

Schriften zur Verfassungsgeschichte

Band 68

Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz

Ein verfassungstheoretischer Vergleich

Von

Peter Unruh



Duncker & Humblot · Berlin

PETER UNRUH

Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz

Schriften zur Verfassungsgeschichte

Band 68

Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz

Ein verfassungstheoretischer Vergleich

Von

Peter Unruh



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany
ISSN 0582-0553
ISBN 3-428-11450-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Anke,
Meret, Thorid (die nicht bei uns bleiben konnte)
und Bendix*

Vorwort

Die vorliegende Studie ist im Zusammenhang mit einer umfassenderen Arbeit über den Verfassungsbegriff des Grundgesetzes entstanden. Ein verfassungstheoretischer Vergleich zwischen dem Grundgesetz und herausragenden Positionen der Weimarer Staatsrechtslehre erschien insofern ein lohnenswertes Projekt zu sein, als diese älteren Auffassungen in der gegenwärtigen Staatsrechtslehre immer noch präsent sind. Eine Gegenüberstellung der Verfassungstheorie des Grundgesetzes mit den einschlägigen Theorien von Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller ist also nicht nur von historischem Interesse, sondern könnte auch auf die gegenwärtige Diskussion einwirken. Die erhoffte Wirkung könnte (und sollte) in einer Selbstvergewisserung darüber bestehen, was wir eigentlich tun, wenn wir uns auf diese Klassiker der Verfassungstheorie auch heute noch berufen.

Auch wenn die folgende Darstellung in *monologischer* Form erfolgt, so hat sie doch durch *Dialoge* wertvolle Impulse erhalten. Die wichtigsten Partner waren Prof. Dr. Karl-Eberhard Hain, Prof. Dr. Franz-Joseph Peine und Privatdozent Dr. Thomas Schmitz. Ihnen gebührt mein herzlicher Dank – und zwar nicht nur für die Anregungen zu der vorliegenden Studie. Insgesamt aber gilt: Für Fehler und Unzulänglichkeiten bin ich allein verantwortlich.

Mein besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie, d.h. meiner Frau Anke Dominik-Unruh, unserer Tochter Meret und unserem Sohn Bendix. Ihre liebevolle Unterstützung und ihre Rücksichtnahme haben diese Studie (und vieles mehr) erst ermöglicht.

Göttingen, Weihnachten 2003

Peter Unruh

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Verfassungstheorie in Zeiten von Europäisierung und Internationalisierung	19
II. Grundgesetz und Weimarer Staatsrechtslehre	21
III. Der Gang der Untersuchung.....	23
<i>1. Teil</i>	
Zur Verfassungstheorie des Grundgesetzes	25
A. Autonomie als verfassungstheoretischer Basiswert	26
I. Die Bedeutung der Autonomie.....	26
II. Autonomie und Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG).....	27
B. Strukturelemente des Verfassungsbegriffs.....	29
I. Volkssouveränität	29
II. Herrschaftskonstitution	30
III. Vorrang und Normativität der Verfassung.....	31
IV. Der Rahmencharakter der Verfassung.....	32
V. Der umfassende Charakter der Verfassung	33
VI. Die Universalität der Verfassung	34
VII. Kodifikation	35
VIII. Verfassungsänderung	36
C. Materiale Elemente des Verfassungsbegriffs	37
I. Repräsentative Demokratie	37
II. (Horizontale) Gewaltenteilung.....	39
III. Die Herrschaft des Rechts	40
IV. Verfassungsgerichtsbarkeit	40
V. Grundrechte.....	41

VI. Vertikale Gewaltenteilung.....	42
VII. Republik.....	43
VIII. Sozialstaatlichkeit	44
D. Zwischenergebnis.....	45

2. Teil

Weimarer Staatsrechtslehre 47

A. Der Richtungsstreit in der Weimarer Staatsrechtslehre	47
I. Der Hintergrund des Richtungsstreits	48
II. Positivismus und Antipositivismus	51
1. Gemäßigter Positivismus und Reine Rechtslehre.....	51
2. Antipositivistische Strömungen	54
3. Die Bedeutung des Richtungsstreits für die Verfassungstheorie.....	55
B. Hans Kelsen (1881-1973): Verfassungstheorie und Reine Rechtslehre.....	56
I. Vorbemerkung	56
II. Grundzüge der Reinen Rechtslehre.....	58
1. Ziel und methodologische Prämissen.....	58
2. Die Identität von Staat und Rechtsordnung.....	59
3. Die Grundnorm als Geltungsgrund	60
4. Der Stufenbau der Rechtsordnung	64
5. Die Inhaltsneutralität des Rechts.....	65
6. Reine Rechtslehre und Demokratie.....	66
III. Autonomie als verfassungstheoretischer Grundwert	68
IV. Strukturelemente des Verfassungsbegriffs	69
1. Volkssouveränität	69
2. Herrschaftskonstitution	70
3. Vorrang und Normativität der Verfassung.....	71
4. Der Rahmencharakter der Verfassung.....	72
5. Der umfassende Charakter der Verfassung	73
6. Die Universalität der Verfassung	74
7. Kodifikation	74
8. Verfassungsänderung	75
V. Materiale Verfassungsbegriffselemente	77
1. Parlamentarische Demokratie.....	77
2. (Horizontale) Gewaltenteilung	79
3. Die Herrschaft des Rechts	80
4. Verfassungsgerichtsbarkeit	80

5. Grundrechte.....	83
a) Die Position in der „Reinen Rechtslehre“	83
b) Die Position in den demokratietheoretischen Schriften	84
6. Vertikale Gewaltenteilung.....	85
7. Republik.....	86
8. Sozialstaat	86
VI. Fazit	87
C. Carl Schmitt (1888-1985): Die Sehnsucht nach der politischen Einheit	87
I. Vorbemerkung	87
II. Kulturkritik, Liberalismuskritik und Verfassungstheorie.....	90
1. Grundzüge des „Begriffs des Politischen“	91
2. Anti-liberale Stoßrichtung.....	95
a) Das anthropologische Argument.....	95
b) Das prinzipielle Argument	96
c) Das historische Argument	97
d) Folgerungen und die Frage nach dem Motiv.....	98
3. Von der Liberalismuskritik zur Verfassungstheorie.....	101
III. Der „positive“ Verfassungsbegriff	102
IV. Autonomie als verfassungstheoretischer Grundwert?	104
V. Strukturelemente des Verfassungsbegriffs	106
1. Volkssouveränität	106
2. Herrschaftskonstitution	109
3. Vorrang und Normativität der Verfassung	109
4. Der Rahmencharakter der Verfassung.....	111
5. Der umfassende Charakter der Verfassung	111
6. Die Universalität der Verfassung	111
7. Kodifikation	112
8. Verfassungsänderung	112
VI. Materiale Verfassungsbegriffselemente	114
1. Repräsentative Demokratie	114
a) Die Destruktion der Idee des Parlamentarismus.....	115
b) Demokratietheorie bei Carl Schmitt.....	119
2. (Horizontale) Gewaltenteilung	124
3. Die Herrschaft des Rechts	125
4. Verfassungsgerichtsbarkeit	125
5. Grundrechte.....	128
6. Vertikale Gewaltenteilung.....	129
7. Republik.....	130
8. Sozialstaat	130
VII. Fazit	131

D. Rudolf Smend (1882-1975): Integration und Verfassung	132
I. Vorbemerkung	132
II. Staatstheoretische Grundlegung und Verfassungstheorie	133
1. Die geisteswissenschaftliche Methode Smends.....	134
2. Staat und Integration	135
3. Die Integrationsfaktoren.....	137
4. Staat und Integration als Aufgabe und Notwendigkeit.....	138
5. Verfassungstheorie.....	141
III. Autonomie als verfassungstheoretischer Basiswert?	142
IV. Strukturelemente des Verfassungsbegriffs	143
1. Volkssouveränität	143
2. Herrschaftskonstitution	143
3. Vorrang und Normativität der Verfassung	144
4. Der Rahmencharakter der Verfassung.....	146
5. Der umfassende Charakter der Verfassung	147
6. Die Universalität der Verfassung	147
7. Kodifikation	147
8. Verfassungsänderung	148
V. Materiale Verfassungsbegriffselemente	148
1. Parlamentarisch-repräsentative Demokratie	148
2. (Horizontale) Gewaltenteilung	150
3. Die Herrschaft des Rechts	151
4. Verfassungsgerichtsbarkeit	151
5. Grundrechte.....	152
6. Vertikale Gewaltenteilung.....	154
7. Republik.....	155
8. Sozialstaat	155
VI. Fazit	155
E. Hermann Heller (1891-1933): Staatslehre und Verfassung	156
I. Vorbemerkung	156
II. Staatslehre und Verfassungstheorie	158
1. Aufgabe und Status der Staatslehre.....	158
2. Der Staat	160
3. Staat und Recht	161
4. Rechtssatz, Rechtsgrundsatz und die Legitimität des Staates.....	162
5. Staat und Verfassung	164
III. Autonomie als verfassungstheoretischer Basiswert.....	165
IV. Strukturelemente des Verfassungsbegriffs	166
1. Volkssouveränität	166
2. Herrschaftskonstitution	168
3. Vorrang und Normativität der Verfassung.....	169

4. Der Rahmencharakter der Verfassung.....	170
5. Der umfassende Charakter der Verfassung	171
6. Der universale Charakter der Verfassung.....	171
7. Kodifikation	171
8. Verfassungsänderung	172
V. Materiale Verfassungsbegriffselemente	173
1. Parlamentarisch-repräsentative Demokratie	173
2. (Horizontale) Gewaltenteilung.....	175
3. Die Herrschaft des Rechts	176
4. Verfassungsgerichtsbarkeit	176
5. Grundrechte.....	178
6. Vertikale Gewaltenteilung.....	179
7. Republik.....	179
8. Sozialstaat	180
VI. Fazit	182
Zusammenfassung	185
Literaturverzeichnis	187
Personen- und Sachverzeichnis	211

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EU	Europäische Union
f.	folgende
Fed. Pap.	Federalist Papers
ff.	fortfolgende
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gesammelte Schriften
HdBdStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts

h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Hauptsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
M/D/H	Maunz/Dürig/Herzog: Grundgesetz. Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Ndrck.	Nachdruck
N.F.	Neue Folge
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitschrift
P.U.	Peter Unruh
Rdnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite / Satz
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem/und andere
UNO	United Nations Organization
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.zw.	und zwar

v.	von
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
WTO	World Trade Organisation
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZNG	Zeitschrift für Neuere Geschichte
ZParlR	Zeitschrift für Parlamentsrecht
ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
z.T.	zum Teil
Zweitb.	Zweitbearbeitung

Einleitung

Die nachfolgenden Überlegungen sind gerichtet auf einen Vergleich zwischen der Verfassungstheorie des Grundgesetzes und ausgewählten, bedeutenden, weil nachwirkenden verfassungstheoretischen Positionen aus der Weimarer Staatsrechtslehre.

An anderer Stelle wurde die Frage „Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?“ gestellt und auf bemerkenswerte Weise beantwortet.¹ Das Projekt eines verfassungstheoretischen Vergleichs zwischen dem Grundgesetz und der Weimarer Staatsrechtslehre ist ebenfalls in doppelter Hinsicht rechtfertigungsbedürftig. Doch stellen sich hier andere Fragen, die einer einleitenden Klärung bedürfen.

I. Verfassungstheorie in Zeiten von Europäisierung und Internationalisierung

Der Sinn eines solchen Projekts könnte zunächst mit dem Hinweis in Frage gestellt werden, dass ein verfassungstheoretischer Vergleich, der auf eine bestimmte (nationalstaatliche) Verfassung bezogen ist, in Zeiten von Europäisierung und Internationalisierung nicht (mehr) berechtigt sei. Der Einwand könnte also lauten: Warum (noch) eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes entwerfen und einen verfassungstheoretischen Vergleich anstellen, wenn die Nationalstaaten und damit ihre Verfassungen durch die Rechtsentwicklung auf europäischer und internationaler Ebene zunehmend an Bedeutung verlieren?²

Gegen diesen Einwand kann die europäische und internationale Rechtsentwicklung selbst in Stellung gebracht werden. Selbst wenn akzeptiert wird, dass der Nationalstaat seine *exklusive* Bedeutung als maßgeblicher Ort der politischen Meinungs- und Willensbildung im Zuge dieser Entwicklung eingeübt

¹ Vgl. *Morlok*, passim.

² Die Frage nach der verbleibenden Rolle des Staates (und damit seiner Verfassung) wird etwa diskutiert bei *Hobe*: *Der offene Verfassungsstaat*; S. 380; *Saladin*, passim; *Wahl*: *Internationalisierung des Staates*, S. 45 ff.; *Böckenförde*: *Die Zukunft politischer Autonomie*, S. 103 ff., und – aus überwiegend systemtheoretischer Sicht – bei *Di Fabio*: *Das Recht offener Staaten*, S. 122 ff.

hat, so ist er doch nicht bedeutungslos geworden. Der Nationalstaat ist zunehmend zu einem offenen Staat geworden, der in ein Mehr-Ebenen-System der rechtlichen Struktur der Welt (Nationalstaat – ggf. Europa – Völkerrecht) integriert ist.³ Aber auch in diesem System spielt der Nationalstaat – jedenfalls auf absehbare Zeit – eine wichtige Rolle.

Dies gilt zunächst und vor allem für die *internationale Ebene*. Zwar ist eine Tendenz zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts zu beobachten; und mit der WTO ist ein Teilrechtsgebiet entstanden, das inzwischen fühlbare Auswirkungen für die Nationalstaaten und ihre Bürger zeitigt.⁴ Das Konglomerat an internationalen Organisationen ist aber derzeit und wohl noch auf lange Sicht nicht in der Lage, die originär staatlichen Aufgaben und Befugnisse adäquat wahrzunehmen. Insbesondere fehlt es – trotz UNO – an einem Zentrum der verbindlichen (!) politischen Meinungs- und Willensbildung.⁵ Unabhängig davon, ob eine „Weltrepublik“ für wünschenswert oder im negativen Sinne für utopisch erklärt wird, kann und muss festgehalten werden, dass ein solcher Weltstaat gegenwärtig kein realistisches Ziel abgibt.

Die Bedeutung der Nationalstaaten und ihrer Verfassungen wird auch durch die fortschreitende *europäische Integration* nicht vollständig beseitigt. Zwar müssen sich die betroffenen Staaten zunehmend als integrierte, als Mitgliedstaaten betrachten; und das nationale Verfassungsrecht unterliegt vielfältigen Einflüssen aus Europa.⁶ Die Mitgliedstaaten sind aber bisher nicht von der EU als supranationaler Union absorbiert worden, und auch die aktuell absehbare Fortentwicklung der Vergemeinschaftung wird – trotz „Verfassungskonvent“ – (noch) nicht zu einem europäischen Bundesstaat führen.⁷ Gleichwohl ist auf der europäischen Ebene die Transformation des gegenwärtig bestehenden Gebildes in einen (herkömmlichen) Staat eher vorstellbar als auf der internationalen Ebe-

³ Zur Öffnung des Staates unter dem Grundgesetz siehe u.a. *Hobe*: Der offene Verfassungsstaat, S. 164 ff.; *ders.*: Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, S. 521 ff.; *Wahl*: Internationalisierung des Staates, S. 17 ff. und *ders.*: Zwei Phasen, S. 422 ff.

⁴ Zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts siehe etwa *Uerpmann*, S. 565 ff., und die weiter führenden Hinweise bei *Wahl*: Der einzelne in der Welt jenseits des Staates, S. 57 f. Zur WTO siehe statt vieler *Stoll*, S. 241 ff.

⁵ Zur Fragmentierung der internationalen Ebene siehe etwa *Wahl*: Internationalisierung des Staates, S. 35 ff. („Entfesselung des Sektoralen“) und *ders.*: Der einzelne in der Welt jenseits des Staates, S. 59 f.

⁶ Speziell zur Europäisierung des Grundgesetzes siehe *Hain*: Europäisierung, S. 148 ff.

⁷ Zum Status der EU als supranationaler Union siehe grundlegend *Th. Schmitz*, S. 113 ff.

ne.⁸ Solange eine derartige Entwicklung aber nicht im Horizont realistischer Erwartungen liegt, d.h. solange das Mehr-Ebenen-System für die Mitgliedstaaten ein *Drei-Ebenen-System* ist, gibt die nationalstaatliche Verfassung einen lohnenswerten Gegenstand verfassungstheoretischer Fragestellungen ab. Im Übrigen könnten entsprechende Antworten – etwa in Gestalt einer Verfassungstheorie des Grundgesetzes – auch für eine in ferner Zukunft mögliche „Verstaatlichung der EU“ fruchtbar gemacht werden.⁹

Insgesamt gilt, dass der (National-)Staat nach wie vor und auf absehbare Zeit als maßgeblicher Ort der politischen Meinungs- und Willensbildung ohne Alternative ist. Im dynamischen Prozess der europäischen und globalen Rechtsentwicklung verbleibt ihm zumindest eine „Transformator-, Garanten- und Gewährleistungsrolle“.¹⁰ Als Fazit dieser kursorischen Überlegungen kann damit festgehalten werden, dass Verfassungstheorie vor nationalstaatlichem Hintergrund auch in Zeiten von Europäisierung und Internationalisierung nicht hinfällig geworden ist.

II. Grundgesetz und Weimarer Staatsrechtslehre

Es bleiben die Fragen: Warum eine Analyse des Grundgesetzes, und warum ein verfassungstheoretischer Vergleich mit herausragenden Positionen der Weimarer Staatsrechtslehre? Auf beide Fragen lassen sich jeweils zwei Antworten formulieren.

Die Forderung nach einer adäquaten *Verfassungstheorie des Grundgesetzes* ist schon vor einiger Zeit und von prominenter Seite erhoben worden.¹¹ Aus der Binnenperspektive betrachtet verhilft eine verfassungstheoretische Analyse zu einem vertieften Verständnis des Gesamtzusammenhangs, aber auch der Einzelnormen der Verfassung. Ihre Bedeutung liegt also nicht nur in einer verfassungstheoretischen Selbstvergewisserung, sondern vor allem in ihrem Ertrag für die Praxis der Verfassungsinterpretation.

Darüber hinaus ist die Ausarbeitung einer Verfassungstheorie des Grundgesetzes auch von übergreifendem Interesse. Denn ohne anmaßenden „Verfassungspatriotismus“ lässt sich sagen, dass das Grundgesetz den in der westlichen Tradition verwurzelten Typus des demokratischen Verfassungsstaats „in klarer

⁸ Zu den Voraussetzungen etwa *Habermas*: Der europäische Nationalstaat, S. 128 ff. und *ders.*: Braucht Europa eine Verfassung?, S. 189 f.

⁹ So schon *Unruh*: Verfassungsbegriff, S. 623 f.

¹⁰ So *Wahl*: Internationalisierung des Staates, S. 52.

¹¹ Vgl. *Böckenförde*: Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 82.