

# § 1

## Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland

*Horst Dreier*

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Der Ursprungskontext des Grundgesetzes	1–40	5. Zentrale Streitpunkte und schwierige Kompromisse	33–39
1. Irregularität der Verfassungsgenese	2– 5	a) Ehe und Familie, Schule und Elternrecht	34–35
a) Entstehungsprozess	2– 3	b) Staatskirchenrechtliche Artikel	36
b) Legitimitätszweifel	4– 5	c) Föderalismus (insb. Zweite Kammer, Gesetzgebungskompetenzen, Finanzhoheit)	37–39
2. Historischer Doppelbezug: NS-Regime und Weimarer Republik	6– 7	6. Schlüsselfiguren und Schlüsseltexte	40
3. Konsequenzen für zentrale Regelungskomplexe	8–29	II. Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis heute	41–83
a) Grundrechte und Menschenwürde	9–16	1. Verfassungsentwicklung in zweierlei Gestalt	41–47
aa) Rückbesinnung auf tradierte Grundrechte	10–12	a) Förmliche Verfassungsänderungen	43–46
bb) Grundrechtsinnovationen	13–14	b) Verfassungswandel	47
cc) Menschenwürde	15–16	2. Hauptlinien der Verfassungsentwicklung	48–70
b) Staatsorganisation	17–25	a) Verfassungskontinuität: Vom Provisorium zur Dauerlösung	48–49
aa) Parlamentarisches Regierungssystem mit starkem Bundeskanzler	18–20	b) Verfassungsnachholung: Wehr- und Notstandsverfassung	50–54
bb) Restriktive Verordnungskompetenz der Exekutive	21	c) Verfassungskorrektur: Finanz- und Haushaltsreform	55–57
cc) Föderale Staatsform	22	d) Verfassungsbewahrung: Deutsche Wiedervereinigung als epochale Herausforderung	58–63
dd) Kompetenzstarkes Bundesverfassungsgericht	23	e) Verfassungstranzendierung: Europäische Integration als Entwicklungsfaktor und neuer Sinnhorizont	64–66
ee) Ausschluss direkter Demokratie	24	f) Jüngere Entwicklungen im Grundrechtsbereich	67–69
ff) Integration der Parteien in das Verfassungsgefüge	25	g) Stilbruch als Sachproblem	70
c) Bestandssicherung der Verfassung	26–29	3. Zentrale Konfliktfelder	71–76
aa) Inkorporationsgebot (Art. 79 Abs. 1 GG)	27	a) Wehrverfassung	73
bb) Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)	28		
cc) Streitbare Demokratie (Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG)	29		
4. „Ausländische“ Einflüsse und Rechtsvergleich	30–32		

	Rn.		Rn.
b) Notstandsverfassung	74	demokratischer Legiti-	
c) Grundrechtsdämmung?	75–76	mation	114–115
4. Faktoren der Verfassungs-		4. Rechtsstaatsprinzip	116–132
entwicklung	77–83	a) Gewaltenteilung	117–120
III. Grundzüge des Grundgesetzes	84–148	b) Vorrang und Vorbehalt	
1. Vorrang der Verfassung	85–92	des Gesetzes	121–124
a) Vorrang gegenüber der		c) Rechtsschutz und Justiz-	
Gesetzgebung	85–87	grundrechte	125–126
b) „Konstitutionalisierung“		d) Rechtssicherheit (Be-	
der Gesamtrechtsordnung?	88–92	stimmtheit, Vertrauens-	
2. Verfassungsprinzipien	93–103	schutz)	127–129
a) Zur Bedeutung von Art. 20		e) Verhältnismäßigkeits-	
Abs. 1–3 GG	93–95	grundsatz	130–132
b) Republik und Sozialstaat	96–97	5. Grundrechte	133–142
c) Bundesstaat	98–103	a) Extensivierung	135–138
3. Demokratieprinzip	104–115	b) Intensivierung	139
a) Demokratie		c) Pluralisierung	140–142
(Art. 20 Abs. 1 GG)	104–106	aa) Ausstrahlungswirkung	141
b) Volkssouveränität,		bb) Schutzpflichten	142
Wahlen, Abstimmungen		6. Menschenwürde	143–148
(Art. 20 Abs. 2 GG)	107–113	IV. Abschließende Notiz zur	
c) Ausübung durch besondere		nationalen Identität	149–151
Organe (Art. 20 Abs. 2		Bibliographie	
Satz 2 GG): Das Modell			

### Allgemeine Hinweise

#### Abkürzungsverzeichnis (Zeitschriften und häufig zitierte Literatur):

AK-GG	Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/ Ekkehart Stein (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesre- publik Deutschland, 3 Bde., <sup>3</sup> 2001 ff.; Stand: 2. Ergänzungslieferung August 2002
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Gesamtherausgeber Rudolf Dolzer, Mitherausgeber für Abschnitt X (Finanzwesen) Klaus Vogel, 15 Bde., 1950 ff. (Stand: 124. Lieferung September 2006)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dreier, GGK	Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 3 Bde., 1996 ff. (Bd. I: <sup>2</sup> 2004; Bd. II: <sup>2</sup> 2006; Bd. III: 2000)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
FS 50 Jahre BVerfG	Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfas- sungsgericht, 2 Bde., 2001
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts, hrsgg. von Ernst Benda, Werner Mai- hofer und Hans-Jochen Vogel, unter Mitwirkung von Konrad Hesse und Wolfgang Heyde, 2. Aufl., 1994
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, hrsgg. von Det- lef Merten und Hans-Jürgen Papier, 2004 ff. (Bd. I: 2004; Bd. II: 2006)

HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsgg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 10 Bde., 1./2. Aufl., 1987–2000 (Bd. I: 1987/1995; Bd. II: 1987/1998; Bd. III: 1988/1996; Bd. IV: 1990/1999; Bd. V: 1992/2000; Bd. VI: 1989; Bd. VII: 1992; Bd. VIII: 1995; Bd. IX: 1997; Bd. X: 2000);
HStR <sup>3</sup>	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsgg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 3. Aufl., 2003ff. (Bd. I: 2003; Bd. II: 2004; Bd. III: 2005; Bd. IV: 2006)
Huber, Verfassungsgeschichte	Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 8 Bde., 1967ff. (Bd. 1: 2. Aufl. 1967; Bd. 2: 3. Aufl. 1988; Bd. 3: 3. Aufl. 1988; Bd. 4: 2. Aufl. 1982; Bd. 5: 1978; Bd. 6: 1981; Bd. 7: 1984; Bd. 8: 1991)
JBl.	Juristische Blätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
v. Mangoldt/Klein/Starck, GG	Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, begründet von Hermann von Mangoldt. Fortgeführt von Friedrich Klein, 5. Aufl. hrsgg. von Christian Starck, 3 Bde., 2005
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPL	Neue Politische Literatur
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Parl. Rat	Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, hrsgg. vom Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv, 1975ff. (Bd. I: Vorgeschiede, bearbeitet von Johannes V. Wagner, 1975; Bd. II: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, bearbeitet von Peter Bucher, 1981; Bd. III: Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung, bearbeitet von Wolfram Werner, 1986; Bd. IV: Ausschuß für das Besatzungsstatut, bearbeitet von Wolfram Werner, 1989; Bd. V: Ausschuß für Grundsatzfragen, bearbeitet von Eberhart Pikart und Wolfram Werner, 1993; Bd. VI: Ausschuß für Wahlrechtsfragen, bearbeitet von Harald Rosenbach, 1994; Bd. VII: Entwürfe zum Grundgesetz, bearbeitet von Michael Hollmann, 1995; Bd. VIII: Die Beziehungen des Parlamentarischen Rates zu den Militärregierungen, bearbeitet von Michael F. Feldkamp, 1995; Bd. IX: Plenum, bearbeitet von Wolfram Werner, 1996; Bd. X: Ältestenrat, Geschäftsausschuß und Überleitungsausschuß, bearbeitet von Michael F. Feldkamp, 1997; Bd. XI: Interfraktionelle Besprechungen, bearbeitet von Michael F. Feldkamp, 1997; Bd. XII: Ausschuß für Finanzfragen, bearbeitet von Michael F. Feldkamp, 1999; Bd. XIII: Ausschuß für Organisation des Bundes, Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, bearbeitet von Edgar Büttner/Michael Wettengel, 2002)
PVS	Politische Vierteljahresschrift
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VjZ	Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## I. Der Ursprungskontext des Grundgesetzes\*

- 1 Verfassungen sind in aller Regel das Produkt einer besonderen historischen Situation: Dokument eines revolutionären Umsturzes der bestehenden staatlichen Ordnung wie in Frankreich 1789 und in Deutschland 1918/19 oder Grundlage der Etablierung eines neuen politischen Gemeinwesens nach einer erfolgreichen Sezession wie in den USA. Plastisch hat man in der angloamerikanischen Literatur vom „constitutional moment“<sup>1</sup> gesprochen, den es gleichsam zu ergreifen und zu nutzen gelte.

### 1. Irregularität der Verfassungsgenese

#### a) Entstehungsprozess

- 2 Auch das Grundgesetz macht hier keine Ausnahme, insofern es den Neuanfang konstitutionalisierter Staatlichkeit Deutschlands nach der Katastrophe des Nationalsozialismus und des verlorenen Zweiten Weltkrieges markiert.<sup>2</sup> Doch treten wesentliche Besonderheiten hinzu. Kriegsfolgenbedingt kam es zur Verfassunggebung unter Besatzungsherrschaft, bedingt durch die weltpolitische Lage des beginnenden Kalten Krieges zur territorialen Beschränkung auf die in den drei westlichen Besatzungszonen lebende Teilnation. Das Grundgesetz wurde so für einen neuen Staat im Werden ausgearbeitet, der sich selbst ausweislich seiner Präambel<sup>3</sup> und seiner Schlussbestimmung<sup>4</sup> nur als Intervall für eine Zwischenzeit verstand, der eine neue Verfassung für das gesamte Deutschland (nach den Erwartungen der Zeitgenossen: alsbald) folgen sollte. Dass man diese ausdrücklich als „Provisorium“<sup>5</sup> bezeichnete Verfassung nicht in souveräner Selbstbestim-

\* Für wertvolle Gespräche und Hinweise danke ich meinem Co-Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin, Mordechai Kremnitzer (Tel Aviv), sowie meinen Würzburger Kollegen Helmuth Schulze-Fielitz und Fabian Wittreck.

1 Diese zündende Wendung geht zurück auf *B. A. Ackerman*, *We the People*. Bd. 1: Foundations, <sup>5</sup>1998, S. 230 ff., 266 ff., besonders S. 272 ff.

2 Vertiefend zum Folgenden: *W. Benz*, Die Gründung der Bundesrepublik. Von der Bizone zum souveränen Staat, <sup>5</sup>1999; *M. F. Feldkamp*, Die Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland 1949. Eine Dokumentation, 1999; *R. Mußgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: *HStR*<sup>3</sup> I, § 8 Rn. 1 ff., 33 ff.

3 Die Präambel lautete bis zu ihrer Veränderung im Rahmen der deutschen Wiedervereinigung: „<sup>1</sup>Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat das Deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen. <sup>2</sup>Es hat auch für jene Deutschen gehandelt, denen mitzuwirken versagt war. <sup>3</sup>Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefördert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.“

4 Art. 146 GG lautete bis zu seiner Veränderung im Rahmen der deutschen Wiedervereinigung: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Die Änderung des Jahres 1990 bestand darin, dass nach den ersten beiden Worten folgender Relativsatz eingeschoben wurde: „das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt“.

5 Der Terminus begegnet bereits im Bericht des Herrenchiemseer Verfassungskonventes (Parl. Rat II, S. 507); siehe auch *K. (= Carlo) Schmid*, Die politische und staatsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: *Matz (Hg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Besatzungsstatut, 1949, S. 1, 3 f.; vgl. auch *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, S. 1245 (m.w.N. zur zeitgenössischen Debatte).

mung beschloss, zeigte sich daran, dass die Westalliierten den Anstoß zur Schaffung des Grundgesetzes gaben,<sup>6</sup> dass sie im Prozess der Verfassungsgebung nicht selten intervenierten und Vorgaben formulierten<sup>7</sup> und dass das fertige Verfassungswerk unter Genehmigungsvorbehalt der Militärgouverneure stand.<sup>8</sup>

Entsprechende Besonderheiten wies der Parlamentarische Rat<sup>9</sup> als das Gremium auf, das nach Beendigung der Arbeiten des Herrenchiemseer Verfassungskonvents<sup>10</sup> mit der Ausarbeitung des Grundgesetzes betraut war. Der Parlamentarische Rat konstituierte sich am 1. September 1948 in Bonn und schloss seine Beratungen am 8. Mai 1949 ab.<sup>11</sup> Anders als bei den Nationalversammlungen in der Frankfurter Paulskirche 1848/49 und im Weimarer Nationaltheater 1919 waren seine Mitglieder nicht vom Volk ausdrücklich für die Aufgabe der Beratung und Verabschiedung einer Verfassung gewählt worden. Vielmehr setzte sich der 65-köpfige Parlamentarische Rat gemäß alliierter Vorgaben aus Mitgliedern zusammen, die von den einzelnen Landtagen gewählt wurden.<sup>12</sup> Das von diesem Gre-

- 
- 6 Die entscheidenden Stationen waren die Londoner Sechsmächtekonferenz im Frühjahr 1948 sowie die Übergabe der so genannten Frankfurter Dokumente an die Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder am 1. Juli 1948 (Abdruck der Dokumente in: Parl. Rat I, S. 30 ff.); zu ihnen *W. Sörgel*, Konsensus und Interessen, <sup>2</sup>1985, S. 39 ff.; *B. Blank*, Die westdeutschen Länder und die Entstehung der Bundesrepublik. Zur Auseinandersetzung um die Frankfurter Dokumente vom Juli 1948, 1995; *D. Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, <sup>2</sup>2005, § 42 I 1 u. 2, S. 422 ff.
- 7 Solche Interventionen betrafen zumeist das Bund-Länder-Verhältnis und die Finanzverfassung, weil insbesondere die Amerikaner eine zu starke Zentralisierung fürchteten. Freilich darf man nicht verkennen, dass es dem Parlamentarischen Rat oft gelang, flexibel auf solche Interventionen zu reagieren und letztlich eigene Positionen erfolgreich zu verteidigen. Weniger um ein striktes Diktat, eher um Aushandlungsprozesse handelte es sich, zumal weder die Westmächte noch die deutsche Seite jeweils in sich völlig homogene Positionen vertraten. Aufschlussreich insofern die Dokumente in: Parl. Rat VIII (insb. die einführende Übersicht S. VII ff., XXVIII ff.).
- 8 Davon ist zwar im Normtext des Art. 144 GG nicht die Rede, weshalb hier die Anforderungen an die Annahme des Grundgesetzes in unvollständiger Weise genannt werden (*H. Dreier*, in: ders., GGK III, Art. 144 Rn. 13). Aber einen solchen Vorbehalt hatten die Alliierten schon in den so genannten Frankfurter Dokumenten von 1948 und kurz zuvor im Schlusskommuniqué der Londoner Sechs-Mächte-Konferenz formuliert (Text: *Dreier*, ebd., Art. 144 Rn. 2 mit Fn. 7 und 8).
- 9 Einen guten und konzentrierten Überblick über die Arbeit des Parlamentarischen Rates sowie die Debatte zu den einzelnen Normen gibt nach wie vor die Darstellung von *K.-B. v. Doemming/R. W. Füsslein/W. Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n.F. 1 (1951), S. 1 ff. Maßgeblich für die wissenschaftliche Arbeit heute ist die mehrbändige Sammlung „Der Parlamentarische Rat“ (1975 ff.), im Folgenden zitiert als „Parl. Rat“ mit Bandangabe; vgl. zu den bibliographischen Angaben das Abkürzungsverzeichnis am Anfang dieses Beitrages. – Noch im Aufbau begriffen ist die von H.-P. Schneider editierte Sammlung „Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung“ (1995 ff.).
- 10 Dieser „Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen“, bestehend aus den elf Delegierten der Länder und weiteren rund 20 Mitarbeitern und Fachleuten, erarbeitete auf der Herreninsel im Chiemsee in einem sehr kurzen Zeitraum (10. bis 23. August 1948) einen ersten Entwurf für das zu schaffende Grundgesetz (Gesamtdarstellung und Abdruck der Dokumente: Parl. Rat II). Dieses Dokument war als Arbeitsgrundlage wichtig und strukturierte die folgenden Beratungen oft entscheidend vor, ohne dass es vom Parlamentarischen Rat in irgendeiner Weise als verbindlich betrachtet worden wäre. Knappe Darstellung bei *Feldkamp* (Fn. 2), S. 28 ff.; vgl. auch die Beiträge in März/Oberreuther (Hg.), Weichenstellung für Westdeutschland, 1999.
- 11 Übersichtliche Darstellung: *Feldkamp* (Fn. 2); ferner *K. Niclaß*, Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, 1998, S. 211 ff.; *Stern* (Fn. 5), S. 1277 ff.
- 12 Gemäß einem Modellgesetz, das in den Landtagen und Bürgerschaften verabschiedet wurde, kam auf 750000 Einwohner ein Abgeordneter, jedoch mindestens einer pro Land. Im Einzelnen *Mußnug* (Fn. 2), § 8 Rn. 33 ff.

mium beratene und am symbolträchtig gewählten 8. Mai 1949<sup>13</sup> mit großer Mehrheit beschlossene Grundgesetz<sup>14</sup> wurde diesem Teilvolk sodann nicht (obwohl das zunächst und noch für lange Zeit so vorgesehen war) zur Abstimmung vorgelegt, sondern bedurfte gemäß Art. 144 GG lediglich der Zustimmung der Volksvertretungen in den Ländern.<sup>15</sup> Das überrascht auch deshalb, weil es viel naheliegender gewesen wäre, das Inkrafttreten des Grundgesetzes in Anbetracht der Zusammensetzung des Parlamentarischen Rates aus Vertretern, die von den jeweiligen Landtagen gewählt worden waren, an eine Volksabstimmung in den Ländern zu binden oder, dem amerikanischen Vorbild von 1787/1788 folgend, der Annahme durch besondere Ratifikationskonvente zu unterwerfen.<sup>16</sup> Die Londoner Sechs-Mächte-Konferenz war denn auch von einer Annahme („approval“) in den Ländern in Form von Referenden („ratification by the people“) ausgegangen, was die Frankfurter Dokumente wie folgt verdeutlichen: „Die Ratifizierung in jedem beteiligten Land erfolgt durch ein Referendum, das eine einfache Mehrheit der Abstimmenden in jedem Land erfordert [...]“.<sup>17</sup> Der Parlamentarische Rat hatte anfänglich die Referendumsversion übernommen, schwenkte dann aber bald auf die bloße Annahme durch die Volksvertretungen in den Ländern um<sup>18</sup>. In der Schlussphase der Beratungen nochmals von Dehler (FDP), v. Brentano (CDU) und Renner (KPD) gestellte Anträge auf Volksabstimmung über das Grundgesetz wurden abgelehnt.<sup>19</sup> Nachdem zunächst die Militärgouverneure am 12. Mai 1949 die Genehmigung erteilt<sup>20</sup> und sodann zehn der elf Länder durch

- 
- 13 Der 8. Mai 1945 gilt als der Tag der vollständigen und bedingungslosen Kapitulation der deutschen Streitkräfte. Tatsächlich erfolgte die erste Erklärung dieser Art am 7. Mai 1945 u.a. durch Generaloberst Jodl im Hauptquartier der Westalliierten in Reims. Die Unterzeichnung der deutschen Kapitulation gegenüber der Roten Armee der Sowjetunion unter Marschall Schukow in Berlin-Karlshorst erfolgte unter dem Datum des 8. Mai; tatsächlich wurden die Dokumente aber erst nach Mitternacht, also schon am 9. Mai unterzeichnet. Textabdruck bei Rauschnig (Hg.), Rechtsstellung Deutschlands: Völkerrechtliche Verträge und andere rechtsgestaltende Akte, <sup>2</sup>1989, Nr. 2, S. 4f. – Näher *M. Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949, in: HStR<sup>3</sup> I, § 7 Rn. 23f.
- 14 Die Abstimmung im Parlamentarischen Rat ergab 53 Ja- und 12 Nein-Stimmen. Die Nein-Stimmen entfielen auf die CSU (6), das Zentrum (2), die Deutsche Partei (2) und die KPD (2). Vgl. Parl. Rat IX, S. 617 (Schlußabstimmung), 703ff. (Mitgliederliste).
- 15 Art. 144 Abs. 1 GG: „Dieses Grundgesetz bedarf der Annahme durch die Volksvertretungen in zwei Dritteln der deutschen Länder, in denen es zunächst gelten soll.“
- 16 Dazu etwa *J. Heideking*, Die Verfassung vor dem Richterstuhl. Vorgeschichte und Ratifizierung der amerikanischen Verfassung 1787–1791, 1988, S. 156ff., 556ff.; zur Funktion der Konvente auch *G. S. Wood*, The Creation of the American Republic 1776–1787, 1969, S. 532ff.
- 17 Parl. Rat I, S. 1 ff., 30ff. (Zitate S. 4, 5 und 32). – Die wichtigsten Passagen auch bei *Dreier* (Fn. 8), Art. 144 Rn. 2 mit Fn. 8 und 9.
- 18 Zum Beratungsverlauf im Einzelnen und zu den innenpolitischen Gründen für das Abgehen vom Referendumsmodell vgl. *O. Jung*, Grundgesetz und Volksentscheid. Gründe und Reichweite der Entscheidungen des Parlamentarischen Rates gegen Formen direkter Demokratie, 1994, S. 252ff.; *Stern* (Fn. 5), S. 1230ff.
- 19 *Dreier* (Fn. 8), Art. 144 Rn. 4ff.
- 20 Vollständiger Text des Genehmigungsschreibens bei Rauschnig (Fn. 13), Nr. 8a, S. 37ff.; die wesentlichen Passagen auch bei *Dreier* (Fn. 8), Art. 144 Rn. 15 mit Fn. 92. – Die Genehmigung erfolgte unter Vorbehalten, von denen der wichtigste der „Berlin-Vorbehalt“ war, wonach Berlin vom Bund nicht regiert werden durfte. Das am gleichen Tage erlassene Besatzungsstatut (Abdruck bei *Benz* [Fn. 2], S. 167ff.) sah u.a. vor, dass jede Verfassungsänderung der Zustimmung der Besatzungsbehörden bedurfte und auch Bundesgesetze erst in Kraft treten konnten, wenn sie nicht innerhalb von 21 Tagen von den Besatzungsbehörden abgelehnt wurden (hierzu *H. Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: HStR<sup>3</sup> I, § 9 Rn. 37).

ihre Landtage bzw. Bürgerschaften, die dadurch „ad hoc ihre Qualität wechselten“, <sup>21</sup> zugestimmt hatten, <sup>22</sup> konnte der Parlamentarische Rat am 23. Mai 1949<sup>23</sup> gemäß Art. 145 GG die Annahme des Grundgesetzes feststellen und es verkünden.

#### b) Legitimitätszweifel

Ungeachtet dieser Besonderheiten seiner Entstehung berief sich die Präambel des Grundgesetzes auf diejenige Legitimationsfigur moderner Verfassungsgebung, die in den nordamerikanischen Staaten nach der Unabhängigkeitserklärung praktisch erprobt<sup>24</sup> und seit ihrer theoretischen Ausformulierung in der Französischen Revolution durch den großen Verfassungsstruktureur Sieyes allgemein verbreitet und anerkannt war.<sup>25</sup> Demgemäß sprach (und spricht insofern unverändert) die Präambel davon, das Deutsche Volk habe sich „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz“ gegeben.<sup>26</sup> Nun war offensichtlich, dass die Genese des Grundgesetzes das vertraute Formenarsenal der Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt sprengte. Insofern lassen sich bei anerkannter Möglichkeit weiterer Differenzierung zwei Grundformen<sup>27</sup> unterscheiden: zum einen die unmittelbare Volkswahl einer verfassungsgebenden Versammlung, die über die Verfassung berät und diese dann auch ohne Beteiligung weiterer Organe oder des Volkes verbindlich beschließt (Nationalversammlungsmodell), wie dies in Deutschland etwa bei der Paulskirchenverfassung und bei der Verfassung von Weimar der Fall war; zum anderen die Erarbeitung eines Verfassungsvorschlages durch einen Konvent mit anschließender Abstimmung des Volkes (Konvents- oder Referendumsmodell), wie man dies etwa in Frankreich (1852, 1946 und 1958) sowie in Deutschland nach 1945 in der Mehrzahl der vor-

- 
- 21 So der scharfsichtige Hinweis von H. Quaritsch, *Kirchen und Staat*, Der Staat 1 (1962), S. 175, 179. Gegen die Auffassung der westdeutschen Ministerpräsidenten, die Landtage könnten dem Grundgesetz ebenso Legitimität vermitteln wie eine Volksabstimmung, auch *Mußgnug* (Fn. 2), § 8 Rn. 99.
- 22 Nur der Bayerische Landtag lehnte es nach einer Marathonsitzung ab, fasste aber sogleich danach den Beschluss, die Rechtsverbindlichkeit des Grundgesetzes anzuerkennen, wenn es in zwei Dritteln der Länder angenommen wird. Vgl. im Einzelnen und m.w.N. Dreier (Fn. 8), Art. 144 Rn. 19.
- 23 Das war wiederum ein symbolträchtiges Datum, da am 23. Mai 1945 die Gefangennahme der Mitglieder der Reichsregierung Dönitz in Flensburg-Mürwik erfolgte.
- 24 Näher G. Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1974, S. 18ff.; H. J. Boehl, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, 1997, S. 15ff., 25ff.
- 25 Siehe insb. E. J. Sieyes, *Was ist der dritte Stand?*, 1789, abgedruckt in: ders., *Politische Schriften*, Schmitt/Reichardt (Hg.), <sup>2</sup>1981, S. 117ff., 164ff. Zu Sieyes' Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt nach wie vor wichtig E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, 1909, S. 115ff., 136ff., 404ff.; aus der späteren Literatur H. Hofmann, *Repräsentation* (1974), <sup>4</sup>2003, S. 406ff.; H. Dreier, in: ders., *GGK<sup>2</sup> I*, Präambel Rn. 64ff.
- 26 So hatte es auch die Paulskirchenverfassung sowie die Weimarer Reichsverfassung gehalten. Bismarcks Reichsverfassung von 1871 hingegen beruhte auf einem kunstvollen Geflecht von völkerrechtlichen Verträgen und unterschiedlichen Zustimmungsverfahren in den einzelnen und ganz überwiegend monarchischen Staaten (vgl. H. Maurer, *Entstehung und Grundlagen der Reichsverfassung von 1871*, FS für Klaus Stern, 1997, S. 29ff.), so dass sich der Rekurs auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes naturgemäß verbat.
- 27 Vgl. K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 1957, S. 138f.; W. Henke, *Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes*, 1957, S. 36, 40; weitergehende Differenzierung bei C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 84ff.; E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, 1986, S. 20ff.; E. G. Mahrenholz, *Die Verfassung und das Volk*, 1992, S. 15ff.

grundgesetzlichen Landesverfassungen (u.a. Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz) praktizierte. Die Genese des Grundgesetzes entspricht keinem dieser beiden Modelle, sondern stellt in gewisser Weise ein Unikat dar. Denn einerseits war der Parlamentarische Rat keine Nationalversammlung, andererseits sah man von einer Volksabstimmung ab. Die Zustimmung der Volksvertretungen in den Ländern war dem Umstand geschuldet, dass es sich um Verfassunggebung in einem föderalen Gemeinwesen handelte.<sup>28</sup> Der verfassungshistorischen Besonderheit der Verfassungsgenese korrespondiert die unter Zeitgenossen und Historikern verbreitete Einschätzung, die Gründung der Bundesrepublik habe ursprünglich etwas Künstliches an sich gehabt.<sup>29</sup>

- 5 Verfassungsrechtlich spiegelt sich dies in anfänglichen, später bisweilen wiederholten Zweifeln an der Legitimität des Grundgesetzes („Geburtsmakel“-These<sup>30</sup>). Die Präambel enthalte eine unrichtige Beschreibung der Entstehungsgeschichte,<sup>31</sup> verkläre den historischen Prozess<sup>32</sup> oder stelle gar eine „fromme Lüge“<sup>33</sup> dar. Näheres Hinsehen ergibt, dass die entsprechenden Bedenken letztlich nicht durchgreifend sind. So erkennt der Hinweis auf die fehlende Volksabstimmung, dass eine solche nicht zwingend mit der Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt verbunden ist, wie die amerikanische Bundesverfassung von 1787 und die französische Revolutionsverfassung von 1791 nicht anders demonstrieren als die Paulskirchenverfassung 1848/49 oder die Weimarer Reichsverfassung von 1919. Allerdings kommt im Falle des Grundgesetzes hinzu, dass das Fehlen eines Plebiszits nicht durch die Wahl einer verfassungsgebenden Versammlung kompensiert wurde.<sup>34</sup> Der Verweis auf die fehlende Legitimation der Landtage ist zwar insofern treffend, als bei deren Konstitution nicht klar war, welche entscheidende Rolle sie bei der Verabschiedung des Grundgesetzes spielen würden; der Parlamentarische Rat selbst war eine ad-hoc-Konstruktion der Alliierten. Aber ein ausdrückliches Mandat zur Verfassunggebung durch das Volk hatte der Dritte Stand 1789 in Frankreich ebenso wenig erhalten wie der amerikanische Verfassungskonvent in Philadelphia 1787. Letztlich vermittelt hier der historische Erfolg die entscheidende Legitimation. Für die Abweichung von den Standardmodellen gab es im Falle der Entstehung des Grundgesetzes mit der Besatzungssituation sowie der weltpolitischen Lage zwingende Gründe; dieser Besonderheit korrespondierte das zweifelsohne außergewöhnliche, letztlich aber wohl alterna-

28 Zu den daraus resultierenden Besonderheiten und Schwierigkeiten etwa *J. Isensee*, Idee und Gestaltung des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR IV, § 98 Rn. 297 f.

29 *G. Mann*, Der verlorene Krieg und die Folgen, in: Richter (Hg.), Bestandsaufnahme. Eine deutsche Bilanz, 1962, S. 29, 45, spricht von einem „Homunkulus“.

30 Diese plastische Kennzeichnung stammt von *J. Isensee*, Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: HStR VII, § 166 Rn. 32 ff.

31 Siehe nur *H. v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 32; *W. Geiger*, Zur Genesis der Präambel des Grundgesetzes, EuGRZ 1986, S. 121, 124.

32 *H. Rumpf*, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, 1958, S. 17. – Weitere Nachweise älterer Kritik bei *P. Schoepke*, Die rechtliche Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Diss. Tübingen 1965, S. 150 ff.; *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 230 mit Fn. 34.

33 *H. Meyer*, Das ramponierte Grundgesetz, KritV 76 (1993), S. 399, 424.

34 *Mußgnug* (Fn. 2), § 8 Rn. 98.



tivlose Verfahren.<sup>35</sup> In dieser exzeptionellen Situation musste als entscheidend und hinreichend gelten, dass mit dem Parlamentarischen Rat eine außerordentliche Versammlung, die in einem besonderen Verfahren kreiert und durch einen besonderen „Auftrag“ legitimiert war, eine Verfassung entworfen, beraten und (vorbehaltlich der Zustimmung der Länder) beschlossen hat, deren Atypizität auch insofern die Bezeichnung als „Grundgesetz“ signalisiert.<sup>36</sup> Was schließlich in der Anfangszeit an tatsächlichen Legitimationsmängeln noch vorhanden gewesen sein mag, ist durch die spätere „Annahme“ des Grundgesetzes wettgemacht worden, die sich in hoher Wahlbeteiligung mit großen Erfolgen für die das Grundgesetz bejahenden Parteien, in der allgemeinen Akzeptanz durch die Staatsorgane und das Volk sowie in einem sich sukzessive festigenden, wenngleich naturgemäß diffusen Verfassungskonsens zum Ausdruck brachte.<sup>37</sup> Mit einem Wort: die Genese des Grundgesetzes war irregulär, aber nicht illegitim.

## 2. Historischer Doppelbezug: NS-Regime und Weimarer Republik

Jede Verfassung verarbeitet historische Erfahrungen und stellt zugleich eine Art von „Bauplan“<sup>38</sup> für die Zukunft der Gesamtgesellschaft dar. Die französischen Revolutionsverfassungen setzten sich ebenso deutlich vom monarchischen Absolutismus ab wie die Amerikaner vom britischen Konzept der Parlamentssouveränität; diesseits wie jenseits des Atlantiks werden demgegenüber Garantien für die Freiheit und Gleichheit der Menschen proklamiert. Nicht anders betonte und besiegelte die Weimarer Reichsverfassung mit ihrem Art. 1 Abs. 1 („Das Deutsche Reich ist eine Republik.“) die Überwindung der monarchischen Staatsform und setzte für die Zukunft sozialstaatliche, auch Wirtschaft und Gesellschaft umfassende Akzente.

Das Grundgesetz musste sich beim unausweichlichen historischen Rückbezug gleich auf zwei Vorgängersysteme konzentrieren, da es gleichermaßen eine Antwort auf das im und durch den Krieg untergegangene „Dritte Reich“ darstellte wie die vielbeschworenen Weimarer Erfahrungen zu verarbeiten hatte. Diese Vergangenheit bildete „Erfahrungshorizont und Erblast“<sup>39</sup> des Grundgesetzes. Es erweist sich demgemäß als „ganz entscheidend durch den Rückblick auf die Nazidiktatur und die Weimarer Verfassung bestimmt“.<sup>40</sup> Die Erfahrung des tota-

35 Bei *Quaritsch* (Fn. 21), S. 179 findet sich der richtige Hinweis, dass niemand dem Parlamentarischen Rat seine Rolle streitig machte und die verfassunggebende Gewalt für sich reklamierte.

36 Dazu *D. Murswiek*, in: BK, Überschrift (Zweitb. 1986), Rn. 9; *Dreier* (Fn. 25), Präambel Rn. 82.

37 Das kann als weitgehender Konsens in der Staatsrechtslehre gelten: vgl. *H. P. Ipsen*, 40 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, JöR n.F. 38 (1989), S. 1, 9f.; *K. Hesse*, Die Verfassungsentwicklung seit 1945, in: HdbVerfR, § 3 Rn. 17; *H. Hofmann*, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, StWStP 6 (1995), S. 155, 159.

38 *A. Hollerbach*, Ideologie und Verfassung, in: Maihofer (Hg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 37, 46.

39 Diese Wendung bei *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 53.

40 So *E. Friesenhahn*, Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 2, 1950, S. 164. Ausführlich zu diesem doppelten zeitgeschichtlichen Bezug *F. K. Fromme*, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 1967, S. 1ff., 184ff.

litären Regimes nahm dabei von Anbeginn die Form eines „Kontrastbezuges“<sup>41</sup> an. Das bedeutet: die entsprechenden, häufig sehr grundsätzlichen Entscheidungen wandten sich gegen die massenhafte Verletzung von Menschenrechten und Menschenwürde, gegen die Konzentration der gesamten Staatsgewalt in den Händen eines Führers, gegen die Zerschlagung demokratischer Institutionen und föderaler Ordnung, gegen Rassenwahn und kriegerische Expansion.<sup>42</sup> Beim Blick zurück auf Weimar geht es hingegen stärker um die (nicht immer mit der gebührenden Tiefenschärfe durchgeführte) Analyse von Fehlkonstruktionen<sup>43</sup> oder -entwicklungen, um die differenzierende Befunderhebung, um die Suche nach besseren Alternativen, um Vermeidung vermeintlicher Schwächen und Unzulänglichkeiten, um konstruktive Lehren aus zum Teil bitteren Erfahrungen – und nicht einfach nur um das glatte Gegenteil des soeben untergegangenen totalitären Regimes.<sup>44</sup>

### 3. Konsequenzen für zentrale Regelungskomplexe

- 8 Aus dem skizzierten Doppelbezug erwachsen prägende Strukturen des Grundgesetzes. Besonders deutlich zeigt sich dies bei den Grundrechten (a), bei einigen Elementen der Staatsorganisation (b) sowie der auffälligen Tendenz zur verstärkten Bestandssicherung der Verfassung (c).

#### a) Grundrechte und Menschenwürde

- 9 Nach der systematischen Missachtung von Menschenwürde und Menschenrechten in der Zeit des Nationalsozialismus war es im Grunde keine Frage, mit dem Grundgesetz ein Bekenntnis zur Freiheit und Gleichheit der Menschen abzulegen und die Rechte des Individuums besonders stark herauszuheben. Es ist dies der wesentliche Grund, warum der Parlamentarische Rat wie vorher schon der Herrenchiemseer Konvent in Abweichung von der Tradition deutscher Staatsgrundgesetze mit dem Abschnitt über „Die Grundrechte“ beginnt und an deren Spitze den Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde stellt.<sup>45</sup>

41 So M. R. Lepsius, Das Erbe des Nationalsozialismus und die politische Kultur der Nachfolgestaaten des „Großdeutschen Reiches“, in: ders., Demokratie in Deutschland, 1993, S. 229, 230ff., der diesen Bezug für die Bundesrepublik, die DDR und Österreich durchdekliniert. Vergleichbar in Richtung und Intention ist die Rede vom NS-System als dem „politischen Layout“ der Bundesrepublik (G. Roellecke, Der Nationalsozialismus als politisches Layout der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 28 [1989], S. 505ff.).

42 Dieser scharfe Kontrast machte den Aufbau einer neuen staatlichen Ordnung insofern leichter, als er nach dem Ende des Ersten Weltkrieges war. Denn anders als seinerzeit gab es nicht den beharrlichen Entwertungsdruck eines idealisierten Vorgängersystems, keine Dolchstoßlegende, keine Verklärung des untergegangenen Reiches. Der Nationalsozialismus hatte sich durch seine Taten und deren Folgen vollständig entlegitimiert (vgl. H. Lübke, Deutschland nach dem Nationalsozialismus 1945–1990, in: ders., Modernisierung und Folgekosten, 1997, S. 284, 286f.).

43 Vgl. etwa G. Roellecke, Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung, Der Staat 35 (1996), S. 599ff.

44 Von daher sollte man die Weimarer Reichsverfassung nicht pauschal als „negative Folie“ (so E. Wolfrum, Die Bundesrepublik Deutschland 1949–1990 [= Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, 10. Aufl., Bd. 23], 2005, S. 78) bezeichnen. Sie war viel stärker eine Orientierungshilfe, in manchem Vorbild, in manchem Mahnung, immer Ansporn zur Verbesserung.

45 Dieser Zusammenhang ist praktisch unbestritten. Vgl. nur G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 117ff.; H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353, 354; B. Pieroth, Geschichte des Grundgesetzes, in: ders. (Hg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 11, 13; H. Dreier, in: ders., GGK<sup>2</sup> I, Art. 1 I Rn. 39.

## aa) Rückbesinnung auf tradierte Grundrechte

Bei den Beratungen zum Grundrechtskatalog wurden Wunsch und Wille zur Wiedereingliederung in die freiheitliche westliche Verfassungstradition, wie sie von Deutschland selbst nicht unmaßgeblich mitgeprägt worden war, besonders augenfällig. Kurzzeitig virulente Überlegungen, entgegen den Vorgaben des Frankfurter Dokumentes Nr. I<sup>46</sup> auf einen Grundrechtskatalog zu verzichten und sich auf ein reines Organisationsstatut zu beschränken, waren rasch überwunden.<sup>47</sup> Carlo Schmid, der auf Herrenchiemsee noch für diese restriktive Lösung plädiert hatte,<sup>48</sup> trat in einer großen Rede in der ersten Plenumsitzung des Parlamentarischen Rates vom 8. September 1948 mit Verve für starke, verbindliche und das Grundgesetz insgesamt prägende, ja sie gleichsam „regierende“ Grundrechte ein, die keinesfalls „bloße Deklamationen, Deklarationen und Direktiven“ sein dürften.<sup>49</sup>

Dem mit der Ausarbeitung eines Grundrechtsteils betrauten „Ausschuß für Grundsatzfragen“ trug sodann Ludwig Bergsträßer einleitend ein kurzes Referat<sup>50</sup> vor, das den Worten des Vorsitzenden v. Mangoldt zufolge die Ausschussmitglieder über „das Wesen und Werden der Grundrechte unterrichten“ sollte.<sup>51</sup> In diesem Akt der Wiedervergewisserung über deren ideen- und verfassungsgeschichtliche Grundlagen schlug er einen großen historischen Bogen von der Magna Carta 1215 über die *Virginia Bill of Rights* von 1776 und die 1789 verkündete *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* bis hin zur Paulskirchen- und zur Weimarer Verfassung. Sehr bald konnte dann im Ausschuss Einigkeit darüber erzielt werden, sich weitgehend auf die Aufnahme der so genannten „klassischen“ liberalen Abwehrrechte zu beschränken, zu denen man üblicherweise die justizstaatlichen Garantien (nulla poena sine lege, Schutz vor willkürlicher Verhaftung, rechtliches Gehör), wesentliche Kommunikationsgrundrechte (Meinungs-, Presse-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) sowie Eigentums- und Berufsfreiheit zählt.<sup>52</sup> Für diese im bemerkenswerten Kontrast zu den vorkonstitutionellen Landesverfassungen<sup>53</sup> stehende Beschränkung gab es im We-

46 Vgl. Parl. Rat I, S. 31: „[...] eine demokratische Verfassung [...], die Garantien der individuellen Rechte und Freiheiten enthält.“

47 Transparente Darstellung in v. Doemming/Füsslein/Matz (Fn. 9), S. 41 ff.; siehe auch *Mußgnug* (Fn. 2), § 8 Rn. 55.

48 Vgl. Parl. Rat II, S. 89.

49 Die zentralen Sätze lauten (zitiert nach Parl. Rat IX, S. 37): „Als drittes Erfordernis für das Bestehen einer demokratischen Verfassung gilt im allgemeinen die Garantie der Grundrechte. In den modernen Verfassungen finden wir überall Kataloge von Grundrechten, in denen das Recht der Personen, der Individuen, gegen Ansprüche der Staatsraison geschützt wird. [...] Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren [...]. Diese Grundrechte sollen nicht bloße Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, nicht nur eine Garantie der Länder-Grundrechte, sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben können.“

50 Bergsträßer war SPD-Mitglied aus Hessen und Historiker. Abdruck des Referates in: Parl. Rat V, S. 29 ff.

51 Parl. Rat V, S. 28.

52 Diese Aufzählung ist rein illustrativ und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, zumal es einen festen oder gar verbindlichen Kanon solcher Rechte nicht gibt.

53 Namentlich die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen (etwa Bayern, Bremen und Hessen) sowie die nach der deutschen Wiedervereinigung in den „neuen“ Ländern verabschiedeten Dokumente kennen „soziale“ Grundrechte ebenso wie Regelungen über das Wirtschafts- und Sozialleben. Materialreicher Überblick bei A. Brenne, *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*, 2002. Der internationale Rechtsvergleich ergibt ein paralleles Bild: B. Schulte, *Soziale Grundrechte in Europa*, 2001.

sentlichen zwei Gründe, die den historischen Doppelbezug (vgl. oben, Rn. 7) exemplarisch belegen. Zum einen hatte gerade die Missachtung menschlicher Würde, Freiheit und Gleichheit in der NS-Zeit die Notwendigkeit dauerhafter Sicherung der Grundrechte erwiesen, die in der Zwischenkriegszeit europaweit und bei weitem nicht nur in Deutschland in die Defensive geraten und von anderen, sei es ständisch-korporativen, sei es autoritären oder totalitären Konzepten zurückgedrängt oder gänzlich verdrängt worden waren.<sup>54</sup> Dieser auch von Bergsträßer angesprochene Bezug wurde in der folgenden Debatte vom späteren langjährigen hessischen Ministerpräsidenten Zinn klar zum Ausdruck gebracht: „Nach den Exzessen der staatlichen Macht in den vergangenen 12 Jahren haben auch die klassischen Grundrechte wieder eine evidente Bedeutung erlangt.“<sup>55</sup> Zum anderen war es nur bei Konzentration auf liberale Abwehrrechte möglich, den Grundrechten durchgängig den Charakter unmittelbarer und einklagbarer subjektiver Rechte im Sinne der von Carlo Schmid erhobenen Forderung zu verleihen. Hiermit war eine signifikante Veränderung im Verhältnis zur Weimarer Reichsverfassung vollzogen. Nicht, dass man dort Grundrechte ganz generell nur als Programmsätze und Direktiven für den Gesetzgeber gekannt hätte, wie man aufgrund einer hartnäckig sich haltenden Legende auch heute noch immer wieder lesen und hören kann.<sup>56</sup> Die Weimarer Reichsverfassung enthielt eine Vielzahl an klassisch-liberalen Gewährleistungen, die zumeist schon aus der Paulskirchenverfassung bekannt und nicht selten mit ihr wortgleich waren (wie z.B. die Freizügigkeit, die Auswanderungsfreiheit, die Freiheit der Person, der Schutz der Wohnung sowie des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses u.v.a.m.). An ihrem Charakter als aktuell geltendem, unmittelbar anwendbarem, „für Behörden und Bürger“ verbindlichem Recht<sup>57</sup> bestand kein Zweifel. Aber der mit „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ überschriebene Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung kannte eben darüber hinaus eine Vielzahl von Bestimmungen zu den so genannten „Lebensordnungen“, zum Gemeinschafts- und Wirtschaftsleben: Reinerhaltung, Gesundheit und soziale Förderung der Familie, Schutz der Jugend vor Ausbeutung und Verwahrlosung, Schulwesen und Lehrerbildung, gesunde Wohnungen, Nutzung der Bodenschätze, Sozialversicherungswesen, Schutz des Mittelstands sowie Arbeiter- und Wirtschaftsräte u.a.m. Von solchen Materien hielt sich der Parlamentarische Rat sub specie Grundrechte (weitgehend) fern. Und wo man ihnen dann doch wie bei den staatskirchenrechtlichen Regelungen oder den Grundrechtsartikeln zu Schule, Ehe und Familie nahetrat, blieben heftige Kontroversen nicht aus (dazu unten, Rn. 33 ff.).

- 12** Die dabei sichtbar werdende programmatische Leitlinie lässt sich daher als Geltungsverstärkung kraft Bereichsreduktion umschreiben. Die Durchschlagskraft der Grundrechte konnte erhöht werden, weil ihr Kreis auf justiziable Normen verringert wurde. Sie erhöhte sich noch einmal zusätzlich durch eine weitere

54 Dazu Hinweise bei *H. Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: HGR I, § 4 Rn. 1 ff., 54 ff., 63, 70, 71 ff.

55 *Zinn*, Parl. Rat V, S. 34.

56 Zum Folgenden eingehend *Dreier* (Fn. 54), § 4 Rn. 8 ff., 12 ff.

57 Zitat bei *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, <sup>14</sup>1933, Vorb. vor Art. 109, S. 505, 514.

Neuregelung: die in Art. 1 Abs. 3 GG vorgesehene Grundrechtsbindung (auch) des Gesetzgebers. Es war dies neben ihrer Fassung als subjektive, unmittelbar einklagbare Rechte der bedeutendste Schritt. Damit war der Gedanke des normhierarchischen Vorranges der Verfassung auch für das Parlament deutlich ausformuliert und die in Weimar virulente, wenngleich wiederum differenziert zu beantwortende Frage nach den „leerlaufenden“ Grundrechten<sup>58</sup> geklärt. Auf dieser Linie der Geltungsverstärkung lag des Weiteren die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG – in dieser Form in Weimar unbekannt, als „Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaates“<sup>59</sup> von der Lehre emphatisch begrüßt und als formelles Hauptgrundrecht im Rechtsalltag von kaum zu überschätzender Bedeutung.<sup>60</sup> Für die praktische Wirksamkeit und Einklagbarkeit der das Wirtschaftsleben betreffenden Grundrechte erwies sich angesichts der Tatsache, dass in einer bürgerlich-liberalen Wirtschaftsordnung Personen- und Kapitalgesellschaften dominieren, zudem die ausdrückliche Erweiterung des Kreises grundrechtsberechtigter Subjekte auf juristische Personen als bedeutsam, wie sie Art. 19 Abs. 3 GG vornahm.<sup>61</sup>

#### bb) Grundrechtsinnovationen

Die Konzipierung des Grundrechtsteils erbrachte aber nicht nur verstärkte prozessuale Sicherungen der Grundrechte, ihre Adressierung an den Gesetzgeber und die Ausdehnung auf juristische Personen, sondern auch veritable Neuschöpfungen. Den meisten sah man ihren „Antwortcharakter“ auf die Erfahrungen mit dem Unrechtsregime an. Auf diese Weise gelangte etwa das Wort „Rasse“ als spezielles Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG<sup>62</sup> in das Grundgesetz wie Pontius Pilatus ins Credo. Der Schutz vor Entzug und Verlust der Staatsangehörigkeit in Art. 16 Abs. 1 GG war ausweislich der Beratungen ebenfalls eine Reaktion auf die nationalsozialistische Ausbürgerungspraxis.<sup>63</sup> Gleiches wird verbreitet und zumeist ganz pauschal für das Asylgrundrecht angenommen,<sup>64</sup> bei dem man plausibel vermuten kann, dass dies ein allen Beteiligten präsender Problemhintergrund war. Eine sorgsame Sichtung der Beratungsunterlagen ergibt allerdings den insofern überraschenden Befund, dass „in der Diskussion die Erinnerung an die Fluchtschicksale infolge nationalsozialistischer Verfolgung“ eine aus heutiger Sicht eher „untergeordnete Rolle spielte“ und sich aus den Materialien

13

58 Auch dazu näher *Dreier* (Fn. 54), § 4 Rn. 20ff., 38ff.

59 So die berühmte Wendung von *R. Thoma*, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: *Wandersleb* (Hg.), *Recht – Staat – Wirtschaft*, Bd. 3, 1951, S. 9.

60 *H. Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GGK<sup>2</sup> I, Art. 19 IV Rn. 35ff.

61 Vergleichbare Vorläuferbestimmungen gab es nicht. Die Weimarer Reichsverfassung schwieg (nicht anders als die der USA, der Schweiz und Österreichs), die Lehre war gespalten. Bei *L. Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches, 1932, S. 444 fand sich allerdings bereits eine Art Vorwegnahme der späteren grundgesetzlichen Regelung. Vgl. näher *H. Dreier*, in: *ders.*, GGK<sup>2</sup> I, Art. 19 III Rn. 7ff. (Genese), 26ff. (allgemeine Bedeutung).

62 Zur Deutung statt vieler *W. Heun*, in: *Dreier*, GGK<sup>2</sup> I, Art. 3 Rn. 128.

63 Vgl. *Parl. Rat V*, S. 709f. – Man verwies allerdings auch, was nicht vergessen werden sollte, auf die Ausbürgerungspraxis der „Oststaaten“ (*H. v. Mangoldt*, ebd., S. 709) und wollte hier namentlich die „Austreibung der Deutschen“ mittelbar inkriminieren (*ders.*, ebd., S. 947).

64 Statt vieler *U. Becker*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 16a Rn. 7.

insbesondere nicht ersehen lässt, „daß während der Beratungen des Asylrechts ausdrücklich auf die Flüchtlingsschicksale der Juden Bezug genommen worden wäre.“<sup>65</sup>

- 14 Die Verheerungen des Krieges im Allgemeinen und der Umstand, dass nahezu jede deutsche Familie Kriegsoffer zu beklagen hatte, spiegelten sich in einer Garantie, die es vor dem Zweiten Weltkrieg kaum irgendwo auf der Welt gab: dem Recht auf Kriegsdienstverweigerung. Seine Einführung war im Parlamentarischen Rat durchaus nicht unumstritten.<sup>66</sup> Hervorhebung verdient angesichts der sonst eher geringen Anteilnahme der Öffentlichkeit an den Verfassungsdiskussionen, dass es hier letztlich die zahlreichen Anregungen und Eingaben aus der Bevölkerung waren, die zur Verankerung des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung (bemerkenswerterweise lange vor Einführung der allgemeinen Wehrpflicht) führten.<sup>67</sup> Wenn etwa umgekehrt die Auswanderungsfreiheit, ein Grundrecht mit großer und spezifisch deutscher Tradition,<sup>68</sup> im Grundgesetz fehlte, hatte das einen eher praktisch-politischen Grund: man wollte in dem daniederliegenden Land nicht auch noch implizit dazu aufrufen, es zu verlassen.<sup>69</sup>

#### cc) Menschenwürde

- 15 Geradezu wie ein Fanal wirkte der an die Spitze des Grundrechtsabschnittes und damit (von der Präambel abgesehen) des gesamten Grundgesetzes gerückte Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde. Hier ist die unmittelbare Reaktion auf „die unsäglichen Entwürdigungen der Menschen durch die totalitären Gewalten des 20. Jahrhunderts“<sup>70</sup> mit Händen zu greifen. Den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates standen die entsprechenden Praktiken des NS-Regimes noch deutlich vor Augen.<sup>71</sup> Für eine solche Norm gab es kein Vorbild und keine Überlieferung. In den klassischen Menschenrechtserklärungen Amerikas oder Frankreichs kommt die Menschenwürde ebenso wenig vor wie in den Menschenrechtsdokumenten des 19. Jahrhunderts. Erst im 20. Jahrhundert finden sich einige Bruchstücke allerdings durchaus beschränkten oder höchst ambivalenten Charakters in Verfassungen der Zwischenkriegszeit.<sup>72</sup> Für die Durchsetzung der Menschenwürde als einer Rechtsnorm übernahm die UN-Charta von 1945 inso-

65 Zitate: *J. Masing*, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> I, Art. 16a Rn. 11.

66 Vgl. die Diskussionen in: Parl. Rat V, S. 417 ff., 473 f., 760 ff.

67 Vgl. Parl. Rat V, S. XL f., 419 ff., 473 f. – Vorbildcharakter hatte die Verfassung Badens von 1947 mit ihrem Art. 3, der lautete: „Kein badischer Bürger darf zur Leistung militärischer Dienste gezwungen werden.“

68 Das *ius emigrandi* begegnet bereits im Augsburger Religionsfrieden von 1555 und war selbstverständlicher Bestandteil der Grundrechtskataloge der Paulskirche und Weimars (vgl. aus der Literatur etwa *U. Scheuner*, Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, FS für Richard Thoma, 1950, S. 199 ff.; *J. Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 82 ff.).

69 So *H. v. Mangoldt*, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75 (1949), S. 273, 288; *Scheuner* (Fn. 68), S. 221 f.

70 *H. Hofmann*, Die Entdeckung der Menschenrechte, 1999, S. 11.

71 Beratungsverlauf und vorgelegte Entwürfe belegen dies. Vgl. v. *Doemming/Füsslein/Matz* (Fn. 9), S. 48 ff.; Parl. Rat II, S. 217, 218; Parl. Rat V, S. 584 ff. Besonders deutlich auch das Gutachten des Staatsrechtlers *R. Thoma* (abgedruckt als Dokument Nr. 18 in: Parl. Rat V, S. 361 ff.).

72 Art. 151 Abs. 1 WRV sprach mit Blick auf die Wirtschaftsverfassung vom „Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins“. Den auf den ersten Blick verblüffenden Würdebezug in den Verfassungsdokumenten der Franco-Ära charakterisiert eine deutlich antiindividualistische Stoßrichtung; vgl. näher *Dreier* (Fn. 45), Art. 1 I Rn. 19 (dort auch zur Irischen Verfassung von 1937).

fern eine gewisse Vorreiterrolle, als in deren Präambel von „dignity and worth of the human person“ die Rede ist. Später bezeichnete dann die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 in ihrem ersten Artikel alle Menschen als „frei und gleich an Würde und Rechten“ geboren. Auch einige vorkonstitutionelle Landesverfassungen (Bayern, Bremen und Hessen) rekurrten bereits auf die Würde. Aber das Bekenntnis zur Menschenwürde als normativ verbindliche und ranghöchste Norm an der Spitze einer Staatsverfassung war neu und blieb es für lange Zeit.<sup>73</sup>

Auch wenn man die spätere Bedeutungssteigerung der Menschenwürdegarantie (dazu unter Rn. 143 ff.) wohl kaum voraussehen konnte, war man sich im Parlamentarischen Rat des hohen Ranges der Norm und ihrer Ausnahmestellung doch wohl bewusst. So sprach etwa Carlo Schmid von einer „Generalklausel für den gesamten Grundrechtskatalog“<sup>74</sup>. Mit dem Grundgesetz insgesamt wie mit dem Grundrechtsteil gliederte sich Deutschland in die nordatlantisch-westeuropäische Verfassungstradition wieder ein; mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG („Die Würde des Menschen ist unantastbar“) fügte es dieser Tradition ein neues Element hinzu. 16

### b) Staatsorganisation

Dass das Grundgesetz gewissermaßen eine lernende Verfassung war, lässt sich des Weiteren im Bereich der Staatsorganisation demonstrieren. Hier suchte man vor allem aus tatsächlichen oder vermeintlichen Weimarer Erfahrungen Lehren für eine bessere, gleichsam intelligentere Struktur der Institutionen, Ämter und Kompetenzen zu ziehen. 17

#### aa) Parlamentarisches Regierungssystem mit starkem Bundeskanzler

Die Stellung des deutschen Bundespräsidenten basiert maßgeblich auf Erfahrungen der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte. Der Zuschnitt seines Amtes mit eher repräsentativ-zeremoniellen Aufgaben und geringer politischer Macht<sup>75</sup> stellte eine bewusste Abkehr von der starken Stellung des Reichspräsidenten der Weimarer Republik dar, der als „plebiszitäres“ Staatsoberhaupt<sup>76</sup> direkt vom Volk gewählt und mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet gewesen war: Ernennung der Reichsregierung (Art. 53 WRV), Auflösung des Reichstages (Art. 25 Abs. 1 WRV), Herbeiführung von Volksentscheiden (Art. 73 Abs. 1 WRV) sowie der als „Diktaturgewalt“ apostrophierte Erlass von Notverordnungen gemäß Art. 48 WRV.<sup>77</sup> Die verbreitete Etikettierung als „Ersatzkaiser“ kam 18

73 Erst seit den 1970er Jahren nimmt die Bezugnahme auf die Menschenwürde in nationalen Verfassungen zu. Näher Dreier (Fn. 45), Art. 1 I Rn. 35 f.

74 Parl. Rat V, S. 64.

75 M. Nettesheim, Amt und Stellung des Bundespräsidenten in der grundgesetzlichen Demokratie, in: HStR<sup>3</sup> III, § 61 Rn. 6 ff. – I. Pernice, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> II, Art. 54 Rn. 13 ff. spricht u.a. von Repräsentations-, Präsidial- und Integrationsfunktion.

76 Anschütz (Fn. 57), Vor Art. 41, S. 241, 243.

77 Dazu die zeitgenössischen Staatsrechtslehrerreferate von E. Jacobi und C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL 1 (1924), S. 63 ff., 105 ff.; allgemein zur starken Stellung des Reichspräsidenten Huber, Verfassungsgeschichte VI, S. 307 ff.; W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 1946, S. 201 ff.; C. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 98 ff.

also nicht von ungefähr, wobei es insbesondere die Kombinationsmöglichkeit der Kompetenzen (Reichstagsauflösung, Kanzlerernennung, Notverordnungserlass) war, die zur Machthäufung beitrugen.<sup>78</sup> Mit der Einsetzung von Präsidialkabinetten ab 1930, der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler am 30. Januar 1933 und der „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28. Februar 1933<sup>79</sup> hatte Hindenburg maßgeblich zum Untergang der Weimarer Republik beigetragen.<sup>80</sup> An seine fatale Rolle wurde in den Beratungen des Parlamentarischen Rates durchaus erinnert.<sup>81</sup> Dem nicht vom Volk, sondern von der Bundesversammlung gewählten Staatsoberhaupt der Bundesrepublik stehen politische Gestaltungsentscheidungen hingegen nur in den (selten relevant werdenden) Fällen des Art. 63 Abs. 4 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 1 und 81 Abs. 1 GG zu, wenn dem Parlament die Wahl eines Kanzlers mit absoluter Mehrheit der Stimmen nicht gelingt oder die Vertrauensfrage scheitert.<sup>82</sup>

- 19 Im Gegenzug erfährt die Position des Bundeskanzlers eine ganz erhebliche Aufwertung. Der Reichskanzler Weimarer Prägung war abhängig sowohl vom Reichspräsidenten (der ihn ernannte und wieder entlassen konnte) als auch vom Reichstag (der ihn ablehnen und mit destruktivem Misstrauensvotum seines Amtes entheben konnte). Diese doppelte Abhängigkeit erwies sich in der Schlussphase der Weimarer Republik als „entscheidende Schwäche in der Stellung der Reichsregierung“<sup>83</sup>. Demgegenüber rückt das Grundgesetz den Bundeskanzler in die Mitte des parlamentarischen Regierungssystems und verleiht ihm eine ebenso breite wie stabile, gleich mehrfach gesicherte Grundlage:<sup>84</sup> Wahl allein durch den Bundestag (Art. 63 GG), Absetzungsmöglichkeit nur im Wege eines konstruktiven Misstrauensvotums desselben (Art. 67 GG), umfassendes Kabinettsbildungsrecht einschließlich Organisations- und Personalkompetenz (Art. 64 GG), Richtlinienkompetenz (Art. 65 GG). Es ist daher nur konsequent, dass mit der Erledigung des Amtes des Bundeskanzlers auch das der Minister endet (Art. 69 Abs. 2 GG). Die in der politikwissenschaftlichen und zeitgeschichtlichen Literatur verbreitete Charakterisierung der Bundesrepublik als einer „Kanzlerdemokratie“<sup>85</sup> hat aus verfassungsrechtlicher Sicht durchaus ihre Berechtigung. Verstärkt wurde die Rolle des Bundeskanzlers in jüngerer Zeit noch dadurch, dass gemäß der einschlägigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG auch als „auflösungsgerichtete“ zulässig ist

78 Darauf macht aufmerksam *H. Boldt*, Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung, in: Stürmer (Hg.), Die Weimarer Republik, 1980, S. 288, 298 ff., 306.

79 Zu den Präsidialkabinetten als Inkubationszeit des Nationalsozialismus prononciert *K. D. Bracher*, Die Auflösung der Weimarer Republik, <sup>6</sup>1978, S. 295 ff. – Zur zentralen Bedeutung der so genannten Reichstagsbrandverordnung („Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“) näher *ders.*, Stufen der Machtergreifung, 1962, Nachdruck 1979, S. 130 ff.

80 *G. Mann*, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, 1966, S. 767 ff.; *H. A. Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Bd. I, <sup>4</sup>2002, S. 549 ff.

81 Vgl. nur den Hinweis von *Süsterhenn* im Plenum (Parl. Rat IX, S. 66), bei der Wiederwahl Hindenburgs 1932 hätten die demokratischen Kräfte „geradezu [aus] Angst vor dem Tode Selbstmord begangen“.

82 Siehe statt vieler *G. Hermes*, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> II, Art. 63 Rn. 39 ff., Art. 68 Rn. 23 ff.

83 *Hermes* (Fn. 82), Art. 63 Rn. 3.

84 Siehe nur die zusammenfassende Würdigung von *Ipsen* (Fn. 37), S. 12 f.

85 *K. D. Bracher*, Die Kanzlerdemokratie, in: Löwenthal/Schwarz (Hg.), Die zweite Republik, 1974, S. 179 ff.; *K. Niclauff*, Kanzlerdemokratie. Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Gerhard Schröder, <sup>2</sup>2004.



und nicht nur gestellt werden darf, um eine Mehrheit im bestehenden Bundestag zu erhalten oder wiederzugewinnen.<sup>86</sup>

Doch ändert dies alles letztlich nichts daran, dass sich durch die im Grundgesetz vollzogene vollständige Parlamentarisierung des Regierungssystems<sup>87</sup> das Parlament gegenüber der Weimarer Verfassung stärker in die Verantwortung genommen sieht, indem es sich nicht mehr auf die bloße Duldung einer von dritter Seite kreierten Regierung und das Betreiben negativer Politik beschränken kann.<sup>88</sup> Für den Bundeskanzler zeichnet der Bundestag verantwortlich. **20**

#### bb) Restriktive Verordnungskompetenz der Exekutive

Eine ähnliche Inpflichtnahme begegnet bei der Gesetzgebung. Hier verleiht der Ausschluss direktdemokratischer Elemente (dazu unten, Rn. 24) dem Bundestag gewissermaßen eine Monopolstellung. Der Versuchung, sich dieser umfassenden Normsetzungsaufgabe weitgehend durch Delegation auf die Exekutive zu entziehen, schiebt Art. 80 GG einen Riegel vor. Dieses „Novum in der deutschen Verfassungsgeschichte“<sup>89</sup> intendiert mit seiner gleich dreifachen Bindungsklausel vor allem den Ausschluss umfassender gesetzlicher Ermächtigungen, wie sie in der Weimarer Republik an der Tagesordnung waren und dort zu gesetzesvertretenden, -aufhebenden, -verändernden und sogar verfassungsändernden Verordnungen führten.<sup>90</sup> Art. 80 GG nimmt das Parlament gleichsam in die Rechtsetzungspflicht und hindert es daran, „sich seiner Verantwortung als gesetzgebender Körperschaft zu entäußern“<sup>91</sup>. Die autonomen Gestaltungsmöglichkeiten exekutiver Rechtsetzung sind somit stärker als in vielen anderen Staaten der Europäischen Union<sup>92</sup> limitiert. **21**

#### cc) Föderale Staatsform

Das in der deutschen Geschichte tief verwurzelte Gestaltungsprinzip föderaler Ordnung<sup>93</sup> mit seinem typischen Effekt vertikaler Gewaltenteilung ist mit totalitären Ordnungen unvereinbar. Deshalb zählte die Entföderalisierung des Rei- **22**

86 BVerfGE 62, 1, 36 ff.; BVerfG JZ 2005, S. 1049 ff., 1050 ff. Dazu m.w.N. *Hermes* (Fn. 82), Art. 68 Rn. 10 ff.

87 Eindringlich *H. Hofmann*, Verfassungsrechtliche Sicherungen der parlamentarischen Demokratie (1986), in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 129, 130 f.

88 Statt aller *D. Grimm*, Das Grundgesetz nach vierzig Jahren, NJW 1989, S. 1305 ff. (1306: „Versperrung der Rückzugsmöglichkeiten aus seiner Verantwortung“).

89 *W. Mößle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß. Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung, 1990, S. 9.

90 *H. Bauer*, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> II, Art. 80 Rn. 3.

91 BVerfGE 78, 249, 272.

92 Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise bei *Bauer* (Fn. 90), Art. 80 Rn. 10 mit Fn. 50.

93 Zu historischen Wurzeln *B. Grzeszick*, Vom Reich zur Bundesstaatsidee, 1996, S. 49 ff.; *H. Holste*, Der deutsche Bundesstaat im Wandel (1867–1933), 2002, S. 31 ff.; *G. A. Ritter*, Föderalismus und Parlamentarismus in Deutschland in Geschichte und Gegenwart, 2005. – Wichtige Impulse lassen sich dem amerikanischen Beispiel mit der Gründung der Vereinigten Staaten zurechnen. Die Ideen strahlten alsbald nach Europa aus (*H. Maier*, Der Föderalismus – Ursprünge und Wandlungen, AöR 115 [1990], S. 213 ff.) und schlugen sich etwa in den Beratungen der Paulskirche nieder (vgl. *H. Dippel*, Die Konstitutionalisierung des Bundesstaats in Deutschland und 1849–1949 und die Rolle des amerikanischen Modells, Der Staat 38 [1999], S. 221 ff.).

ches zu den primären Maßnahmen des NS-Regimes.<sup>94</sup> Ebenso selbstverständlich war es, Nachkriegsdeutschland wieder als Bundesstaat zu etablieren und damit den totalitären Zentralismus als „klar diskreditierte Episode“ einzustufen.<sup>95</sup> Darüber konnte es im Grundsatz keinen ernsthaften Dissens geben, zumal nach 1945 zunächst die Kommunen und die Länder wiedererstanden, welche das Grundgesetz nun als durchaus erwünschte Realität vorfand. Es hätte daher der entsprechenden Vorgaben in den Frankfurter Dokumenten eigentlich nicht bedurft.<sup>96</sup> Doch war durch diese Konvergenz der föderale Gedanke gewissermaßen doppelt abgesichert: als eigener Wunsch der Deutschen wie als verbindliche Vorgabe der Alliierten. Dass es im Parlamentarischen Rat gleichwohl ein intensives Ringen um die Ausgestaltung im Einzelnen<sup>97</sup> und immer wieder Interventionen der Militärgouverneure gab,<sup>98</sup> folgt aus der Fülle alternativer Regelungsmöglichkeiten, die jeden Bundesstaat zu einem Unikat<sup>99</sup> werden lässt. Letztlich siedelte sich das Grundgesetz insofern zwischen der Reichsverfassung von 1871 mit ihrer starken Betonung der Eigenständigkeit der Gliedstaaten und der Weimarer Reichsverfassung mit ihrem ebenso klar ausgeprägten unitarischen Charakter an.

#### dd) Kompetenzstarkes Bundesverfassungsgericht

- 23 Die Einrichtung einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit war schon für den Herrenchiemseer Verfassungskonvent selbstverständlich: zum einen, weil man eine gerichtliche Absicherung der Grundrechte für notwendig hielt, zum anderen, weil die Vorgänge am Ende der Weimarer Republik den Glauben an einen effektiven Schutz der Verfassung durch das Parlament oder den Reichspräsidenten „nachhaltig erschüttert“ hatten.<sup>100</sup> Es wäre aber zu kurz gegriffen, in der Etablierung des Bundesverfassungsgerichts zuvörderst einen misstrauischen Vorbehalt gegenüber der parlamentarischen Demokratie erblicken zu wollen. Denn von Anlage und Konzeption her konnte man an sehr viel ältere Vorbilder, vornehmlich und einmal mehr an Regelungen der Paulskirchenverfassung,<sup>101</sup> anknüpfen, die ihrerseits ohne das amerikanische Vorbild nicht zu denken gewesen wären.<sup>102</sup> Entscheidend war und ist vielmehr der konstruktive Aspekt, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit den zentralen Gedanken des Vorrangs der Verfassung (dazu

94 Vgl. nur R. Grawert, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: HStR<sup>3</sup> I, § 6 Rn. 11 ff.; H. Dreier, Rechtszerfall und Kontinuität, Der Staat 43 (2004), S. 235, 236 f.; Ritter (Fn. 93), S. 44 f.

95 Stolleis (Fn. 13), § 7 Rn. 116; siehe auch Ritter (Fn. 93), S. 46 ff.

96 So mit Nachdruck Mußgnug (Fn. 2), § 8 Rn. 71. Differenzierter H.-J. Vogel, Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes, in: HdbVerfR, § 22 Rn. 9, der eine Fülle von Faktoren namhaft macht.

97 Zu Beispielen unten, Rn. 39.

98 Zu solchen Eingriffen bei und in Fn. 7.

99 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20/1995, Rn. 217; H. Bauer, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> II, Art. 20 (Bundesstaat), Rn. 16 m.w.N.

100 J. Wieland, in: Dreier, GGK III, Art. 93 Rn. 15. Eingehend ders., ebd., Rn. 16 f., 30 ff.

101 Zu diesen H. J. Faller, Der Verfassungsentwurf der siebzehn Vertrauensmänner, FS für Willi Geiger, 1974, S. 827 ff.; J. D. Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2/1998, S. 197 ff., 355 ff., 596 ff.; D. Grimm, Gewaltengefüge, Konfliktpotential und Reichsgericht in der Paulskirchen-Verfassung, in: Müßig (Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, 2006, S. 257 ff.

102 Epochal war insbesondere die Entscheidung *Marbury v. Madison*; zu ihrer Bedeutung W. Hoffmann-Riem, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa, JZ 2003, S. 269 ff.; W. Heun, Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre *Marbury v. Madison*, Der Staat 42 (2003), S. 267 ff.

unten, Rn. 85 ff.) komplettiert, indem sie eine entsprechende justizielle Kontrolle von Verstößen gegen diese einrichtet.<sup>103</sup> Die Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts geht freilich nicht nur weit über die relativ bescheidenen Zuständigkeiten des Weimarer Staatsgerichtshofs hinaus, sondern darf – vielleicht mit Ausnahme einiger Verfassungsgerichte ehemaliger Ostblockstaaten – weltweit als einzigartig gelten.<sup>104</sup>

#### ee) Ausschluss direkter Demokratie

Wichtig für das Verständnis einer Verfassung ist nicht allein, was diese positiv regelt, sondern auch, was bewusst ausgeschlossen wird. Das erweist sich bei der Nichtaufnahme direktdemokratischer Elemente wie Volksbegehren und Volksentscheid. Auch hier stützte man sich in den Beratungen auf Weimarer Erfahrungen. Doch handelte es sich insofern weniger um Lehren als um Legenden. Während der Herrenchiemseer Konvent zwar nur, aber immerhin noch für Verfassungsänderungen einen Volksentscheid vorgesehen hatte,<sup>105</sup> legte man im Parlamentarischen Rat von Anbeginn starke Betonung auf die (rein) repräsentative Ausgestaltung der Demokratie. Schon in einem sehr frühen Beratungsstadium hatte Theodor Heuss die suggestive Formel von Volksbegehren und Volksinitiative als einer „Prämie für jeden Demagogen“ geprägt.<sup>106</sup> Der Verzicht auf direktdemokratische Elemente jeder Art erfolgte einer ebenso verbreiteten wie unzutreffenden Einschätzung zufolge mit Blick auf die agitatorischen Praktiken der politischen Parteien in der Weimarer Republik einerseits, als Reaktion auf die so genannten Volksabstimmungen im NS-Staat andererseits.<sup>107</sup> Letztere dienten jedoch lediglich als Propagandainstrumente mit feststehendem Ausgang und scheiden als Argument gegen Volksentscheidungen im demokratischen Verfassungsstaat von vornherein aus. Aber auch die Berufung auf vermeintlich negative Weimarer Erfahrungen hält einer näheren Prüfung nicht stand: die Zahl der Volksentscheide war – auf Reichsebene – mit gerade zweien außerordentlich gering und auch die der Volksbegehren mit sechs nicht sonderlich hoch;<sup>108</sup> agitatorische Praktiken begegnen auch bei Wahlkämpfen und sind kein Spezifikum des Meinungsstreites bei Volksentscheiden; anderen Faktoren wie der fehlenden Verankerung der freiheitlichen Republik in den politisch, wirtschaftlich und kul-

24

103 Dazu E.-W. Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9, 10f. A. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 93 Rn. 13 betont zu Recht, dass gegen die bloße Fixierung auf die deutsche Vergangenheit der internationale Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit im letzten halben Jahrhundert spricht.

104 Statt aller K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, <sup>6</sup>2004, Rn. 1ff. sowie P. Häberle, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, S. 311 ff. – Nachweise zu den regelmäßig durch das Bundesverfassungsgericht beeinflussten mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichten: Frowein (Hg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, 1998.

105 Vgl. Parl. Rat II, S. 603.

106 Im Plenum des Parlamentarischen Rates am 9. 9. 1948 (Parl. Rat IX, S. 111).

107 So etwa K. Kröger, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 23; w.N. für diese auch heute noch sehr verbreitete Optik bei K. Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, S. 81f.; dort S. 189ff., 200ff., 239ff., 252ff. zugleich eine eingehende Widerlegung jener gängigen Vorstellungen. – Eingehend zum Diskurs über direkte Demokratie in der Weimarer Republik wie der Nachkriegszeit jetzt C. Schwieger, Volksgesetzgebung in Deutschland, 2005, S. 68ff., 270ff.

108 Vgl. Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. VI, S. 433f.; Bd. VII, S. 579f., 591f., 697ff.; Schwieger (Fn. 107), S. 48ff.

turell führenden Schichten kommt für den Untergang Weimars erheblich größere Bedeutung zu als den direktdemokratischen Elementen. Für deren Ausschluss im Grundgesetz bieten angeblich „negative“ Weimarer Erfahrungen also keine tragfähige Basis.<sup>109</sup> Das gilt im Übrigen gerade auch, wenn man die entsprechende Praxis auf der Landesebene einbezieht.<sup>110</sup> Die tatsächlich entscheidenden Gründe für den Ausschluss direktdemokratischer Elemente dürften anderer, wesentlich zeitgeschichtlicher Natur gewesen sein.<sup>111</sup> Ansonsten wäre auch schlecht zu erklären, warum angesichts einer behaupteten historischen Lektion die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen so gut wie ausnahmslos Verfahren der Volksgesetzgebung kannten und diese beibehielten.

#### ff) Integration der Parteien in das Verfassungsgefüge

- 25 Mit der Skepsis des Grundgesetzes gegenüber der direkten Demokratie korrespondiert seine Anerkennung der politischen Parteien als Organe der Willensbildung im Repräsentativsystem (Art. 21 GG). Während die Weimarer Reichsverfassung Parteien lediglich in prononciert negativer Perspektive wahrgenommen hatte, indem sie Beamte als „Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei“ ansprach (Art. 130 Abs. 1 WRV), ordnet ihnen bereits der Herrenchiemseer Verfassungskonvent den seither unbestrittenen Status als Organe der politischen Willensbildung zu (Art. 47 Abs. 3 Satz 1 HChE).<sup>112</sup> Der Parlamentarische Rat ergänzt dieses Gerüst lediglich – auf Antrag des Zentrums – um die Rechenschaftspflicht über die Parteifinancen.<sup>113</sup> Im Übrigen wird ein parteiübergreifender Konsens sichtbar, die Verfassung der Verfassungswirklichkeit anzupassen und deren Wendung zum vielzitierten Parteienstaat nicht länger zu ignorieren.<sup>114</sup>

#### c) Bestandssicherung der Verfassung

- 26 Eine der hervorstechenden Eigenschaften des Grundgesetzes besteht darin, dass es über ein eindrucksvolles Arsenal von Instrumenten zu seiner „Bestandssicherung“<sup>115</sup> verfügt, von denen neben dem noch näher zu betrachtenden Vorrang der Verfassung (dazu unten, Rn. 85 ff.) drei hervorgehoben seien.<sup>116</sup>

109 Das ist in der Wissenschaft mittlerweile eingehend aufgearbeitet: Gusy (Fn. 77), S. 400 ff.; A. Wirsching, Konstruktion und Erosion: Weimarer Argumente gegen Volksbegehren und Volksentscheid, in: Gusy (Hg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, S. 335 ff.

110 F. Wittreck, Zur Einleitung: Verfassungsentwicklung zwischen Novemberrevolution und Gleichschaltung, in: ders. (Hg.), Weimarer Landesverfassungen, 2004, S. 1, 16 ff.

111 O. Jung, Grundgesetz und Volksentscheid, 1994, S. 277 ff.

112 Parl. Rat II, S. 589; vgl. dazu Stern (Fn. 5), S. 1315. – Vorbild war einmal mehr die Badische Verfassung von 1947, die in ihren Art. 118 ff. ein erstes Parteienstatut enthält.

113 v. Doemming/Füsslein/Matz (Fn. 9), S. 207; dazu näher v. Mangoldt (Fn. 31), Art. 21 Anm. 1, S. 143. – Zusammenfassend zur Entstehung von Art. 21 GG v. Doemming/Füsslein/Matz (Fn. 9), S. 202 ff. und M. Morlok, in: Dreier, GGK<sup>2</sup> II, Art. 21 Rn. 8 ff.

114 Prägnant K. (= Carlo) Schmid, Vier Jahre Erfahrungen mit dem Grundgesetz, DÖV 1954, S. 1, 3.

115 Terminus bei U. Scheuner, Verfassung (1963), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 171, 181. Vergleichend I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber/Widmer (Hg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, S. 225 ff.

116 Näher zum Folgenden H. Dreier, Bestandssicherung kodifizierten Verfassungsrechts am Beispiel des Grundgesetzes, in: Behrends/Sellert (Hg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, S. 119, 127 ff. – Man könnte auch das Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG), mit dem sich das Grundgesetz gegen Usurpationen von unten wie von oben wappnet, dazuzählen.

## aa) Inkorporationsgebot (Art. 79 Abs. 1 GG)

Art. 79 Abs. 1 GG schreibt vor, dass Verfassungsänderungen den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändern oder ergänzen müssen. Diese zumeist als Textänderungsgebot bezeichnete, treffender als Inkorporationsgebot zu benennende Norm dient nicht nur dem praktischen Zweck, das geltende formelle Verfassungsrecht in einer aktuellen Textausgabe des Grundgesetzes unschwer auffinden zu können. Der zugrunde liegende Gedanke der „Stringenz und urkundlichen Klarheit“<sup>117</sup> der Verfassung qua Verbot von „Auslagerungen“ auf andere Texte weist vielmehr den spezifischen Mehrwert auf, den Monopolcharakter der einen Verfassungsurkunde zu wahren und die Verfassungsgeltung insgesamt zu stabilisieren.<sup>118</sup> Der besonderen Bedeutung dieses formellen Aspektes waren sich die Schöpfer des Grundgesetzes bewusst. Ausdrücklich hatte schon der Herrenhiemseer Konvent darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit von Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen „nicht unwesentlich zur Entwertung der Weimarer Verfassung beigetragen“ habe.<sup>119</sup> Die dort verbreitete Praxis der Verfassungsdurchbrechungen in Gestalt der Auslagerung verfassungsändernder Gesetze aus der Verfassungsurkunde wollte man vermeiden.<sup>120</sup>

## bb) Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)

Auch Art. 79 Abs. 3 GG stellt eine Verfassungsschutzbestimmung dar – freilich keine formelle, sondern eine materielle. Mit dieser „Ewigkeitsklausel“,<sup>121</sup> die kaum Vorläufer kannte, erreicht die Bestandssicherungskomponente gleichsam ihren logischen Endpunkt, indem sie bestimmte Regelungsgehalte für normativ unantastbar erklärt und jeder Verfassungsänderung einer noch so überwältigenden Mehrheit entzieht. Dabei war man sich von Anbeginn klar darüber, mit dieser Norm revolutionäre Machtwechsel nicht ausschließen zu können; doch sollte ihnen die „Maske der Legalität“ entrissen (Dehler) bzw. der „Schutz der Scheinlegalität“ (C. Schmid) genommen werden.<sup>122</sup> Das war eindeutig auf die angeblich „legale“ Machtergreifung durch die Nationalsozialisten und den Umstand gemünzt, dass es in Weimar vergleichbare Grenzen der Verfassungsrevision nicht

117 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: <sup>2</sup>1984, S. 493.

118 A. Bauer/M. Jestaedt, Das Grundgesetz im Spiegel seiner Änderungen – Eine Einführung, in: dies., Das Grundgesetz im Wortlaut, 1997, S. 1, 16.

119 Parl. Rat II, S. 558. – Zur Praxis in Weimar K. Loewenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, 1931, S. 52ff.; Huber, Verfassungsgeschichte VI, S. 420ff.; U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, S. 46ff.

120 Insoweit ist aber streng zu beachten, dass Art. 79 Abs. 1 GG eben nur diese formelle Verfassungsdurchbrechung untersagt, nicht auch die (in Weimar phasenweise intensiver als diese diskutierte) materielle Verfassungsdurchbrechung, worunter man eine im Einzelfall vorgenommene abweichende Anordnung gegenüber einer ansonsten unverändert fortbestehenden allgemeinen Norm verstand. Im Einzelnen H. Dreier, in: ders., GGK<sup>2</sup> II, Art. 79 I Rn. 17 ff., 21 ff.; dort Rn. 26 auch zu den unvermeidlichen Grenzen der Regelung beim europäischen Integrationsprozess.

121 Man spricht auch von Unantastbarkeitsklauseln oder Ewigkeits- bzw. Identitätsgarantien: vgl. nur H. Dreier, in: ders., GGK<sup>2</sup> II, Art. 79 III Rn. 14.

122 Zitate: v. Doemming/Füsslein/Matz (Fn. 9), S. 586.