



*Agnew*

Festschrift für  
**ULRICH SCHEUNER**  
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Horst Ehmke · Joseph H. Kaiser · Wilhelm A. Kewenig  
Karl Matthias Meessen · Wolfgang Rübner

(1973)



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN



x U 74/1469

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks,  
der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1973 bei Albert Sayffaerth, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 03028 1

## Widmung

Um *Ulrich Scheuner* zu seinem 70. Geburtstag Verehrung, Freundschaft und Dank auszudrücken, hat sich in dieser Festschrift ein Kreis von Autoren versammelt, dem angehören zu wollen auch noch mancher andere die Herausgeber hat wissen lassen, dem aber ein solches Unternehmen Grenzen setzt, die in der Sache liegen.

*Ulrich Scheuner* repräsentiert die in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland maßgebenden Auffassungen von Staat und Gesellschaft, er hat *Maßstäbe* gesetzt: auf seinem Lehrstuhl und im Austausch mit den Trägern des politischen und administrativen Willens in Bonn, in einer Reihe großer Verfassungsprozesse vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, und immer wieder in der wissenschaftlichen Durchdringung der im Staat, in der Wirtschaft und in der Kirche, in der Europäischen Gemeinschaft und in der Völkerrechtsgemeinschaft aktuellen Fragen. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer kennt ihn als einen Referenten und Diskussionsredner, dessen immer formvollendete Beiträge mancher Debatte einen beispielhaften Standard gesetzt und sie in vielfach weit ausgreifenden, abwägenden Wendungen abgerundet haben. Seine Situationsanalysen sind ebenso differenziert wie treffend; seine Kenntnis historischer Zusammenhänge, einschließlich der Kunstgeschichte, sind bewundernswert und manchmal verblüffend. Gegenüber allen Formen, in denen sich der Geist einer Zeit ausprägt, ist *Ulrich Scheuner* offen; Vorliebe und Affinität empfindet er dabei vielleicht gegenüber dem 18. Jahrhundert und der Staatskunst des Barock.

*Ulrich Scheuner* ist ein Meister des juristischen Essays, und so dürfen Herausgeber und Autoren dieser Festschrift hoffen, ihm mit ihren Beiträgen eine Gabe darzubringen, deren literarische Form seinem Schaffen ebenso entspricht wie die Themen sich von der Spannweite seines Wirkens haben inspirieren lassen. Ad multos annos!

Horst Ehmke      Joseph H. Kaiser      Wilhelm A. Kewenig  
Karl Matthias Meessen      Wolfgang Rüfner

## Inhalt

<i>Horst Ehmke, Bonn:</i>	
Geburtstagsrede für Ulrich Scheuner zum 60. Geburtstag .....	11
<i>Peter Badura, München:</i>	
Verfassung und Verfassungsgesetz .....	19
<i>Richard Baxter, Cambridge/Mass.:</i>	
Criteria of the Prohibition of Weapons in International Law .....	41
<i>Alexander Freiherr von Campenhausen, München:</i>	
Verantwortete Partikularität, Mitgliedschaftsvereinbarung und Leuenberger Konkordie .....	53
<i>Karl Carstens, Bonn:</i>	
Zur Interpretation der Berlin-Regelung von 1971 .....	67
<i>Ernst Friesenhahn, Bonn:</i>	
Einige Anmerkungen zum Verfassungsbegriff und zum Staatsvertragsreferendum der Schweizerischen Eidgenossenschaft .....	85
<i>Jochen A. Frowein, Bielefeld:</i>	
Zum Begriff und zu den Folgen der Nichtigkeit von Verträgen im Völkerrecht .....	107
<i>Konrad Hesse, Freiburg:</i>	
Grenzen der Verfassungswandlung .....	123
<i>Alexander Hollerbach, Freiburg:</i>	
Über Godehart Josef Ebers (1880 - 1958). Zur Rolle katholischer Gelehrter in der neueren publizistischen Wissenschaftsgeschichte .....	143
<i>Ernst Rudolf Huber, Freiburg:</i>	
Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem .....	163
<i>Hans Huber, Muri:</i>	
Die Gesamtänderung der Verfassung. Ansätze für einen Vergleich zwischen Österreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland	183

<i>Hans-Peter Ipsen</i> , Raven:	
Über Supranationalität .....	211
<i>Hermann Jahrreiss</i> , Köln:	
Legum Prudentia .....	227
<i>Joseph H. Kaiser</i> , Freiburg:	
Die Verfassung der öffentlichen Wohlfahrtspflege .....	241
<i>Wilhelm A. Kewenig</i> , Kiel:	
Die Problematik der Bindungswirkung von Entscheidungen des Sicherheitsrates .....	259
<i>Herbert Krüger</i> , Hamburg:	
Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen .....	285
<i>Hermann Kunst</i> , Bonn:	
Martin Luther als politischer Berater seines Landesherrn .....	307
<del>X</del> <i>Gerhard Leibholz</i> , Göttingen:	
Grenzen der staatlichen Rechtsaufsicht gegenüber Rundfunk- und Fernsehanstalten .....	363
<i>Christoph Link</i> , Wien:	
„Jus divinum“ im deutschen Staatsdenken der Neuzeit .....	377
<i>F. A. Mann</i> , London:	
The Doctrine of Jus Cogens in International Law .....	399
<i>Theodor Maunz</i> , München:	
<i>©</i> Das Elternrecht als Verfassungsproblem .....	419
<i>Karl Matthias Meessen</i> , Bonn:	
Beraterverträge und freies Mandat .....	431
<i>Paul Mikat</i> , Düsseldorf:	
Zur Fürbitte der Christen für Kaiser und Reich im Gebet des 1. Clemensbriefes .....	455
<i>Hermann Mosler</i> , Heidelberg:	
Gleichheit der Eltern beim Erwerb der Staatsangehörigkeit der Kinder	473
<i>Walter Rudolf</i> , Mainz:	
Der Wandel in den internationalen Beziehungen und das Gesandtschaftsrecht .....	493

*Wolfgang Riefner, Kiel:*

- Die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung ..... 511

*Erich Ruppel, Hannover:*

- Die Ordnungen des kirchlichen Lebens und ihre Stellung im kirchlichen Rechtsleben ..... 529

*Peter Saladin, Bern:*

- Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe ..... 541

*Hans Schneider, Heidelberg:*

- Die Parlamentarischen Staatssekretäre in Preußen 1919 - 1921 ..... 563

*Rudolf Smend, Göttingen:*

- Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit ..... 575

*Werner Weber, Göttingen:*

- Die Bindung theologischer Habilitationen an theologische Fakultäten oder Fachbereiche ..... 591

# Verfassung und Verfassungsgesetz

Von Peter Badura

## 1. Jenseits des staatsrechtlichen Positivismus

„Wo der formale Begriff der Verfassung als Gesetz höheren Ranges die Oberhand gewinnt, und die Vorstellung der Verfassung als einer inhaltlich bestimmten unverbrüchlichen Grundlage des Staates verdrängt, wird die Beständigkeit der Verfassungsordnung mit ihren Sicherungen der Freiheit von einer positivistischen Auflösung bedroht!“.

Der Positivismus, der keineswegs nur ein rechtswissenschaftlicher zu sein braucht, ist eine selbstgewählte Beschränkung des methodischen Blickwinkels auf in bestimmter Weise faßbare Gegebenheiten, eine Einseitigkeit, die theoretisch begründet sein kann, unter Umständen aber auch auf einer parteilichen Vorgefaßtheit des Urteils beruht. Der staatsrechtliche Positivismus verkürzt die Betrachtung der Verfassung zu einer legalistischen Einordnung und Anwendung des Verfassungsgesetzes. Als ein rechtswissenschaftlicher Standpunkt, der sich nach den Grundsätzen einer theoretischen Auseinandersetzung rechtfertigen und kritisieren läßt, ist diese Auffassung seit einem halben Jahrhundert prinzipiell erschüttert worden. Soweit heute an die großen staatsrechtlichen Leistungen des Positivismus erinnert wird, geschieht das nicht, um die scheinbar unpolitische Arbeitsweise des positivistischen Konstruktivismus zu erneuern, sondern um gegenüber ideologischer, „geisteswissenschaftlicher“ oder soziologischer Vernachlässigung des normativen Verfassungssinnes zu betonen, daß die den politischen Prozeß disziplinierenden Wirkungen der Verfassung darauf beruhen, daß sie im Verfassungsgesetz positives Recht ist.

Der Hauptstoß gegen den Positivismus auf dem Felde der Wissenschaft gelang durch die neue Denkweise der „Verfassungslehre“, deren Hervorbringung mit einem Schlag, wenn auch mit kontroversen Ausgangspunkten, Carl Schmitt und Rudolf Smend zu verdanken ist. Diese Revolutionierung der Staatsrechtslehre folgte mit Grund der staatlichen Umwälzung, welche die wesentlichen Bedingungen des staatsrechtlichen Po-

---

<sup>1</sup> Ulrich Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 126/133.

sitivismus beseitigt hatte. Ulrich Scheuner hat beharrlich die Einsicht zur Geltung gebracht, dabei einen Grundgedanken Rudolf Smends fortführend, daß die Überwindung des Positivismus sich nicht in der kategorialen Weiterbildung des Staats- und Verwaltungsrechts aufgrund neugewonnener methodischer Orientierung und nach dem Maße des neuen Verfassungszustandes erschöpft, sondern daß damit auch eine Aufgabe der Staatsgestaltung und Gesellschaftspraxis gestellt ist. Diese Aufgabe läßt den Methodenstreit hinter sich und verweist die Staats- und Verfassungstheorie auf den epochalen Entwicklungsgang des Verfassungsstaates.

Die Gefahr einer „positivistischen Auflösung“ der „Beständigkeit der Verfassungsordnung mit ihren Sicherungen der Freiheit“ ist mit der vollkommenen Durchsetzung des demokratischen Prinzips in der Organisation der politischen Willensbildung und der Legitimierung politischer Herrschaft und mit der — damit korrespondierenden — durchgängigen Bestimmung der Staatsaufgaben durch die sozialstaatliche Idee der sozialen Gerechtigkeit nicht gebannt. Dem demokratischen Wohlfahrtsstaat ist die verfassungsstaatliche Auseinandersetzung mit den tieferliegenden Beständen des Positivismus in neuer Gestalt aufgegeben, um die technokratische Entartung des Staates zu verhindern, die in der naturalistischen Vorstellung der Verfügbarkeit des Rechts, in der Instrumentalisierung und Bürokratisierung des Rechts zu Tage tritt. Dies kann jedoch nicht allein auf der Ebene staats- und rechtsphilosophischer Ideen geschehen. Der Materialismus der Politischen Ökonomie belehrt die Staats- und Rechtslehre über die Gruppen- und Interessenabhängigkeit des politischen Prozesses und vor allem darüber, daß das ökonomische Interesse eine Dominante dieses Prozesses ist. Diese Belehrung verliert ihr Recht erst dort, wo sie dogmatisch die forces propres des Menschen auf die ökonomischen Bedingungen und Wirkungen der Vergesellschaftung beschränkt. Die Menschen haben nicht nur Interessen sondern auch Hoffnungen, und die Aufhebung ihrer Entfremdung wird nicht durch eine Veränderung eines ökonomischen Bauelements der Gesellschaft erwartet werden können.

Mit der Grundlinie des Verfassungsstaates unvereinbar ist der über das Ende des kaiserzeitlichen Positivismus fortwirkende und durch manche Züge des demokratischen Wohlfahrtsstaates begünstigte etatistische Rationalismus des Rechtsdenkens. Der als Organ einer instrumentellen und ahistorischen Vernunft wirksame oder vorgestellte Staat als Apparat der Rechtserzeugung kann die verfassungsstaatliche Freiheit nicht sichern und auf die Dauer eine Gesellschaftsordnung des Friedens und der Gerechtigkeit nicht hervorbringen. Der demokratische Staat ist die politische Organisation der Gesellschaft. Seine Deutung als „Betrieb“, als ein „zweckrational konstruiertes und beherrschbares Instrument“ unterstützt oder fördert die Trennung des Staates von den individuellen und

gesellschaftlichen Bedürfnissen<sup>2</sup>. Eine Anschauung, die sich damit begnügt, den Staat als einen durch die Verfassungsnormen programmierten Apparat zu definieren, überantwortet die politische Entscheidung in anpassender Extrapolation bestehender Tendenzen und vereinseitigender Benutzung systemtheoretischer Erkenntnisse praktisch der autoritären Disposition des Funktionärskorps.

Die Verfassung soll nicht nur die Legalität, Effektivität und Planmäßigkeit staatlichen Handelns sichern, sondern auch die politische Herrschaft mit den sozialen Normen und den Sinnbedingungen des individuellen Daseins verbinden. Die Grundlagen der konkreten politischen Vergesellschaftung gehen ausdrücklich oder als praktische Prämisse in die Verfassung ein und prägen so durch Recht, also nicht nur moralisch oder politisch-programmatisch, die verfassungsstaatliche Ausübung von Herrschaft. Die innenpolitisch ausschlaggebende Form der politischen Herrschaft ist im demokratischen Wohlfahrtsstaat die sozialgestaltende Rechtsetzung. Die verfassungsstaatliche Bindung der Rechtsetzung, die vielfältig durch Limitierung, Anregung, Beauftragung und Bestimmung der politischen Faktoren wirkt, ist in der sowohl legalisierenden als auch legitimierenden Kraft der Verfassung zu sehen. So sehr auch für die legislatorische Rechtserzeugung die Einschätzung Max Webers einen kennzeichnenden Punkt trifft, daß die Legalität zu einem Legitimitätsgrund politischer Herrschaft geworden ist — für die legal nicht fundierbare Verfassung, die das politische Grundgesetz der Gesellschaft ist — bleibt die Legitimitätsfrage bestehen, und diese Frage kann nur in einer Zeit relativ konfliktlosen Gesellschaftszustandes in eine weniger beachtete Latenz zurücksinken. „Wo der Gedanke der höheren Grenzen jeder Machtausübung von der Idee der unbegrenzten Herrschaft des Gesetzgebers über das Recht abgelöst wird, wie im Positivismus, kann die Gefahr (sc. für die bürgerliche Freiheit) lange verdeckt bleiben, solange der Gesetzgeber tatsächlich seine Grenzen achtet“<sup>3</sup>.

Das tragende Axiom der Verfassungslehre ist die Einsicht in das Ungenügen der bloßen Positivität des Rechts für die friedentiftende und gerechte politische Organisation der Gesellschaft, die antipositivistische Front gegen das juristische Vorurteil, daß Wirklichkeit und Erfolg des Verfassungsstaates primär auf rechtlichen Normierungen und Institutionen beruhen. Daraus folgt unmittelbar die Betonung der Andersartigkeit des „politischen“ Verfassungsrechts gegenüber dem sonstigen Normenbestand der Rechtsordnung. Während der Dezisionismus als Ausgangs-

<sup>2</sup> Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 225/251 f.; ders., Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, 1972, S. 325/342 Anm. 65.

<sup>3</sup> Scheuner, Die rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes, in: Theologische Existenz heute, n. F. 119, 1964, S. 11/14.

punkt die verfassungsstaatliche Grenzsituation der Revolution und der Verfassungsgebung wählt, sucht die Integrationslehre den das Sinnprinzip des Verfassungsstaates verwirklichenden Lebensprozeß zu erfassen. Beiden Entwürfen für eine Verfassungslehre ist jedoch gemeinsam, daß die Verfassung als das individuelle Gesetz einer einzigen konkreten Wirklichkeit gesehen wird, in der ein Staatsvolk in einer bestimmten geschichtlichen Situation die traditionsbildenden Erfahrungen und die erst zur Gestaltung drängenden Vorstellungen und Forderungen in einem konstitutiven Akt verbindet, festlegt und proklamiert. Die so beschaffene Konkretheit der Verfassung erläutert den geschichtlichen und politischen Charakter des Verfassungsrechts. Sie zeigt aber auch den in einer normativen Verfassungsbetrachtung leicht zu kurz kommenden fundierenden Zusammenhang der Verfassung mit der Staatsform<sup>4</sup>, ein Zusammenhang, der in Dezisionismus wie Integrationslehre klar bedacht und festgehalten wird. Der Staat, dem die Verfassung eine rechtliche Ordnung gibt, ist allerdings nicht die für juristische Bedürfnisse konstruierte „Rechtsperson“ Staat, der sich ein einheitlicher „Staatswillen“ zusprechen läßt, sondern der Prozeß der permanenten Begründung und Integration, aus dem das staatliche Wirken und die von Auseinandersetzung und Ausgleich geprägte Rechtsbildung hervorgehen<sup>5</sup>.

Der Parlamentarische Rat hat bei der Schaffung des Grundgesetzes an die Tradition des Verfassungsstaates angeknüpft. Die Gewährleistungen der grundrechtlichen Freiheit und die Organisation der Staatsgewalt sind maßgeblich geprägt durch die Grundvorstellungen des Liberalismus, die Erfahrungen und Einsichten aus den Kämpfen des bürgerlichen Konstitutionalismus und der bürgerlichen Aufklärung mit den Ideen, Kräften und Einrichtungen des Absolutismus und der in diesem noch bewahrten älteren Zustände des Feudalismus und des Ständestaates. Durch die Aufnahme dieser Tradition ist es bedingt, daß das Grundgesetz eine starke Fixierung auf die verfassungspolitischen Probleme der Staatsgewalt, ihrer Organisation und ihrer Grenzen, aufweist. Für das dem Liberalismus verpflichtete Verfassungsdenken ist die Verfassung ein „Instrument der Kontrolle des Machtprozesses“<sup>6</sup>, ein System von Rechtsregeln, durch das die Ausübung von Staatsgewalt wirksam beschränkt wird<sup>7</sup>. Die Verfassung institutionalisiert das Mißtrauen gegenüber staatlicher Macht und gegenüber den Personen, die zur Ausübung staatlicher Macht in der Lage sind. „Weniger der Staat selbst, als die Mittel und Methoden seiner

<sup>4</sup> Scheuner, Art. Verfassung, Staatslexikon, Bd. 8, 1963, Sp. 117/122 f.

<sup>5</sup> Scheuner, Wesen des Staates, a.a.O., S. 234 f.; ders., Politische Koordination in der Demokratie, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, 1966, Bd. 2, S. 899 f.; ders., Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 379/380.

<sup>6</sup> K. Loewenstein, Verfassungslehre, 2. Aufl., 1969.

<sup>7</sup> C. J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953.

Kontrolle werden organisiert<sup>8</sup>. Diese Frontstellung des Verfassungsdenkens kann genetisch aus dem historischen Prozeß der Entstehung und Überwindung des souveränen Fürstenstaates erklärt werden. Sie wird aber so lange nicht obsolet und bleibt so lange eine Bedingung rechtsstaatlicher Freiheit, als der Staat mit seinen spezifischen Mitteln der öffentlichen Gewalt fortbesteht, gleichgültig, wie vollendet er einen wirklichen oder prätendierten „Volkswillen“ zu vollstrecken vermag. Auf der anderen Seite unterschätzt die liberale Verfassungsidee die Gefahren sozialer, besonders wirtschaftlicher Macht, welche die individuelle Freiheit durch Ausbeutung und Unterdrückung bedrohen.

Die liberale Verfassungstradition ist im Grundgesetz nicht im Sinne restaurativer Vergangenheitsbezogenheit übernommen worden, sondern als Korrelat der bei der Verfassungsgebung vorgefundenen sozioökonomischen Grundentscheidung, die grundsätzlich privatwirtschaftliche und marktwirtschaftliche Ordnung des Wirtschaftslebens beizubehalten, und aufgrund der Überzeugung, daß in den Einrichtungen des Verfassungsstaates durch die geschichtliche Erfahrung erhärtete wirksame Vorkehrungen gegen Willkür und Machtmißbrauch staatlicher Gewalt zu finden seien. Das Grundgesetz hat, wie die Weimarer Reichsverfassung, den liberalen Verfassungsgedanken mit der Staatsform der Demokratie verbunden und beruht dementsprechend auf dem Prinzip, daß jegliche Ausübung öffentlicher Gewalt egalitärer Legitimierung und Kontrolle unterworfen sein muß. Ebenfalls nach dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung hat das Grundgesetz die Verfassungsidee des „sozialen“ Staates aufgenommen, die den Vorstellungen der sozialliberalen und sozialdemokratischen Bewegung der Sozialreform entstammt und den Auftrag des Staates zur umfassenden Sozialgestaltung im Sinne der sozialen Gerechtigkeit verfassungsrechtlich verankert. In diesem generalklauselartigen Verfassungsprogramm „klingt eine umfassendere Sicht der Sinngebung gegenwärtiger staatlicher Aktion an“<sup>9</sup>.

Sieht man den Zusammenhang des verfassungsstaatlichen Anspruchs, der demokratischen Ordnung der politischen Willensbildung und des Verfassungsprinzips des sozialen Rechtsstaates, den das Grundgesetz herstellt, erweist sich eine Beurteilung als anfechtbar, wonach das Grundgesetz — wesentlich statisch gedacht — eine bestehende Gesellschaft verfassen und nicht eine künftige Gesellschaft gestalten wolle, und sich dadurch von der DDR-Verfassung unterscheide, die einen entwicklungsbetonten Grundzug habe<sup>10</sup>. Das Grundgesetz stimmt darin mit jeder anderen normativ wirksamen Verfassung überein, daß es eine Anzahl von Grundsätzen und Einrichtungen des politischen Systems und von Richt-

<sup>8</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 41.

<sup>9</sup> Scheuner, Staatszielbestimmungen, a.a.O., S. 341.

<sup>10</sup> Roggemann, Die Verfassung der DDR, 1970, S. 67.

linien und Verfahren des politischen Prozesses als grundlegend festlegt und damit der Disposition der jeweiligen Inhaber der staatlichen Ämter entzieht. Für einen Grundbestand dieser Prinzipien setzt das Grundgesetz einen die Verfassung legitimierenden Konsens der politisch organisierten Gesellschaft voraus und erklärt diesen Grundbestand deshalb für legal unabänderbar (Art. 79 Abs. 3 GG). Von diesen verfassungsstaatlichen Grundbedingungen abgesehen erlauben die vom Grundgesetz vorgesehenen und geordneten Verfahren der Verfassungsänderung und der Gesetzgebung weitgreifende Veränderungen und Gestaltungen des politischen Systems, der gesellschaftlichen Verhältnisse und der Rechtsordnung. Eine verfassungsrechtliche Programmatik für derartige Gesetzgebungsakte ist dem Leitgedanken des sozialen Rechtsstaates, aber auch den direktiv zu verstehenden Grundrechtsnormen zu entnehmen, ist darüber hinaus aber eine Sache der politischen Auseinandersetzung.

Der Verfassungsstaat ist sich der Grenzen bewußt, die einer Gestaltung der gesellschaftlichen Grundlagen durch das und aufgrund des Verfassungsgesetzes gesetzt sind. Er muß dennoch nicht dabei stehen bleiben, die Prozeduren des politischen Kampfes, die Organisation der Herrschaftseinrichtungen und die grundrechtlichen Schranken der öffentlichen Gewalt rechtlich zu bestimmen. Das Grundgesetz versieht den politischen Prozeß mit materiellen, wenn auch notwendigerweise auf Richtlinien beschränkten, rechtlichen Direktiven und Programmen. Die auf politische Gestaltung angelegte, die Initiative der Faktoren des politischen Prozesses anregende und eine gesellschaftsbezogene und zukunftsweisende Aufgabe stellende Funktion der Verfassung ist in der Staatsrechtslehre seit längerem in den Vordergrund der Verfassungstheorie getreten<sup>11</sup>. Doch wird dadurch der Grundgedanke des Verfassungsstaates nicht aufgehoben oder verdrängt, daß die Verfassung die Ausübung von Herrschaft durch Recht begrenzen will und deshalb auch der Herrschaft des demokratisch gebildeten Volkswillens und seiner Repräsentanten und Agenten eine legal nicht übersteigbare Linie zieht. Dieser Grundgedanke ist älter als der liberale Konstitutionalismus<sup>12</sup>.

## 2. Der demokratische Verfassungsstaat

Die alte Formel, daß im Verfassungsstaat „Gesetze, und nicht Männer“ herrschen sollen, läßt das Rätsel der Entstehung und der verbindlichen Kraft jener Gesetze bestehen. Es ist die Erscheinung der Verfügbarkeit

<sup>11</sup> *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, a.a.O.; *K. Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., 1973, S. 3 ff.

<sup>12</sup> *McIlwain*, Constitutionalism, 2. Aufl., 1947; *Gough*, Fundamental Law in English Constitutional History, 1955.

und Instrumentalität des positiven Rechts, dieses dem modernen Staat eigentümlichen Mittels der Organisation und Gestaltung der Gesellschaft<sup>13</sup>, der sich die politische Idee der Verfassung entgegenstellte und in deren Bannkreis sie jedoch zugleich selbst blieb. Das Verfassungsgesetz und die an das Verfassungsgesetz gebundenen Gesetze haben nach den Grundsätzen der legitimierenden Zurechnung dasselbe Subjekt, das „Volk“, die staatlich vergesellschafteten Menschen, die selbst und autonom über die für sie geltende Rechtsordnung entscheiden. Das ist die Grundaporie des Verfassungsstaates.

Solange, wie im Mittelalter, das Recht als eine überkommene und der Disposition des Herrschers entzogene Ordnung betrachtet wird, besteht kein Bedürfnis dafür, Gerechtigkeit und Freiheit durch ein besonderes Rechtsinstrument gegen neue Rechtsetzung zu schützen<sup>14</sup>. Im modernen Staat dagegen ist Recht gesetztes Recht, der eingreifende Hebel gesellschaftlicher Veränderung. Es wird — nach dem vereinfachenden Schematismus der Rechtsquellenlehre — durch den Willen des souveränen Fürsten und später, im konstitutionellen System, durch den „Willen“ der gesetzgebenden Gewalt hervorgebracht. Die Begründung eines prinzipiellen Unterschieds von Verfassungsgebung und Gesetzgebung blieb verständlich, solange die bürgerliche Gesellschaft sich dem durch die Verfassungsgebung einzubindenden und zu begrenzenden monarchischen Staat gegenüber sah. Für den Monismus der demokratischen Republik kann das nicht mehr gelten.

Der vernunftrechtliche Vertragsgedanke gibt dem Prinzip, die staatliche Gewalt durch eine Verfassung zu ordnen und zu beschränken, während der absolutistischen und der konstitutionellen Epoche eine einleuchtende Begründung. In einer naiven und deshalb anschaulichen Form zeigt das „Agreement of the People“ der Leveller (1647) die Arbeitsweise dieser Anschauung. Wenn dabei auch zunächst das Bestreben im Vordergrund steht, dem Zeitgeist genügende Maßstäbe zur Bestimmung von Grund und Grenze der Staatsgewalt und der „political obligation“ anzugeben, so schließt doch die Lehre vom Gesellschaftsvertrag weiter den Standpunkt ein, daß die einzelnen im Vertragswege über Form und Mandat des Staates entscheiden, die Verfassung also durch einen souveränen Akt der Rechtschöpfung hervorbringen. Dies blieb weniger wichtig und verdeckt, solange die naturrechtliche Grundlage dieses Vorganges ausschlaggebend war. In Rousseaus Beitrag zur Lehre vom Gesellschaftsvertrag dagegen wird in der rechtschöpfenden *volonté générale* das politisch-dezisionistische Element deutlich bestimmend. Die Produktivität der

<sup>13</sup> Art. Recht, Theorie des Rechts, Rechtsphilosophie, in: Fischer Lexikon Recht, 1971, S. 118 ff.; R. Grawert, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, Staat 11, 1972, S. 1.

<sup>14</sup> Scheuner, Rechtsstaatliche Ordnung, a.a.O., S. 13.

französischen Revolution in der Herstellung von Verfassungsgesetzen blieb für die Folgezeit das vielmals aufgenommene Vorbild dafür, neue Staaten, Regime oder auch nur Machtlagen mit einem jedenfalls juristisch einwandfreien Verfassungsgesetz zu versehen. Der als Bollwerk gegen die immer schärfer hervortretende Instrumentalität des Rechts entwickelte Gedanke der rechtlichen Bindung der politischen Gewalt durch eine Verfassung verfiel selbst der Instrumentalisierung des Rechts. In abgewandelter und eigentlich paradoxer Form lebt dieser Gedanke in dem Versuch weiter, normative Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt zu finden.

Die werbende Wirkung, die mit einem Verfassungsgesetz erzielt werden kann, aber auch die bedeutenden technischen Vorteile für die Organisation und Funktionsweise der Staatsgewalt können erklären, daß fast alle bestehenden Staaten, ohne Rücksicht auf Staatsform und ideologische Ausrichtung, sich eine Verfassung gegeben haben. Würde das Vorhandensein einer Verfassungsurkunde genügen, um von einem „Verfassungsstaat“ zu sprechen, wäre das eine theoretisch und praktisch gleichgültige Bezeichnung. Die mit dem Prädikat Verfassungsstaat verbundene staatstheoretische und politische Wertung erschöpft sich auch nicht darin, daß das in einem Staat geltende Verfassungsgesetz mit den normativen Eigenschaften des Verfassungsrechts ausgestattet ist, nämlich Vorrang vor allen anderen Rechtsnormen besitzt und nur in einem besonderen und erschwerten Verfahren abgeändert werden kann. Schließlich ist die praktische Bedingung, daß das Verfassungsgesetz als verfassungsrechtliche Grundlage des Staatslebens wirkt und nicht nur eine gefällige Fassade ohne die reguläre Realisierungschance positiven Rechts darstellt, eine zwar notwendige aber nicht ausreichende Voraussetzung für einen verfassungsstaatlich zu nennenden politischen Prozeß.

Der Verfassungsstaat impliziert bestimmte inhaltliche Anforderungen an das in einem Staat geltende Verfassungsgesetz. Er weist damit sowohl über eine bloß formelle Betrachtung als auch über die Existenz einer „positiven Verfassung“ im Sinne der „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“<sup>15</sup> hinaus. Diese inhaltlichen Anforderungen können allerdings im demokratischen Wohlfahrtsstaat nicht mit den Vorstellungen übereinstimmen, die das liberale Verfassungsdenken mit den Worten des Art. 16 der Erklärung von 1789 verband, in dem es postulierte: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n' a pas de constitution“. Das dort vorausgesetzte Prinzip jedoch, daß es für den Verfassungsstaat auf die Materialität der Verfassung ankommt und daß die rechtliche Sicherung individueller Freiheit und die rechtliche Definiertheit der Aus-

<sup>15</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 20 ff.

übung öffentlicher Gewalt in einer gegliederten Organisation der Staatsorgane durch die Verfassung festgelegt sein müssen, ist für den Verfassungsstaat auch jenseits des bürgerlichen Konstitutionalismus konstitutiv. Der Verfassungsstaat ist nur als Rechtsstaat möglich, so wie der — nicht bloß im Sinne der formalen Legalität verstandene — Rechtsstaat eine verfassungsstaatliche Ordnung des politischen Prozesses voraussetzt<sup>16</sup>. Neben den hier nicht im einzelnen anzuführenden Grundsätzen und Einrichtungen, deren Insgesamt die rechtsstaatliche Bindung der politischen und administrativen Macht ausmacht, ist für die verfassungs- und rechtsstaatliche Formung des politischen Prozesses ausschlaggebend, daß die für die gesetzgebende Rechtsetzung leitende Vorstellung von der sozialen Funktion des Rechts dessen Positivität und Instrumentalität den Prinzipien einer gerechten Gesellschaftsordnung unterwirft.

Nicht anders wie die Normen des positiven Rechts ein bedingter und bedingender Bestandteil des Gesellschaftsprozesses sind, beruht jede Verfassung auf bestimmten ideologischen und sozioökonomischen Voraussetzungen, die ihren Inhalt und ihre Verwirklichung bestimmen. Durch das Verfassungsgesetz erfahren diese Voraussetzungen eine gewisse rechtliche Stabilisierung und wird zugleich ein rechtlicher, d. h. sich gewaltlos in die Kontinuität des Legalitätszusammenhanges einfügender Weg ihrer Veränderung im Sinne einer evolutionären Entwicklung bereitgestellt. Wird der Staat als die politische Organisation der Gesellschaft durch Recht aufgefaßt, erweist sich der gesamte Bereich der staatlichen Institutionen und Aktivitäten als sowohl gesellschaftlich bedingt als auch funktional auf die gesellschaftlichen Bedürfnisse bezogen. Der Staat steht nicht auf einem irgendwie selbständigen, gesellschaftstranszendenten Boden der Gesellschaft gegenüber, wie es die konstitutionelle Verfassungsanschauung postulierte<sup>17</sup>. „Der demokratische Staat der Gegenwart, der kein einheitliches Subjekt der Herrschaft mehr kennt, wird zu einem Stück Selbstorganisation der modernen Industriegesellschaft, deren Konflikte in den Prozeß politischer Einheits- und staatlicher Willensbildung eingehen und hier ausgetragen und befriedet werden müssen“<sup>18</sup>.

Doch dieser funktionale Zusammenhang des Politisch-Staatlichen mit dem Gesellschaftlichen bedeutet nicht die Identität der staatlichen und der gesellschaftlichen Willensbildung oder, anders gesagt, die Aufhebung politisch-staatlicher Herrschaft und die spontane oder oligarchisch von

<sup>16</sup> Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 151; ders., Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. II, S. 229 ff.; ders., Rechtsstaatliche Ordnung, a.a.O., S. 14, 16.

<sup>17</sup> Ehmke, ‚Staat‘ und ‚Gesellschaft‘ als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 23.

<sup>18</sup> Hesse, Grundzüge, a.a.O., S. 8.

sozialen Machtgruppen bestimmte Selbstverwaltung der Gesellschaft ohne staatlich gesetztes Recht und ohne rechtlich verfaßten Staat. Im Verfassungsstaat findet die Vergesellschaftung des Menschen nicht nach einem einheitlichen Prinzip statt. Sie hat dort kraft der Verfassung einen differenzierten Charakter, vor allem in der hier allein interessierenden Hinsicht, daß nicht sämtliche sozialen Beziehungen der Individuen dem tatsächlichen oder potentiellen Zugriff der staatlichen Macht zugänglich sind und daß die staatliche Macht eine gewisse Neutralität und Verselbständigung gegenüber den gesellschaftlichen Faktoren und Verhältnissen besitzt. Diese von Karl Marx<sup>19</sup> kritisierte Differenzierung des politischen und des gesellschaftlichen Wesens des Menschen bewirkt die Begrenztheit des Politischen im Verfassungsstaat und die Verhinderung des Zustandes, daß die gesamte politische und gesellschaftliche Macht in einem totalen Herrschaftssystem konzentriert ist; dessen Bezeichnung als staatliche Herrschaft oder gesellschaftliche Selbstverwaltung ist dann nur noch ideologisch, nicht aber praktisch von Bedeutung<sup>20</sup>.

Die Differenzierung der menschlichen Vergesellschaftung, deren Stabilisierung der Verfassungsstaat anstrebt<sup>21</sup>, hat zwei für die Organisation und Arbeitsweise des politischen Systems wesentliche Folgen: die Ausübung von Herrschaft kann einer kontrollierbaren Verantwortung unterworfen werden und die Existenz und Erhaltung des politischen Systems ist nicht von der notfalls gewaltsam durchgesetzten Anerkennung einer kanonischen und durch die Funktionäre der politischen Macht verbindlich interpretierten politischen Doktrin durch alle Gesellschaftsglieder abhängig.

Die Kontrolle der Personen, die Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Gewalt wahrnehmen, setzt voraus, daß ein zweiseitiges Verhältnis besteht, in dem die Kontrollierten einer Verantwortung gegenüber den Kontrollierenden unterliegen, was nur möglich ist, wenn die Kontrollierten auf Grund einer definierten Entscheidungskompetenz tätig werden<sup>22</sup>. Wenn die Existenz eines derartigen zweiseitigen Verantwortungs- und Kontrollverhältnisses dadurch dissimuliert wird, daß die Funktionäre der politischen Macht kraft ideologischer Zurechnung als bloße Agenten des „Volkswillens“ betrachtet werden, entfällt der Angriffspunkt für eine

<sup>19</sup> Zur Judenfrage, Dt.-frz. Jahrbücher, 1844.

<sup>20</sup> Siehe dazu E.-W. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1971, S. 11; ders., Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973.

<sup>21</sup> N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965.

<sup>22</sup> Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festgabe für Gebhard Müller, 1970, S. 379; A. H. Birch, Representative and Responsible Government, 1964.

ernsthafte Kritik und eine wirksame Kontrolle; es bleibt lediglich die Möglichkeit technischer Korrekturen in vorgegebenem Rahmen. Denn bei dieser Formulierung der Legitimation des politischen Systems ist „Volkswille“ tatsächlich das, was die vorgeblichen Agenten des „Volkswillens“ als solchen definieren, so daß es zu einer Differenz zwischen den Bürgern und den Funktionären des politischen Apparates vermöge der ideologischen Identifikation nicht kommen kann.

Das verfassungsstaatliche Prinzip, wonach politische Herrschaft auf einem rechtlich definierten und beschränkten Mandat beruht („trust“), nach nicht beliebig abänderbaren Rechtsgesetzen auszuüben ist und rechtlich festgelegten Verfahren politischer Verantwortung und Kontrolle unterworfen ist („government by consent“), entspringt der angelsächsischen Praxis der Rule of law und der parlamentarischen Regierung und den staatsrechtlichen Maximen Lockes und Kants und stellt heute ein Grundelement der repräsentativen (parlamentarischen) Demokratie dar<sup>23</sup>. Die als Staatsform verwirklichte Demokratie ist nicht Identität von Herrschern und Beherrschten, sondern egalitär kontrollierte und legitimierte Repräsentation. Nur eine repräsentative Ausübung politischer Gewalt ermöglicht eine Herrschaft nach Rechtsgesetzen<sup>24</sup>. Repräsentation darf dabei allerdings nicht in dem für das liberale Verfassungsdenken wesentlichen qualitativen Sinne verstanden werden, der mit dem egalitären Grundsatz der Demokratie unvereinbar ist, sondern als die Wirkungsweise der den demokratischen Legitimations- und Zurechnungszusammenhang praktisch vermittelnden Einrichtungen und Verfahren der Kontrolle politischer Macht. Eine Schwäche dieser Einrichtungen und Verfahren muß die Gefahr der Oligarchisierung und Bürokratisierung des politischen Systems vergrößern, eine Gefahr, die nicht spezifisch der verfassungsstaatlichen Repräsentation innewohnt, sondern der notwendig arbeitsteiligen Organisation der Gesellschaft im Staat schlechthin. Politisch wie staatsrechtlich ist Angelpunkt und Prüfstein für diesen Mechanismus die parlamentarische und außerparlamentarische Praxis des Parteiensystems<sup>25</sup>, in der notwendig der Respekt vor den im demokratischen Verfassungsstaat verkörperten Grundvorstellungen vorausgesetzt sein muß<sup>26</sup>. Es ist jedoch für das Funktionieren der parlamentarischen Demokratie weder erforderlich noch folgerichtig, wenn Parlamentarismus und Ausübung öffentlicher Gewalt überhaupt zur Funktion

<sup>23</sup> Scheuner, Neuere Entwicklung des Rechtsstaats, a.a.O.; ders., Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Festschrift für Hans Huber, 1961, S. 111; ders., Verantwortung und Kontrolle, a.a.O.; ders., Amt und Demokratie, in: Lanzenstiel (Hrsg.), Amt und Demokratie, 1971, S. 7/23 ff.

<sup>24</sup> Badura, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in: Festschrift für Karl Michaelis, 1972, S. 9/19.

<sup>25</sup> G. Leibholz, Verfassungsstaat — Verfassungsrecht, 1973, S. 68 ff.

<sup>26</sup> Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 143.

eines umfassenden „Parteienstaates“ denaturieren, in dem die Formulierung und Praktizierung dessen, was jeweils die dem Gemeinwohl entsprechende, gerechte und vernünftige Entscheidung ist, vom ausschließlichen Anspruch der politischen Parteien erfaßt würde<sup>27</sup>. Vor allem für die politische und administrative Meinungs- und Willensbildung außerhalb des parlamentarischen Entscheidungsverfahrens wird ein derartiger Anspruch auch durch Art. 21 GG nicht gerechtfertigt. Die organisierten Interessen können infolge ihrer partikulären und vergleichsweise stationären Ausrichtung sich nicht auf ein Recht berufen, an der politischen Willensbildung auf gleichem Fuße mit den Parteien zu partizipieren<sup>28</sup>.

Da der demokratische Verfassungsstaat die gesellschaftlichen Verhältnisse, die die Grundlage des in ihm geordneten politischen Systems bilden, als ein von ihm unterschiedenes Ensemble von Bedürfnissen, Interessen und Meinungen auffaßt, stellt er geordnete Verfahren zur Verfügung, um die gesellschaftliche Vielfalt in politisch-staatliche Entscheidungen transformieren zu können. In dieser Betrachtungsweise ist der Vorgang der politischen Willensbildung nicht so konstruiert, wie wenn in ihm lediglich ein gewissermaßen präexistenter „Volkswille“ oder ein prä-existentes „Gemeinwohl“ konstatiert oder daraus für den Einzelfall eine Entscheidung abgeleitet würde; der „Volkswille“ ist eine vereinfachende Hypostasierung des demokratischen Prozesses<sup>29</sup>. Soweit der durch das Verfassungsrecht begrenzte Spielraum der politischen und sozialen Auseinandersetzungen reicht, erkennt der demokratische Verfassungsstaat kein vorgegebenes Kriterium der sozialen Richtigkeit an, so daß der politische Prozeß in großem Maße Kompromisse hervorbringt.

Die in der Weimarer Zeit vertretene Auffassung, daß als der weltanschauliche Standpunkt, welcher der Demokratie am besten entspräche, der „Relativismus“ anzusehen sei<sup>30</sup>, legt zu einseitig das Gewicht auf das formale Strukturprinzip des demokratischen Verfassungsstaates, rechtlich geregelte Verfahren für die politische Auseinandersetzung und Entscheidung festzulegen. Die Demokratie ist nicht voraussetzungslos und ihre Lebensfähigkeit ist von einer grundsätzlichen Anerkennung der Einrichtungen des demokratischen Verfassungsstaates und der anderen wesentlichen Bestandteile der Verfassungsordnung durch die am politischen Prozeß beteiligten Gruppen abhängig. Im Hinblick auf ein sol-

<sup>27</sup> Scheuner, Repräsentatives Prinzip, a.a.O., S. 239 f.

<sup>28</sup> Scheuner, Repräsentatives Prinzip, a.a.O., S. 244 f.

<sup>29</sup> Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., 1950, S. 397 ff.; E. Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitsstaatlichen Demokratie, 1964; Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 128, 129; ders., Verantwortung und Kontrolle, a.a.O., S. 380.

<sup>30</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, S. 98 ff.; Radbruch, Vorrede zur Rechtsphilosophie.

ches Fortbestehen des Verfassungskonsenses ist der demokratische Verfassungsstaat nicht neutral. Anders als die Weimarer Reichverfassung hat das Grundgesetz den unter keinen Umständen zur Disposition des politischen Prozesses stehenden Verfassungskern ausdrücklich umschrieben (Art. 79 Abs. 3 GG) und darüber hinaus durch gewisse Vorkehrungen einer, wie man gesagt hat, „streitbaren Demokratie“ (vor allem das Parteiverbot, Art. 21 Abs. 2 GG) einen wirksamen Schutz seiner Funktionsgrundlagen zu erreichen gesucht.

Abgesehen von dieser mit dem demokratischen Verfassungsstaat selbst gesetzten Prämisse, daß die Verfassung den politischen Prozeß rechtlich ordnen soll und deswegen nicht für diesen Prozeß beliebig verfügbar sein kann, macht das Grundgesetz nicht eine bestimmte ideologische oder weltanschauliche Orientierung zur Staatsgrundlage. Es verlangt den unter ihm lebenden Bürgern nicht die Annahme oder das aktive Bekenntnis zu einer bestimmten geschichts- oder gesellschaftstheoretischen Doktrin ab, kennt nicht die Vorstellung einer „ideologischen Diversion“ und beruht nicht auf der Behauptung bestimmter historischer oder gesellschaftlicher Gesetzmäßigkeiten<sup>31</sup>. In diesem Sinne einer Differenzierung von politischem Prozeß und Gesellschaftsideologie, der begrenzten Zuständigkeit von Staat und Recht und des Ausschlusses einer mit den Mitteln des politischen Systems verbindlich zu machenden Gesellschaftsmoral<sup>32</sup> ist das Grundgesetz „weltanschaulich neutral“<sup>33</sup>. Eine andere Frage ist es, ob nicht die vorrangig am Verfassungsziel der sozialen Gerechtigkeit orientierte Staatspraxis zwangsläufig zu der zumindest temporären Festlegung einer bestimmten politisch-ideologischen Programmatik führt, wenn eine mittel- oder langfristige Planung der Staatsaufgaben<sup>34</sup> eingerichtet wird. Die darin liegende verfassungsrechtlich relevante Veränderung muß eine weitergehende Politisierung der Gesellschaft und der vergesellschafteten Freiheit bewirken, muß aber nicht notwendig die verfassungsstaatliche Differenzierung aufheben.

---

<sup>31</sup> BVerfGE 5, 85/197 f.

<sup>32</sup> E.-W. Böckenförde, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967, S. 89 ff.

<sup>33</sup> Siehe auch K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, bes. S. 236 ff.

<sup>34</sup> K. Lompe, Gesellschaftspolitik und Planung. Probleme politischer Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1971; E.-W. Böckenförde, Planung zwischen Regierung und Parlament, Staat 11, 1972, S. 429; R. Wahl, Notwendigkeit und Grenzen langfristiger Aufgabenplanung, Staat 11, 1972, S. 459; Zwischenbericht der Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform vom 21. 9. 1972, BTag Drucks. VI/3829, S. 45 ff.; Kewenig, Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DÖV 73, 23.

### 3. Die Funktion des Verfassungsrechts

Die *raison d'être* der Verfassung geht nicht aus den formellen Eigenschaften des Verfassungsgesetzes, dessen Vorrang und dessen erschwerter Abänderbarkeit, hervor, die diesem eine bestimmte Stellung im Gesamtgefüge der Rechtsordnung zuweisen. Diese formellen Eigenschaften des Verfassungsgesetzes sind Mittel, um die normativen Ziele zu verwirklichen, die von der Verfassung erwartet werden. Die, nicht zweckrational verengt zu denkende, Teleologie der Verfassung ist der eigentliche Gegenstand der Verfassungslehre; die Überlegungen über Begriff, Gestalt, Wirkung, Entstehung und Legitimität der Verfassung sind von ihr abhängig. Der historische wie der systematische Befund zeigt die Vielfältigkeit des Verfassungssinns. Diese Vielfalt löst sich nicht notwendig harmonisch in einem einheitlichen Leitgedanken auf. Die einzelnen Sinnprinzipien würden vielmehr, isoliert zu Ende gedacht und für sich als dominierende Verständnismaxime benutzt, in Widerspruch zueinander treten. Die Art und Verbindung der Sinnprinzipien ist jeweils für die konkrete Verfassung zu ermitteln, was die Verfassung wiederum als das individuelle Gesetz einer konkreten Wirklichkeit erweist. Aus der Vielfältigkeit des Verfassungssinns folgt die Angreifbarkeit der Annahme, das Verfassungsgesetz positiviere eine „Wertordnung“, aber auch die Begrenztheit einer systematischen Verfassungsinterpretation. Die Argumentation aus der „Einheit der Verfassung“ darf die in der Verfassung verkörperte Sinnkombination nicht durch die Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Elemente zerstören.

Bereits die konstitutionelle Doktrin versteht die Verfassung nicht schlechthin als ein Instrument der Limitierung der Staatsgewalt und der „Ausgrenzung“ „staatsfreier Räume“. Die für das liberale Verfassungsdenken wesentlichen vernunftrechtlichen Gedanken des Gesellschaftsvertrages und der Kodifikation<sup>35</sup> tragen das Bestreben der Neukonstitution des gesellschaftlichen und politischen Körpers deutlich in sich. Die klassischen Verfassungsdokumente der bürgerlichen Aufklärung, wie die Virginia Declaration of Rights vom 12. Juni 1776 und die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789<sup>36</sup> sind konstituierend und programmatisch. Die Frage nach dem Verfassungssinn hat auch in der sozialistischen Theorie eine aufschlußreiche und übrigens wechselnde Behandlung erfahren. Das von dem nur einen „abgeleiteten“ Charakter besitzenden Recht der kapitalistischen Staaten prinzipiell unterschiedene „sozialistische Recht“ wird als „mächtiger Hebel“ der sozialistischen Gesellschaftsgestaltung in durchgängiger ideo-

<sup>35</sup> Scheuner, Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 117.

<sup>36</sup> G. Ritter, Ursprung und Wesen der Menschenrechte, HZ 169, 1949, S. 231/255.

logischer und politischer Instrumentalisierung in den Dienst der durch die Partei der Arbeiterklasse angeleiteten sozialistischen Staatsmacht gestellt. Die Vorstellung eines die politischen Faktoren diziplinierenden Rechts ist in sozialistischen Kategorien nicht denkbar, und dementsprechend ist die rechtliche Wirkung des Verfassungsgesetzes nur eine Funktion der politischen Bindung und Begrenzung der Staatsmacht durch die Grundsätze des Sozialismus<sup>37</sup>. Die Verfassung drückt eine bestimmte Etappe der Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft aus und ist zugleich Instrument des weiteren Aufbaus der sozialistischen Gesellschaft. In der Stalinära wurde abweichend von der heutigen Anschauung die programmatisch-antizipierende Funktion der Verfassung verneint. „Die Verfassung ist die Registrierung und gesetzgeberische Verankerung der bereits erzielten und gesicherten Errungenschaften. Wenn wir diesen grundlegenden Charakter der Verfassung nicht entstellen wollen, dürfen wir sie nicht mit historischen Feststellungen über die Vergangenheit oder mit Deklarationen über die künftigen Errungenschaften der Werktätigen der Sowjetunion füllen. Hierfür gibt es bei uns andere Wege und andere Dokumente<sup>38</sup>.“ Nur für die Völker der kapitalistischen Staaten sollte die sowjetische Verfassung die Bedeutung eines „Aktionsprogramms“ haben<sup>39</sup>.

Unter den verschiedenen Sinnprinzipien der Verfassung steht das Ziel voran, dem politischen Prozeß eine verfassungsstaatliche Ordnung zu geben. Die Verfassung ist der hervorragendste Ausdruck der Rechtskultur einer Gesellschaft. Die in der Verfassung angenommenen politischen Ideen werden durch das Verfassungsgesetz mit rechtlicher Verbindlichkeit für die Einrichtung der Herrschaftsorganisation und die Ausübung der Staatsgewalt ausgestattet. Die rechtlichen Wirkungen der Verfassung sollen die Gewinnung und Ausübung von Herrschaft an feste Verfahren und inhaltliche Grundsätze binden und so der politischen Macht unter Ausschaltung von Willkür und Beliebigkeit Berechenbarkeit geben und Grenzen setzen. Die Verfassung ist aber auch ein Plan, der Aufgaben normiert, ein Versuch der Bestimmung der politischen Zukunft durch Leitgedanken und Richtlinien für den politischen Prozeß und die Wirksamkeit des Staates, der Entwurf einer politischen Form<sup>40</sup>, dessen dauernde und erfolgreiche Verwirklichung nur möglich ist als „un

<sup>37</sup> Scheuner, Verfassung, a.a.O., Sp. 120.

<sup>38</sup> Stalin, Bericht „Über den Entwurf der Verfassung der Union der SSR“ auf dem außerordentlichen VIII. Sowjetkongreß der UdSSR am 25. November 1936, in: Die Stalinsche Verfassung, Verlag Kultur und Fortschritt Berlin, 1950, S. 36.

<sup>39</sup> Ebd. S. 49. — Siehe auch A. Wyshinskij, The Law of the Soviet State, 1948, S. 87.

<sup>40</sup> Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 134; ders., Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 118; D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97, 1972, S. 489/500.

acte de foi constamment renouvelé<sup>41</sup> der Rechtsgemeinschaft insgesamt. Konservierende Gewährleistung der für richtig erkannten Bedingungen gerechter Ordnung und sinnvoller Freiheit verbindet sich in der Verfassung spannungsvoll mit Verheißungen, Antizipationen und Programmen. Die in der Verfassung verkörperten Leitlinien, Begrenzungen und Aufträge werden durch sie, soweit das durch Recht möglich ist, zu der vor den Interessen und Pragmatismen der wechselnden Mehrheiten geschützten Grundlage der offenen Auseinandersetzung der politischen und sozialen Mächte<sup>42</sup>. Besonders in den Grund- und Freiheitsrechten, in denen der Einzelne zuerst einen Schutz seiner materiellen, kulturellen und persönlichen Lebensgrundlagen und seiner staatsbürgerlichen Mitgliedschaft im politischen System finden soll, tritt die für das Gemeinwesen konstituierende Bedeutung des Verfassungsrechts zu Tage<sup>43</sup>.

Als Fundamentalnorm der Rechtsgemeinschaft stellt die Verfassung die Einheit der Rechtsordnung her und bestimmt die Erzeugung und Fortentwicklung des Rechts. Systemtheoretisch gesehen, reduziert sie die Entscheidungslast des Gesetzgebers<sup>44</sup>. Durch sie wird aber auch die Legitimität des Gesetzes vermittelt; das Gesetz gewinnt durch seine Verfassungsmäßigkeit die Anerkennung und den Gehorsam der Rechtsunterworfenen. Darüber hinaus hat die Verfassung zunehmend die Funktion dauerhafter und kodifikatorischer Festlegung von Rechtsgrundsätzen und des Grundbestandes einzelner Rechtsgebiete übernommen, die angesichts der „Erosion des Gesetzesbegriffes“ dem rasch veränderliche und spezialisierte Regelungen produzierenden Entscheidungsprozeß der regulären Gesetzgebung entgleitet<sup>45</sup>. Die für die Verfassungspraxis unter dem Grundgesetz kennzeichnende Entfaltung dieser Funktion der Verfassung ist das Werk der Gerichtspraxis und der staatsrechtlichen Doktrin. Das ungewöhnliche Gewicht, das die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Fragen der Verfassungsauslegung erlangt haben, ist auch dadurch erklärlich. Die sachlichen Regelungen des Verfassungsgesetzes, besonders die Grundrechte, sind auf diese Weise zu Basisnormen komplizierter Regelsysteme für einzelne Rechtsgebiete geworden, die den Wortlaut und das überkommene Verständnis der ver-

<sup>41</sup> *M. Hauriou*, Précis de Droit constitutionnel, 1923, S. 6 ff.

<sup>42</sup> *Scheuner*, Grundfragen, a.a.O., S. 133; ders., Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik, DÖV 57, 633/635; ders., Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 124; ders., Amt und Demokratie, a.a.O., S. 13.

<sup>43</sup> *R. Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, 1933; *Scheuner*, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 313/323; ders., Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 71, 505; ders., Staatszielbestimmungen, a.a.O., S. 330 f., 339.

<sup>44</sup> *Grimm*, a.a.O., S. 498.

<sup>45</sup> *Scheuner*, Parlamentarisches Regierungssystem, a.a.O., S. 636; ders., Neuere Entwicklung des Rechtsstaats, a.a.O., S. 260 f.; ders., Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95, 1970, S. 353/368.

fassungsrechtlichen Bestimmungen weit hinter sich gelassen haben. Folgerichtig ist die Methode der Verfassungsauslegung auf der Grundlage einer „materialen“ Verfassungslehre als ein Vorgang der Konkretisierung und „Verwirklichung“ der Verfassung ausgearbeitet worden<sup>46</sup>. Die so zustandekommende politische Dynamisierung des Verfassungsrechts, welche die schon der älteren Staatsrechtslehre bekannte Erscheinung des „Verfassungswandels“ erneut ins Licht kritischer Betrachtung gerückt hat<sup>47</sup>, setzt den rechtlich greifbaren Verfassungsinhalt einer gewissen Verflüchtigung aus, die durch kryptopolitische juristische Argumentation verdeckt wird. Dieser Prozeß kann in einer erneuerten staatsrechtlichen Dogmatik theoretisch durchdrungen werden, geht aber dort über die Leistungsfähigkeit der Verfassung hinaus, wo er die politische Verantwortlichkeit des Gesetzgebers — durch die Juridifizierung des verfassungsrechtlich nicht Faßbaren, weil rechtlich Maßstabslosen — verwässert und wo er die an sich gegebene Notwendigkeit einer Verfassungsänderung durch interpretatorische Konstruktion überspielt.

Wenn auch Rechtssatz und als solcher Bestandteil der Legalordnung, hat eine Verfassung doch analysierbare gesellschaftliche und politische Voraussetzungen und nicht nur rechtsnormative, sondern auch politische Wirkungen. Sie ist ein das Rechtsbewußtsein und das politische Leben beeinflussendes Symbol der staatlichen Einheit und Gemeinsamkeit<sup>48</sup>. Die Einheit, das politische Verständnis und die Rechtsüberzeugung des Gemeinwesens werden durch die Verfassung, wenn sie sich zu „verwirklichen“ vermag<sup>49</sup>, dokumentiert und stets neu geschaffen. Das etwas forcierte Bestreben nach juridischer Perfektion, das das Grundgesetz sowohl in seiner ursprünglichen Fassung als auch — und vor allem — in seinen Änderungen kennzeichnet, kann seiner Volkstümlichkeit und seiner politischen Autorität abträglich sein, während dadurch auf der anderen Seite seine Qualität als Maßstab im Rechtsprozeß gefördert wird. Stärke oder Schwäche einer Verfassung sind nicht Fragen ihrer juristisch greifbaren Wirksamkeit allein, sondern hängen von der Fortdauer des in der Verfassunggebung bezeugten und die Verfassung legitimierenden Konsenses und von den Faktoren der gesellschaftlichen Ambiance ab, in der die Verfassung zu verwirklichen ist. Die verfassungsstaatlichen Garantien können die politische Kraft der parlamentarischen Demokratie, wo sie nicht durch den politischen Prozeß konstituiert wird,

<sup>46</sup> *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, 1963, S. 53; *Hesse*, Grundzüge, a.a.O., S. 17 ff., 25 ff.; *N. Wimmer*, Materiales Verfassungsverständnis, 1971; *F. Müller*, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in: Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, 1972, S. 123.

<sup>47</sup> *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 285; *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972, S. 145 ff.

<sup>48</sup> *Scheuner*, Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 119.

<sup>49</sup> *Hesse*, Grundzüge, a.a.O., S. 17 ff.

nicht ersetzen<sup>50</sup>. Sie können wohl Willkür und Verfassungswidrigkeit hindern, nicht aber die Gerechtigkeit in der Rechtsgemeinschaft umfassend herstellen.

Die dem Verfassungsrecht im demokratischen Verfassungsstaat zugemessene Funktion läßt sich mit den regulären Eigenschaften und Wirkungen des positiven Rechts nicht erklären. Der verfassungsstaatliche Anspruch überschreitet die vorgegebenen Möglichkeiten des positiven, d. h. des staatlich gesetzten und garantierten Rechts. Das Verfassungsrecht ist rechtlich nicht garantiert und seine Geltung ist nicht, wie die des Gesetzes, durch die Machtmittel des Staates gesichert<sup>51</sup>. Vielmehr sind die Grundentscheidungen der Verfassung zugleich die bestimmenden Elemente der konkreten Staatsform.

Die alte und auch in der Zeit des Positivismus nicht verlorengegangene Einsicht in die „politische“ Bedingtheit und Bedeutung des Verfassungsrechts kann in der theoretischen Betrachtung forciert werden, mit der Folge, daß die sachlichen Elemente des Verfassungsgesetzes aus der rechtlichen Hülle herausgehoben und zu der vermeintlich eigentlichen Verfassung verselbständigt werden. Ein derartiger verfassungsrechtlicher Realismus verzichtet darauf, die Verfassung als Verfassungsgesetz zu verstehen und verständlich zu machen. Die Aufgabe der Verfassungslehre müßte aber gerade darin bestehen, die Normativität der Verfassung jenseits der Positivität des Verfassungsgesetzes zu begründen, ohne den verfassungsstaatlichen Grundgedanken preiszugeben, daß die Verfassung den politischen Prozeß durch Recht ordnen soll. Die Verfassunggebung ist ein Vorgang der Rechtschöpfung, der friedens- und ordnungstiftenden Einigung, der eine durch eine einheitliche Rechtsordnung verbundene Rechtsgemeinschaft konstituiert. Dieses Ziel, das zugleich eine Bedingung und eine Grenze der Verfassunggebung darstellt, ist von der staatsgestaltenden Grundentscheidung nicht trennbar.

Auf der anderen Seite wäre es eine positivistische Illusion, in der „verfassunggebenden Gewalt“ in Entsprechung zur gesetzgebenden Gewalt eine rechtlich begründete und definierte Funktion der Rechtszeugung zu sehen. Die geschichtlich kontingente Lehre von der verfassunggebenden Gewalt orientiert sich an dem punktuellen Kodifikationsvorgang bei revolutionärer<sup>52</sup> Verfassunggebung, deren Legitimität sie behandelt, und gibt das Deutungsschema und den Beurteilungsmaßstab für eine Verfassungsentstehung nach den Grundsätzen der Volkssouveränität<sup>53</sup>. Wenn diese Doktrin auch gewisse Minimalvoraussetzun-

<sup>50</sup> *Scheuner*, Probleme der staatlichen Entwicklung in der Bundesrepublik, DÖV 71, 1/3.

<sup>51</sup> *Scheuner*, Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 118.

<sup>52</sup> *K. Griewank*, Der neuzeitliche Revolutionsbegriff, 2. Aufl., 1969.

<sup>53</sup> *Scheuner*, Verfassungsschutz, a.a.O., S. 313 Anm. 2; ders., Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 124.

gen für eine legitime Verfassunggebung aufstellt, so gibt sie doch keinen Aufschluß über die realen Umstände der Verfassungsentstehung und über die Geltungsbedingungen des Verfassungsgesetzes. Die ideologische Fiktion des verfassungsgebenden Willens des Volkes verdeckt das plurale Entstehungsverfahren<sup>54</sup> und vor allem die Gruppen und Interessen, die sich in dem Konstituierungsprozeß durchsetzen und die tragenden Faktoren des Verfassungskonsenses sind<sup>55</sup>. Die „normative Kraft“ einer Verfassung, ihre Fähigkeit, in der Wirklichkeit geschichtlichen Lebens bestimmend und regulierend zu wirken<sup>56</sup>, ist die Basis der Geltung des Verfassungsgesetzes, in dem die Verfassung rechtliche Positivität gewonnen hat. Die Anerkennung der Verfassung als rechtliche Garantie einer gerechten Sozialordnung und als Auftrag und Grenze einer verantwortlichen und kontrollierbaren politischen Herrschaft ist, wenn diese Anerkennung aus einer aktiven und individuell bestimmten Ausübung grundrechtlicher Freiheiten der Staatsbürger hervorgeht, der demokratische Ausdruck dieser normativen Kraft der Verfassung<sup>57</sup>.

Der verfassungsstaatliche Anspruch, der sich in der Funktion des Verfassungsrechts abbildet, wird in der Staatsrechtslehre unverkürzt nur aufgenommen, wenn das Verfassungsgesetz als staatsgestaltende Verfassung einer Rechtsgemeinschaft verstanden wird. Dieser prinzipielle Gesichtspunkt verpflichtet auch die Staatspraxis und die Bemühung um eine Verfassungsreform, die nicht bei einer technischen Adjustierung stehen bleiben will. Als materiale Ordnung ist die Verfassung nicht beliebigen Inhalten zugänglich und ist sie nicht einfach ein praktisch vorteilhaftes Element von Rechtsordnungen.

Konkret, d. h. geschichtlich, sind nicht nur die einzelnen Staatsverfassungen. Auch die politische Idee der Verfassung selbst ist in einen bestimmten geschichtlichen Zusammenhang der Staatsentwicklung eingefügt; Verfassungsgesetze sind nicht ein beliebig transportierbares und disponibles Konstruktionselement von Staatsordnungen. Die Gegenwart steht auch vor der Frage, ob die rechtliche Ordnung des politischen Prozesses durch eine Verfassung ein Bestandteil nur der staatlichen Form der politischen Vergesellschaftung ist. Diese Frage, die sich in der Diskussion um die fortbestehende Gültigkeit der Souveränität als Wesensmerkmal der Staatsgewalt ankündigte, bezieht sich auf die interne Autorität des Staates und auf seine äußere Unabhängigkeit. Bei der Erschütterung der qualitativen Besonderheit des Staates im internen politischen Prozeß handelt es sich nicht so sehr um den wenig wahr-

<sup>54</sup> *K. von Beyme*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1968, S. 63 ff.

<sup>55</sup> *Hauriou*, a.a.O., S. 8, 253.

<sup>56</sup> *Hesse*, Grundzüge, a.a.O., S. 18, 29 f.

<sup>57</sup> *Scheuner*, Verfassungsschutz, a.a.O., S. 330; ders., Grundfragen, a.a.O., S. 133; ders., Art. Verfassung, a.a.O., Sp. 122; ders., Neuere Entwicklung des Rechtsstaats, a.a.O., S. 262; ders., Amt und Demokratie, a.a.O., S. 27.

scheinlichen Erfolg fundamentaldemokratischer Gesellschaftsgestaltungen und deren scheinbarer Herrschaftslosigkeit. Drängender ist, ob der Staat die notwendige Verfügung über die technologische Revolution<sup>58</sup> zu gewinnen und ob er sich gegenüber der sozialen Macht organisierter Interessen und ideologischer Gruppierungen zu behaupten vermag, denen zunehmend eine wirksame Protektion gelingt und die deswegen eine desintegrierende quasifeudale Loyalität mobilisieren können. Die besonderen legitimierenden und integrierenden Wirkungen, die von parlamentarisch kontrollierter politischer Führung und von parlamentarisch-verfassungsstaatlicher Rechtsetzung erwartet werden, sind von bestimmten politischen und kulturellen Voraussetzungen abhängig, die nur in einer staatlichen politischen Vergesellschaftung gegeben sind.

Dieses Prinzip wird weiter auch durch die zu beobachtende Internationalisierung der Lebensgrundlagen in Frage gestellt. Die fortschreitende politische, ökonomische, militärische und selbst — in den supranationalen Gemeinschaften<sup>59</sup> — rechtliche Relativierung des Nationalstaates zwingt zu einer Neuorientierung des Verfassungsdenkens, dessen bisheriger Bezugspunkt der Staat gewesen ist. Wenn die Bedingungen einer Gesellschaftsordnung des Friedens und der Gerechtigkeit nicht mehr allein durch den Staat geschaffen werden können<sup>60</sup>, kann auch die nur nationalstaatliche Definition des Verfassungssinns diese Bedingungen als rechtliche Bestimmungsgründe politischer Herrschaft nicht mehr vollständig erfassen. Der bisherige Funktionalismus der europäischen Integration ist wohl eigengearteten rechtsstaatlichen und demokratischen Garantien unterworfen<sup>61</sup>. Der Übergang von den funktionalistischen *compétences d'attribution* zu einer föderativen Globalisierung könnte jedoch auf eine genuin verfassungsrechtliche Fundierung der europäischen Integration nicht verzichten. Entgegen manchen europapolitischen Antizipationen kann der Schritt von der funktionalen Integration zu einem föderativen Gebilde, äußerstenfalls einem Europäischen Bundesstaat, nicht durch allmählich wachsende Verflechtung und Verdichtung erfolgen, sondern muß dieser Schritt einen konstitutiven Begründungsakt darstellen<sup>62</sup>, einen Vorgang der Verfassungsgebung durch eine wie immer zu denkende europäische verfassungsgebende Gewalt. Dabei könnte die nationalstaatliche Frage ebensowenig beiseitegelassen werden wie

<sup>58</sup> E. Forsthoff, Von der sozialen zur technischen Realisation, Staat 9, 1970, S. 145.

<sup>59</sup> H. P. Ipsen, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, 1969; ders., Verfassungsperspektiven der europäischen Integration, Vortrag am 20. November 1972 in Bremen, Sonderdruck der Dresdner Bank.

<sup>60</sup> W. von Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1965 (Rez. EuR 2, 1967, S. 179).

<sup>61</sup> H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 973 ff.

<sup>62</sup> Scheuner, Verfassungsprobleme der Wirtschafts- und Währungsunion, Integration 1971, S. 145/151 f.

die notwendige politische, ökonomische und kulturelle Basis eines solchen Einungsaktes, zu der z. B. ein europäisches Parteiensystem gehören würde. Verfassungsrechtlich, d. h. vom deutschen Staatsrecht aus gesehen, könnte die Schaffung einer staatlichen oder quasistaatlichen europäischen öffentlichen Gewalt nicht mit Hilfe des Art. 24 Abs. 1 GG erfolgen, sondern nur im Wege einer Verfassungsänderung, wenn man diesen Schritt nicht überhaupt als einen revolutionär die nationalstaatlichen Verfassungsordnungen aufhebenden Vorgang betrachten müßte.

Ulrich Scheuner hat das Prinzip der verfassungsstaatlichen Demokratie, in Anknüpfung an eine alte Einsicht des politischen Denkens, durch die „Mäßigung“ der Staatsmacht bestimmt. Im gemäßigten Staat besteht eine der beliebigen Disposition der politischen Faktoren entzogene rechtliche Ordnung, kraft welcher die politische Macht durch ihre institutionelle Gliederung und durch Aufgabenteilung beschränkt und an die persönliche und staatsbürgerliche Freiheit als Grund und Grenze des Staates gebunden ist<sup>63</sup>. Die verfassungsstaatlichen Einrichtungen der Mäßigung politischer Macht sind nicht Hindernisse, sondern Voraussetzungen demokratischer Kontrolle; denn die identitäre Fingierung umfassender Partizipation beseitigt mit der rechtlichen Formung zugleich die Beschränkbarkeit des politischen Prozesses<sup>64</sup>. Anders als die scheinapriorische Begrenzung der Staatsaufgaben durch den liberalen Konstitutionalismus eröffnet der Gedanke der verfassungsstaatlichen Mäßigung der Staatsmacht einen Weg, die Verfassung als Grundlage und als bestimmende Leitlinie politischer Gestaltung<sup>65</sup> nach der Maxime der sozialen Gerechtigkeit zu begreifen.

---

<sup>63</sup> Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 129, 132; ders., Parlamentarisches Regierungssystem, a.a.O., S. 635; ders., Neuere Entwicklung des Rechtsstaats, a.a.O., S. 235, 237, 250; ders., Repräsentatives Prinzip, a.a.O., S. 231; ders., Rechtsstaatliche Ordnung, a.a.O., S. 12, 13, 16, 23; ders., Amt und Demokratie, a.a.O., S. 28; ders., Staatszielbestimmungen, a.a.O., S. 336 Anm. 43.

<sup>64</sup> Scheuner, Repräsentatives Prinzip, a.a.O., S. 237, 238; ders., Wesen des Staates, a.a.O., S. 231, 257; ders., Amt und Demokratie, a.a.O., S. 29.

<sup>65</sup> Scheuner, Grundfragen, a.a.O., S. 135; ders., Wesen des Staates, a.a.O., S. 253, 260; ders., Staatszielbestimmungen, a.a.O.