

# Öffentliches Recht



# Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht

## Inhaltsübersicht

- A. Wiedererrichtung des Verfassungsstaates
  - I. Wissenschaftliche Reorganisation zwischen Restauration und Neubeginn
  - II. Naturrechtsrenaissance und grundgesetzliche Wertordnungslehre
  - III. Diskussionsschwerpunkte und Literaturentwicklung
- B. Aufbruch der Wissenschaft und Ausbau des Öffentlichen Rechts
  - I. Neue Wege und Themen in der Staatsrechtslehre
  - II. Sicherung des Grundgesetzes
  - III. Gestaltwandel der Grundrechte
  - IV. Konsolidierung und Entwicklung des demokratischen Bundesstaates
  - V. Lehrbücher und Kommentare
- C. Wiedervereinigung im vereinten Europa
  - I. Der Weg zur deutschen Einheit
  - II. Nationalstaat und europäische Integration

Der nach der „deutschen Katastrophe“ (*F. Meinecke*) wiedererrichtete Verfassungsstaat brachte der Staatsrechtswissenschaft nicht nur einen neuen Gegenstand, sondern veränderte zugleich ihre Gestalt, ihre Arbeitsweise und ihr Selbstverständnis. Wie nie zuvor verscrieb sich die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht auf breiter Basis der Dogmatik des geltenden Verfassungsrechts<sup>1</sup> und durchdrang als Interpret dieser mit Vorrang ausgestatteten Normen, namentlich der Grundrechte, die gesamte Rechtsordnung.<sup>2</sup> Dabei erwuchs ihr im Bundesverfassungsgericht ein Konkurrent in der Deutung der Verfassung, der überdies den Vorzug autoritativer Entscheidungsgewalt genießt. In Politik und Öffentlichkeit ist die verfassungsrechtliche Deutungshoheit des Gerichts anerkannt, das wie kaum eine andere Institution auf dem Rechtswege Staat und Gesellschaft prägt. Wenn der Staatsrechtswissenschaft hier je eine entscheidende Rolle zugekommen sein sollte, dann hat sie diese zugunsten des Bundesverfassungsgerichts eingebüßt. Angesichts der durchschlagenden Formungskraft der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung für die konstitutionalisierte deutsche Rechtsordnung und Staatswirklichkeit

---

<sup>1</sup> Repräsentativ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., 1984, S. 42, demzufolge die Staatsrechtswissenschaft „als rechtswissenschaftliche Disziplin zuvörderst Rechtsdogmatik“ ist, „vorzugsweise“ bezogen auf das Verfassungsrecht (a. a. O., S. 41) und im Verständnis der „politischen, historischen und sozialen Bedingtheit“ des normativen Materials (a. a. O., S. 43).

<sup>2</sup> Zur Gestaltungswirkung der Grundrechte für das einfache Recht zusammenfassend *Badura*, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 3. Aufl., 2003, S. 100 ff., der jedoch an die verfassungsstaatliche Tradition erinnert, der entsprechend auch das Grundgesetz eine „Grundordnung für den Staat“ und keine „Fundamentalnorn für Staat und Gesellschaft“ ist (a. a. O. S. 15).

hat auch die Staatsrechtslehre selbst den Fokus ihrer wissenschaftlichen Diskurse auf eben diese Judikatur gelegt. Daß es der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht neben diesem übermächtigen Gericht schwerfiel, mit eigenständigen Lehrsystemen und Ordnungsentwürfen zu glänzen wie einst und unter anderen Umständen ein *Paul Laband* oder die prominenten Weimarer Autoren, und daß sie stattdessen dem Gericht teils vor- und teils nachgearbeitet hat, evozierte die Schlagwörter einer „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft“ und eines „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“.<sup>3</sup> Wenn hiergegen der „Rang-Schub“ betont wird, den die Verfassung durch die umfängliche Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie die begleitend tätige Rechtswissenschaft erfahren habe, die mit in den „Lift“ nach oben eingestiegen sei,<sup>4</sup> so kommt dies dem Gegenbild einer „Inthronisierung“ der Staatsrechtswissenschaft durch das Bundesverfassungsgericht zumindest auf einem Nebenthron nahe.

Von einer Dominanz des Bundesverfassungsgerichts kann allerdings seit dem enormen Bedeutungszuwachs des europäischen Rechts und der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte immer weniger die Rede sein. Insofern spricht man von einer spätestens mit den neunziger Jahren einsetzenden zweiten Phase des Öffentlichen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in der sich die Perspektive von der nationalen Binnen- zur europäischen Außenorientierung verschiebt,<sup>5</sup> wie es der entstandene europäische Verfassungsraum als Pluriversum nicht zuletzt nationaler und europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit erzwingt. Da die europäische Judikatur nur im rechtsvergleichenden Blick auf die Rechtsprechung in den anderen Mitgliedsstaaten richtig verstanden werden kann, hat die deutsche Rechtswissenschaft ihren Blick zwangsläufig erheblich geweitet. In gewissem Sinne handelt es sich dabei auch um eine Befreiung der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, die angesichts einer Vielzahl azentrischer Judikate mehr Raum nicht nur für Kritiknahme, sondern darüber hinaus für eigene Theorieentwürfe und dogmatische Modellierungen gewinnt. Die über die Europäisierung hinausweisenden Phänomene der Internationalisierung und Globalisierung belegen die Distanz zwischen dem gegenwärtigen Stand und den Anfängen der Staatsrechtswissenschaft in der Nachkriegszeit.

### *A. Wiedererrichtung des Verfassungsstaates*

Obschon zunächst nur als Provisorium gedacht und empfunden und auch in der Staatsrechtslehre keineswegs allseits und umfassend freundlich aufgenommen,<sup>6</sup> bildet das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 eine

---

<sup>3</sup> *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* Bd. 28 (1989), 161 ff.

<sup>4</sup> *Lerche*, Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit, *BayVBl.* 2002, 649, der die Wissenschaft im doppelten Wortsinn „geliftet“ sieht.

<sup>5</sup> *Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, *Der Staat* Bd. 38 (1999), 495 ff.

<sup>6</sup> Rückblickende Feststellung bei *Scheuner*, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, *AöR* Bd. 95 (1970), 353 (354 f.) m. w. N.; Eintrag vom 20. 7. 49 bei *Schmitt*, Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951, 1991, S. 259: „Bei der Lektüre des Bonner Grundgesetzes befällt mich die Heiterkeit eines allwissenden Greises.“

bedeutende Zäsur sowohl in der deutschen Verfassungsgeschichte als auch in der Wissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts. Die im Nationalsozialismus niedergegangene, diskreditierte und an ein Ende gekommene Staatsrechtslehre<sup>7</sup> nahm nach 1945 ihre Arbeit vorsichtig tastend, mehr referierend als diskutierend, eher moralisierend als programmatisch auf.<sup>8</sup> Nach dem „Interregnum“ erhielt die Wissenschaft mit dem Grundgesetz ihren „fundamentalen Basistext“,<sup>9</sup> vor dessen Hintergrund *Richard Thoma* die am 20. Oktober 1949 wiedereröffnete Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf den „Dienst an der richtigen Deutung und wohlervogenen Fortbildung des Staatsrechts eines demokratischen Rechtsstaates“ verpflichtete.<sup>10</sup> Knapp zwei Jahre später kam mit Arbeitsaufnahme des Bundesverfassungsgerichts am 7. September 1951 der verfassungsrechtliche Lotse an Bord, dem bereits nach wenigen Monaten „eine umfangreiche und bedeutsame Tätigkeit“ attestiert wurde.<sup>11</sup> Zuvor schon hatte *Werner Weber* eine „unerhörte Ausbreitung justizstaatlicher Elemente im Verfassungsgefüge“ verbunden mit der „Gefahr einer Juridifizierung der Politik und der Politisierung der Justiz“ prognostiziert.<sup>12</sup>

### I. Wissenschaftliche Reorganisation zwischen Restauration und Neubeginn

Die Wendung von der „Stunde Null“<sup>13</sup> suggeriert in ahistorischer Metaphorik einen voraussetzungslosen Neuanfang ohne geschichtliche Vorprägung und Vorbelastung. Militärischer, politischer und moralischer Zusammenbruch, Besatzungsherrschaft, Vertreibung und Zerstörung, persönliche Not, Nahrungs-, Kohle-,

<sup>7</sup> *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 316 ff.; *Dreier/Pauly*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL Bd. 60 (2001), S. 9 ff. u. 73 ff.

<sup>8</sup> *Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, 2004, S. 77; v. *Bülow*, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), 1996, S. 17 ff.; entsprechend das Geleitwort von Herausgeber und Verlag „Zum neuen Jahrgang“, AöR Bd. 74 (1948), 1 (2): „Auf programmatische Aufsätze und Erklärungen wurde bewußt verzichtet. Bestimmend war die Absicht, schlicht und ohne große Worte wieder an die Arbeit zu gehen.“

<sup>9</sup> *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 78. Den Stellenwert des Grundgesetzes dokumentiert auch die Widmung des ersten Bandes der neuen Folge des Jahrbuchs des Öffentlichen Rechts der Gegenwart für einen Bericht über dessen Entstehungsgeschichte. Herausgeber und Verlag betonen die „Ausnahmestellung“ des Bandes im „Vorwort“, JöR Bd. 1 N.F. (1951), S. III.

<sup>10</sup> *Thoma*, Eröffnung, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 1. Daß die „wenig ruhmvolle Haltung der deutschen Staatsrechtswissenschaft in jenen Tagen ... mit Stillschweigen übergangen [wurde], aber auch die grundsätzliche Aufgabe des Staatsrechtslehrers in der nun beginnenden Verfassungsepoche“ nicht zum Ausdruck kam, war für *Friesenhahn*, Staatsrechtslehrer und Verfassung, 1950, S. 7, „wahrlich ein gespenstischer Vorgang“.

<sup>11</sup> *Scheuner*, Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, DVBl. 1952, 293.

<sup>12</sup> *Weber*, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (1949), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl. 1958, S. 9 (33).

<sup>13</sup> Vgl. zur Kritik nur *Diestelkamp*, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, JuS 1980, 401 f.; daß es gerade auch bei den Juristen keine „Stunde Null“, d. h. „keine umfassende Neuorientierung“ gab, sondern stattdessen „Ruhebedürfnisse, Vergessenswünsche, Reparaturgesinnung“, betont *Simon*, Zäsuren im Rechtsdenken, in: Broszat (Hrsg.), Zäsuren nach 1945, 1990, S. 153 (155).

Papier- und Büchermangel, Entlassungen, Entnazifizierung sowie kontaminierte wissenschaftliche Traditionsbestände gehörten ebenso zur Ausgangslage wie der Verlust der Emigranten und des internationalen Anschlusses. Der Wegfall der diktatorischen Zentrale in Berlin ermöglichte eine gewisse Autonomie der Hochschulen und bot Chancen für eine Selbstreinigung<sup>14</sup> und einen Neubeginn auch in personeller Hinsicht. Schon weil keine unbelastete Nachfolge- oder Ersatzgeneration zur Verfügung stand,<sup>15</sup> waren die Handlungsspielräume begrenzt, aber auch durch die Wiedereingliederung der „131er“<sup>16</sup> und die Neigung, Lehrstühle für suspendierte Kollegen zu reservieren. Zu den nicht mehr an die Universität zurückkehrenden Lehrern des Öffentlichen Rechts zählten *Carl Schmitt*, *Reinhard Höhn* und *Otto Koellreutter*;<sup>17</sup> erst mit Verzögerung gelang *Ernst Rudolf Huber* der Wiedereinstieg. Kompromittierung im Nationalsozialismus verstellte *Schmitt* auch den Weg zurück in die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; an eine Aufnahme von *Höhn* war ebenfalls nicht zu denken.<sup>18</sup> *Koellreutter* verspielte seine Aufnahmekancen durch diffamierende Angriffe auf *Hans Peters* und später „tolle“ Briefe an *Erich Kaufmann*,<sup>19</sup> der u. a. zusammen mit *Walter Jellinek*, beide Opfer des NS-Staates, die Wiederbelebung der Vereinigung betrieb und dem ersten Nachkriegsvorstand angehörte. Im Fall von *Huber* ermöglichte erst das Verstreichen einer Karenzzeit die Rückkehr.<sup>20</sup>

An den Universitäten, im Rechtsleben wie gesamtgesellschaftlich bestimmend wirkten in den fünfziger Jahren weithin Personen, für deren „kulturelle und mentale Dispositionen“ die Jahrhundertwende als „formative Phase“ anzusetzen ist.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Zu deren teils prophylaktischem Charakter *Rückert*, Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945, NJW 1995, 1251 (1255).

<sup>15</sup> *Stolleis*, Das Zögern beim Blick in den Spiegel. Die deutsche Rechtswissenschaft nach 1933 und nach 1945, in: *Lehmann/Oexle* (Hrsg.), Nationalsozialismus in den Kulturwissenschaften, Bd. 1, 2004, S. 11 (16 ff.), in Beschreibung der Personalsituation.

<sup>16</sup> Zur zeitgenössischen Diskussion um Art. 131 GG und die bundesgesetzliche Ausführung vgl. *Frei*, Vergangenheitspolitik, 1999, S. 69 ff.

<sup>17</sup> Laut *Schmidt*, *Otto Koellreutter 1883–1972*, 1995, S. 137, wurde *Koellreutter* (nach über einem Jahr Arbeitslager) 1949 zwar wieder als Beamter eingestellt, aber altersbedingt direkt in den Ruhestand versetzt.

<sup>18</sup> Zur Geschichte der Neubegründung *Stolleis*, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte, KritV 80 (1997), 339 (346 ff.), insbesondere unter Auswertung des insoweit sehr ergiebigen, im Bundesarchiv lagernden Nachlasses von *Walter Jellinek*. Diskutiert wurde über die Aufnahme u. a. von *Ernst Forsthoff*, *Theodor Maunz* und *Karl Bilfinger*. Bemerkenswert der Hinweis von *Adolf Merkel*, Brief an die VDStRL, zu Händen von *W. Jellinek*, vom 24. 10. 1950 (BA NL 242/65): „... wie sehr es im Interesse der deutschen Hochschulen gelegen ist, eine Verstärkung des latenten Eindrucks zu vermeiden, daß der Nazismus wieder Oberwasser bekomme.“ Zur Abgrenzung der Vereinigung gegenüber den DDR-Hochschullehrern vgl. *Stolleis*, a. a. O., S. 353 f.; die Nachkriegshabilitation von *Martin Drath* in Jena mit der im Bundesarchiv (N 1341/6 a) lagernden Schrift „*Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie – eine Staatstheorie des neuen deutschen Imperialismus*“ (1946), stand einer Aufnahme nicht im Wege.

<sup>19</sup> Darauf *Kaufmann*, Brief an *W. Jellinek* v. 8. 8. 1950 (BA NL Jellinek, N 1242/64): „Solche Leute muß man sich austoben lassen. Kein Mensch wird auf sie hören.“

<sup>20</sup> *Grothe*, Eine „lautlose“ Angelegenheit? Zur Rückkehr des Verfassungshistorikers *Ernst Rudolf Huber* in die universitäre Wissenschaft nach 1945, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 47 (1999), S. 980 ff.

<sup>21</sup> *Herbert*, Liberalisierung als Lernprozeß. Die Bundesrepublik in der deutschen Geschichte – eine Skizze, in: ders. (Hrsg.), Wandlungsprozesse in Westdeutschland. Belastung, Integration,

Von daher mögen sich auch die schon zeitgenössisch registrierten Anzeichen eines „restaurativen Rückstandes“ in Teilen der deutschen Staatsrechtslehre erklären, einhergehend mit der reformatorischen Forderung, „um die Mitte unseres Jahrhunderts die neue Fragen aufgreifende Umgestaltung“ vorzunehmen, „deren die Staatstheorie so sehr bedarf.“<sup>22</sup> In den ersten Nachkriegsjahren hatte man notgedrungen auf Kompendien aus der Weimarer Zeit zurückgegriffen.<sup>23</sup> Das in seiner Entstehung nur sparsam wissenschaftlich begleitete Grundgesetz<sup>24</sup> war zum Teil überaus kritisch in Empfang genommen worden.<sup>25</sup> Das erste auf dem Boden der neuen Verfassung entstandene Staatsrechtslehrbuch von *Theodor Maunz* wurde in einer Besprechung der Erstauflage als „Überblick“ gewürdigt; es wäre „zu begrüßen“, wenn eine Neuauflage „jedenfalls einzelne besonders bedeutsame Fragen vertiefen und dadurch insbesondere den studentischen Leser zu selbständigem, wissenschaftlichen Denken anregen würde.“<sup>26</sup> Von einem „Aufbruch“ der Wissenschaft war wenig zu spüren, wenn etwa *Ernst v. Hippel* eine Überprüfung der „Begriffe gerade des öffentlichen Rechts im Hinblick nicht auf ihren Scharfsinn, sondern auf ihre moralische Qualität“ annahmte.<sup>27</sup> Die noch in den Anfängen befindliche Wissenschaftsgeschichte der bundesdeutschen Staatsrechtslehre bezeichnet immerhin die zweite Hälfte der fünfziger Jahre als „Gärungsphase“ der im Göttinger „Staats- und Verfassungstheoretischen Seminar“ *Rudolf Smends* versammelten Richtung, die dann nach einer „normativistischen“ Wende vom Staat zur

---

Liberalisierung 1945–1980, 2. Aufl. 2003, S. 7 (35). Zusammengekommen mit dem gesellschaftlichen „Fortwirken auch schwerstbelasteter NS-Funktionäre“ und dem vorhandenen Potential „einer nationalsozialistischen Gegenelite“ habe sich eine erhebliche Belastung der frühen Bundesrepublik ergeben (a.a.O., S. 18f.).

<sup>22</sup> *Scheuner*, Carl Schmitt – Heute, NPL 1 (1956), Sp. 181 (183 u. 188); *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 215, berichtet von Briefen Scheuners aus dieser Zeit, in denen dieser „völlige Stille“ und „Ausfallerscheinungen“ in der Wissenschaft konstatiert.

<sup>23</sup> Etwa *Laun*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 1947; *Thoma*, Grundriss der allgemeinen Staatslehre, 1948; *Helffritz*, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. 1949; letzteres Werk war in vierter Auflage noch 1944 unter dem Titel „Volk und Staat“ erschienen.

<sup>24</sup> Im Parlamentarischen Rat saßen *Hermann v. Mangoldt* und *Carlo Schmid*, im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee wirkten neben letzterem beratend bzw. assistierend *Hans Nawiasky* und *Theodor Maunz* mit. Daß das Grundgesetz trotz des partiellen Einflusses der Besatzungsmächte als eine „eigenständige deutsche Leistung“ zu werten ist, bildet das Resümé der Schrift von *Wilms*, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, 1999, S. 315.

<sup>25</sup> Vgl. nur *Weber*, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (Fn. 12), S. 17: „Ein Juristengesetz, kein Volksgesetz“, das zudem „nicht in die Zukunft des deutschen Volkes“ greife, sondern „von der Reaktion auf die unmittelbare Vergangenheit“ lebe (a.a.O., S. 36) und „das Bild eines Verfassungslebens ohne ernstes Risiko, von beruhigender Sicherheit und einem beinahe bukolischen Frieden“ entwerfe (a.a.O., S. 38). Daran anschließend *Ipsen*, Über das Grundgesetz, 1950, S. 17 u. passim. Die sich um Ernst Forsthoff gruppierenden und selbst so bezeichnenden „aktiven Feinde des Grundgesetzes“ arrangierten sich noch Anfang der fünfziger Jahre mit der neuen Verfassungslage; vgl. *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 84ff. u. 115. Erwähnenswert auch *Friesenhahn*, Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes, in: *Wandersleb* (Hrsg.), Recht. Staat. Wirtschaft, Bd. 2, 1950, S. 164, mit der Einschätzung: „Neue, in die Zukunft weisende Gedanken wird man kaum im Bonner GG finden.“

<sup>26</sup> *Ule*, Schrifttum, DVBl. 1951, 456.

<sup>27</sup> *Hippel*, Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts, in: *GS für Walter Jellinek*, 1955, S. 21 (31).

Verfassung in den sechziger Jahren den „Umbruch“ herbeigeführt habe.<sup>28</sup> Benannt ist mit der Smend-Schule zugleich einer der beiden in dieser Zeit maßgeblichen Pole der innerdisziplinären Auseinandersetzungen, der seinen Widerpart in der um den charismatischen *Carl Schmitt* gruppierten etatistisch orientierten Schule fand.<sup>29</sup> Charakterisiert vor allem durch den schulspezifischen Dezisionismus und ein konfliktverschärfendes Denken vom Ausnahmezustand her, bezogen die Schmittianer die Verteidigungsstellungen des Staates. Tendenziell stand die Smend-Schule hiergegen für ein gesellschaftsbezogenes pluralistisches Denken, das den noch beim Weimarer *Smend* anzutreffenden antipluralistischen Etatismus verbllassen ließ und den Staat nicht mehr als vor-, sondern als verfassungsrechtlich zur Ausgestaltung aufgegeben betrachtete.

## II. Naturrechtsrenaissance und grundgesetzliche Wertordnungslehre

Die in der Nachkriegszeit einsetzende Rückbesinnung auf die Naturrechtstradition stellte ebenso wie die Ausgestaltung der neuen Verfassungsordnung eine Reaktion sowohl auf die vorangegangene Pervertierung der Rechtsordnung dar als auch auf das Scheitern der als wertrelativistisch verbuchten Weimarer Reichsverfassung.<sup>30</sup> Gespeist aus unterschiedlichen Quellen, insbesondere Neuthomismus, säkulares Vernunftrecht, materiale Wertethik und Existenzphilosophie,<sup>31</sup> versammelten sich unter dem weiten Oberbegriff des Naturrechts verschiedenartige Konzeptionen, die angesichts einer tiefgreifenden Verunsicherung der juristischen Zunft Orientierungssicherheit bieten sollten. Teilweise wurde der die „Konstitutionsprinzipien jedweder Rechtsordnung“ enthaltende Kernbereich des Naturrechts in Anlehnung an die sog. „Radbruchsche Formel“ als „übergesetzliches Recht“ im Sinne einer objektiven Ordnung verstanden, mit der Folge, „daß eine gegen derartiges Recht verstoßende Verfassungsnorm keine rechtliche Verbind-

---

<sup>28</sup> *Günther*, Denken vom Staat her (Fn 8), S. 163 u. 166; kritisch gegenüber der namentlich durch *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, eingeleiteten normativistischen Wende ausgerichtet auf „die Signale des Grundgesetzes“ *Hennis*, Integration durch Verfassung? (1999), in: ders., Regieren im modernen Staat, 2000, S. 353 (364 f.).

<sup>29</sup> Zur ersten Generation der Schmitt-Schule rechnet *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 115, *Ernst Forsthoff*, *Werner Weber*, *Theodor Maunz*, *Hans Peter Ipsen*, *Ernst Rudolf Huber* und *Ernst Friesenhahn*, wobei gerade bei den letzten beiden die Distanzierung unübersehbar ist. Nicht allein akademische Filiation entscheidet über die Zugehörigkeit, sondern vor allem das Bekenntnis zu *Carl Schmitt*. Zum Mythos „San Casciano“ und Schmitts Ausstrahlung in den fünfziger Jahren von Plettenberg aus *van Laak*, Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. *Carl Schmitt* in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, 1993, S. 134 ff. u. passim.

<sup>30</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 604.

<sup>31</sup> Zusammenfassend von der *Heydte*, Naturrecht, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 5, 6. Aufl. 1960, Sp. 929 (940 ff.); *Gutzwiller*, Hochrenaissance des „Natur“-Rechts, Ztschr. f. Schweizerisches Recht Bd. 76 N.F. (1957), 215 ff.; *Hollerbach*, Was ist aus der deutschen Naturrechtsdiskussion geworden? (1984), in: ders., Katholizismus und Jurisprudenz, 2004, S. 278 (279 f.); *Böckenförde*, Kritik der Wertbegründung des Rechts, FS für Robert Spaemann, 1987, S. 1 ff.; *Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 145 ff., u. *Buchholz-Schuster*, Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln, 1998, S. 37 ff., jeweils m. w. N.



lichkeit beanspruchen kann“ und im abstrakten wie konkreten Normenkontrollverfahren vom Bundesverfassungsgericht zu verwerfen ist.<sup>32</sup> In seinem ersten Urteil überhaupt hat das Bundesverfassungsgericht die „Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes“ anerkannt und sich selbst für zuständig erklärt, „das gesetzte Recht daran zu messen“,<sup>33</sup> ohne jedoch von dieser Kompetenz je Gebrauch zu machen. Eine erstarkende Literaturauffassung lehnte eine solche richterliche Prüfungsbefugnis ab, entweder unter Leugnung entsprechender naturrechtlicher Prüfungsmaßstäbe oder auf Grund der bereits im Grundgesetz abschließend erfolgten Naturrechtspositivierung.<sup>34</sup> Sehr früh wies *Ernst Forsthoff* auf die Offenheit selbst nationalsozialistischen Rechtsgebarens für eine naturrechtliche Reformulierung hin,<sup>35</sup> in der Sache zugleich eine Absage an die Strategie, den Rechtspositivismus für die Korrumpierung von Justiz und Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus verantwortlich zu machen. Der strategische Gehalt der Naturrechtsrenaissance tritt auch hervor, wenn der Bundesgerichtshof unter seinem ersten Präsidenten *Hermann Weinkauff* überpositives Recht nutzte, um Elemente tradierter Rechtsmoral namentlich auf den Gebieten des Ehe-, Familien- und Strafrechts fortzuschreiben,<sup>36</sup> oder etwa versucht wurde, auf diesem Wege auch die Besatzungsmächte zu binden.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? 1951, S. 28 f., 45 u. 47 ff., unter Berufung auf *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff., allerdings unter Wahrung des Entscheidungsmonopols des BVerfG.

<sup>33</sup> *BVerfGE* 1, 14 ff. (LS 27), mit Erstreckung der Bindung auf die verfassungsgebende Gewalt (a.a. O., S. 61); *BVerfGE* 10, 59 (81) beschränkt die Maßgeblichkeit des Naturrechts schon angesichts der „Vielfalt der Naturrechtslehren“ auf den „Bereich fundamentaler Rechtsgrundsätze“.

<sup>34</sup> *Apelt*, Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen? NJW 1952, 1 ff., einerseits und *Ipsen*, Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, in: Wolff (Hrsg.), Beiträge zum Öffentlichen Recht, 1950, S. 19 (40), andererseits; zusammenfassend v. *Bülow*, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (o. Fn. 8), S. 112 ff. m. w. N., mit Hinweis auf die Differenzierung zwischen ethisch verpflichtender sowie fundierender und juristischer Naturrechtswirkung. Vgl. weiter *Nawiasky*, Aussprache, VVDStRL 9 (1952), S. 121, der darauf verweist, daß das vom Grundgesetz geschaffene BVerfG diesem nicht übergeordnet sei. Dagegen erblickt *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl. 1951, 193 (200), in einem weiten richterlichen Prüfungsrecht, das sich allerdings einem entsprechend gerechtigkeitsgesättigten Verständnis des allgemeinen Gleichheitssatzes verdanke, ein „aristokratisches Prinzip“.

<sup>35</sup> *Forsthoff*, Zur Problematik der Rechtserneuerung (1947/48), in: Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 3. Aufl. 1981, S. 73 (78 f.); zum völkischen Naturrecht und gegen *Radbruchs* These, der Positivismus habe mit seiner Doktrin „Gesetz ist Gesetz“ den deutschen Juristenstand gegenüber Gesetzen verbrecherischen Inhalts willfährig gemacht, vgl. *Wälder*, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, 1989, S. 323 ff., mit dem Nachweis, daß der Juristenstand weder vor noch nach 1933 dem Rechtspositivismus frönte. Daß die „praktisch-positivistische, einer tieferen geistigen und ethischen Grundlegung und Durchdringung entbehrende Haltung“ den Juristen in die Gefahr bringe, „Rechtswissenschaft als bloße Technik mißzuverstehen, die in den Dienst jedes beliebigen Machthabers treten soll oder jedenfalls treten könne“, war dagegen die Auffassung von *Sمند*, Hochschulkonferenz Bünde i. W. (17./18. 12. 1945), in: Heinemann (Hrsg.), Nordwestdeutsche Hochschulkonferenzen 1945–1948, 1990, S. 107.

<sup>36</sup> *Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, S. 241, spricht von den „Maßstäben einer rigorosen Moral“.

<sup>37</sup> *Scheuner*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik, DVBl. 1952, 613 (614 f.), weist auf die Judikatur einiger Landesverfassungsge-

Daß die Naturrechtsrenaissance im Öffentlichen Recht Episode blieb,<sup>38</sup> liegt nicht zuletzt an der Verlagerung des Wertgedankens in das positive Verfassungsrecht. In der Literatur zum Teil noch als „Erscheinungsformen eines in Art. 1 I und 2 I GG deklaratorisch anerkannten, der Verfassung vorgegebenen Wertsystems“ verbucht,<sup>39</sup> wurden die Einzelgrundrechte sowie der Grundrechtsabschnitt insgesamt<sup>40</sup> in der Rechtsprechung des *BVerfG* bald als „verbindliche Wertentscheidung“ und „Grundsatznorm[en]“<sup>41</sup> bzw. als „objektive Wertordnung“, „Wertsystem“ und „Wertrangordnung“<sup>42</sup> begriffen, jedoch unter strikter Vermeidung einer wertphilosophischen<sup>43</sup> oder naturrechtlichen<sup>44</sup> Rückbindung. Auch eine Bezugnahme auf

---

richte hin, auch gegenüber der Besatzungsmacht die Geltung vorstaatlicher natürlicher Menschenrechte zu postulieren.

<sup>38</sup> Schmidt, Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 188 (195 f.), demzufolge die „Naturrechtswelle das Verfassungsrecht nur gestreift hat.“ Mit der verfassungsrechtlichen Durchdringung des Zivil- und Strafrechts partizipierten auch diese Rechtsgebiete am positiv-rechtlich radierten Wertordnungsgedanken. Vgl. auch Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957, S. 5: „Das Naturrecht ist in erfreulich hohem Maße wieder integrierender Bestandteil unserer staatlichen Rechtsordnung geworden, und daher kann und darf sich der Jurist heute weitgehend wieder in das Gehege des positiv gesetzten Rechts zurückziehen“.

<sup>39</sup> Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS für Hans Nawiasky, 1956, S. 157 (176). Die „Werte der Personwürde und der Rechtsgleichheit (im überzeitlichen Sinn des Willkürverbots als Ausdruck der Gerechtigkeit)“ rechnete der spätere zweite Präsident des Bundesverfassungsgerichts und Vorsitzende des mit dem „Lüth-Urteil“ betrauten ersten Senats Wintrich, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, FS für Wilhelm Laforet, 1952, S. 227 (232), zu den wesentlichen Bestandteilen der „Rechtsidee“ und zu den „Konstitutionsprinzipien des Rechts“ mit Bindungswirkung auch für den Verfassungsgeber. Zwar räumte Klein, in: Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957, S. 57, ein, daß jedenfalls eine „einheitliche geistesgeschichtliche Begründung der Grundrechte nicht möglich“ sei, hob aber gleichwohl die „staatsphilosophische, insbesondere naturrechtliche Begründung gemäß Art. 1 Abs. 1 und 2“ hervor, nachdem er zuvor vom „Wertsystem“ des Grundgesetzes, das sich „zunächst“ in den Grundrechten ausdrücke, gehandelt hatte (a.a. O., S. 93). Aus dem Parlamentarischen Rat berichtete v. Mangoldt, Die Grundrechte, DÖV 1949, 261, die vorstaatliche Qualifizierung der Freiheitsrechte. Weil Art. 1 Abs. 1 GG „eine sozusagen philosophische Begründung des ganzen Grundrechtsabschnitts“ enthalte, bezweifelte Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 18, sogar dessen rechtsverbindlichen, subjektiv-rechtlichen Gehalt, also daß es sich überhaupt um ein „Grundrecht im eigentlichen Sinne“ handelt.

<sup>40</sup> An dieser Absichtung macht Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 24 ff., zwei ineinander verwobene Phasen der Rechtsprechungsentwicklung fest. Zur Neugründung des Öffentlichen Rechts auf der Basis eines gewandelten Menschenbildes in der „Nach-Diktatur-Gesellschaft“ vgl. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 18 ff., der als neuen Hauptgedanken die „Subjektstellung des einzelnen im Recht“ ausmacht mit der Folge einer Versubjektivierung des Staat/Bürger-Verhältnisses samt Expansion subjektiv-öffentlicher Rechte, Verrechtlichungstendenz, Judizialisierung und „lückenlosem Rechtsschutz“, insgesamt ein „deutscher Sonderweg“ (ebd., S. 41).

<sup>41</sup> *BVerfGE* 6, 55 (72); vgl. zuvor schon *E* 6, 32 (40) („Elfes“): „wertgebundene Ordnung“, „Wertordnung“; *E* 2, 1 (12), hatte bereits die freiheitlich demokratische Grundordnung als eine „wertgebundene Ordnung“ bezeichnet.

<sup>42</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205 u. 215) („Lüth“).

<sup>43</sup> Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 110 (1985), 363 (367); Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 21.

<sup>44</sup> Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, S. 23 m.w.N.

Rudolf Smend, der in der Weimarer Zeit den „inhaltlichen Sinn eines Grundrechtskatalogs“ darin gesehen hatte, ein „Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“ zu normieren,<sup>45</sup> findet sich im insoweit „epochemachenden“<sup>46</sup> Lüth-Urteil nicht. Zitiert wird, allerdings ohne Namensnennung, Smends Münchener Staatsrechtslehrevortrag aus dem Jahre 1927, um das dort der Sache nach favorisierte Konzept der „Güterabwägung“<sup>47</sup> für die Bestimmung des „allgemeinen Gesetzes“ i. S. von Art. 5 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen.<sup>48</sup> Für seine Auffassung einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bediente sich das BVerfG anderer literarischer Quellen, namentlich der Vorarbeiten von Günter Dürig,<sup>49</sup> obschon auch Smend hier eine Vorlage geliefert hatte.<sup>50</sup> Während das Gericht die Grundrechte „in erster Linie“ als subjektive Abwehrrechte auffaßt und in ihrer objektiven Bedeutung eine „Verstärkung“ ihrer Geltungskraft sieht, genießt bei Smend ihre auf sachliche Integration angelegte Funktion umgekehrt den Primat gegenüber dem individuellen Freiheitsrecht.<sup>51</sup>

Von „Mal zu Mal“ erweiterte das BVerfG in der Folgezeit den „Kreis der ‚Grundwertentscheidungen‘ im Grundgesetz“, Organisationsrecht und Verfassungsprinzipien ebenso einbegreifend wie Grundrechte.<sup>52</sup> Auf diese Weise konnte der Eindruck einer „Karlsruher Republik“ entstehen, anhebend mit dem „Lüth-Urteil“, mit dem das Gericht sich einen grundrechtlichen Zugriff auf die gesamte Rechtsordnung verschaffte und damit neben dem Staat auch die Gesellschaft der in Karlsruhe verwalteten Herrschaft der Verfassung unterstellte.<sup>53</sup> An Kritik hat es von Anfang an nicht gefehlt, massiv vorgetragen nament-

<sup>45</sup> Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 119 (264).

<sup>46</sup> Böckenförde, Kritik der Wertbegründung des Rechts (Fn. 31), S. 17. Zu Hintergrund und Folgen dieser fundamentalen Entscheidung vgl. Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

<sup>47</sup> Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 44 (52), im Sinne der Allgemeinheit von Gesetzen, „die deshalb den Vorrang ... haben, weil das von ihnen geschützte gesellschaftliche Gut wichtiger ist als die Meinungsfreiheit. Das Referat hatte zuvor ausgeführt, „auch Demokratie lebt ... von einer von Rechts wegen bestehenden Einigkeit in sachlichen Werten der Volksgemeinschaft“, und betont, die Grundrechte seien „nicht Schranken, sondern Verstärkungen des Staats und der Staatsgewalt“ (ebd., S. 48). Die im Referat „zu starke Betonung des Gedankens eines Systems der Grundrechte“ findet sich bei Smend, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, FS U. Scheuner, 1973, S. 575 (581), zurückgezogen.

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 198 (210), in Kombination mit der ebenfalls schon in Weimar vertretenen Sonderrechtslehre.

<sup>49</sup> BVerfGE 7, 198 (204 u. 206). Zu den „literarischen Gesprächspartnern“ des der Entscheidung zugrundeliegenden Votums gehörten neben Günter Dürig der Kommentar von v. Mangoldt/Klein, Hans Carl Nipperdey sowie Hans Huber; vgl. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik (Fn. 40), S. 26.

<sup>50</sup> Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (Fn. 45), S. 265, wonach die Grundrechte „doch wenigstens als Auslegungsregel für das spezielle Recht“ dienen.

<sup>51</sup> Nicht „bourgeoise Emanzipation vom Staat, sondern bürgerliche Grundlegung des Staats“ soll grundrechtliche Freiheit laut Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 309 (318), bewirken. Zu dieser entscheidenden Differenz auch Unruh, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, 2004, S. 152 ff.

<sup>52</sup> Geiger, Grundwertentscheidungen des Grundgesetzes, BayVBl. 1974, 297.

<sup>53</sup> Casper, Die Karlsruher Republik, ZRP 2002, 214 (215 f.); vgl. auch Hennis, Integration durch Verfassung? (Fn. 28), S. 373, demzufolge mit dem „Lüth-Urteil“ „das Gericht erst geworden ist, was es ist: Herr über alle Rechtsmaterien“.

lich von *Ernst Forsthoff*, der den Übergang zur Drittwirkung der Grundrechte als „Verfassungswandlung“ charakterisierte, die seines Erachtens erfolgte Übernahme der „geisteswissenschaftlich-werthierarchische[n] Methode als „Entformalisierung des Verfassungsrechts“ rügte und deren institutionelle Konsequenzen in einer „Entfaltung des Justizstaates“ erblickte.<sup>54</sup> Das der spezifischen Logik wertsystematischen Denkens unterworfenen *BVerfG* könne nicht mehr als Gericht, das mit den „Mitteln herkömmlicher Rechtsauslegungskunst“ arbeite, begriffen werden, sondern nur noch als ein an der staatlichen „Integration aktiv teilnehmendes oberstes Verfassungsorgan“ mit Wirkung einer „Deposierung der Rechtswissenschaft und des Juristen im Raum der Verfassung.“<sup>55</sup> Dankbar aufgegriffen wurde hierbei auch die Einleitung, die *Gerhard Leibholz* dem Abdruck des Materials zum sog. Status-Bericht des *BVerfG* beigegeben hat, derzufolge „zum erstenmal in der deutschen Geschichte der Prozeß der staatlichen Integration selbst sich auch mit Hilfe der Rechtsprechung eines Gerichts“ vollziehe.<sup>56</sup>

Die literarische Replik auf *Forsthoff* verwies darauf, daß schon der in einer Linie mit dem *BVerfG* attackierte *Smend* „Werte“ nicht als „abstrakte Wesenheiten“ verstanden, sondern „oft einfach“ synonym für „Sachgehalt“, „Prinzip“, „Rechtsgut“ verwandt habe.<sup>57</sup> In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts sollten sowohl die wertpathetischen Formulierungen, die ohnedies die „vielschichtige Bedeutung der Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung“ nicht mehr adäquat abzubilden vermochten,<sup>58</sup> ausdünnen als auch der Gedanke eines Wertsystems verblasen.<sup>59</sup> Gleichwohl hat sich *Günter Dürig*s Dogmatik eines „Wert- und Anspruchssystems unseres Grundrechtsteils“<sup>60</sup> als literarisches Monument über die Zeit erhalten.<sup>61</sup> Geblieben ist auch *Smends* jenseits aller verzeichneten Kritik „große

<sup>54</sup> *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, FS für Carl Schmitt, 1959, S. 35 (47, 55 u. 60).

<sup>55</sup> *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (Fn. 54), S. 39 f., 58 u. 61. Sekundierend *Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, FS für Ernst Forsthoff, 1967, S. 37 ff., im Titel unter Aufnahme einer Wendung von Nicolai Hartmann zur Kennzeichnung des mit dem „unmittelbaren und automatischen Wertvollzug“ einhergehenden „Terror[s]“ (a.a.O., S. 62).

<sup>56</sup> *Leibholz*, Einleitung, in: Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Material – Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen mit einer Einleitung von Gerhard Leibholz, JöR Bd. 6 N.F. (1957), S. 110 (111); in der dort abgedruckten „Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts“ erfolgt die Selbsterhebung zum „Verfassungsorgan“ (a.a.O., S. 144 ff.). Zur integrativen Funktion des Gerichts vgl. auch *Herbert*, Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht?, in: Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 85 ff., der die Rolle des *BVerfG* bei der Durchsetzung eines „liberalen Modells“ von Staat und Gesellschaft betont (S. 102).

<sup>57</sup> *Hollerbach*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? (1960), in: M. Friedrich, Verfassung, 1978, S. 153 (170 f.).

<sup>58</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 135; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte (Fn. 43), S. 23.

<sup>59</sup> *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, S. 45 (64 f.).

<sup>60</sup> *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1 (1958), Rn. 5; vgl. zuvor etwa *ders.*, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 507 (525).

<sup>61</sup> Zu Recht betrachtet *Häberle*, Staatsrechtslehre im Verfassungsleben – am Beispiel Günter Dürig (1980), in: *ders.*, Kleine Schriften, 2002, S. 53 (65), diese als „ein wesentliches Stück

Tatsache“: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“<sup>62</sup>

### III. Diskussionsschwerpunkte und Literaturentwicklung

Schon vor Kriegsende hatte außerhalb des Deutschen Reiches die politische wie rechtswissenschaftliche Diskussion über Deutschlands Rechtslage eingesetzt, ein fundamentales Thema mit wechselnder Konjunktur in der Bundesrepublik, aber mit bestimmender Kraft bis in den Prozeß der deutschen Wiedervereinigung.<sup>63</sup> Den wissenschaftlichen Auftakt markieren *Hans Kelsens* „Fanfarenstöße“<sup>64</sup>, zwei Aufsätze kurz vor bzw. kurz nach der deutschen Kapitulation im renommierten „*American Journal of International Law*“, die den Untergang des deutschen Staates verkündeten.<sup>65</sup> Dagegen bekannte sich die überwiegende Mehrheit der deutschen Staats- und Völkerrechtler<sup>66</sup> zur Fortexistenz des deutschen Staates „mit einer Art moralischer Einstimmigkeit“.<sup>67</sup> Die deutsche Staatsgewalt sei nicht infolge Debellation endgültig ausgelöscht worden,<sup>68</sup> zumal den Siegern „der Wille

---

politischer Kultur der Bundesrepublik Deutschland“. Entsprechend *Büchting*, Günter Dürig, in: Juristen im Portrait. FS zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C.H. Beck, 1988, S. 280 (287): „Die Kommentierung der Art. 1–3 GG blieb jedoch bis heute wie ein rocher de bronze stehen.“

<sup>62</sup> *Smend*, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 581 (582), im Rahmen seines Festvortrages zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>63</sup> Detaillierte Darstellung bei *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1093 ff.; *Diestelkamp*, Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches als Staat nach 1945, ZNR 7 (1985), 181 ff.; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945–1949, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, S. 269 (283 ff.), jeweils m. w. N.

<sup>64</sup> So *Menzel*, Zur völkerrechtlichen Lage Deutschlands, Europa-Archiv 1947, 1009.

<sup>65</sup> *Kelsen*, The International Legal Status of Germany to be established immediately upon Termination of the War, AJIL 38 (1944), 689 ff., u. *ders.*, The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin, AJIL 39 (1945), 518 ff.

<sup>66</sup> *Menzel*, Europa-Archiv 1947, 1009 (1014), berichtet von entsprechenden, einstimmig gefaßten Entschlüssen auf der Hamburger Tagung der deutschen Völkerrechtslehrer im April 1947; vgl. weiter *ders.*, Deutschland – Ein Kondominium oder Koimperium?, JfIR 1 (1948), S. 43 (85); *Mangoldt*, Grundsätzliches zum Neuaufbau einer deutschen Staatsgewalt, 1947, S. 6; *Laun*, Reden und Aufsätze zum Völkerrecht und Staatsrecht, 1947, S. 47, der zuvor in einem Zeitungsartikel bekannt hatte: „Die Originalaufsätze Kelsens über die jetzige Rechtslage Deutschlands ... sind mir bisher in Hamburg nicht zugänglich“ (a. a. O., S. 17); *Klein*, Neues Deutsches Verfassungsrecht, 1949, S. 33; *Scheuner*, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, DVBl. 1950, 481 ff., u. *Wengler*, Deutschland als Rechtsbegriff, FS für Hans Nawiasky, 1956, S. 49, demzufolge die Fortbestandsthese schon „zu oft gesagt“ war, „als daß hier noch einmal Belege gebracht werden müßten.“ Zur späteren Autorisierung BVerfGE 36, 1 (15 f.): „Das Grundgesetz – nicht nur eine These der Völkerrechtslehre und der Staatsrechtslehre! – geht davon aus, daß das Deutsche Reich den Zusammenbruch 1945 überdauert hat“.

<sup>67</sup> *Krauss*, Die Verfassung Deutschlands 1945–1954, DÖV 1954, 579 (580).

<sup>68</sup> So aber *H. Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes (Fn. 39), S. 7; das „Moment der Dauer“ betont hingegen *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, 1948, S. 51, der begriffliche Unklarheiten, die eine „Behandlung des Debellationsproblems“ erschwerten, beklagt (a. a. O., S. 53). Laut *von der Heydte*, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, VVDStRL 13 (1955), S. 6 (13), hätte eine debellatio „nur dann vorgelegen, wenn der vollkommenen Okkupation die vollkommene Annexion gefolgt wäre.“

zur Einverleibung Deutschlands“ gefehlt habe.<sup>69</sup> Bereits in dieser frühen ersten Phase der Problementwicklung und –erörterung wurde ganz wesentlich auf die „Einstellung des deutschen Volkes“ abgehoben und hierfür auf *Rudolf Smends* Integrationslehre zurückgegriffen.<sup>70</sup> In seinem Mitbericht auf der Tübinger Staatsrechtslehrertagung 1954 setzte *Günter Dürig* auf die „objektive geistige Tradition“, die als viertes „Staatselement“ und entscheidendes „Schöpfungs- und Erhaltungsmoment“ Perfektionsdefizite im Bereich der übrigen Staatselemente in gewissem Maße auszugleichen in der Lage sei, dabei jedoch von „steter Erneuerung im Geistesleben der Einzelpersonen“ im Sinne eines ständigen Integrationsprozesses abhängen.<sup>71</sup> Nach Gründung der beiden deutschen „Staaten“ warnte *Adolf Arndt* vor dem falschen Selbstverständnis, daß „wir selber durch das Bonner Grundgesetz die Hand zu einer neuen Staatsgründung geboten hätten und gegenwärtig der Staat Deutschland auf diesen neu errichteten Staat als den allein bestehenden zusammengeschrunpft sei.“<sup>72</sup>

Zu den großen politischen Debatten der frühen fünfziger Jahre zählt der Streit um die Wiederbewaffnung, der staatsrechtlich zu einer „Gutachterschlacht“<sup>73</sup> führte, in der die Grundfragen von Staat und Verfassung erörtert wurden. Nach Ansicht der Opposition im Deutschen Bundestag hätte eine deutsche Beteiligung an der letztlich am französischen Parlament gescheiterten Europäischen Verteidigungsgemeinschaft einer nach den gegebenen Mehrheiten aussichtslosen Grundgesetzänderung bedurft, da es an einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung zu einem deutschen Wehrbeitrag fehle. Politisch sollte eine der Wiedervereinigung abträgliche Westintegration der Bundesrepublik verhindert werden, obgleich sich spätestens mit dem Korea-Krieg das weltpolitische Szenario entscheidend verändert hatte, weshalb Bundeskanzler *Konrad Adenauer* angesichts der Konfrontation der Weltmächte auf Integration in das westliche Bündnissystem drängte. Grob lassen sich die im Zusammenhang dreier, ohne Entscheidung in der Sache endender

---

<sup>69</sup> *Kaufmann*, Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung (1948), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II, 1960, S. 306 (307).

<sup>70</sup> *Stödter*, Deutschlands Rechtslage (Fn. 68), S. 101 f.; daß die Bejahung des Fortbestandes des deutschen Staates nicht „als nachträgliche Rechtfertigung des bisherigen Regimes ausgelegt“ werden darf, wird a. a. O., S. 104, klargestellt.

<sup>71</sup> *Dürig*, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, VVDStRL 13 (1955), S. 27 (49, 54 f. u. LS 7 f.); ob Smends Integrationslehre das Spezifikum des Staates in „Zeiten perfektionierter Staatlichkeit“ treffe, läßt *Dürig*, a. a. O., S. 54, dahinstehen. Auf Grund seines Rückgriffs auf wertphilosophische und staatssoziologische Kategorien sieht *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, S. 354 (376), methodisch den „Fortschritt gleich null“. Obschon *Abendroth*, Die Haftung des Reiches, Neue Justiz 1947, 73 (74), die Fortexistenz Deutschlands als Rechtssubjekt leugnete, anerkannte er in der Diskussion der Tübinger Tagung die „Wirklichkeit der weiterbestehenden Nation“; vgl. *Abendroth*, Aussprache, VVDStRL 13 (1955), S. 63.

<sup>72</sup> *Arndt*, Der deutsche Staat als Rechtsproblem (1960), in: ders., Gesammelte juristische Schriften, 1976, S. 101 (134).

<sup>73</sup> *Smend*, Brief an W. Abendroth vom 22. Juni 1953, zit. nach *Günther*, Denken vom Staat her (Fn 8), S. 105 mit Anm. 175. Es habe sich um eine „unglückselige Gutachterschlacht“ gehandelt, verbunden mit Autoritätsverlusten der Staatsrechtslehre. Zum zeitgeschichtlichen Hintergrund *Gosewinkel*, Adolf Arndt, 1991, S. 280 ff.



Verfahren vor dem BVerfG<sup>74</sup> stehenden Gutachten nach einem gewählten staatsbezogenen bzw. verfassungsrechtlichen Ansatz unterscheiden,<sup>75</sup> je nachdem, ob sich eine Verfassungsänderung erübrige, weil die Aufstellung von Streitkräften schon wesensmäßig zu einem Staat gehöre, oder unverzichtbar sei, weil jedenfalls in einer Demokratie, wie später *Adolf Arndt* formulierte, „es an Staat nicht mehr“ gibt, „als seine Verfassung zum Entstehen bringt.“<sup>76</sup> Für die Regierungsseite gutachteten u.a. *Richard Thoma*, *Erich Kaufmann*, *Ulrich Scheuner*, *Hermann v. Mangoldt* und *Werner Weber*, für die Gegenseite u.a. *Rudolf Smend*, *Karl Loewenstein*, *Friedrich Klein*, *Ernst Forsthoff* und *Theodor Maunz*, also auf beiden Seiten sowohl Vertreter der eher staatsbezogenen Schmitt-Schule wie der eher verfassungszentrierten Smend-Schule. Und auf beiden Seiten und in beiden Schulen findet sich eine genuin verfassungsrechtliche, teils rechtsvergleichend untermauerte Argumentation,<sup>77</sup> wenn auch unterlegt von staats- und verfassungstheoretischen Prämissen. Wissenschaftsgeschichtlich bemerkenswert erscheinen insbesondere *Smends* Gutachten, das eine gewisse „normativistische Wende“<sup>78</sup> seiner Schule einleitete, sowie *Forsthoffs* scheinbar gleichsinnige Zurückweisung staats-theoretischer Ableitungen, weil „Folgerungen aus dem Wesen der Staatlichkeit im alten Stile nicht mehr überzeugen“ könnten.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Hierzu *Baring*, Im Anfang war Adenauer, 2. Aufl. 1982, S. 378 ff., u. *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, 1994, S. 28 ff.

<sup>75</sup> *Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars (Fn. 71), S. 377, u. *Günther*, Denken vom Staat her (o. Fn. 8), S. 106.

<sup>76</sup> *Arndt*, Umwelt und Recht, NJW 1963, 24 (25).

<sup>77</sup> Auch auf Regierungsseite sah man die Befugnis zur Aufstellung von Streitkräften „unmittelbar aus dem geltenden Verfassungsrecht“ fließen, wenn auch in Gestalt einer „implied power“; so *Mangoldt*, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, 2. Halbband: Das Gutachtenverfahren (30. 7.–15. 12. 1952), 1953, S. 72 (84). Den „Weg zu einer richtigen Lösung“ erblickte *Scheuner*, Gutachten, a.a.O., S. 94 (118), im Grundsatz der Volkssouveränität und der Entscheidungsfreiheit der Volksvertretung gemäß Art. 20 GG. Für *Weber*, Gutachten, a.a.O., S. 177 (179 u. 182), leitete sich die Wehrhoheit implizit u.a. aus Art. 4 Abs. 3 und 24 Abs. 2 GG ab; ähnlich zuvor schon *W. Jellinek*, Grundgesetz und Wehrmacht, DÖV 1951, 541 (543 ff.).

<sup>78</sup> Begriff nach *Hennis*, Integration durch Verfassung? (Fn. 28), S. 362 ff., der jedoch hierbei den Beitrag von *Smend* selbst marginalisiert. Von einer „normativistischen Umdeutung“, die an die Stelle des Denkens vom Staat her das von der Verfassung her gesetzt habe, spricht *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 166. Auch *Korioth*, Integration und Bundesstaat, 1990, S. 233, beschreibt, wie die noch vom Weimarer *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (Fn. 45), S. 242, vertretene „fließende Geltungsfortbildung des gesetzten Verfassungsrechts“ dem Anliegen weicht, das Grundgesetz „sorgfältig und restriktiv“ auszulegen, „damit die Bürger der Bundesrepublik sich auf das Wort des Grundgesetzes verlassen können“; vgl. *Smend*, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag (Fn. 77), S. 559 (569). Die Akzentverschiebung erklärt *Korioth* (a.a.O., S. 234 ff. u. 240 ff.) aus den Eigenarten des Grundgesetzes und seiner Entstehung, sieht darin allerdings keinen Widerruf der Integrationslehre durch *Smend*. Späterhin werden von *Smend*, Integrationslehre (1956), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 473 (480), „Einseitigkeiten und Mängel der Integrationslehre“ bekannt, insbesondere die Verkürzung der „Eigenart des Rechts“, obgleich er den Staat nach wie vor in „einer uns umgreifenden Vorgegebenheit“ verortet; vgl. ders., Das Problem der Institutionen und der Staat (1956), a.a.O., S. 500 (508).

<sup>79</sup> *Forsthoff*, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag (Fn. 77), S. 312 (323). Die „Wirklichkeit“ entspreche nicht mehr „derjenigen des 19. Jahrhunderts, also der Zeit, in der die überkommenen Begriffe und Theorien der Staatslehre geprägt wurden“, und die Bundesrepublik sei der „exemplarische Fall“ eines „Staatswesens sui generis“. Verzichtete man auf das

Daß es *Forsthoff* keineswegs um eine „positivistische Verengung des juristischen Blickfeldes auf den Wortlaut der Gesetze“ zu tun war, sondern um Staatsrechtswissenschaft „von einem Standort aus, der sich außerhalb des geschriebenen Verfassungstextes befindet“, <sup>80</sup> zeigt seine Kampfansage an eine genuin verfassungsrechtliche Verortung des Sozialstaatsprinzips. Trotz des in Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 S. 1 GG verwandten Adjektivs „sozial“ hielt er es für eine „Verkenntung der rechtsstaatlichen Verfassung, wenn man den Versuch unternimmt, den Sozialstaat in die Verfassung hinein zu projizieren.“ <sup>81</sup> Gegen *Hans Peter Ipsens* Rede von einer zu effektuierenden grundgesetzlichen „Entscheidung für den Sozialstaat“ <sup>82</sup> stellte *Forsthoff* die „Entscheidung für den Rechtsstaat“, die „primär und evident“ sei und eine sozialstaatliche „Kürzung der rechtsstaatlichen Verfassungselemente“ ausschließe. <sup>83</sup> In dieser großen, die fünfziger Jahre durchziehenden Auseinandersetzung um die Zuordnung von Rechts- und Sozialstaatlichkeit ging es *Forsthoff* nicht darum, die Realität des Sozialstaats oder die Bedeutung sozialstaatlicher, daseinsvorsorgender und -ermöglichender Maßnahmen für den zeitgenössischen Staat zu leugnen. <sup>84</sup> Wohl aber sollte die inhaltsleere soziale „Staatszielbestimmung“ dem „rechtlich-formalen Range nach unter der rechtsstaatlichen Verfassung“ platziert werden, die in „relativ hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebunden“ sei. <sup>85</sup> Sozialstaatlichkeit bezeichnete damit lediglich typologisch einen Bestand entsprechender „Institute und Normen“ und war in die Hände ausgestaltungender Gesetzgebung und vor allem leistender Verwaltung gelegt. <sup>86</sup> Die nicht zuletzt auf *Hermann Heller* rekurrierende Gegenauffassung siedelte das Sozialstaatsprinzip auf Verfassungsebene an, um ihm „Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung“ zu entnehmen, gerichtet auf „Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe

---

„Erfordernis der Positivierung der Hoheitsrechte“, gebe man den „Verfassungs- und Rechtsstaat praktisch preis“ (a.a.O., S. 321). Dahinstellen läßt *Maunz*, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag (Fn. 77), S. 591, „ob jeder Staat ein (ungeschriebenes) Recht auf Selbstverteidigung besitzt“, da hiermit nichts darüber ausgesagt werde, ob die „Aufstellung einer Wehrmacht ... mit einfacher oder nur mit qualifizierter Mehrheit erfolgen kann.“

<sup>80</sup> *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8.

<sup>81</sup> *Forsthoff*, Begriff und Wesen (Fn. 80), S. 31.

<sup>82</sup> *Ipsen*, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952), S. 74, mit dem Ziel der „Gestaltung der Sozialordnung“. Dagegen hatte *Grewe*, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, 349 (351), den „sozialen Rechtsstaat“ als „substanzlosen Blankettbegriff“ bezeichnet. *Forsthoffs* restriktive, gegen „Gleichmacherei“ gewandte Sozialstaatsinterpretation war laut *Hammans*, Das politische Denken der neueren Staatslehre in der Bundesrepublik, 1987, S. 142, der „restaurative ‚Gegenstoß‘“ nach einer zunächst offenen Interpretationsphase.

<sup>83</sup> *Forsthoff*, Begriff und Wesen (Fn. 80), S. 14 f. u. 34 mit LS IV.

<sup>84</sup> *Forsthoff*, Verfassungsprobleme des Sozialstaats (2. Aufl. 1961), in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 145 u. 152, mit Hinweis auf „Panikerscheinungen“ und „Existenzangst“ (a.a.O., S. 149).

<sup>85</sup> *Forsthoff*, Begriff und Wesen (Fn. 80), S. 27, 33 u. 34 mit LS VI.

<sup>86</sup> *Forsthoff*, Begriff und Wesen (Fn. 80), S. 33 u. 35 f. mit LS XIII u. XIV f.; zu *Forsthoffs* Konzeption eines „autoritären Verwaltungsstaates“, der das rechtsstaatlich begrenzte Herrschaftsmoment erst hervorbringe, die soziale Ordnungsfunktion umgreife und diese von parlamentarischer Politisierung durch Interessenten abschirme, *Storost*, Staat und Verfassung bei Ernst *Forsthoff*, 1979, S. 102 ff.



sozialer Bedürftigkeit“.<sup>87</sup> Vergleichbaren Ausdruck fand die „etatistisch-interventionistische Grundhaltung“ der zeitgenössischen Staatsrechtslehre<sup>88</sup> auf dem Gebiet des Wirtschaftsverfassungsrechts, das in den Worten *Ernst Rudolf Hubers* in der „Kombination von wirtschaftlichen Freiheitsverbürgungen gegenüber der öffentlichen Verwaltung mit wirtschaftsinterventionistischen Kompetenzen der Verwaltungsstellen seine konkrete Gestalt“ gewann.<sup>89</sup> Das Bundesverfassungsgericht vermied die Festlegung auf eine grundgesetzlich bestimmte Wirtschaftsordnung, einschließlich einer „nur mit marktkonformen Mitteln“ zu steuernden Sozialen Marktwirtschaft.<sup>90</sup>

Die verfassungsrechtliche Fixierung der Parteien in Art. 21 GG führte zu Diskussionen, die tief an das Grundverständnis von moderner Demokratie und Parlamentarismus rührten. Ausgehend von der Vorstellung eines vorgegebenen, quasi apriorischen Gemeinwohls, das auf staatlicher Ebene über und jenseits des Kampfes partikularer gesellschaftlicher Interessen und politischer Gruppenbildungen gefunden und vertreten werde, wiesen einzelne Autoren den Mustern traditioneller Parteienstaatskritik folgend eine parteienstaatliche Gesamtwillensbildung zurück. Das Volk werde durch die sich zum „Staat im Staate“ auswachsenden politischen Parteien „völlig mediatisiert“, wobei sich zwischen diesem „Pluralismus der Oligarchien“ und dem Volk kaum noch eine „demokratisch legitimierende Verbindung“ herstellen ließe.<sup>91</sup> Solcherlei Gegenüberstellung von Volk und Parteien erklärte *Gerhard Leibholz* hingegen für „irreführend“, weil das Volk in der modernen parteienstaatlichen Demokratie überhaupt erst durch die Parteien politisch akti-

<sup>87</sup> *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 37 (39ff. mit Fn. 9 u. S. 80 mit LS 2); zu Hellers Formulierung „sozialer Rechtsstaat“ *Abendroth*, Aussprache, a. a. O., S. 86, u. *Staff*, Zur Rezeption Hermann Hellers in der Bundesrepublik Deutschland, ZRP 1993, 337ff.; gesetzlich statuierte Fürsorgepflichten hatte *BVerwGE* 1, 159ff. unter Berufung auf Art. 1, 2, 19 IV, 20 und 28 GG in entsprechende Ansprüche verwandelt.

<sup>88</sup> So *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 206; den „staatlichen Interventionismus“ nannte *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 1 (8), „eine durchaus selbständige, in unserer Zeit entstandene und eigenen besonderen Grundsätzen folgende Wirtschaftsordnung.“

<sup>89</sup> *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1953, S. 30.

<sup>90</sup> *BVerfGE* 4, 7 (17); Annahme einer entsprechenden Festschreibung bei *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954, S. 3. Kritisch gegenüber dem genannten Investitionshilfe-Urteil im Hinblick auf die Zulassung von „Maßnahmegesetzen“ auf Grund rechtsstaatlicher Postulate *Forsthoff*, Über Maßnahmegesetze (1955), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S. 105 (113).

<sup>91</sup> *Weber*, Der Einbruch politischer Stände in die Demokratie, in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl. 1958, S. 40 (49, 55 u. 62). Angesichts der Lage, daß „wir heute statt des einheitlichen Volkswillens die auseinanderstrebenden Volksteilwillen vor uns haben“, gab *Herrfährdt*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 126 (144f.), zu bedenken, nicht „bei der Gesetzgebung durch Parlamente stehen zu bleiben“, und zu erwägen, „ob wir diese Aufgabe nicht mehr und mehr auf justizförmig arbeitende Behörden übertragen sollen.“ Zu Querverbindungen zur Nachkriegsdiskussion über Vor- und Nachteile des parlamentarischen Regierungssystems und die Alternative eines Präsidialsystems vgl. *v. Bülow*, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (Fn. 8), S. 80ff., sowie aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Glum*, Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, 1950.

viert und handlungsfähig werde.<sup>92</sup> Die Parteien repräsentierten deswegen auch keinen vorgegebenen Gemeinwillen eines präexistenten Volkes, sondern seien der „Intention nach“ mit dem Volk in Form der jeweiligen Mehrheit identisch.<sup>93</sup> Der Staat sei nicht länger „vorgegebene Einheit“, sondern ein „Stück Selbstorganisation der modernen Industriegesellschaft“ und ein „Produkt gesellschaftlicher Kräfte“, formulierte *Konrad Hesse*, der allerdings auch das „institutionelle Moment moderner Staatlichkeit“ herausstellte.<sup>94</sup> Im Bereich der „Vorformung des politischen Willens“ siedelte *Ulrich Scheuner* die politischen Parteien an,<sup>95</sup> ohne sie jedoch aus der Bindung an eine „gemeinsame, von allen anerkannte Grundlage von Werten und Ideen“ zu entlassen.<sup>96</sup> Die hierin zum Ausdruck kommende Grenzziehung gegenüber einem alles bestimmenden Parteiprinzip zeigt sich auch in der überwiegenden Zurückweisung eines „Fraktionszwanges“ zugunsten eines freien Mandats des nur seinem Gewissen unterworfenen einzelnen Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>97</sup>

Ins Panorama der Debatten der fünfziger Jahre gehören weiter die Frage nach den „Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“ in Form eines kontrollfreien Gestaltungsspielraums von Parlament und Regierung<sup>98</sup> sowie die damit verbundene

---

<sup>92</sup> *Leibholz*, Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht, DVBl. 1950, 194 (196).

<sup>93</sup> *Leibholz*, Parteienstaat und Repräsentative Demokratie, DVBl. 1951, 1 (4); vgl. weiter *ders.*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl. 1966, u. *ders.*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. 1967. Zu *Leibholz'* Repräsentationsbegriff *Wiegandt*, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901–1982) – Leben, Werk und Richteramt, 1995, S. 150ff.

<sup>94</sup> *Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (18f.); in einem Festvortrag anlässlich des 45. Deutschen Juristentages formulierte Ernst Fraenkel gleichsinnig, der Pluralismus beruhe auf der „Hypothese, in einer differenzierten Gesellschaft könne im Bereich der Politik das Gemeinwohl lediglich a posteriori als das Ergebnis eines delikaten Prozesses der divergierenden Ideen und Interessen der Gruppen und Parteien erreicht werden“; vgl. *Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 7. Aufl., 1979, S. 200.

<sup>95</sup> *Scheuner*, Die Parteien und die Auswahl der politischen Leitung im demokratischen Staat, DÖV 1958, 641 (643) m. w. N.

<sup>96</sup> *Scheuner*, Grundfragen des modernen Staates, in: H. Wandersleb (Hrsg.), Recht. Staat. Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 126 (143); laut *Grewe*, Zum Begriff der politischen Partei, FS für Erich Kaufmann, 1950, S. 65 (78), gehört zum verfassungsrechtlichen Begriff der Partei, daß sie „ihr Machtstreben am Gemeinwohl zu legitimieren“ sucht.

<sup>97</sup> *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), S. 9 (22ff.), unter Leugnung eines unlösbaren Widerspruchs zwischen Art. 21 und 38 GG; ähnlich schon *Forsthoff*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien, DRZ 1950, 313 (317), der unter Berufung auf H. v. Mangoldt zwischen Fraktionszwang und -disziplin unterscheidet.

<sup>98</sup> Vgl. *Kaufmann/Drath*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), S. 1 ff. u. 17 ff.; auf die Verbindungslinie zu den Staatsrechtslehrerreferaten von Hans Triepel und Hans Kelsen auf der Tagung 1928 weist *Schefold*, Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn, in: K. Acham u. a. (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, S. 567 (586), hin. Vgl. weiter *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, FS für Rudolf Smend, 1952, S. 253 (255 ff.); für *Ule*, Buchbesprechungen. Hans Lechner: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, DVBl. 1954, 309, zeichnet sich dieser Kommentar „durch eine gewisse Zusammenhaltung gegenüber den Bestrebungen aus, die dem BVerfG in unserer demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung die dominierende Stellung geben wollen.“

Auseinandersetzung um den Status des *BVerfG*, insbesondere um seine Rolle als Verfassungsorgan,<sup>99</sup> aber etwa auch die überaus kritische Aufnahme seiner „131er“-Entscheidung, die alle Beamtenverhältnisse angesichts des nationalsozialistischen Umbaus des Beamtenrechts als am 8. Mai 1945 erloschen erklärte.<sup>100</sup> Das Gericht hielt gleichwohl an dieser Auffassung fest und wies den Vorwurf, sich „bei der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse fälschlich nur an die Schauseite des nationalistischen Staates gehalten“ zu haben, nicht ohne die Spitze gegen Teile der Staatsrechtslehre zurück, daß der „an sich verständliche Wunsch einzelner Autoren, von ihren früheren, jetzt auch von ihnen selbst mißbilligten Äußerungen abzurücken“, nicht dazu führen dürfe, „diese Äußerungen auch in ihrem damaligen Äußerungswert zu verkleinern.“<sup>101</sup> Insgesamt stellt sich das Verhältnis von *BVerfG* und Wissenschaft schon in diesen Jahren als ein wechselseitiges Geben und Nehmen dar, in dem die Wissenschaft etwa mit *Günter Dürig* hinsichtlich der Objektformel zu Art. 1 Abs. 1 GG<sup>102</sup> oder mit *Gerhard Leibholz* hinsichtlich der Willkürformel und Bindung auch des Gesetzgebers im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG auf der Geberseite<sup>103</sup> stand, dagegen hinsichtlich der Art. 2 Abs. 1 im Elfes-Urteil entnommenen allgemeinen Handlungsfreiheit<sup>104</sup> eher auf der Nehmerseite verortet werden muß. Wird auch die Loseblattausgabe zu den „unerquicklichen Zeitererscheinungen“ gerechnet,<sup>105</sup> so wird der „Maunz/Dürig“ recht schnell als der maßgebende „Großkommentar“<sup>106</sup> eingestuft und anerkannt sowie namentlich die Kommentierung *Dürigs* gegen den Vorwurf verteidigt, es handele sich nur um eine „Sammlung von Meditationen“.<sup>107</sup> Gerade auch die Verbindung von Kommentar und Kurzlehrbuch in der Person von *Theodor Maunz* fand Beachtung,<sup>108</sup> zumal letzteres Werk sich in der Folge der Auflagen einen „festen Platz“ im verfassungsrechtlichen Schrifttum eroberte.<sup>109</sup> Rezensenten würdigten die Berücksichtigung

<sup>99</sup> Vgl. zum ganzen: Der Status des Bundesverfassungsgerichts (o. Fn 56), S. 109 ff.; zur vom Gericht prätendierten Verfassungsorganqualität (a.a.O., S. 144 ff.).

<sup>100</sup> *BVerfGE* 3, 58 (76 ff.); Verteidigung dieses Urteils des ersten Senats durch den im zweiten Senat tätigen Richter des Bundesverfassungsgerichts *Friesenhahn*, Aussprache, VVDStRL 13 (1955), S. 162 ff.

<sup>101</sup> *BVerfGE* 6, 132 (174 u. 176 f.).

<sup>102</sup> *Dürig*, Die Menschauffassung des Grundgesetzes (1952), in: ders., Gesammelte Schriften, 1984, S. 27 ff.; ders., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde (1956), a.a.O., S. 127 (137 f.).

<sup>103</sup> *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, insbes. S. 238 ff., wobei Leibholz selbst die Weimarer Kontroverse um die Bindung der Gesetzgebung durch Art. 1 Abs. 3 GG erledigt sah (a.a.O., S. 241); laut *Arndt*, Buchbesprechung, NJW 1961, 2153 (2154), hat Leibholz „die Genugtuung erlebt, daß seine Deutung des Gleichheitssatzes als Willkürverbot vom *BVerfG*, dem er von Anbeginn an als Richter angehört, bis in den Wortlaut der Formulierungen hin übernommen wurde.“

<sup>104</sup> *BVerfGE* 6, 32 (36 ff.), unter Hinweis auf die Genese (a.a.O., S. 39 f.); offen gelassen noch in *BVerfGE* 4, 7 (15 f.).

<sup>105</sup> [Anon.], Schrifttum, Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, DÖV 1959, 198.

<sup>106</sup> *Ule*, Schrifttum, DVBl. 1959, 374.

<sup>107</sup> *Köttgen*, Kommentare zum Grundgesetz. Eine kritische Betrachtung, AöR Bd. 85 (1960), 65 (82).

<sup>108</sup> *H. Huber*, Buchbesprechungen, NJW 1959, 425.

<sup>109</sup> *Ule*, Schrifttum. DVBl. 1956, 351.

des Staatsrechts in der „Ostzone“<sup>110</sup> und bemerkten, *Maunz* halte nach wie vor „das Banner des Föderalismus hoch“.<sup>111</sup>

## B. Aufbruch der Wissenschaft und Ausbau des Öffentlichen Rechts

### I. Neue Wege und Themen in der Staatsrechtslehre

Wesentlich bedingt durch einen Generationenwechsel setzte zu Beginn der sechziger Jahre ein gesellschaftlicher Aufbruch ein, der sich auch in der Staatsrechtswissenschaft bemerkbar machte.<sup>112</sup> Kennzeichnend war eine sachlich-kritische Grundhaltung, die schulenübergreifend wirkte und den wissenschaftlichen Nachwuchs erstmals 1961 zu einer Assistententagung zusammenführte. Auf dieser Grundlage wurde zudem eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit *Carl Schmitt* möglich, der es nicht um Ausgrenzung oder Verehrung zu tun war, sondern um entwicklungsgeschichtliche Analyse.<sup>113</sup> Auch in der neuen Generation blieben die Gruppierungen der Schmitt- bzw. Smend-Schule erkennbar, wenngleich die Jüngeren verstärkt über Schulgrenzen hinweg kommunizierten. Die Gründung der Zeitschrift „Der Staat“ im Jahre 1962 kann durchaus als Ausdruck einer Aufbruchstimmung im Lager der eher etatistisch orientierten Schmittianer gewertet werden, auch wenn keine „einseitige Schmitt-Zeitschrift“, sondern ein offenes Diskussionsforum geboten werden sollte.<sup>114</sup> In den „roaring sixties“ tritt in der Smend-Schule ein gewandeltes Staatsverständnis hervor, teilweise angestoßen durch eine Rezeption angloamerikanischer und politikwissenschaftlicher Denksätze. Der weitreichende Vorschlag, das Begriffspaar „Staat und Gesellschaft“ aufzugeben und durch die Kategorien „civil society“ bzw. „politisches Gemeinwesen“ und „government“ abzulösen, stammte aus der Feder von *Horst Ehmke*.<sup>115</sup> Das politische Gemeinwesen umfasse „das ganze wirtschaftliche, soziale und kulturelle Leben“ und bilde „einen menschlichen Verband“, für dessen „Verdoppelung“ oder „Teilung“ in „Staat“ und „Gesellschaft“ kein Anlaß bestehe, zumal

<sup>110</sup> *Dreher*, Schrifttum, NJW 1951, S. 515; *Giese*, Literatur, AöR Bd. 79 (1953/54), 372 (374), hinsichtlich beider besprochener Lehrbücher.

<sup>111</sup> *Kratzer*, Schrifttum, DÖV 1953, 383; *Dreher*, NJW 1951, 515.

<sup>112</sup> *Korte*, Eine Gesellschaft im Aufbruch. Die Bundesrepublik Deutschland in den sechziger Jahren, 1987; *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 211 ff., unter Hinweis auf die innenpolitische und justitielle Beschäftigung mit der NS-Vergangenheit sowie die kritische Protesthaltung im Zuge der „Spiegel-Affäre“ von 1962, die Konrad Hesse veranlaßte, eine Resolution im Kreis der Staatsrechtslehrer, im Ergebnis mit bescheidener Resonanz, zu verschicken (a.a.O., S. 242). Zu den Anfängen der sogenannten „Umgründung der Republik“ schon vor 1968 auch *Görtemaker*, Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 475 ff.

<sup>113</sup> *Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (1964), 4. Aufl. 2002; kurz danach *Schmitz*, Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts, 1965; zuvor etwa *Schneider*, Ausnahmezustand und Norm, 1957, *Fijalkowski*, Die Wendung zum Führerstaat, 1958, wie auch die Jenaer Habilitationsschrift von *Drath*, Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie (Fn. 18).

<sup>114</sup> *Günther*, Denken vom Staat her (Fn. 8), S. 225 ff. in Schilderung der Gründungsgeschichte.

<sup>115</sup> *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, FS R. Smend, 1962, S. 23 (25, 44 u. 46).

weder der Staat als neutral oberhalb der Gesellschaft stehend noch die Gesellschaft als „privat“ und „autonom“ begriffen werden könne.<sup>116</sup> Mit „government“ würden „spezielle Führungs-, Koordinierungs- und Lenkungs-Funktionen“ bezeichnet, die als „integrierende Bestandteile“ des politischen Gemeinwesens weder „über“ diesem stünden noch mit ihm identisch seien; ihre Wahrnehmung läge in der Hand ebenso des Parlaments wie der Regierung.<sup>117</sup> Auch die gesellschaftlichen Interessengruppen erfüllten „in unseren komplizierten sozialen, wirtschaftlichen und technischen Verhältnissen unverzichtbare Funktionen“, aber erst die politischen Parteien handelten nach der Aufgabenstellung, „unter Einschmelzung und Ausgleich spezieller Interessen Vorstellungen für die Ordnung und Politik des ganzen Gemeinwesens zu entwickeln“, also „aus dem Pluralismus der Gruppen“ einen Gemeinwillen zu bilden und durchzusetzen.<sup>118</sup>

Ungeachtet des begriffsstrategischen Vorstoßes von *Ehmke* zeigte der Dualismus von Staat und Gesellschaft in der Staatstheorie enorme Beharrungskraft. Das „Sein des Staates“ wurde nun aber tendenziell nicht mehr „als etwas Vorgegebenes, sondern als etwas Hervorzubringendes“ aufgefaßt, wie die monumentale Staatstheorie des Smend-Schülers *Herbert Krüger* formulierte.<sup>119</sup> Die Aufgabe der „Staatshervorbringung“ liege in den Händen der „Kräfte und Mächte der Gesellschaft“,<sup>120</sup> wobei der Staat „das mittels Repräsentation sich selbst darstellende und verwirklichende Richtige der politischen Gruppe“ sei, die „sich selbst ihr besseres Ich“ entgegenseetze und sich auf diesem Wege schrittweise „über ihre natürliche Wirklichkeit“ erhebe.<sup>121</sup> *Scheuner* sah hierin letztlich doch noch eine Vorstellung vom Staat als einer vorgegebenen „Notwendigkeit“ wirksam, mit der Folge einer klaren Überordnung des vom Prinzip der „Nichtidentifikation“<sup>122</sup> bestimmten Staates im Verhältnis zur Gesellschaft.<sup>123</sup> Den von *Krüger* postulierten „absoluten Gehorsam“ des Bürgers<sup>124</sup> belegten Rezensenten mit Prädikaten wie „in letzter Konsequenz: totalitär“<sup>125</sup> oder „neoabsolutistische Staatsdoktrin“<sup>126</sup>.

<sup>116</sup> *Ehmke* (Fn. 115), S. 43 f.

<sup>117</sup> *Ehmke* (Fn. 115), S. 45 u. 48 f.

<sup>118</sup> *Ehmke* (Fn. 115), S. 43 u. 47. Der für die Funktion der Verbände angeführte *Kaiser*, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, 1956, sah allerdings in der „Dialektik von Staat und Gesellschaft“ die „Grundlage der staatsbürgerlichen Freiheit“ (a. a. O., S. 338), bemühte allerdings wie dann auch *H. Ehmke* (a. a. O., S. 46) zur Beschreibung der Aufgabe der politischen Parteien die Integrationslehre von *Rudolf Smend* (a. a. O., S. 347).

<sup>119</sup> *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1966, S. V.

<sup>120</sup> *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 119), S. VI.

<sup>121</sup> *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 119), S. 238 u. 241; insofern ein „Aufgegebenes“ anerkennend *Badura*, *Die Tugend des Bürgers und der Gehorsam des Untertanen*, JZ 1966, 123 (124).

<sup>122</sup> *H. Krüger* (Fn. 119), S. 178 ff.

<sup>123</sup> *Scheuner*, *Zwei Darstellungen der Allgemeinen Staatslehre*, *Der Staat* Bd. 13 (1974), 527 (533). Die Gesellschaft werde von *Krüger*, wenn auch „dem Staate ein- und untergeordnet“, so doch als ein „auch vom Staate zu respektierender Raum öffentlicher Interessen verstanden“ (a. a. O., S. 534), wobei *Krüger* aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit als Verbandsfunktionär eine besondere Sensibilität gegenüber dem Bereich der Wirtschaft aufwies.

<sup>124</sup> *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 119), S. 941.

<sup>125</sup> *von der Gabletzen*, *Der Staat als Mythos und Wirklichkeit*, PVS 7 (1966), 138 (152).

<sup>126</sup> *Stein*, *Untertanenstaat oder freiheitliche Demokratie?* NJW 1965, 2384 (2386); den Protest prophezeiend *Forsthoff*, *Schrifttum*, DÖV 1964, 645.

Weil der Staat von der Gesellschaft aus „nicht als ein Element der Selbststeuerung, sondern der Außen- und Fremdsteuerung verstanden“ werden müsse, plädierte *Roman Herzog* für eine Trennung beider Begriffe in „funktionaler Hinsicht“,<sup>127</sup> dabei teilweise anknüpfend an *Josef Isensee*, der die Unterscheidung am jeweils unterschiedlichen „Rechtsprinzip“ festmachte, der Gleichheit im demokratischen Staat und der Freiheit in der Gesellschaft.<sup>128</sup> Daß der Dualismus von Staat und Gesellschaft nicht „substantiell“, sondern als „dialektische Zuordnung von zwei Modi mitmenschlichen Seins“ aufgefaßt werden müsse, aber zugleich eine unverzichtbare Voraussetzung für eine „freiheitsstiftende“ Verfassungsordnung bilde, da Freiheit „Distanz des einzelnen zum Staat“ bedeute, betonte *Ernst Forsthoff* in seinem Spätwerk „Der Staat der Industriegesellschaft“.<sup>129</sup> Für die Bundesrepublik gelangte das Buch zur provokanten Einschätzung, die Suprematie des Staates über die Gesellschaft gehöre der Vergangenheit an, weil „die Gesellschaft sich über die Verbände des Staates bemächtigt“ habe, der nun „selbst zum Schauplatz des Ringens der gesellschaftlichen Kräfte“ geworden sei.<sup>130</sup> Die Bundesrepublik sei „kein Staat im hergebrachten Sinne des Begriffs mehr“, der „harte Kern des heutigen sozialen Ganzen“ sei nicht mehr der zum „introvertierten Rechtsstaat“ verkürzte Staat, sondern die Industriegesellschaft, in der der heutige Staat letztlich seine „eigentliche Stütze“ finde.<sup>131</sup> Daseinsvorsorge und soziale Realisation hätten den Staat zwar „in der Vitalsphäre der Bevölkerung“ verankert, aber auf Grund der ihm fehlenden „eigenständigen Macht“ sei er außerstande, den technischen Prozeß, die in der Industriegesellschaft enorm beschleunigte technische Realisation „in die Schranken zu verweisen“.<sup>132</sup> Der Verfasser sei „auf der Seite der künftigen Entwicklungen“, äußerte ein Rezensent,<sup>133</sup> vorwiegend gestützt auf die zugrundeliegenden gesellschaftlichen Realanalysen, während andere „Krypto-Hegelianismus“<sup>134</sup> rügten und eine „retrospektiv“ konzipierte Staatslehre ausmachten.<sup>135</sup> Keineswegs eine „polemische Übertreibung“ nannte *Ernst-Wolfgang Böckenförde* die staatliche „Komplementärfunktion für den industriell-wirtschaftlichen Prozeß“, in deren Rahmen der Staat nicht als Steuerungsobjekt, sondern nur als „Erfüllungsgehilfe“ agiere.<sup>136</sup> Auch *Böckenförde*

<sup>127</sup> Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 146.

<sup>128</sup> Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 152.

<sup>129</sup> Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 21 u. 78.

<sup>130</sup> Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (Fn. 129), S. 74 u. 119.

<sup>131</sup> Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (Fn. 129), S. 57, 71, 158 u. 164 ff. Zur Einordnung vgl. auch Angermeier, Deutschland als politisches Rätsel, 2001, S. 272 ff., sowie jetzt Hacke, Philosophie der Bürgerlichkeit, 2006, S. 190 f.

<sup>132</sup> Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (Fn. 129), S. 79 f. u. 168.

<sup>133</sup> Kaiser, Schrifttum, DÖV 1971, 321.

<sup>134</sup> Euchner, Besprechungen, AöR Bd. 99 (1974), 179 (181).

<sup>135</sup> Häberle, Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische Gesellschaftslehre?, ZHR Bd. 136 (1972), 425 (446), verbunden mit dem Lob „stilistischer Meisterschaft“ (a. a. O., S. 425); bleiben sollte u. a. die Formulierung „Verfassung als „juristisches Weltenei, aus dem alles hervorgeht“; vgl. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (Fn. 129), S. 144. Kritik an der Verwendung der „älteren Begriffe“ übt in seiner sehr abgewogenen Besprechung v. Simson, Der Staat der Industriegesellschaft, Der Staat Bd. 11 (1972), 51 (60).

<sup>136</sup> Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 209 (240).



erblickte in der Identität von Staat und Gesellschaft das „Ende der individuellen Freiheit“, hob zugleich aber die Funktion des Staates als „Garant der freien Gesellschaft“ hervor, weshalb der Staat „zum gezielten Einsatz seiner hoheitlichen Regulierungsmacht“ angehalten sei, um die Gesellschaft „vor ihrer Selbstzerstörung zu bewahren.“<sup>137</sup> Statt einer „Trennung“ sei lediglich eine „Unterscheidung“ von Staat und Gesellschaft erforderlich, wobei der Staat im Anschluß an *Hermann Heller* und *Martin Drath* „als organisierte politische Entscheidungseinheit in seiner Tätigkeit funktional auf die Gesellschaft bezogen“ sei und ihr gegenüber eine „Erhaltungs-, Sicherungs- und auch Veränderungsfunktion“ wahrnehme.<sup>138</sup> *Ehmkes* Ersetzungsvorschlag durch das Begriffspaar „political society“ und integriertes „government“ würde demgegenüber die freiheitsstiftende „Entzweigungsstruktur“ vernachlässigen, wenn nicht aufgeben.<sup>139</sup> Weil menschliche Freiheit im modernen demokratischen Sozialstaat deutlich „mehr Grundbedingungen“ kenne als die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und es auf „das ‚richtige‘ Maß von Trennung und Verbindung“ beider ankomme, bezweifelte *Konrad Hesse* in der facettenreichen Diskussionslandschaft<sup>140</sup> schließlich die Leistungsfähigkeit der Unterscheidungsthese.<sup>141</sup> Insbesondere begreift *Hesse* den Staat selbst unter Berufung auf *Luhmann* als ein auf „Funktions- und Rollendifferenzierung“ beruhendes „gesellschaftliches Handlungssystem“, weist ihm also keinen Ort außerhalb oder über der Gesellschaft zu.<sup>142</sup>

Ein Seitenblick auf das Staatskirchenrecht zeigt eine vergleichbare Diskussion über das Verhältnis von Staat und Kirche, die sich nach Auffassung der in der jungen Bundesrepublik resonanzkräftigen Koordinationslehre als voneinander unabhängige, gleichrangige Gemeinschaften, sog. „societates perfectae“, nach Art von Völkerrechtssubjekten begegnen.<sup>143</sup> Statt prinzipieller staatlicher Überordnung im Sinne eines überwundenen etatistischen Denkens regiere eine koordinative Rechtssetzung ihr Verhältnis. Diese äußerst kirchenfreundliche Lehre profitierte vom „moralischen Kapital aus der Zeit des Kirchenkampfes“<sup>144</sup> und brachte die „loyale Partnerschaft“<sup>145</sup> von Staat und Kirchen in der durch den Abschluß zahlreicher Staatskirchenverträge geprägten Nachkriegszeit auf den Begriff. Unter Vermeidung einer „einseitig staatlichen Sicht“ räumte allerdings *Konrad Hesse* dem

<sup>137</sup> Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 136), S. 221 u. 234.

<sup>138</sup> Böckenförde (Fn. 136), S. 219 f. m.w.N.

<sup>139</sup> Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973, S. 33.

<sup>140</sup> Vgl. hierfür den Dokumentationsband von Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, 1976.

<sup>141</sup> Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DÖV 1975, 437 (442 f.).

<sup>142</sup> Hesse, DÖV 1975, 437 (439) m.w.N.

<sup>143</sup> Vgl. Mikat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV/1, 1960, S. 111 (145 f.).

<sup>144</sup> Kästner, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1961, JöR Bd. 27 N.F. (1978), S. 239 (243); zuvor ähnlich Scheuner, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung (1959), in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 121 (148).

<sup>145</sup> Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 411 (416).

Staat „das letzte Wort“ ein, jedoch „nicht schlechthin, sondern nur dort, wo er es kraft einer sachlichen Legitimation zu sprechen berufen ist“.<sup>146</sup> Weil eine praktisch durchgeführte Koordinationslehre „das Ende des Staates“ bedeuten würde, reklamierte *Helmut Quaritsch* das „Entscheidungsmonopol“ für den souveränen Staat, wobei die „souveräne Verfügungsbefugnis des Verfassungsgebers“ die Grundentscheidung liefere.<sup>147</sup> Entsprechend kehrte das Staatskirchenrecht in den sechziger Jahren in die allgemeinen verfassungsrechtlichen Bahnen zurück,<sup>148</sup> begünstigt auch durch ein „zunehmend schärferes säkulares Klima, das partielle Identifizierungen und Stellvertretungen zwischen Kirche und Gesellschaft, wie in der ersten Nachkriegszeit üblich, kaum mehr zuließ“.<sup>149</sup> Die staatskirchenrechtliche Diskussion fand ihre Fortsetzung im Rahmen der Verfassungsauslegung, wobei *Rudolf Smend* schon frühzeitig auf den Bedeutungswandel der durch Art. 140 GG inkorporierten Kirchen-Artikel der Weimarer Reichsverfassung hingewiesen hatte.<sup>150</sup> Die „eingreifendste Akzentverschiebung“ erfolgte *Ulrich Scheuner* zufolge mit der Überlagerung der Weimarer Artikel durch Art. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>151</sup> Dem dynamischen und pluralistischen Staatsverständnis verlieh die Auffassung Ausdruck, auch die Religionsfreiheit sei ein „tragendes Element“ der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, da sie zusammen mit anderen Grundrechten „einen freien und offenen Lebensprozeß gewährleistet, der die Gleichwertigkeit aller diesen Prozeß bejahenden Kräfte voraussetzt und darum jede Präponderanz nur einer dieser Kräfte ausschließt.“<sup>152</sup> Daß aber der „freiheitliche, säkularisierte Staat“, der seinen Bürgern Freiheit im geistigen, namentlich religiösen Bereich gewährt, damit aber von Voraussetzungen lebt, „die er selbst nicht garantieren kann“, <sup>153</sup> war in diesem Zusammenhang ein tiefer

---

<sup>146</sup> *Hesse*, Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten? (1957/58), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 446 (447 u. 449); vgl. aus jüngerer Zeit *Frhr. v. Campenhausen*, Staatskirchenrecht, 3. Aufl. 1996, S. 420, der am Koordinationsbegriff rügt, daß er die „Unterordnung aller am weltlichen Rechtsverkehr Teilnehmenden unter Gesetz und Verfassung vernachlässigt.“

<sup>147</sup> *Quaritsch*, Kirchen und Staat, *Der Staat* Bd. 1 (1962), 289 (298) u. 175 (189 mit Anm. 47).

<sup>148</sup> *Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen, 1979, S. 14.

<sup>149</sup> *Maier*, Die politischen und gesellschaftlichen Grundlagen des Staat-Kirche-Verhältnisses in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Friesenhahn/Scheuner* (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 1974, S. 87 (95).

<sup>150</sup> *Smend*, Staat und Kirche (Fn. 145), S. 411: „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe.“

<sup>151</sup> *Kritisch Scheuner*, Wandlungen im Staatskirchenrecht in der Bundesrepublik Deutschland (1968), in: ders., *Schriften zum Staatskirchenrecht*, 1973, S. 237 (249); zur zeitgenössischen Diskussion des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gemäß Art. 137 Abs. 3 WRV vgl. *Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, *VVDStRL* Bd. 26 (1968), S. 5 (40 ff.), u. *Hollerbach*, ebd., S. 57 (60 ff.).

<sup>152</sup> *Hesse*, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen (1964/65), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 452 (467); grundrechtstheoretisch generalisiert in *Peter Häberle* Verständnis der Grundrechte nicht nur als „Freiheit vom Staat, sondern auch Freiheit zum Staat“; vgl. *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962), 3. Aufl., 1983, S. 18; zur Einordnung und zur damit zusammenhängenden „Kategorie des Öffentlichen“ vgl. *Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche (Fn. 148), S. 30 ff.

<sup>153</sup> *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92 (112).



und bleibender Gedanke, der die Fragilität dieses politischen Ordnungskonzepts reflektiert.

Neuartige Fragestellungen und Lösungswege ergaben sich durch das entstehende und anwachsende europäische Gemeinschaftsrecht, das rasch als Ausdruck originärer öffentlicher Gewalt begriffen wurde.<sup>154</sup> Das Verhältnis von nationalem und supranationalem Recht wurde zunehmend im Sinne des Anwendungsvorrangs bestimmt und die Anwendung des Satzes „lex posterior derogat legi priori“ in diesem Zusammenhang zurückgewiesen.<sup>155</sup> Die durch Art. 24 GG innerstaatlich verliehene Integrationsgewalt faßte man teilweise schon als „Rechtsfigur eines zweiten Verfassungsgebers“ auf, der „in Gemeinschaft mit den Verfassungsgebern anderer Mitgliedstaaten“ in Form völkerrechtlicher Verträge tätig werde.<sup>156</sup> Dem so beschaffenen „internationalen Verfassungsgeber“ obliege die „Konstituierung einer internationalen Gemeinschaft“ besonderer Qualität.<sup>157</sup> Schon Mitte der sechziger Jahre wurde auf Grund dieser Entwicklungen ein „Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs“ gefordert.<sup>158</sup> Auch die begrenzte Demokratisierbarkeit der Europäischen Gemeinschaften findet sich reflektiert, sowohl hinsichtlich des fehlenden „einen“ Volkes<sup>159</sup> als auch im Hinblick auf die Spannung zwischen demokratischer Eigenlegitimation der Gemeinschaft und nicht aufgebbarer nationaler demokratischer Rückbindung.<sup>160</sup> Zudem warf die fortschreitende europäische Integration die Souveränitätsfrage auf, die im Kontext der „überstaatlichen Bedingtheit des Staates“ eine ebenso gründliche wie kontroverse Behandlung erfuhr.<sup>161</sup>

In Zeiten umbrechender Grundbegriffe sowie staats- und verfassungstheoretischer Neubestimmung erhalten juristische Methodendiskussionen verstärkt Impulse. Wie ein Fanal wirkte *Horst Ehmkes* methodologisches Staatsrechtslehrerreferat von 1961, das unter Betonung der „topischen Grundstruktur“ jedweder Jurisprudenz ausgehend vom „jeweils vorgegebenen Problem her eine System-Auslese“ verlangte, statt umgekehrt in begriffsjuristischer Manier vom Standpunkt eines „vorweg konstruierten Systems“ eine „Problem-Auslese“ zu betreiben.<sup>162</sup> *Forsthoffs*

<sup>154</sup> Zur Diskussionslage *Kaiser*, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, VVDStRL 23 (1966), S. 1 (2f.), u. *Badura*, ebd., S. 34 (37, 50, 66 u. 66).

<sup>155</sup> Übereinstimmend *Kaiser*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 19 sowie *Badura* (Fn. 154), S. 62ff.

<sup>156</sup> *Kaiser*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 17f.; zum „Verfassungscharakter primären Gemeinschaftsrechts“ vgl. weiter *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 64ff.

<sup>157</sup> *Kaiser*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 18.

<sup>158</sup> *Badura*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 95.

<sup>159</sup> *Kaiser*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 22f.

<sup>160</sup> *Badura*, *Bewahrung* (Fn. 154), S. 74 u. 95.

<sup>161</sup> Vgl. *v. Simson*, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, 1965, S. 186ff., zum „Weg zur überstaatlichen Bestimmtheit des Staates“; hierzu *Häberle*, *Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität*, AöR Bd. 92 (1967), 259ff.; zur Frage der zwei „Souveränitäten“ und zum Nutzen des Souveränitätsbegriffs vgl. weiter *Ipsen*, *Über Supranationalität* (1973), in: ders., *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, 1984, S. 97 (100 u. 102).

<sup>162</sup> *Ehmke*, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (55 u. 62). Dem Satz, daß juristisches Denken topisch sei, trat auch *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung* entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (1967), 2. Aufl. 1976, S. 141, bei, aller-

Ansatz, die „Gesetzesform der Verfassung“ in der Weise ernst zu nehmen, daß die Verfassung den „für die Gesetze geltenden Regeln der Auslegung unterstellt“ wird, die *Friedrich Carl v. Savigny* klassisch dargestellt habe,<sup>163</sup> brandmarkte *Ehmke* dagegen als Rückzug in das „Wetterhäuschen des Positivismus“.<sup>164</sup> Als „eigentliche verfassungsrechtliche Hermeneutik“ präsentierte *Ehmke* eine „materiale Verfassungstheorie“, wobei sich das maßgebende „verfassungstheoretische Vorverständnis“ nach dem „Konsens aller Vernünftig- und Gerecht-Denkenden“ bestimmen sollte.<sup>165</sup> Die hier im Ansatz erkennbare Transformation der pluralistischen Doktrin in juristische Methodik<sup>166</sup> sollte fürderhin in der ebenfalls aus der Smend-Schule herrührenden Vorstellung einer offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zu Tage treten.<sup>167</sup> Gegenüber diesem von *Peter Häberle* vertretenen Ansatz einer strukturellen Offenheit der Verfassung wurde die Preisgabe juristischer Normativität beklagt.<sup>168</sup> Da für die Verfassungsinterpretation keine anderen Vorgaben als der zumeist unbestimmte Verfassungstext bestünden, löste *Häberle* die Kategorie des „Verfassungswandels“ auf, die neben Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung bzw. -bruch keinen eigenständigen Stellenwert beanspruchen könne.<sup>169</sup> In diesem Punkt trifft sich *Häberle* mit seinem akademischen Lehrer *Konrad Hesse*, der ebenfalls einen permanenten Verfassungswandel annimmt, der aus den „geschichtlichen Veränderungen“ resultiere, die den „Normbereich“ als zu ordnenden Wirklichkeitsausschnitt ergreifen würden. Weil sich erst im Zusammenspiel von „Normbereich“ und dem im wesentlichen durch Normtextauslegung gewonnenen „Normprogramm“ die „Normkonkretisierung“ vollziehe, existiere in einem strengen Sinne auch „keine Verfassungswirklichkeit contra constitutionem“.<sup>170</sup>

---

dings ausgeformt zu einem Modell „präsumtiver Verbindlichkeit“ von Präjudizien, namentlich des Bundesverfassungsgerichts (a. a. O., S. 243 ff.).

<sup>163</sup> *Forsthoff*, *Umbildung* (Fn. 54), S. 36.

<sup>164</sup> *Ehmke*, *Prinzipien* (Fn. 162), S. 64.

<sup>165</sup> *Ehmke*, *Prinzipien* (Fn. 162), S. 64 u. 71.

<sup>166</sup> *Günter*, *Denken vom Staat her* (Fn. 8), S. 244.

<sup>167</sup> *Häberle*, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation*, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 155 ff.

<sup>168</sup> *Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 53 (66 ff.); *Dokumentation der zeitgenössischen methodischen Kontroversen bei Dreier/Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, u. *Koch*, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977; vgl. dazu weiter *Schlink*, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, *Der Staat* Bd. 19 (1980), 73 ff.

<sup>169</sup> *Häberle*, *Zeit und Verfassung* (1974), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 59 (82 f.).

<sup>170</sup> Abschließend *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts* (Fn. 58), S. 18 f.; die methodologische und methodische Basis lieferte *Friedrich Müller*, dessen Lehre ihre maßgebliche Darstellung mittlerweile in *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 8. Aufl. 2002 u. Bd. II, 2003, gefunden hat.

## II. Sicherung des Grundgesetzes

Die in Herrenchiemsee vorgesehene und im Parlamentarischen Rat verzichtete Notstandsverfassung<sup>171</sup> blieb von Anfang an auch eine Forderung der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft. So erklärte beispielsweise *Konrad Hesse* den „Verzicht auf eine Normierung des Ausnahmezustandes“ für „gefährlich“ und nannte es einen „Trugschluß zu glauben, man könne die Gefahren einer Ausnahmegewalt dadurch umgehen, daß man für sie in der Verfassung keine oder nur ungenügende Vorsorge trifft.“<sup>172</sup> Auch eine „ängstliche, mehr auf die Beschränkungen und Kontrollen der Ausnahmegewalt als auf ihre Funktionsfähigkeit bedachte Regelung“ erschien ihm „bedenklich“.<sup>173</sup> Bei Vermeidung des Fehlglaubens, „staatsrechtliches Denken durch rechtsstaatliches Denken ersetzen zu können“, erachtete *Hesse* zunächst eine „Formel wie die des Art. 48 der Reichsverfassung als staatsrechtlich gebotene und rechtsstaatlich legitime Lösung des Problems“, rückte davon aber später wegen der Weite der dortigen Ermächtigung wieder ab.<sup>174</sup> Das von ihm benannte strukturelle Dilemma, einerseits die „nur schwer vorauszubestimmenden Ausnahmelagen der Zukunft“ in der Regelung zu berücksichtigen, andererseits die „Gefahren eines Mißbrauchs der Ausnahmefugnisse auf ein Minimum“ zu reduzieren,<sup>175</sup> erschwerte eine verfassungspolitisch zufriedenstellende Lösung, wovon die Erfolglosigkeit des Schröder- (1960), Höcherl- (1962) und Benda-Entwurfs (1965) Zeugnis ablegen.<sup>176</sup> Erst auf der Basis des Lücke-Entwurfs (1967) und nach aufwendigen parlamentarischen Anhörungen wurde die Notstandsverfassung in Form des Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, die bis zur deutschen Wiedervereinigung umfangstärkste Verfassungsänderung, gegen die Stimmen der FDP-Opposition und einer Reihe von SPD-Abgeordneten von der Großen Koalition 1968 beschlossen. Daraufhin erklärten die Alliierten ihre Vorbehaltsrechte aus Art. 5 Abs. 2 des Deutschlandvertrages<sup>177</sup> für erloschen, deren Ablösung als steter Antrieb

<sup>171</sup> Darstellung des Entwicklungsgangs bei *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. II, 1980, S. 1315 ff., u. a. a. O., Bd. V, 2000, S. 1463 ff., sowie *Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., 2003, S. 355 (391 ff.).

<sup>172</sup> *Hesse*, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DÖV 1955, 741 (743); die rechtspolitische Funktion einer verfassungsgesetzlichen Normierung der „Zuständigkeiten für den Fall des Staatsnotstandes“ erblickte *von der Heydte*, Staatsnotstand und Gesetzgebungsnotstand, FS für Wilhelm Laforet, 1952, S. 59 (70), in der „Verhinderung des Staatsstrechs von oben“. Die Notstandsfrage hatte schon die erste Nachkriegstagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer teilweise berührt, wobei klar zwischen Gesetzgebungsnotstand i. S. von Art. 81 GG und Ausnahmezustand i. S. von Art. 48 WRV unterschieden wurde; vgl. *Schneider*, Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, VVDStRL 8 (1950), S. 21 (35), u. auch *Jellinek*, a. a. O., S. 3 (16).

<sup>173</sup> *Hesse*, DÖV 1955, 741 (744).

<sup>174</sup> Zunächst *Hesse*, DÖV 1955, 741 (744), unter leichter Modifikation des Art. 48 WRV, dann ablehnend *Hesse*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, JZ 1960, 105 (107).

<sup>175</sup> *Hesse*, JZ 1960, 105 (106).

<sup>176</sup> Hierzu *Evers*, Die perfekte Notstandsverfassung, AöR Bd. 91 (1966), 1 ff., 193 ff., u. *Schäfer*, Die lückenhafte Notstandsverfassung, AöR Bd. 93 (1968), 37 ff.

<sup>177</sup> Hierzu etwa *Grewe*, Der neue Deutschland-Vertrag, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, 1954, 1917 (1920).

gewirkt hatte. Das parlamentarische Verfahren begleitete ein bis dahin unbekannter Proteststurm von Gewerkschaften, Außerparlamentarischer Opposition (APO) und Sozialistischem Deutschen Studentenbund (SDS), der auch in der Folgezeit das Klima an den deutschen Universitäten bestimmte und sich nunmehr zuweilen auch gegen die grundgesetzliche Ordnung insgesamt richtete.<sup>178</sup> Aufkeimende Parlamentarismuskritik und Rufe nach einer „Totalrevision des Grundgesetzes“ führten 1970 zur Einsetzung einer „Enquête-Kommission Verfassungsreform“ durch den Deutschen Bundestag, die 1973 einen Zwischen- und 1976 ihren Schlußbericht erstattete, sich dabei allerdings *Hans Peter Ipsen* zufolge „mit noch recht mediokren Änderungsvorschlägen ohne grundlegende Bedeutung begnügte“.<sup>179</sup>

Im Zuge der Notstandsregelung verankerte der verfassungsändernde Gesetzgeber auf Grund eines „politischen Tauschgeschäfts“<sup>180</sup> in Art. 20 Abs. 4 GG ein „Recht zum Widerstand“, quasi „zur autoritären Peitsche das liberale Zuckerbrot“.<sup>181</sup> Die Normierung wurde eine der „bedenklichsten Bestimmungen“ des Grundgesetzes genannt, weil sie einen Raum zu regeln suche, „der sich rechtlicher Reglementierung fast ganz entzieht“ und überdies die Gefahr berge, „Scheinlegalitäten“ zu produzieren.<sup>182</sup> Die Vorschrift vermöge dem einzelnen zudem kaum Schutz zu bieten, da nach einem erfolgreichen Umsturz ihre Rechtfertigungswirkung nicht mehr anerkannt werde, während nach gescheiterter Revolution der Widerstandsakt als „bewährte Loyalität“ wohl keiner Rechtfertigung bedürfe.<sup>183</sup> Zudem trage der Widerstand Leistende das Risiko, die in der Verfassung geforderte objektive Unmöglichkeit anderer Abhilfe falsch einzuschätzen. Sei „andere Abhilfe“ noch möglich, bleibe der Widerstand ungerechtfertigt, sei sie unmöglich, habe die Revolution im Zweifel Erfolg gehabt und auch das legalisierte Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 beseitigt.

Verbunden mit der Einführung der Notstandsverfassung war auch die 1969 erfolgte Konstitutionalisierung der Verfassungsbeschwerde, die zwar schon im

---

<sup>178</sup> Durch „Störversuche einer kleinen Gruppe von Studenten“ wurde die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer während ihrer Bochumer Tagung 1968 zu einem Gebäudewechsel genötigt; vgl. Jahrestagung 1968, VVDStRL 27 (1969), S. VI.

<sup>179</sup> *Ipsen*, 40 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, JöR Bd. 38 N.F. (1989), S. 1 (16); Darstellung der Ergebnisse bei *dems.*, Zum Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, DÖV 1977, 537 ff.; *Wahl*, Empfehlungen zur Verfassungsreform, AöR Bd. 103 (1978), 477 ff.; *Grawert*, Zur Verfassungsreform, Der Staat Bd. 18 (1979), 229 ff.

<sup>180</sup> *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 168; speziell zur Entstehungsgeschichte *H. H. Klein*, Der Gesetzgeber und das Widerstandsrecht, DÖV 1968, 865 ff., u. *C. Böckenförde*, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, 168 ff.

<sup>181</sup> *Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 8.

<sup>182</sup> *Herzog*, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 IV (1980), Rn. 1. Im Urteil zum KPD-Verbot erachtete es das Bundesverfassungsgericht 1956 immerhin für möglich, trotz fehlender Erwähnung eines Widerstandsrechts im Grundgesetz ein solches Recht „in der grundgesetzlichen Ordnung anzuerkennen“, ließ die Frage allerdings offen; vgl. *BVerfGE* 5, 85 (376 f.), mit für Art. 20 Abs. 4 GG wegweisenden Vorgaben (a. a. O., S. 377); gleichwohl kann Art. 20 Abs. 4 GG nicht als abschließende Positivierung des „allgemeinen Widerstandsrechts“, wie es mit guter Tradition als überpositives Recht gerade auch gegenüber legaler Herrschaft diskutiert wird, begriffen werden; vgl. *Herzog* (a. a. O., Rn. 9).

<sup>183</sup> *Isensee*, Widerstandsrecht (Fn. 181), S. 101.

Bundesverfassungsgerichtsgesetz von 1951 vorgesehen war, nun aber durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a und b GG notstands- und gesetzesfest ausgestaltet wurde.<sup>184</sup> Ihre enorme rechtspraktische Bedeutung beruht nicht zuletzt auf der vom *BVerfG* im Elfes-Urteil eingeführten Wendung, jedermann könne „im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße“.<sup>185</sup> Was hier für Art. 2 Abs. 1 GG formuliert wurde, sollte in der Folgezeit für jedes Grundrecht gelten.<sup>186</sup> Da ebenfalls ein den Beschwerdeführer belastender Staatsakt, der ohne ausreichende Rechtsgrundlage im einfachen Recht ergangen ist, das jeweils einschlägige Grundrecht verletzt, müßte konsequenterweise auch jedes auf falscher Rechtsanwendung beruhende Gerichtsurteil vom *BVerfG* im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde korrigiert werden. Um nicht auf diese Weise zur Superrevisionsinstanz aufzusteigen, beschränkt Karlsruhe seine Kontrolle auf die „Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte“,<sup>187</sup> eine letztlich konturlose und deswegen „mißglückte“ Formel,<sup>188</sup> die zahlreiche literarische Konkretisierungsversuche ausgelöst hat. Insgesamt wirkte insbesondere die Verfassungsbeschwerde als Vehikel für die sensationelle Karriere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der staatliches Handeln umfassend diszipliniert und dem *BVerfG* gerade auch gegenüber dem Gesetzgeber eine „weit ins Politische reichende Kontrolle“ eröffnet.<sup>189</sup>

### III. Gestaltwandel der Grundrechte

Mit Beginn der siebziger Jahre wurde es „modern“, von einem „Wandel“ der Grundrechte zu sprechen.<sup>190</sup> Teilhaberechte, Leistungsrechte und staatliche Schutzpflichten standen auf der verfassungsrechtlichen Agenda und die Auslegung

<sup>184</sup> Vgl. *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. III/2, 1994, S. 1277 ff.; *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl., 1988, S. 1 f. u. 34 ff.

<sup>185</sup> *BVerfGE* 6, 32 (41). Gegen die im Urteil begründete Lehre von der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG stand die Persönlichkeitskerntheorie; vgl. für eine restriktive Auslegung *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts (Fn. 58), S. 184 f., sowie *Grimm*, Abweichende Meinung, *BVerfGE* 80, 137 (164 ff.), jeweils m. w. N.

<sup>186</sup> Zusammenfassend *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., 2004, S. 150.

<sup>187</sup> *BVerfGE* 18, 85 (92), st. Rspr.; die Formel „spezifisches Verfassungsrecht“ wurde schon vor dem Elfes-Urteil verwandt (*BVerfGE* 1, 418 (420)), worauf *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 177, hinweist; mittlerweile wird sie allerdings vom 2. Senat gemieden; vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (Fn. 186), S. 197.

<sup>188</sup> Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (Fn. 186), S. 197, mit Würdigung der teils kritischen, teils konkretisierenden Literaturansätze (a. a. O., S. 218 ff.). Im einzelnen vgl. *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2006, § 90 Rn. 90 ff., u. *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, Bd. 2, § 90 (2004), Rn. 141 ff.

<sup>189</sup> *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 445 (464).

<sup>190</sup> *Ossenbühl*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, 2100, unter Hinweis auf *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 1970 (2. Aufl. 1975), *Friesenhahn*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verh. 50. DJT, Bd. II, 1974, G 1 ff., *Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, AöR Bd. 101 (1976), 161 ff.

der Grundrechte war zu dieser Zeit das „spektakulärste und wohl auch der Sache nach wichtigste Kriegstheater im Kampf um die Interpretation des Grundgesetzes“.<sup>191</sup> Einen wichtigen Markstein bildete dabei der „Grundrechtsfesttag“<sup>192</sup> im Rahmen der Regensburger Staatsrechtslehrertagung 1971, von dem anscheinend auch wesentliche Impulse für die Rechtsprechung des *BVerfG* ausgegangen sind.<sup>193</sup> Während das Referat von *Wolfgang Martens* mit seiner Skepsis gegenüber originären grundrechtlichen Leistungsansprüchen unter Anerkennung derivativer Teilhabeansprüche<sup>194</sup> *Konrad Hesse*<sup>195</sup> zufolge „eine ‚Magen-Linie‘ des bürgerlichen Rechtsstaates“ verteidigt habe, sei der Mitbericht von *Peter Häberle* zu einer „sehr beweglichen Vorwärtsverteidigung“ übergegangen. Zum Leitgedanken dieses Referats wählte *Häberle* eine „grundrechtssichernde Geltungsfortbildung“ durch eine „offene Dogmatik“, die eine Ergänzung des individualrechtlichen und institutionellen Charakters der Grundrechte durch eine „leistungsstaatliche und -rechtliche“ Komponente erlaubte.<sup>196</sup> Mit dem Anliegen, die den subjektiven öffentlichen Rechten gewidmete Statuslehre *Georg Jellinek*s von „ihrem spätabolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen“, erklärte *Häberle* den auf Teilhabe am Staat gerichteten status activus zum „Grundstatus“, abgestützt insbesondere durch einen status acitivus processualis, der auf prozessuale Teilhabe ausgehe und in den leistungsrechtlichen Rechtsverhältnissen einen „verfahrensrechtlichen Leistungsvorbehalt“ statuieren.<sup>197</sup> Grundrechtliche Teilhabe stehe unter dem Vorbehalt ökonomischer Leistungsfähigkeit und verdichte sich „auf Verfassungsebene“ nur aus-

<sup>191</sup> *Zacher*, Buchbesprechungen. Klein, Hans H., Die Grundrechte im demokratischen Staat (1972), Der Staat Bd. 14 (1975), 127 (128).

<sup>192</sup> *Zacher*, Aussprache, VVDStRL 30 (1972), S. 151.

<sup>193</sup> So berichtet *Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 83, bezogen auf die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. 7. 1972, daß sich das Gericht von seinem Regensburger Mitbericht „beeinflussen ließ, der ihm bereits vor der Publikation (seit November 1971) auf seinen Wunsch vorlag.“ Den Zusammenhang von Sozialstaatsprinzip und institutioneller Bedeutung der Freiheitsrechte beschrieb schon *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie (Fn. 152), S. 15 ff. u. 121; vgl. weiter *Friauf*, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, 674 (677); grundrechtstheoretische Einordnung bei *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1974), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 115 (136 ff.), sowie *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 216 ff.

<sup>194</sup> *Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 21 ff. u. 29 ff.

<sup>195</sup> *Hesse*, Aussprache, VVDStRL 30 (1972), S. 146; *Schmidt*, Grundrechte (Fn. 38), S. 204 m. w. N., zufolge habe *Häberle* in puncto Teilhabe und Teilhaberecht im Ergebnis „nichts anderes“ präsentiert als Jahre zuvor schon *Wolfgang Abendroth*, ohne allerdings „Abendroth und seine Kontroverse mit Forsthoff ... in der den Leser erdrückenden Masse von 385 meist umfangreichen Fußnoten seines Referats“ zu registrieren.

<sup>196</sup> *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 69, 76 u. 112.

<sup>197</sup> *Häberle*, Grundrechte (Fn. 196), S. 80 f. u. 86 f.; die „Frontstellung zwischen dem Eingriffs- und Schrankendenken und dem sich von ihm absetzenden verfahrens- und leistungsrechtlichen Grundrechtsverständnis“ bezeichnet *Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457 (466), als „müßig“; sie beruhe insbesondere auf dem Mißverständnis, jenes Grundrechtsdenken sei „auf dem Stand stehengeblieben, auf den die Staatsrechtslehre es im Spätkonstitutionalismus gebracht“ habe. Eine „sparsame rechtstechnische Konstruktion“ erlaube es, die Grundrechte als Abwehrrechte aufzufassen, „ohne daß damit die Freiheit auf einsame Sphären eines isolierten Individuums und Freiheitsschutz auf Abwehr beschränkt würde“ (a. a. O., S. 468).



nahmsweise zu subjektiven Leistungsansprüchen im Sinne des status positivus.<sup>198</sup> Der Leistungsstaat müsse zwar „Voraussetzungen und Bedingungen dafür schaffen, daß alle tatsächlich von der Freiheit gleichen Gebrauch machen können“, aber erst „tatsächliches Handeln des Staates“ werde über den Gleichbehandlungsgrundsatz zum „Anknüpfungspunkt für rechtliche Teilhabeansprüche, die eine spezifisch leistungsstaatliche Ausprägung grundrechtlicher Freiheit sind.“<sup>199</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die Unterscheidung zwischen originären und derivativen Teilhaberechten im Numerus-clausus-Urteil der Sache nach aufgegriffen<sup>200</sup> und die Teilhabe, wenn nicht gerade auf das Vorhandene beschränkt, so doch dem Vorbehalt des Möglichen unterstellt.<sup>201</sup> Was der einzelne „vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen“ könne, habe in erster Linie der auch für den Haushalt verantwortliche Gesetzgeber zu entscheiden.<sup>202</sup> Kritische Stimmen in der Literatur sprachen von einem „Nebelbegriff der Teilhaberechte“ und von „Eiferern, welche die Grundrechte durch angeblich ‚sozialstaatliche‘ Anreicherung zu Tode reformieren“.<sup>203</sup> Weil das *BVerfG* mit seiner „aufgeblähten Teilhabe-Konstruktion“ letztlich nur das sage, was sich ohnedies aus dem „objektiven Gleichheitsgrundsatz“ ergebe, handelte es sich *Fritz Ossenbühl* zufolge um eine dogmatisch unnötige, „mit progressiver Attitüde versehene Modekategorie“, die „künftig durch geflissentliches Still-schweigen des Gerichts wieder beerdigt werden sollte.“<sup>204</sup>

Ungleich dauerhafter und folgenreicher wirkte die Entwicklung grundrechtlicher Schutzpflichten durch die Rechtsprechung des *BVerfG*, zunächst eher fragmentarisch in einer Reihe von Einzelentscheidungen, um dann 1975 mit dem ersten Urteil zu § 218 StGB nachdrücklich in Erscheinung zu treten.<sup>205</sup> Die Schutzpflicht und ihren grundsätzlichen Umfang erschloß das Gericht aus dem „objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen“, eben jener „ständigen Rechtsprechung“ folgend, derzufolge die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des einzelnen enthalten, sondern eine „objektive Wertordnung“ verkörpern.<sup>206</sup> In erster Linie habe der Gesetzgeber über das „wie“ der

<sup>198</sup> Häberle, Grundrechte (Fn. 196), S. 112f.; vgl. auch Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat Bd. 14 (1975), 17 (37), der die „objektiven, rechtsgrundsätzlichen Gehalte“ herausstellt.

<sup>199</sup> Häberle, Grundrechte (Fn. 196), S. 96f.

<sup>200</sup> Entsprechende Interpretation bei Mutius, Grundrechte als „Teilhaberechte“, VerwArch Bd. 64 (1973), 183 (187).

<sup>201</sup> *BVerfGE* 33, 303 (330ff.).

<sup>202</sup> *BVerfGE* 33, 303 (333).

<sup>203</sup> Bettermann, Anmerkung, DVBl. 1975, 548.

<sup>204</sup> Ossenbühl, NJW 1976, 2100 (2104f.).

<sup>205</sup> Während für Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 27, die erste bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung in der Abtreibungsfrage „als juristischer Paukenschlag“ wirkte, sah Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 130 m. w. N., das Fristenlösungsurteil in eine „feststehende Rechtsprechungstradition“ eingebettet; zur Rechtsprechungsentwicklung vgl. Stern, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. III/1, 1988, S. 937ff.; frühe literarische Andeutung bei Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1 (1958), Rn. 2f.: „Schutzverpflichtung der staatlichen Gewalt“ gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG einschließlich staatsgerichteten Anspruchs „auf das positive Tun des Abwehrens“ in Fällen, „in denen der Achtungsanspruch aus der außerstaatlichen Sphäre heraus ... angegriffen wird.“

<sup>206</sup> *BVerfGE* 39, 1 (41f.).

Schutzpflichterfüllung zu entscheiden,<sup>207</sup> unterliege dabei jedoch, wie das zweite Abtreibungsurteil feststellte, dem „Untermaßverbot“ und einer daran ausgerichteten verfassungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>208</sup> In der Schutzpflichtkonstellation erweitert sich das klassische bipolare Abwehrverhältnis in der Bürger-Staat-Beziehung zum „Rechts-Dreieck“,<sup>209</sup> gebildet aus dem grundrechtsgeschützten Opfer, dem grundrechtsbeeinträchtigenden Störer und dem grundrechtsschützenden Staat. Mit Hilfe dieses Schemas lassen sich auch die Fälle grundrechtlicher Drittwirkung rekonstruieren und als Spezialfälle grundrechtlicher Schutzpflichten begreifen. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren fügt sich in Drittkonstellationen, etwa in Form von Anlagenantragsteller, Nachbar und genehmigender Verwaltung, ebenfalls in dieses Modell. Der enormen Aufwertung der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte, die ihnen die Gestalt von Grundsatznormen mit direktiver Wirkung für die gesamte Rechtsordnung verlieh, korrespondierte literarisch ein grundrechtstheoretisches Prinzipienmodell, das das bisherige Denken in Rechtsregeln weitgehend durch ein Denken in „Optimierungsgeboten“ abzulösen und die grundrechtliche Abwägungsproblematik<sup>210</sup> durch ihre Abbildung als Prinzipienkollision aufzulösen suchte.<sup>211</sup> In der Literatur findet sich allerdings auch die Warnung, durch ein Verständnis der Grundrechte als objektive Grundsatznormen die Verfassung von einer „Rahmenordnung“ in eine „rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens insgesamt“ zu überführen, die das „Substantielle und Prinzipielle der Rechtsordnung“ bereits flächendeckend enthält und durch die „Annäherung“ von parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtskonkretisierung der Entwicklung zum „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ Vorschub leistet.<sup>212</sup>

Seit Ende der siebzig Jahre betrafen eine Reihe zentraler Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates den Schutz des Menschen vor den Gefahren der Technik.<sup>213</sup> Spätestens mit dem 1972 veröffentlichten Bericht des Club of Rome über die „Grenzen des Wachstums“

<sup>207</sup> BVerfGE 39, 1 (44).

<sup>208</sup> BVerfGE 88, 203 (254), unter Hinweis auf *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, S. 143 (232f.), der seinerseits auf *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (228) verweist.

<sup>209</sup> *Isensee*, Grundrecht (Fn. 205), S. 34 ff.; zu Ausformung und Herleitung vgl. weiter *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 211 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 101 ff.; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 43 ff.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 20 ff.

<sup>210</sup> Zu den prinzipiellen Schwierigkeiten, grundrechtliche Abwägungen methodisch zu disziplinieren, *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 127 ff.; vgl. bereits *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 129 ff.

<sup>211</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff.; vgl. auch schon *Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427 (431 ff.).

<sup>212</sup> *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen (1990), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159 (189, 191 u. 198); zu Böckenfördes limitierender Verfassungstheorie vgl. *Manterfeld*, Die Grenzen der Verfassung, 2000, S. 44 ff.

<sup>213</sup> BVerfGE 49, 89 ff. (Kalkar); 53, 30 ff. (Mülheim-Kärlich); 56, 54 ff. (Fluglärm); namentlich im atomrechtlichen Zusammenhang gewannen Begriffe wie „Risikoversorge“, „Restrisiko“ und jenseits der „praktischen Vernunft“ liegende „Ungewißheiten“, die den Bürgern als „sozialadäquate Lasten“ aufgebürdet wurden, verfassungsrechtliche Relevanz.



waren Wachstumseuphorien ins Wanken und das Thema Umweltschutz ins öffentliche Bewußtsein geraten.<sup>214</sup> Die verfassungsrechtliche Diskussion galt zunächst der lege lata den umweltschutzbezogenen Aussagen des Sozialstaatsprinzips und der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG, denen zum Teil vorsichtig ein „Grundrecht auf unschädliche Umwelt“ entnommen wurde,<sup>215</sup> dessen Inhalt allerdings weniger einem individuellen, klagbaren Recht als einem an den Gesetzgeber adressierten „positiven Verfassungsauftrag“ entsprechen sollte.<sup>216</sup> Die Gegenposition vermochte dagegen einen inhaltlichen Zusammenhang der genannten Verfassungsnormen mit dem Thema Umweltschutz nicht zu erkennen.<sup>217</sup> Den meisten Zuspruch fand die Auffassung, aus den Grundrechten „umweltrechtliche Teilgewährleistungen“ sowie ein „Recht auf Gewährleistung eines ökologischen Existenzminimums“ abzuleiten.<sup>218</sup> Überwiegend abgelehnt wurde die Einführung eines sog. Umweltgrundrechts ins Grundgesetz, schon weil es sich „nur schwer in das herkömmliche Grundrechtsverständnis einordnen lasse“ und „mehr Illusionen statt Realitäten schaffen könnte“, wodurch die Grundrechte in ihrer Wirkkraft „insgesamt Schaden nehmen könnten“.<sup>219</sup> Selbst gegenüber einer in die Verfassung aufzunehmenden Staatszielbestimmung herrschte Skepsis;<sup>220</sup> eine solche gelangte jedoch 1994 nach mehreren parlamentarischen Anläufen mit der Einfügung des Art. 20a GG ins Grundgesetz und wurde im Jahre 2002 noch um den Tierschutz erweitert.<sup>221</sup>

<sup>214</sup> Frühe juristische Bestandsaufnahme bei *Rehbinder*, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1970, 250 ff., u. *Rupp*, Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 1971, 401 ff., mit der Forderung, beim Thema Umweltschutz die „heute so beliebte Reformmethode“ zu vermeiden, „zunächst hochtönende Organisations- und Kompetenzmodelle zu entwickeln, ohne vorher ein detailliertes, realisierbares Sachprogramm erarbeitet zu haben“ (a. a. O., S. 404).

<sup>215</sup> *Rupp*, JZ 1971, 401 (402); zustimmend *Weber*, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl. 1971, 806; eine entsprechende Klagebefugnis bejahend *H. H. Klein*, Ein Grundrecht auf saubere Umwelt? FS für Werner Weber, 1974, S. 643 (651); vgl. auch *Lücke*, Das Grundrecht des einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz, DÖV 1976, 289 ff.; speziell zum Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit *Steiger*, Entwicklung im Grundrechtsverständnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, in: Berberich u. a. (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 255 ff., u. *Schmidt-Aßmann*, Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht, AöR Bd. 106 (1981), 205 ff.

<sup>216</sup> *Weber*, DVBl. 1971, 806; *Rupp*, JZ 1971, 401 (403), betont eine „grundrechtliche Pflicht der staatlichen Gemeinschaft“.

<sup>217</sup> *Ule*, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl. 1972, 437 (438).

<sup>218</sup> *Rauschnig*, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 (179 u. 181) m. w. N., unter klarer Absage an eine sozialstaatliche Fundierung (a. a. O., S. 186); abwehrrechtliche Anerkennung eines ökologischen Existenzminimums bei *Benda*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Umweltschutzes, UPR 1982, 241 (242).

<sup>219</sup> *Benda*, UPR 1982, 241 (244) m. w. N.; zusammenfassend *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 420 ff.

<sup>220</sup> Detaillierte Kritik bei *Rupp*, Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz, DBVl. 1985, 990 ff., u. *Rauschnig*, Aufnahme einer Staatszielbestimmung über den Umweltschutz in das Grundgesetz? DÖV 1986, 489 ff.; zu den Risiken einer „Umweltschutzklausel“ *Stern*, Zur Aufnahme eines Umweltschutzstaatszieles in das Grundgesetz, NWVBl. 1988, 1 ff.

<sup>221</sup> Zu Entstehungsgeschichte und Auslegung *Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art. 20a, Rn. 1 ff.; *Badura*, Staatsrecht (Fn. 2), S. 309 ff.

Grundrechtlich gespeist erhielt Anfang der siebziger Jahre die ohnedies in der sozialliberalen Reformära deutlich ansteigende Gesetzesflut weitere Nahrung. Bereits in den sechziger Jahren dehnten Teile der Literatur den Bereich, in dem staatliches Handeln einer förmlichen gesetzlichen Ermächtigung bedurfte, weit über das klassische Feld der Eingriffe in Freiheit und Eigentum hinaus auf staatliche Leistungen und besondere Gewaltverhältnisse wie Schule, Beamtenverhältnis, Militär und Gefängnis aus.<sup>222</sup> Daß jedenfalls auch Grundrechte von Strafgefangenen „nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt“ werden dürfen, hat das *BVerfG* 1972 klargestellt und damit die Figur des besonderen Gewaltverhältnisses ihrer verfassungsrechtlichen Exemptionswirkung beraubt.<sup>223</sup> Und daß das Parlament die „wesentlichen Entscheidungen“ im Staat selbst, im Regelfall, jedenfalls im Eingriffsbereich, in Gesetzesform zu treffen hat, ist der Inhalt jener „Wesentlichkeitstheorie“, die das *BVerfG* im genannten Jahr zu entwickeln begann. Diese aus den Grundrechten, dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip hergeleitete Doktrin sollte den Parlamentsvorbehalt<sup>224</sup> substantiieren,<sup>225</sup> gelangte allerdings kaum über die „wenig gehaltvolle Unterscheidung zwischen wesentlich und unwesentlich“ hinaus,<sup>226</sup> sagte also nicht hinreichend verlässlich, was wesentlich ist. In einer Serie von Entscheidungen hat das *BVerfG* eine gewisse Konturierung erreicht, die zugleich den Vorbehaltsbereich begrenzt, so daß weder von einem umfassenden Parlaments- noch Gesetzesvorbehalt gesprochen werden kann.<sup>227</sup>

#### IV. Konsolidierung und Entwicklung des demokratischen Bundesstaates

Stand in der Adenauer-Zeit die Stabilität des Regierungssystems angesichts der Weimarer Erfahrungen im Vordergrund und sollte der Wiederaufbau nicht durch politische Experimente gefährdet werden, so brachen sich seit Mitte der sechziger Jahre auf „Fortschritt“ zielende Demokratisierungsforderungen Bahn,<sup>228</sup> die in der ersten Regierungserklärung von *Willy Brandt* mit dem programmatischen Ausruf,

---

<sup>222</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung (1961), 2. Aufl., 1968, S. 171 ff.; für einen sog. Totalvorbehalt auch *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), 2. Aufl., 1991, S. 143; zur Diskussion vgl. *Vogel*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), S. 125 (147 ff.), u. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 211 ff.

<sup>223</sup> *BVerfGE* 33, 1 (10 f.); zu den Folgen: *Ronellenfitsch*, Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, 933 ff. m.w.N.; daß der Beamte Grundrechtsschutz genießt, hat das Gericht im „Radikalenbeschuß“ von 1975 ausgesprochen, allerdings unmißverständlich die beamtenrechtliche Treuepflicht aus Art. 33 Abs. 5 GG entnommen; *BVerfGE* 33, 334/360 ff.; literarische Zwischenbilanz bei *Roellecke*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, 457 ff. m.w.N.

<sup>224</sup> Zum Parlamentsvorbehalt als einem „durch das Delegationsverbot gesteigerten bzw. verschärften allgemeinen Gesetzesvorbehalt“ vgl. *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. II, 1980, S. 574.

<sup>225</sup> Treffend *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, S. 315 (337); ähnlich *Böckenförde*, Nachwort, in: ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 391 ff.

<sup>226</sup> *Kisker*, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313 (1319).

<sup>227</sup> Zusammenfassend *Badura*, Staatsrecht (Fn. 2), S. 322 ff. u. 544 f.

<sup>228</sup> *Bracher*, Politik und Zeitgeist, in: ders./Jäger/Link, Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5/1, 1986, S. 283 (312 ff.).

„wir wollen mehr Demokratie wagen“, einen vorläufigen Erfolg errangen.<sup>229</sup> Demokratie wurde zur „Globalkonzeption“ für Staat und Gesellschaft, teils sogar zur „Lebensform“ erhoben, mit entsprechender Ausformung u. a. als Universitäts- und Wirtschaftsdemokratie,<sup>230</sup> ein Vorgang, der zeitgenössisch als „Kulturrevolution“ gekennzeichnet<sup>231</sup> und mit den „großen Seuchen des Mittelalters“ verglichen wurde.<sup>232</sup> Kritiker entlarvten „Demokratisierung“ als „Blankett für sehr unterschiedliche Forderungen“, die zumeist nichts mit „demos“ zu tun hätten, hielten das Schlagwort jedoch für die politische Propaganda „offenbar so wertvoll wie das Wort ‚weiß‘ in der Werbung für Waschmittel.“<sup>233</sup> Beschworen wurde die Gefahr einer „Auflösung der einen, einzigen und gesamthaften Demokratie des Volkes in eine Pluralität von Beherrschung der allgemeinen Angelegenheiten durch zahllose besondere Gruppen“, an deren Ende die „Beseitigung jeglicher Herrschaft“ stehe.<sup>234</sup> Erstreckt auf die gesellschaftlichen Teilbereiche bewirke Demokratisierung eine „Gleichschaltung“,<sup>235</sup> verbunden mit einem massiven Autonomie- und Freiheitsverlust.<sup>236</sup> Gegenstimmen verwiesen auf die partielle Identität von „kollektiver Selbstbestimmung in einem abgegrenzten Wirkungsbereich“, wie bei Presse oder Wissenschaft, und „autonomer Grundrechtsverwirklichung in eben diesem Bereich“.<sup>237</sup> Überwiegend betonte man hingegen die funktionale Differenzierung, wie sie Kultur und Wirtschaft präge, welche auf der Ungleichheit von Fähigkeiten, Leistung, Kapital etc. gründeten und damit für den Gedanken „substanzieller“ demokratischer Gleichheit kaum Raum ließen.<sup>238</sup> Demokratisierungen in Hochschule und Wirtschaft gerieten denn auch auf den verfassungsgerichtlichen Prüfstand, den sie allerdings relativ unbeschadet wieder verließen.<sup>239</sup> Im Mitbestimmungsurteil, in dessen Verfahren ein „Kölner“ und ein „Frankfurter“ Gutachten vorgelegen hatten,<sup>240</sup> bekannte sich das *BVerfG* erneut zur wirtschaftspolitischen

<sup>229</sup> Brandt, Abgabe einer Erklärung der Bundesregierung v. 28. 10. 1969, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, Stenographische Berichte, Bd. 71, 1969/70, S. 20; „Mitbestimmung, Mitverantwortung in den verschiedenen Bereichen unserer Gesellschaft“ wird dort als „bewegende Kraft der kommenden Jahre“ deklariert.

<sup>230</sup> Ausführlich Stern, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 629 ff. m. w. N.

<sup>231</sup> Hennis, Demokratisierung. Zur Problematik eines Begriffs (1970), in: ders., Politikwissenschaft und politisches Denken, 2000, S. 194.

<sup>232</sup> Krüger, Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971, Der Staat Bd. 10 (1971), 1 (18).

<sup>233</sup> Quaritsch, Demokratisierung – Möglichkeiten und Grenzen, Ein Cappenberger Gespräch, 1976, S. 11 (34).

<sup>234</sup> Krüger, Der Staat Bd. 10 (1971), 1 (21).

<sup>235</sup> Ipsen, Über das Grundgesetz – nach 25 Jahren, DÖV 1974, 289 (297).

<sup>236</sup> Leibholz, Aussprache, VVDStRL 29 (1971), S. 105.

<sup>237</sup> Denninger, Demokratisierung – Möglichkeiten und Grenzen, Ein Cappenberger Gespräch, 1976, S. 45 (58); mit dem „Grundsatz gesellschaftspolitischer Neutralität des Grundgesetzes“ argumentiert Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (75).

<sup>238</sup> Stern, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 632.

<sup>239</sup> Im sog. Hochschulurteil *BVerfGE* 35, 79 ff., waren die Verfassungsbeschwerden der Professoren und Dozenten erfolgreich, nicht hingegen in *BVerfGE* 47, 327 ff. u. 51, 369 ff.; erfolglos blieben auch die Verfassungsbeschwerden gegen das Mitbestimmungsgesetz von 1976; vgl. *BVerfGE* 50, 290 ff.

<sup>240</sup> Die kontroversen, von jeweils drei Hochschullehrern gefertigten Gutachten werden aufgegriffen in *BVerfGE* 50, 290 (303 u. 310).

Neutralität und damit relativen „Offenheit“ des Grundgesetzes<sup>241</sup> und ließ die grundrechtlichen Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit insgesamt eher schwach aufscheinen.<sup>242</sup>

Als es genug war „mit den demokratischen Aufgeregtheiten und den reformerischen Zumutungen“,<sup>243</sup> waren Aufbruch und Protest schon über die Bürgerbewegungen im wesentlichen in einer eigenen politischen Partei kondensiert. Die Staatsrechtswissenschaft hatte sich derweil, abgelesen an den Tagungen ihrer Vereinigung, mit Möglichkeiten und Grenzen der Partizipation beschäftigt,<sup>244</sup> die Bürgerinitiativen thematisiert,<sup>245</sup> sich „zu den eingebildeten und zu den realen Gefährdungen des heutigen deutschen Parlamentarismus“ positioniert<sup>246</sup> und mit dem Thema „Parteienstaat“ die Frage „Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats“ behandelt.<sup>247</sup> Zu der verfassungstheoretisch an Bedeutung hervorstechenden Frage der Bestimmung des Staatsvolkes der Bundesrepublik Deutschland, gemäß Art. 20 Abs. 2 GG Träger und Subjekt (Satz 1) sowie Organ (Satz 2) der Staatsgewalt, hat sich nach intensiver literarischer Diskussion<sup>248</sup> das *BVerfG* erst relativ spät in restriktiven Urteilen zum Ausländerwahlrecht geäußert,<sup>249</sup> die die Mitwirkung des Verfassungsrichters und Staatsrechtslehrers *Ernst-Wolfgang Böckenförde* erkennen lassen.<sup>250</sup> In

<sup>241</sup> *BVerfGE* 50, 290 (338); zu den Grenzen *Badura*, Staatsrecht (Fn. 2), S. 230.

<sup>242</sup> *BVerfGE* 50, 290 (339 ff.); *Papier*, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, ZGR 1979, 444 (469 f.), sprach davon, die „abstrakten Aussagen des Gerichts zum Schutzzweck und -umfang der wirtschaftlich relevanten Grundrechte könnten in künftigen rechts- und gesellschaftspolitischen Mitbestimmungsdiskussionen zur Annahme führen, dem qualitativen Ausbau der Unternehmensmitbestimmung zur ‚vollen Parität‘ stünden verfassungsrechtliche Grenzen nicht entgegen“; das leichte „Übergewicht der Anteilseigner in der Unternehmensordnung“ bestätigten *Farthmann/Coen*, Tarifaufonomie, Unternehmensverfassung und Mitbestimmung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, S. 851 (950).

<sup>243</sup> *Simon*, Zäsuren (Fn. 13), S. 163.

<sup>244</sup> Erörterung der Partizipationsmodelle bei *Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (209 ff.); zur Kontroverse um eine Ergänzung der repräsentativen Demokratie durch plebiszitäre Elemente *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, S. 313 ff. m.w.N.

<sup>245</sup> *Schmidt/Bartlsperger*, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33 (1975), S. 183 ff. u. 221 ff.

<sup>246</sup> Überschrift aus *Oppermann*, Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes, VVDStRL 33 (1975), S. 7 (24).

<sup>247</sup> „Krisendiagnose“ bei *Stolleis*, Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats? VVDStRL 44 (1986), S. 7 (13 ff.).

<sup>248</sup> Gegen die Ausweitung des Wahlrechts auf Ausländer insbesondere *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S. 49 (91 ff.), m.w.N. auch zur Gegenauffassung; neuere Kritik der „volksdemokratischen“ Demokratietheorie bei *Bryde*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59 ff.

<sup>249</sup> *BVerfGE* 83, 37 ff. u. 60 ff.; zur Frage der Doppelung des Volksbegriffs in Art. 20 Abs. 2 S. 1 u. 2 differenziert *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 205 ff.; vgl. weiter *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, II (1980), Rn. 2 f.

<sup>250</sup> Drei Jahre vor den Urteilen hatte *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289 (311), den demokratischen Begriff des Volkes „im Ausgangspunkt“ an Hand des rechtlichen Bandes der Staatsangehörigkeit bestimmt. Kritik der „etatistischen Demokratietheorie“ bei *Schulze-Fielitz*, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, Die Verwaltung Bd. 32 (1999), 241

wechselseitiger Beeinflussung haben Literatur und Gericht eine Vielzahl von Problemen im Kontext des Demokratieprinzips traktiert, wobei der konstitutionelle Teufel auch hier im Detail steckt, bedenkt man nur die Parteienfinanzierung, die Ordnung der Massenmedien, das Wahl- und Parlamentsrecht.<sup>251</sup>

So unfraglich die nicht zuletzt aus Gründen der deutschen verfassungsgeschichtlichen Tradition vom Verfassungsgeber getroffene Grundentscheidung für den Bundesstaat<sup>252</sup> war, so unbestimmt nahm sich der konkrete verfassungsjuristische Gehalt des bundesstaatlichen Prinzips aus, von keiner verbindlichen Bundesstaatstheorie in der Auslegung geleitet<sup>253</sup> und abhängig von weiteren verfassungsgesetzlichen Ausformungen, die ihrerseits dem geschichtlichen Wandel unterliegen.<sup>254</sup> Dem ursprünglich streckenweise artifiziellen Charakter der Bundesländer entsprach der verbindliche Neugliederungsauftrag des Art. 29 GG, der das BVerfG von einem „labilen Bundesstaat“ reden ließ,<sup>255</sup> den jedoch die Abschwächung in eine verfahrensrechtlich erschwerte „Neugliederungsmöglichkeit“ 1976 nachhaltig stabilisierte, ein weiterer Beleg für das „herrschaftspolitische Beharrungsvermögen“ der Länder.<sup>256</sup> Gleichwohl befinden sich die Länder in einer „Defensivposition“<sup>257</sup>, einmal wegen der „Kompetenz-Kompetenz“ des Bundes im Wege einer Verfassungsänderung, die allerdings zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates erfordert, wie vor allem angesichts jahrzehntelang wirkender starker Unitarisierungstendenzen,<sup>258</sup> die eine erheb-

(256 ff.); zur Rolle namentlich Böckenfördes und auch weiterer einflußreicher Professorenrichter in Karlsruhe vgl. *Oppermann*, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, 2001, S. 421 ff.

<sup>251</sup> Umfassende Darstellung bei Badura, Staatsrecht (Fn. 2), S. 271 ff. u. 438 ff., u. *Maurer*, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2003, S. 183 ff., 335 ff. u. 387 ff., jeweils m. w. N.; zur Entwicklung des Staatsorganisationsrechts eine Übersicht bei *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Aufl., 2005, S. 452 ff.

<sup>252</sup> Hierzu *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 666 f., wonach insoweit auch kein besatzungsrechtlicher Oktroi vorgelegen habe; zur Entwicklung im einzelnen vgl. *ders.* (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1236 ff.

<sup>253</sup> *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, in: *ders.*, Ausgewählte Schriften, 1984, S. 116 f.: „Verweis auf ein Vakuum“; *Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, 641, konzediert das Fehlen einer modernen Bundesstaatslehre, betont zugleich aber den Stellenwert, der einer Theorie des Bundesstaates eignete. Laut *Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 719, ist der deutsche Bundesstaat „einzigartig“ und folgt „keiner universalen Doktrin des Föderalismus“. Klassisch ist die Auseinandersetzung um die Konstruktion des Bundesstaates als herrschend zwei- bzw. minoritär dreigliedriges Gebilde (Gliederstaaten, Gesamtstaat u. zusätzlich Zentral- bzw. Oberstaat); vgl. *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 650 f. m. w. N.; partiell versöhnend *Maunz / Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., 1988, S. 107.

<sup>254</sup> *Rudolf*, Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Starck* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 233 (234); *Ossenbühl*, Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz, DVBl. 1989, 1230.

<sup>255</sup> BVerfGE 1, 14 (48).

<sup>256</sup> *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1511; zur Verfassungsentwicklung, zu Neugliederungsversuchen und der gelungenen Bildung von Baden-Württemberg gem. Art. 118 GG im Jahre 1951 vgl. *Scholz*, in: *Maunz / Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Art. 29 (1996), Rn. 5 ff.

<sup>257</sup> *Isensee*, Der Bundesstaat (Fn. 253), S. 738.

<sup>258</sup> Früh beschrieben bei *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat (Fn. 253), S. 128 ff., mit der Folgerung, das „Wesen heutiger bundesstaatlicher Ordnung“ liege „nicht mehr im Bereich föderalistischer Gedanken“ (a. a. O., S. 144).

liche Erosion der sog. Staatlichkeit<sup>259</sup> der Länder zur Folge hatten. Hierher rechnen eine stete Ausdehnung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, sowohl im Bereich der konkurrierenden als auch der Rahmengesetzgebung, wobei das *BVerfG* bis zur Grundgesetzänderung 1994 deren Inanspruchnahme durch ein Verständnis der Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG a.F. im Sinne einer Einschätzungsprärogative des Bundes erheblich erleichterte.<sup>260</sup> Zu nennen ist des weiteren der kontinuierliche Ausbau finanzverfassungsrechtlicher Einflußmöglichkeiten durch Auflockerung des ursprünglichen Trennungsprinzips zugunsten einer Mischfinanzierung, wie sie etwa die durch verfassungsänderndes Gesetz im Jahre 1969 eingeführten Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a, 91 b GG) kennzeichnet.<sup>261</sup> Eine besondere Form von Unitarisierung brachte die Selbstkoordination der im Alleingang überforderten Einzelstaaten, durch die quasi eine dritte „staatliche“ Ebene zur Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit der Länder etabliert wurde, sichtbar in Einrichtungen wie der Kultusministerkonferenz, dem ZDF und der ZVS, für die das Schlagwort vom „kooperativen Föderalismus“ geprägt wurde.<sup>262</sup> Dieser Begriff umfaßt auch die institutionelle Zusammenarbeit von Bund und Ländern, die teilweise als „vierte Ebene“ bezeichnet wird.<sup>263</sup> Aus der bundesstaatlichen „Schichttorte“ des Parlamentarischen Rates wurde auf diese Weise im Laufe der Zeit ein föderaler „Marmorkuchen“, in dem gemeinsame Aufgabenverantwortung an die Stelle von Aufgabenteilung trat.<sup>264</sup> Von Anfang an bestand allerdings mit dem Bundesrat ein zentrales Organ des „Beteiligungsföderalismus“,<sup>265</sup> das durch eine für den Verfassungsgeber nicht voraussehbare Ausdehnung des Anteils der Zustimmungsgesetze<sup>266</sup> die Gefahr von Reibungsverlusten realisierte und

<sup>259</sup> Zur „Staatsqualität der Länder“ *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 667 m. w. N.; *BVerfGE* 36, 342 (360) nennt sie das „Eigentümliche des Bundesstaates“; zu ihrer besonderen Qualität *Vitzthum*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), S. 7 (24 ff.); zu ihrem rein verfassungstheoretisch klassifikatorischen Gehalt zuletzt *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 350 ff.

<sup>260</sup> Die für die konkurrierende und Rahmengesetzgebung relevante Frage des Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG a.F., ob ein „Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil ... die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert, erklärte das Gericht zu einer Frage „pflichtgemäßen Ermessens des Bundesgesetzgeber, die ihrer Natur nach nicht justitiabel“ ist; st. Rspr. seit *BVerfGE* 2, 213 (224); kritisch *Maunz*, in: ders./Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 72 (1984) Rn. 18.

<sup>261</sup> Zu den Entwicklungslinien *Hofmann*, Entwicklung (Fn. 171), S. 405 ff.

<sup>262</sup> Verfassungs- und Dogmengeschichte bei *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 157 ff. u. 259 ff.; zur Rezeption des Begriffs des „kooperativen Föderalismus“ vgl. *Scheuner*, Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik, DÖV 1966, 513 (518 ff.); *Hempel*, Der demokratische Bundesstaat, 1968, S. 214 ff.; *Kisker*, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 46 ff.

<sup>263</sup> Vgl. *Ossenbühl*, DVBl. 1989, 1230 (1234), u. *Kröger*, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 140 m. w. N.

<sup>264</sup> *Ossenbühl*, DVBl. 1989, 1230 (1234 f.).

<sup>265</sup> *Böckenförde*, Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie (1980), in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 183 (188).

<sup>266</sup> Zu Ausmaß und Gründen, insbesondere im Rahmen von Art. 84 Abs. 1 GG, vgl. *Sachs*, Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), S. 39 (60 ff.); mit der Föderalismusreform des Jahres 2006 wurde jetzt die Umkehr eingeleitet.



potenzierte und die Entwicklung zum „Allparteienbundesstaat“<sup>267</sup> auslöste. Die „Politikverflechtungsfälle“<sup>268</sup> erscheint als Preis der im Verbundföderalismus erstrebten vertikalen Gewaltenteilung. Als „Exekutivföderalismus“<sup>269</sup> hat der kooperative Beteiligungsföderalismus zudem zu einer Depossedierung der Landesparlamente geführt,<sup>270</sup> verstärkt überdies im Zuge der fortschreitenden europäischen Integration, da die erosionsgefährdeten Handlungsspielräume der Länder im Rahmen des Partizipationsmodells des neugefaßten Art. 23 GG justament durch den gouvernemental besetzten Bundesrat treuhänderisch geschützt werden.<sup>271</sup>

## V. Lehrbücher und Kommentare

Den massiven Ausbau des Öffentlichen Rechts in der Bundesrepublik begleitete und beförderte ein stetig anwachsendes und sich immer weiter ausdifferenzierendes Schrifttum. Die über die Jahrzehnte erschienenen Lehrbücher, Kommentare, Monographien, Festschriften sowie Abhandlungen und Aufsätze in einer der zahlreichen Fachzeitschriften spiegelten dabei nicht nur kontroverse Diskussionen im Staats- und Verfassungsrecht, sondern ebenso die Entwicklung und Bearbeitung einer sich kontinuierlich ausbreitenden und vermehrenden Stoffmasse. Gerade die auf Konsolidierung und Bewahrung bedachten achtziger Jahre präsentierten sich literarisch in gesättigter Weise und beträchtlicher Fülle. Dem weit ausgebauten und hoch entwickelten Rechtsschutzsystem entsprach denn so etwa auch eine Kommentierung des formellen Hauptgrundrechts des Art. 19 Abs. 4 GG im Format eines Kurzlehrbuchs.<sup>272</sup> Überblick zu behalten, blieb schwer. In der Tat war es ein „Ereignis“<sup>273</sup>, das die „Landschaft des deutschen Staatsrechts“ veränderte,<sup>274</sup> und gewiß auch ein „Wagnis“,<sup>275</sup> als im Jahre 1977 der erste Band eines auf fünf Bände angelegten Handbuchs mit dem Titel „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ aus der Feder des Kölner Staatsrechtslehrers *Klaus Stern* erschien. Eine „umfassende systematische Darstellung“ und ein nahezu jedes Informationsinteresse befriedigendes „Nachschlagewerk“ fehlte un-

<sup>267</sup> Böckenförde, Sozialer Bundesstaat (Fn. 265), S. 207.

<sup>268</sup> Scharpf, Theorie der Politikverflechtung, in: Scharpf/Reissert/Schnabel, Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, 1976, S. 13 ff.; vgl. weiter Oeter, Integration (Fn. 262), S. 318 ff.

<sup>269</sup> Ossenbühl, DVBl. 1989, 1230 (1235).

<sup>270</sup> Böckenförde, Sozialer Bundesstaat (Fn. 266), S. 192, verbunden mit einem „Defizit an demokratischer Struktur“ betrachtet vom „Staatsaufbau des Bundes her“ (a. a. O., S. 200).

<sup>271</sup> Vgl. Schweitzer, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz? VVDStRL 53 (1994), S. 48 (60), u. Stein, a. a. O., S. 26 (36 ff.); umfassende Bestandsaufnahme vor der Verfassungsänderung im Dezember 1992 bei Schröder, Bundesstaatliche Erosionen im Prozeß der europäischen Integration, JöR Bd. 35 N.R. (1986), S. 83 ff., mit der wegweisenden „Frage, ob innerstaatlich nicht mehr als bisher getan werden könnte, um die Erosionen der Bundesstaatlichkeit in Grenzen zu halten“ (a. a. O., S. 102).

<sup>272</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. IV (1985), Rn. 1–295, mit 160 Seiten, angewachsen mit der 42. Lfg. (2003) auf über 200 Seiten.

<sup>273</sup> Ipsen, Das große „Staatsrecht“ von Klaus Stern, AöR Bd. 103 (1978), 413.

<sup>274</sup> Benda, Ein „Staatsrecht“ für die Bundesrepublik Deutschland, NJW 1978, 686.

<sup>275</sup> Stern, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., 1984, S. VI: Vorwort zur 1. Auflage (1977).

verkennbar,<sup>276</sup> aber ein solches schriftstellerisches Großprojekt im Alleingang anzugehen, mußte um so mehr erstaunen, als schon *Gerhard Anschütz* und *Richard Thoma* ihr zweibändiges „Handbuch des Deutschen Staatsrechts“ nur als Gemeinschaftswerk „einer großen Zahl von Mitarbeitern“ für realisierbar hielten.<sup>277</sup> Und das dem „Stern“ am ehesten vergleichbare, von 1987 bis 2000 in zehn Bänden erschienene „Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland“, nach einem Nachdruck mittlerweile in dritter Auflage herausgegeben von *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof*, bietet immerhin eine dreistellige Autorenzahl auf. Das zweibändige von *Ernst Benda*, *Werner Maihofer* und *Hans-Jochen Vogel* edierte „Handbuch des Verfassungsrechts“ trat in zwei Auflagen 1983 und 1994 mit über dreißig Autoren an.<sup>278</sup> Auch wenn die beiden Halbbände des dritten Bandes, „Allgemeine Lehren der Grundrechte“ auf zusammen über dreieinhalbtausend Seiten unter Mitwirkung des Schülers *Michael Sachs* erfolgten, kann *Sterns* Staatsrecht eigentlich nur noch mit dem vierbändigen „Staatsrecht des deutschen Reiches“ von *Paul Laband* verglichen werden, dessen gut zweitausendseitigen Umfang *Stern* allerdings schon mit den ersten beiden Bänden um knapp ein Drittel überbot.<sup>279</sup>

Weil der Staat „seit seiner Verfassungsfähigkeit die Existenzbedingung dauerhafter Gemeinschaftlichkeit“ biete und Verfassungsrecht ein Teilgebiet des Staatsrechts sei, betreibt *Stern* dezidiert „Staatsrechtswissenschaft“.<sup>280</sup> Den Ausgangspunkt bilden gleichwohl „primär“ die den „jeweiligen Staat gestaltenden Rechtsnormen“, mithin in zentraler Weise die Verfassung im Sinne *Werner Kägis* als die „rechtliche Grundordnung des Staates“.<sup>281</sup> Aus diesem Grund befand *Ulrich Scheuner*, das „mehr pragmatisch als von einem theoretischen Ansatz her“ entwickelte Werk stelle „die Verfassung, nicht den Staat in den Mittelpunkt“ und sei als eine „Darbietung des Verfassungsrechts zu kennzeichnen, die allgemeine Fragen der Staatslehre nur in diesem Zusammenhang aufgreift.“<sup>282</sup> Wenn auch in etatistisch orien-

<sup>276</sup> *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. 1, 2. Aufl., 1984, S. VI.

<sup>277</sup> *Anschütz/Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1 (1930), Nachdruck 1998, S. V (Vorwort); zu dessen Entstehungsgeschichte *Pauly*, Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokratie, ebd., S. 3\* ff.

<sup>278</sup> Zu diesen Werken vergleichend *Preuß*, Staats- und verfassungsrechtliche Handbücher, Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft Bd. 3 (1989), S. 453 ff.; zentrale Besprechung des „Isensee/Kirchhof“ bei *Listl*, Ein Monument deutscher Staatsrechtslehre, DÖV 1988, 782 ff.; *Schachtschneider*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Wende, JöR Bd. 42 N. F. (1994), S. 23 ff.; *Sendler*, Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – das Standardwerk des deutschen Staatsrechts, DVBl. 1999, 1179 ff.; mehrschichtiger konzeptioneller Angriff bei *Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung Bd. 32 (1999), 241 ff.; zum „Handbuch des Verfassungsrechts“ vgl. *Lübbe-Wölff*, Auf der Suche nach dem Grundkonsens, Der Staat Bd. 23 (1984), 577 ff.

<sup>279</sup> Vergleichsweises Lob für die „konzentrierten und substantiellen Schriften früherer Staatsrechtslehrer, deren berühmte Bücher man nicht nur bequem in einer Hand halten konnte, sondern auch im wesentlichen in seinen Kopf aufzunehmen vermochte,“ bei *Schneider*, Buchbesprechungen. Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III, 1. Halbband, DVBl. 1991, 722 (723).

<sup>280</sup> *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. IX, 10 f. u. 26 ff.

<sup>281</sup> *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 46 u. 70 f.; im juristisch und justitiell weit ausgebauten Verfassungsstaat des Grundgesetzes habe „Anschütz‘ lapidarer Befund ‚das Staatsrecht hört hier auf‘“ keine Existenzberechtigung mehr (a. a. O., S. IX).

<sup>282</sup> *Scheuner*, Schrifttum. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I., DÖV 1978, 339.



tierten Postulaten „idealisierende Züge“ hervorträten, bescheinigte *Hans Peter Ipsen* der Darstellung, sie bleibe „insgesamt doch hinreichend realistisch und nüchtern-abwägend in der Verfassungsexegese.“<sup>283</sup> Seine schärfste Kritik erfuhr der erste, den Grundlagen geltende Band seitens *Wilhelm Henke*, demzufolge die „nichtjuristischen Ausführungen“ überwogen; das Buch sei symptomatisch für die „hoffnungslose Überladenheit“ des gegenwärtigen „überall verfließende[n]“ Staatsrechts, das erst wieder Gestalt annehmen könne, wenn es „im strengen Sinne als Rechtsfach konstituiert und juristisch betrieben“ werde.<sup>284</sup> In Besprechung des 1980 erschienenen zweiten, staatsorganisationsrechtlichen Bandes des Sternschen Staatsrecht entnahm *Ipsen* solchen „Ambitionen“ die Erwartung, „zu gegebener Zeit mit einem einbändigen Henke’schen Staatsrecht (einem ‚kleinen‘ Henke?) rechnen“ zu dürfen.<sup>285</sup> In seiner Rezension wiederum qualifizierte *Henke*<sup>286</sup> den „Gesamtcharakter des Werkes“ in Richtung eines Handbuchs „sui generis“ und verglich die zeitgenössische staatsrechtliche Sprache, „auch die Sterns“, eher mit der *Otto v. Gierkes* als denn der eines *Paul Laband*, der *Gierke* entgegenhielt, seine Schilderungen seien „unzweifelhaft ebenso richtig als juristisch nichtssagend“.<sup>287</sup> Als *Stern* im Jahre 1984 eine zweite Auflage seines ersten Bandes vorlegte, konstatierte *Henke*, das Buch sei „gründlich durchgearbeitet worden“,<sup>288</sup> während *Ipsen* äußerte, die Neuauflage hätte indes auch als „Nachdruck“ ihren Dienst getan.<sup>289</sup> *Henkes* Besprechung der 1988 herausgekommenen ersten Hälfte des dritten, den allgemeinen Grundrechtslehren gewidmeten Bandes verband mit der Anerkennung des Geleisteten die Hoffnung, „möge seine zweite Hälfte bald in gleicher Qualität erscheinen“,<sup>290</sup> was unter nachdrücklicher Anerkennung der Rezensenten denn auch 1994 geschah.<sup>291</sup> Mit dem fünften Band erschien im Jahre 2000 die „bei weitem umfangreichste deutsche Verfassungsgeschichte ..., die vom Frankenreich

<sup>283</sup> *Ipsen*, AöR Bd. 103 (1978), 413 (419).

<sup>284</sup> *Henke*, Buchbesprechungen. Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Der Staat Bd. 18 (1979), 441 (444).

<sup>285</sup> *Ipsen*, Besprechungen. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II, AöR Bd. 106 (1981), 284 (285).

<sup>286</sup> *Henke*, Buchbesprechungen. Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, Der Staat Bd. 21 (1982), 277 (279f.).

<sup>287</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911, S. 229, noch Anm. 2; zu Labands Methodenprogramm und der Kontroverse mit *Gierke* vgl. *Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 186ff., u. 228ff.; zu Sterns an Richard Thoma angelehntem Theorie- und Methodenverständnis vgl. *Starck*, Literatur. Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, JZ 1982, 220 (221f.).

<sup>288</sup> *Henke*, Buchbesprechungen, Der Staat Bd. 25 (1986), 129.

<sup>289</sup> *Ipsen*, Anzeigen, AöR Bd. 110 (1985), 144 (146).

<sup>290</sup> *Henke*, Buchbesprechungen. Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, Der Staat Bd. 29 (1990), 291 (293); die Aufarbeitung der Grundrechtslehren vermag kaum überschätzt zu werden, da die bestehende Literaturlage zu Recht mit einem eher ungeordneten „Tummelplatz“ verglichen wurde; vgl. *Starck*, Literatur. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1. Halbband, JZ 1990, 428.

<sup>291</sup> Vgl. nur *Benda*, Buchbesprechungen. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bände III/1, 2, DÖV 1996, 261ff.: „Platz in der ersten Reihe“ (a.a.O., S. 263); daß der „Diskurs“ gleichwohl nicht abgeschlossen sei, betont *Starck*, Literatur. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Halbband, JZ 1995, 292 (293).

bis zur Wiedervereinigung reicht“,<sup>292</sup> wobei dem Anliegen, den „Staat der Deutschen ... bis zu seinen ältesten Grundlagen“ zurückzuverfolgen, Zweifel begegneten.<sup>293</sup> Obgleich das Werk noch unabgeschlossen ist, trifft die Einschätzung zu, daß es sich hierbei um „eine der größten Leistungen der Staatsrechtslehre“ handelt.<sup>294</sup>

Lehrbücher vermögen wie Festschriften, Tagungen und Rezensionen ein Spiegelbild der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin, so auch der deutschen Staatsrechtswissenschaft, zu liefern.<sup>295</sup> In den Anfangsjahren der Bundesrepublik stand das juristische Kurzlehrbuch „Deutsches Staatsrecht“ von *Theodor Maunz*, erstmals erschienen 1951, synonym für das Fach, bis seine „Monopolstellung“<sup>296</sup> im Jahre 1967 von *Konrad Hesse* mit dem Werk „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“, das sich schon im Titel programmatisch absetzte, „gebrochen“ wurde.<sup>297</sup> Auch nach kräftigem Aufblühen der Lehrbuchlandschaft und Aufnahme des Co-Autors *Reinhold Zippelius* in der 24. Auflage 1982 behauptete sich das Werk in vergleichenden Rezensionen als der „Klassiker“ im Bereich der Kurzlehrbücher.<sup>298</sup> Ohne Übertreibung ließ sich sagen, „daß Hunderttausende von Studenten daraus das Deutsche Staatsrecht gelernt haben.“<sup>299</sup> Das „traditionsreiche Lehrbuch“ wurde für seinen kaum noch überbietbaren „Grad an Reife und Geschlossenheit“ gelobt,<sup>300</sup> und „seine Solidität der Information, seine innere Ausgewogenheit“ als Erfolgsrezept herausgestellt,<sup>301</sup> weshalb das Zwielficht, in das *Maunz* wegen enthüllter anonymer Zeitschriftenartikel geriet, erhebliche Irritationen auslöste.<sup>302</sup> Nachdem *Zippelius* schon hinsichtlich der 27. Auflage von 1988 zum „dominierenden Autor“ erklärt worden war,<sup>303</sup> sichtbar nicht zuletzt an einer

<sup>292</sup> *Starck*, Literatur. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, JZ 2001, 1180.

<sup>293</sup> *Frotscher*, Buchbesprechungen. Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, Die Verwaltung Bd. 35 (2002), 281.

<sup>294</sup> *Benda*, Buchbesprechungen. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V. Von Klaus Stern, NJW 2000, 2880 (2881). Mit Erscheinen des einzelnen Grundrechts gewidmeten Bandes IV/1 im Jahre 2006 strebt das Werk seiner Vollendung zu.

<sup>295</sup> *Ipsen*, Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Lehrbücher, AöR Bd. 106 (1981), 161 ff.; entsprechende Spiegelung anhand der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer bei *dem.*, Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz, 1993, S. 1 ff.; zur Spiegelfunktion von Festschriften und Rezensionen vgl. *Häberle*, Festschriften im Kraftfeld ihrer Adressaten, AöR Bd. 105 (1980), 652, u. *ders.*, Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft, 1982, S. 34 ff.

<sup>296</sup> *Wertenbruch*, Buchbesprechungen, NJW 1964, 96; Erklärung des Erfolgs aus Maunz' Praxisnähe bei *Lerche*, Theodor Maunz, in: Juristen im Porträt. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, 1988, S. 553 ff.

<sup>297</sup> So *Mallmann*, Literatur, JZ 1976, 219, in vergleichender Besprechung der Lehrbücher von T. Maunz, K. Hesse, E. Stein und E. Denninger. Zur Würdigung des Lehrbuches von Hesse, einschließlich der Erfolgsformel von der „praktischen Konkordanz“, vgl. auch *Häberle*, Laudatio auf Konrad Hesse (1989), in: *ders.*, Schriften (Fn. 61), S. 74 (76 f.).

<sup>298</sup> *Lecheler*, Buchbesprechungen, NJW 1994, 2601.

<sup>299</sup> *Thieme*, Buchbesprechungen, DÖV 1999, 794.

<sup>300</sup> *Gusy*, Buchbesprechungen, NJW 1999, 1009 (1010).

<sup>301</sup> *Stolleis*, Anzeigen, AöR Bd. 110 (1985), 146 (147).

<sup>302</sup> Vgl. *Stolleis*, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, Kritische Justiz Bd. 26 (1993), 391 (393 ff.); dazu auch *Roellecke*, Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers, Kritische Justiz Bd. 27 (1994), 344 ff.

<sup>303</sup> *Stolleis*, Anzeigen, AöR Bd. 114 (1989), 334. Mit der 31. Auflage ist 2005 aus dem Maunz/Zippelius ein Zippelius/Würtenberger geworden.

einschneidenden Neugliederung, rückte das Werk nach dem Tod von *Theodor Maunz* im Jahre 1993 mit der 29. Auflage im Folgejahr ganz in seine Verantwortlichkeit. Seine Charakterisierung als „Freund der Staatstheorie“<sup>304</sup> akzentuierte eine stärkere theoretische Fundierung des Lehrbuchs, verglichen mit der eher positivistisch konzentrierten Arbeitsweise von *Maunz*. Jedenfalls was den Theoretisierungsgrad anbelangt, besteht eine Konvergenz zu *Hesses* stark verfassungstheoretisch unterlegtem Werk.<sup>305</sup> Seit 1986 ergänzt das Verlagsprogramm des Hauses C.H. Beck das erheblich umfangreichere „Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes“, verfaßt von dem Münchener Staatsrechtslehrer *Peter Badura*, inzwischen schon in dritter Auflage von 2003. Es handelt sich um eine geglückte Verbindung der Literaturgattungen Kommentar und Lehrbuch,<sup>306</sup> wobei auf eine ebenso historische, systematische wie staats- und verfassungstheoretische Einleitung eine nicht artikel-, sondern abschnittsweise Erläuterung des grundgesetzlichen Normenbestandes erfolgt. Besondere Würdigung fand die durchgängige Einbeziehung des europäischen Rechts.<sup>307</sup> Den Kompetenzausbau des Verlages C.H. Beck im Staats- und Verfassungsrecht arrondierte im 50. Jubiläumsjahr des Grundgesetzes das nun seit 2005 in vierter Auflage stehende „Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen“ von *Hartmut Maurer*, inzwischen als „Staatsrecht I“ verbunden mit einem den Grundrechten gewidmeten „Staatsrecht II“ aus der Feder von *Gerrit Manssen*. Damit dürfte sich auch das gegenüber der Erstauflage von *Maurer* geäußerte „Bedauern über die Behandlung des Grundrechtsteils“<sup>308</sup> – gegeben wird lediglich ein allgemeiner Überblick unter Verzicht auf eine Darstellung der Einzelgrundrechte – zumindest relativiert haben. Dem für seine „Meisterstücke knapper und doch erschöpfender Darstellung“<sup>309</sup> gerühmten Werk gilt die Prophezeiung, „bald die ‚Nummer eins‘ im Bereich der Studienliteratur“ zu sein.<sup>310</sup>

<sup>304</sup> *Thieme* DÖV 1999, 794 (795); die Grundlagenorientierung von *Zippelius* belegen u. a. seine „Geschichte der Staatsideen“, 10. Aufl., 2003, und „Kleine deutsche Verfassungsgeschichte“, 6. Aufl., 2002. In mittlerweile 14. Auflage von 2003 liegt seine „Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft“ vor; Voraufagen besprechen *Fleiner*, *Besprechungen*, AöR Bd. 105 (1980), 468 ff., u. *Henke*, *Buchbesprechungen*, *Der Staat* Bd. 11 (1972), 561 ff.; zu dem ebenfalls im Verlag C.H. Beck 1992 erschienenen Werk „Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung“ von *Görg Haverkate* vgl. *Gramm*, *Rezensionen*, ARSP Bd. 80 (1994), 457 ff., u. *Pauly*, *Verfassung als Synallagma*, *Der Staat* Bd. 33 (1994), 277 ff.

<sup>305</sup> Daß Hesse das geltende Verfassungsrecht „auf der Folie einer Verfassungstheorie“ entwickelte, hob *Scheuner*, *Schrifttum*, DÖV 1967, 283, hervor. Zu Hesses Auseinandersetzung mit der modernen Staatstheorie und seinem an Smend orientierten Verständnis des Staates „im Sinne der Bewirkung politischer Einheitsbildung“ *Scheuner*, *Schrifttum*, DÖV 1973, 429 (430).

<sup>306</sup> Von einer „Zwitterstellung“ spricht *Schneider*, *Anzeigen*, AöR Bd. 124 (1999), 156, von einer „geglückten Synthese“ *Roelcke*, *Buchbesprechungen*, DÖV 1998, 213; das hierin gelegene „Neuartige“ betonte schon *Ossenbühl*, *Buchbesprechungen*, *Der Staat* Bd. 26 (1987), 449.

<sup>307</sup> Hervorgehoben bei *Ipsen*, *Buchbesprechungen*, NJW 1986, 2099, u. v. *Münch*, *Buchbesprechungen*, NJW 2000, 1171.

<sup>308</sup> *Schoch*, *Buchbesprechungen*, DÖV 2000, 1061.

<sup>309</sup> *Redeker*, *Buchbesprechungen*, NJW 2000, 1011.

<sup>310</sup> *Schoch*, DÖV 2000, 1061.

Mit vier renommierten Kommentaren zum Grundgesetz setzt das Verlagshaus C. H. Beck einen weiteren Schwerpunkt im Staats- und Verfassungsrecht. Seit seiner Entstehung Ende der fünfziger Jahre zählt der „Maunz/Dürig“ zu den „Institutionen des deutschen Verfassungsrechts“,<sup>311</sup> in bewährter Loseblattform<sup>312</sup> nach wie vor unangefochten der „führende“ große Kommentar zum Grundgesetz.<sup>313</sup> Konzipiert zunächst als Werk aus einer Hand, willigte *Theodor Maunz* nach vier Jahren des Wartens 1956 ein, ihm mit *Günter Dürig* einen Koautor an die Seite zu stellen.<sup>314</sup> Die erste Lieferung erschien 1958 und kommentierte auf 226 Seiten die Art. 1, 2, 19 Abs. 4 und 104 GG. Es dauerte über zwanzig Jahre, bis eine lückenlose Kommentierung vorlag, die allerdings in Teilen schon wieder nach Überarbeitung verlangte. Ein früher Beobachter bemerkte, die Grundrechte hätten in *Dürig* und die Staatsorganisationsnormen in *Maunz* einen „kongenialen Bearbeiter“ gefunden, verbunden mit der Anspielung, *Dürig* habe aus der „Not des Kommentars die Tugend der Monographie“ gemacht.<sup>315</sup> Ein Rezensent charakterisierte *Maunz* durch „Genauigkeit und Aufgeschlossenheit“ bei „konservativ-föderalistischer Grundhaltung“, während er *Dürig* vorhielt, „extreme Positionen aus dem Liberalismus des 19. Jahrhunderts für noch heute sehr fortschrittlich“ zu halten und „sich deswegen von einer gewissen Staatsfremdheit nicht immer freimachen“ zu können.<sup>316</sup> Als eine der „spektakulärsten verfassungsrechtlichen Publikationen dieser Jahre“ findet sich andernorts die von *Dürig* 1974 vorgelegte Kommentierung des Art. 3 GG gewürdigt,<sup>317</sup> ein „Monument“ von über 350 Druckseiten, das vom „herkömmlichen Kommentar weg in die Richtung einer Streitschrift“ tendiere.<sup>318</sup> Insgesamt prägten *Dürigs* mitreißende Kommentierungen das verfassungsrechtliche Denken „vieler Juristengenerationen“ und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>319</sup> Die neuerliche, letztlich zeitgemäße Ablösung klassischer *Dürigscher* Kommentierungen, so hinsichtlich von Art. 1 GG durch die Bearbeitung von *Matthias Herdegen* und hinsichtlich von Art. 2 GG durch die von *Udo Di Fabio*, verursachte Abschiedsschmerz.<sup>320</sup> Aber selbstverständlich muß ein „Maunz/Dürig“ zu Verfassungsfragen der Biomedizin Stellung nehmen, wenn nun auch auf gänzlich anderer, streng positivistischer Grundlage und mit der Kraft, zeitnah eine weithin sichtbare Kontroverse

<sup>311</sup> *Robbers*, Schrifttum, DVBl. 1994, 875.

<sup>312</sup> *Benda*, Buchbesprechungen, NJW 1994, 31.

<sup>313</sup> Vgl. *Lerche* (Fn. 296), S. 553.

<sup>314</sup> Vgl. *Büchting*, Günter Dürig (Fn. 61), S. 280 (283) in Schilderung der Entstehungsgeschichte aus Verlagsicht.

<sup>315</sup> *Kötgen*, Kommentare (Fn. 107), 65 (82).

<sup>316</sup> *Seuffert*, Buchbesprechungen, NJW 1971, 1024; bei Dürig fanden sich zudem gelegentlich Reste eines „naiven Antikommunismus“ (a.a.O.). Von „kurzschlüssigem Liberalismus“ in Dürigs Kommentierung des Art. 87 a GG spricht *Seuffert*, Buchbesprechungen, NJW 1972, 808. Als damaliger Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts sollte er Dürig auch noch mangelnde Einsicht darin vorhalten, daß „die Rechtsordnung in ihrer gesellschaftlichen Funktion nicht einfach ein Begriffs- und Wertsystem, sondern wesentlich ein Entscheidungssystem ist“, vgl. *ders.*, Buchbesprechungen, NJW 1974, 1992.

<sup>317</sup> *Mallmann*, Literatur, JZ 1975, 759.

<sup>318</sup> *Kimminich*, Von der Gleichheit der Freien zum „Grundrecht auf Neid“, DÖV 1974, 303.

<sup>319</sup> *Benda*, Buchbesprechungen, NJW 2004, 39.

<sup>320</sup> Vgl. *Benda*, Buchbesprechungen (Fn. 319), 39.

auszulösen.<sup>321</sup> Inzwischen firmieren dreizehn Namen anerkannter Staatsrechtslehrer auf dem Deckblatt des auf sechs dickleibige Ordner angewachsenen Werkes,<sup>322</sup> das nach wie vor durch monographische Einzelbearbeitungen besticht und schon damit der in den Anfängen begründeten Tradition folgt, gegenüber dem schnelllebigen, aktualitätsversessenen Alltagsgeschäft eine gewisse Distanz zu wahren.

Eine Mittelstellung zwischen „den Taschen- und den Großkommentaren“<sup>323</sup> nimmt der von *Ingo v. Münch* begründete und mittlerweile in fünfter Auflage von *Philip Kunig* herausgegebene dreibändige Grundgesetzkommentar ein. Früh wechselte der „Gelbe“<sup>324</sup>, ursprünglich hauptsächlich getragen von einem Team Bochumer Mitarbeiter,<sup>325</sup> aus dem Verlag Athenäum-Fischer ins Haus C.H. Beck. Die wesentliche Stärke dieses „bekannten und bewährten“<sup>326</sup> Kommentars liegt in seiner didaktischen Kompetenz, die seinen „spezifischen Wert“ gerade auch als „Lehr- und Lernkommentar für Studenten“<sup>327</sup> begründet. Ein vergleichsweises „Optimum an systematischer Information über das Gültige auf noch knapperem Raum“<sup>328</sup> brachte der im Jahr des 40. Geburtstages des Grundgesetzes erschienene Kommentar von *Hans D. Jarass* und *Bodo Pieroth*, der sogleich als „Flaggschiff“ der Beck’schen Reihe der Handkommentare galt.<sup>329</sup> Auch seine Eignung für die akademische Ausbildung betont die Rezensionenliteratur, insbesondere wegen des „subsumtionsfähig klaren Zugriffs auf eine schwierige Materie“.<sup>330</sup> Als Ausdruck eines „Generationenwechsels“ wurde der 1996 erstmals erschienene, nunmehr in dritter Auflage stehende, von *Michael Sachs* herausgegebene Grundgesetz-Kommentar empfunden, verbunden mit der Einschätzung, die deutsche Staatsrechtslehre sei im Laufe der Zeit „lebendiger“ und „vielleicht auch unkonventioneller“ geworden.<sup>331</sup> Bestechend wirkt der klare Aufbau, der einem einheitlichen „Schema“ folgt,<sup>332</sup> das für die übersichtliche Präsentation der zentralen Informa-

<sup>321</sup> Kritische Besprechung der Neukommentierung des Art. 1 GG durch *Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar, FAZ v. 3. 9. 2003, S. 33 u. 35.

<sup>322</sup> Nach der Enthüllung von Maunz’ anonymen Autorschaft in rechtsradikalen Gazetten wurde vereinzelt und erfolglos gefordert, den Erstherausgeber aus dem Titel zu streichen und schrittweise aus dem Kommentar „herauszuschreiben“; vgl. dazu *Kühnert*, Maunz raus?, in: „Die Zeit“ v. 11. 2. 1994, S. 66.

<sup>323</sup> *Schmitt Glaeser*, Buchanzeigen, Die Verwaltung Bd. 27 (1994), 131.

<sup>324</sup> Darauf, daß das „liberale Gelb“ des Kommentars, der sich zwischen dem „staatstragenden grauen“ Maunz/Dürig und dem „rot eingebundenen“ Alternativkommentar zu behaupten hatte, ein verfassungspolitisches Programm enthält, weist *Lenz*, Buchbesprechungen, NJW 2003, 3536, hin; die diversen „blauen“ Kommentare werden dabei ihrer Farbgebung nach als neutral eingestuft.

<sup>325</sup> *Burmeister*, Besprechungen, AöR Bd. 101 (1976), 463.

<sup>326</sup> *Maurer*, Buchbesprechungen, NJW 1993, 911.

<sup>327</sup> *Schmitt Glaeser*, Buchanzeigen, Die Verwaltung Bd. 31 (1998), 411; auf seine Praxistauglichkeit, nicht zuletzt durch die Mitarbeit von Praktikern, verweist *Zeh*, Besprechungen, AöR Bd. 111 (1986), 171ff.

<sup>328</sup> *Zacher*, Literatur, JZ 1990, 36.

<sup>329</sup> *Steiner*, Buchbesprechungen, DÖV 1990, 299.

<sup>330</sup> *Heintzen*, Schrifttum, DVBl. 1995, 761; ähnlich *Benda*, Buchbesprechungen, DÖV 2003, 215.

<sup>331</sup> *Benda*, Buchbesprechungen, DÖV 1997, 797.

<sup>332</sup> Hervorgehoben von *Ipsen*, DVBl. 1996, 1067, der zudem befriedigt die Rezeption der von ihm herrührenden „Schlüssel-Begriffe“ wie „Plangewährleistung“, „Junctim-Klausel“, „Dritt-wirkung“ und „Staatszielbestimmung“ registriert (a. a. O., S. 1069).

tionen bürgt. Im ausdifferenzierten Gesamtbild bietet der Verlag C.H. Beck damit Kommentarliteratur für jedwedes Erkenntnis- und Gebrauchsinteresse.

Maßgebende Werke zum Verfassungsprozeßrecht haben gleichfalls ihre publizistische Heimat im Verlag C.H. Beck gefunden. Im Bereich der Studienliteratur füllte *Christian Pestalozza* im Jahre 1976 mit seinem zunächst in der JuS-Schriftenreihe angesiedelten Werk „Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit“ eine klaffende Lücke. Schon der zweiten unter dem Titel „Verfassungsprozeßrecht“ erschienenen Auflage von 1982 wurde der Charakter eines „klassischen Lehrbuchs“ zugeschrieben,<sup>333</sup> der dritten, in die „grüne Reihe“ aufgestiegenen Ausgabe aus dem Jahre 1991 der Status eines „veritablen Handbuchs“.<sup>334</sup> Als „Analyst“ der bundesverfassungsgerichtlichen Praxis wirkte Pestalozza von Anfang an begriffsbildend,<sup>335</sup> innovativ und kritisch,<sup>336</sup> auch gegenüber dem Gesetzgeber, und zettelte, wie ein Rezensent äußerte, „nicht selten selbst Streit an“.<sup>337</sup> Zu den besonderen Verdiensten des Buches gehört die ausführliche Behandlung der normativen Grundlagen der einzelnen Landesverfassungsgerichtsbarkeiten. Die Rolle des einschlägigen Studienbuchs hat inzwischen das 1985 von *Klaus Schlaich* begründete und mittlerweile von *Stefan Korioth* fortgeführte Werk „Das Bundesverfassungsgericht“ übernommen, dem der Rang eines „bewährten Standardwerks“ zukommt.<sup>338</sup> Die Rolle des zentralen Großkommentars auf diesem Rechtsgebiet hat der „Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge“ mit seiner „up to date-Kommentierung“<sup>339</sup> eingenommen. In der ersten Lieferung 1965 begrüßt, weil seit mehr als zehn Jahren kein einschlägiger Kommentar erschienen sei,<sup>340</sup> wollte ein Rezensent ihn vor der dritten Lieferung beinahe schon zu den „sanft entschlafenen“ rechnen,<sup>341</sup> seit 1985 faßte der Kommentar „wieder Tritt“<sup>342</sup> und gewann in den neunziger Jahren „immer mehr an Fahrt“,<sup>343</sup> wobei besondere Aufmerksamkeit die Mitwirkung aus dem Kreis der Richter des *BVerfG* fand.<sup>344</sup> Der von *Hans Lechner* im Jahre 1954 begründete Beck'sche Kurz-Kommentar zum *BVerfG* erlebte, über 20 Jahre nach seiner dritten Auflage von 1973 fortgeführt

<sup>333</sup> E. Klein, Buchbesprechungen, NJW 1983, 983.

<sup>334</sup> Badura, Buchbesprechungen, DÖV 1992, 319.

<sup>335</sup> Kritisch zur neuen prozessualen „Nomenklatur“ Schumann, Buchbesprechungen, NJW 1976, 2116, „im Interesse der Studenten“.

<sup>336</sup> Widerspruch gegenüber der Forderung nach Abschaffung der Verfassungsbeschwerde bei Robbers, Buchbesprechungen, NJW 1992, 296.

<sup>337</sup> Badura, DÖV 1992, 319.

<sup>338</sup> Benda, Buchbesprechungen, NJW 1998, 2267; die laut Schuppert, Buchbesprechungen, NJW 1986, 830, „geglückte Kombination“ von wissenschaftlicher Diskussion und notwendiger Wissensvermittlung, wie sie das Vorwort zur ersten Auflage ankündigte, wurde durch Schlaichs Staatsrechtslehrerreferat über die „Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“, VVDStRL Bd. 39 (1981), S. 99 ff., gewiß erleichtert.

<sup>339</sup> Zuck, Buchbesprechungen, NJW 1994, 3085.

<sup>340</sup> Ule, Schrifttum, DVBl. 1965, 547.

<sup>341</sup> Bachof, Schrifttum, DÖV 1973, 286.

<sup>342</sup> Sandler, Buchbesprechungen, DÖV 1998, 567 (568).

<sup>343</sup> Sandler, Buchbesprechungen, DÖV 1999, 268; zum „beschleunigten Tempo“ auch ders., Buchbesprechungen, DÖV 1999, 745.

<sup>344</sup> Sandler, Buchbesprechungen, DÖV 2001, 656; DÖV 2002, 628; DÖV 2003, 602; DÖV 2004, 632.



durch Rüdiger Zuck, 1996 eine Renaissance. Zuck erklärte im wesentlichen die Praktiker zu seiner Zielgruppe, ungeachtet oder vielleicht gerade wegen des nur mäßigen Interesses des Gerichts an prozessualen Fragen.<sup>345</sup> Damals als „kokette Gegenüberstellung von Praxis und Theorie“ gewertet, führt die aktuelle Auflage dieses prozessuale Desinteresse auf den Charakter des BVerfG als „Ordinariengericht“ zurück.<sup>346</sup> Für die Theorie und Praxis des Verfassungs- und Verfassungsprozeßrechts erweist sich das Verlagshaus C.H. Beck jedenfalls als Gravitationszentrum.

## C. Wiedervereinigung im vereinten Europa

### I. Der Weg zur deutschen Einheit

Die ersten vier Jahrzehnte bundesrepublikanischer Geschichte standen unter dem Eindruck der deutschen Teilung. Gegründet auf die Identitätstheorie nahmen die politischen Gewalten der Bundesrepublik, unterlegt mit der „Hallstein-Doktrin“, zunächst das völkerrechtliche Alleinvertretungsrecht für Gesamtdeutschland in Anspruch und verweigerten der DDR die staatliche Anerkennung.<sup>347</sup> Nach in der Zeit der großen Koalition zunehmenden de-facto Kontakten auf staatlicher Ebene<sup>348</sup> brachte die mit Bundeskanzler Brandt einsetzende „neue Ostpolitik“ hier die Wende, die auf der Basis gegenseitiger Anerkennung im Dezember 1972 zur Unterzeichnung des Grundlagenvertrages führte.<sup>349</sup> Erbitterte Reaktionen kennzeichneten das innenpolitische Klima. Der juristische Streit kulminierte in einem von Bayern angestrengten, im Ergebnis erfolglosen Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG.<sup>350</sup> Das zwiespältig aufgenommene Urteil rührte nach Auffassung von Ulrich Scheuner einen „unbekömmlichen begrifflichen Brei“ aus unvereinbaren Deutschlandtheorien an,<sup>351</sup> die „Verwirrung“ sei „vollständig“, urteilte ein anderer

<sup>345</sup> Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Fn. 188), 4. Aufl., 1996, S. VII f. (Vorwort); der Kommentar sei „kein Bestandteil jenes Schauturniers, bei dem die Ordinarien-Ritter der Dame „Wissenschaft“ ihre prunkenden Harnische, Schilder und Schwerter zeigen, um das weiße Tüchlein des ewigen Ruhms zu ergattern“ (a.a. O., S. IX). Zur Bedeutsamkeit gerade von praxisorientierten Hilfestellungen im verfassungsgerichtlichen Verfahren vgl. Benda, Buchbesprechungen, NJW 1997, 1429 f.

<sup>346</sup> Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Fn. 188), S. VII (Vorwort). Zum zitierten Koketterieeinwand Badura, Anzeigen, AöR Bd. 122 (1997), 495.

<sup>347</sup> Zusammenfassend Ress, Grundlagen und Entwicklungen der innerdeutschen Beziehungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. I, 1987, S. 449 (472 ff. u. 490 ff.) m. w. N.; laut BVerfGE 5, 85 (127), ging der „Vorspruch des Grundgesetzes“ von der „Vorstellung des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates aus“.

<sup>348</sup> Von ersten Schritten einer „sich abzeichnenden Kehrtwende in der Deutschlandpolitik“ spricht Willoweit, Verfassungsgeschichte (Fn. 251), S. 500.

<sup>349</sup> Minutiöse Schilderung bei Stern, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1495 ff. u. 1692 ff.; zur Ostpolitik insgesamt a. a. O., S. 1485 ff.

<sup>350</sup> BVerfGE 36, 1 ff.; zum Urteil und seiner Aufnahme im Schrifttum zuletzt Grigoleit, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, S. 277 ff. m. w. N.

<sup>351</sup> Scheuner, Die staatsrechtliche Stellung der Bundesrepublik, DÖV 1973, 581 (583); zu Scheuners Position vgl. E. Klein, Ulrich Scheuner (1903–1981), in: ders./Saar/Schulze (Hrsg.), Zwischen Rechtsstaat und Diktatur, 2006, S. 85 (99 f.); Gesamtwürdigung Scheuners auch bei Häberle, Staatsrechtslehre als universale Jurisprudenz, in: ders., Schriften (Fn. 61), S. 16 ff.



Autor.<sup>352</sup> In einer „Flucht vor Geschichte und Wirklichkeit“ habe das Gericht die „schneewittchengleiche Existenz“ der „kunstvoll mumifizierte[n] Rechtsperson ‚Gesamtdeutschland‘ (Deutsches Reich)“ aufrechterhalten, äußerte ein weiterer Kritiker.<sup>353</sup> Ausgehend von einer rechtlichen Bindungswirkung des in der grundgesetzlichen Präambel enthaltenen Wiedervereinigungsgebots unterzog das Gericht den Vertrag explizit einer „verfassungskonformen Auslegung“, die ihm den „Doppelcharakter“ eines völkerrechtlichen Vertrages einerseits und einer Regelung von „inter-se-Beziehungen“ andererseits zumaß.<sup>354</sup> Dem entsprach die Sichtweise, die DDR lediglich völker-, aber nicht staatsrechtlich als Ausland anzusehen.<sup>355</sup> Mit dem Grundlagenvertrag und weiteren Abkommen war ein *modus vivendi* für ein pragmatisches „Nebeneinander“ gefunden.<sup>356</sup> Die von *Hans Peter Ipsen* geäußerte Prognose, der Grundlagenvertrag werde „für mehr als eine Generation“ bedeutsam bleiben,<sup>357</sup> sollte sich glücklicherweise jedoch nicht erfüllen.

Als die Wiedervereinigung schon als „Lebenslüge der zweiten deutschen Republik“ (*W. Brandt*)<sup>358</sup> erschien, kam die deutsche Einheit völlig unerwartet infolge der Maueröffnung am 9. November 1989 „wie der Dieb in der Nacht“.<sup>359</sup> Das Grundgesetz bot zwei Wege zur deutschen Einheit, zum einen den Beitritt nach Art. 23 S. 2 GG a. F., zum anderen die Verfassungsneugestaltung nach Art. 146 GG a. F.; vereinzelt wurde auch eine Kombination beider Verfassungsnormen diskutiert.<sup>360</sup> Für einige Monate entbrannte in der deutschen Staatsrechtslehre nahezu ein literarischer „Glaubenskrieg“<sup>361</sup> über den „richtigen“ Weg zur Einheit, obgleich die meisten Autoren betonten, daß hier eine politische Wahl zu treffen sei, mit jeweils spezifischen Vor- und Nachteilen, Chancen und Risiken.<sup>362</sup> Mag auch Art. 146 GG

<sup>352</sup> *Kewenig*, Auf der Suche nach einer neuen Deutschland-Theorie, DÖV 1973, 797 (799).

<sup>353</sup> *Tömuschat*, Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle, DÖV 1973, 801 (804).

<sup>354</sup> *BVerfGE* 36, 1 (17, 23 f. u. 35); die mangelnde völkerrechtliche Bindung des Vertragspartners an die verfassungskonforme Vertragsinterpretation betonte *Bernhardt*, Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL Bd. 38 (1980), S. 7 (13).

<sup>355</sup> *BVerfGE* 36, 1 (17 u. 22 f.); zu den Folgen für die Staatsangehörigkeitsfrage *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 263 ff.; zu der einschlägigen „Teso-Entscheidung“ in *BVerfGE* 77, 137 ff., vgl. *Grigoleit*, Frage (Fn. 350), S. 291 ff., insbesondere zur dortigen Argumentation mit dem „unerfüllten Anspruch auf Ausübung des Selbstbestimmungsrechts“ (a. a. O., S. 294).

<sup>356</sup> Vgl. nur *Luchterhand*, Die staatliche Teilung Deutschlands, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, S. 423 (468 ff.).

<sup>357</sup> *Ipsen*, DÖV 1974, 289 (301).

<sup>358</sup> Zur Verwendung und Einordnung *Merseburger*, Willy Brandt 1913–1992, 2002, S. 830 ff.

<sup>359</sup> *Kilian*, Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, S. 597 (599); zur direkten Vorgeschichte detailliert *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1852 ff.; konziser Abriß der Vereinigungsgeschichte bei *Badura*, Staatsrecht (Fn. 2), S. 50 ff.

<sup>360</sup> Rückblick auf den Meinungsstand bei *Lerche*, Der Beitritt der DDR – Voraussetzungen, Realisierung, Wirkungen, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 1995, S. 403 (411 ff.) m. w. Nw.; zur politischen Richtungsentscheidung für das Beitrittsverfahren *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. V, 2000, S. 1879 f. u. 1890 ff.

<sup>361</sup> Vgl. *Häberle*, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ 1990, 358.

<sup>362</sup> So auch aus der Warte der profilierten Positionsnahme *Isensee*, Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit, ZParl 1990, 309 (331 f.); ähnlich *E. Klein*, An der Schwelle zur Wiedervereinigung Deutschlands, NJW 1990, 1065 (1070), der als Vorteile von Art. 23 S. 2 GG a. F. „Klarheit und Schnelligkeit“ benannte.

a.F. dem genetischen Befund nach eine gewisse „Präferenz“ gebührt haben,<sup>363</sup> im „geschichtlichen Augenblick“ dominierte die Beitrittslösung,<sup>364</sup> schon weil man den Verlust der mittlerweile bewährten ursprünglichen „Übergangsverfassung“ nicht riskieren wollte.<sup>365</sup> Stimmen, die einen „Geburtsmakel“ fehlender demokratischer Legitimation des Grundgesetzes mittels Art. 146 GG a.F. behoben sehen wollten, vermochten sich nicht durchzusetzen.<sup>366</sup> Für den „Königsweg“ (*H. Kohl*) über Art. 23 GG a.F. sprachen nicht zuletzt pragmatische Gründe, begründet vor allem in der Furcht, die Vereinigungschance durch langwierige Verfassungsberatungen zu verspielen. Mit dem Vollzug der Einheit stellte sich die Frage nach den Wirkungen des im Zuge des Einigungsvertrages neuformulierten Art. 146 GG, der sich nach herrschender Auffassung vom „Wiedervereinigungsartikel“ zu einer an die Voraussetzungen von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG gebundenen „Verfassungsrevisionsnorm“ gewandelt hat.<sup>367</sup> Kein funktionsloses „demokratisches Placebo“<sup>368</sup>, sondern eine Norm im Umfeld des *pouvoir constituant*, gelöst von den Bindungen jedenfalls der Ewigkeitsgarantie, wollen dagegen andere Autoren hier ausmachen.<sup>369</sup> Die durch den Einigungsvertrag anempfohlene Verfassungsrevision verlief in den Bahnen des Art. 79 GG und sollte punktuell begrenzt und zurückhaltend ausfallen.<sup>370</sup>

<sup>363</sup> *Stern*, Der Staatsvertrag im völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Kontext, in: ders./Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, 1990, S. 3 (28).

<sup>364</sup> *Willoweit*, Verfassungsgeschichte (Fn. 251), S. 511.

<sup>365</sup> Zum Grundgesetz als „bestmögliche[r] Verfassung für das vereinigte Deutschland“ *Isensee*, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL Bd. 49 (1990), S. 39 (56).

<sup>366</sup> Gegen die „Geburtsmakel“-Theorie und „Provisoriums“-Thesen *Heckel*, Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 1995, S. 489 (510f.).

<sup>367</sup> *Stern*, Die Wiederherstellung der staatlichen Einheit, in: ders./Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Einigungsvertrag und Wahlvertrag, 1990, S. 3 (49f.); Bindung an Art. 79 Abs. 1–3 GG und damit praktische Funktionslosigkeit postuliert *Isensee*, Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 271 (301ff.); eine „lediglich deklaratorische Bedeutung“ der Neufassung vertritt auch *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 146 (1991), Rn. 9; *Bartsperger*, Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, DVBl. 1990, 1285 (1300), betrachtet Art. 146 GG n.F. sogar als verfassungswidrige Verfassungsnorm.

<sup>368</sup> So *Isensee*, Schlußbestimmung (Fn. 367), S. 303.

<sup>369</sup> Für ein Verständnis von Art. 146 GG alter und neuer Fassung im Sinne eines Aktes des *pouvoir constituant* und folglich ohne Bindung an Art. 79 Abs. 1–3 GG *Sachs*, Das Grundgesetz im vereinten Deutschland – endgültige Verfassung oder Dauerprovisorium? JuS 1991, 985 (988ff.); im Hinblick auf die zum *pouvoir constituant* überschrittene Trennlinie für eine Lösung von den Bindungen des Art. 79 Abs. 3 GG *P. M. Huber*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art. 146 Rn. 9ff.

<sup>370</sup> *Papier*, Die Entwicklung des Verfassungsrechts seit der Einigung und seit Maastricht, NJW 1997, 2841ff.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Einführung Rn. 25f.; *Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinten Deutschland, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., 2003, S. 699 (731ff.).

## II. Nationalstaat und europäische Integration

Den Zusammenhang von deutscher und europäischer Einheit symbolisiert<sup>371</sup> die 1992 zur Ratifikation des Maastrichter Vertrages vorgenommene Neufassung des Art. 23 GG, die an die 1990 freigewordene Stelle der durch das verfassungsändernde Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag aufgehobenen Altfassung trat. Die Einführung eines speziellen Europartikels ins Grundgesetz reagierte auf Zweifel, ob die in Art. 24 Abs. 1 GG erteilte Ermächtigung, Hoheitsrechte auf „zwischenstaatliche Einrichtungen“ zu übertragen, die über Jahrzehnte die Beteiligung Deutschlands an den als wirtschaftliche Zweckverbände<sup>372</sup> gegründeten Europäischen Gemeinschaften getragen hatte, auch noch für die Mitwirkung an einer zur supranationalen „Staatlichkeit“<sup>373</sup> tendierenden Europäischen Union hinreiche.<sup>374</sup> Den „verfassungsändernden Integrationsgesetzgeber“<sup>375</sup> sah man sogar schon an die „Tabuzone“ des Art. 79 Abs. 3 GG rühren.<sup>376</sup> Erst mit Zurückweisung der Verfassungsbeschwerden gegen das Verfassungsänderungs- und das Vertragsgesetz durch das *BVerfG* war die „Schlacht von Maastricht“ geschlagen.<sup>377</sup> Das Maastricht-Urteil qualifizierte die Europäische Union als „Staatenverbund“,<sup>378</sup> eine Begriffsschöpfung seines Berichterstatters, mit welcher dieser ein Jahr zuvor die Europäischen Gemeinschaften gekennzeichnet hatte, die „mehr als ein bloßes Staatenbündnis“, aber dennoch keinen europäischen Bundesstaat darstellten.<sup>379</sup> Die neue Kategorie fand zwiespältige Aufnahme, Lob für die fehlende Vorprägung und Vorbelastung zum einen,<sup>380</sup> Ablehnung wegen ihrer Staatszentriertheit zum anderen.<sup>381</sup> Insgesamt neigte das Urteil zu einer starken Betonung der „Souveräni-

<sup>371</sup> Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 23 (1996), Rn. 1; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 23 Rn. 1.

<sup>372</sup> Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (Fn. 156), S. 197 f. m. w. N.

<sup>373</sup> Explizit Ossenbühl, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende? DVBl. 1993, 629 (631); *Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat Bd. 32 (1993), 191 (194); den „prinzipiellen Qualitätssprung“ erblickte Scholz, Grundgesetz und europäische Einigung, NJW 1992, 2593 (2594), in der durch den EU-Vertrag eingeleiteten Entwicklung zu einer „eigenstaatlichen Einrichtung supranationaler Qualität“; ebenso ders., Europäische Union und deutscher Bundesstaat, NVwZ 1993, 817 (818).

<sup>374</sup> Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 23 Rn. 3 m. w. N.

<sup>375</sup> Zu dieser Konstruktion P. M. Huber, Maastricht – ein Staatsstreich? 1993, S. 15 f.

<sup>376</sup> Zur Diskussionslage Ossenbühl, DVBl. 1993, 629 (631 ff.) m. w. N.; P. M. Huber, Maastricht (Fn. 375), S. 48, verortete das Vertragsgesetz noch „kurz vor der Schwelle dessen, was der Staat des Grundgesetzes als unantastbaren Kern seiner Staatlichkeit begreift.“

<sup>377</sup> *Tömuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489.

<sup>378</sup> *BVerfGE* 89, 155 (181, 183 ff., 188 u. 190).

<sup>379</sup> Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 855 (873, 879 ff. u. 885 f.).

<sup>380</sup> *Tömuschat*, EuGRZ 1993, 489 (491 f.); für ein Festhalten an dieser Kompromißformel, auch wenn ihr „keine material-eigenständige (konstitutionelle) Erklärungsfunktion“ zukommen sollte, Scholz, Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 23 (1996), Rn. 33.

<sup>381</sup> Pernice, Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 1995, S. 225 (273 f.); jedenfalls die Gemeinschaft sei „zumindest auch ‚Bürgerverbund‘“ (a. a. O., S. 274). Kritisch zur begrifflich manifestierten Akzentverlagerung „von der gemeinsamen Organisation auf die sie konstituierenden Teile“ Meessen, Maastricht nach Karlsruhe, NJW 1994, 549 (554).

tät der Mitgliedstaaten“, von Deutschland, einem der „Herren der Verträge“,<sup>382</sup> erst unlängst in voller Gestalt wiedererlangt. Das Gericht postulierte ein Aufhebungs- wie wohl auch Austrittsrecht der Mitgliedstaaten, verwarf eine „Kompetenz-Kompetenz“ der Europäischen Union, leitete die Geltung des Europarechts in Deutschland von dem „Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes“ ab und sah die demokratische Legitimation primär durch die „Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten“ vermittelt.<sup>383</sup> Die Prüfung, ob europäische Rechtsakte sich in den Grenzen der eingeräumten Hoheitsrechte „halten oder aus ihnen ausbrechen“, hat sich das Gericht ausdrücklich vorbehalten.<sup>384</sup> Die vom *BVerfG* im „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof reklamierte Entscheidungszuständigkeit „auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften“ zur Gewährleistung der „unabdingbaren Grundrechtsstandards“<sup>385</sup> wurde teilweise als eine Korrektur des in der „Solange II“-Entscheidung ausgesprochenen Ausübungsverzichts<sup>386</sup> interpretiert.<sup>387</sup> Die angebliche Divergenz hat das Gericht in seinem Beschluß zur Bananenmarktordnung zum „Missverständnis“ erklärt.<sup>388</sup> Der „Vortritt“ des EuGH findet sich in der Literatur über Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG abgestützt.<sup>389</sup>

Schon angesichts der frühzeitigen Feststellung des EuGH, die europäische Rechtsordnung fließe aus einer autonomen Rechtsquelle und gehe kraft dieser Eigenständigkeit dem innerstaatlichen Recht vor,<sup>390</sup> sowie der im 1. EWR-Gutachten erfolgten Deklaration des EWG-Vertrages zur „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“<sup>391</sup> bestand ein günstiger Nährboden für literarische Gegen-

<sup>382</sup> *BVerfGE* 89, 155 (189f.); die „Wiederentdeckung der Souveränität“ wird kritisch registriert bei Frowein, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *ZaöRV* Bd. 54 (1994), 1 (5ff.).

<sup>383</sup> *BVerfGE* 89, 155 (181, 185, 187 u. 190); metaphorisch hielt Kirchhof, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 11 (14), fest, daß das Europarecht „nur über die Brücke des nationalen Zustimmungsgesetzes nach Deutschland“ gelangt. Dem Gericht zufolge „ruht“ im Zustimmungsgesetz zugleich die „demokratische Legitimation“ der Union, wobei ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ durch Art. 79 Abs. 3 GG, rügar über Art. 38 GG, abgesichert werde; vgl. *BVerfGE* 89, 155 (182ff.); dabei wird auf vorrechtliche Voraussetzungen rekurriert, wie Sprache und öffentliche Meinung, die sich auf europäischer Ebene allerdings noch herausbilden könnten, zugleich aber auch auf ein durch geistige, soziale und politische Elemente konturniertes Kriterium relativer Homogenität (a. a. O., S. 185f.); ablehnend Weiler, Der Staat „über alles“, *JöR* Bd. 44 (1996), S. 91 ff.

<sup>384</sup> *BVerfGE* 89, 155 (188); Darstellung und Einwände bei Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 98 ff.

<sup>385</sup> *BVerfGE* 89, 155 (174f.).

<sup>386</sup> *BVerfGE* 73, 339 (387), quasi auflösend bedingt durch die generelle Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes durch den EuGH.

<sup>387</sup> Vgl. nur Tomuschat, *EuGRZ* 1993, 489 (490).

<sup>388</sup> *BVerfGE* 102, 147 (164f.); eine insoweit mißverständliche Ausdrucksweise im Maastricht-Urteil rügt Badura, *Staatsrecht* (Fn. 2), S. 422; vgl. jetzt auch *BVerfGE* 113, 273 (299ff. u. 316).

<sup>389</sup> *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 23, Rn. 40b m. w. N.

<sup>390</sup> *EuGH* (Costa/ENEL) Slg. 1964, 1251 ff.; so schied auch *BVerfGE* 22, 293 (296), Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht als „zwei selbständige, voneinander verschiedene Rechtsordnungen“.

<sup>391</sup> *EuGH* Slg. 1991, 6079 (6102); ähnlich zuvor schon *BVerfGE* 22, 293 (296).

konzeptionen zum Maastricht-Urteil.<sup>392</sup> Eine klare Absage hat insbesondere *Ingolf Pernice* der Maastricht-Doktrin erteilt, die mit den politisch-rechtlichen Veränderungen, insbesondere der „Dämmerung des Nationalstaats“ und entsprechendem Suprematieverlust der Staatsverfassungen, nicht „Schritt zu halten“ vermöge.<sup>393</sup> Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union seien in Wahrheit „weder Herren, noch Herren der Verträge“, ja sie seien „nicht einmal mehr Herren ihrer eigenen Verfassungen.“<sup>394</sup> Sein Entwurf einer „postnationalen Verfassungstheorie“, die eine „etatistische Verengung“ der bisherigen Dogmatik samt der „Vorstellung staatlicher Kompetenz-Kompetenz in der EU“ überwinde, postuliert eine durch die „europäische Mehrebenenverfassung“ in der Ausübung geteilte, bürgerzentrierte Souveränität.<sup>395</sup> Die dichotomische Theoriebildung von entweder Heteronomie oder Autonomie des europäischen Rechts soll danach im Modell einer nicht hierarchischen, sondern kooperativ-kordinativen Mehrebenenstruktur überwunden werden, in einem Verfassungsverbund, der europäische und nationale Verfassungen verklammert<sup>396</sup> und damit „zweierlei Verfassungsrecht“<sup>397</sup> kennt. In der unbestreitbaren Umbruchsituation, die sich in Schwebelagen und Zwischenzuständen eingerichtet hat, werden zunehmend einseitige Auflösungen des Souveränitäts- und Geltungsdilemmas vermieden.<sup>398</sup> Der Souveränitätsbegriff findet sich verabschiedet,<sup>399</sup> demokratische Legitimation vom Staatsvolk entkoppelt,<sup>400</sup> der Verfassungsbegriff vom Staat abgelöst,<sup>401</sup> und Staat soll es „nur so viel“ geben, „wie die Verfassung konsti-

<sup>392</sup> Literaturbericht über die Grundpositionen im gesamteuropäischen Spektrum bei *Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat Bd. 40 (2001), 3 ff.

<sup>393</sup> *Pernice*, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR Bd. 120 (1995), 100 (120).

<sup>394</sup> *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL Bd. 60 (2001), S. 148 (171 f.).

<sup>395</sup> *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 394), S. 154, 175 u. 186.

<sup>396</sup> *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 394), S. 153, 172 ff. u. 185; zur Metamorphose des zur „Teilverfassung“ herabgestuften nationalen Verfassungsrechts vgl. *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 2001/2, S. 220 ff.

<sup>397</sup> *Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht, Der Staat Bd. 39 (2000), 163 (167): „Es gilt in Deutschland zweierlei Verfassungsrecht.“

<sup>398</sup> Vgl. etwa *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: *Bogdandy* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 1 (26 ff.); zur Gleichordnung und zum Geltungsdualismus schon *ders.*, Staat als Argument (Fn. 259), S. 395 ff.

<sup>399</sup> Vgl. beispielsweise *Oeter*, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, ZaöRV Bd. 55 (1995), 659 (701 u. 704 ff.); gegen die Eliminierung des Souveränitätsbegriffs *Baldus*, Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, Der Staat Bd. 36 (1997), 381 ff.; als „alter und neuer Schlüsselbegriff“ erscheint die Souveränität bei *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 89 ff.; zur Konzeption einer „gemeinsamen Souveränität“ vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 507 ff.

<sup>400</sup> Vgl. *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 651 ff., wonach der „europäische Bürger“ und kein „monolithisches, kollektives Volk“ (a. a. O., S. 753) den Träger der europäischen Demokratie bildet. Zum Plädoyer für eine stärkere Berücksichtigung einer leistungsbezogenen output-Legitimation angesichts struktureller Schwächen der auf teils stark ausgedünnten Legitimationsketten basierenden input-Legitimation vgl. *Peters*, a. a. O., S. 517 ff., u. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität (Fn. 399), S. 418 ff. u. 659 ff.

<sup>401</sup> Vgl. etwa *Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, S. 56 ff.; *Peters*, Elemente (Fn. 400), S. 93 ff. m. w. N., unter Annahme einer Verfassungsfähigkeit der Euro-

tuert“.<sup>402</sup> Die Grundbegriffe der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht sind in Bewegung geraten, weil ihr Gegenstand komplexer geworden ist.<sup>403</sup> Mit der fortschreitenden Europäisierung und Internationalisierung verliert die Staatsrechtswissenschaft ihre Fixierung auf das *BVerfG*, das nicht im Zentrum des entstandenen Mehrebenensystems steht. Auch unter diesen veränderten Bedingungen bleibt es die Aufgabe juristischer Dogmatik, das „Rechtssystem“ insgesamt und die Rechtslage im einzelnen so kohärent wie möglich zu beschreiben. Die Bestandsaufnahme, Fortentwicklung und Diskussion des Staats- und Verfassungsrechts wird dabei auch in Zukunft jener Foren bedürfen, die das Verlagshaus C.H. Beck im Betrachtungszeitraum errichtet und gepflegt hat.

---

päischen Union, die etwa *Koenig*, Ist die Europäische Union verfassungsfähig? DÖV 1998, 268 ff., vehement bestreitet; ablehnend im Hinblick auf demokratische Grunderfordernisse *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung? (1995), in: ders., Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, 2001, S. 215 (239 ff.); einschlägige inhaltliche und funktionale Analyse des Volksbegriffs bei *Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, 2000, S. 29 ff. u. 196 ff.

<sup>402</sup> *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 620; zustimmend *Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung? JZ 1999, 1065 (1066); hierbei wird *Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, S. 3 (4 u. 9), zufolge allerdings die Bestimmtheit der Verfassung durch ihren Gegenstand „Staat“ vernachlässigt, der ihre Voraussetzung sei.

<sup>403</sup> Zu den Auswirkungen auf das wissenschaftliche Selbstverständnis vgl. nur *Tietje*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl. 2003, 1081 ff., sowie die gleichnamigen Vorträge von *Kokott* u. *Vesting* in: VVDStRL Bd. 63 (2004), S. 7 ff. u. 41 ff.

