

# Einführung

An den meisten Universitäten in Deutschland beginnt das Studium des Öffentlichen Rechts mit einer Vorlesung zum **Staatsorganisationsrecht**<sup>1</sup>. Nur an einigen wenigen stehen die **Grundrechte** am Anfang. Für Letzteres lässt sich die Gliederung des Grundgesetzes anführen, das mit dem Abschnitt über die Grundrechte beginnt. Zudem weisen die Grundrechte mit ihrer Funktion, die Freiheit und Rechtsgleichheit der Menschen zu schützen, eine größere Nähe zur Erfahrungswelt der Studierenden auf als das Staatsorganisationsrecht. Dennoch sprechen gewichtige systematische Gründe dafür, gerade das Staatsorganisationsrecht an den Anfang der Ausbildung zu stellen. Unbeschadet des rechtsphilosophischen Ursprungs der Grundrechte in den naturrechtlich und damit vorstaatlich gedachten Menschenrechten<sup>2</sup> ist die Bedeutung und der rechtliche Gehalt von Grundrechten nur im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen über die Organisation und Ausübung der staatlichen Gewalt zu verstehen. Plakativ gesprochen: Grundrechte in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie haben eine andere Bedeutung als Grundrechte in einer sozialistischen Räte-demokratie, denn Grundrechte entfalten ihre Funktion nicht nur gegenüber, sondern auch vermittelt durch die staatliche Gewalt. Um die rechtliche Bedeutung und tatsächliche Tragweite von Grundrechten zu verstehen, ist es nötig, die rechtliche Organisation der staatlichen Herrschaft zu kennen. Sie gilt es daher als Erstes kennenzulernen.

Das **Staatsorganisationsrecht** und die Grundrechte gehören zum Staatsrecht bzw. zum Verfassungsrecht<sup>3</sup>. Es ist abzugrenzen von der **allgemeinen Staatslehre**. Letztere fragt entweder philosophisch nach den Bedingungen des guten Staates oder bildet auf der Grundlage empirischer Untersuchungen Theorien über das Funktionieren von Staaten. Das Staatsrecht befasst sich dagegen mit der rechtlichen Verfassung eines konkreten Staates. Die verschiedenen Betrachtungsweisen und Erkenntnisinteressen in Bezug auf den Staat sind einerseits in Fragestellung und Methode eigenständig, andererseits aufeinander angewiesen. Staatsrecht und Staatspraxis sind das empirische Material für die Staatslehre; staatsphilosophische und staats-theoretische Erkenntnisse ermöglichen die Orientierung an einem außerhalb des geltenden Rechts liegenden Maßstab der Gerechtigkeit und der guten Ordnung und bereichern damit den Richtigkeitsmaßstab innerhalb des geltenden Rechts um eine Außenperspektive.

## 1. Begriff und Aufgaben des Staates

Der **Begriff des Staates** bezieht sich auf die **Herrschaft** von Menschen über Menschen. Er ist entstanden in Ablösung von und als Gegenbegriff zu einem auf persönlichen

1 Zu Gegenstand und Stellung im Rechtssystem Rn. 6.

2 Diese aufklärerisch-naturrechtliche Menschenrechtskonzeption findet sich in den frühen Grundrechtskodifikationen in Nordamerika und Frankreich, so zB. Art. 1 der Virginia Declaration of Rights von 1776: „That all men are *by nature* equally free and independent, and have certain *inherent rights* (...)“ (Hervorhebungen der Verfasserin); auch die französische Déclaration des droits de l’homme et du citoyen von 1789 charakterisiert in seiner Präambel Grundrechte als „les droits *naturels, inaliénables* et sacrés de l’homme“ und stellt in ihrem Art. 1 heraus, dass die Menschen frei und gleich an Rechten geboren sind (Hervorhebungen der Verfasserin); s. dazu auch *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, §§ 35 und 36.

3 S. zu den Begriffen unten Rn. 7.

Treueiden beruhendem Personenverband.<sup>4</sup> Der Begriff des Staates ist damit das Ergebnis einer Versachlichung von Herrschaft. An die Stelle der Treuebindung zu einer Person tritt die rechtliche Bindung an ein Gemeinwesen. Auf das äußerste formalisiert lässt sich der Begriff des Staates mit *Georg Jellinek* (1851–1911) auf die drei Elemente **Staatsvolk**, **Staatsgebiet** und **Staatsgewalt**<sup>5</sup> reduzieren, wobei alle drei Elemente normative Gehalte haben: Regelungen über die Zugehörigkeit zum Staatsvolk, (völkerrechtliche) Regelungen über die Grenzen, Regelungen über die Ausübung der staatlichen Macht<sup>6</sup>.

- 4 Diese **formale Definition** des Staatsbegriffs, die ihre Bedeutung vor allem im **Völkerrecht** hat, weil sie den jeweiligen Staaten die Selbstbestimmung hinsichtlich ihrer inneren Organisation überlässt<sup>7</sup>, kann um inhaltliche (aufgabenbezogene) Merkmale ergänzt werden. Einigkeit besteht darüber, dass die Aufrechterhaltung der Friedensordnung nach innen und die Gewährleistung der Sicherheit nach außen die wesentlichen **Staatsaufgaben** darstellen.<sup>8</sup> Den freiheitlich-demokratischen Staaten liegt dabei die Idee zugrunde, dass die Menschen sich zusammengeschlossen haben, um diese Ziele gemeinsam zu verwirklichen. Zu diesem Zweck verzichten sie auf einen Teil ihrer angeborenen Rechte und setzen Organe ein, die sie mit der **Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit** betrauen.<sup>9</sup> Von grundlegender Bedeutung ist hierfür der Verzicht auf die gewaltsame Durchsetzung der eigenen Rechte. Allein der Staat

4 S. dazu *D. Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2013, § 25 II 2; *P. Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, Einleitung Rn. 2; *M. Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts, Band 1: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, 1988, Viertes Kapitel: Ius Publicum Imperii Romano-Germanici, S. 126 ff. *Stolleis* weist auf den Zusammenhang der Staatsbegriffsbildung mit den Religionskriegen hin und stellt insbesondere die von *Jean Bodin* (1530–1596) als Reaktion hierauf entwickelte Souveränitätslehre dar, S. 170 ff.

5 Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 174 ff., S. 394 ff.; diese Definition ist im Völkerrecht anerkannt, vgl. hierzu exemplarisch Art. 1 der sog. Montevideo-Konvention über die Rechte und Pflichten der Staaten vom 26.12.1933: „The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with the other states.“ Zur Staatlichkeit der Bundesländer am Maßstab der drei Elemente s. unten Rn. 687 ff.

6 *Staatsgebiet* wird hierbei als „durch Grenzen gekennzeichnete Zusammenfassung von geographischen Räumen unter eine gemeinsame Rechtsordnung“; *Staatsvolk* als „auf Dauer angelegten Verbund von Menschen“ und *Staatsgewalt* als „Fähigkeit eine Ordnung auf dem Staatsgebiet zu organisieren“ und (...) nach außen mit anderen Staaten in Beziehung zu treten, definiert, s. *V. Epping* in: *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 3, 76, 137; im Zuge des Europäisierungs- und Internationalisierungsprozesses und der mit ihm verbundenen Übertragung von Hoheitsgewalt auf nichtstaatliche Akteure werden zunehmend Modifikationen des Staatsbegriffes diskutiert, vgl. den Begriff der „offenen Staatlichkeit“ entwickelt von *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 292/293, 1964 oder das Konzept des internationalen Systems als Modell von Aufgabenerfüllungsebenen, *St. Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext international institutionalisierter Kooperation, 1998; *R. Wahl*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 2003, 1145 ff.; *A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber* (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band II: Offene Staatlichkeit, 2008.

7 Sog. Verfassungsautonomie vgl. *V. Epping* in: *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 137 ff.

8 S. hierzu *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 33.

9 *J. Locke* (1632–1704), Zwei Abhandlungen über die Regierung, abgedruckt in: *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 127 oder *R. Weber-Fas*, Staatsdenker der Moderne, 2003, S. 90: „Da die Menschen (...) von Natur aus alle frei, gleich und unabhängig sind, kann niemand ohne seine Einwilligung aus diesem Zustand verstoßen und der politischen Gewalt eines anderen unterworfen werden. Die einzige Möglichkeit, mit der jemand diese natürliche Freiheit aufgibt (...), liegt in der Übereinkunft mit anderen, sich zusammenschließen und in eine Gemeinschaft zu vereinigen, mit dem Ziel eines behaglichen sicheren und friedlichen Zusammenlebens, in dem sicheren Genuss ihres Eigentums und in größerer Sicherheit gegenüber allen, die nicht zu dieser Gemeinschaft gehören.“; einführend zu Leben und Wirken von *J. Locke* s. *R. Weber-Fas*, aaO., S. 87 ff.

besitzt das **Gewaltmonopol**.<sup>10</sup> Unter den Privatpersonen herrscht dagegen ein Gewaltverbot. Sie müssen sich des Staates zur Durchsetzung der von ihnen behaupteten Rechte bedienen. Das Recht erweist sich damit als den Staat konstituierendes Element wie auch als wesentliches Instrument zur Erfüllung seiner Aufgaben.

## 2. Die grundlegenden Rechtsbeziehungen im Staat

Es lassen sich innerhalb des Staates drei grundlegende Rechtsbeziehungen unterscheiden<sup>11</sup>:

- die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatpersonen, die einander prinzipiell gleichberechtigt gegenüberstehen,
- die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatpersonen und der organisierten Staatlichkeit (Staat im engeren Sinne),
- die Rechtsbeziehungen innerhalb der organisierten Staatlichkeit.

Alle drei Arten von Rechtsbeziehungen finden sich auch grenzüberschreitend, keineswegs nur, aber besonders intensiv infolge der europäischen Integration, wobei anstelle der organisierten Staatlichkeit dann von der europäischen Hoheitsgewalt oder dem europäischen Hoheitsverband zu sprechen ist.

## 3. Stellung des Staatsorganisationsrechts im Rechtssystem (inkl. europarechtlicher und völkerrechtlicher Bezüge)

Abgeleitet aus den genannten grundlegenden Rechtsbeziehungen lässt sich ein Überblick über das Rechtssystem gewinnen und die Stellung des Staatsorganisationsrechts darin bestimmen.

Die Rechtsbeziehungen zwischen den prinzipiell gleichgeordneten Privatpersonen sind Gegenstand des Privatrechts. Die besondere Rechtsmacht der organisierten Staatlichkeit ist Gegenstand des Öffentlichen Rechts. Infolge der Monopolisierung der Gewaltausübung (Gewaltmonopol) beim Staat ist auch das Strafrecht zu einer Materie des Öffentlichen Rechts geworden, das jedoch aufgrund seiner vorstaatlichen Wurzeln und seines spezifischen Zwecks ein eigenes Fachgebiet bildet. Das **Öffentliche Recht** (im eigentlichen oder engeren Sinne) lässt sich weiter gliedern in das **Staatsrecht** und in das **Verwaltungsrecht**. Das Staatsrecht umfasst die für das konkrete Staatswesen maßgeblichen Grundentscheidungen über die Bildung, Ausübung und Kontrolle der Staatsgewalt – das ist das **Staatsorganisationsrecht** –, über das Verhältnis zwischen der organisierten Staatlichkeit und den Individuen bzw. der Gesellschaft – dies ist Gegenstand des Grundrechtsabschnitts – sowie über das Verhältnis des Staates nach außen. Das allgemeine und besondere Verwaltungsrecht umfasst die inhaltlichen und verfahrens-

10 Die Idee der „Friedensstiftung durch Machtmonopolisierung“ (W. Kersting, aaO., S. 85) geht auf *Th. Hobbes* (1588–1679) zurück, vgl. hierzu die Auszüge und Kommentierungen des „Leviathan“ ebenda, S. 59 ff. oder *R. Weber-Fas*, aaO., S. 51 ff. Sie wurde von *J. Locke* aufgegriffen und im Sinne einer liberalen Staatsordnung weiterentwickelt; s. *W. Kersting*, aaO., S. 127 ff.: anders als bei *Th. Hobbes* wird Sicherheit nicht von einem mit absoluter Gewalt ausgestatteten rechtlich ungebunden „Leviathan“ gewährleistet, sondern durch „konstitutionelle und gouvernemental-administrative politische Selbstorganisation der bürgerlichen Gesellschaft“, *W. Kersting*, aaO., S. 132; vgl. auch die Staatsdefinition von *M. Weber*, Politik als Beruf, in: *R. Weber-Fas*, aaO., S. 355: „Der Staat ist, ebenso wie die ihm geschichtlich vorausgehenden politischen Verbände, ein auf das Mittel der legitimen (dh. als legitim angesehenen) Gewaltsamkeit gestütztes Herrschaftsverhältnis von Menschen über Menschen.“

11 Vgl. *Ch. Herrmann*, Die Rechtsverhältnisse des Verfassungsrechts, Jura 2006, 576 (577 f.); *Herrmann* unterteilt die Rechtsbeziehungen innerhalb der organisierten Staatlichkeit in den Rechtskreis der Verfassungsverbände, also Bund, Länder, Gemeinden und Landkreise und den Rechtskreis der Verfassungsorgane und -organeile; daneben besteht der völker- und europarechtliche Rechtskreis, der die Beziehung Deutschlands zu anderen Staaten, internationalen und supranationalen Organisationen betrifft.

bezogenen Regelungen über die verschiedensten Betätigungsfelder der Exekutive (= vollziehenden Gewalt), von denen beispielhaft das Polizeirecht, das Baurecht und das Immissionsschutzrecht genannt seien. Da das Staatsrecht die Grundentscheidungen über die organisierte Staatlichkeit sowie ihr Verhältnis zur Gesellschaft umfasst, ist es von grundlegender Bedeutung für das Verwaltungsrecht. Verwaltungsrecht ist heute vor allem im Bereich des Gefahrenabwehrrechts zum großen Teil „konkretisiertes Verfassungsrecht“<sup>12</sup>.

- 7 Der Begriff des **Verfassungsrechts** wird vielfach identisch mit dem Begriff des Staatsrechts gebraucht (materielles Verständnis).<sup>13</sup> Zuweilen bezeichnet er nur das in der jeweiligen Verfassungsurkunde niedergelegte Staatsrecht (formelles Verständnis).<sup>14</sup> Soweit der Begriff auf den Inhalt einer Verfassungsurkunde verweist, kann er auch vollkommen vom Staatsbegriff gelöst werden<sup>15</sup>: Die Verwendung des Verfassungsbegriffs reicht von der Betriebsverfassung über die Kommunalverfassung und die Verfassung der Europäischen Union<sup>16</sup> bis hin zur Verwendung des Verfassungsbegriffs im Völkerrecht<sup>17</sup>.
- 8 Das Herzstück des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland findet sich im Grundgesetz, erschöpft sich darin aber nicht, geht also über das Verfassungsrecht im formellen Sinne hinaus. Einfache Gesetze, die staatsrechtliche Regelungen enthalten, sind etwa das Staatsangehörigkeitsgesetz, das Bundeswahlgesetz, das Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten, das Bundesministergesetz oder das Abgeordnetengesetz. Auch Geschäftsordnungen können staatsrechtlichen Inhalt haben, etwa die Geschäftsordnungen des Bundestages, des Bundesrates oder der Bundesregierung. Ganz überwiegend finden sich entsprechende Rechtssetzungsbefugnisse in der Verfassungsurkunde selbst,<sup>18</sup> worin sich die grundlegende Funktion der Verfassung für die gesamte Rechtsordnung zeigt.
- 9 Festzuhalten ist, dass das Staatsorganisationsrecht der Teil des Staatsrechts und damit des Öffentlichen Rechts ist, der sich mit den grundlegenden Entscheidungen über die Konstituierung der Staatsorgane, deren Aufgaben und Rechtsverhältnisse untereinander sowie den Staatsfunktionen und deren Kontrolle befasst.

12 Dieser vielzitierte Ausspruch stammt vom ehemaligen Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.

13 *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925 (Nachdruck 1966), S. 252 f.

14 *R. Zippelius/Th. Würtenberger*, Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 5 Rn. 7, S. 41 f.

15 *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, Teil 2: Ablösung der Verfassung vom Staat, S. 95 ff. mwN.

16 In bewusster Abgrenzung zum staatsrechtlichen Verfassungsbegriff wird allerdings häufig vom „Verfassungsvertrag“ bzw. „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ gesprochen, s. etwa die Terminologie im Gesetzentwurf, BT-Dr. 15/4900 oder *K.H. Fischer*, Der Vertrag für eine Verfassung der Europäischen Union, 2004.

17 Insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention wird als eine die nationalen Verfassungen ergänzende Teilverfassung bezeichnet, vgl. *Ch. Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999), 961 (964); *F. Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Staat 2001, 349 ff.; für Verfassungsregelungen des Völkerrechts (Gewaltverbot, Menschenrechte) s. *R. Uerpmann*, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 ff.; *Ph. Kunig*, Völkerrecht als Öffentliches Recht – Ein Glasperlenspiel, in: Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 325 ff.

18 S. Art. 38 Abs. 3 GG für das BWahlG, Art. 45c Abs. 2 GG für das Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses des Bundestages; Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG für das BVerfGG; Art. 48 Abs. 3 GG für weite Teile des AbgG, hingegen ohne entsprechende grundgesetzliche Ermächtigung das Untersuchungsausschussgesetz (PUAG) oder das BMinG; Geschäftsordnungsautonomie ist für den Bundestag in Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, für den Bundesrat in Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GG und für die Bundesregierung in Art. 65 Satz 4 GG vorgesehen.

#### 4. Verfassungsauslegung

Erkenntnisziel der Rechtswissenschaft als **Rechtsdogmatik**<sup>19</sup> ist es, den Sinn von Rechtssätzen zu ermitteln. Diese Frage lässt sich stellen im Blick auf den Sinnzusammenhang innerhalb einer Rechtsordnung wie auch im Blick auf den Sinn (die Bedeutung) eines Rechtssatzes in Bezug auf ein konkretes Problem.<sup>20</sup> Mit der Frage nach Sinn und Bedeutung eines von Menschen geschaffenen Gegenstandes erweist sich die Rechtswissenschaft als eine hermeneutische Wissenschaft. Hermeneutik ist die Lehre vom Sinnverstehen. Rechtsdogmatik ist Bestandteil der Rechtswissenschaft, weil und soweit sie ergebnisoffen mit rational nachvollziehbaren Methoden nach dem Sinn von Rechtssätzen fragt.<sup>21</sup> Da ihr Gegenstand das geltende Recht ist, ist sie von herausragender Bedeutung für Ausbildung und Praxis. Die anderen Disziplinen der Rechtswissenschaft werden insoweit richtig als Grundlagenfächer bezeichnet, als sie die historischen, philosophischen, soziologischen und theoretischen Grundlagen vermitteln, die einen kritischen Umgang mit dem geltenden Recht ermöglichen, zu seinem richtigen Verständnis beitragen und es für neue Entwicklungen offen halten.

Den für die Rechtswissenschaft (Rechtsdogmatik) klassischen Kanon von **Auslegungsmethoden** hat *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) formuliert.<sup>22</sup> Ausgangsbasis und Grenze der Auslegung ist der **Wortlaut** eines Rechtssatzes. Die verwendeten Begriffe sind jedoch in der Regel unscharf. Dies zeigt sich selbst bei vermeintlich eindeutigen Bestimmungen angesichts konkreter Streitfälle, die den Text zum Problem werden lassen.

So stellte sich etwa angesichts der Vertrauensfragen von Bundeskanzler *Kohl* und später von Bundeskanzler *Schröder* auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 GG das Problem, ob diese Frage rein formal und mit dem Ziel, die Rechtsfolge der Parlamentsauflösung herbeizuführen, gestellt werden darf oder ob sie wahrhaftig auf die parlamentarische Bestätigung des Vertrauens in den Kanzler gerichtet sein muss.<sup>23</sup> Auch der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 GG: „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.“ ist nicht eindeutig, denn er sagt

19 Demgegenüber fragt die Rechtsphilosophie losgelöst vom geltenden Recht nach der Idee des Rechts und in diesem Zusammenhang nach der Gerechtigkeit (so entwickelte 1971 der Rechtsphilosoph *J. Rawls* in „A Theory of Justice“ die vertragstheoretische Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness, s. hierzu *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 259 ff.); die Rechtstheorie fragt nach den Funktionsbedingungen des Rechts; die Rechtssoziologie fragt empirisch nach den Wirkungen des Rechts; die Rechtsgeschichte erforscht dogmengeschichtlich oder spezifisch historisch die Gründe und Formen des Rechtswandels, näher hierzu *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 3 Rn. 55 ff.

20 S. dazu *U. Mager*, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, JA Sonderheft 2006, 33 (34): Die Erfassung des Sinnzusammenhangs innerhalb einer Rechtsordnung lässt sich in Anschluss an *Rudolf von Jhering* (1818–1892) als theoretische Rechtsdogmatik, in Bezug auf ein konkretes Problem als praktische Rechtsdogmatik bezeichnen, vgl. *R. v. Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlass herausgegeben und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftlichen Einordnung versehen von *Okko Behrends*, 1998, S. 47 (79 ff.); zur Begriffs- und Interessenjurisprudenz s. *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 6 Rn. 149–154.

21 S. dazu *U. Mager*, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, JA Sonderheft 2006, 33 ff.

22 *F.C. von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, 1840, Viertes Kapitel: Auslegung der Gesetze, § 33 Grundregeln der Auslegung, S. 212 ff.; anstatt teleologischer Auslegung spricht *von Savigny* allerdings von „logischer Auslegung“: zwar ist aus dem Gesetzesgrund ggf. auch korrigierend auszulegen, allerdings hält er es für bedenklich, eine ratio legis bei der Auslegung zu berücksichtigen, die im Gesetz selbst keinen Anhalt findet, s. § 34, S. 216 ff.; zu Leben und Werk s. *G. Kleinbeyer/J. Schröder* (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, S. 366 ff. mwN.

23 S. dazu BVerfGE 62, 1 ff. – *Vertrauensfrage Kohl*; BVerfGE 114, 121 ff. – *Vertrauensfrage Schröder*; zur Auslegung s. *U. Mager*, Zur Auslegung und Justitiabilität von Art. 68 GG, Jura 2006, 290 ff. und noch unten Rn. 362 ff.

10

11

nichts über die Anordnung der Farben, etwa ob es sich um Kreise oder Farbstreifen handelt, um eine horizontale oder vertikale Ausrichtung.

Um die Mehr- bzw. Vieldeutigkeit von Begriffen zu reduzieren, kommen als weitere Auslegungsmethoden die systematische, die teleologische und die historische Auslegung zur Anwendung.

- 12** Die **systematische Auslegung** fragt nach dem Sinn des Wortlauts im Zusammenhang mit dessen Stellung im Gesetz als Ganzes. So folgt etwa aus der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG, dass der Begriff „Akt der öffentlichen Gewalt“ im Zusammenhang mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG Parlamentsgesetze umfasst. Aus dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für Parlamentsgesetze (Argument aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, Art. 100 GG) ergibt sich demgegenüber, dass Rechtsschutz durch die in Art. 19 Abs. 4 GG angesprochene Gerichtsbarkeit nicht auf die Nichtigerklärung von Parlamentsgesetzen gerichtet sein kann; der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 Abs. 4 umfasst daher, trotz gleichen Wortlauts, Legislativakte nicht<sup>24</sup>.
- 13** Von großer Bedeutung ist die **teleologische Auslegung**, die nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm fragt. Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG ist die Gewährleistung von Rechtsschutz durch Gerichte, also Richter. Würden Akte der Judikative zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gezählt, so führte dies zur Garantie eines Rechtsschutzes vor dem Richter, mit anderen Worten zur Garantie eines unendlichen Instanzenzuges. Daraus wird gefolgert, dass der Begriff „öffentliche Gewalt“ im Rahmen der Rechtsweggarantie ausschließlich Akte der vollziehenden Gewalt meint.<sup>25</sup> Als weiteres Beispiel lässt sich der Zweck des Art. 68 GG, auf Regierungsstabilität hinzuwirken, anführen, aus dem sich ein teleologisches Argument gegen eine rein formale Lesart des Vertrauensbegriffs im Rahmen der Vertrauensfrage des Bundeskanzlers und damit gegen dessen Umfunktionierung zu einem Instrument der Parlamentsauflösung gewinnen lässt. Einen Sonderfall systematisch-teleologischer Auslegung stellt es dar, wenn der Verfassung insgesamt ein Sinn und Zweck zugewiesen wird, in dessen Lichte alle Verfassungsnormen auszulegen sind.<sup>26</sup>
- 14** Innerhalb der historischen Auslegung ist die Entstehungsgeschichte (**genetische Auslegung**) und die Dogmengeschichte (**historische Auslegung** i.e.S.) zu unterscheiden. Die *Entstehungsgeschichte* fragt nach den Gründen und Umständen für den Erlass einer Norm. Sie hat eine Nähe zur subjektiven Auslegungsmethode, die nach dem Willen und den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers fragt. Diese Auslegungsmethode kann von besonderem Respekt gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber zeugen und insoweit besonders demokratisch sein; sie hat jedoch den Nachteil, dass tatsächliche Entwicklungen, die der historische Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat, bei der Gesetzesauslegung

24 BVerfGE 10, 264 (267 f.) – *bayr. Kostengesetz*: „Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 liegt vornehmlich darin, dass er ‚Selbstherrlichkeit‘ der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger beseitigt.“; s. auch BVerfGE 107, 395 (404 f.) – *Fachgerichtlicher Rechtsschutz* mwN., insbesondere mit historischer Auslegung (Vorgängervorschriften der Paulskirchenverfassung und der Weimarer Reichsverfassung).

25 So das Bundesverfassungsgericht in st. Rspr., vgl. BVerfGE 15, 275 (280 f.) – *Rechtsweg*; BVerfGE 65, 76 (90) – *Offensichtlichkeitsentscheidungen* mit der auf G. Dürig zurückgehenden Formel „Denn Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter.“ S. dazu noch unten Rn. 537 mit einer differenzierenden Lösung und Kritik an BVerfGE 107, 395 ff. – *Fachgerichtlicher Rechtsschutz* zur Nichtgewährung rechtlichen Gehörs durch den Richter.

26 S. etwa die Integrationslehre von Rudolf Smend, Verfassungslehre und Verfassungsrecht, 1928, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 119. Einführend zu Smends Leben und Lehre s. *Chr. Bickenbach*, Rudolf Smend (1882–1975) – Grundzüge der Integrationslehre, JuS 2005, 589 ff.; zu den Auswirkungen einer Auslegung nach Maßgabe vermeintlicher Verfassungsgrundscheidungen s. auch *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 4. Kapitel I 1, S. 35 ff.

unberücksichtigt bleiben. Das Bundesverfassungsgericht bevorzugt daher die objektive – an Wortlaut, Zusammenhang und Sinn orientierte – Auslegungsmethode,<sup>27</sup> womit der Entstehungsgeschichte nur eine untergeordnete, bestätigende Rolle für die Sinnermittlung eines Rechtssatzes zukommt. Entsprechend größer ist der Einfluss der Rechtsprechung.

Ebenfalls nur von untergeordneter Bedeutung ist in der Regel die *historisch-dogmengeschichtliche* Auslegung. Sie beleuchtet eine Rechtsnorm im Lichte ihrer Vorläuferbestimmungen sowie der historischen Hintergründe. Letztere sind es, die aus der Bestimmung zur Bundesflagge gemäß Art. 22 Abs. 2 GG eine eindeutige Bestimmung machen.<sup>28</sup> Für die historische Auslegung des Grundgesetzes sind insbesondere die Verfassung der Frankfurter Paulskirche von 1849 sowie die Weimarer Reichsverfassung zu berücksichtigen.<sup>29</sup> In der noch jungen Bundesrepublik haben Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft das Grundgesetz vielfach im Lichte der Erfahrungen der Weimarer Republik interpretiert.<sup>30</sup> Mit den Jahren hat jedoch der Rückgriff auf die Weimarer Erfahrungen an Bedeutung verloren. Im Zusammenhang mit den Katalogen über die Gesetzgebungsmaterien in den Art. 73 und 74 GG betont das Bundesverfassungsgericht allerdings nach wie vor die historische Auslegung mit der Begründung, dass in diesem Bereich die Begriffe an historisch gewachsene Strukturen anknüpfen.<sup>31</sup>

Wie die Beispiele bereits gezeigt haben, sind die klassisch hermeneutischen Auslegungsmethoden auch auf die Normen des Verfassungsrechts anwendbar. Allerdings stellen Verfassungsnormen regelmäßig besonders hohe Anforderungen an die Kunst der Auslegung. Dies liegt an dem grundlegenden Charakter der Verfassung, der zur Folge hat, dass ein Großteil der Verfassungsnormen **Prinzipiencharakter**<sup>32</sup> aufweisen. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Auslegungsarbeit darin besteht, angesichts eines konkreten Streitfalles aus den angesprochenen, möglicherweise gegenläufigen Prinzipien den Rechtssatz, der den Streitfall einer Lösung zuführt, überhaupt erst zu schaffen.<sup>33</sup> Insofern wird von einer **hermeneutisch-konkretisierenden Auslegungsmethode** oder einer **topisch-problemorientierten Auslegungsmethode** gesprochen, je nachdem, ob die Auslegung vom Verfassungstext oder vom Problem dominiert wird.<sup>34</sup> In jedem Fall folgt aus dem weitgehend prinzipienhaften und/oder nur Rahmen gebenden Charakter der Verfassung, dass es für das Studium des Verfassungsrechts von größter Bedeutung ist,

27 BVerfGE 1, 299 (312) – *Wohnungsbauförderung*; 36, 342 (362) – *nds. Besoldungsgesetz*; 74, 102 (116) – *Erziehungsmassregel*. „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“

28 S. P.M. Huber, in: Sachs, Art. 22 Rn. 9.

29 S. dazu näher unten Rn. 20 ff.

30 Vgl. etwa BVerfGE 2, 1 (11) – *SRP-Urteil*: das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG als Grenze der Parteienfreiheit, „belehrt durch die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit“ oder BVerfGE 6, 32 ff. – *Elfes*: als Reaktion auf die „leerlaufenden“ Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung von 1919, errichtete das Grundgesetz eine „wertgebundene Ordnung“, in der die obersten Prinzipien der Verfassung gegen Verfassungsänderungen geschützt sind und die dem Einzelnen mit der Verfassungsbeschwerde die Befugnis einräumt sowohl die materielle als auch die formelle Vereinbarkeit eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht prüfen zu lassen, da nur ein Gesetz, das auch formell verfassungsmäßig ist, der „verfassungsmäßigen Ordnung“ entspricht und mithin die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG einschränken kann.

31 S. BVerfGE 61, 149 (174 ff.) – *Amtshaftung*; BVerfGE 134, 33, Rn. 58 – *Therapieunterbringungsgesetz*.

32 S. dazu R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1985, S. 15 ff. und zum Prinzipienbegriff, S. 71 ff.

33 S. zB. zum Status des fraktionslosen Abgeordneten BVerfGE 80, 188 ff. – *Wüppesahl*.

34 S. dazu E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, NJW 1976, 2089 ff., zur topisch-problemorientierten Auslegung aaO., S. 2091, zur hermeneutisch-konkretisierenden Methode aaO., S. 2095.

die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu lesen, nachzuvollziehen und zu verstehen.<sup>35</sup>

- 17 Angesichts der europäischen und internationalen Einbindung der Bundesrepublik Deutschland kann im Einzelfall auch eine **europarechtskonforme** oder **völkerrechtsfreundliche Auslegung** nötig sein.<sup>36</sup> Grenze ist jedoch stets der Wortlaut.<sup>37</sup> Darüber hinaus kann der Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine Analogie erfordern. So überschreitet die Umwandlung von Deutschen-Grundrechten in Unionsbürger-Grundrechte zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit die Möglichkeiten europarechtskonformer Auslegung. Das europarechtlich gebotene Ergebnis der Gleichbehandlung von Deutschen und nichtdeutschen Unionsbürgern muss auf anderem Wege erreicht werden. Da die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht für eine europarechtskonforme Auslegung zur Verfügung steht,<sup>38</sup> fehlt es an einer planwidrigen Lücke und bedarf es daher keiner Analogie. Die Erstreckung der Grundrechtsträgerschaft von inländischen juristischen Personen auf juristische Personen mit Sitz in EU-Mitgliedstaaten hat das Bundesverfassungsgericht dagegen als „Anwendungserstreckung“ bezeichnet, die durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts geboten sei.<sup>39</sup> In der Sache handelt es sich um eine Analogie.<sup>40</sup> Im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung interpretiert das Bundesverfassungsgericht nicht selten Grundrechte mit Blick auf die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention.<sup>41</sup> Dies ist jedoch weder ein notwendig einzuhaltender Auslegungsansatz noch kommt der EMRK verbindliche Wirkung für die Verfassungsauslegung zu, denn sie hat innerstaatlich nur den Rang eines einfachen Gesetzes.<sup>42</sup>

35 S. dazu auch unten Rn. 550 ff.

36 Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wird vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 2, 23–26 und 59 Abs. 2 GG abgeleitet; BVerfGE 63, 343 (370) – *Rechtshilfevertrag*; BVerfGE 111, 307 (317 f.) – *Görgülü*; 128, 326, Leitsatz 2 – *Sicherungsverwahrung II*; s. dazu T. Hofmann, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, Jura 2013, 326 ff.

37 Selbst die oftmals sehr weitgehende europarechtskonforme Auslegung findet ihre Grenzen in der „Aus schöpfung des Beurteilungsspielraums, den (...) das nationale Recht einräumt“, EuGH, C-14/83, Slg. 1984, 1891 u. *Colson u. Karmann*, Rn. 28, abgedruckt in U. Mager/D. Herrmann, Höchststrichterliche Rechtssprechung zum Europarecht, 2004, Entscheidung Nr. 15, S. 69 ff. einschließlich Vertiefungsfragen; zumindest nach deutschem Recht darf einer eindeutigen nationalen Regelung kein entgegenstehender Sinn gegeben werden, vgl. H.D. Jarass/S. Beljin, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, 768 (775); allerdings ist im Unionsrecht die besondere Bedeutung des Anwendungsvorranges zu berücksichtigen, die zur Unanwendbarkeit nationaler Bestimmungen, sogar von Verfassungsrang, führen kann, vgl. EuGH, C-285/98, Slg. 2000, I-69 – *Tanja Kreil*, abgedruckt in U. Mager/D. Herrmann, aaO., S. 266 ff., Entscheidung Nr. 50: in Folge des Urteilspruches wurde Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG dahingehend geändert, dass Frauen der freiwillige Zugang zum Dienst an der Waffe eröffnet wurde.

38 S. hierzu H. Bauer/W. Kahl, Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschengrundrechten?, JZ 1995, 1077 ff., die für eine europarechtskonforme Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eintreten.

39 BVerfGE 129, 78 (94 ff.) – *Designermöbel*.

40 S. M. Ludwigs, Grundrechtsberechtigung ausländischer Rechtssubjekte, JZ 2013, 434 ff.

41 Die EMRK als „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“, BVerfGE 74, 358 (370) – *Unschuldvermutung*; BVerfGE 128, 326 (367 ff.) – *Sicherungsverwahrung II*. In der sog. *Spanierentscheidung*, BVerfGE 31, 58 ff., legte das Bundesverfassungsgericht den in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten Schutz von Ehe und Familie ua. unter Hinweis auf Art. 12 EMRK dahingehend aus, dass nicht nur die Abwehr staatlicher Beeinträchtigungen, sondern auch die Freiheit, eine Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen, vom Schutzbereich umfasst ist; s. hierzu U. Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 202 f.

42 Völkerrechtliche Verpflichtung und Ausmaß innerstaatlicher Verbindlichkeit sind zwei unterschiedliche Kategorien: die rechtliche Bedeutung der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR erschöpft sich in einer Berücksichtigungspflicht und ggf. Pflicht zu nachvollziehbarer Begründung divergierender Entscheidungen, BVerfGE 111, 307 (323 f.) – *Görgülü*; 128, 326 (367 ff.) – *Sicherungsverwahrung II*; BVerfGE 134, 242 (Rn. 266) – *Garzweiler*; s. hierzu noch unten Rn. 599 ff.

Alle hier angesprochenen Auslegungsmethoden stehen zueinander in einem Verhältnis der gegen- und wechselseitigen Ergänzung und schließen sich nicht aus. Ein Auslegungsergebnis ist umso überzeugender, je mehr die Anwendung der verschiedenen Methoden zu demselben Ergebnis führt. 18

**Literatur:** *E.-W. Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, 2089; *B. Schlink*, Abschied von der Dogmatik, Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 2007, 157; *M. Herdegen*, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, 873; *Ch. Herrmann*, Die Rechtsverhältnisse des Verfassungsrechts, Jura 2006, 576; *T. Hofmann*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, Jura 2013, 326; *U. Mager*, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft“, JA Sonderausgabe 2006, 33; *Fr. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Band I – Grundlagen, Öffentliches Recht, 11. Aufl. 2013; *Ch. Starck*, Die Verfassungsauslegung, in: HStR VII, 2. Aufl. 1992, § 164; *R. Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012; *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl. 2012.

# Erster Teil: Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, Entstehungsgeschichte, Entwicklungsgeschichte

- 19 Verfassungstexte sind Zeugnis und Ergebnis geschichtlicher Erfahrungen mit gesellschaftlicher Ordnung und Ausübung von Herrschaft. Sie bedürfen zu ihrem rechten Verständnis daher der Einordnung in die geschichtliche Entwicklung. Hier soll dennoch kein verfassungsgeschichtlicher Abriss geliefert werden.<sup>1</sup> Im Folgenden geht es allein darum, auf die Verfassungstexte und -entwicklungen hinzuweisen, die für das Verständnis und die Auslegung des Grundgesetzes noch heute von Bedeutung sind.

## 1. Kapitel: Verfassungsgeschichtliche Grundlagen

- 20 Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland steht in der Tradition der freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnungen der westlichen Welt, deren ideengeschichtliche Grundlagen sich in der Aufklärung und im rationalistischen Naturrecht finden.<sup>1</sup>

### 1.1 Meilensteine der neuzeitlichen Verfassungsgeschichte

- 21 Meilensteine in dieser neuzeitlichen Verfassungsgeschichte sind die **Verfassung der Vereinigten Staaten** von 1787, die 1789 um Grundrechte ergänzt wurde, sowie die **französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte** von 1789. Es handelt sich um die ersten Verfassungen, die auf der Idee des Gesellschaftsvertrages<sup>2</sup> sowie der Freiheit und Gleichheit der Bürger beruhen, auch wenn letztere zunächst noch höchst unvollkommen verwirklicht war.<sup>3</sup> Die Verfassung der Vereinigten Staaten gab darüber hinaus ein Musterbeispiel für eine neuzeitliche bundesstaatliche Verfassung.<sup>4</sup>
- 22 **Menschenrechtsidee, Gewaltenteilung, Bundesstaatsprinzip** und die Einrichtung eines **Obersten Verfassungsgerichts**, das den Vorrang des Verfassungsrechts durchsetzt, entfaltete Vorbildwirkung für die Verfassungsentwicklung in Deutschland.<sup>5</sup> Hierbei traf die Bundesstaatsidee wie auch der Gedanke, politische Konflikte rechtsförmig zu lö-

1 Lehrbücher zur Verfassungsgeschichte: W. Frotscher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 13. Aufl. 2014 (im Folgenden: W. Frotscher/B. Pieroth); C.-F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl. 1993 (im Folgenden: C.-F. Menger); D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2013 (im Folgenden: D. Willoweit); M. Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2008.

1 S. hierzu C.-F. Menger, 5. Kapitel: Die geistige Welt der französischen Revolution, § 16 Die Aufklärung, S. 70 ff. und § 19 Die Kodifikation naturrechtlicher Theorien in Nordamerika, S. 89 ff.

2 S. dazu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1995.

3 Sklaverei (!), kein Frauenwahlrecht; *Olympe de Gouges* (1748–1793) verfasste 1791 in Anlehnung an die Menschenrechtserklärung die Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin (<http://olympie-de-gouges.info/Erklaerung-der-Rechte-der-Frau-und-Buergerin.htm>). Sie wurde 1793 zum Tode verurteilt und hingerichtet.

4 W. Frotscher/B. Pieroth, § 2 Rn. 48 f.

5 Insbes. Art. 16 der Französischen Menschenrechtserklärung von 1789, nach dem eine „Gesellschaft, in der die Garantien der Rechte nicht sichergestellt noch die Trennung der Gewalten verwirklicht ist, (...) keine Verfassung hat.“, zeitigt große Wirkung auf den deutschen Konstitutionalisierungsprozess, s. hierzu H. Dippel, Der Verfassungsdiskurs im ausgehenden 18. Jahrhundert und die Grundlegung einer liberaldemokratischen Verfassungstradition in Deutschland, in: *ders.* (Hrsg.), Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland, 1991, S. 10 f.; zum Konstitutionalismus s. auch D. Bock, Der deutsche Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert – ein Überblick, JA 2005, 363 ff.; für den Einfluss der Menschenrechtsidee s. K. Stern, Ideen der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 184 Rn. 18 ff. und C.-F. Menger, § 19 Rn. 180.

sen, auf vorbereiteten und damit besonders fruchtbaren Boden<sup>6</sup>, denn die deutsche Geschichte ist bereits mit dem Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation eine Geschichte des Föderalismus<sup>7</sup>, und die juristische Lösung des konfessionellen Konflikts durch den Augsburger Religionsfrieden 1555 und den Westfälischen Frieden 1648 dürfte zu den Schlüsselerfahrungen der Deutschen Geschichte zählen.

## 1.2 Verfassung der Frankfurter Paulskirche

Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation war 1806 mit der von *Napoleon* erzwungenen Abdankung von *Kaiser Franz II.* untergegangen. Die Neuordnung Europas nach dem Sieg über Napoleon auf dem Wiener Kongress 1815 war auf Wiederherstellung überkommener Herrschaftsformen gerichtet und brachte den Angehörigen deutscher Sprache und Kultur keine neue staats(srecht)liche Einheit. Die Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815 stellte einen völkerrechtlichen Vertrag dar und begründete einen Staatenbund von 39 souveränen Staaten.<sup>8</sup> Der Bundestag als Hauptorgan mit Sitz in Frankfurt hatte keine eigenständigen Rechtssetzungsbefugnisse.<sup>9</sup>

Die freiheitlich-demokratischen sowie nationalstaatlichen Bestrebungen<sup>10</sup> in der Bevölkerung der deutschen Monarchien und Fürstentümer brachen sich, ermutigt durch die revolutionären Ereignisse in Frankreich im Februar 1848, in der sog. **Märzrevolution** Bahn.<sup>11</sup> In einer Vielzahl von deutschen Staaten kam es zu verfassungsgebenden Versammlungen.<sup>12</sup> Als Ergebnis der revolutionären Ereignisse fand am 1. Mai 1848 in den deutschen Staaten die Wahl zur **Nationalversammlung** statt, die am 18. Mai 1848 in der **Frankfurter Paulskirche** zusammentrat. Sie beschloss am 27. Dezember 1848 zunächst das „Gesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes“<sup>13</sup>. Der Beschluss über die gesamte deutsche Reichsverfassung vom 28. März 1849 trat nicht in Geltung, weil der zum Staatsoberhaupt ausersehene preußische *König Friedrich Wilhelm IV.* eine Kaiserkrone aus den Händen des Volkes ablehnte und im weiteren Verlauf der geschichtlichen Ereignisse die Fürsten die Oberhand zurückerlangten (sog. Gegenrevolution)<sup>14</sup>. Zum Scheitern der Paulskirchenverfassung trug auch bei, dass die Gründung eines deutschen Bundesstaates den Vielvölkerstaat Österreich vor die fak-

6 *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft: 1800–1914, 1992 (im Folgenden: *M. Stolleis*, Geschichte II), 8. Kapitel, IV 1, S. 364 f.; s. auch 1. Kapitel, IV 1, S. 67 f.

7 *H. Maurer*, Staatsrecht I, § 2 Rn. 23.

8 Vgl. Art. 1 der Wiener Schlussakte vom 15. Mai 1820: „Der deutsche Bund ist ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souveränen Fürsten und freien Städte...“; zur Rechtsnatur des Deutschen Bundes s. *E.-R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 1: – Reform und Restauration 1789–1830, 2. Aufl. 1975, S. 658 und 663 ff.; durch Zusammenschlüsse verringerte sich die Staatenzahl von 41 auf 34 am Ende des Deutschen Bundes, s. *W. Frotscher/B. Pieroth*, § 8 Rn. 254.

9 Art. 10 der Deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 sah zwar „die Abfassung der Grundgesetze des Bundes und dessen organische Einrichtung in Rücksicht auf seine auswärtigen, militärischen und inneren Verhältnisse vor.“; allerdings bedurften diese Rechtsnormen zu ihrer Vollziehbarkeit der landesrechtlichen Publikation, s. *W. Frotscher/B. Pieroth*, § 8 Rn. 255.

10 *C.F. Menger*, § 21 Rn. 212; zur nationalen Bewegung s. auch *D. Willoweit*, § 31 I, II; ausführlich zu den Denkern des Liberalismus s. *M. Stolleis*, Geschichte II, S. 156 ff.

11 Ausführlich zur Märzrevolution s. *W. Pöggeler/J. Inhoff*, Die deutsche Revolution 1848/49, JA 1998, 311 ff.

12 Zum Revolutionsverlauf im Einzelnen s. *D. Willoweit*, § 31 II 1; s. auch *M. Stolleis*, Geschichte II, S. 268 ff., der auf die besondere Bedeutung der Universitäten im Revolutionsverlauf eingeht.

13 Diese Grundrechte wurden später in die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 in den Abschnitt IV § 130–189 eingefügt, teilweise abgedruckt zB. in: *W. Frotscher/B. Pieroth*, § 11 Rn. 336 oder in: *I. von Münch/Ph. Kunig*, GGK I, vor dem jeweiligen Grundrecht. Einführend zu Inhalt und Entstehung s. *A. Laufs*, Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 – Das erste frei gewählte gesamtdeutsche Parlament und sein Werk, JuS 1998, 385 (389 ff.).

14 *W. Frotscher/B. Pieroth*, § 11 Rn. 329 ff.; *D. Willoweit*, § 31 V.

23

24

tisch unmögliche Entscheidung stellte, „in das Reich unter Preisgabe der staatlichen Einheit“ einzutreten oder die „staatliche Einheit unter Ausscheiden aus dem Reich“ zu erhalten<sup>15</sup> (Streit um die großdeutsche oder kleindeutsche Lösung)<sup>16</sup>.

Obwohl die Paulskirchenverfassung niemals staatsrechtlich wirksam wurde, entfaltete sie als erste „vollentwickelte Konzeption einer deutschen Gesamtstaatsverfassung“<sup>17</sup> eine kaum zu überschätzende Vorbildwirkung für die weitere Verfassungsentwicklung. Dies gilt vor allem für das Verhältnis von Reich und Ländern, die Repräsentation der Länder im Bund, das Verhältnis von Staatsoberhaupt, Regierung und Parlament zumindest bis zur Weimarer Reichsverfassung sowie für die Grundrechtsentwicklung<sup>18</sup>.

- 25** Die Reichsverfassung von 1871, mit der die staatliche Einheit schließlich verwirklicht wurde, enthielt allerdings keine Grundrechte.<sup>19</sup> Gemäß der damals herrschenden Überzeugung banden die Grundrechte allein die vollziehende Gewalt<sup>20</sup>, die nach der Reichsverfassung im Wesentlichen den Ländern oblag<sup>21</sup>. In deren Verfassungen fanden sich denn auch Grundrechtsverbürgungen.

### 1.3 Die Weimarer Reichsverfassung

- 26** Mit der Niederlage im Ersten Weltkrieg und der Novemberrevolution von 1918 verlor die Reichsverfassung von 1871 ihre Gültigkeit. Am 19. Januar 1919 wurde nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl die Nationalversammlung gewählt, die am 6. Februar 1919 im Nationaltheater in Weimar zusammentraf. Auf der Grundlage eines Entwurfs des Staatsrechtslehrers *Hugo Preuß* beriet die Versammlung über die Reichsverfassung, die mit erheblichen Abweichungen<sup>22</sup> von diesem Entwurf am 31. Juli 1919 beschlossen und am 11. August 1919 verkündet wurde.<sup>23</sup>

15 E.-R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 2: Der Kampf um Einheit und Freiheit, 3. Aufl. 1988, S. 799; zu weiteren Ursachen s. K. Griewank, Ursachen und Folgen des Scheiterns der deutschen Revolution von 1848, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1981, S. 40 ff.

16 Hierzu s. W. Frotscher/B. Pieroth, § 11 Rn. 333 f.

17 E.-R. Huber, aaO. (Fn. 16), S. 821.

18 J.-D. Kühne, 150 Jahre Revolution von 1848/49 – ihre Bedeutung für den deutschen Verfassungsstaat, NJW 1988, 1513 ff.; U. Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1981, S. 319, 326 ff.

19 M. Stolleis, Geschichte II, S. 372; zu den Gründen s. auch H. Planitz, Zur Ideengeschichte der Grundrechte, in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Dritter Band, Art. 143 bis 165, 1930, S. 597, 618 f.

20 M. Stolleis, Geschichte II, S. 373 mit Hinweis auf G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 102, s. auch R. Smend, Bürger und Bourgeois, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze (1933), 3. Aufl. 1994, S. 309, 314.

21 E.-R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 3: Bismarck und das Reich, 3. Aufl. 1988, S. 961. Daher hielt man auch einen Grundrechtskatalog für unnötig s. W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl. 1964, S. 295.

22 Insbesondere wandte sich H. Preuß gegen Einrichtungen der unmittelbaren Demokratie und die Aufnahme eines umfangreichen Grundrechtskatalogs, der wichtige Zeit für die Herstellung der nationalen Einheit kosten könnte, auch hielt er die „föderalen Zugeständnisse“ an die Länder für „bedauerlich“ s. E.-R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 5: Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung, 1. Aufl. 1978 (Nachdruck 1992), S. 1192 ff., 1179, 1185 mwN.; J. Mauersberg, Ideen und Konzeption von Hugo Preuß für die Verfassung der deutschen Republik 1919 und ihre Durchsetzung im Verfassungswerk von Weimar, 1991, S. 69.

23 Art. 181 WRV: „Das Deutsche Volk hat durch seine Nationalversammlung diese Verfassung beschlossen und verabschiedet. Sie tritt mit dem Tag der Verkündung in Kraft.“ Zum Verlauf der Revolution, zu Entstehungsgeschichte und Inhalt der Weimarer Reichsverfassung s. F. Hammer, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung, Jura 2000, 57 ff., zu letzterem s. auch E.-W. Böckenförde, Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik, in:

Gemäß Art. 1 Satz 1 WRV war das Deutsche Reich eine **Republik**; Art. 1 Satz 2 WRV bestimmte, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Die Bundesstaatsstruktur zeigte starke zentralistische Tendenzen. Die Regierung war zwar dem Parlament verantwortlich (parlamentarische Demokratie), war jedoch letztlich vom Wohlwollen des Reichspräsidenten abhängig, der sie ohne Mitwirkung des Reichstags ernannte (Art. 43 WRV). Die **starke Stellung des Reichspräsidenten**, konzipiert in Anlehnung an die Stellung des Kaisers, zeigte sich auch in seinem Recht, den Reichstag aufzulösen (Art. 25 WRV) sowie in seinem Notverordnungsrecht gemäß Art. 48 Abs. 2 WRV, von dem die Reichspräsidenten ausgiebig Gebrauch machten.<sup>24</sup> Während Reichspräsident und Reichsregierung also in der Lage waren ohne das Parlament zu regieren, wurde dessen politische Handlungsfähigkeit dadurch gehemmt, dass die politischen Differenzen in der Gesellschaft sich gemäß dem verfassungsrechtlich verankerten reinen **Verhältniswahlrecht** (Art. 22 WRV) ungehemmt im Reichstag auswirken konnten. Die Verbindlichkeit der Verfassung schließlich bestand gegenüber dem Gesetzgeber nur eingeschränkt. Zum einen waren nach der herrschenden rechtspositivistischen Lehre die unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte der beliebigen Beschränkung durch Gesetz ausgeliefert.<sup>25</sup> Zum anderen enthielt die Weimarer Reichsverfassung keinerlei inhaltliche Vorkehrungen gegenüber Verfassungsänderungen. Sofern nur die nötige 2/3-Mehrheit von mindestens 2/3 der gesetzlichen Mitgliederzahl erreicht war und der Reichsrat keinen Einspruch erhob (Art. 76 WRV), war jegliche **Verfassungsdurchbrechung**<sup>26</sup> möglich. Auf diese Weise konnte der Reichstag sich durch Ermächtigungsgesetze, schließlich durch das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich<sup>27</sup> selbst entmachten.

Die Weimarer Reichsverfassung war nicht in der Lage, die freiheitliche Demokratie in einer außerordentlich schwierigen wirtschaftlichen und politischen Lage gegenüber extremen und totalitären Kräften zu bewahren. Ob eine andere Verfassung die Katastrophe des Nationalsozialismus hätten abwenden können, lässt sich nicht beantworten. Sicher ist, dass das Grundgesetz in einer Vielzahl seiner Bestimmungen Lehren aus den Erfahrungen der Weimarer Republik und ihrem Untergang ziehen will und die Schwächen der Weimarer Reichsverfassung zu vermeiden sucht.<sup>28</sup>

W. Berg (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 4: Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, 1985, S. 1 ff., 9, 16 ff.

- 24 Ch. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 467 bezeichnet das Auflösungsrecht als „zentrale Unzulänglichkeit“ der Weimarer Reichsverfassung; vgl. auch H. Schulze, Politische Entwicklung der Weimarer Republik, in: W. Berg (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte IV, S. 23 ff., 35; F. Hammer, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Jura 2000, 57 (59), Ch. Gusy, Weimar – die wehrlose Republik?, 1991, S. 46 f., S. 91 f.
- 25 S, dazu P. von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974, S. 259 f., 263: „Reduktion des Rechts auf den bloßen Willen des Staates“; s. dazu auch C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Aufl. 1993, S. 26 f.; aber auch frühere naturrechtlich-liberale Grundrechtsverständnisse sahen den Inhalt von Grundrechten nie als absolut, sondern stets durch einfaches Gesetz verengbar an, s. hierzu W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl. 1964, S. 293.
- 26 Mit dem Begriff wurden Verfassungsänderungen ohne Textänderung bezeichnet, zum Problem s. K. Löwenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, 1931, 6. Kapitel, S. 233; s. auch U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, S. 24 ff.
- 27 RGBl. 1933 I, S. 141, sog. Ermächtigungsgesetz, s. hierzu Ch. Bickenbach, Totenschein für die Weimarer Republik, Recht und Politik 2013, 107 ff.
- 28 Exemplarisch seien etwa genannt: die „deutlichen und hohen Hemmschwellen“ für eine Bundestagsauflösung in Art. 68 GG als Reaktion auf das nicht wirkungsvoll beschränkte Auflösungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 25 WRV, s. hierzu BVerfGE 62, 1 (40 f.) – *Vertrauensfrage Kohl*; das Konzept der „wehrhaften Demokratie“, das ua. das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. GG vorsieht, „belehrt durch die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit“, BVerfGE 2, 1 (11) – *SRP-Urteil*. Auch die Konzeption des Grundgesetzes als eine „wertgebundene Ordnung“, in der die obersten Prinzipien der Verfassung gegen Verfassungsänderungen geschützt sind, „Verfassungsdurchbrechungen“ mithin ausgeschlossen sind, ist als

**Literatur:** *Ch. Bickenbach*, Totenschein für die Weimarer Republik, Recht und Politik 2013, 107; *D. Bock*, Der deutsche Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert – ein Überblick, JA 2005, 363; *F. Hammer*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung, Jura 2000, 57; *A. Laufs*, Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 – Das erste frei gewählte gesamtdeutsche Parlament und sein Werk, JuS 1998, 385; *W. Pöggeler/J. Inhoff*, Die deutsche Revolution 1848/49, JA 1998, 311; *G. Roellecke*, Von Frankfurt über Weimar nach Bonn und Berlin, JZ 2000, 113.

**Vertiefende Literatur:** *W. Apelt*, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl. 1964; *E.-W. Böckenförde (Hrsg.)*, Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1981; *W. Frotscher/B. Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 13. Aufl. 2014; *Ch. Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997; *E.-R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bände 1–4, 1975–1981; *M. Kotulla*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2008; *J.-D. Kühne*, 150 Jahre Revolution von 1848/49 – ihre Bedeutung für den deutschen Verfassungsstaat, NJW 1988, 1513; *C.-F. Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl. 1993; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft: 1800–1914, 1992; *D. Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2013.

---

Entgegnung auf die „leerlaufenden“ Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung zu verstehen, BVerfGE 6, 32 (40 f.) –*Elfes*; zum Urteil des Parlamentarischen Rates über die WRV, s. *G. Roellecke*, Von Frankfurt über Weimar nach Bonn und Berlin, JZ 2000, 113 (114).

## 2. Kapitel: Entstehungsgeschichte

### 2.1 Kapitulation

Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus hatte Deutschland den Zweiten Weltkrieg ausgelöst und im Mai 1945 endgültig verloren. Schon vor dem Ende der Kriegshandlungen hatten die Alliierten die Teilung Deutschlands beschlossen. Im **Londoner Protokoll betreffend die Besatzungszonen in Deutschland und die Verwaltung von Groß-Berlin** vom 12. September 1944 hieß es dazu: „Deutschland, in den Grenzen vom 31. Dezember 1937, wird für die Zwecke der Besatzung in drei Zonen geteilt und in ein spezielles Gebiet Berlin, das unter der gemeinsamen Verwaltung der drei Mächte stehen wird.“<sup>1</sup> Auf der **Konferenz von Jalta** vom 4.–11. Februar 1945 wurde die Aufteilung Deutschlands bestätigt und als vierte Besatzungszone die französische Zone vorgesehen.<sup>2</sup> 29

Mit der Kapitulation der deutschen Wehrmacht am 7./8. Mai 1945 und der Gefangenennahme von Großadmiral *Dönitz*, dem Nachfolger *Hitlers*, ging die Regierungsgewalt in Deutschland faktisch auf die Alliierten über. Rechtlich wurde dies in der „**Berliner Deklaration in Anbetracht der Niederlage Deutschlands und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt hinsichtlich Deutschlands**“ vom 5. Juni 1945 festgestellt, mit der die vier Siegermächte „the supreme authority with respect to Germany“ beanspruchten.<sup>3</sup> 30

Die Kapitulation der Wehrmacht hatte **keine Auswirkungen auf den Fortbestand Deutschlands**.<sup>4</sup> Dies ergibt sich aus deren Rechtsnatur und Inhalt. Mit der Kapitulation erklärte das Oberkommando der Wehrmacht gegenüber den alliierten Militärbefehlshabern die Einstellung der Kampfhandlungen und die bedingungslose Übergabe der deutschen Streitkräfte. Die Kapitulation war also eine völkerrechtliche Handlung der Militärbefehlshaber mit einem militärischen Inhalt. Durch die Kapitulation wurde zwar die vollständige militärische Niederwerfung Deutschlands besiegelt, aber die Existenz des deutschen Staates nicht ausgelöscht. Deutschland ist also durch die Kapitulation der Wehrmacht am 7./8. Mai 1945 **nicht untergegangen**. 31

Aber auch die **Absetzung der Regierung Dönitz und die Übernahme der zentralen Staatsgewalt durch die Alliierten** hatten nicht den Untergang des deutschen Staates zur Folge.<sup>5</sup> Beendet war allein das nationalsozialistische Unrechtsregime.<sup>6</sup> Staatsvolk und Staatsgebiet blieben erhalten.<sup>7</sup> In der Berliner Deklaration hieß es ausdrücklich, dass die Übernahme der Staatsgewalt keine Annexion bezwecke oder bewirke.<sup>8</sup> Diese 32

1 *I. von Münch*, Dokumente des geteilten Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1976, S. 25 ff.

2 *I. von Münch*, Dokumente des geteilten Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1976, S. 12 ff.

3 *I. von Münch*, Dokumente des geteilten Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1976, S. 19 ff.

4 Zutreffend BVerfGE 3, 288 (315/316) – *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen*.

5 Sog. *Fortbestandstheorie*, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten hat, s. hierzu BVerfGE 36, 1 (15 f.) – *Grundlagenvertrag*, dazu unten Rn. 45. Die gegenteilige Ansicht vertritt die sog. *Untergangstheorie*, deren bekanntester Vertreter der österreichische Rechtsphilosoph (1881–1976) und Schöpfer der sog. Reinen Rechtslehre *H. Kelsen* ist. S. *ders.*, The legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, *American Journal of International Law* 1945, 518.

6 Zum Staatsrecht in der NS-Zeit zB. *M. Stolleis*, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999, S. 246 ff.; *H. Wilms*, Die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, DVBl. 2000, 1237 ff.; *W. Kohl/M. Stolleis*, Im Bauch des Leviathan. Zur Staats- und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus, NJW 1988, 2849 ff.; s. auch die Textsammlung *I. von Münch* (Hrsg.) *Gesetze des NS-Staates*, 3. Aufl. 1994.

7 S. oben Rn. 31.

8 „The assumption, for the purposes stated above, of the said authority and powers does not effect the annexation of Germany“, siehe Rn. 30 Fn. 3.

Übernahme war ihrerseits nur für eine Übergangszeit vorgesehen. Hinsichtlich der Deutschland als Ganzes betreffenden Angelegenheiten erhielt der **Alliierte Kontrollrat**<sup>9</sup>, dessen Errichtung schon auf der Moskauer Konferenz von 1943 beschlossen worden war, die „supreme authority“. Er bestand aus den Befehlshabern der Besatzungstruppen in den vier Besatzungszonen. Diese handelten nach den Weisungen ihrer Regierungen und übten die „supreme authority“ jeweils für ihre eigenen Besatzungszonen aus.

## 2.2 Aufbau von unten nach oben (Landesverfassungen)

- 33** Insbesondere die amerikanische Besatzungsmacht förderte schon früh den Aufbau deutscher Staatsorgane, während die britische und die französische Besatzungsmacht zurückhaltender waren<sup>10</sup>. Im Verlauf der Zeit wurden jedoch in allen drei westlichen Zonen Länder mit eigenen Regierungs- und Verwaltungsstellen gebildet. Ende 1946 vereinbarten die USA und Großbritannien den wirtschaftlichen Zusammenschluss ihrer Besatzungszonen zur **Bizone**. Wichtigstes deutsches Organ dieses **Vereinigten Wirtschaftsgebietes** war der Wirtschaftsrat.
- 34** Nachdem die Londoner Konferenz der Außenminister der vier Großmächte Ende 1947 wegen des Widerstandes der Sowjetunion gegen eine Vereinigung aller vier Zonen erfolglos geblieben war, unternahm die westlichen Alliierten erste Schritte mit dem Ziel, eine einheitliche deutsche Staatsorganisation auf bundesstaatlicher Grundlage wenigstens auf dem westlichen Besatzungsgebiet zu errichten. In den **Frankfurter Dokumenten** vom 1. Juli 1948<sup>11</sup> erklärten die westlichen Alliierten ua. ihre Vorstellungen über eine verfassungsgebende Nationalversammlung und die Leitsätze für ein Besatzungsstatut für Westdeutschland.

## 2.3 Vom Herrenchiemseer Verfassungsentwurf über den Parlamentarischen Rat bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

- 35** Auf der Grundlage dieses Dokuments setzten die Ministerpräsidenten der damals in den westlichen Besatzungszonen vorhandenen elf Länder einen „Ausschuss von Sachverständigen für Verfassungsfragen“ ein, der im August 1948 in **Herrenchiemsee** einen **Verfassungsentwurf** ausarbeitete.<sup>12</sup>

9 Zu dessen Tätigkeit hinsichtlich der NS-Gesetze: *M. Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, 4. Kapitel.

10 So ernannten die Amerikaner in Bayern schon am 28. Mai 1945 den ersten Ministerpräsidenten; im Juni 1946 fanden in der amerikanischen Besatzungszone die Wahlen zur Verfassungsgebenden Versammlung statt und im November und Dezember traten die Verfassungen (Nord-)Württemberg-Badens, Hessens und Bayerns in Kraft. Als letztes trat die Verfassung des französisch besetzten Saarlandes im Dezember 1947 in Geltung, s. hierzu auch *C. Diestelkamp*, Die Verfassungsentwicklung in den Westzonen bis zum Zusammentreten des Parlamentarischen Rates, NJW 1989, 1312 ff.

11 Dazu Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.–23. August 1948; *K. Stern*, Staatlichkeit und Verfassungsgebung in Deutschland vor 50 Jahren: Das Schicksalsjahr 1948, DÖV 1998, 795 ff., s. auch *H. Säcker*, Der Verfassungskonvent 1948, DÖV 1999, 784 ff.; allgemeiner *W. Kahl*, Die Entstehung des Grundgesetzes, JuS 1997, 1083 ff. und *K. Kröger*, Die Entstehung des Grundgesetzes, NJW 1989, 1318 ff.

12 Dokumentation dieser Beratung, die für das Verständnis der Entstehungsgeschichte der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes von großer Wichtigkeit ist, in: JöR nF. 1 (1951). – Akten und Protokolle in: *W. Werner*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 1–3, 1986 (Hrsg.: Deutscher Bundestag [Bundesarchiv] 1975–1989). – Vgl. auch *H. von Wedel*, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, dargestellt am Beispiel Deutschlands 1848/49, 1919, 1948/49, 1975.

Über diesen Entwurf beriet sodann der **Parlamentarische Rat**, der aus 65 von den Landtagen gewählten Ländervertretern zusammengesetzt war, unter ihnen – entgegen der noch immer verbreiteten Rede von den Verfassungsvätern – vier Frauen, namentlich *Dr. Elisabeth Selbert* (SPD), *Friedrike Nadig* (SPD), *Dr. Helene Weber* (CDU) und *Helene Wessel* (Zentrum)<sup>13</sup>. Der Parlamentarische Rat trat im September 1948 seine Arbeit in Bonn an. Am 8. Mai 1949 nahm er mit 53 Ja-Stimmen gegen 12 Nein-Stimmen das Grundgesetz an.<sup>14</sup> Die Nein-Stimmen kamen von der CSU (6), die den Entwurf als zu zentralistisch ansah, der KPD (2), der Deutschen Partei (2) und dem Zentrum (2). Anschließend erklärten die Volksvertretungen der Länder die Annahme des Grundgesetzes, ausgenommen der Bayerische Landtag, der das Grundgesetz mit 101 Stimmen gegen 64 Stimmen bei 9 Enthaltungen ablehnte, jedoch die Zugehörigkeit Bayerns zur Bundesrepublik Deutschland mit 97 gegen 6 Stimmen bei 70 Enthaltungen bejahte und die Rechtswirksamkeit des Grundgesetzes in Bayern für den Fall der Annahme durch zwei Drittel der Volksvertretungen der Länder ebenfalls bejahte.<sup>15</sup> Somit war das Zustimmungserfordernis des Art. 144 Abs. 1 GG („Dieses Grundgesetz bedarf der Annahme durch die Volkvertretungen in zwei Dritteln der deutschen Länder, in denen es zunächst gelten soll“) erfüllt. Die Militärgouverneure stimmten der Verfassung am 12. Mai 1949 unter Aufrechterhaltung des Vorrangs des Besatzungsstatus, des Berlinvorbehalts und unter weiteren Vorbehalten zu.

Das Grundgesetz wurde am **23. Mai 1949** verkündet und trat gemäß Art. 145 Abs. 2 GG mit Ablauf dieses Tages in Kraft.<sup>16</sup> Am 14. August 1949 fanden die Wahlen zum ersten Bundestag statt, der am 7. September 1949 zu seiner konstituierenden Sitzung zusammentrat; am 12. September erfolgte die Wahl des ersten Bundespräsidenten (*Theodor Heuss*); am 15. September wurde der erste Bundeskanzler (*Konrad Adenauer*) gewählt, und am 20. September 1949 war die Regierungsbildung mit der Ernennung der Bundesminister abgeschlossen. Spätestens an diesem Tage war die Gründung der Bundesrepublik Deutschland vollzogen.

Die Verfassung der DDR trat am 7. Oktober 1949 in Kraft. Auch sie ging vom Fortbestand Deutschlands aus. Gleiches gilt für die Alliierten, von denen die westliche Seite 1951, die Sowjetunion 1955 den Kriegszustand „mit Deutschland“ für beendet erklärten.<sup>17</sup> Die Teilung Deutschlands sollte 40 Jahre andauern.

**Rechtsprechung:** BVerfGE 36, 1 – Grundlagenvertrag.

**Literatur:** C. Diestelkamp, Die Verfassungsentwicklung in den Westzonen bis zum Zusammen treten des Parlamentarischen Rates, NJW 1989, 1312; M. Etzel, Die Aufhebung von nationalso-

13 S. hierzu C. Sitter, Die Rolle der vier Frauen im Parlamentarischen Rat: Die vergessenen Mütter des Grundgesetzes, 1995.

14 M. Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, 1998, S. 178.

15 Der diesbezügliche Beschluss des Bayerischen Landtages vom 20. Mai 1949 war im Jahre 1991 (!) Gegenstand einer Entscheidung des BayVerfGH. Der BayVerfGH wies darin die Popularklage der Bayernpartei mit dem Antrag, den Beschluss des Bayerischen Landtags insoweit für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, als darin die Rechtsverbindlichkeit des Grundgesetzes auch für Bayern anerkannt wird, als unzulässig ab (BayVBl. 1991, 561 f.).

16 Die Frage, ob das Grundgesetz am 23. Mai um 24 Uhr in Kraft getreten ist (so O. Jauernig, Wann ist das Grundgesetz in Kraft getreten?, JZ 1989, 615 ff.; P.M. Huber, in: Sachs, Art. 145 Rn. 5; Jarass/Pieroth, Art. 145 Rn. 2) oder am 24. Mai um 0 Uhr (so zB. I. von Münch, Die Zeit im Recht, NJW 2000, 1 [3]) ist str., aber für die Praxis ohne Bedeutung.

17 Texte dieser Erklärungen in: I. von Münch, Dokumente des geteilten Deutschland/ Band 1, 2. Aufl. 1976, S. 57 ff.; s. auch BVerfGE 36, 1 (15 f.) – Grundlagenvertrag: „Mit der Errichtung der Bundesrepublik Deutschland wurde nicht ein neuer westdeutscher Staat gegründet, sondern ein Teil Deutschlands neu organisiert (vgl. Carlo Schmid in der 6. Sitzung des Parlamentarischen Rates – StenBer. S. 70). (...) Die Deutsche Demokratische Republik gehört zu Deutschland und kann im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland angesehen werden.“ S. dazu auch noch unten Rn. 44 ff.

zialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992; *M. Feldkamp*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, 1998; *K. Kröger*, Die Entstehung des Grundgesetzes, NJW 1989, 1318; *H. Säcker*, Der Verfassungskonvent 1948, DÖV 1999, 784; *C. Sitter*, Die Rolle der vier Frauen im Parlamentarischen Rat: Die vergessenen Mütter des Grundgesetzes, 1995; *K. Stern*, Staatlichkeit und Verfassungsgebung in Deutschland vor 50 Jahren: Das Schicksalsjahr 1948, DÖV 1998, 795; *H. von Wedel*, Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung, dargestellt am Beispiel Deutschlands 1848/49, 1919, 1948/49, 1975.; Zum Nationalsozialismus s. *W. Kohl/M. Stolleis*, Im Bauch des Leviathan. Zur Staats- und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus, NJW 1988, 2849; *I. von Münch (Hrsg.)/U. Brodersen*, Gesetze des NS-Staates, 3. Aufl. 1994; *M. Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999; *H. Wilms*, Die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, DVBl. 2000, 1237; *Heiko Holste*, Die Zerstörung des Rechtsstaates durch den Nationalsozialismus, JA 2009, 359.

### 3. Kapitel: Bedeutende Verfassungsänderungen vor der Wiedervereinigung

Bis zur Wiedervereinigung erfuhr das Grundgesetz 35 Änderungen. Die wichtigsten standen in Zusammenhang mit den Aufhebungen der Souveränitätsbeschränkungen oder betrafen die Beziehungen zwischen Bund und Ländern.<sup>1</sup> **38**

#### 3.1 Wehrverfassung 1954/56

Da Deutschland infolge des verlorenen Krieges entmilitarisiert und eine Wiederbewaffnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes nicht absehbar war, enthielt die Verfassung zunächst keine Bestimmungen über die Aufstellung und Verwendung von Streitkräften. Infolge des aufbrechenden Ost-West-Konflikts erschien den Westalliierten jedoch schon bald eine Wiederbewaffnung der Bundesrepublik bei gleichzeitiger Integration in eine europäische Verteidigungsgemeinschaft wünschenswert. Im Vertrag über die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit den drei Mächten (**Deutschlandvertrag**) von 1951/53<sup>2</sup> vereinbarten die Vertragsparteien daher zunächst mit Blick auf die Gründung einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, nach deren Scheitern im Blick auf den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur NATO<sup>3</sup>, die Aufhebung des Besatzungsstatuts. Alliierte Vorbehalte bezogen sich nunmehr nur noch auf Berlin, die Wiedervereinigung und auf einen Friedensvertrag. Damit war der Weg frei für die Aufstellung von Streitkräften. Mit dem 4. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1954<sup>4</sup> und dem 7. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. März 1956<sup>5</sup> fanden – nach heftigem innenpolitischen Streit<sup>6</sup> – die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften Eingang in die Verfassung. Dies betraf insbesondere die Regelung der **Wehrpflicht** in Art. 12a GG, die Einrichtung eines parlamentarischen Verteidigungsausschusses und eines Wehrbeauftragten (Art. 45a und 45b GG), die Regelung der Befehls- und Kommandogewalt nach Art. 65a GG und die Bestimmungen über die Streitkräfte und ihre Verwaltung in Art. 87a und 87b GG. **39**

#### 3.2 Notstandsverfassung 1968

Vervollständigt wurden die Regelungen der Wehrverfassung durch das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968<sup>7</sup>, die sog. Notstandsverfassung. Der neu eingefügte Abschnitt Xa mit den Art. 115a–115l GG regelt unter der Überschrift „Verteidigungsfall“ ausführlich den **äußeren Notstand**, insbesondere die Modifikationen in den Zuständigkeiten der obersten Staatsorgane. Die Vorschriften zum **inneren Notstand** finden sich in Art. 35 Abs. 2 und 3 sowie Art. 87a Abs. 4 und Art. 91 GG. Da manche in den Bestimmungen der Notstandsverfassung die Gefahr eines Übergangs zur Diktatur sahen, wurde außerdem Art. 20 GG um die Regelung eines **Widerstandsrechts** ergänzt. Dessen Ausübung ist an die vorherige Ausschöpfung (zumindest) des Rechtswegs geknüpft. Gibt es keine rechtsstaatliche Gerichtsbarkeit mehr, hat das GG allerdings bereits seine Verbindlichkeit verloren und kann damit auch den Widerstand nicht mehr als verfassungsmäßig deklarieren. Gibt es eine rechtsstaatliche Ge- **40**

1 S. auch G. *Robbers*, Die Änderungen des Grundgesetzes, NJW 1989, 1325 ff.

2 Vom 26. Mai 1952, in Kraft am 5. Mai 1955.

3 Der EVG-Vertrag scheiterte am 30. August 1954 im französischen Parlament. Die am 27. Februar 1955 geschlossenen Pariser Verträge beendeten das Besatzungsstatut und eröffneten Deutschland den Beitritt zur NATO. Am 5. Mai 1955 wurde Deutschland NATO-Mitglied.

4 BGBl. I, S. 45, in Kraft am 5. Mai 1955.

5 BGBl. I, S. 111.

6 S. dazu E. *Barth*, 10 Jahre Wehrverfassung, DÖV 1966, 153 ff.

7 BGBl. I, S. 709.