

VERENA FRICK

Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand

POLITIKA

16

Mohr Siebeck

POLITIKA

herausgegeben von

Rolf Gröschner und Oliver W. Lembcke

16



Verena Frick

Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand

Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979

Mohr Siebeck

Verena Frick, geboren 1986; Studium der Politikwissenschaft, Kulturwissenschaft und Journalistik an der Universität Leipzig; 2017 Promotion zum Dr. rer. pol. an der Universität Erfurt; derzeit wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Politische Bildung an der staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Erfurt.

Zugl.: Erfurt, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-16-155860-3 / eISBN 978-3-156167-2
ISSN 1867-1349 (POLITIKA)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. 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 aus der Bembo gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Studie ist die leicht überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die im Sommer 2016 von der Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Erfurt angenommen wurde.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Andreas Anter, der die Arbeit nicht nur angeregt und gefördert hat, sondern ihren Fortgang mit großem Interesse und stetem Zuspruch begleitet hat. Er hat noch zu Leipziger Studienzeiten meine intellektuelle Neugier geweckt und mir zahlreiche Einsichten über die Wissenschaft vermittelt, die mich geprägt haben. Sein Rat hat diese Arbeit in entscheidenden Phasen vorangebracht. Danken möchte ich auch meinem Zweitgutachter Christoph Enders für die Bereitschaft, sich auf dieses interdisziplinäre Projekt einzulassen und für sein waches Interesse, mit dem er es stets verfolgt hat. Ihm und allen Mitgliedern des Arbeitskreises „Geschichte, Methodik und Dogmatik des Öffentlichen Rechts“ sei dafür gedankt, dass ich in diesem Kreis Teile meiner Arbeit vorstellen durfte.

Den nüchternen Blick auf die Besonderheiten einer sehr deutschen Disziplin und einer nicht minder spezifischen Art, Wissenschaft vom Recht zu treiben, verdanke ich Olivier Beaud, der mich zu einem Forschungsaufenthalt an das Pariser Institut Michel Villey eingeladen hat. Auch mit einer Reihe weiterer Personen durfte ich die Thesen dieser Arbeit diskutieren. Christoph Schönberger danke ich für Pariser Gespräche über die Staatsrechtslehre. Mit Gunnar Folke Schuppert konnte ich in Berlin über die Staatsrechtslehre sprechen. Im Greifswalder Kolloquium von Hubertus Buchstein durfte ich einen Ausschnitt aus meiner Arbeit vorstellen. Hannah Bethke hat genauso wie die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Erfurter C2PO-Kolloquiums einzelne Kapitel kritisch gelesen und kommentiert. Meine Mutter Brigitte Frick hat die gesamte Arbeit Korrektur gelesen. Steffen Mingenbach war mir bei der Erstellung des Sachregisters behilflich. Ihnen allen sei dafür herzlich gedankt.

Die Arbeit an dieser Studie wurde erst durch ein Stipendium des Cusanuswerks ermöglicht. Ich danke dem Cusanuswerk sehr für die Gewährung eines vierjährigen Promotionsstipendiums. Zu Dank verpflichtet bin ich auch der FAZIT-Stiftung, die den Abschluss der Arbeit mit einem großzügigen Abschlussstipendium sowie ihre Drucklegung mit einem nicht min-

der großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat. Danken möchte ich auch der Universität Erfurt, die mich nach Abgabe der Dissertation mit einem Abschlussstipendium gefördert hat.

Zwei Personen, ohne die diese Arbeit vielleicht nie zu Ende geschrieben worden wäre, stehen am Ende: André Heydt und unsere Tochter Jovana. Ihnen ist dieses Buch in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Erfurt, im Herbst 2017

Verena Frick

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
I. Einleitung	1
II. Die Verfassung als Staatsersatz	9
1. Ordnung durch Verfassung	12
2. Orientierung durch Verfassung	28
3. Staatsrechtslehre ohne Staat	47
4. Der Aufstieg der Verfassung als normative Verwestlichung?	61
III. Der Staat der Staatsrechtslehre	77
1. Staatsdenken als Ordnungsdenken	81
2. Demokratischer Etatismus	98
3. Institutionelles Staatsdenken	117
4. Staatsdenken gegen den Staat	133
IV. Grenzerfahrungen des Verfassungsdenkens	151
1. Global Constitutionalism	154
2. Ideatives Verfassungsdenken	169
3. Neuer Positivismus	186
V. Der Streit in der Staatsrechtslehre als Generationenkonflikt. Ein Resümee	203
Literaturverzeichnis	219
Sachregister	251

Abkürzungsverzeichnis

AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBbl	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GLJ	German Law Journal
GRGA	Gustav Radbruch Gesamtausgabe
GUG	Geschichte und Gesellschaft
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HWPh	Historisches Wörterbuch der Philosophie
JöR N. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
MWG	Max Weber Gesamtausgabe
ND	Neudruck
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RuP	Recht und Politik
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZfP	Zeitschrift für Politik

„Das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische.“

Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik

I. Einleitung

Glaubt man den verbreiteten Diagnosen über die Lage des grundgesetzlichen Verfassungsstaates zu Beginn des 21. Jahrhunderts, dann geht die Erfolgsgeschichte der Verfassung zu Ende. Beobachter gehen davon aus, dass die Verfassung „ihren Zenit hinter sich“¹ hat. Der Aufstieg der Verfassung unter dem Grundgesetz scheint in einen langsamen, aber unaufhaltsamen Bedeutungsverlust umzuschlagen. Die Verfassung ist, so resümiert Dieter Grimm die verbreitete Wahrnehmung in der Staatsrechtslehre, „wieder fragwürdig geworden“.² Mit der Verfassung kommt binnen kürzester Zeit schon der zweite zentrale Gegenstand der Staatsrechtslehre auf den Prüfstand. Lange hatte sich die Diskussion auf die Frage der Verabschiedung des Staates kapriziert. Einigen galt es bereits als ausgemacht, dass man es „beim juristischen Etatismus mit einem vergangenen, in der Sache überlebten Phänomen“³ zu tun habe, während andere scharf gegen die „Staatsverdrängung“⁴ ihrer Disziplin polemisierten.

Die Kontroverse reagiert nicht zuletzt auf Veränderungen der politischen Wirklichkeit im Zuge von Europäisierung und Internationalisierung. Damit reiht sie sich zugleich ein in die gegenwärtige sozialwissenschaftliche Debatte um den Wandel des Staates als prägender Ordnungsform der Moderne, die ebenfalls auf die Internationalisierung und den Wandel staatlicher Handlungsformen antwortet.⁵ Die zunehmende Anzahl grenzüberschreitender Probleme etwa im Bereich des Umweltschutzes, der Terrorismusbekämpfung oder der Flüchtlingskrise verlangt nach suprastaatlichen Lösungen. Die Folge ist eine verminderte Gestaltungskraft des einzelnen Staates, die aus staatsrechtlicher Perspektive gleichbedeutend ist mit einer verminderten Regelungskraft der nationalstaatlichen Verfassung. Die Verfassung ist

¹ Vesting/Korioth 2011a, S. 3.

² Grimm 2011, S. 379.

³ Möllers 2011, S. XIII.

⁴ Isensee 2004, Rn. 17.

⁵ Vgl. Leibfried/Huber/Lange/Levy/Nullmeier/Stephens 2015; Anter/Bleek 2013; Voßkuhle/Bumke/Meinel 2013; Anter 2012; Dobner 2010; Benz 2008; Zürn 2005; Lietzmann 1994; Voigt 1993; Evans/Rueschemeyer/Skočpol 1985.

auf den Staat bezogen, sie kann nur diejenige Herrschaftsausübung erfassen, die sich ihm zurechnen lässt. Es war ein konservativer Mahner wie Josef Isensee, der seine Disziplin schon früh darauf hingewiesen hat, dass von der bundesrepublikanischen Verfassung nur so viel in Europa übrig bleiben werde, „wie Europa an bundesrepublikanischer Staatlichkeit übrig lässt“.⁶

Insbesondere auf die Infragestellung der Verfassung hat die Staatsrechtslehre mit Sorge reagiert. Dabei handelt es sich für die Disziplin um eine neue Erfahrung, die Verfassungsentwicklung unter dem Grundgesetz bot bislang wenig Anlass zur Beunruhigung. Die wachsende Sorge steht „in auffälligem Kontrast zur über Jahrzehnten gepflegten Erzählung vom beispiellosen Siegeszug von Verfassung und Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz.“⁷ Die Disziplinentwicklung der bundesdeutschen Staatsrechtslehre ist aufs engste mit dem Grundgesetz verknüpft. Die Staatsrechtslehre konzentrierte sich nach 1949 auf die Fortentwicklung der Grundrechtsdogmatik, das quantitative Wachstum des Öffentlichen Rechts sowie auf die Exegese der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts. Wandlungen im Bereich der Verfassung rühren also unmittelbar an das Selbstverständnis der Disziplin.

Noch schärfer wird der Kontrast, wenn man sich vor Augen führt, wie noch wenige Jahre zuvor scheinbar leichtfertig die Verabschiedung des Staates betrieben wurde. Unmissverständlich machte etwa Hasso Hofmann deutlich: „Der Begriff des Staates hat seine systembildende Kraft weithin eingebüßt. Gewinner ist der Verfassungsbegriff.“⁸ Anstatt Sorge spricht eine gewisse Genugtuung aus diesen Sätzen. Die Verabschiedung des Staatsbegriffs hat sich zwar inzwischen als voreilig erwiesen, die Diskrepanz in der staatsrechtlichen Wahrnehmung ist nichtsdestoweniger aufschlussreich. Der Schluss liegt nahe, dass sie etwas mit „Übersteigerungen“⁹ des Verfassungsdenkens unter dem Grundgesetz zu tun hat. Wer wie ein Großteil der Disziplin die „Einheitsstiftung durch die Verfassung“¹⁰ für die gesamte Rechtsordnung zum Kern des Verfassungsbegriffs rechnet und der Überzeugung ist, dass der „bewußt gesetzte und erlebte Neuanfang deutscher Staatlichkeit in der Bundesrepublik ... im Geist der Prinzipien der Verfassung“¹¹ vollzogen wurde, für den scheint die „Entthronung der Verfassung“¹² naturgemäß

⁶ Isensee 1990a, S. 138.

⁷ Schönberger 2011a, S. 7.

⁸ Hofmann 1999, S. 1065.

⁹ Wahl 2003a, S. 434 (im Original kursiv).

¹⁰ Grimm 2012a, S. 54.

¹¹ Wahl 2003a, S. 415.

¹² Koriath 2014a, S. 39.

bedrohlicher als für jemanden, der nicht derlei Hoffnungen in die Verfassung setzt.

Der Blick auf den derzeitigen Diskussionsstand offenbart die Sorge in der Staatsrechtslehre. Neuere Veröffentlichungen haben zunehmend den Charakter der „Selbstreflexion“ angenommen.¹³ Mal versuchen sie das Wissen der Rechtsdogmatik¹⁴ und den „Eigenwert des Verfassungsrechts“¹⁵ zu bestimmen, mal sezieren sie die „Staatsrechtslehre als Mikrokosmos“.¹⁶ Ihnen ist gemeinsam, dass sie bewährte staatsrechtliche Argumentationsfiguren auf den Prüfstand stellen und das verbreitete Selbstverständnis der Disziplin als dogmatische Wissenschaft hinterfragen. Dabei geht es jedoch nicht allein um eine kritische Bestandsaufnahme, sondern um alternative Ansätze und die methodische Ausrichtung der Disziplin.¹⁷ Beschworen wird die „Wiederentdeckung der konzeptionellen Entwurfstradition der Staatsrechtswissenschaft“.¹⁸ Vor diesem Hintergrund ist bereits von einer „neuen Grundsätzlichkeit“¹⁹ der staatsrechtlichen Debatte die Rede.

Allem Anschein nach steht die Staatsrechtslehre vor einem neuen Richtungsstreit. Wie zur Zeit des Weimarer Richtungsstreits hat auch sie es angesichts der Veränderungen des Verfassungsstaates im Zuge von Europäisierung und Internationalisierung mit einem politischen Formenwandel zu tun, dessen Auswirkungen Beobachter bereits im Rang einer „kopernikanischen Wende“²⁰ sehen. Und wie damals ist die Disziplin dazu aufgefordert, sich ihrer Grundlagen zu versichern. Staat und Verfassung als die beiden zentralen Erkenntnisgegenstände der Disziplin sind die Kristallisationspunkte der Kontroverse. Der begriffliche Aspekt ist dabei unmittelbar evi-

¹³ Vgl. *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* 2015. Zur Selbstreflexion wurde die Rechtswissenschaft auch vom Wissenschaftsrat angehalten, der 2012 in seinen Empfehlungen zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ von der Disziplin insgesamt eine „Stärkung der Grundlagenfächer, die Intensivierung des interdisziplinären wie disziplinären Austausches und eine Öffnung der Rechtswissenschaft in die Universität wie in das Wissenschaftssystem“ forderte. Vgl. *Wissenschaftsrat* 2012, Drs. 2558-12.

¹⁴ Vgl. *Kirchhof/Magen/Schneider* 2012.

¹⁵ Vgl. *Vesting/Korioth* 2011b.

¹⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz* 2013a.

¹⁷ Vgl. *Gutmann* 2015; *Funke/Krüper/Lüdemann* 2015; *Funke/Lüdemann* 2009; *Schulze-Fielitz* 2007.

¹⁸ *Schönberger* 2015a, S. 50. Schönberger plädiert darin für eine „zeitgemäße“ Erneuerung der Staatsrechtslehre (ebd., S. 3) und will zugleich den Blick schärfen für spezifisch deutsche Eigenheiten der Staatsrechtswissenschaft. Genau diese Eigenarten werden immer wieder als hinderlich für die internationale Anschlussfähigkeit der Staatsrechtslehre problematisiert. Dazu: *von Bogdandy* 2015.

¹⁹ *Grimm* 2011, S. 379.

²⁰ *Wahl* 2003a, S. 423.

dent. Wie man die Veränderungen von Staatlichkeit und Verfassung beurteilt, welche Bedeutung man dem Staatsbegriff im Recht beimisst und welche methodischen Schlussfolgerungen man daraus zieht, hängt ganz entscheidend vom zugrunde gelegten Staats- und Verfassungsbegriff ab.

Die Frage nach dem Begriffsverständnis von Staat und Verfassung gehört aus politikwissenschaftlicher Perspektive zu den interessantesten Problemen der Staatsrechtslehre. Sie soll im Folgenden im Zentrum der Darstellung stehen. Als „Schlüsselbegriffe des politisch-rechtlichen Denkens“²¹ bündeln Staat und Verfassung übergeordnete Fragen des politischen Gemeinwesens wie diejenige nach den institutionellen Bedingungen der Demokratie, der Legitimation politischer Ordnung oder dem Verhältnis von Politik und Recht wie durch ein Brennglas.²² Wer den Begriff von Staat und Verfassung bestimmen will, kommt an einer Auseinandersetzung mit diesen Fragen nicht vorbei. Diese Arbeit macht es sich zur Aufgabe, den neuen Richtungsstreit in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre aufzuarbeiten und die darin vorgebrachten Staats- und Verfassungsverständnisse zu rekonstruieren sowie disziplinen- und ideengeschichtlich zu kontextualisieren. Das Erkenntnisinteresse ist dabei zweigeteilt: in disziplingeschichtlicher Hinsicht geht es um Weichenstellungen und Entwicklungspfade der Disziplinentwicklung sowie um Brüche derselben. In systematischer Hinsicht steht die Wechselbezüglichkeit von Staats- und Verfassungsdenken im Vordergrund. In einem typisierenden Zugriff werden dabei die Positionen auf die maßgebenden Typen des Staats- und Verfassungsdenkens verdichtet.

Die Untersuchung setzt im Jahr 1979 ein, das den Ausgangspunkt der neueren Debatte um Staat und Verfassung markiert. Anlässlich des 30. Jahrestages der Verabschiedung des Grundgesetzes charakterisierte Dolf Sternberger in einem Zeitungsartikel die politische Identität der Bundesrepublik als „Verfassungspatriotismus“.²³ Die Reaktionen ließen nicht lange auf sich warten. Was der Staatsrechtslehre dabei vor Augen geführt wurde, war eine „Überhöhung“ der Verfassung zu einer „höchsten, geradezu bibelähnlichen Autorität“.²⁴ Der Verfassungspatriotismus verweist auf ein tieferliegendes Phänomen. In diesem Begriff kulminierte gewissermaßen eine Übersteigerung des Verfassungsdenkens, wie sie charakteristisch für die Disziplinentwicklung unter dem Grundgesetz war und die fortan verstärkt wissenschaftlich hinterfragt und damit rechtfertigungsbedürftig wurde. Es entstand überhaupt erst ein Problembewusstsein für die Verfassungsentwicklung un-

²¹ *Wahl* 2010, S. 108.

²² Zum Wechselverhältnis von Politik und Recht: *Frick/Lembcke/Lhotta* 2017, S. 23 ff.

²³ Zuerst in: *FAZ* vom 23. Mai 1979, S. 1; ausführlicher dann: *Sternberger* 1982.

²⁴ *Hesse* 1983, S. 22.

ter dem Grundgesetz. In der nachfolgenden Debatte kam das Unbehagen eines Teils der Staatsrechtslehre angesichts einer „Staatsvergessenheit“ und „Verfassungsschwärmerei“ innerhalb der eigenen Disziplin zum Ausdruck.²⁵ Dabei zeichnete sich bereits eine Frage ab, die die Disziplin bis heute immer wieder beschäftigt hat, nämlich welche Rolle der Staatsbegriff im Verfassungsrecht spielt und was eigentlich der disziplinbegründende Erkenntnisgegenstand ist, Staat oder Verfassung. Dass es in den 1980er Jahren mit dem „Handbuch des Staatsrechts“ und dem „Handbuch des Verfassungsrechts“ gleich zwei Großprojekte gab,²⁶ die beanspruchten, die Grundlagen der Disziplin vom Staat bzw. von der Verfassung her darzustellen, belegt den Diszens über diese Frage anschaulich.

Ebenso wie auf Veränderungen der politischen Wirklichkeit im Zuge von Europäisierung und Internationalisierung reagiert der neue Richtungsstreit also auf die eigene Disziplinentwicklung. Daher richtet die Untersuchung im ersten Teil zunächst den Blick zurück auf die Anfangsjahre der Bundesrepublik (II.). Dass die Disziplinentwicklung nach 1949 dem Grundgesetz und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefolgt ist, wurde vielfach bemerkt.²⁷ Die ersten drei Abschnitte betrachten diese Wechselwirkung und fragen nach den Konsequenzen für das Staats- und Verfassungsdenken. Der vierte Abschnitt verortet die Denkbewegung im Kontext der jüngeren Disziplingeschichte, die die Entwicklung des staatsrechtlichen Denkens als normative Verwestlichung interpretiert. Nach der Darstellung der großen Linien, die die Staatsrechtslehre insgesamt erfasst haben, widmet sich der zweite Teil dem Staatsdenken seit 1979 (III.). Dabei werden vier Typen des Staatsdenkens unterschieden, die jeweils unterschiedliche Facetten des Staatsbegriffs fokussieren. Sie denken den Staat von der Ordnung oder der Demokratie her, begreifen ihn als Institution oder negieren die Relevanz des Staatsdenkens überhaupt. Die Typen werden entlang des Staatsdenkens exemplarischer Autoren verdeutlicht und auf ihre ideengeschichtlichen, theoretischen und methodischen Vorverständnisse hin befragt. In gleicher Weise wird im dritten Teil verfahren (IV.). Die Untersuchung des Verfassungsdenkens konzentriert sich auf drei Typen, und zwar auf den *Global Constitutionalism*, das ideative Verfassungsdenken sowie den Neuen Positivismus. Zusammengefasst stecken die Typen des Staats-

²⁵ Vgl. *Isensee* 2004, Rn. 17. Ebenso: *Depenheuer* 1995; *Merten* 1992; *Isensee* 1986.

²⁶ Das „Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ unter der Herausgabe von Ernst Benda, Werner Maihofer und Hans-Jochen Vogel machte 1984 den Anfang, drei Jahre später folgte das von Josef Isensee und Paul Kirchhof herausgegebene „Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland“.

²⁷ Vgl. nur die Kritik bei *Schlink* 1989.

und Verfassungsdenkens den Kern der gegenwärtigen Selbstverständigungsdebatte ab. Im Tonfall ist diese Debatte auffällig kompromisslos. Der letzte Teil (V.) begibt sich auf die Suche nach den Gründen dafür und nimmt insbesondere die generationelle Dimension der Auseinandersetzung in den Blick.

Eine Gesamtdarstellung des Staats- und Verfassungsdenkens in der neueren Staatsrechtslehre steht bislang noch aus. Diese vorzulegen ist das Ziel dieser Arbeit. Dazu wurden die in Monografien, Sammelbänden und Fachzeitschriften veröffentlichten Debattenbeiträge der Staatsrechtslehrer sowie die Berichte der Staatsrechtslehrertagungen, die stets Aufschluss über den Diskussionsstand der Disziplin und die als besonders relevant erachteten Themen geben, ausgewertet. Auf die Arbeiten der dabei identifizierten Protagonisten des Richtungsstreits stützt sich die Typenbildung. Bei den Autoren handelt es sich um Ernst-Wolfgang Böckenförde, Dieter Grimm, Ulrich Haltern, Josef Isensee, Matthias Jestaedt, Matthias Kumm, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Anne Peters, Gunnar Folke Schuppert, Uwe Volkmann, Andreas Voßkuhle und Rainer Wahl.

Bislang vorliegende Studien, die eine Aufarbeitung der Kontroverse versprechen, sind zumeist selbst Partei innerhalb des Richtungsstreits geblieben. So folgt die von Möllers vorgelegte Theoriegeschichte der Staatstheorie in der Bundesrepublik seiner bereits andernorts explizierten Intention, die Staatsrechtslehre von der Staatsbegrifflichkeit zu befreien.²⁸ Auch die Disziplingeschichte hat sich der Historisierung des Staatsdenkens verschrieben. Frieder Günthers Untersuchung der bundesdeutschen Staatsrechtslehre kommt bereits mit Blick auf die späten 1960er Jahre zu dem Schluss, dass das Denken vom Staat her an ein Ende gekommen ist.²⁹ Dabei fällt auf, dass sich die meisten Studien auf den Staat oder die Verfassung konzentrieren und damit gewissermaßen eine Entweder-Oder-Entscheidung nahelegen. Jestaedt geht etwa bei seiner Standortbestimmung der Verfassungstheorie von einem „wechselseitigen Ausschlussverhältnis“ von Staats- und Verfassungstheorie aus.³⁰ Demgegenüber will diese Arbeit das Staats- und Verfassungsdenken in seiner Wechselbezüglichkeit darstellen.

²⁸ Vgl. Möllers 2008a; sowie bereits ders. 2010 (erste Auflage 2000). Eine ähnliche Intention verfolgt auch: Lepsius 2013a. Im Gegensatz dazu teilt Udo Di Fabio Studie über die Staatsrechtslehre und ihr Verhältnis zum Staatsbegriff zwar ein ähnliches Erkenntnisinteresse, kommt aber zu einer anderen Schlussfolgerung – er verteidigt das Staatsdenken (Di Fabio 2003, S. 77 ff.).

²⁹ Vgl. Günther 2004, S. 321. In eine ähnliche Richtung: Stolleis 2011a.

³⁰ In erster Linie ist diese Position methodisch motiviert, sie folgt einem positivistischen Rechtswissenschaftsverständnis: Jestaedt 2009a, S. 16. Zur Verfassungstheorie allgemein: Depenheuer/Grabenwarter 2010.

Eine Beschäftigung mit der staatsrechtlichen Debatte scheint aus politikwissenschaftlicher Sicht umso lohnenswerter, als es sich bei Staat und Verfassung um *eo ipso* interdisziplinäre Gegenstände handelt. Das heißt auch die politikwissenschaftliche Betrachtung der politischen Institutionen Staat und Verfassung muss ihren Rechtscharakter in Rechnung stellen, wenn sie ihre politische Wirkung und Bedeutung verstehen will. Entsprechend sind die im Rahmen der Typisierung untersuchten Staatsrechtslehrer allesamt zugleich wichtige Referenzautoren der politikwissenschaftlichen Staats- und Verfassungsforschung.³¹ Es ist daher unzutreffend, wenn behauptet wird, dass staatsrechtliche Studien keine Resonanz in der Politikwissenschaft finden.³² Dennoch bleiben die Bezüge häufig punktuell. Auf diese Weise geht der spezifisch rechtliche und insbesondere der rechtswissenschaftliche Kontext der Aussagen verloren und das damit verbundene juristische Selbstverständnis, das jedoch das Staats- und Verfassungsdenken ganz entscheidend prägt. Der interdisziplinäre Ansatz dieser Arbeit versteht sich daher als Brückenschlag zur staatsrechtlichen Debatte. Besonderes Augenmerk liegt auf den demokratie-, politik- und legitimationstheoretischen Implikationen der staatsrechtlichen Begriffsverständnisse sowie der darin zum Ausdruck kommenden Verhältnisbestimmung von Politik und Recht. Der typisierende Zugriff will die maßgebenden Positionen der Staatsrechtslehre ideengeschichtlich einordnen und disziplingeschichtlich kontextualisieren. Es ist das Ziel, die dahinter liegende Systematik der staatsrechtlichen Begriffe von Staat und Verfassung zu erhellen und für die politikwissenschaftliche Debatte anschlussfähig aufzubereiten.

³¹ Vgl. nur *Anter/Bleek* 2013; *Dobner/Loughlin* 2010; *Benz* 2008; *Brodocz* 2009; *ders.* 2003; *Stein* 2007. Auch personell waren die beiden Disziplinen zumindest in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik miteinander verwoben. Es waren juristisch geschulte Politologen wie Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer, Wolfgang Abendroth oder später auch Wilhelm Hennis und Ulrich K. Preuß, die die Politikwissenschaft in der Bundesrepublik geprägt haben.

³² So aber: *Lepsius* 2008, S. 15.

„Haben wir eigentlich den Auftrag, einen Machtkampf aufzuführen, oder den Auftrag, das Problem der Verfassung als Rechtsfrage zu sehen und zu formen?“

Theodor Heuss, Rede im Parlamentarischen Rat

II. Die Verfassung als Staatsersatz

Die Geschichte des Grundgesetzes wird gemeinhin als Erfolgsgeschichte geschrieben. Zu den Verfassungsjubiläen erscheint es den Laudatoren regelmäßig als „Glücksfall“¹ und „erfolgreichste Verfassung der deutschen Verfassungsgeschichte“.² Selbstverständlich war diese Entwicklung indes nicht. Die Öffentlichkeit begegnete den Beratungen des Parlamentarischen Rates weitgehend desinteressiert und die Politik war bemüht, den provisorischen Charakter des Grundgesetzes zu betonen, um nicht die deutsche Teilung vorschnell zu zementieren. In der Staatsrechtslehre herrschte ein nüchterner, sachlicher Ton ohne Enthusiasmus und das Bewusstsein, „sich in einem Übergangsstadium zu befinden“.³ Das Hoffen auf eine baldige Überwindung der deutschen Teilung wurde freilich rasch durch den sich zuspitzenden Ost-West-Gegensatz enttäuscht und schließlich überdauerte das Grundgesetz als ursprüngliches Provisorium selbst die Wiedervereinigung. Damit sollte ein Kritiker wie Werner Weber Recht behalten, der dem Grundgesetz bereits unmittelbar nach seinem Inkrafttreten attestierte, dass es entgegen allen Ankündigungen „den Charakter einer perfekten Verfassung“⁴ trage. In einem Punkt seiner Polemik gegen das Bonner Grundgesetz irrte er jedoch gründlich: mag das Grundgesetz anfangs auch ein „Juristengesetz“⁵ gewesen sein, je länger es galt, desto mehr entwickelte es sich zu einem „Volksgesetz“.⁵

¹ Kirchhof 2009.

² Grimm 2009a, S. 605.

³ Stolleis 2012, S. 135.

⁴ Weber 1949, S. 10.

⁵ Webers Spott bezog sich auf den Stil des Grundgesetzes, das „nichts von unbekümmerter Frische, vorwärtsgreifendem Wagnis und mutiger Entscheidung“ habe. Alles sei „reflektiert, jeder Satz und jedes Wort gewendet und gefeilt, alles normiert und peinlich reguliert“ (Weber 1949, S. 12).

In der Bevölkerung erfreut sich das Grundgesetz bis heute konstant hoher Zustimmungswerte⁶ und als „Exportgut“⁷ diente es zahlreichen Verfassungsgebungsprozessen in Asien, Südamerika und Europa als Vorbild. Über Jahrzehnte hinweg entstand so „die Erzählung vom beispiellosen Siegeszug von Verfassung und Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz“.⁸ Dieser Siegeszug machte sich auch und vor allem in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre bemerkbar, deren Fokus sich nach 1949 zunehmend auf die Verfassung und die Fortentwicklung der Grundrechtsdogmatik verengte. Der Staat als Regelungsgegenstand der Verfassung geriet demgegenüber in den Hintergrund; das Verfassungsrecht absorbierte gewissermaßen das Staatsrecht.⁹

Wechselt man vor diesem Hintergrund die Perspektive und wendet den Blick dem Staat zu, so lässt sich die Erfolgsgeschichte der Verfassung gleichsam als Marginalisierung des Staates lesen. Einem geflügelten Wort zufolge kann es in einer Demokratie ohnehin nicht mehr an Staat geben, „als seine Verfassung zum Entstehen bringt“.¹⁰ Der Autor dieses Satzes, Adolf Arndt, hat damit im Jahr 1963 noch den verfassungsrechtlichen Zugriff auf ehemals rechts- und kontrollfreie Residuen vordemokratischer Staatlichkeit eingefordert. Längst hat sich die Sentenz jedoch von ihrem Ursprung verselbstständigt und steht sinnbildlich für die Prägekraft der Verfassung für Recht, Politik, Gesellschaft und Wissenschaft. Dabei deutet sich bereits ein Verfassungsverständnis an, das die Verfassung nicht allein auf ihre normativ-rechtliche Ordnungskraft beschränkt, sondern ihr ebenso orientierende Wirkung für das Gemeinwesen insgesamt zuschreibt.

Der Aufstieg der Verfassung seit 1949 bildet den Problemhorizont, vor dem sich die anhaltende Kontroverse um Staat und Verfassung seit dem Ende der 1970er Jahre abspielt. In verschiedener Hinsicht reagiert die Debatte auf empfundene Defizite der Verfassungsentwicklung und der Wissenschaft vom Verfassungsrecht seit Gründung der Bundesrepublik. Sämtliche Debattenbeiträge nehmen auf die Erfolgsgeschichte der Verfassung nach 1949 Bezug, sie grenzen sich von ihr ab oder passen sie veränderten Rahmenbedingungen an. Im ersten Teil werden daher zunächst die prägenden Faktoren für diese Erfolgsgeschichte aufgeschlüsselt. Es geht dabei um die

⁶ Die Zustimmung zum Grundgesetz ist zwar hoch, die Kenntnis der Inhalte und Prinzipien jedoch nur ansatzweise vorhanden. Siehe dazu den FAZ-Bericht zu einer Allensbach-Umfrage: *Petersen* 2009.

⁷ *Häberle* 2010 mit Verweis auf die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf Südkorea, Taiwan und Spanien.

⁸ *Schönberger* 2011a, S. 7.

⁹ *Pauly* 2008, Rn. 13. Ebenso: *Hofmann* 1999, S. 1065; *Möllers* 2008a, S. 55; *Stolleis* 2012, S. 246.

¹⁰ *Arndt* 1963, S. 25.

großen Linien, die die Staatsrechtslehre insgesamt erfasst haben und die in disziplingeschichtlicher Hinsicht entscheidend für ihre Entwicklung unter dem Grundgesetz bis in die Gegenwart sind. Als Schlüssel zum Verständnis dieser Entwicklung wird eine institutionentheoretische Perspektive gewählt. Rechnet man die Verfassung zum Kreis der politischen Institutionen und damit mit Gerhard Göhler zu den

„Regelsystemen der Herstellung und Durchführung verbindlicher, gesamtgesellschaftlich relevanter Entscheidungen und Instanzen der symbolischen Darstellung von Orientierungsleistungen einer Gesellschaft“,¹¹

dann geraten mit Ordnung und Orientierung die beiden grundlegenden Wirkungsebenen politischer Institutionen in den Blick. Das analytische Potenzial dieses Zugangs liegt in der Verbindung der beiden Ebenen: die Institution Verfassung ist demnach nicht allein rechtliche Norm, sondern ebenso Adresse gesellschaftspolitischer Sinnzuschreibungen. Damit tritt deutlich hervor, dass die Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes auch durch Erwartungen an die Verfassung und mit ihr verbundene Bedeutungsgehalte konstituiert wird, die ihre rechtlichen Regelungsgehalte zugleich transzendieren.

Diese Sinngehalte kann das Verfassungsrecht selbst nicht vollständig determinieren, sie entstehen erst im Prozess der interpretativen Aneignung der Verfassung. Die institutionentheoretische Perspektive betont daher die Rolle der Interpreten bei der Herausbildung des maßgeblichen Verfassungsverständnisses. Es liegt auf der Hand, dass das Bundesverfassungsgericht und die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zu den besonders relevanten Akteuren für die Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes zählen. Gerade in der anfänglichen Konsolidierungsphase des Verfassungsstaates ist davon auszugehen, dass die beiden weitaus ungebundener agieren konnten als in den Jahrzehnten danach. Sie konnten noch nicht auf eine ausdifferenzierte Verfassungsdogmatik, eine herrschende Meinung oder das Rechtsprechungsverfassungsrecht zurückgreifen, ihre Interpretation der Verfassung legte vielmehr erst den Grundstein für den institutionellen Rahmen der Verfassungsinterpretation. Bei ihrem interpretativen Erstzugriff auf das Grundgesetz in den Anfangsjahren der Bundesrepublik handelt es sich daher um Weichenstellungen der Verfassungsentwicklung. Für sie gilt, was in der Sozialwissenschaft allgemein über Pfadabhängigkeiten gesagt wird: sie „engen die potenziellen Handlungsalternativen ein und beeinflussen so die zukünftige Entwicklungsrichtung in maßgeblicher Weise.“¹²

¹¹ Göhler 1994, S. 39; ders. 1997, S. 579. Grundlegend zur politischen Theorie der Institutionen: March/Olsen 1984.

¹² Beyer 2006, S. 12.

Im Folgenden richtet sich daher der Blick zunächst zurück auf die Anfangsjahre der Bundesrepublik, also auf die Zeitspanne bis zum Lüth-Urteil im Jahr 1958, das allgemein als Zäsur in der Verfassungsentwicklung gesehen wird.¹³ Ausgehend von dieser Zeitspanne werden Pfadabhängigkeiten und Weichenstellungen der Verfassungsentwicklung verfolgt, die das Denken der Staatsrechtslehre bis in die Gegenwart der Kontroverse um Staat und Verfassung beeinflussen. Zwei Fragen leiten die Untersuchung an: Welches Verfassungsverständnis hat sich in der Staatsrechtslehre durchgesetzt und mit welcher Konsequenz für das Staatsdenken? Und wie entwickelte sich die Staatsrechtslehre als wissenschaftliche Disziplin unter dem Grundgesetz und unter dem Eindruck einer institutionalisierten Verfassungsgerichtsbarkeit? Die ersten beiden Abschnitte gehen diesen Fragen entlang der institutionellen Wirkungsebenen der Verfassung nach. Die Untersuchung der Ordnungsdimension der Verfassung konzentriert sich insbesondere auf die Rolle des Bundesverfassungsgerichts und die verfassungsdogmatischen Weichenstellungen seiner Rechtsprechung (1.). Der zweite Abschnitt fragt nach den Sinngehalten der Verfassung, die ihr von der Staatsrechtslehre und dem Bundesverfassungsgericht eingeschrieben wurden (2.). Im Anschluss daran wendet sich die Untersuchung dem Staatsbegriff zu. Angesichts einer Verfassung, die mit politischer Einheitsbildung und einer immensen Ausdehnung ihres Geltungsbereichs ehemals dem Staat zugeschriebene Funktionen übernahm, lautete die zentrale Frage in der Staatsrechtslehre nach 1949, welche Bedeutung der Staatsbegriff für die Disziplin überhaupt noch haben konnte (3.). Eine einflussreiche Selbstbeschreibung der jüngeren Disziplin-geschichte geht dahin, den Aufstieg der Verfassung und die Marginalisierung des Staates als normative Verwestlichung der Staatsrechtslehre zu deuten. Der abschließende vierte Abschnitt kontrastiert diese normative Erfolgsgeschichte mit dem Selbstverständnis der Staatsrechtslehre (4.).

1. Ordnung durch Verfassung

Es ist zum Gemeinplatz in der staatsrechtlichen Literatur geworden, das Verwaltungsrecht, bisweilen sogar das gesamte einfache Recht, als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ zu bezeichnen.¹⁴ In gleicher Absicht ist seit einigen Jahren von der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“¹⁵ die Rede. Da-

¹³ Henne 2005, S. 222.

¹⁴ Zuerst bei: Werner 1959. Dazu: Schönberger 2006.

¹⁵ Schuppert/Bumke 2000.

runter wird die allmähliche „Durchdringung des einfachen Rechts und des dieses einfache Recht erzeugenden politischen Prozesses mit verfassungsrechtlichen Inhalten“ verstanden.¹⁶ Nahezu alle Bereiche der Rechtsordnung empfangen von der Verfassung als oberster Rechtsnorm und insbesondere von den Grundrechten Impulse und Direktiven; kurz: die gesamte Rechtsordnung wird vom Grundgesetz her geordnet. Dieses Ausmaß der Ordnungsfunktion einer Verfassung ist in der deutschen Verfassungsgeschichte präzedenzlos und sucht auch international seinesgleichen.¹⁷ Wie konnte es zu dieser Verstärkung der Ordnungskraft des Grundgesetzes kommen?

Zwar ist jede Verfassung, indem sie die Einrichtung und Ausübung politischer Herrschaft regelt und ihr zugleich verbindliche Grenzen setzt, in erster Linie ein Ordnungsinstrument.¹⁸ Der Verfassungstext allein kann jedoch zunächst nur einen Ordnungsanspruch postulieren. Um „normative Kraft“¹⁹ zu entfalten, kommt es darauf an, dass die Regelungsadressaten die Verfassung als Grundlage ihres Handelns anerkennen und etwaige Verstöße gegen das Verfassungsrecht geahndet werden. Ordnung durch Verfassung und Durchsetzung der Verfassung sind folglich zwei Seiten derselben Medaille. Alle weiteren Verfassungsfunktionen, insbesondere die orientierende und programmatische Wirkung für das politische Gemeinwesen, erscheinen demgegenüber als abgeleitete Funktionen, die nur wirksam werden können, wenn die Verfassung in ihrer basalen Ordnungsfunktion erfolgreich Geltung beansprucht. Trotz divergierender Verfassungsbegriffe im Einzelnen, besteht daher in der Literatur Einigkeit über die grundlegende Ordnungsfunktion der Verfassung.²⁰ Aufstieg der Verfassung bedeutete nach 1949 also zuallererst: Durchsetzung des Ordnungsanspruchs der Verfassung.

Folgt man Konrad Hesses rückblickender Einschätzung, dann war der Aufstieg der Verfassung „im Wesentlichen das Werk der ersten Jahre“.²¹ Hier wurden die entscheidenden Weichen für die Verfassungsentwicklung bis heute gestellt. Meine These lautet, dass ein Zusammenspiel institutioneller und rechtsdogmatischer Faktoren den Ordnungsanspruch des Grundgesetzes einlöste und zugleich ausbaute. Mit der Durchsetzung des Ordnungsanspruchs schwenkte die Staatsrechtslehre auf ein Denken von der Verfas-

¹⁶ Schuppert/Bumke 2000, S. 25. Die verfassungsrechtliche Durchdringung beschränkt sich nicht allein auf das Recht, sondern erstreckt sich auch auf das juristische Denken. Vgl. Hofmann 2011. Kritisch: Wahl 2002, S. 193.

¹⁷ Wahl 2003b, S. 128 ff.; Schönberger 2011b, S. 396; ders. 2011a, S. 9 ff.

¹⁸ Vgl. Anter 2007, S. 166.

¹⁹ Vgl. Hesse 1978.

²⁰ Vgl. Morlok 2006, Sp. 2557; Isensee 2004, Rn. 166 ff.; Böckenförde 1999a, S. 138; Hesse 1999, Rn. 13 ff.; Grimm 1991a, S. 11; Badura 1973, S. 33.

²¹ Hesse 1995, S. 266.

sung her ein. Die daraus resultierenden Pfadabhängigkeiten prägen die staatsrechtliche Diskussion bis heute.

Die Grundlage für die verstärkte Ordnungskraft des Grundgesetzes hatte der Parlamentarische Rat selbst geschaffen, indem er das Grundgesetz als Vorrangordnung konzipierte. Allein der Textbefund liefert ein Bild der Verfassung als „vorgegebener Ordnung“,²² die auf generelle Geltung angelegt ist und der Politik nur begrenzt verfügbar ist: Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG binden die gesamte Staatsgewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht sowie an die verfassungsmäßige Ordnung und schließen Eingriffe in den Wesensgehalt der Grundrechte von an sich zulässigen Eingriffen aus (Art. 19 Abs. 2 GG). Die Verfassungsväter hatten hierbei vor allem die Weimarer Reichsverfassung im Blick, deren Grundrechte nur als Programmsätze anerkannt waren und sich nach verbreiteter Auffassung darin erschöpften, ein Parlamentsgesetz als Grundlage eines Grundrechtseingriffs zu fordern. Demgegenüber stellen die Grundrechte des Grundgesetzes „die Grenze der Zulässigkeit aller sonstigen Normen und den Maßstab ihrer Geltung“ dar und fordern, dass „die einfache Norm im Konfliktfall dem Verfassungsrecht zu weichen hat“.²³ Der Vorrang der Verfassung wird entsprechend wesentlich als „Produkt der grundrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers“ gesehen.²⁴ In Art. 79 Abs. 3 GG entzieht das Grundgesetz zudem seine tragenden Strukturprinzipien der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers.²⁵

Zum „Kern der ordnenden Kraft und rechtlichen Wirkung der Verfassung“²⁶ wurde der Vorranganspruch jedoch erst durch die institutionelle Absicherung durch das Bundesverfassungsgericht. Das Verfassungsrecht gewann dadurch an Durchsetzbarkeit und Verbindlichkeit. Mit Rainer Wahl kann man sagen, dass der „Zusammenhang zwischen materieller Überordnung der Verfassung und ihrer prozessualen Durchsetzung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit konstitutiv“²⁷ für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist. Dabei bringt der Vorrang der Verfassung eine rechtssystematische sowie eine institutionelle Relation zum Ausdruck:

²² Böckenförde, 1999b, S. 181.

²³ Isensee 1992, Rn. 38.

²⁴ Schönberger 2011b, S. 385.

²⁵ Kritisch: Dreier 2009, S. 57ff. Dreier sieht in der Ewigkeitsklausel einen Akt der „Verfassungsverewigung“ und moniert die Beschränkung des verfassungsändernden Gesetzgebers.

²⁶ Böckenförde 1999b, S. 161.

²⁷ Wahl 2003b, S. 122.

„Der Vorrang der Verfassung bedeutet den *Nachrang* des Gesetzes. Das wiederum heißt zugleich Nachrang des Gesetzgebers, und zwar ... jeweils aktuell gegenüber der Instanz, die die Verfassung verbindlich auslegt.“²⁸

Die Verbindung aus vorrangiger Norm und Institution mit Letztentscheidungskompetenz in Verfassungskonflikten entfaltete eine wirkmächtige Dynamik für die Verfassungsentwicklung unter dem Grundgesetz. Ohne das institutionelle Neuangebot der Verfassungsgerichtsbarkeit wäre der Erfolg des Grundgesetzes nach 1949 undenkbar gewesen. Der Aufstieg der Verfassung und der Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts gingen Hand in Hand.²⁹

Doch auch der Status des Bundesverfassungsgerichts war noch weitgehend ungeklärt, als es im September 1951 mit zweijähriger Verspätung gegenüber den übrigen Verfassungsorganen seine Arbeit aufnahm. Sollte das Bundesverfassungsgericht ein oberstes Bundesgericht für Verfassungsfragen sein, organisatorisch dem Justizministerium unterstellt und den anderen obersten Fachgerichten nebengeordnet, oder sollte es den Status eines Verfassungsorgans erhalten, hervorgehoben aus der übrigen Gerichtsbarkeit und organisatorisch unabhängig gegenüber Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident und Bundesregierung? An dieser Frage entzündete sich unmittelbar nach Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts der sogenannte „Status-Streit“³⁰ zwischen dem Gericht und der Adenauer-Regierung. Dabei ging es für das Bundesverfassungsgericht um die Problematik einer doppelten Abgrenzung: einmal gegenüber der Fachgerichtsbarkeit in Gestalt der obersten Bundesgerichte und andererseits gegenüber den anderen Verfassungsorganen.³¹

Im Parlamentarischen Rat war die Frage des Status des Bundesverfassungsgerichts zwar thematisiert worden, eine Einigung wurde jedoch nicht erzielt und entsprechend offen blieb der Text des Grundgesetzes.³² Es kam also auf die Stellung an, die das Gericht für sich reklamierte bzw. die anderen Verfassungsorgane bereit waren, ihm zuzubilligen. Aus der Not dieser anhaltenden Unklarheit machte das Gericht eine Tugend: in einer beispiellosen Geste der Selbstermächtigung erklärte es sich kurzerhand selbst zum

²⁸ *Wahl* 2003b, S. 123 (Hervorhebung im Original).

²⁹ Vgl. *Schönberger* 2011a, S. 16; *Jestaedt* 2011a, S. 84; *Grimm* 2012b, S. 189.

³⁰ Dazu: *Lembcke* 2015; *Baldus* 2005; *Häußler* 1974, S. 23 ff.

³¹ Als das Bundesverfassungsgericht seine Arbeit aufnahm, beanspruchten auch das Bundesarbeitsgericht unter der Leitung von Hans Carl Nipperdey sowie der Bundesgerichtshof unter Hermann Weinkauff die Kompetenz, das Grundgesetz verbindlich auszulegen. Vgl. *Henne* 2005, S. 209 ff.

³² Vgl. *Lembcke* 2007, S. 86 f.

obersten „Hüter und Garant der Verfassung“.³³ Seine Auffassung über Status und Stellung des Gerichts und seiner Richter teilte es den obersten Bundesorganen ungefragt in einer Denkschrift mit – verbunden mit der Aufforderung, „daran mitzuwirken, dass der verfassungsmäßige Zustand beim Bundesverfassungsgericht hergestellt wird.“³⁴ Selbstbewusst heißt es im ersten Satz der Denkschrift, die maßgeblich aus der Feder von Gerhard Leibholz stammt:³⁵

„Das Bundesverfassungsgericht als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan.“³⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat sich also von Beginn an als Institution *sui generis* begriffen. Bereits bei seiner Amtseinführung erklärte Hermann Höpker-Aschoff als erster Präsident des Gerichts, dass das Bundesverfassungsgericht „keine feste Tradition“ kenne.³⁷ Bewusst kappte das Gericht damit eine Kontinuitätslinie zum Weimarer Staatsgerichtshof, dessen Kompetenz sich im Wesentlichen in organisationsrechtlichen Fragen erschöpft hatte. Umso erstaunlicher ist es, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit der Selbstbeschreibung als „oberster Hüter der Verfassung“ einer Formel bediente, die in der Weimarer Staatsrechtslehre kontrovers zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen diskutiert worden war, letztlich aber ohne Ergebnis. Erst indem Leibholz knapp 25 Jahre später das Bundesverfassungsgericht in der Status-Denkschrift zum „Hüter der Verfassung“ machte, beendete er *en passant* die Weimarer Debatte – ohne sich dabei noch einmal auf eine vertiefte verfassungstheoretische Argumentation einzulassen. Um eine erneute Ausein-

³³ Leibholz 1957a, S. 127.

³⁴ Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts 1957, S. 144. Die Stellung als Verfassungsorgan hatte vor allem Konsequenzen in Haushalts-, Personal- und Geschäftsordnungsfragen, in welchen das Gericht Autonomie beanspruchte.

³⁵ Gerhard Leibholz prägte das Bundesverfassungsgericht in den Anfangsjahren der Bundesrepublik wie kein zweiter. Neben seiner Parteienstaatslehre und seiner Interpretation des Gleichheitssatzes, die sich unmittelbar in der Rechtsprechung niederschlugen, formte er als Berichterstatter vor allem die Außendarstellung des Gerichts im Status-Streit, sodass sich letztendlich seine Auffassung des Hüters der Verfassung durchsetzte, auch intern. Zu den Positionen Leibholz': Kaiser 2013; siehe auch Wiegandt 1995, S. 272 ff. Unter den damaligen Verfassungsrichtern galt Leibholz' Position keineswegs unumstritten. Neben Willi Geiger traten außerdem Ernst Friesenhahn und Martin Drath mit eigenen Konzepten der Verfassungsgerichtsbarkeit hervor. Vgl. Geiger 1957; zu den einzelnen Modellen Lembcke 2007, S. 106 ff.

³⁶ Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts 1957, S. 144. Bereits in einer Entscheidung vom 20. März 1952 nannte sich das Bundesverfassungsgericht „Hüter der Verfassung“ (BVerfGE 1, 184 (196 ff.)).

³⁷ Höpker-Aschoff 1963, S. 1.