des öffentlichen Rechts, indem er die nicht dogmatischen Untersuchungen vom wissenschaftlichen Gebiet des öffentlichen Rechts ausschloss. Mittels der logischen Analyse der allgemeinen juristischen Konzepte vertrat Laband die Vereinigung der juristischen Dogmatik von wertenden Erwägungen, besonders den politischen<sup>19</sup>. „Pour remplir cette tâche, il n'y a pas d'autre moyen que la logique; rien ne peut ici la remplacer; toutes les considérations historiques, politiques et philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles-mêmes, sont sans importance pour la dogmatique d'un Droit concret et ne servent trop souvent qu'à voiler le manque de travail systématique“<sup>20</sup>.

Laut Walter Wilhelm wies die juristische Methode des öffentlichen Rechts von Gerber und Laband starke Verflechtungen mit der Politik auf. Mittels der Entfernung von wertenden und nicht dogmatischen Elementen aus der Analyse des deutschen öffentlichen Rechts wurde eine Legitimation des deutschen Reichs selber bezweckt, wobei eine mögliche politische Kritik als „nicht wissenschaftlich“ ausgeschlossen wurde. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die positivistische Lehre, besonders das Werk Paul Labands, zur offiziellen juristischen Lehre des deutschen Reichs wurde<sup>21</sup>.

Française et la Science Juridique Allemande de 1870 à 1918 (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg Nr. 1), Strasbourg, 1997, S. 19-22. Bezüglich des Ursprungs von Gerbers Methode, siehe *Walter Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, Tübingen, 1993, S. 96-115.

<sup>18</sup> *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 14-15; *Olivier Beaud*, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 65-70 und *Carlos Miguel Herrera*, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, S. 77-80. Bezüglich der Kontinuitäten und Brüche zwischen Gerber und Laband, siehe *Walter Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, S. 205-208.

<sup>19</sup> *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 7-11 und 157-158.

<sup>20</sup> *Paul Laband*, Le Droit Public de l'Empire Allemand, Band 1, S. 10 (Vorwort der 2. deutschen Aufl. 1887).

<sup>21</sup> Vgl. *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 152-156 und 159. Bezüglich einer entgegengesetzten Meinung, siehe *Walter Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, S. 42-46 und 245. Siehe auch *Rogério Guilherme Ehrhardt Soares*, Direito Público e Sociedade Técnica, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969, S. 19-27 und *Olivier Jouanjan*, Carl Friedrich Gerber et la Constitution d'une Science du Droit Public Allemand, S. 62-63.

Der Positivismus wurde ebenfalls, obwohl mit verschiedenen Divergenzen, von Georg Jellinek als Methode angewandt bei der Ausarbeitung seiner Allgemeinen Staatslehre<sup>22</sup>. Trotz seiner Absicht, eine juristische Staatslehre aufzustellen und zu begründen, ließ er das Vorhandensein einer soziologischen Staatslehre zu. Seiner Meinung nach sollte sich eine Allgemeine Staatslehre an zwei Grundsätze lehnen: Der Staat ist eine soziale Struktur und eine juristische Institution, deshalb sei sowohl eine soziologische wie auch eine juristische Staatslehre möglich. Die soziologische Lehre habe das „Sein“ des Staates als Studienobjekt mittels Fakten und der Geschichte, kurz gesagt, sie sei eine „naturalistische“ Untersuchung des Staates. Die juristische Lehre des Staates studiere ihrerseits die „Soll“-Normen, die zu unterscheiden seien vom „Sein“ des Staates als eines sozialen Phänomens. Es sei jedoch nicht möglich, jegliche dem juristischen Gebiet fremde Untersuchungsmethoden in die Allgemeine Staatslehre einzuführen: Obwohl sie sich vornehme, den sozialen Begriff des Staates zu vervollständigen, dürfe der juristische Begriff nicht mit ihm verwechselt werden<sup>23</sup>.

Jellinek wollte ein weltweit gültiges System erschaffen, abseits der Geschichte und der Realität. Jellineks juristische Staatslehre basiert laut Pedro da Vega auf drei Voraussetzungen: Das Recht ist positiv, der Staat besitzt das Monopol über die juristische Schöpfung und der Staat ist eine juristische Persönlichkeit. Der wichtigste Gedanke sei der, der den Staat als juristische Person sehe im Zusammenhang mit der Theorie der Selbstverpflichtung des Staates. Immerhin verpflichte der Staat sich selbst, indem er das Recht kreire, und werde Träger von Rechten und Pflichten, indem er sich dem Recht unterstelle<sup>24</sup>.

Der klassische Begriff von Verfassung in der Allgemeinen Staatslehre ist der Jellineks, der die Verfassung versteht als die juristischen Grundsätze, die die höchsten Staatsorgane, ihr Entstehen und ihr Verhältnis zueinander definieren und somit die Reichweite ihres Handelns und die Situation eines jeden gegenüber der Staatsmacht bestimmen<sup>25</sup>. Die Verfas-

<sup>22</sup> Eine der größten Divergenzen Jellineks gegenüber des Rechtspositivismus' ist vermutlich dessen Auffassung von der „normativen Kraft des Faktischen“. Bezuglich dieser Auffassung, siehe *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Neudruck der 3. Aufl., Darmstadt, 1960, S. 337-344. Bezuglich der Gemeinsamkeiten und Divergenzen von Jellinek gegenüber Gerber und Laband, siehe *Walter Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, S. 214-217 und 219-223. Siehe auch *Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé*, S. 70-72.

<sup>23</sup> *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 10-21, 34-42, 50-52 und 137-140.

<sup>24</sup> Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre., S. 169-173, 182-183, 367-375 und 386-387. Siehe auch *Pedro de Vega Garcia*, El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional, S. 65-67 e 70-72.

<sup>25</sup> *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 505. Jellineks Begriff kann verglichen werden mit dem Carré de Malbergs: „Au point de vue juridique, la base de la puissance étatique c'est le statut organique de l'État, sa Constitution; et celle-ci ne s'analyse point en un contrat entre les membres de l'État, mais elle est promulguée au nom de l'État lui-même et de l'État seul, comme un acte de sa volonté unilatérale“ in: *Raymond Carré de Malberg*, Contribution à la Théorie Générale de

sung sei staatlich, denn sie sei nur mit dem Staat möglich. Der Staat werde von der Verfassung vorausgesetzt, deren Aufgabe die Regulierung der staatlichen Organe, ihrer Funktionsweise und ihres Wirkungskreises sei, folglich werde die individuelle Freiheitssphäre der Bürger dadurch begrenzt. Die Verfassung sei ein Werkzeug der Regierung, deren Macht sie verfahrenstechnisch legitimiere und somit begrenze. Die Politik gehöre nicht zur Verfassung<sup>26</sup>. Laut Jellinek ist eine Abgrenzung zwischen Recht und Politik bei Studien des Staates und Analysen der Verfassung angebracht, wobei höchstens juristische Studien als Zusatz zu den politischen zugelassen werden sollten<sup>27</sup>.

### 3. Die Krise der Allgemeinen Staatslehre und die Verfassungslehre

Die Verfassungslehre wird im 20. Jahrhundert richtig Fuß fassen<sup>28</sup> als Folge der aus der berühmten „Weimarer Debatte“ entstandenen Diskussionen, in denen sich die verschiedensten Methodologien zum Verständnis des Staates und der Verfassung dem juristischen Positivismus, vor allem Hans Kelsen, gegenüberstellten<sup>29</sup>. Der Ausgangspunkt dieser Diskussionen war die dann offensichtliche Krise in den Voraussetzungen, Methoden und Sinn der Geisteswissenschaften im allgemeinen und des Rechts im besonderen. Laut Hermann

*l'État cit.*, Band 1, S. 56-57, Note 5. Für eine Untersuchung der deutschen Debatte über den Begriff der Verfassung im 19. Jahrhundert, siehe Dieter Grimm, Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung, S. 109-146.

<sup>26</sup> Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 361-363; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt/M., 1992, S. 33-36 und 42-44 und Maurizio Fioravanti, Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo, in: La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento, Milano, 2001, Band 2, S. 871-875. Siehe auch Raymond Carré de Malberg, Contribution à la Théorie Générale de l'État, Band 1, S. 232-235.

<sup>27</sup> Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung, Neudruck, Goldbach, 1996, S. 5-6 e 80. Beziüglich der Tatsache dass Jellinek, wie auch die meisten deutschen Spezialisten in öffentlichem Recht der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, die Trennung zwischen Politik und öffentlichem Recht vorschlugen, siehe Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 141-142.

<sup>28</sup> Maurizio Fioravanti, Stato e Costituzione *cit.*, S. 145. Siehe auch Manuel García-Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, 8. Aufl., Madrid, 1993, S. 79-81.

<sup>29</sup> Es gibt eine Unmenge an Bibliographie über die methodologische Debatte der Weimarer Republik. Siehe, vertretend für alle Werke, den ausgezeichneten Artikel von Manfred Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 102, Tübingen, 1977, S. 161-209 und Peter C. Caldwell, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism, Durham/London, 1997, S. 78-144. Beziüglich der Krise des Rechtspositivismus' und der Kritik der „Weimarer Debatte“ am Positivismus, siehe Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, S. 29-36 und 240-245. Siehe ebenfalls Manuel García-Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, S. 67-78.

Heller führte diese Krise dazu, dass die theoretische Unzulänglichkeit und die praktische Unfruchtbarkeit der Allgemeinen Staatslehre erkannt wurden<sup>30</sup>. Die Krise war, genauer gesagt, die der Allgemeinen Staatslehre.

Indem er die juristische Methode als die einzige mögliche bestimmte, übersah der juristische Positivismus von Gerber und Laband das soziale Substrat des Staates. Obwohl man wissenschaftliche Genauigkeit bevorzugte, wurden alle konkreten Probleme der Staatslehre als metajuristisch ausgeschlossen. Für Heller war es offensichtlich, dass die Anwendung der juristischen Methode unmöglich war: Nähme man die positivistische Methode tatsächlich ernst, käme eine Lehre wie die Allgemeine Staatslehre nicht in Frage<sup>31</sup>. Wie später erläutert, trug Hans Kelsen genau dies vor.

Die Verdienste Jellineks bestanden in der Erkenntnis, so Heller, dass die Ausarbeitung einer Allgemeinen Staatslehre ohne die Soziologie nicht möglich sei. Er würde seine Methode jedoch nicht zufriedenstellend befolgen, indem er sich darauf beschränkte, eine soziale Staatslehre der juristischen hinzuzusetzen. Somit zerfalle sein Werk in zwei verschiedene und zusammenhanglose Teile<sup>32</sup>. Eine weitere Kritik an Jellineks Allgemeinen Staatslehre bezieht sich auf seine Suche nach einer lückenlosen Kenntnis des Staates, denn sein Studienobjekt sei der Staat im allgemeinen, die „Essenz“ des Staates. Sobald die juristisch-positivistische Methode als überholt galt, wurde dieses „encyklopädische Verständnis“ zu einem Ganzen ohne Einheit, wie Sebastião Botto de Barros Tojal bemerkte. Werde irgendeine Einheit des systematisierten wissenschaftlichen Wissens erreicht, so ist diese Einheit lediglich auf aprioristische Werte gegründet, d.h. sie ist vorwiegend eine idealistische Einheit, eine abstrakte, aus künstlich universellen Konzepten bestehende Einheit. Somit erscheint die Allgemeine Staatslehre als eine Wissenschaft des Geistes, und nicht der Realität<sup>33</sup>.

Als Hans Kelsen die Anwendung der juristisch-positivistischen Methode bis zu den letzten Konsequenzen vorbrachte, womit er in den Worten Hellers eine „Staatslehre ohne Staat“<sup>34</sup> kreierte, wurde die Krise der Allgemeine Staatslehre offenkundig. Laut Olivier Beaud fand

<sup>30</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: Gesammelte Schriften, 2. Aufl., Tübingen, 1992, Band 2, S. 5. Siehe auch S. 14-15. Über Hellers Auffassung der „Krise der Staatslehre“ und seine Haltung in der Weimarer Methodologiedebatte, siehe David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford/New York, 1999, S. 167-176.

<sup>31</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 8-10 e 12-13.

<sup>32</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 12.

<sup>33</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 25-26; Hermann Heller, Staatslehre, 6. Aufl., Tübingen, 1983, S. 12-14 e 75-81 und Sebastião Botto de Barros Tojal, Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social, Rio de Janeiro, 1997, S. 9-10, 14-16 e 136-140.

<sup>34</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 15-24.

die Auseinandersetzung dann zwischen den neohegelianischen und neokantianischen Begriffen des Staates und der Verfassung statt, also zwischen dem Gedanken, die Verfassung sei das Gesetz des globalen politischen Lebens eines Staates, was sie verbinde mit dem politischen „Sein“ des Staates, und dem Gedanken, sie sei eine nur das staatliche Verhalten festlegende Rechtsregel, wodurch sie verbunden sei mit dem „Sein sollen“ des Staates. Zusammenfassend: Die Verfassung wurde verstanden als die politisch-soziale Staatsform eines Landes (Gedanke, der von Autoren verschiedenster Ideologien vertreten wird; er findet seinen Ursprung bei Hegel und wird von Ferdinand Lasalle und Lorenz von Stein übernommen) oder lediglich als der Wortlaut der das Verhalten der Staatsakteure bestimmenden Verfassung (Gedanke, der vom Neokantianismus und dem positivistischen Normativismus vertreten wird)<sup>35</sup>.

Auf diese Weise brachte die Krise der Allgemeinen Staatslehre drei große Theorien zu ihrer Überwindung hervor. Alle lehnten eine Fortsetzung der „encyklopädischen“ Allgemeinen Staatslehre in der von Georg Jellinek gerühmten Form ab. Zwei dieser Theorien ersetzten die alte Allgemeine Staatslehre durch die neue Verfassungslehre. Einerseits gab es die Sicht der Verfassung als eine ausschließliche Rechtsnorm (Kelsen). Andererseits die materiellen Verfassungslehren, die nicht verstanden wurden als einfache Rechtsnormen, sondern als globales Gesetz des politischen Lebens des Staates und der Gesellschaft (Schmitt und Smend). Die dritte Ausarbeitung des Themas suchte die komplette methodologische Erneuerung der Allgemeinen Staatslehre, die ersetzt wurde durch die Staatslehre als Wissenschaft der Realität (Heller).

Die meist gehörte Kritik an Hans Kelsen während der „Weimarer Debatte“ war die, er wäre der letzte Vertreter des „Labandismus“, der Gipfel der positivistischen juristischen Tradition<sup>36</sup>. Diese Kritik basierte auf seiner positivistischen Radikalität, indem er davon ausging, die Allgemeine Staatslehre sei der Allgemeinen Rechtslehre gleichsetzbar. Der Staat sei ein Normensystem, so Kelsen, somit könne er nicht mehr als eine juristische Anordnung sein. Für ihn bedeutete das Verhältnis zwischen Staat und Recht, dass beide identisch sind, da er den Staat und die positive juristische Anordnung gleichsetzte. Ist der Staat die juristische Anordnung selber, so ist die Staatslehre als juristischer Wissenszweig möglich und übereinstimmend mit der Rechtslehre<sup>37</sup>. In seiner Theorie trennte Kelsen außerdem den Staat (= die Anordnung) von der Politik, denn die Politik sei die Doktrin des gerechten und ideellen

<sup>35</sup> Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 75-85. Siehe auch Olivier Beaud, La Puissance de l'Etat, Paris, 1994, S. 359-368.

<sup>36</sup> Siehe für alle Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 15-16. Siehe auch Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 72-73.

<sup>37</sup> Hans Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Neudruck der 2. Aufl., Aalen, 1962, S. 86-91 und Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Neudruck, Wien, 1993, S. 16-18, 52-54 und 74-76.

Staates, die sich unterscheide von der Staatslehre, die Doktrin des möglichen, konkreten und reellen Staates, die das positive Recht sei<sup>38</sup>.

Es gibt jedoch Autoren, wie Maurizio Fioravanti, die in Kelsen nicht die Kontinuität der positivistischen Tradition des 19. Jahrhunderts sahen, sondern die Ruptur mit ihr. Letztere wurde deutlich in seinem ersten großen Werk, „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ von 1911, in dem Kelsen eine Reihe von Kritiken an der „dominierenden Doktrin“ in der Allgemeinen Staatslehre formulierte<sup>39</sup>. Man muss diese Sicht nicht teilen, denn die schweren Kritiken Kelsens an der „dominierenden Doktrin“ richteten sich nicht an die positivistische Schule Gerbers und Labands, sondern an Georg Jellinek, wie später erörtert wird<sup>40</sup>.

Der Gedanke von Staat und Recht als verschiedene Wesen führe, so Kelsen, zu einer Unterscheidung zwischen einer soziologischen und einer juristischen Staatslehre, wie von Jellinek vorgeschlagen. Dies ergebe Widersprüche in der Allgemeinen Staatslehre, denn der Staat sei Gegenstand zweier ganz verschiedener Wissenschaften, die zwei verschiedene Methoden und unterschiedliche Zwecke und Fragestellungen hätten. Um dieses Problem zu lösen, hebt Kelsen hervor, das Spezifikum des Staates beruhe aus juristischer Sicht darin, dass er ein Normensystem sei. Seine Existenz beruhe objektiv auf denjenigen Normen, deren objektive Gültigkeit seine Ordnung bilden<sup>41</sup>.

Aus denselben Gründen, die eine über dasselbe Objekt übereinstimmende soziologische und juristische Staatslehre nicht zulassen, kritisiert Kelsen die Theorie der Selbstverpflichtung des Staates von Jellinek. Der Gedanke, so Kelsen, dass der Staat sich aufgrund seines eigenen Rechts selbst verpflichte, sei widersprüchlich, denn er schaffe eine Dualität zwischen Staat und Recht, die in der Rechtswissenschaft unmöglich sei. Schließlich könne

<sup>38</sup> Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 27-28, 44-45 und 80. Bzgl. Der Verbindungen zwischen der Staatslehre und der Allgemeinen Staatslehre bei Kelsen, siehe Carlos Miguel Herrera, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, S. 20-26.

<sup>39</sup> Maurizio Fioravanti, Kelsen, Schmitt e la Tradizione Giuridica dell’Ottocento, in: La Scienza del Diritto Pubblico, Band 2, S. 610-626 und 653. Siehe auch Carlos Miguel Herrera, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, S. 71-72. Bzgl. der kritischen Überarbeitung der Postulate des juristischen Positivismus durch Kelsen, siehe Pedro de Vega García, El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional, S. 72-75.

<sup>40</sup> Bzgl. der Ähnlichkeit zwischen Kelsens und Labands Kritik an Jellinek siehe Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, S. 222-223. Für eine Erörterung der Beziehung zwischen Kelsen und Jellinek (für eine gewissen Zeit Schüler und Dozent), siehe Carlos Miguel Herrera, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, S. 81-85.

<sup>41</sup> Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Neudruck der 2. Aufl., Aalen, 1960, S. XVI-XII (Vorwort der 2. Aufl. von 1923); Hans Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 105-106 und 114-132 und Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 6-7, 14-15 und 19-21.

der Staat nicht durch seine juristische Anordnung selbstverpflichtet werden, da beide dasselbe seien, der Staat sei die juristische Anordnung<sup>42</sup>.

In den Untersuchungen über die „Weimarer Debatte“, die sich konzentrierten auf die Frage der Bekämpfung des juristischen Positivismus und das Verhältnis zwischen Staat, Verfassung, Politik und Realität, blieb oft die möglicherweise große Innovation Hans Kelsens unbemerkt: Der Ersatz der Allgemeinen Staatslehre durch die Verfassungslehre<sup>43</sup>. Kelsen weist auf die Wichtigkeit des Rechtmäßigseins der Verfassung hin, wodurch er den Gedanken der staatlichen Verfassung weiter ausarbeitete: Die Grundlage der Verfassung sei nicht der Staat oder die „normative Kraft der Fakten“, sondern die Grundnorm, die nicht gegeben, sondern vorausgesetzt werde<sup>44</sup>.

Die hierarchische Struktur des Schaffensvorgangs des Rechts schließe mit einer Grundnorm ab, die die Grundlage der Einheit der juristischen Ordnung sei, so Kelsen. Die Grundnorm sei hypothetisch, nicht positiviert, also nicht bestimmt durch jegliche höhere Norm des positiven Rechts. Diese Grundnorm sei die Verfassung im rechtslogischen Sinn, die ein schaffendes Organ des Rechts einrichte, einen niedrigeren Rang, der die Schaffung der die Gesetzgebung regulierenden Normen festsetze. Dieses Organ sei die eigentliche Verfassung oder die Verfassung im positivrechtlichen Sinne<sup>45</sup>.

Für Kelsen ist der Inhalt der Allgemeinen Staatslehre die Untersuchung der die Gültigkeit und Produktion der staatlichen Ordnung betreffenden Probleme, d.h. der juristischen Ordnung. Wie bereits erwähnt, werden diese Probleme der Schaffung der juristischen Ordnung

<sup>42</sup> Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. XVI-XXII (Vorwort der 2. Aufl. von 1923) und S. 395-412; Hans Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 132-140 und Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 74-76.

<sup>43</sup> Im selben Sinne siehe Pedro de Vega García: “Se había refugiado el positivismo jurídico en una Teoría General del Estado abstracta e intemporal que le había permitido, por una parte, ocultar los grandes problemas políticos y sociales de la realidad histórica, y, por otra, prescindir de la lógica del Estado Constitucional tal y como fue planteada en los procesos revolucionarios burgueses. De alguna manera lo que hace Kelsen es reaccionar contra ese doble abandono. Es verdad que su teoría pura del Derecho y del Estado sigue presentándose en términos de abstracción y atemporalidad, y que su concepción de la democracia como método y como respeto a las reglas de juego de los distintos intereses sociales, continúa apareciendo como una doctrina avalorativa y neutral. Pero no lo es menos que sus rectificaciones a la lógica jurídica del positivismo clásico (con la crítica, por ejemplo, a la distinción entre ley formal y material), y la eliminación arbitraria de las identidades entre pueblo y Estado, le iban a permitir convertirse en pionero y protagonista de ese singular cambio histórico que supuso el paso de la razón de Estado a la razón de Constitución”, in: Pedro de Vega García, El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional, S.74-75.

<sup>44</sup> Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 80-81.

<sup>45</sup> Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 248-250.

(Schaffung des Rechts und Grundlegung der Ordnungseinheit) unter dem Begriff „Verfassung“ verstanden. So bedeutet für Kelsen „Allgemeine Staatslehre auch eine Allgemeine Verfassungslehre“<sup>46</sup>.

Trotz der Darlegungen Kelsens, in denen er auf den Übergang der Allgemeinen Staatslehre in die Verfassungslehre hinwies, war die 1928 herausgegebene „Verfassungslehre“ von Carl Schmitt das erste Werk, das die Verfassungslehre als ein eigenes Gebiet des allgemeinen öffentlichen Rechts verstand. Das Ziel Schmitts war die Veröffentlichung eines Werkes, das systematisch die Fragen der Verfassungslehre aufnahm, die nebenbei durch das Staatsrecht und die Allgemeine Staatslehre behandelt wurden. Die Notwendigkeit einer getrennten Behandlung dieser Fragen wurde von Carl Schmitt hervorgehoben, indem er den juristischen Positivismus kritisierte, der die wichtigsten Fragen des politischen Rechts in die Allgemeine Staatslehre versetzte. In diesem Fach würden die Fragen der Verfassungslehre nicht in angemessener Form behandelt, da sie sich zwischen den allgemeinen politischen Lehren und den durch die Staatslehre umfassten philosophischen, geschichtlichen und soziologischen Themen bewegten. Mit der Verfassungslehre wollte Schmitt die vom normativistischen Positivismus geschaffene Aufteilung zwischen Allgemeiner Staatslehre, Staatsrecht und Politik überwinden, um eine Rehabilitation der Politik in der Untersuchung der Verfassungslehre zu ermöglichen<sup>47</sup>.

Laut Carl Schmitts Verfassungslehre kann die Verfassung im absoluten Sinn vier verschiedene Bedeutungen haben. Somit ist die Verfassung die konkrete Wesensart der vorhandenen politischen Einheit, d.h. es gibt nicht eine Verfassung des Staates, die Form und Tätigkeit des Staatswillens reglementiert, sondern der Staat ist die Verfassung selber. Eine andere mögliche Bedeutung ist die der Verfassung als Regierungsform, womit der Staat bezeichnet wird, wie er ist, und nicht wie er sein sollte. Zuletzt kann die Verfassung verstanden werden, so Rudolf Smend, als das aktive Prinzip eines dynamischen Prozesses der konstanten Bildung und Erneuerung der politischen Einheit (Integrationslehre)<sup>48</sup>. Diese drei Bedeutungen von Verfassung im absoluten Sinn beschränken die Verfassung nicht auf eine einfache Rechtsnorm<sup>49</sup>, sondern hängen zusammen mit der Vorstellung der Verfassung als der politisch-sozialen Regierungsform eines bestimmten Staates.

<sup>46</sup> Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 45-46.

<sup>47</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin, 1993, S. XI-XIV (Vorwort). Siehe auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main, 1991, S. 348-349, 351-355 und 365-366 und Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 58-61 und 74-75.

<sup>48</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 4-7.

<sup>49</sup> Die vierte, von Schmitt abgelehnte absolute Bedeutung von Verfassung ist das Verständnis der Verfassung als ein System oberster Normen. Somit würde sie sich auf etwas Normatives beschränken, das das Sein sollen vorschreibt, wodurch der Staat in eine juristische Anordnung

Für Carl Schmitt gilt die Verfassung nur, wenn sie einer verfassunggebenden Gewalt entspringt. Die Norm gelte, da sie positiv geordnet sei infolge eines vorhandenen Willens. Die Einheit und die Ordnung einer Verfassung würden basieren auf dem Vorhandensein der politischen Einheit eines Volkes, d.h. des Staates<sup>50</sup>. Werde die Verfassung nur formell gesehen, als geschriebene Verfassung, erfolge eine Gleichsetzung mit einer Reihe schriftlich festgehaltener Verfassungsgesetzen. Somit werde der Begriff der Verfassung relativiert, so dass seine objektive Bedeutung verloren ginge<sup>51</sup>. Ein Begriff der Verfassung sei, so Schmitt, nur möglich, falls er sich unterscheide vom Begriff des Verfassungsgesetzes. Dieser Begriff sei die Verfassung im positiven Sinne, die aus einer Handlung der verfassunggebenden Gewalt entspringe, die für einen einzigen Entscheidungsmoment die Gesamtheit der Politikeinheit enthalte<sup>52</sup>.

Die Verfassung gelte also infolge des vorhandenen politischen Willens, der durch die verfassunggebende Gewalt erfasst werde. Die Gültigkeit der Verfassungsgesetze, im Gegenteil, basiere auf der Verfassung. Die Gültigkeit eines jeden Gesetzes, einschließlich der Verfassungsgesetze, hänge im Endeffekt von einer vorherigen politischen Entscheidung, die von einer politisch vorhandenen Macht getroffen wurde, ab. Die Essenz der Verfassung sei nicht in einer Rechtsnorm enthalten. Als Grundlage der ganzen Normierung gäbe es eine politische Entscheidung der verfassunggebenden Gewalt<sup>53</sup>.

Der Begriff der Verfassung des Rechtsstaates ist laut Schmitt ein vorbildlicher Begriff der Verfassung. Der historische Bildungsprozess der modernen Verfassungen habe diesen im 18. Jahrhundert aufgekommenen Begriff begünstigt, der nur diejenigen als Verfassungen verstand, die die bürgerlichen Freiheiten gewährleisteten. Seines Erachtens werde infolge dessen das Politische entfernt aus der Verfassungslehre und -praxis. Somit legt Schmitt fest, dass der Rechtsstaat nur einen Teil der gesamten Verfassung des Staates integrieren könne. Der andere Teil der gesamten Verfassung sei der, der die Entscheidung über die Form der politischen Entscheidung enthält. Somit wären die Gewaltentrennung und die Grundrechte nicht Teil des wesentlichen politischen Inhalts der Verfassung<sup>54</sup>. Für Böckenförde sind die Gewaltentrennung und die Grundrechte keine politischen Elemente im Schmitt'schen Sinn, denn sie würden die politische Einheit des Staates relativieren und

verwandelt wird, die ihre Grundnorm in der Verfassung findet. Siehe *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 7-9 und 55.

<sup>50</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 9-10.

<sup>51</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 16 e 18-20.

<sup>52</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 20-22.

<sup>53</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 20-25.

<sup>54</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 37-41, 125-128 und 219-220.

begrenzen; sie würden nicht die politische Einheit des Staates schaffen, würden aber durch sie gewährleistet werden<sup>55</sup>.

Theoretische Erwägungen beiseite lassend kann nicht übersehen werden, dass Carl Schmitt mit seiner Verfassungslehre ein sehr klares politisches Ziel verfolgte: die Kritik der Weimarer Verfassung<sup>56</sup>. Diese Kritik Schmitts an der Weimarer Verfassung ging noch weiter in dem Text „Legalität und Legitimität“ vom 1932. In dieser Arbeit behauptete Schmitt, es gäbe in Wirklichkeit im formellen Text der Weimarer Verfassung zwei verschiedene materielle Verfassungen. Der erste Teil der Verfassung (der organisatorische Teil, der sich auf die Organisation des Staates und der Gewalten bezieht) und der zweite (der substanziale Teil über die Rechte und Pflichten der Deutschen) wären zwei verschiedene Verfassungen, die nur formell vereinigt waren. Der Gegensatz zweier Verfassungen innerhalb desselben Verfassungstextes, eines Kompromisstextes, wäre der Grund für die ständige politische Krise der Weimarer Republik. Schmitt schlug als Lösung vor, den ersten Teil der Weimarer Verfassung aufzugeben (Parlamentarismus, Republik, Demokratie, Föderalismus) und eine „Deutsche Verfassung“ anzunehmen mit Basis auf dem substanzialen Teil der Weimarer Verfassung (dem zweiten Teil). Um dies jedoch zu erreichen, sollte der substanzialen Teil bereinigt werden von seinen Widersprüchen und „dilatorischen Kompromissen“ (genauer gesagt, die sozialen Rechte und die Wirtschaftsordnung). Die Weimarer Verfassung sollte somit ersetzt werden durch eine Gegenverfassung, die mittels der institutionellen Garantien als Grundsatz die Verteidigung der traditionellen deutschen Institutionen hätte (besonders Privateigentum, Ehe und Glaubensfreiheit)<sup>57</sup>.

Im selben Jahr der Herausgabe von Schmitts Verfassungslehre, 1928, veröffentlichte Rudolf Smend sein Werk „Verfassung und Verfassungsrecht“, in dem die „Integrationstheorie“ als Alternative zum Rechtspositivismus vorgestellt wurde<sup>58</sup>. Für Smend konnte die

<sup>55</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, S. 353-355.

<sup>56</sup> Vgl. Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le Juriste Engagé, S. 94-96, 101-108 und 113. Bzgl. einer entgegengesetzten Auffassung, siehe Pasquale Pasquino, Schmitt à Weimar, Revue Française de Science Politique, Band 43, Nr. 4, Paris, August 1993, S. 704-705.

<sup>57</sup> Bezuglich der hier aufgeführten Argumente, siehe Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Aufl., Berlin, 1985, S. 293-312 und besonders Kapitel III von Olivier Beaud, Les Derniers Jours de Weimar: Carl Schmitt face à l'Avénement du Nazisme, Paris, 1997, S. 75-96; auf diesem Werk basiert ein Großteil dieser Arbeit. Siehe auch David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy, S. 80-83. Bezuglich einer Analyse und Kritik der Schmitt'schen Auffassung der „institutionellen Garantien“ siehe, neben den genannten Werken, Gilberto Bercovici, Entre Institutionnalisme et Décisionnisme, Droit et Société Nr. 54, Paris, 2003, S. 564-567.

<sup>58</sup> Smend hatte bereits mit den Ausführungen über die „Integrationslehre“ in einem Text von 1923 begonnen, in dem er die formalistischen, die politische Dimension nicht beachtenden Staatslehren kritisierte und für die Staatsformen als Faktor der politischen Integration sprach. Vgl. Rudolf

durch die formalistische Linie von Jellinek und Kelsen verursachte Krise der Allgemeinen Staatslehre<sup>59</sup> nur überwunden werden mit Hilfe der Methodologie der Geisteswissenschaften, die ausging von Theodor Litts Werk. Um dies zu erreichen, wäre der Fokus nicht mehr das Individuum oder der Staat vereinzelt, sondern das Interpretationsmodell sollte, in einem System gegenseitiger Beeinflussungen, eine Art fließender und beständiger Kreis sein, in dem seine Beteiligten (Staat, Individuum, usw.) in einem fortlaufenden Verhältnis zueinander und mit dem sozialen Ganzen stünden<sup>60</sup>. Laut Smend ist das Objekt der Staatslehre der Staat als Teil der geistigen Realität, die sich auszeichne durch einen Prozess funktioneller Aktualisierung und ständiger sozialer Gestaltung<sup>61</sup>. Dieser Prozess konstanter Erneuerung, der den substanzialen Kern der Staatsdynamik bedeute, sei die Integration. Der Staat sei vorhanden einzig und allein aufgrund des Prozesses und nur soweit er eintauche in diesen Prozess der Selbstintegration<sup>62</sup>.

Smend entwickelte in seiner Integrationstheorie eine Verfassungslehre, in der die Verfassung als Bezugspunkt gilt, anstelle der traditionellen Allgemeinen Staatslehre<sup>63</sup>. Aus Smends Begriff der Verfassung<sup>64</sup> kann entnommen werden, dass der springende Punkt für ihn nicht der Normativismus der Verfassung ist, sondern seine integrierende, permanente und fortwährende Realität. Die Verfassung sei eine integrierende Ordnung dank ihrer eige-

*Smend*, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin, 1994, S. 84-88.

<sup>59</sup> Über Smends Stellungnahme bzgl. der Krise der Allgemeinen Staatslehre siehe *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 121-123.

<sup>60</sup> *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 123-135.

<sup>61</sup> „Er lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens; Er lebt, um Renans berühmte Charakterisierung der Nation auch hier anzuwenden, von einem Plebisitz, das sich jeden Tag wiederholt“. Vgl. *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, cit., S. 136.

<sup>62</sup> *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 136-139.

<sup>63</sup> *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 274. Das Objekt der „Integrationslehre“ ist nicht der Staat an sich, sondern der Staat unter normativen Gesichtspunkt, unter der Verfassung. Die „Integrationslehre“ ist eine Verfassungslehre, jedoch mit Elementen der Staatslehre als Prämissen. Vgl. *Peter Badura*, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 – 5. Juli 1975), Der Staat, Band 16, Berlin, 1977, S. 311-312 und *Manfred Friedrich*, Rudolf Smend, 1882-1975, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 112, Tübingen, 1987, S. 12-13.

<sup>64</sup> „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses“. Vgl. *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 189.

nen materiellen Werte. Außerdem strukturiere sie den Staat als formelle Dominierungs-  
macht, indem sie als Anregung oder Begrenzung der Verfassungsdynamik diene<sup>65</sup>.

Zum Verständnis der Verfassung sei die Einbeziehung der sozialen Kräfte in ihren Text  
nötig. Die Verfassung solle alle sozialen Motivationen der politischen Dynamik berück-  
sichtigen und sie fortschreitend integrieren. Für Smend kann die Ganzheit des sozialpoliti-  
schen Dynamismus nicht durch die Verfassungsbestimmungen umfasst werden, sondern  
durch die Flexibilität und die verändernde wie auch ergänzende Fähigkeit bei ihrer Inter-  
pretation, in der die Verfassungsprinzipien grundlegend seien, denn sie würden den Staat  
als konkretes Wesen definieren durch die Festlegung seiner territorialen und politischen  
Merkmale<sup>66</sup>.

Zur Überwindung der Krise der Allgemeinen Staatslehre schlug Heller, im Gegensatz zu  
Schmitt und Smend, die Staatslehre als Wissenschaft der Realität vor<sup>67</sup>. Die Funktion des  
Staates in einer konkreten sozialen Realität wurde zum Untersuchungsobjekt erwählt, die  
Idee des unveränderlichen und im Verlauf der Zeit konstanten Staates zurückweisend. Nach  
Heller ist es unmöglich, eine universell anwendbare und für alle Zeiten und Situationen  
gültige Allgemeine Staatslehre aufzustellen. Der Staat müsse in seinem historischen Kon-  
text, in seinen Verbindungen mit den politisch-ideologischen Verhältnissen und denen der  
Macht, die ihm Form gäben, gesehen werden<sup>68</sup>. Außerdem müsse der Staat nicht als stati-  
sches, sondern als dynamisches Studienobjekt gesehen werden, denn er existiere nur  
solange er sich fortwährend durch die menschliche Mitwirkung erneuere<sup>69</sup>. Die Kenntnis  
des Staates sei, kurz gesagt, im wesentlichen mit der Politik verbunden<sup>70</sup>.

Jegliche Kenntnis über den Staat müsse voraussetzen, so Heller, dass das Staatsleben  
immer den Untersucher einschließe, der existentiell zu ihm gehöre und es niemals verlassen  
könne. Der Staat sei für den Untersucher nie ein fremdes Wesen. Eines der großen Missver-  
ständnisse der positivistischen Autoren (Gerber, Laband, Jellinek und Kelsen) bestehe  
darin, die politische Problematik ihrer Zeit nicht berücksichtigt zu haben, da sie überzeugt  
seien, eine Emanzipation der wissenschaftlichen Kenntnis gegenüber einem Staat der  
historisch-sozialen Realität sei möglich<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 190-193 und 195-196.

<sup>66</sup> Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 188-192, 238-242 und 260-262.

<sup>67</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 56-62 und 75-81.

<sup>68</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 12-14 und 124.

<sup>69</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 69. Siehe auch S. 225-230 und 282.

<sup>70</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 66-75 und 282.

<sup>71</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 36-42, 60-62 und 68-71.

Die Staatslehre solle dem Recht die entsprechende Wichtigkeit einräumen, sie überschreite jedoch die juristische Methode des Positivismus, denn sie komme ohne die übrigen sozialen Wissenschaften (Politik, Soziologie, Philosophie, Volkswirtschaft, Geschichte) nicht aus. Deshalb, so Heller, sei die Staatslehre als juristische Dogmatik untauglich<sup>72</sup>. Trotzdem wertete Hermann Heller die Wichtigkeit der Verfassung für die Staatslehre nicht ab<sup>73</sup>, er schlug jedoch nicht ihren Ersatz durch die Verfassungslehre vor wie Carl Schmitt, Rudolf Smend und gewissermaßen auch Hans Kelsen.

Laut Hermann Hellers Theorie hat jede staatliche Verfassung, die gesamte politische Verfassung, zwei partielle Inhalte: die nicht-normierte und die normierte Verfassung, wobei letztere sich aufteilt in juristisch und extra-juristisch normierte. Das Dynamische und das Statische, die Normalität und die Normierung, das Sein und das Sein sollen im Verfassungsbegriff könnten nicht gänzlich getrennt werden. Die nicht normierte Verfassung sei lediglich ein Teil des Inhalts der gesamten Verfassung. Die Normalität müsse immer durch die Normierung bekräftigt und vervollständigt werden. Die normierte Verfassung erhebe sich über den Unterbau der nicht normierten und grundsätzlich durch ihn beeinflussten Verfassung<sup>74</sup>.

Laut Lassalle gibt es für Heller eine reelle Verfassung, über die jeder Staat jederzeit verfügt, und die aus den reellen Machtverhältnissen eines Landes besteht<sup>75</sup>. Die juristisch normierte Verfassung sei jedoch auch Ausdruck der Machtverhältnisse und nicht eine einfache, von der sozialen Realität getrennte normierte Sinnbildung. Die Staatslehre müsse beweisen, so Heller, wie die reelle Verfassung des modernen Staates eine juristisch objektivierte Verfassung praktisch notwendig mache<sup>76</sup>. Die juristisch objektivierte Verfassung, die sich unterscheide von der gesamten politischen Staatsverfassung, sei tatsächlich die Normierung des kontinuierlichen Erneuerungsprozesses der gesamten politischen Verfassung, daher werde sie fortwährend durch die Menschen aktualisiert<sup>77</sup>.

Die Einheit der Organisation des Staates sei bedingt durch die systematische Struktur ihrer Ordnung, sowohl die reelle wie auch die normative. Alle Einwohner würden mittel- oder unmittelbar der grundsätzlichen Entscheidungseinheit unterzogen und sollten beitragen zur

<sup>72</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 24-30. Bzgl. der Wichtigkeit des Rechts für die Staatslehre, siehe Hermann Heller, Staatslehre, S. 207-225, besonders S. 220-225.

<sup>73</sup> Siehe Hellers konstante Verteidigung der Weimarer Verfassung in sozusagen allen seinen Arbeiten. Zum Beispiel siehe Hermann Heller, Freiheit und Form in der Reichsverfassung, in: Gesammelte Schriften, Band 2, S. 371-377.

<sup>74</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 282-285.

<sup>75</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 281-282 und 292-293.

<sup>76</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 294-295 und 297-299.

<sup>77</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 304.

zentralen Einheitshandlung. Somit benötige der Staat eine normative Verfassung im Sinne einer bewussten Anordnung der sozialen Realität gemäss einem Plan, wie von den liberalen Revolutionen angestrebt<sup>78</sup>.

Der Staat ist für Heller eine „Einheit in der Vielheit“ und seiner Meinung nach ist die Frage dieser Einheit in der Vielheit das Problem, das zu allen anderen in der Staatslehre führt. Das Hauptanliegen der Staatslehre solle, so Heller, die Untersuchung der Einheit in der Vielheit sein, statt sich an einseitige und absolutistische Perspektiven zu halten<sup>79</sup>. Laut Angelo Abignente hätten sowohl Heller wie auch Kelsen versucht, mit einem Begriff des Rechtsstaates die Lösung von Jellinek zu vermeiden, der den Staat in eine normative Sphäre des Rechts und eine faktische Sphäre der Macht und der Politik aufgeteilt hatte. Im Gegensatz zu Kelsen, der alles in die normative Sphäre des Rechts einbezog, verstehe Heller die beiden Sphären in einer reellen Einheit, im Staat<sup>80</sup>.

Heller führte sogar in 1929 den Ausdruck „sozialer Rechtsstaat“ ein. Für ihn war die Entwicklung des Rechtsstaats bis zu den letzten Konsequenzen, wodurch ein Mindestes an Solidarität gewährleistet wäre, der Weg, den Faschismus zu vermeiden. Die Erweiterung der Demokratie wurde der durch bestimmte Gruppen immer stärker verteidigten Alternative der Einführung einer faschistischen Diktatur in Deutschland entgegengesetzt. Für Heller würde der soziale Rechtsstaat den Positivismus überwinden und den Staat der Realität wieder näher bringen. Der Sozialstaat wäre auch ein weiterer Schritt in der Demokratisierung des Staates. Mit der Sozialdemokratie würde die demokratische Sphäre bei der Regulierung der Wirtschaft verstärkt, wobei die Wirtschafts- und die Sozialordnung dem demokratisch ermittelten Willen des Volkes gleichsam zur Verfügung gestellt. Die Gewährleistung eines würdigen Lebens durch eine soziale Homogenisierung stehe auch direkt im Zusammenhang mit der Demokratie. Das Überleben des demokratischen Regimes hänge vom Erfolg einer relativ homogenen Gesellschaft ab, ansonsten könne es sich in eine verdeckte Diktatur gewisser privilegierter Sektoren verwandeln. Nur im sozialen Rechtsstaat sei eine Zusammenfügung der verschiedenen entgegengesetzten Interessen der Gesellschaft möglich, wodurch das Volk in den demokratischen Prozess einbezogen werde könne<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 305-309.

<sup>79</sup> Hermann Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 29-30.

<sup>80</sup> Angelo Abignente, Il Contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al Dibattito Weimariano su Diritto e Stato, Quaderni Fiorentini – per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno Nr. 21, Milano, 1992, S. 248-249.

<sup>81</sup> Hermann Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: Gesammelte Schriften, Band 2, S. 445-449 und 451-462, besonders S. 448-451 und Hermann Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: Gesammelte Schriften, Band 2, S. 427-431.

Der Aufschwung des Nazismus in 1933 führte die Weimarer Debatte und die Diskussionen über die Krise der Allgemeinen Staatslehre zu einem Ende<sup>82</sup>. Von den drei großen vorgestellten Systemen würde nur eins sich hervortun, jedoch erst nach Beendigung des zweiten Weltkrieges. Die Verfassungslehre würde tatsächlich die Allgemeine Staatslehre ersetzen.

#### 4. Die Verfassung als Ersatz des Staates?

In den Worten Maurizio Fioravantis waren die Verfassungen des 20. Jahrhunderts, besonders nach dem 2. Weltkrieg<sup>83</sup>, politisch, nicht nur staatlich. Sie übernahmen einen politischen Inhalt, d.h. sie umfassten die Prinzipien der Machtlegitimierung, nicht nur ihrer

<sup>82</sup> Zu betonen ist jedoch, dass sich die Debatte über die Allgemeine Staatslehre nicht auf Deutschland beschränkte. In Italien z.B. übernahm die Verfassung erst im Werk Constantino Mortatis, „La Costituzione in Senso Materiale“ von 1940 eine Hauptrolle durch die Aufgabe, die Einheit zwischen Staat und Gesellschaft zu schaffen. Vgl. *Pietro Costa*, Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento, Milano, 1986, S. 305-315. Für Mortati sind die formellen Elemente nicht ausreichend für die Bestimmung der essentiellen Verfassungsmerkmale, die unter materiellem Gesichtspunkt gekennzeichnet werden sollten. Die Verfassung sei nicht eine früher als der Staat existierende oder vorausgesetzte Norm, sondern sie werde von den dominanten politisch-sozialen und geschichtlich bestimmten Kräften ausgestromt, die auch die Beachtung ihrer Grenzen gewährleisten. Siehe *Constantio Mortati*, La Costituzione in Senso Materiale, Neudruck, Milano, 1998, S. 5-15 und 201-206. Diese politisch dominanten Kräfte seien die ursprüngliche juristische Quelle, die das Aufkommen der juristischen Anordnung bestimmen und ihr Einheit gewähren würden; sie werden von Mortati als originäre oder materielle Verfassung bezeichnet. Die originäre Verfassung ist nicht eine Verfassung im soziologischen Sinn, sie ist aber auch juristisch, ansonsten kann sie keine juristischen Normen aussströmen, so Mortati. Sie sei die Quelle der Gültigkeit und Positivierung der formellen oder juristischen Verfassung, sie sei jedoch nicht ihre Voraussetzung oder ihr Substrat, sondern ganz im Gegenteil schließe die materielle Verfassung auch die formelle Verfassung ein. Dieses Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und den sozialen Kräften, die es tragen, verursache eine Gewährleistung der Gültigkeit und Beachtung der formellen Verfassung durch die politischen Kräfte mit der Absicht, gewisse Ziele zu erreichen. Vgl. idem, S. 53, 74-87, 124-129 und 202-203. Die materielle Verfassung bleibt, so Mortati, selbst nach der Einführung der juristischen Verfassung erhalten, wobei beide sich gegenseitig beeinflussen würden, obwohl die materielle Verfassung immer vorherrschen solle. Die Hauptaufgabe der materiellen Verfassung bestehe darin, die Aufrechterhaltung der essentiellen Ziele des Staates zu gewährleisten, die ihn selbst bei Änderungen der Verfassung oder der politischen Machthaber gegenüber anderen Staaten identifizieren würden. Siehe idem, S. 115-124 und 182-200. Kurz gesagt, die Verfassungssessenz ist für Mortati auch nicht in ihrem Rechtmäßigsein zu finden, sondern in den Bestimmungen der dominanten politisch-sozialen Kräfte, besonders der politischen Parteien, aus denen die materielle Verfassung zusammengesetzt wird.

<sup>83</sup> Bezuglich der unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg entstandenen Verfassungen, siehe *Carl J. Friedrich*, The Political Theory of the New Democratic Constitutions, in: *Arnold J. Zurcher* (Hrsg.), Constitutions and Constitutional Trends since World War II, S. 13-35 und *Karl Loewenstein*, Reflections on the Value of Constitutions in our Revolutionary Age, S. 191-193 und 199-201.

Organisation. Das Verfassungsgebiet wurde erweitert, um die ganze Gesellschaft mit einzubeziehen, nicht nur den Staat. Die Verfassung sei auch, so Konrad Hesse, „die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens“, d.h. sie sei die Verfassung des Staates *und* der Gesellschaft. Die Politik äußere sich nicht nur bei der Einleitung der Verfassung (die ursprüngliche verfassunggebende Gewalt), sondern auch in den folgenden Momenten, in denen die Verfassungsordnung durch eine Verfassungspolitik Gestalt annehme<sup>84</sup>. Fioravanti meinte, der Hauptdarsteller der mit der Verfassungslehre verbundenen Gedanken sei die politische Partei, die zwischen Staat und Gesellschaft stehe, beide durch die Verfassung umklammernd<sup>85</sup>.

Die Vorstellung einer Verfassung dynamischen Charakters (sie gewährleistet nicht nur eine unbewegliche Ordnung) und als Ganzheit „politisierter“ den Verfassungsbegriff, der sich nicht mehr auf seine Normierung beschränkte<sup>86</sup>. Diese von Autoren wie Schmitt, Smend und Mortati ausgearbeiteten Gedanken sind der Ursprung der Materiellen Verfassungslehre, die verbunden ist mit dem Vorrang der sozialen (oder programmatischen) Verfassungen der Nachkriegszeit. Die Materielle Verfassungslehre erlaubt das Verständnis des demokratischen Verfassungsstaates anhand der Gesamtheit seiner juristischen, politischen und sozialen Umstände (d.h. die Verfassung in ihrer Beziehung zu der sozialen Realität). Die Autoren nehmen sich also vor, den Sinn, die Ziele, die politischen Prinzipien und die Ideologie, die die Verfassung bilden, sowie ihre soziale Realität, historische Dimension und Änderungsansprüche zu berücksichtigen<sup>87</sup>.

Die Funktionen der Verfassung können für Hans Peter Schneider in drei Dimensionen zusammengefasst werden: die demokratische (Bildung der politischen Einheit), die liberale (Koordinierung und Begrenzung der Staatsmacht) und die soziale (soziale Gestaltung der

<sup>84</sup> Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, S. 10-11; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, S. 47-52; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 189; Maurizio Fioravanti, *Constituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo*, S. 875-884 und Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien/ New York, 1971, S. 14-18.

<sup>85</sup> Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione*, S. 144. Bzgl. der Auffassung von „Parteienstaat“ siehe Aufführungen von Gerhard Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, in: *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3. Aufl., Berlin, 1966, S. 249-271.

<sup>86</sup> Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, S. 80-81.

<sup>87</sup> Hans Peter Schneider, *La Constitución – Función y Estructura*, in: *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, S. 35-37, 39 und 43; Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, S. 73-75 und Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7. Aufl., São Paulo, 1998, S. 77-83 und 115-119.

Lebensbedingungen)<sup>88</sup>. Es ist indessen eine vierte Dimension hinzufügen, die symbolische, wie Marcelo Neves sie definiert hat<sup>89</sup>. Diese Funktionen seien alle miteinander verbunden und würden sich gegenseitig bedingen. Die Bedeutung von Verfassung erschöpfe sich also weder mit der Regulierung von Entscheidungs- und Staatsvorgehen, noch bezwecke sie die Schaffung einer konfliktfremden Integration. Keine ihrer Funktionen könne einzeln verstanden oder absolut genommen werden. Die Verfassung könne nur in ihrer Ganzheit vollständig begriffen werden. Grundsätzlich, jedoch, sei die Verfassung laut Hans Peter Schneider politisches Recht: vom und über dem Politischen und für das Politische<sup>90</sup>.

Die Kritik an den neuen Verfassungslehrten kamen bald auf, besonders von der konservativen Seite des politischen Spektrums. Allen ist neben der Ablehnung der sozialen (oder programmatischen) Anordnung eines gemeinsam: Sie heben die Geringsschätzung der Materialien Verfassungslehre für die Normierung hervor, d.h. sie sehen in der Verfassung vor allem die Rechtsnorm zur Kompetenzenverteilung und Begrenzung der Staatsmacht.

Für Autoren wie Ernst Forsthoff ist die Verfassung ein Gesetz und müsse demnach als solches interpretiert werden. Ihre Stabilität und Funktion würden davon abhängen<sup>91</sup>. Im selben Sinn legt Georges Burdeau dar, die Verfassung, deren Daseinsgrund in der Begrenzung der Staatsmacht liege, schaffe juristisch und politisch Ordnung und Einheit. Deshalb

<sup>88</sup> Garcia-Pelayo versteht die Verfassung als gleichzeitig einen ergänzenden Teil der juristischen Anordnung, der Organisation des Staates und der politischen Struktur (konkretes politisches Vorhandensein eines Volkes mit seinen politischen Werten und Prinzipien). Vgl. *Manuel García-Pelayo*, Derecho Constitucional Comparado, S. 100-103.

<sup>89</sup> Laut Marcelo Neves gibt es drei Arten von symbolischer Gesetzgebung: die Bestätigung von sozialen Werten durch den Gesetzgeber; die Alibi-Gesetzgebung, die Vertrauen in das juristisch-politische System, in die Regierung und den Staat herstellt, indem unmittelbare Erwartungen erfüllt werden und die Gesetzgebung die ergriffenen Maßnahmen und dilatorischen Kompromissformeln nicht verwirklicht, so dass die Konfliktlösung aufgeschoben wird. Die symbolische Verfassunggebung weist auch den Gedanken der Abwesenheit oder sozialen Unwichtigkeit der Gesetzgebung zurück, der es an normativer Effizienz mangelt. Die symbolischen Vorschriften haben Wirkungen auf die Politik: sie nehmen den Druck des politischen Systems, wodurch u.a. die sozialen Spannungen vermindert werden. Siehe *Marcelo Neves*, A Constitucionalização Simbólica, S. 33-42, 51-52, 86-90 und 132.

<sup>90</sup> *Hans Peter Schneider*, La Constitución – Función y Estructura, S. 39-47 und *Manuel García-Pelayo*, Derecho Constitucional Comparado, S. 100-103. Siehe auch in ähnlichem Sinne *Pablo Lucas Verdú*, Curso de Derecho Político, 2. Aufl., Neudruck, Madrid, 1992, Band 1, S. 37-41 und 49-60 und *Pablo Lucas Verdú*, La Constitución em la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici), Madrid, 1994, S. 58 und 118.

<sup>91</sup> *Ernst Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: *Manfred Friedrich* (Hrsg.), Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie, Darmstadt, 1978, S. 118-120.

sei die Natur der Verfassung statisch, denn sie begrenze sich auf die Konsolidierung eines momentanen Gleichgewichts zwischen den politischen Kräften eines Landes<sup>92</sup>.

Die konservative Kritik behauptet außerdem einen Widerspruch zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat, da die Verfassung nur eine Begrenzung der strukturellen Macht bedeute. Somit solle die Verwaltung die politisch-sozialen Zwecke realisieren, wobei der Sozialstaat sich also gegen die Freiheit des Einzelnen stellte. Die Vollendung dieses Gedankengangs ist in der Meinung Forsthoffs enthalten, für den der Rechts- und der Sozialstaat in einer und derselben Verfassung nicht kompatibel sind<sup>93</sup>. Die ideologischen und sozialen Elemente wirken für Burdeau in Richtung einer Entwertung des Verfassungsgedankens, der in seiner historischen Funktion als Instrument der Machtbegrenzung diene und die Bedingungen des Ausdrucks des nationalen Willens festlege. Somit könne die Verfassung nicht ein auf die Zukunft ausgerichtetes und von widersprüchlichen Prinzipien über soziale Fragen überfülltes Schriftstück sein. Das Vorhandensein dieser ideologischen Anordnungen im Verfassungstext ist der utopischen Vorstellung einer Revolution laut Gesetz zu verdanken<sup>94</sup>.

Georges Burdeau ging so weit zu behaupten, die Verfassung sei ein dekadenter Begriff, eine „überlebende Tochter“ des 18. Jahrhunderts, die unfähig sei, sich der Realität aufzuwringen. Der Begriff der Verfassung ist seiner Meinung nach nicht für eine Realität geeignet, für die er nicht geschaffen wurde<sup>95</sup>. Schon für Forsthoff entledigten sich die materiellen Verfassungslehren (und ihre Interpretationsmethoden) des Gedankens der Verfassung als Gesetz. Dies entformalisiere die eigene Verfassung und wandle das Verfassungsrecht um von einem normativen in einen ausschließlich kasuistischen Wissenszweig<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Georges Burdeau, *Une Survivance: La Notion de Constitution*, in: L'Évolution du Droit Public – Études Offertes à Achille Mestre, Paris, 1956, S. 55-58.

<sup>93</sup> Vgl. Ernst Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays, Darmstadt, 1968, S. 145. Der Sozialstaat, so Forsthoff, sollte sich auf die Verwaltungsebene beschränken und kurz sein; er könne außerdem nicht den Rang der Verfassung erreichen, da sie kein soziales Gesetz sei („Eine Verfassung kann nicht Sozialgesetz sein“). Vgl. Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 171-174 und 180. Der soziale Rechtsstaat ist für Forsthoff kein juristischer Begriff, da von ihm weder konkrete Rechte und Pflichten noch juristische Institutionen abgeleitet werden könnten, in: idem, S. 188-189. Siehe auch Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 134-136 und 142-143.

<sup>94</sup> Georges Burdeau, *Une Survivance: La Notion de Constitution*, S. 58-62.

<sup>95</sup> Georges Burdeau, *Une Survivance: La Notion de Constitution*, S. 53-58. In ähnlichem Sinne bezieht sich Forsthoff auf das Untergehen der Verfassung als „logisches System“. Siehe Ernst Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Manfred Friedrich (Hrsg.), Verfassung, S. 304.

<sup>96</sup> Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, S. 126, 133-134, 138-142 und 146-152 und Ernst Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, S.303-304.

Die Frage der Normierung der Verfassung wurde für die Verfassungslehre nicht als Antwort an die konservative Kritik entscheidend, sondern angesichts der immer wichtigeren Rolle der neuen Verfassungsgerichte (besonders in Italien und Deutschland). Das Ergebnis war eine Aufwertung der Verfassungsnormierung durch die materiellen Verfassungslehren<sup>97</sup>. Als Symbol dieser „erneuten Normierung“ der Verfassungslehre kann die Einführungsvorlesung Konrad Hesses von 1959 an der Universität Freiburg unter der Überschrift „Die normative Kraft der Verfassung“ genannt werden.

Für ihn kann die materielle Verfassungslehre das Rechtmäßigsein der Verfassung nicht entbehren. Die reelle und die normative Verfassung würden immer in Kontakt bleiben in einem Koordinierungsverhältnis. Sie würden sich bedingen, aber nicht einfach voneinander abhängen. Die juristische Verfassung habe, obwohl nicht in absoluter Weise, eine eigene Bedeutung<sup>98</sup>. In einer Polemik gegen Ferdinand Lasalle behauptete Hesse, die Verfassung sei nicht nur ein „Blatt Papier“; sie sei nicht von dem konkreten historischen Kontext gelöst, sie werde aber auch nicht einfach von ihm bedingt. Gegenüber der reellen Verfassung besitze die juristische Verfassung einen eigenen Sinn. Das traditionelle Verfassungsdenken, laut Hesse, werde gekennzeichnet durch die Trennung zwischen Norm und Realität, zwischen „Sein“ und „Sein sollen“, wobei die eine oder die andere Richtung betont werden könne. Somit würde eine Norm ohne Realitätselemente oder eine Realität ohne Normierungselemente erreicht. Für ihn hat die Verfassungsnorm kein unabhängiges Dasein gegenüber der Realität. Ihre Essenz bestände in der Gültigkeit und dem Anspruch auf Effizienz – die regulierte Situation habe das Bestreben, in der Realität konkretisiert zu werden –, die nicht von den historischen Umständen getrennt werden könnte. Dank dieses Anspruchs auf Effizienz würde die Verfassung versuchen, die Realität zu ordnen und zu formen. Die Verfassung erhalte Normierungskraft soweit sie es schaffe, diesem Effizienzanspruch zu genügen<sup>99</sup>.

Mit der steigenden Tendenz zur „Normierung“ der Verfassung wurde die führende Rolle, die in der Verfassungslehre der Politik (und den politischen Parteien) gehörte, durch die Verfassungsgerichte und die Diskussionen über die Verfassungsmäßigkeitsteuer übernommen. Der Einbezug in die Doktrin von Kategorien wie „programmatische Verfassungs-

<sup>97</sup> Siehe *Pedro de Vega Garcia*, El Transito Del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial em la Doctrina Constitucional, S. 85 und *Lenio Luiz Streck*, Jurisdição Constitucional e Hermêneutica, S. 31-35, 99-106, 127-128 und 156-162.

<sup>98</sup> *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen, 1959, S. 8-12 und 17-20. Siehe auch *Paulo Bonavides*, Curso de Direito Constitucional, S. 160-162.

<sup>99</sup> *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 6-9.

normen“ und die Aufwertung der hermeneutischen Fragen im Verfassungsgebiet stärkten noch weiter die „Normierung“ der Verfassungslehre<sup>100</sup>.

Zwecks eines besseren Verständnisses der Verfassung als Rechtsnorm schaffte der Italiener Vezio Crisafulli den Begriff „programmatische Norm“ anhand der um die italienische Verfassung in 1947 geführten Debatte<sup>101</sup>. Programmatische Verfassungsnormen sind in José Afonso da Silvas Worten „Verfassungsnormen, durch die der Verfassungsgeber – statt direkt und sofort gewisse Interessen zu regulieren - sich darauf beschränkt, die durch ihre Organe (legislative, exekutive, judikative und administrative) auszuführenden Prinzipien als Programme der respektiven Tätigkeiten festzulegen mit dem Zweck, die sozialen Ziele

<sup>100</sup> Eine der wenigen Verfassungslehrnen die versuchten, sich der Normierung zu entziehen war die von Peter Häberle vorgeschlagene Lehre, die der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten“. Laut Häberle sind alle Staatsorgane und Bereiche der Gesellschaft sowie die Bürger potentiell verbunden in dem Prozess der Verfassungsauslegung. Die Anzahl der Verfassungsinterpretanten könne nicht auf die Rechtsausleger und die formellen Beteiligten im Verfassungsprozess begrenzt werden. Immerhin seien die, die die Norm leben auch die, die sie auslegen würden: alle seien, direkt oder indirekt, die Interpreten der Normen, nach denen sie leben. Kurz gefasst: die Verfassungsauslegung sei nicht ein Vorrecht des staatlichen Bereiches, sondern ein Prozess, zu dem ein weiter Teil der politischen Gemeinschaft Zugang habe unter dem Verständnis der Verfassung als öffentlicher Prozess. Siehe *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten – Ein Beitrag zur pluralistischen und ‚prozessualen‘ Verfassungsinterpretation in Verfassung als öffentlicher Prozess – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Aufl., Berlin, 1998, S. 155-164. Für Häberle sollte die Festlegung der Verfassungsdoktrin im Bereich der Rechtsprechung überschritten werden. Die Verfassung könne nicht auf eine negative Perspektive beschränkt werden unter der Sicht der juristisch-funktionellen Grenzen des Verfassungsinterpreten (Richter). Die Verfassungsgebung solle auch in die Studien über die Verfassungsherme-neutik integriert werden mit all den Besonderheiten der Verfassungsinterpretation, die durch den Gesetzgeber im politischen Prozess und im Verfassungsprozess erfolgen. Vgl. *idem*, S. 178-180. Somit wird die Relativierung der juristischen Verfassungshermeneutik vorgeschlagen: der Richter ist nicht der einzige Ausleger, denn die öffentliche Sphäre nimmt auch an ihr teil. Für Häberle ist die Rechtsauslegung lediglich ein Filter, der die verschiedenen Beteiligungsformen der verschiedenen Verfassungsinterpretanten diszipliniert und lenkt. Über die Möglichkeit, dass die Verfassungsinterpretation in eine große Anzahl von Auslegungen und Auslegern aufgelöst wird, antwortet Häberle, dass die Erweiterung des Interpretengrundes nur eine Konsequenz eines Bedürfnisses der Realitätsintegration in die Verfassungsauslegung sei; er geht davon aus, dass die Verfassungseinheit aus der Verbindung der Prozesse und Funktionen der verschiedenen Interpreten hervorgehe. Siehe *idem*, S. 164-167 und 172-175. Die Hauptkritik an Häberle ist eben die Lockereitung der Verfassungsnormierung. Siehe *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: Staat, Verfassung, Demokratie, S. 66-70 und *Paulo Bonavides*, *Curso de Direito Constitucional*, S.465-473.

<sup>101</sup> Die klassischen Texte über das Thema sind die Artikel „La Norme 'Programmatiche' della Costituzione“, in: Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, 1952, S. 51-83 (ursprünglich herausgegeben in der *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* Nr. 1, Januar/März 1951, S. 357-389) und „L'art. 21 della Costituzione e l'Equivoco delle Norme 'Programmatiche'“, in: *idem*, S. 99-111.

des Staates zu erfüllen“<sup>102</sup>. Die programmatiche Struktur der Verfassung, so Hans Peter Schneider, ergänzt ihre historische Dimension indem sie ein in der Zukunft zu durchführendes Projekt in den Verfassungstext einbezieht<sup>103</sup>.

Der Begriff der programmatichen Norm war in Italien sehr wichtig, denn er legte dar, die sozialen Verfassungsanordnungen seien auch Rechtsnormen, so dass sie von den Gerichten in konkreten Fällen angewandt werden konnten. Autoren wie z.B. Gaetano Azzaritti vertraten die Meinung, diese Normen seien einfache Richtlinien, die dem Gesetzgeber eine zukünftige Richtung angaben, und seien keine Rechtsnormen sondern politische Programme<sup>104</sup>. Crisafullis Theorie war somit entscheidend bei der Normierung der italienischen Verfassung<sup>105</sup>.

Crisafullis Ideen fanden beträchtlichen Widerhall und hatten großen Erfolg vor allem in Brasilien<sup>106</sup>. Ihre praktische Anwendung jedoch war sowohl in Italien wie auch in Brasilien enttäuschend. Der Terminus "Programmatische Norm" wurde zum Synonym einer Norm ohne jeglichen konkreten Wert, im Gegensatz zur Absicht ihrer Divulgatoren<sup>107</sup>. Jede

<sup>102</sup> José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3. Aufl., São Paulo, 1998, S. 138. Siehe auch Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio, S. 53-55.

<sup>103</sup> Hans Peter Schneider, La Constitución – Función y Estructura, S. 48-49. Bzgl. der Programmsätze und Verfassungsdirektiven der deutschen Debatte über das Bonner Grundgesetz, siehe Ulrich Scheuner, Staatsbestimmungen, in: Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften, Berlin, 1978, S. 226-237.

<sup>104</sup> Vgl. Gaetano Azzariti, La Nuova Costituzione e le Leggi Anteriori, in: Problemi Attuali di Diritto Costituzionale, Milano, 1951, S. 98-103.

<sup>105</sup> Vgl. Lorenzo Carlassare, L'Impegno per l'Attuazione della Costituzione: dalle Norme Programmatiche alla Sovranità Popolare, in: Il Contributo di Vezio Crisafulli alla Scienza Del Diritto Costituzionale (Atti delle Giornate di Studio di Trieste 1-2 ottobre 1993), Padova, 1994, S. 49-59.

<sup>106</sup> Auf den wegbereitenden Text von José Horácio Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, S. 295-362 und die klassische These des José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, S. 135-164 möchte ich hinweisen. Siehe auch Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, S. 210-227, und bzgl. der neueren Doktrin siehe Luis Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 3. Aufl., Rio de Janeiro, 1996, S. 113-118. Ich selbst habe bereits irrtümlicherweise den Begriff „programmatische Norm“ in der Analyse der 1988er Verfassung angewandt, siehe Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, S. 36 und 43-44. Bzgl. einer Kritik der Anwendung von „programmatische Norm“ in der brasilianischen Doktrin, siehe Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, S. 157-159 und Eros Grau, Resenha do Prefácio da 2ª Edição, in: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Hrsg.), Canotilho e a Constituição Dirigente, Rio de Janeiro, 2002, S. XXI-XXII.

<sup>107</sup> Siehe Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio, S. 101.

unbequeme Norm wurde als „programmatisch“ bezeichnet<sup>108</sup>, was die Effektivität der Verfassung in der Praxis erheblich blockierte.

Die Konsolidierung der Verfassungsgerichte in Europa und die steigende Tendenz einer „Normierung“ der Verfassung begünstigte auch eine „Paradigmenänderung“ in der Verfassungslehre. Sie ging über zur stärkeren Betonung der Verfassungshermeneutik und der Rolle der Verfassungsprinzipien<sup>109</sup>. Jede Auseinandersetzung über Interpretation und Konkretisierung der Verfassung geriet gleichzeitig zur Diskussion über den Begriff der Verfassungslehre<sup>110</sup>.

Die Verfassungslehre setzte sich hinfort für eine eigene Interpretationsmethode des Verfassungstextes ein<sup>111</sup>. Sie sollte die Verfassungsprinzipien hervorheben, was wiederum die Unzulänglichkeiten der klassischen hermeneutischen Methoden, die Savigny für die Verfassungsinterpretation systematisierte, enthüllte. Die großen Debatten konzentrierten sich auf die Differenzierung zwischen Prinzipien und Regeln in der zeitgenössischen Verfassungsdoktrin. Beide, Regeln und Prinzipien, sind Rechtsnormen, besser gesagt, jede Rechtsnorm ist eine Regel oder ein Prinzip. Ihre wesentlich qualitative Unterscheidung liegt in der Anwendung des Normtextes, wobei ein Konflikt unter Regeln oder ein Konflikt unter Prinzipien entstehen kann. Im Konflikt zwischen Regeln ist eine der Regeln zwangsmäßig ungültig. Die Regel wird angewandt oder nicht, es sind keine Abstufungen möglich. Ein Prinzip dagegen zeigt eine Richtung an, wobei es andere Richtungen geben kann. In einem konkreten Fall kann ein Prinzip den Vorzug haben, was nicht bedeutet, dass das nicht angewandte eliminiert wird, da es in einer anderen Situation dominieren kann. Die Prinzipien sind somit mit der Dimension der Gewichtung versehen, die den Regeln fehlt. Im Konflikt zwischen Prinzipien wird abgewogen, im Gegensatz zum Konflikt unter

<sup>108</sup> Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, S. 105.

<sup>109</sup> Siehe Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, 2002, S. 120-121.

<sup>110</sup> Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, S. 82. Siehe auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, S. 195-197 und Norbert Wimmer, *Materialeles Verfassungsverständnis*, S. 2-6.

<sup>111</sup> Siehe Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, S. 22-24; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, S. 56-61 und Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, S. 398-426. Im entgegengesetzten Sinn, in einer Kritik der neuen Verfassungshermeneutik und der Rechtsunsicherheit, die durch die Abdankung der juristischen Methode aufkam, siehe Ernst Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, S. 118-126 und 138-150 und Ernst Forsthoff, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, S. 275-280 und 298-304. Bzgl. einer Kritik von Forsthoffs Standpunkten, siehe Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin, 1997, S. 81-85.

Regeln<sup>112</sup>. Die Prinzipien gelten außerdem als Meilenstein in der Entwicklung der Ordnung indem sie Ziele aufzeigen und Rückschritte verbieten, wodurch sie als wesentliche Parameter bei der Interpretation und Konkretisierung der Verfassung funktionieren<sup>113</sup>.

Anhand der Betonung der Fragen der Anwendbarkeit und Interpretation der Verfassungsnormen kann behauptet werden, die Allgemeine Staatslehre sei tatsächlich durch die Verfassungslehre ersetzt worden<sup>114</sup>. Der Sieg der Verfassungslehre war eindeutig: Ulrich Scheuner stellte 1972 fest, die Staatslehre habe sich in den vorausgegangenen 20 Jahren in die Verfassungslehre verwandelt<sup>115</sup>. Der entscheidende Schritt war jedoch noch nicht getan. Die Verfassungslehre würde noch ihren Hochpunkt erleben als zentrales Wissensgebiet des öffentlichen Rechts. Die Verfassung würde zur dirigierenden Verfassung werden.

## 5. Die dirigierende Verfassung

Mit dem Ausdruck „dirigierende Verfassung“ setzte Peter Lerche den traditionell existierenden Verfassungen einen neuen Bereich hinzu. Seiner Meinung nach hätten alle Verfassungen vier Teile: die Linie der Verfassungsrichtung, die die Zwecke bestimmenden Anordnungen, die Rechte, Gewährleistung und Aufteilung der Staatskompetenzen und die Prinzipiennormen<sup>116</sup>. Die modernen Verfassungen würden sich laut Lerche durch den Einbezug einer Reihe Verfassungsrichtlinien auszeichnen, die dem Gesetzgeber permanente Verpflichtungen auferlegen würden. Diese Richtlinien sind die von ihm so bezeichnete „dirigierende Verfassung“<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> Siehe *Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously*, Neudruck, Cambridge (Mass)/London, 1999, S. 22-28 und 71-80; *Robert Alexy, Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt/M., 1994, S. 72 und 75-92; *Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional*, S. 243-254; *Eros Roberto Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4. Aufl., São Paulo, 1988, S. 73-78 und 88-118 und *Eros Roberto Grau, Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*, S. 141-167 und 171-184.

<sup>113</sup> *Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, S. 16-18, 40-42 und 102-103 und *Eros Roberto Grau, Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, S. 180-184.

<sup>114</sup> *Norbert Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis*, S. 2. Die Allgemeine Staatslehre wurde nicht ganz aufgegeben, wie die verschiedenen Lehrbücher beweisen, die damals wie heute weiterhin herausgegeben werden, und die zum Grossteil nicht mehr als Erwiderungen an das „encyklopädische“ und veraltete Muster Jellineks bedeuten.

<sup>115</sup> *Ulrich Scheuner, Staatszielbestimmungen*, S. 223.

<sup>116</sup> Vgl. *Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 2. Aufl., Goldbach, 1999, S. 61-62. Bzgl. des Werkes von Lerche siehe *José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, S. 223-225, 260-261, 293, 304 und 309-310.

<sup>117</sup> *Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht*, S. VII und 64-65.

Lerche, dessen These sich mit dem Prinzip des Übermaßverbotes und der Verhältnismäßigkeit beschäftigte<sup>118</sup>, geht davon aus, die „dirigierenden Verfassung“ bestehe aus Dauer-Richtlinien für den Gesetzgeber, so dass im Bereich dieser Verfassung eine materielle Willkür des Gesetzgebers vorkommen könne<sup>119</sup>, da diese Richtlinien fortdauernd aktualisiert werden müssten. Trotz der Möglichkeit dieser Willkür betont Lerche die dynamische und integrierende (im Smend'schen Sinne des Wortes) Funktion<sup>120</sup> sowie auch die Normierung der „dirigierenden Verfassung“<sup>121</sup>.

Der Unterschied zwischen Peter Lerches und Canotilhos Begriff von „dirigierender Verfassung“ ist eindeutig. Lerche befasst sich mit der Definition der Normen, die den Gesetzgeber binden und folgert, dass die Dauer-Richtlinien (die „dirigierende Verfassung“) die materielle Willkür des Gesetzgebers ermöglichen. Schon Canotilhos Begriff reicht viel weiter, denn nicht nur ein Teil der Verfassung wird als dirigierend bezeichnet, sondern ihre Ganzheit<sup>122</sup>, mit all den Konsequenzen, die diese Sichtweise der Verfassungslehre mit sich bringt, wie später erörtert wird. Der gemeinsame Punkt zwischen beiden ist jedoch das Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber: Beide suchen einen Weg, den Gesetzgeber verpflichtend oder verbietend an die Verfassung zu binden.

Canotilhos Vorhaben reicht weiter und geht tiefer als dasjenige Peter Lerches. Sein Ziel ist ein Wiederaufbau der Verfassungslehre durch eine materielle Verfassungslehre, die auch als soziale Lehre verstanden wird<sup>123</sup>. Da die Absicht aller Verfassungen so oder so die Mitgestaltung des Politischen sei, so Canotilho, würde mit der Bezeichnung „dirigierende Verfassung“ bewusst die dirigierende Kraft des Verfassungsrechts betont<sup>124</sup>. Die dirigierende Verfassung beabsichtige eine Rationalisierung der Politik durch Einbeziehung einer materiell legitimierenden Dimension, indem ein verfassungsmäßiges Fundament für die

<sup>118</sup> Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. VII-XXIX und 223-250. Gegen die Definition der Verhältnismäßigkeit als Prinzip, siehe Humberto Bergmann Ávila, A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, Revista de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Nr. 1, Porto Alegre, 1999, S. 44-51 und Eros Roberto Grau, Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, S. 167-170.

<sup>119</sup> Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 65-77, 86-91 und 325.

<sup>120</sup> Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 93-95 und 350, Punkt 2.

<sup>121</sup> Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 91: „Der dirigierende Teil der Verfassung verkörpert im Grund das normative Element im Gesamtgefüge der Verfassung sogar am reinsten, wenn vor der Ebene elementarer Verfassungsrichtpunkte abgesehen wird.“

<sup>122</sup> Siehe José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Direigente e Vinculação do Legislador, S. 224-225 und 313, Note 60.

<sup>123</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Direigente e Vinculação do Legislador, S. 13-14.

<sup>124</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Direigente e Vinculação do Legislador, S. 27-30.

Politik festgelegt würde<sup>125</sup>. Der Kern des Begriffs der dirigierenden Verfassung bestehe in dem Vorschlag einer materiellen Legitimierung der Verfassung durch die im Verfassungstext vorgesehenen Zwecke und Aufgaben. Kurz gesagt, das Problem der dirigierenden Verfassung sei ein Legitimierungsproblem, so Canotilho<sup>126</sup>.

Unter Zugrundelegung dieser Verfassungsauffassung besteht Canotilhos Hauptanliegen im Schutz der Nicht-Verfügbarkeit der Verfassung durch den Gesetzgeber<sup>127</sup> und der Frage der gesetzgebenden Willkür<sup>128</sup>. Anders gesagt, es geht ihm um die Debatte über ein eventuelles „Übermaß an Legislative“ aufgrund der Möglichkeit einer Geringschätzung oder sogar Ersatz der Verfassungszwecke<sup>129</sup>. Die Konkretisierung der „Verfassungsbestimmungen“ (Verfassungsnormen, die die Aufgabendurchführung und Zweckverfolgung festlegen) sei Aufgabe sowohl der Gesetzgebung wie auch der politischen Leitung. Canotilho versuchte also, mittels der Verfassung die politischen Handlungen in einen rechtlichen Rahmen einzubinden. Die Frage der „Verfassungsbestimmungen“ sei nicht nur eine einfache Diskussion über die Gelegenheit ihrer Durchführung, sondern ein Problem der Verfassungserfüllung<sup>130</sup>.

Bezüglich der Verfassungserfüllung besteht eines der Probleme dieser Verfassungsauffassung darin, dass die dirigierende Verfassungslehre die Entscheidungen über die Verfassungsfragen der Judikative übergibt aus Befürchtung, sie der Legislative zu überlassen. Da

<sup>125</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 42-40 und 462-471. In einem ähnlichen Sinn, siehe Dieter Grimm, Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, in: Die Zukunft der Verfassung, S. 340-342. Siehe auch Cristina Queiroz, Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder, Coimbra, 1990, S. 111-113, 138-140, 146-150 und 216-218 und Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, S. 39-40.

<sup>126</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 19-24, 157-158 und 380.

<sup>127</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 62-64, 329-331 und 401-403.

<sup>128</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, besonders S. 216-241.

<sup>129</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 263-266.

<sup>130</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 177-182, 254-256, 293-297, 305-308 und 316-321. In entgegengesetztem Sinn behauptet Gustavo Zagrebelsky, dass die Verfassung nicht mehr zentriert und dehnbar sei, indem sie nicht direkt ein bestimmtes Projekt bestimmt, sondern Konkretisierungsmöglichkeiten. Ausgehend von der Verfassung konkurrieren die politischen Kräfte darum, dem Staat die verschiedenen vom Verfassungstext gebotenen Möglichkeiten aufzuprägen, d.h. der Verfassungspluralismus erzeugt ein „Möglichkeitenkompromiss“. Siehe Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia, 3. Aufl., Madrid, 1999, S. 12-17.

die Schwierigkeiten der dirigierenden Verfassung überwiegend die der Verfassungskonkretisierung sind<sup>131</sup>, übernehmen die Kontrollorgane der Verfassungsmäßigkeit eine wichtige Rolle und tragen somit zu einer Verfassungsentpolitisierung bei. Trotz Canotilhos Kritik der Rolle der Verfassungsgerichte bei der Konkretisierung der dirigierenden Verfassung<sup>132</sup> gibt die Geschichte Boeckenförde recht, der meinte, die dirigierende Verfassung begünstige – indem sie alle Prinzipien und Möglichkeiten der Anordnungsgestaltung enthalte – das Wachstum der politischen Rolle des Verfassungsgerichtes, das sich selbst in den „Herrn der Verfassung“ verwandele<sup>133</sup>.

Für die dirigierende Verfassungslehre ist die Verfassung nicht nur eine Gewährleistung des Gegebenen, sondern auch ein Programm für die Zukunft. Indem sie die Politik, ohne diese zu ersetzen, mit Vorgangsweisen versieht, hebt sie die gegenseitige Abhängigkeit zwischen Staat und Gesellschaft hervor: Die dirigierende Verfassung ist eine staatliche und soziale Verfassung<sup>134</sup>. Im Grunde genommen hängt Canotilhos Auffassung der dirigierenden Verfassung zusammen mit dem Änderungsschutz der Realität durch das Recht. Der Sinn und Zweck der dirigierenden Verfassung besteht in der Bekräftigung der sozialen Änderung und dem Schaffen eines Rechtsubstrats für sie. Die dirigierende Verfassung ist eine Anleitung zur Änderung der Gesellschaft<sup>135</sup>.

Indes verursacht diese Sichtweise den größten Fehler in der dirigierenden Verfassungslehre. Sie ist eine auf sich selbst zentrierte Verfassungslehre, die sich selbst genügt, d.h. es wurde eine so mächtige Verfassungslehre geschaffen, dass der Verfassung ermöglicht wird, für sich selbst alle Probleme zu lösen. Der Verfassungsinstrumentalismus wird begünstigt; man glaubt, es sei möglich, nur durch Verfassungsbestimmungen die Gesellschaft und die Realität zu ändern. Demnach werden Staat und Politik beiseite gelassen. Die dirigierende Verfassungslehre ist eine Verfassungslehre ohne Staatslehre und ohne Politik<sup>136</sup>, die

<sup>131</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 59-61, 172-177, 189-193. Siehe auch Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, S. 44-47.

<sup>132</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 270-277 und 350-351.

<sup>133</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 197-198. Siehe auch Lenio Luiz Streck, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, S. 106-107.

<sup>134</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 150-153, 166-169 und 453-456. Siehe auch Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, S. 37-39.

<sup>135</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 455-459.

<sup>136</sup> Siehe meine Einwendungen am *round table* der Tage der Dirigierenden Verfassung durch Canotilho, die wiedergegeben sind im Buch des Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Hrsg.), Canotilho e a Constituição Dirigente, S. 77-79 und Lenio Luiz Streck, Jurisdição Constitucional e

Verfassung wird jedoch gerade durch die Politik und den Staat konkretisiert. Dieses totalitarisierende (und in widersinniger Weise ausschließende) Verständnis der Verfassungslehre ohne Politik oder Staat, neben der wachsenden Macht der Verfassungsgerichte, wird in den Worten von Boaventura de Sousa Santos die Beibehaltung der „Verfassung ohne Staat“ begünstigen<sup>137</sup>.

## 6. Die Verfassung ohne Staat

Die dirigierende Verfassungslehre konsolidiert, wie dargestellt, die Rolle der Verfassung als Mittelpunkt des öffentlichen Rechts und minimiert Staat und Politik. Der Hochpunkt der Verfassungslehre hat deshalb auch ihre Krise begünstigt. Indem sie in einem historischen Moment der „Globalisierung“ die Wichtigkeit der Staatslehre und der Politik verminderte, begünstigte sie, auch wenn es noch so paradox scheint, einen „Substanzverlust“ der Verfassung<sup>138</sup>. Die Reduzierung des politischen Raums durch die „Globalisierung“ bewirkt, so Pedro de Vega Garcia, dass die Verfassung zum einzigen Klarheit schaffenden Element im politischen Horizont werde. Der Versuch, die Grundlage der liberal-demokratischen Legitimität wieder herzustellen, verstärke die Normierung im Verständnis des Menschen als Individuum und der Verfassung und der Demokratie als prozessuale Strukturen. Das ziele auf eine lediglich prozessuale Legitimität. Die Schwierigkeit bestehe

hermenêutica, S. 113-117 und 660-661. Hervorzuheben ist jedoch, dass Canotilho die Verfassung als „juristisches Statut des Politischen“ definiert und behauptet, die dirigierende Verfassung setze einen aktiven interventionistischen Staat voraus. Vgl. José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, S. 79 und 390-392. Diese Erwägungen beeinflussten jedoch nicht maßgeblich den Widerspruch bzgl. dem Fehlen einer Staatslehre und weiterer Erwägungen über die Politik in der Lehre der dirigierenden Verfassung. Bzgl. einer späteren Überprüfung einiger dieser Stellungnahmen, siehe José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1998, S. 1197-1198 und 1273; José Joaquim Gomes Canotilho, Vorwort, S. XIII-XV und XXIII-XXVI und José Joaquim Gomes Canotilho, O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição, Script, Konferenz des IV Nationalen Symposiums über Verfassungsrecht in Curitiba (PR) am 16. Oktober 2002, 29 Seiten.

<sup>137</sup> Siehe *Boaventura de Sousa Santos*, O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português in O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988), Porto, 1992, S. 142-143.

<sup>138</sup> Canotilho selbst überprüfte seine Ansichten über die dirigierende Verfassung. Die voreiligsten Autoren sind sogar so weit gegangen, sie als „tot“ zu verkünden. Für Canotilho ist die dirigierende Verfassung tot, falls der Verfassungsdirigismus verstanden wird als von sich selber aus fähig, revolutionär-mäßig die sozialen Veränderungen durchzuführen. Sie besteht jedoch weiter fort, solange sie die materielle Grundlage der öffentlichen Politik im Verfassungsstaat festlegt. Vgl. José Joaquim Gomes Canotilho, Vorwort, S. XXIX-XXX. Siehe auch Eros Roberto Grau, Übersicht des Vorworts der 2. Aufl., S. XVII-XVIII und XXII-XXIII und die wiedergegebene Debatte in Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Hrsg.), Canotilho e a Constituição Dirigente, S. 13-15 und 31. Bzgl. der weiterhin bestehenden Wichtigkeit einer dirigierenden und bindenden Verfassung in Ländern wie Brasilien, siehe Lenio Luiz Streck, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, S. 18-19, 114-119 und 125-126.

in der immer stärker bemerkbaren Abwesenheit des demokratischen Elements als Rechtfertigung der Legitimität, die, mittels der ihren politischen, normativen Charakter nicht berücksichtigenden prozessualen Verfassungslehren beschränkt werde auf die einfache Wahl der Regierenden<sup>139</sup>.

Wider Erwarten sind diese prozessualen Verfassungslehren nicht neu. 1968 zum Beispiel schlug Wilhelm Hennis vor, indem er die materiellen Verfassungslehren wegen der „Überladung“ der Verfassung und ihrer Verwandlung in eine Art „Buch der Bücher“ kritisierte<sup>140</sup>, die Verfassungslehre solle die normative Eigenheit der Verfassung berücksichtigen, um eine Dichotomie zwischen Verfassung und Verfassungsrealität zu vermeiden. In diesem Zusammenhang solle die Verfassung nach nordamerikanischem Vorbild verstanden werden als ein Regierungswerkzeug mit einer prozessualen Verfassungslehre<sup>141</sup>.

Im nordamerikanischen Fall meinte John Hart Ely später, die Verfassung gewährleiste nicht die substanzielles Rechte, sie verhindere jedoch, dass weder die Rechte der Mehrheit bedroht würden noch letztere die Rechte der Minderheit bedrohe. In diesem Sinne enthalte die Verfassung keine Regierungsideologie, sondern gewährleiste einfach den Regierungsprozess<sup>142</sup>.

Die Verfassung, so Garcia de Enterria, könne unter dieser Perspektive nur als Norm verstanden werden. Ihr Verständnis als ebenfalls eine politische Struktur sei nicht wissenschaftlich, da Verfassungsrecht und politische Wissenschaft, d.h. die juristische und die soziologische Methode verwechselt würden<sup>143</sup>. Ausgehend von dieser auf das normative Material begrenzten juristischen Methode entstehe ein aseptischer Jurist, so Rogério Ehrhardt Soares. Er war überzeugt, das Verfassungsrecht enthalte all das Politische und die

<sup>139</sup> Vgl. *Pedro de Veja García*, El Transito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional, S. 86-87 und *Eloy García*, El Estado Constitucional ante su „Momento Maquiavélico“, Madrid, 2000, S. 68-74. Bzgl. des Substanzverlustes der Verfassung, siehe *Pablo Lucas Verdú*, La Constitución em la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici), S. 40.

<sup>140</sup> *Wilhelm Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem, in: *Manfred Friedrich* (Hrsg.), Verfassung, S. 248-253.

<sup>141</sup> *Wilhelm Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem, S. 265-267. Siehe in einem diesem Text folgenden Übersicht die Kritik des italienischen Spezialisten in öffentlichem Recht *Mario Nigro*, *Constituzione ed Effettività Constituzionale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XXIII, Milano, 1969, S. 1705-1709.

<sup>142</sup> *John Hart Ely*, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Neudruck, Cambridge (Mass.)/London, 1998, S. 100-101. In Elys Worten: „The American Constitution has thus by a large remained a constitution properly so called, concerned with constitutive questions. What has distinguished it, and indeed the United States itself, has been a process of government, not a governing ideology“ in idem, S. 101.

<sup>143</sup> Vgl. *Eduardo García de Enterría*, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 3. Aufl., Madrid, 1994, S. 27-32 und 49-50.

Rechtsnormen enthielten all das Notwendige für das Verständnis des Staates. Der Verfassungsrechtler ignoriere somit die politische Realität, in der sich das Verfassungsrecht bewegt. Die extrajuristischen Wertungen (ökonomische, soziale, politische, u.s.w.) werden nicht als Gegenstand des Verfassungsrechtes (und der Verfassungslehre) verstanden, sondern der übrigen sozialen Wissenschaften<sup>144</sup>.

Der Verfassungsdoktrin gelang es laut Eloy Garcia, einen ganzen technischen Apparat im Gebiet des strikt Juristischen auf Kosten des Verzichts auf politische Komponenten zu entwickeln. Die Politik würde reduziert werden auf die verfassunggebende Gewalt, die als zweitrangig betrachtet wurde. Die Verfassungsjurisdiktion wird gesehen als Gewährleisterin der korrekten Normierungsanwendung, die einzige Legitimitätsreferenz des Systems, wobei die Doktrin Zuflucht suchte in der Exegese der Interpretationen der Verfassungsgerichte<sup>145</sup>. Die sich selbst so bezeichnenden „Neoverfassungsrechtler“ seien Neopositivisten, die den juristischen Positivismus erneuerten, indem sie eine Verfassungsrechtsprechung vorschlugen, in der das Verfassungsgericht die Verfassung an sich reißt<sup>146</sup>.

Die Überlegenheit der Verfassungsgerichte gegenüber den übrigen Gewalten wird dadurch gekennzeichnet, dass die Gerichte der „Zipfel der Souveränität“ sein wollen, über die sie verfügen durch ihre Kompetenz, bindend und in letzter Instanz zu entscheiden. Somit verwandelt sich das Verfassungsgericht in einen Ersatz der hoheitlichen verfassunggebenden Gewalt<sup>147</sup>. Als Vertreter dieser Sichtweise gilt Dominique Rousseau, für den die Ver-

<sup>144</sup> Gerhard Leibholz, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 249 und 270-271 und Rogério Guilherme Erhardt Soares, Direito Público e Sociedade Técnica, S. 22-25. Die strikt juristische Methode trennt die Rechtsnormierung und die politische Realität. Die neuere Auseinandersetzung zwischen Wissenschaftlern der Politik und „Neoverfassungsrechtlern“ über das Verständnis der Verfassung ist steril mangels Berücksichtigung der systemische Einheit der Wissenszweige. Diese Trennung der Methoden offenbare, so Lucas Verdú, nur die mangelnden juristischen Kenntnisse der Politik-Wissenschaftler sowie die unzureichenden Kenntnisse der Verfassungsrechtler über die Politikwissenschaft. Siehe Pablo Lucas Verdú, El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La „Ideología Constitucional“ del Professor García de Enterría), Revista de Derecho Político Nr. 13, Madrid, UNED, März 1982, S. 29-34 und Pablo Lucas Verdú, La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici), S. 59-64.

<sup>145</sup> Vgl. Eloy Garcia, El Estado Constitucional ante su „Momento Maquiavélico“, S. 60-64. Siehe auch Olivier Beaud, La Puissance de l'Etat, S. 11-12.

<sup>146</sup> Pablo Lucas Verdú, La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici), S. 65-82. José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, S. 1198 und José Joaquim Gomes Canotilho, A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, S. 413-414. Bzgl. der Fortdauer des legalistischen Positivismus im Verfassungsrecht siehe Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 73-74.

<sup>147</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 189-191; Olivier Beaud, La Puissance de l'Etat, S. 307-308 und Pedro

fassung "immer rechtsprechender" wird: Sie sei eine vom Verfassungsrichter verfasste Abhandlung, eine Art „rechtsprechender Brief der Regierten“ (*charte jurisprudentielle des gouvernés*)<sup>148</sup>. In seiner Anschauung verkörpere der französische Verfassungsrat die Hoheit des Volkes selber, dabei die sozialen und philosophischen Grundlagen des nationalen Gemeinwesens schaffend<sup>149</sup>.

Angebracht ist deshalb die Kritik von Ingeborg Maus. Sie meint, das Verfassungsgericht maße sich die Macht an zur Ausarbeitung der verfassungsmäßigen Interpretation, indem seine Entscheidungen, so im deutschen Fall, auf Verfassungsgrundlagen basieren würden, die älter als die eigentliche Verfassung seien. Das heißt, die Kompetenz des Verfassungsgerichtes komme nicht von der Verfassung, sondern stehe über ihr<sup>150</sup>. Indem sich das Verfassungsgericht selber so viel Macht gebe, so Maus, wirke es „weniger als 'Wächter der Verfassung' und mehr als Gewährleister seiner eigenen rechtsprecherischen Geschichte“<sup>151</sup>.

Im Gegensatz zu den Behauptungen der Gerichte ist das Verfassungsrecht kein Monopol der Judikative. Das Verfassungsrecht und die Verfassungsinterpretation sind Resultat einer koordinierten Handlung zwischen Politik und Judikative. Keine Institution, am allerwenigsten die Judikative, darf das letzte Wort in den Verfassungsfragen haben<sup>152</sup>. Louis Fisher meint hierzu: „Das Gericht ist nicht die Verfassung“ („*The Court is not the Constitution*“)<sup>153</sup>.

*de Veja Garcia, Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale, Diritto Pubblico, 2001 – Nr. 3, Padova, 2001, S. 1068-1069.*

<sup>148</sup> *Dominique Rousseau, Une Résurrection: La Notion de Constitution, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, 1990 – Nr. 1, Paris, LGDJ, Januar/Februar 1990, S. 5-6, 15-18 und 20-22.*

<sup>149</sup> *Dominique Rousseau, Une Résurrection: La Notion de Constitution, S. 8-10. Bzgl. einer Fürsprache für die Rolle des spanischen Verfassungsgerichts in ähnlichem Sinn siehe Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, S. 175-196.*

<sup>150</sup> *Ingeborg Maus, Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'*, Novos Estudos Nr. 58, São Paulo, November 2000, S. 190-192.

<sup>151</sup> *Ingeborg Maus, Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'*, S. 192-193. Im Wortlaut: „Aufgrund seiner spezifischen Methode für die Verfassungsinterpretation wirkt die Bundesverfassungsgerichtbarkeit weniger als „Wächter der Verfassung“ sondern eher als Gewährleister seiner eigenen Geschichte der Rechtsprechung, die er berechtigterweise mit Bezug auf sich selbst erwähnt. Die Geschichte verleiht ihm Grundlagen, die nicht mehr gerechtfertigt werden müssen, und somit werden sie lediglich in jedem Referenzsystem rückblickend beschrieben.“

<sup>152</sup> *Louis Fischer, Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process, Princeton, 1988, S. 3-6 und 231-276. Siehe eine ähnliche Stellungnahme in Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 34-35 und Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation.*

<sup>153</sup> *Louis Fischer, Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* cit., S. 276. Fisher behauptet ausserdem: „Judicial review fits our constitutional system because we like to fragment

Die Hauptfrage, die nicht von den Anhängern des „rechtsprechenden Positivismus“ beantwortet wurde, ist die des Ersatzes der vom Volke gewählten Legislative durch die Regierung der Verfassungsrichter. Wem soll der Bürger vertrauen: dem gewählten Volksvertreter oder dem Verfassungsrichter? Wenn der Gesetzgeber sich nicht der Versuchung der Willkür entziehen kann, warum sollte der Richter es können?<sup>154</sup> Laut Pedro de Vega bleibe jedoch mit dem „rechtsprechenden Positivismus“ die Unfähigkeit der Verfassungsgebung bestehen, die Ebene des „Sein sollens“ zu überwinden, da das Verfassungsrecht das ehrgeizige Vorhaben der Reduzierung und Konzentration der ganzen Verfassungslehre-Problematik an sich nehme und somit essentielle Fragen wie z.B. Demokratie oder verfassunggebende Gewalt beiseite lasse<sup>155</sup>.

Die Verfassungen wurden nicht mehr verstanden als Werk des Volkes und verwandelten sich in Gestalten mit geheimnisvollen, sogar metaphysischen Mächten. Bezeichnend dafür sei die Tatsache, wie von Olivier Beaud und Pedro de Vega Garcia hervorgehoben, dass die Lehre der verfassunggebenden Gewalt als äußerster Ausdruck des demokratischen Prinzips und Hauptfrage der Theorie der Verfassung durch die Verfassungslehre zum Schweigen gebracht worden sei<sup>156</sup>. Die verfassunggebende Gewalt beziehe sich auf das reelle Volk, nicht auf einen jusnaturalistischen Idealismus oder eine vorausgesetzte Grundnorm, denn sie betreffe die Kraft und Autorität des Volkes bei der Festlegung einer Verfassung normativen Anspruchs, ihrer Aufrechterhaltung und ihrer Aufhebung. Die verfassunggebende

power. We feel safer with checks and balances, even when an unelected Court tells an elected legislature or elected President that they have overstepped. This very preference for fragmented power denies the Supreme Court an authoritative and final voice for deciding constitutional questions. We do not accept the concentration of legislative power in Congress or executive power in the President. For the same reason, we cannot permit judicial power and constitutional interpretation to reside only in the courts“ in idem, S. 279.

<sup>154</sup> *Rogério Guilherme Erhardt Soares*, Direito Público e Sociedade Técnica, S. 154-155 e 182-183 und *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 191 und 198-199. Siehe auch *Cristina Queiroz*, Os Actos Políticos no Estado de Direito, S. 213-216. Bzgl. der widersprüchlichen Beziehungen zwischen der Rechtskontrolle der Verfassungsmäßigkeit, die in Brasilien durch den Bundesgerichtshof ausgeübt wird, und Demokratie, siehe *Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*, Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário, Revista da Procuradoria-Geral da República Nr. 8, São Paulo, RT, Januar/Juni 1996, S. 82-83 und 93-101.

<sup>155</sup> *Pedro de Veja Garcia*, El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial em la Doctrina Constitucional, S. 85-86 und *Eloy Garcia*, El Estado Constitucional ante su „Momento Maquiavélico“, S. 64-66.

<sup>156</sup> *Olivier Beaud*, La Puissance de l'Etat cit., S. 210-220 und *Pedro de Veja Garcia*, Mondializzazione e Diritto Constituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Constitucionalismo Attuale, S. 1072-1082 und 1090-1094.

Gewalt beschränke sich nicht auf die Festsetzung einer Verfassung, sondern sie bestehen fortwährend, denn von ihr stamme die normative Verfassungskraft selber<sup>157</sup>.

Die Demokratie darf auch nicht reduziert werden auf ein einfaches Verfassungsprinzip. Wie von Friedrich Mueller dargelegt, ist der Verfassungsstaat im Kampf gegen den fehlenden Rechtsstaat und die mangelnde Demokratie erobert worden, und dieser Kampf lebe fort, denn die Demokratie müsse für die Realisierung der Grundrechte im Alltag gelebt werden<sup>158</sup>. Die Demokratie und die Hoheit des Volkes würden eine berechtigte Staatsmacht voraussetzen, deren Legitimation und Entscheidung vom Volke kämen<sup>159</sup>. Die Legitimation der Verfassung hänge mit dem Volk zusammen und das Volk sei eine konkrete Realität. Deshalb dürfe die Demokratie auch nicht als lediglich eine Technik der Vertretung und der Legitimation, als einfache juristische Technik, verstanden werden<sup>160</sup>.

Der „Positivismus der Rechtsprechung“ enthüllt eine Krise, die gemeinsam mit einer Krise der Repräsentation und der politischen Parteien auch eine Verfassungskrise ist. Die jüngste Debatte über die übernationale Verfassung (europäische Verfassung) weist ebenfalls auf eine Reihe von Herausforderungen, denn letzten Endes geht es um eine Verfassung ohne verfassunggebende Gewalt und ohne Volk, eine apolitische Verfassung. Die europäische Verfassung sei, so Dieter Grimm, nicht das angebrachte Mittel zur Demokratisierung der Europäischen Union, deren Legitimation von den europäischen Staaten käme. Die EU solle nicht die Struktur der Staaten abbilden, sondern eine eigene Organisation erfinden. Die Befürworter einer Europäischen Verfassung dürfen nicht vergessen, dass Grundlage und Kontrolle des Gemeinschaftsrechts bei den Staaten liegen<sup>161</sup>.

<sup>157</sup> Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip in Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, S. 293-295. Bzgl. der Fortdauer der Verfassungsgewalt des Volkes siehe *Olivier Beaud*, La Puissance de l'Etat, S. 404-434. Für eine Argumentation gegen diese Theorie siehe idem, S. 434-453.

<sup>158</sup> *Friedrich Müller*, Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie VI, Berlin, 1997, S. 43-45 und 56.

<sup>159</sup> Gegen die Reduzierung der Hoheit auf ein einfaches Verfassungsprinzip, das demnach den Abgeordneten und Richtern zur Verfügung gestellt wird, siehe Argumentation von *Olivier Beaud*, La Puissance de l'Etat, S. 469-476, 479-482 und 490-491.

<sup>160</sup> *Gerhard Leibholz*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 256-257; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 297-301 und 311-315 und *Friedrich Müller*, Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie, S. 59-62.

<sup>161</sup> Siehe u.a. *Maurizio Fioravanti*, Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo, S. 884-888 und *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, in: Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen, München, 2001, S. 229-232 und 250-254. In entgegengesetzter Richtung schlagen Befürworter einer europäischen Verfassung wie Häberle nicht nur eine Europäisierung der nationalen Verfassungslehren durch eine Reduzierung der nationalen Verfassungen auf einfache Teilverfassungen vor, sondern auch eine Überarbeitung der in der Staatslehre enthaltenen Gedanken, die in der Analyse der europäischen Verfassung nicht wichtig seien, da die EU seiner Meinung nach keinen Ursprung in den nationalen europäischen Staaten habe. Vgl. *Peter Häberle*, Europäische Verfassungslehre, Baden-Baden, 2001/2002, S. 30-38 und 220-231.

Diese Dilemmata verursachen eine Situation, in der die Verfassung ihre Bedeutung für das Volk verliert, eine Verfassung ist jedoch nur reell, wenn sie den Bürgern etwas bedeutet<sup>162</sup>, andernfalls kann sie laut Marcelo Neves zu einer symbolischen Verfassung werden<sup>163</sup>. Es ist also eindeutig, dass die Verfassungslehre immer unpassender wird, denn sie muss sich dem Dialog mit den übrigen sozialen und politischen Wissenschaften öffnen<sup>164</sup>. Peter Häberle zum Beispiel meint, die Verfassung sei auch der Ausdruck eines gewissen kulturellen Entwicklungsgrades, eine eigene Selbstdarstellungsform eines Volkes und ein Spie-

<sup>162</sup> Siehe *Karl Loewenstein*, Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age cit., S. 220-224 und *Karl Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 162-166. Dies ist der „Willen zur Verfassung“, so Konrad Hesse. Siehe *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 11-16. Mark Tushnet, z.B., schlägt die Gegenüberstellung eines „populist constitutional law“, des Volkes, und eines „elitist constitutional law“, der Richter und Anwälte, vor. Diese Dichotomie durchzieht das gesamte Werk *Mark Tushnets*, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, 1999. Schon im Falle Brasiliens verwirklicht sich die Legitimität der Verfassung mittels der sozialen Inklusion, so Marcelo Neves. Siehe *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, S. 204-215.

<sup>163</sup> Für Marcelo Neves ist die brasilianische Verfassung von 1988 eine symbolische Verfassung. Vgl. *Marcelo Neves*, A Constituição Simbólica, S. 158-161. In einer symbolischen Verfassung wie der brasilianischen werde der Verfassungstext nicht genügend konkretisiert, weder durch die öffentlich Handelnden noch durch die Bürger im allgemeinen. Laut Marcelo Neves geht es nicht nur um die Ineffizienz, sondern auch um die allgemeine Abwesenheit von Orientierung der Normverhalten durch die Verfassung, d.h. die Verfassung habe keine Normierung, und wenn doch, dann in sehr begrenzter Form. Die symbolische Verfassung beschränke sich nicht auf die Nichtbeachtung einiger Verfassungsvorschriften. Der Kern der Verfassung (Grundrechte, Demokratie, usw.) werde berührt. Die Staatsorgane würden sie nicht ausführen, ganz im Gegenteil, sie würden sie ignorieren und ständig verletzen. Ihre Bestimmungen würden lediglich rhetorisch benutzt, um die politische Legitimität der Regierenden zu erhalten. Siehe idem, S. 49-51, 83-86, 90-91, 131-132 und 135-141. Laut Neves ist die symbolische Verfassung ein Merkmal der nominellen Verfassungen von Löwensteins Klassifizierung. Für diesen Autor ist die nominelle Verfassung rechtmäßig gültig, der politische Prozess passe sich jedoch nicht ihren Normen an. Somit besitze sie keine existentielle Realität, indem politische und sozio-ökonomische Umstände ihre Integration in das politische Leben verhindern würden. Ihre Funktion sei „erzieherisch“ und sie beabsichtige, in der Zukunft eine normative, d.h. effektiv vollstreckte Verfassung zu sein laut Löwensteins Klassifizierung. Im Gegensatz zu Löwenstein behauptet Marcelo Neves, das Ziel einer nominellen - oder symbolischen - Verfassung sei nicht ihre zukünftige Verwandlung in eine normative Verfassung; ganz im Gegenteil sprächen ihre Merkmale für eine Beibehaltung des Status Quo. Siehe auch *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, S. 94-98 und 107-109; *ders.*, Lateinamerikanische Verfassungen: Zwischen Autokratismus und Demokratisierung, VRÜ 30(1997), S. 503 - 519.

<sup>164</sup> *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, S. 17-20; *Rogério Ehrhardt Soares*, Direito Público e Sociedade Técnica, S. 9-13, 17, 30-34 und 184-187; *Peter Häberle*, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 103-108 und *Maurizio Fioravanti*, Stato e Costituzione, S. 145-146.

gel seiner Kultur sowie Grundlage seiner Hoffnungen. Die juristische Realität des Verfassungsstaates stelle nur einen Teil der Realität der gesamten lebenden Verfassung<sup>165</sup>.

Das Verfassungsdenken muss sich neu orientieren in Richtung eines Denkens über politische Inhalte. Vielleicht sollte der Vorschlag Löwensteins wieder aufgenommen werden, in dem er die Verfassungslehre als eine realistische Erklärung der Rolle der Verfassung in der politischen Dynamik versteht<sup>166</sup>. Immerhin sei das Verfassungsrecht politisches Recht. Das Rechtshandeln ist für Friedrich Mueller ein rechtsnormorientiertes politisches Handeln<sup>167</sup>: das Recht sei eine besondere Form von Politik<sup>168</sup>. Die Verfassung sollte jedoch nicht beabsichtigen, die Gesamtheit des Politischen zu umfassen oder zusammenzufassen, wie es der Fall bei der dirigierenden Verfassung war, denn in diesem geschlossenen Normensystem entwickelte sich der „Positivismus der Rechtsprechung“, so Eloy Garcia<sup>169</sup>.

Durch einen Vergleich mit der Theorie Ferdinand Lassalles, der im Staat ein Werkzeug für die Integration der Arbeiterklasse sah, das durch Wahlen die Schaffung einer demokratischen und sozialistischen Republik ermöglichen würde, kritisiert Kelsen die mangelnde Beachtung des Staates und der Politik in der in den 1920ern vorherrschenden marxistischen Lehre. Seine an die Marxisten gerichtete Empfehlung lautete „zurück zu Lassalle“<sup>170</sup>.

Heutzutage wird die „Rückkehr zu Lassalle“ gerechtfertigt durch das Erwecken des Bewusstseins, dass die ausschließlich normativen Definitionen von Verfassung nicht ihren Sinn und ihre Essenz erfassen, die die bekannten reellen Machtfaktoren einschließen (obwohl sie sich nicht darauf beschränken), d.h. die aktiven Kräfte, die die juristischen Institutionen gestalten, und die sich in Recht umwandeln, sobald sie auf ein Blatt Papier

<sup>165</sup> Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin, 1998, S. 83-90. Siehe auch idem, S. 28-29.

<sup>166</sup> Karl Löwenstein, Verfassungslehre, S. 417-418.

<sup>167</sup> Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 35.

<sup>168</sup> Im Original: „Recht ist eine (im Rechtsstaat gesteigerte und charakteristisch artikulierte) Sonderform von Politik“, in: Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 35. Cristina Queiroz vertritt im selben Sinne, dass es keinen Unterschied gäbe zwischen dem Studium der Politik und der Verfassung. Vgl. Cristina Queiroz, Os Actos Políticos no Estado de Direito, S. 18-24

<sup>169</sup> Eloy Garcia, El Estado Constitucional ante su „Momento Maquiavélico“, S. 90-91.

<sup>170</sup> Hans Kelsen, Sozialismus ohne Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, 3. Aufl., Wien, 1965, S. 170-174. Siehe auch Carlos Miguel Herrera, Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen, S. 308-314.

gebracht werden<sup>171</sup>. Der große Beitrag Lassalles war der Hinweis darauf, dass die Verfassungsfragen auch politische Fragen, Machtfragen sind<sup>172</sup>.

Die Verfassung darf also nicht mittels ausschließlich juristischer Kategorien außerhalb der politischen Realität verstanden werden. Die Verfassung ist nicht nur normativ, sondern auch politisch; die Verfassungsfragen sind ebenfalls politische Fragen. Die Politik muss berücksichtigt werden für die eigene Beibehaltung der Verfassungsgrundlagen<sup>173</sup>. Die Verfassung resultiere von der Politik und bestimme sie auch, so Dieter Grimm<sup>174</sup>.

Das positivistische juristische Gedankengut verschloss die Augen gegenüber der Verfassungsrealität und machte somit die historischen Verfassungslösungen des Liberalismus, indem sie als zeitlos betrachtet wurden, zu etwas Absolutem<sup>175</sup>. Um dieses Missverständnis zu vermeiden, sollte die Verfassungslehre in der Logik der konkreten historischen Situationen eines jeden Landes verstanden werden, indem sie die geschichtliche, die politische und die juristische Realität in einem Einzelsystem integriert. Das Verfassungsrecht gewinne somit die Zeit- und Raumdimension wieder und erlange konkrete und historische Dimensionen in Pedro de Vega Garcias Worten. Die Verfassung dürfe nicht als freies und autonomes Wesen ohne eigene Geschichte verstanden werden. Es gebe nicht nur eine Verfassungslehre, sondern verschiedene, die jeweils ihrer konkreten Realität angepasst würden<sup>176</sup>. Die Verfassung solle nicht nur der Zeit, sondern auch dem Raum angepasst werden. Ohne das Verständnis des Staates könne auch die Verfassung nicht verstanden werden, wodurch

<sup>171</sup> Vgl. Ferdinand Lasalle, Über Verfassungswesen in Gesamtwerke: Politische Reden und Schriften, Leipzig, 1907, Band 1, S. 41-42, 45-46 und 51.

<sup>172</sup> Ferdinand Lasalle, Über Verfassungswesen, S. 68. Eine gegenteilige Auffassung hat Hesse, der vertritt, dass die Verfassungsfragen eigentlich Machtfragen seien, nicht zu Machtfragen werden, siehe Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 19.

<sup>173</sup> Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 89, 174 und 209-211; Pablo Lucas Verdú, El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La "Ideología Constitucional" Del professor García de Enterría), S. 8, 15-18 und 37-40; Pablo Lucas Verdú, La Constitución em la Encrucijada (Palingenesia Luris Politici), S. 118 und Dieter Grimm, Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, S. 338-340. Grimm analysiert außerdem verschiedene Probleme der Verfassungspolitik in Deutschland, wie die Wirtschafts- und Sozialpolitik, den Föderalismus, die Planung, usw. Siehe idem, S. 343-368.

<sup>174</sup> Dieter Grimm, Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, S. 368-373

<sup>175</sup> Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, Direito Público e Sociedade Técnica, S. 27.

<sup>176</sup> Pedro de Vega Garcia, Mondializzazione e Diritto Constituzionale: La Crisi Del Principio Democrático nel Constituzionalismo Attuale, S. 1056-1061 und 1082-1089. Siehe die niedergeschriebene Debatte in Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Hrsg.), Canotilho e a Constituição Dirigente, S. 33-35 und Eros Roberto Grau, Resenha do Prefácio da 2ª Edição, S. XVIII-XX.

die konstante Feindseligkeit der Verfassungslehre gegenüber dem Staat disqualifiziert wird<sup>177</sup>.

Die Verfassungslehre steckt in einer Krise, wie bereits verschiedentlich erwähnt. In Canotilhos Worten: „Eine der Thesen dieses Buches heißt: "Die Verfassungslehre ist heute aufgelöst in andere Lehren, wodurch die Verfassung und die mit ihr zusammenhängenden Lehren entwertet wurden.“<sup>178</sup> Das eigene Verfassungsrecht habe durch die Reduzierung der politischen Räume nicht mehr dieselbe zentrale Dimension<sup>179</sup>. Insoweit ist dem portugiesischen Verfassungsrechtler beizupflichten. Zu widersprechen wäre nur seiner Sichtweise, dass die Krise der Verfassungslehre eine Folge der Krise des hoheitlichen Staates sei<sup>180</sup>. Ganz im Gegenteil: Die Krise der Verfassungslehre kann nur nach ihrer tatsächlichen „Politisierung“ und ihrer Rückkehr zur Staatstheorie überwunden werden.

## 7. Die Rückkehr zur Staatstheorie

Um die Krise der Verfassungslehre zu überwinden, ist eine erneuerte Staatstheorie notwendig, die sich fähig zeigt, die Zusammenhänge zwischen Politik, Demokratie, Hoheit, Verfassung und Staat aufzuzeigen. Diese Erneuerung der Staatslehre kann verglichen werden mit dem wieder wachsenden Interesse der sozialen Wissenschaften für den Staat, deren theoretische Neuorientierung sich immer noch vollzieht<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> *Pedro de Vega Garcia*, Mondializzazione e Diritto Constituzionale: La Crisi Del Principio Democrático nel Constitucionalismo Attuale, S. 1089-1090. Siehe auch *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 121.

<sup>178</sup> *José Joaquim Gomes Canotilho*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, S. 1206.

<sup>179</sup> *José Joaquim Gomes Canotilho*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, S. 1187-1188, 1197-1205 und *José Joaquim Gomes Canotilho*, O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: de uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida, S. 218-220.

<sup>180</sup> *José Joaquim Gomes Canotilho*, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, S. 1200-1203. Selbst mit der „Globalisierung“ behält der Staat eine grundlegende Rolle. Der Diskurs gegen den Staat, der dem „Washingtoner Konsens“ entspringt, ist ausschließlich ideologisch und bringt in die Überlegungen mehr Unklarheit als Licht ein. Das Überleben des Staates hänge, so Peter Evans, nicht nur von der neoliberalen Wirtschaftslogik der „Globalisierung“ ab, sondern auch von der Meinung des Volkes über den Staat. Siehe *Peter Evans*, The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization, World Politics, Band 50, Nr.1, Oktober 1997, S. 65-78 und 87.

<sup>181</sup> *Theda Skocpol*, Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research, in: *Peter B. Evans/Dietrich Rueschemeyer/Theda Skocpol* (Hrsg.), Bringing the State Back In, Neudruck, Cambridge, 1999, S. 3-8. Die gegenwärtigen Studien beschäftigen sich besonders mit der Frage der Autonomie des Staates, d.h. mit der Tatsache, dass sein Handeln nicht einfach die Forderungen und Interessen von Gruppen, Klassen oder der Gesellschaft wiederspiegelt, sowie mit der Fähigkeit des Staates, seine Politiken in die Tat umzusetzen. Vgl. idem, S. 9-20. Im Gegensatz dazu versteht Marramao, die Politik müsse sich der „Verlegenheiten“ und „Fesseln“ der staatli-

Diese Rückkehr zur Staatslehre bedeutet nicht, dass systemischen Autoren wie Helmut Willke beigeplichtet wird. Willke hebt die Notwendigkeit einer Verbindung zwischen der Staatslehre und der politischen Dynamik hervor, wodurch er das Verständnis über den Staat aus der systemischen Perspektive neu entwickelt. Somit verwandelte ihn die „Tragik des Staates“ in einen einfachen „lokalen Beteiligten“<sup>182</sup>. Die systemischen Lehren heben die Gruppen-Hypertrophie in der Organisation der Gesellschaft, die durch Interessen vertretende Gruppen geprägt wird, als das maßgebliche Element der Politik hervor. Ein Großteil seiner Argumente bezieht sich auf die „Verwirtschaftlichung“ der Politik und die Entpolitisierung der Politik und des Staates, der auf einen einfachen technisch-bürokratischen Apparat, oder „lokalen Beteiligten“ reduziert wird. Laut Rogério Erhardt Soares ginge es hier im Grunde genommen um den neuen Autoritarismus einer Gesellschaft, die durch Gruppen dominiert werde, die keine Grenzen für ihre Ansprüche kennen und auch keine Staatspolitik für deren Begrenzung wünschen. Als Allheilmittel gegen alle sozialen Probleme gelte deshalb die Entjuridifizierung<sup>183</sup>.

Die Entjuridifizierung wird in den zentralen Ländern verstanden als ein Mittel, den Rationalismus und den Rechtspluralismus zu fördern, wodurch der Raum für Bürgersinn erweitert werde, so ihre Befürworter. Die Anhänger dieser systemischen Lehren oder prozeduralen Theorien vergessen, dass die Entjuridifizierung in Brasilien anders verstanden werden muss als in Europa. Wie Marcelo Neves sehr gut hervorhob, sei unser Problem nicht das der Juridifizierung, sondern der Entjuridifizierung der Verfassungsrealität. Hier fördere die Entjuridifizierung und die Entverfassungsrechtlichung die Beibehaltung von Privilegien und Ungleichheiten. Die Entjuridifizierung würde in Brasilien nicht den Raum für Bürgersinn erweitern, denn solange die Verfassung nicht konkretisiert werde, gebe es gar keinen Raum für Bürgersinn<sup>184</sup>. Außerdem ist das Verhältnis zwischen der Zivilbevölkerung und

chen Form entledigen in Anbetracht der „dottrina dello Stato come «triste scienza»“. Vgl. Giacomo Marramao, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, S. 23-36.

<sup>182</sup> Helmut Willke, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Frankfurt/M., 1996, S. 7-9, 11-24 und 362-372. Bzgl. einer Kritik an Willke, in der eine Stärkung des Staates gemeinsam mit der pluralistischen Gesellschaft verteidigt wird, siehe Marcelo Neves, Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung – Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, Baden-Baden, 2000, S. 167-171.

<sup>183</sup> Vgl. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, S. 11-118. Bzgl. einer Kritik an den systemischen Gedanken über die Rolle der Verfassung und des Staates, siehe auch Gilberto Bercovici, A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro, S. 40-42 e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, S. 123-125.

<sup>184</sup> Vgl. Marcelo Neves, A Constitucionalização Simbólica, S. 128-129, 144-147 und 160. Siehe auch Eloy Garcia, El Estado Constitucional ante su „Momento Maquiavélico“, Note 44, S. 68.

dem Staat extrem komplex<sup>185</sup>. Die Gefahr der Zerstörung des Staates und folglich seiner Legitimation bedeutet eine komplette Atomisierung der Gesellschaft. Eine starke Zivilgesellschaft benötigt einen starken Staat, ohne den sie ihre eigenen Ziele nicht erfüllen kann<sup>186</sup>.

Indem sie dem Staat wieder mehr Wichtigkeit beimessen, wollen die neuen Untersuchungen der sozialen Wissenschaften die Hauptrolle des Staates in den Studien über Staat und sozialen Wandel verstehen, indem sie die Geschichte der soziopolitischen Strukturen berücksichtigen und versuchen, die Implikationen des nationalen Entwicklungsgrades in einem sich weltweit wandelnden Kontext zu verstehen. Es wird nicht eine „große Lehre“, eine Allgemeine Staatslehre gesucht, sondern ein Verständnis der Geschichte, der strukturellen Regelmäßigkeiten und (Dis)Kontinuitäten der modernen Staaten<sup>187</sup>. Dies bedeutet, dass die klassische, enzyklopädische Allgemeine Staatslehre völlig überholt ist. Vorzuschlagen ist vielmehr eine Staatslehre als Wissenschaft der Realität, die sich mit dem konkreten und historisch bedingten Staat befasst, wie von Hermann Heller ausgearbeitet<sup>188</sup>. Der Staat ist nicht konstant und unveränderlich wie in der Allgemeinen Staatslehre, sondern historisch bedingt. Die politischen Kategorien, Funktionen und Strukturen des Staates sind abhängig von der Geschichte. Eine Staatsstruktur, die in einer bestimmten sozialen Struktur vorhanden ist, kann nicht übertragen werden in irgendeinen anderen historischen Kontext<sup>189</sup>.

Die Staatslehre bezwecke, so Heller, den strukturellen Inhalt der politischen Realität zu beschreiben und zu interpretieren. Das Ziel der Staatslehre sei also, den Staat als eine reelle

<sup>185</sup> Der Staat ist mehr als die Strukturierung der politischen Gewalten. Aus Sicht der Verfassung ist der Staat das Muster der sozialen Organisation, die in einem dialektischen Verhältnis mit der Gesellschaft steht, so Nicolás Calera: die Gesellschaft legitimiert den Staat, der gleichzeitig die Gesellschaft überwindet. Siehe *Nicolás María López Calera, Yo, el Estado – Bases para una Teoría Sustancializadora (No Sustancialista)* Del Estado, Madrid, Trotta, 1992, S. 103-115. Folgende Aussage Nicolas Caleras ist interessant: „La sociedad, pues, se supera a si misma por la constitución de un Estado democrático. El Estado aparece así, al menos constitucionalmente, como la superación – antítesis – de la sociedad, como el modelo social, hacia el que la sociedad debe encaminarse y que há sido democraticamente plasmado en una Constitución“, in: idem, S. 111-112.

<sup>186</sup> Peter Evans, The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization, S. 78-82. Bzgl. der Beziehungen zwischen Zivilgesellschaft und Staat, siehe Hermann Heller, Staatslehre, S. 124-40.

<sup>187</sup> Theda Skocpol, Bringing the State Back, in: Strategies of Analysis in Current Research, S. 28.

<sup>188</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 12-13 und 56-62.

<sup>189</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 64-66, 69-71 und 175.

Verbindung zu verstehen, die in einer historisch und sozial geprägten Umgebung tätig ist, und somit die Funktion des Staates in einer konkreten sozialen Realität zu untersuchen<sup>190</sup>. Mit der hier übernommenen Staatslehre ist eine Trennung zwischen Politik (eine praktische und wertende Wissenschaft) und Staatslehre (eine theoretische und wertfreie Wissenschaft) nicht vertretbar. Dies ist laut Heller nur in einer Staatslehre ohne Staat möglich. Die spezifische Natur des Phänomens Staat verhindere diese Unterscheidung<sup>191</sup>. Die großen politischen, staats- und verfassungsbezogenen Fragen kämen von der Realität, und die Fähigkeit der Staatslehre, diese Fragen zu verstehen und zu beantworten, stelle ihre eigene Daseinsberechtigung dar<sup>192</sup>. Die Verbindung zwischen Staatslehre und Politik sei unentbehrlich, denn ohne die Kenntnis des politisch Möglichen sei jede brauchbare Untersuchung des politischen Rechts ausgeschlossen<sup>193</sup>.

Die Krise der Verfassungslehre kann überwunden werden, wenn die Verfassung unter diesen Voraussetzungen der Staatslehre verstanden wird, also in Verbindung mit der Politik und dem sozialen Kontext. Immerhin ist ein Verständnis der Verfassung ohne den Staat unmöglich, im Gegensatz zur Meinung einiger Juristen. Das historisch bedingte und konkrete Vorhandensein des hoheitlichen Staates ist Voraussetzung und Bedingung für das Vorhandensein der Verfassung<sup>194</sup>.

Die Verfassung nicht nur als normativ, aber auch als politisch zu verstehen. Die in der Verfassungsstruktur anwesenden politischen und sozialen Beziehungen zu begreifen. Sich bewusst sein, dass die Verfassung auch zu der sozialen und historisch bedingten Realität gehört. Die Verbindungen zwischen Staat, Verfassung und Politik klarstellen und somit das Verfassungsrecht als politisches Recht sehen. Dies alles ist die Aufgabe der hier vorge-

<sup>190</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 75-81 und 124.

<sup>191</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 66-69.

<sup>192</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 36-42.

<sup>193</sup> Hermann Heller, Staatslehre, S. 71-75.

<sup>194</sup> Olivier Beaud, La Puissance de l'Etat, S. 208-210. Autoren wie Peter Häberle und José Joaquim Gomes Canotilho sind diesbezüglich anderer Meinung. Beide stimmen überein, dass Staat und Verfassung eine Einheit im Verfassungsstaat bilden, wobei jedoch der Staat in deren Beziehung zueinander nicht den Vorrang haben sollte. Für Häberle und Canotilho ist die Verfassung der Ausgangspunkt für das Bestehen des Verfassungsstaats und es gäbe „nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert“. Wenn davon ausgegangen wird, dass laut Canotilho die Verfassung dem bereits bestehenden Staat eine Rechtsordnung verleiht, kann die Verfassung beschränkt werden auf eine vorübergehende Staatsform, die wiederum bleibend ist. Siehe Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 620-621 und José Joaquim Gomes Canotilho, A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, S. 415-418. Siehe im selben Sinn José Joaquim Gomes Canotilho, O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição.

schlagenen Staatslehre. Mit der Überwindung der heute unzureichenden Verfassungslehre durch die erneuerte Staatslehre könne die Verfassung in den Worten Hellers gebührend verstanden werden als „eine offene Form, durch die das Leben geht“<sup>195</sup>.

<sup>195</sup> *Hermann Heller*, Staatslehre, S. 282. Im Original: „Die Staatsverfassung ist (...) eine offene Gestalt, durch die das Leben hindurch geht.“