

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 807

# Die Grenzen der Verfassung

Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie  
des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes

Von

Norbert Manterfeld



Duncker & Humblot · Berlin

NORBERT MANTERFELD

**Die Grenzen der Verfassung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 807**

# Die Grenzen der Verfassung

Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie  
des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes

Von

Norbert Manterfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Manterfeld, Norbert:**

Die Grenzen der Verfassung : Möglichkeiten limitierender  
Verfassungstheorie des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes /  
von Norbert Manterfeld. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 807)

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-09940-0

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09940-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*... daß die interessante Frage die nach den Grenzen des Rechts ist.“*

*Niklas Luhmann*

## **Vorwort**

Das hohe Maß verfassungsrechtlich bestimmter Diskurse im Rechts- und Politiksystem der Bundesrepublik Deutschland wird zunehmend auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur kritisch beurteilt. Wird diese Kritik im Rahmen einer Verfassungstheorie des Grundgesetzes formuliert, müssen rechtmethodische, -geschichtliche, -dogmatische, politologische und sozialphilosophische Aspekte des Verfassungsrechts systematisch aufeinander bezogen werden.

Die vorliegende Untersuchung möchte hierzu einen Beitrag leisten, indem sie die im vielschichtigen verfassungsrechtlichen Werk und Wirken E.-W. Böckenfördes angelegten Elemente einer limitierenden Verfassungstheorie des Grundgesetzes herausarbeitet, im Zusammenhang darstellt und diskutiert. Sie ist hervorgegangen aus einer Dissertation, die der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg vorgelegen hat.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Winfried Brugger, Heidelberg, durch dessen verfassungstheoretische Seminare diese Arbeit angeregt wurde, Herrn Professor Dr. E.-W. Böckenförde (Freiburg) und Herrn Professor Friedrich Müller (Heidelberg). Mit anhaltendem Interesse haben sie in zahlreichen Gesprächen die Entstehung der Arbeit vielfältig gefördert.

Das Buch ist Barbara und Lou-Charlotte gewidmet.

Berlin, im November 1999

*Norbert Manterfeld*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung und Problemanzeige</b> .....	13
I. Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes und Grenzen der Verfassung .....	13
1. Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes .....	13
2. Grenzen der Verfassung .....	14
II. Verfassungstheorie .....	15
1. Begriff, Funktion und normativer Status von Verfassungstheorie .....	15
2. Expansive und limitierende Verfassungstheorie .....	16
3. Die limitierende Verfassungstheorie Böckenfördes .....	16
Fazit A: Vorgehensweise der Arbeit .....	17
<b>B. Merkmale expansiver Verfassungstheorie aus der Sicht Böckenfördes</b> .....	20
I. Merkmale expansiver Verfassungstheorie in der Methodendiskussion .....	20
1. Topisch-problemorientierte Verfassungsinterpretation .....	20
a) Entwicklung des expansiven Methodenansatzes der Topik .....	20
b) Das Verfehlen des methodischen Ziels .....	21
2. Verfassungsinterpretation als Konkretisierung .....	23
a) Die Entwicklung des expansiven Methodenansatzes .....	23
b) Das Verfehlen des methodischen Ziels .....	25
c) Institution und Interpretation .....	26
3. Wirklichkeitswissenschaftliche Verfassungsmethodik .....	27
a) Die Entwicklung des expansiven Methodenansatzes .....	27
b) Das Verfehlen des methodischen Ziels .....	30



II. Merkmale expansiver Verfassungstheorie in Böckenfördes Analyse der Grundrechtsinterpretation .....	31
1. Der expansive Charakter von Grundrechten als Grundsatznormen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes .....	31
a) Grundlegung expansiver Grundrechtsinterpretation des Bundesverfassungsgerichtes .....	32
b) Entfaltung .....	34
c) Verfassungstheoretische Folgewirkungen .....	35
aa) Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	35
bb) Dogmatik .....	36
cc) Staatstheorie .....	36
dd) Gegenüberstellung zu klassischer Grundrechtskonzeption .....	37
ee) Gewaltenteilung .....	37
2. Die normtheoretische Begründung von Grundrechten als Grundsatznormen ..	38
III. Der Verfassungsbegriff expansiver Verfassungstheorie .....	39
1. Verfassung als Lebensordnung der Gesellschaft .....	39
2. Verfassungspatriotismus .....	40
Fazit B: Expansive Verfassungstheorie als Zusammenhang methodischer, dogmatischer, normtheoretischer und begrifflicher Elemente .....	41
<b>C. Die limitierende Verfassungstheorie Böckenfördes .....</b>	<b>44</b>
I. Allgemeiner Teil der limitierenden Verfassungstheorie Böckenfördes .....	44
1. Der Verfassungsbegriff der limitierenden Verfassungstheorie Böckenfördes ..	44
a) Die Verfassung als Rahmenordnung .....	45
b) Die Voraussetzungen der Verfassung .....	47
aa) Der Staat als Voraussetzung der Verfassung .....	47
(1) Der Staat und die Verfassung als Gesamtregelung .....	48
(2) Der Staat als organisierte Wirkeinheit .....	49
(3) Staatsfunktionen .....	50
(a) Das Gesetz als Vermittlung der Freiheit .....	50
(b) Die Verfassung als Form der Freiheit .....	52
bb) Die Nation als Voraussetzung der Verfassung .....	55
cc) Die verfassungsgebende Gewalt als Voraussetzung der Verfassung ...	57

2. Interpretativer Positivismus als methodisches Element limitierender Verfassungstheorie .....	60
a) Das Regel-Prinzipien-Modell der Verfassung .....	62
b) Die methodische Unterscheidung von Gesetz und Verfassung .....	66
c) Historisch-politische Hermeneutik .....	69
Fazit C I: Der allgemeine Teil der limitierenden Verfassungstheorie Böckenfördes .....	74
II. Der besondere Teil der limitierenden Verfassungstheorie Böckenfördes .....	76
1. Organisationsteil und Kompetenzverteilungsordnung .....	76
a) Normstruktur und Grundentscheidung .....	76
b) Interpretationsbeispiel: Sondervotum Böckenfördes in BVerfGE 69, 1 ff. („Kriegsdienstverweigerung“) .....	77
2. Der Grundrechtsteil des GG .....	82
a) Normstruktur und Grundentscheidung .....	82
b) Interpretationsbeispiele zum Grundrechtsteil .....	86
aa) Der Schulgebetsstreit .....	87
bb) Der Streit um das Kreuz in Gerichtssälen .....	89
cc) Die Interpretation der Rundfunkfreiheit .....	94
dd) Die Interpretation der Eigentumsfreiheit .....	98
(1) Genereller Interpretationsansatz .....	98
(2) Das Sondervotum Böckenfördes in BVerfGE 93, 121 ff. („Einheitswerte“) .....	99
c) Rechtsfortbildung im Rahmen limitierender Grundrechtsinterpretation .....	107
3. Verfassungsprinzipien des GG .....	111
a) Das Sozialstaatsprinzip .....	111
b) Das Demokratieprinzip .....	115
aa) Demokratie als Regierungsform des Staates .....	116
bb) Demokratiebezogene Surrogate für den verfassungsrechtlichen Diskurs .....	117
(1) Der Minderheitendiskurs .....	117
(2) Die Voraussetzungen der Demokratie .....	118
cc) Die Repräsentationsstruktur der Demokratie .....	120
Fazit C II: Der allgemeine und der besondere Teil der limitierenden Verfassungstheorie Böckenfördes als Alternative zur expansiven Verfassungstheorie .....	125

<b>D. Diskussion und Kritik</b> .....	128
I. Methodik der Konkretisierung jenseits expansiver Verfassungstheorie: Das Beispiel Friedrich Müllers .....	128
1. Konkretisierung als Vorgang .....	129
2. Limitierende Verfassungstheorie und Konkretisierung .....	133
II. Prinzipientheorie der Grundrechte .....	136
1. Der Prinzipiengehalt der Grundrechte .....	136
2. Demokratietheorie und Grundrechtstheorie .....	138
III. Hoffen auf das Gesetz und den Gesetzgeber .....	140
IV. Kritik aus der Perspektive systemtheoretischer Verfassungstheorie .....	143
1. Systemtheoretische Kritik limitierender Verfassungstheorie .....	143
2. Kritik der Kritik systemtheoretisch argumentierender expansiver Verfassungstheorie .....	146
3. Systemtheorie als limitierende Verfassungstheorie am Beispiel N. Luhmanns .....	148
Fazit D: Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie .....	151
<b>E. Abschließende Thesen</b> .....	153
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	156
<b>Sach- und Personenregister</b> .....	165

## Abkürzungsverzeichnis

Die im Rahmen der Kurzzitierweise verwandten Kurztitel sind im Literaturverzeichnis jeweils in Klammern hinter den Langtiteln angegeben. Regelmäßig wird nach Autorennamen und Datum zitiert. Eine Sonderstellung nehmen drei Sammelbände Böckenfördes ein: „*Staat, Verfassung, Demokratie*“: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. Frankfurt am Main, 1992, „*Recht, Staat, Freiheit*“: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1992 und „*Staat, Gesellschaft, Freiheit*“, Frankfurt 1976. Sie werden im Text der Anmerkungen nur mit dem Anfangsbuchstaben der im Titel auftauchenden 3 Hauptbegriffe und der Seitenzahl abgekürzt zitiert. „SVD 12“ steht also für „vgl. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 12“. Für „Recht, Staat, Freiheit“ steht RSF und für „Staat, Gesellschaft, Freiheit“ SGF.

AfP	Archiv für Presserecht
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Bd.	Band
BJM	Bundesjustizministerium
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzgl.	bezüglich
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitung
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
H.	Heft
Hrsg.	Herausgeber
JöR N.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Rn.	Randnummer
RSF	Recht, Staat, Freiheit (Böckenförde, Schriften)
SGF	Staat, Gesellschaft, Freiheit (Böckenförde, Schriften)

S.o.S .	Siehe oben Seite
Sp.	Spalte
SVD	Staat, Verfassung, Demokratie (Böckenförde, Schriften)
Vgl.	Vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
ZevKiR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

## **A. Einleitung und Problemanzeige**

### **I. Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes und Grenzen der Verfassung**

Der Thematisierung von Grenzen der Verfassung geht eine grundlegende Unterscheidung voraus: Die Interpretation des Grundgesetzes und die Funktion des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) im Rechts- und Politiksystem sind zwei gesondert zu betrachtende Gegenstände wissenschaftlicher Untersuchung. Dementsprechend kann man zunächst nicht davon ausgehen, daß sich von der Analyse der Interpretationspraxis des BVerfG unmittelbare Rückschlüsse auf die Funktionsbestimmung desselben ergeben. Dies gilt auch für die Frage nach den Grenzen der Verfassung. Funktionale Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit sind nicht identisch mit Grenzen der Verfassungsinterpretation. Gleichwohl nimmt das Verfassungsgericht seine Funktion durch Verfassungsinterpretation wahr. Eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes wird deshalb versuchen, eine Beziehung zwischen Interpretation der Verfassung und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit herauszuarbeiten.

#### **1. Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes**

Die Grenzen des BVerfG werden an seiner arbeitstechnischen Überlastung deutlich, der pragmatisch begegnet wird: Es wird nach institutionellen und verfahrenstechnischen Entlastungsmöglichkeiten des höchsten deutschen Gerichtes gesucht, das an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit gerät.<sup>1</sup>

Darüberhinaus wird auf funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtssystem hingewiesen.<sup>2</sup> Grenzen des Verfassungsgerichtes sind demnach solche gegenüber dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und der Politik. Die Besonderheiten des Gerichtsverfahrens gegenüber dem demokratisch-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu BJM, 1997 und Roellecke, 1998.

<sup>2</sup> Schon früh interessierten die „Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“ (Draht, 1952), und die „funktionell-rechtlichen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“ (Schuppert, 1980, Heun, 1992) Daneben wird die an das BVerfG gerichtete Forderung nach einem „judicial selfrestraint“ untersucht (Schuppert 1988), die im wesentlichen auf Argumentationen funktionell-rechtlicher Art zurückgreift, sie aber der autonomen Entwicklung des BVerfG anheimstellt. Zu den selbstentwickelten Grenzen des BVerfG vgl. eingehend Rau, 1995, S. 145 ff.

politischen Prozeß und die Gewaltenteilung erscheinen dabei als Begrenzungsargumente.<sup>3</sup>

In einer Zeit zunehmender Pluralisierung von Lebens- und Gesellschaftsorientierung nehmen stark kontroverse Entscheidungen des BVerfG zu.<sup>4</sup> Hier ist es die Integrationsleistung des BVerfG, die an ihre Grenzen stößt. Der gewohnt weitreichende gesellschaftliche Grundkonsens, auf dem die integrierende Funktion des BVerfG für das Rechts- und Politiksystem einst beruhte, gerät als deren schwindende Voraussetzung in den Blick politischer und juristischer Verfassungsdiskussion.<sup>5</sup>

Nicht zufällig erwacht das theoretische Interesse am (parti-) politischen Widerstand gegen Urteile des BVerfG neu.<sup>6</sup>

## 2. Grenzen der Verfassung

Mit dem Verweis auf die funktionalen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist noch nicht deutlich, ob über die Grenzen der Leistungsfähigkeit des BVerfG hinaus Grenzen der Verfassung aufzuweisen sind, die die häufige Inanspruchnahme der Verfassung zur Lösung rechtlicher und politischer Konflikte von ihrem verfassungstextlichen Bezugspunkt her fragwürdig erscheinen lassen. Ausgeschlossen ist eine Beziehung dieser Fragestellungen aufeinander aber nicht. Immerhin ließe sich fragen: Wie können die Richter des BVerfG Entscheidungen über komplexe rechtliche und politische Streitfragen treffen, wenn einerseits die *Verfassungsurkunde* als Quelle verfassungsgerichtlicher Tätigkeit hinter der Informiertheit und Differenziertheit des übrigen Rechts- und Politikdiskurses deutlich zurückbleibt, die Verfassungsrichter aber andererseits bei ihrer Spruchfähigkeit weder persönlich noch für ihre Institution eine gegenüber diesem Diskurs höhere und bessere Einsicht oder Problemlösungskapazität beanspruchen können? Nur als Verfassungsinterpreten sind sie ja spezifisch ausgewiesen.

Der Aufweis der Diskrepanz zwischen hohen funktionalen Anforderungen einerseits und einfacher Verfassungsstruktur andererseits setzt angesichts einer seit Jahrzehnten funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch zu grundsätzlich an. Schließlich hat das BVerfG im Rahmen seiner Verfassungsinterpretation Verfassungstraditionen herausgebildet, die unverzichtbarer Bestandteil des Rechtssystems geworden sind.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Vgl. etwa Heun, 1992 oder Rau, 1995, S. 145 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die in einem Band versammelten, besonders umstrittenen Entscheidungen aus jüngerer Zeit, BVerfGE 93,1 ff. („Kruzifixe“), BVerfGE 93, 121 ff. („Einheitswerte“) und BVerfGE 93, 266 ff. („Soldaten sind Mörder“) und Schulze-Fielitz, 1997.

<sup>5</sup> Vgl. zur Bedeutung der Pluralismusdebatte im juristischen Diskurs Brugger, 1990. Die Grenzen der Integrationsfunktion des BVerfG betonen auch Depenheuer 1995, S. 854 f. und Haltern, 1996, sowie ders., 1997.

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa Häußler, 1994.

Ist es also wenig sinnvoll, die Leistungsfähigkeit der Verfassungsinterpretation grundsätzlich in Frage zu stellen, bleibt angesichts der aufgewiesenen Diskrepanz noch die Frage nach ihrem Maß.

Muß nicht die Verfassungsinterpretation von ihrem Gegenstand, der Verfassung her, spezifisch begrenzt sein? Und umgekehrt: Ist nicht die praktische Überlastung des BVerfG auch Resultat einer im Interpretationsprozeß stattfindenden Bedeutungsausweitung der Verfassung, die dieses Maß aus den Augen verloren hat?

Und auch die Grenzen der Integrationsleistung verfassungsgerichtlicher Urteile weisen möglicherweise auf eine interpretatorische Überbeanspruchung des Grundgesetzes im Sinne inhaltlich zu hoher Erwartungen hin. Immerhin bietet die Verfassung für die Nahrung und die Erfüllung dieser Erwartungen einen im Vergleich zu anderen Rechtstexten besonders weiten Interpretationsspielraum.

## II. Verfassungstheorie

Die bislang aufgeworfenen und miteinander zusammenhängenden Fragen der Verfassungsinterpretation, der Integrationsleistung des Bundesverfassungsgerichtes und seiner funktionell-rechtlichen Grenzen werfen die Frage nach der juristischen Disziplin auf, in der sie behandelt werden können. Diese Disziplin muß die genannten, in sich sehr verschiedenen Herangehensweisen an die Verfassungsinterpretation und die Funktionsbestimmung der Verfassungsgerichtsbarkeit eigenständig miteinander verknüpfen. Weder die Disziplinen der juristischen Dogmatik noch die der juristischen Methodik oder der Rechtsphilosophie können dies für sich genommen leisten. Der Zusammenhang dieser Fragestellungen muß daher in der Verfassungstheorie bearbeitet werden.

### 1. Begriff, Funktion und normativer Status von Verfassungstheorie

Eine allgemein anerkannte Begriffsbestimmung von Verfassungstheorie existiert nicht.<sup>8</sup> So bleibt nur, sie von ihrer Funktion in dieser Arbeit her zu beschreiben. Verfassungstheorie dient hier dem Zweck, die Verschränkung von methodischen,

---

<sup>7</sup> Vgl. zur traditionsbildenden Funktion des BVerfG allgemein Blankenagel, 1987. An der damit grundsätzlich verbundenen Stabilisierungswirkung von Entscheidungen des BVerfG ändert, wie die soziologische Wirkungsforschung zeigt, die Zunahme von umstrittenen Entscheidungen nichts. Vgl. dazu Gawron/Rogowski, 1996, S. 177–220. Juristisch dingfest zu machen ist dieser soziologische Sachverhalt kontrafaktischer Geltung in § 31 Abs. 1 BVerfGG.

<sup>8</sup> Für einen jüngeren Versuch zur Verfassungstheorie als juristischer Disziplin vgl. Morlok, 1989.