

UWE VOLKMANN

Grundzüge einer  
Verfassungslehre  
der Bundesrepublik  
Deutschland

Mohr Siebeck



Uwe Volkmann

Grundzüge einer  
Verfassungslehre der  
Bundesrepublik  
Deutschland



Mohr Siebeck

*Uwe Volkmann*, geboren 1960; Studium der Rechtswissenschaft in Marburg; 1992 Promotion; 1997 Habilitation; Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und öffentliches Recht an der Universität Mainz.

ISBN 978-3-16-152783-8

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

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Grundzüge einer Verfassungslehre der  
Bundesrepublik Deutschland



## Vorwort

Die Geschichte des Grundgesetzes wird meist als Erfolgsgeschichte erzählt, in die sich heute aber zunehmend düstere Töne mischen: als könne nicht mehr lange so bleiben, was noch vor einigen Jahren wie für die Ewigkeit gemacht schien. Man klagt über Orientierungs- und Rationalitätsverluste bei seiner Anwendung; zunehmend werden die Schattenseiten des Aufstiegs wahrgenommen; überhaupt ist, wo vom Aufstieg erzählt wird, meist der Hinweis auf den drohenden, vielleicht sogar unmittelbar bevorstehenden Abstieg nicht fern. Europäisierung und Globalisierung instrumentieren diesen Chor. Vor diesem Hintergrund versteht sich das Buch wesentlich als eine Selbstvergewisserung über Verfassung: wie sie sich zu dem entwickelt hat, was sie heute ist, was sie für die Gesellschaft und das Rechtssystem der Bundesrepublik bedeutet, welche Rolle ihr künftig noch zukommen kann. Anknüpfen konnte ich dafür an verschiedene Vorarbeiten, über die ich mich dem Thema von einzelnen Aspekten aus genähert habe; zu nennen sind insbesondere mein Referat auf der Freiburger Staatsrechtslehrertagung 2007 über *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit* sowie die Studie über *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung* im Archiv des öffentlichen Rechts 2009. Ausschnitte des ersten Kapitels habe ich darüber hinaus auf einer von Stefan Koriotoh und Thomas Vesting veranstalteten Tagung über den *Eigenwert des Verfassungsrechts* zur Diskussion gestellt. Die jeweiligen Überlegungen haben teils Zustimmung gefunden, teils sind sie auf Kritik gestoßen; sie werden hier nun in einen größeren Zusammenhang gestellt und zu einer Gesamtdarstellung der Verfassung erweitert.

Entstanden ist das Buch zum überwiegenden Teil während zweier Forschungssemester, von denen eines dankenswerterweise von der Deutschen Forschungsgemeinschaft unterstützt wurde. Die Mühen der Abschlussredaktion und der Erstellung des Literaturverzeichnisses haben meine wissenschaftlichen Mitarbeiter, die Herren Tobias Schweitzer und Thorsten Wörner, auf sich genommen; das Sachregister hat – damals noch als wissenschaftliche Hilfskraft – Herr Pascal Klein erstellt. Ihnen allen sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Besonderer Dank gebührt daneben meiner Sekretärin, Frau Stephanie Averbek-Rauch, die das gesamte Manuskript

erneut mit großer Sorgfalt betreut und auch in den Mühen vielfältiger Textumstellungen, Korrekturen und Verschiebungen nie den Überblick verloren hat. Zu danken habe ich ferner dem Verlag Mohr Siebeck und hier insbesondere Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die jederzeit angenehme Zusammenarbeit sowie die Geduld, die sie mit mir bis zur endgültigen Fertigstellung des Projekts aufgebracht haben.

*Uwe Volkmann*

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
§ 1 Die Lehre der Verfassung . . . . .	1
§ 2 Der Begriff der Verfassung . . . . .	7
I. <i>Unterscheidung nach der Art der Wirksamkeit</i> . . . . .	9
Tatsächliche Verfassung (9) – Rechtliche Verfassung (9) – Maßgeblicher Typus (10)	
II. <i>Unterscheidung nach der Besonderheit gegenüber     anderen Rechtsnormen</i> . . . . .	11
Formelle Verfassung (12) – Materielle Verfassung (13) – Maßgeblicher Typus (14)	
III. <i>Unterscheidung nach dem Geltungsgrund     politischer Herrschaft</i> . . . . .	15
Herrschaftsbegründende Verfassung (15) – Herrschafts- begrenzende Verfassung (16) – Maßgeblicher Typus (17)	
IV. <i>Unterscheidung nach der wesentlichen Regelungswirkung</i> . .	19
Limitierende Verfassung (19) – Programmatische Verfassung (20) – Maßgeblicher Typus (21)	
V. <i>Unterscheidung nach dem Verhältnis zu Moral und Ethik</i> . .	22
Juristisch-technische Verfassung (22) – Rechtsethische Verfassung (23) – Maßgeblicher Typus (24)	

VI.	<i>Unterscheidung nach dem Verhältnis zur politisch-gesellschaftlichen Wirklichkeit . . . . .</i>	26
	Geschlossene Verfassung (27) – Offene Verfassung (28) – Maßgeblicher Typus (30)	
VII.	<i>Unterscheidung nach dem Anwendungskontext . . . . .</i>	31
	Staatliche Verfassung (31) – Überstaatliche Verfassung (32) – Maßgeblicher Typus (35)	
VIII.	<i>Zusammenfassung . . . . .</i>	37
§ 3 Der Anspruch der Verfassung . . . . .		39
I.	<i>Politische Gerechtigkeitsordnung . . . . .</i>	41
	Inhalt (41) – Entfaltung (43) – Reichweite (44) – Begrenzungen (46) – Abstufungen (47) – Hypertrophien (48)	
II.	<i>Grundlage politischer Gemeinschaft . . . . .</i>	50
	Inhalt (51) – Entfaltung (52) – Reichweite (54) – „Verfassungspatriotismus“ (56)	
III.	<i>Normative Basisschicht des Zusammenlebens . . . . .</i>	57
	Inhalt (57) – Entfaltung und Reichweite (59) – Hypertrophien (60)	
IV.	<i>Verlässliche Ordnung des Politischen . . . . .</i>	62
	Inhalt (63) – Reichweite (64) – Mögliche Beschädigungen (66)	
V.	<i>Medium der Prozessierung sozialen Wandels . . . . .</i>	67
	Inhalt (68) – Verfassung als lernendes Recht (70) – Zuordnungsprobleme (72)	
VI.	<i>Relativierung durch Europäisierung? . . . . .</i>	73
	Verlusterfahrungen (74) – Keine Verfallsgeschichte (75) – Bleibende Bedeutung (76) – Wechselbeziehungen (79)	

VII. Zusammenfassung . . . . .	80
§ 4 Die Normen der Verfassung . . . . .	83
I. <i>Innere und äußere Normelemente</i> . . . . .	85
Inneres Grundgerüst (86) – Grundgerüst und Text (87) – Gesellschaftliche Ordnungsvorstellungen (88) – Verfestigung zu Leitbildern (90) – Ausbreitung (91) – Zusammenhänge (93)	
II. <i>Grundlegende und untergeordnete Normen</i> . . . . .	93
Kern- und Bürgerverfassung (94) – Werte I (96) – Werte II (97) – Grundrechte, Staatsstrukturbestimmungen, Staatsziele (101) – Elementare Verfassungsbezirke (104) – Randbezirke (105)	
III. <i>Bewegliche und starre Normen</i> . . . . .	106
Offener Normierungsstil (107) – Aufnahme- und Anreicherungsfähigkeit (109) – Prinzipien I (110) – Prinzipien II (113) – Prinzipien III (116) – Relationen (118)	
IV. <i>Zur Europäisierung des Normengefüges</i> . . . . .	119
Gemeineuropäisches Verfassungsrecht? (120) – Europäischer Verfassungsverbund? (121) – Europäisierung der Verfassung? (122) – Neue Sinnquellen (125)	
V. <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	127
§ 5 Die Anwendung der Verfassung . . . . .	129
I. <i>Verfahren der Anwendung</i> . . . . .	131
Grundgedanke (132) – Argumentationsstruktur I (133) – Argumentationsstruktur II (136) – Eingeschränkte Textbindung (137) – Bewegliche Rechtserzeugung (140) – Abstufungen (142) – Zur Kritik des Verfahrens (143)	

II.	<i>Elemente der Anwendung</i> . . . . .	147
	Leitbildorientierung (148) – Leitbilder vs. Prinzipien (149) – Arbeitsregeln, Prüfroutinen, Dogmatik (150) – Normative Bezugspunkte (152) – Verschiebungen (154) – Leistungs- fähigkeit (155) – Rationalisierungspotentiale (157)	
III.	<i>Einflüsse von Europäisierung und Internationalisierung</i> . . . . .	161
	Dogmatisches Instrumentarium (162) – Praktische Folgen (163)	
IV.	<i>Zusammenfassung</i> . . . . .	164
§ 6 Die Konstrukteure der Verfassung . . . . .		167
I.	<i>Verfassungsgericht</i> . . . . .	169
	Funktion (170) – Selbstermächtigungen (171) – Konstrukteur statt „Hüter“ (174) – Politischer Akteur (177) – Tutor und Präzeptor (179) – Auch ein Gericht (181) – Legitimität (182) – Autorität (185) – Neue Rivalen (187)	
II.	<i>Weitere Beteiligte</i> . . . . .	189
	1. Politik . . . . .	191
	Beiträge (191) – Konkurrenzprobleme (193) – Ursachen und Bewältigungsversuche (196) – Leitbilder angemessener Zuordnung (198)	
	2. Justiz . . . . .	200
	Beiträge (200) – Fachgerichte als Verfassungs- gerichte (201) – Leitbilder angemessener Zuordnung (202) – Aushandlungsvorgänge (203)	
	3. Wissenschaft . . . . .	205
	Beiträge (205) – Kommunikations- und Einfluss- kanäle (206)	
	4. Gesellschaft und politische Öffentlichkeit . . . . .	207
	Beiträge (208) – Abgrenzungen und Zuordnungen (210)	

<i>III. Europäische Akteure</i> . . . . .	211
Beiträge (212) – Leitbilder angemessener Zuordnung (213) – Flexible Positionierungen (213)	
<i>IV. Zusammenfassung</i> . . . . .	215
 § 7 Die Substanz der Verfassung . . . . .	217
<i>I. Grundrechte</i> . . . . .	219
Moralischer Grund (221) – Sinnmittelpunkt (223) – Leitbilder (225) – Beweglichkeit (228) – Ableitungen (231) – Verschiebungen (233) – Freiheitsbegriffe (234) – Zur Kritik (238)	
<i>II. Demokratie</i> . . . . .	241
Moralischer Grund (241) – Sinnmittelpunkt (243) – Leitbilder (247) – Ableitungen (250) – Zur Kritik (252)	
<i>III. Sozialer Rechtsstaat</i> . . . . .	256
Moralischer Grund (257) – Leitbilder (261) – Auswirkungen (263)	
<i>IV. Kompetenz- und Funktionenordnung</i> . . . . .	264
Moralischer Grund (265) – Leitbilder (269) – Insbesondere: Bundesstaat (271)	
<i>V. Öffnung nach außen</i> . . . . .	276
Moralischer Grund (277) – Leitbilder (278) – Ableitungen (281)	
<i>VI. Zusammenfassung</i> . . . . .	283

§ 8 Die Normativität der Verfassung . . . . .	285
I. <i>Erzeugung von Normativität</i> . . . . .	287
Vergangenheit (288) – Gegenwart (290) – Setzung (291) – Ursprungslegenden (293) – Anerkennung (295) – Geltungs- ressourcen (297) – Text als Geltungssymbol (300) – Bindung durch Praxis (302) – Selbststabilisierungen (305)	
II. <i>Entfaltung von Normativität</i> . . . . .	307
Hauptwirkungen (308) – Tiefenphänomene (310) – Erscheinungsformen (312) – Neuartiger Vorrang (315) – Konstitutionalisierungen (317) – Abschied vom Stufenbau (319) – Wirkungen und Wirksamkeit (320)	
III. <i>Wechselwirkungen mit europäischem Recht</i> . . . . .	323
Symbolisch-ethische Dimensionen (324) – Abschwächung des Verbindlichkeitsglaubens? (325) – Neue Wirkungen (326)	
IV. <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	328
§ 9 Das Ende der Verfassung? . . . . .	331
I. <i>Beendigung durch Diskontinuität</i> . . . . .	333
II. <i>Beendigung durch Erledigung</i> . . . . .	336
III. <i>Beendigung durch Ablösung nach Art. 146 GG?</i> . . . . .	339
Schrifttum (Auswahl) . . . . .	343
Sachregister . . . . .	349

## Die Lehre der Verfassung

So wenig Einigkeit bis heute über den Begriff der Verfassung herrscht<sup>1</sup>, so wenig klar ist auch, was eine „Lehre“ der Verfassung oder eben „Verfassungslehre“ heute ist, sein soll oder überhaupt sein kann<sup>2</sup>. Man findet unter diesem Etikett vergleichende Darstellungen verschiedener Verfassungs- und Regierungssysteme<sup>3</sup>, man findet Entwürfe der idealen Verfassung oder des idealen Staates<sup>4</sup>, man findet ein verstehendes Einfühlen in die eigene und je gegebene Verfassungsordnung<sup>5</sup>, man findet schließlich Überlegungen zu Verfassungsstrukturen in Räumen, in denen es der Bezeichnung nach noch gar keine Verfassung gibt<sup>6</sup>. Am ehesten weiß man noch zu sagen, was eine Verfassungslehre alles *nicht* ist: Sie ist üblicherweise keine Darstellung des positiven Verfassungsrechts in dem Sinne, dass dabei diese oder jene einzelne Bestimmung näher erläutert oder kommentiert wird; sie ist keine jener Gebrauchs- oder Alltagslehren, die bei der Lösung konkreter verfassungsrechtlicher Fälle helfen (wie die Dreistufenlehre zu Art. 12 GG, die Lehre von der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers etc.); und sie ist, wenngleich auch das schon wieder weniger sicher ist, auch nicht ohne weiteres gleichzusetzen mit einer bestimmten Dogmatik des Stoffes. Aber was die Verfassungslehre selber als eigenständige Disziplin ausmacht, ob sie überhaupt eine solche ist, ob sie dann eher durch ihren Gegenstand gekennzeichnet ist oder durch ihre Methode, ob es tatsächlich noch um Rechtswissenschaft geht oder nicht doch eher um Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, vielleicht sogar Politik-, Sozial- oder Kulturwissenschaft, das weiß man nicht und wird eben in der

<sup>1</sup> *Stern*, Staatsrecht I, S. 69f.

<sup>2</sup> In Anlehnung an *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 27f.; daran orientiert auch die nachfolgende Übersicht.

<sup>3</sup> *Loewenstein*, Verfassungslehre, vgl. S. 18ff., 67ff.; tendenziell auch *Brinkmann*, Verfassungslehre, S. 175ff.

<sup>4</sup> *Mastronardi*, Verfassungslehre, S. 1, vgl. auch den Untertitel: „Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat“.

<sup>5</sup> Prinzipiell in diesem Sinne angelegt – mit stark voneinander abweichenden Ergebnissen – die Verfassungslehren von *Schmitt*, *Smend* oder *Haverkate*; der Begriff der „Verfassungslehre“ bei *Smend* etwa in *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 196.

<sup>6</sup> *S. Häberle*, Europäische Verfassungslehre.

Beurteilung zusätzlich dadurch erschwert, dass sich nicht nur Juristen, sondern auch Philosophen oder Politologen mit ihr beschäftigen<sup>7</sup>. Allenfalls wird sich Einigkeit noch darüber erzielen lassen, dass es um grundsätzlichere Überlegungen geht, um Grundlagenbezug und Grundlagenforschung, dass man sich auf eine höhere Ebene der Abstraktion begibt, aber wie grundsätzlich und wie abstrakt es dann genau sein soll, ist wieder völlig offen<sup>8</sup>. Dieselben Unklarheiten bestehen für eine „Theorie“ der Verfassung oder eben „Verfassungstheorie“, bei der schon niemand sagen kann, ob damit dasselbe gemeint ist wie mit einer „Verfassungslehre“ oder was beide überhaupt voneinander unterscheidet<sup>9</sup>.

Angesichts dessen könnte man versucht sein, im einleitenden Abschnitt einer Verfassungslehre ihren disziplinären Status, ihren Standort im Verhältnis zu etwaigen Nachbarwissenschaften oder auch nur die Abgrenzung zur Dogmatik in immer feineren Ziselierungen zu entfalten. Einfacher scheint es mir, zu erklären, worin das Anliegen dieses Buches besteht. Sein Ausgangspunkt liegt in der Einsicht, dass jeder, der mit Verfassung arbeitet oder sich sonst auf sie bezieht, damit bestimmte theoretische Vorannahmen verbindet, die alle in irgendeiner Weise darum kreisen, was das überhaupt ist: eine Verfassung, was man also wirklich und in einem tieferen Sinne *meint*, wenn man von „der Verfassung“, „dem Grundgesetz“ oder sogar „unserem Grundgesetz“ spricht. Diese Vorannahmen können mehr oder weniger gehaltvoll, sie können mehr oder weniger bewusst sein; oft legt man sich darüber gar keine Rechenschaft ab, weil man in eine bestimmte Praxis der Verfassungsanwendung hineingewachsen ist, in der das Wissen darum als etwas ganz Selbstverständliches vorausgesetzt wird. In jedem Falle prägen solche Vorannahmen den Umgang mit der Verfassung, entscheiden über die Art und Weise ihrer Interpretation und bestimmen so auch ihre konkreten Wirkungen mit; nicht zuletzt legen sie die Rollen im Vorgang ihrer Anwendung fest und regeln die Einfluss- und Gewichtsverteilung zwischen den je beteiligten Akteuren. Auch der Inhalt der Verfassung selber ist davon abhängig, der durch

<sup>7</sup> Politikwissenschaftler ist etwa *Loewenstein*; eine philosophische Beschäftigung bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 109 ff., 166 ff., durchaus auch eine mögliche Form von „Verfassungslehre“. Die Einordnung in die Kulturwissenschaften bei *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.

<sup>8</sup> Vgl. *Morlok*, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, S. 22 f.

<sup>9</sup> Nichts, meinen zu Recht *Morlok*, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, S. 22 f. m.w.N., und implizit auch *Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Deppenheuer/Grabenwarter*, § 1 Rn. 9; beide jeweils auch mit konkreteren Einordnungen von „Verfassungstheorie“, s. *Morlok* a.a.O., S. 13 ff.; *Jestaedt* a.a.O., Rn. 1 ff. sowie *ders.*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 11 ff.

das fragmentarische Regelwerk nur in einigen Grundzügen – einem „Rahmen“, wie man meist sagt – festgelegt ist, wesentlich aber davon abhängt, was im Wege der Interpretation daraus gemacht wird. Zusammen ergeben all diese Vorannahmen das, was man das Verständnis der Verfassung, ein theoretisches Grund- oder Vorverständnis oder eben auch eine „Theorie“ der Verfassung nennen kann und das jeder voraussetzen muss, der mit Verfassung professionell zu tun hat. Die Frage ist dementsprechend nicht, ob man ein solches Verständnis hat oder nicht hat, sondern die Frage ist letztlich nur welches und ob man es offenlegt oder ob man es nicht offenlegt<sup>10</sup>.

Gerade hier setzt dieses Buch an. Es soll eine Lehre der Verfassung in dem Sinne sein, dass es das bei uns vorherrschende Grundverständnis vorstellt und in seinen verschiedenen Konsequenzen entfaltet, also explizit macht, was ohnehin implizit ständig geschieht. Unter Verwendung der Begriffe von Lehre und Theorie kann man auch sagen, diese Lehre rekonstruiert die derzeit zur Anwendung gebrachte Verfassungstheorie oder versucht sich wenigstens daran<sup>11</sup>. Ziel ist dementsprechend nicht, das Bild einer Verfassung zu zeichnen, wie sie sinnvoller- und richtigerweise sein sollte, als eine weitere Lehre vom guten und gerechten Staat, auch wenn die im Folgenden verwandte Charakterisierung als Gerechtigkeitsordnung darauf hindeuten könnte. Sondern Ziel ist zu erfassen, was das Konzept Verfassung für die Gesellschaft der Bundesrepublik bedeutet und wie es hierzulande „funktioniert“: in seinen Zusammenhängen zu vorhandenen gesellschaftlichen Strukturen und Einstellungen, in seinem Ordnungsanspruch gegenüber der politischen und sozialen Wirklichkeit, in seinen Auswirkungen auf das Rechtssystem wie auf das Zusammenleben insgesamt, vor allem aber in sich selbst und als eine bestimmte sprachliche und soziale Praxis. Diese ist freilich nach meiner Einschätzung eben gerade dadurch gekennzeichnet, dass die Verfassung in ihrer derzeitigen Gestalt selber als Inbegriff einer guten und gerechten Ordnung des Gemeinwesens angesehen wird, dass sie auf diese Weise mehr und mehr zur Projektionsfläche gesellschaftlicher Ordnungs- und Gerechtigkeitsvorstellungen geworden ist und dass dann diese in ihrer konkreten Anwen-

<sup>10</sup> C. Möllers, Rezension zu M. Mahlmann, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, RW 2010, 188.

<sup>11</sup> Mit der „Theorie“ der Verfassung kann man eben Unterschiedliches meinen, einmal das vorherrschende Verständnis der Verfassung (im Sinne einer Suche nach der „richtigen“, der „besten“ Verfassungstheorie, vgl. etwa Brugger, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, S. 269), zum anderen aber eben die Disziplin, die dies alles auf einer höheren Ebene beobachtet, so die Verwendung bei Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 19f., 45ff. – Vielleicht ist dies der einzige Grund, der sich für die Bezeichnung dieses Buches als „Verfassungslehre“ sinnvollerweise anführen lässt.

dung notwendig mitverhandelt werden: mit all den Öffnungen zu Moral, Ethik und politischer Theorie, die das einschließt, mit den Möglichkeiten der Fort- und Weiterbildung um solche Elemente, die diesen Vorstellungen entsprechen. Gerade dies wird dann durch die zusammenfassende Kennzeichnung der Verfassung als politische Gerechtigkeitsordnung ausgedrückt.

Im Ausgangspunkt ist der hier gewählte Zugriff auf die Verfassung damit ein deskriptiver oder analytischer; im Vordergrund steht zunächst einmal die zusammenfassende, ordnende und systematisierende Rekonstruktion einer Praxis. Andererseits vermittelt sie darin notwendig auch prinzipielle Orientierung für diese Praxis selbst, also für die weitere Arbeit mit der Verfassung, und zwar gerade in dem Maße, in dem diese ihrerseits von bestimmten theoretischen Vorannahmen geprägt wird. Unter solchen Voraussetzungen wirkt jede Beschreibung, Ordnung und Systematisierung der einschlägigen Vorannahmen auf diese Arbeit hinüber: Sie rationalisiert sie, indem sie die Zusammenhänge mit diesen Vorannahmen aufzeigt; sie kann sie instruieren, indem sie die einzelnen Vorannahmen zu den unmittelbar falllösungsbezogenen Elementen hinuntervermittelt; nicht zuletzt vermag sie auch begrenzend zu wirken, indem sie Stoppregele formuliert, die anzeigen, wann der ungehinderte Rückgriff auf solche Vorannahmen gegebenenfalls abzubrechen ist. So oder so erfüllt eine Lehre der Verfassung zugleich eine Funktion für deren Anwendung. In der Folge kann sie auch von der Dogmatik entgegen einer geläufigen Sicht nicht mehr durch das Kriterium des Anwendungsbezugs unterschieden werden. Nach jener Sicht soll allein die Dogmatik dazu da sein, konkrete Rechtsprobleme zu lösen, während die Verfassungslehre oder Verfassungstheorie darauf beschränkt wird, dies alles auf einer höheren Ebene – eben als reine Theorie, die für die Praxis irrelevant ist – zu beobachten<sup>12</sup>. Hängt von der Theorie der Verfassung immer auch der praktische Umgang mit ihr ab, kann das nicht richtig sein. Allenfalls kann man dann zwischen Vorannahmen größerer oder geringerer Problemnähe, höheren oder niedrigeren Abstraktionsgrades differenzieren und der Bezug zur Anwendung kann mehr oder weniger direkt sein. Aber es verläuft dazwischen kein Graben. Im Gegenteil steht eine Lehre der Verfassung mit der Dogmatik, diese mit den Buchstaben und Wörtern des Textes in einem inneren Zusammenhang; sie alle greifen ineinander über, bestimmen den Inhalt dessen, was wir als *Verfassungsrecht* zu bezeichnen uns angewöhnt

<sup>12</sup> In diesem Sinne *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 45 ff.; ebenso *G. Roellecke*, Beobachtung der Verfassungstheorie, in: *Deppenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie, § 2 Rn. 7: Verfassungstheorie nur als eine „Weise des Beobachtens“.

haben, heute entscheidend mit, und dies weit mehr als etwa die Vorstellungen derer, die die Verfassung ursprünglich gemacht haben.

Mit diesem Bezug auf das positive Recht wirkt eine Verfassungslehre notwendig auch normativ<sup>13</sup>. Normativ ist sie zuletzt aber auch insofern, als sie nicht ohne irgendeine Art von Parteinahme auskommt. Es ist ja nicht so, dass das, was hier als das maßgebliche Verständnis der Verfassung beschrieben wird, ganz unangefochten oder ganz unproblematisch wäre. Dieses Verständnis hat sich unter bestimmten entgegenkommenden Voraussetzungen entwickelt, es gibt Kräfte, die seine Durchsetzung vorangehen, und solche, die sich ihm entgegenstemmt haben, es stand und steht in der Kritik; in Zeiten von Europäisierung und Internationalisierung ist unklar, was von ihm bleibt und ob überhaupt etwas von ihm bleibt. Darüber hinaus hat es eine Reihe von Auswirkungen, die man nicht alle vorbehaltlos begrüßen wird: Es löst traditionelle juristische Denk- und Argumentationsstrukturen auf, es führt in vielen Bereichen des politischen Lebens zu einem Denken von der Verfassung her, es gibt, wie jeder mann auf den ersten Blick sehen kann, dem Bundesverfassungsgericht erheblichen Einfluss auf den politisch-gesellschaftlichen Prozess, überhaupt entstehen Folgekosten, die benannt werden müssen: für das Rechtssystem, aber auch für die Gesellschaft insgesamt. Unter diesen Umständen bleiben für jede Verfassungslehre letztlich nur zwei Möglichkeiten: Entweder man beschränkt sich wirklich so weit wie möglich auf die bloße Beschreibung dessen, was gerade der Fall ist, vielleicht eben noch ergänzt um Hinweise für den weiteren Umgang damit; dann verhält man sich letztlich affirmativ zu der vorherrschenden Praxis. Oder man hinterfragt diese Praxis auf die sie legitimierenden Gründe, setzt sich mit den verschiedenen Einwänden auseinander und versucht, ihre Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen. Dies ist der Weg, der hier begangen werden soll.

In einem Satz ausgedrückt liegt der Sinn dieses Buch also darin, eine Lesart der Verfassung vorzustellen, über die dann gestritten werden kann: sei es, indem man die zugrunde liegende Beschreibung als falsch, verzerrt oder irreführend zurückweist, also darlegt, sie treffe die Realität gar nicht und diese sei letztlich ganz anders; sei es, indem man die Richtigkeit der Beschreibung im Großen und Ganzen akzeptiert, aber einwendet, die daraus resultierende Praxis sei aus diesen oder jenen Gründen schädlich, bedeute die Abdankung der Rechtswissenschaft oder sei sonst ein großes Unglück. Aber gerade dazu muss man immer erst wissen, worüber man überhaupt spricht.

---

<sup>13</sup> Zu dieser notwendigen Normativität *Morlok*, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, S. 54 ff.