

CHRISTOPH MÖLLERS

Staat als Argument

Mohr Siebeck

Christoph Möllers
Staat als Argument



Christoph Möllers

Staat als Argument

2., unveränderte Auflage
mit aktueller Einleitung

Mohr Siebeck

Christoph Möllers, geboren 1969; Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-16-150783-0 / eISBN 978-3-16-167461-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

*Für Isabelle und
Cornelius*

Vorwort zur Neuauflage

Das vorliegende Buch ist seit einiger Zeit vergriffen. Der Verlag Mohr Siebeck fand sich freundlicherweise dazu bereit, es in seine neue und bessere Betreuung zu übernehmen. Herrn Dr. Franz-Peter Gillig danke ich sehr herzlich für diese Möglichkeit. Michael Heinig, Oliver Lepsius und Marita Möllers haben die neue Einleitung kritisch gelesen. Auch ihnen sei gedankt.

Berlin, Silvester 2010

Christoph Möllers

Inhaltsübersicht zur Neuauflage

Vorwort zur Neuauflage	VII
Neue Entwicklungen, alte Argumente – der Staatsbegriff im deutschen Verfassungsrecht 2000–2010	XI
 Vorwort	 LIII
Inhaltsübersicht	LV
Inhaltsverzeichnis	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LXVII
 Einleitung	 1
Erster Teil: Dogmengeschichtliche Untersuchungen zum Staatsbegriff als Rechtsbegriff	9
Zweiter Teil: Staatstheoretische Grundlagenbegriffe der Staatrechtslehre des Grundgesetzes	129
Dritter Teil: Verfassungsrechtliche Probleme im Rekurs auf den Staatsbegriff	297
Zusammenfassung der Ergebnisse	427
 Literaturverzeichnis	 435
Sachverzeichnis	483

Neue Entwicklungen, alte Argumente – der Staatsbegriff im deutschen Verfassungsrecht 2000–2010*

I. Juristische Methode und Staatstheorie	XIII
1. „Staat“: institutionelle Bedeutung und juristisches Argument . . .	XIII
2. Staatsbegriff und Vorverständnis im Verfassungsrecht	XIV
3. Staatstheorie und Verfassungstheorie	XVII
II. Themen	XIX
1. Staatliche Einheit	XIX
a) Einheit der Verwaltung: auf der Suche nach unabhängigen Behörden	XX
b) Territorialität und Transnationalisierung: Funktionswandel der Grenzen	XXII
c) Staatsvolk als Verfassungsvoraussetzung: nationale und kulturalistische Vorbehalte	XXIV
d) Funktionale Einheit: hybride Gebilde und Privatisierung . . .	XXVII
2. Sicherheit	XXVIII
a) Ausnahmezustand	XXVIII
b) Grundrechte und „Sicherheitszweck“ des Staates	XXXI
3. Staatliche Neutralität gegenüber der Religion	XXXII
4. Bundesstaatlichkeit	XXXIV
5. Staat in der Europäisierung und Internationalisierung	XXXV
a) Staatsaufgaben als Europäisierungsgrenzen	XXXV
b) Äußere Souveränität	XXXVI
c) Failed States und Rule of Law	XXXVIII
III. Neue und alte Wissenschaftsmodelle	XL
1. Geschichten der Staatsrechtswissenschaft	XL
2. „Neue“ Wissenschaften und Governance	XLI
IV. Normative Äquivalente eines juristischen Staatsbegriffs	XLIII
1. Demokratie	XLIII
2. Verfassungsidentität	XLV
3. Menschenwürde	XLVII
V. Schluss	XLIX

* Seitenzahlen in Klammern beziehen sich auf den folgenden Haupttext.

Die folgende neue Einleitung will die Entwicklung der staatsrechtlichen Diskussion des vergangenen Jahrzehnts in Deutschland anhand der Fragestellung darstellen, die die nunmehr neugedruckte Untersuchung des Jahres 2000 anleitete. Letztere wird damit zugleich fortgeschrieben und aktualisiert. Nicht möglich ist es, die im vergangenen Jahrzehnt erschienene Literatur zum Thema im Ganzen zu berücksichtigen. Diese Einschränkung gilt insbesondere für die im Ersten Teil der Untersuchung behandelten Staatsrechtler – Georg Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller, die im letzten Jahrzehnt mit einer kaum überschaubaren Menge an Sekundärliteratur bedacht wurden, welche sich allerdings nur selten mit der im engeren Sinne juristischen Bedeutung ihres staatsrechtlichen Denkens beschäftigt.¹

Die Betrachtung einiger begrifflicher Unterscheidungen, derer sich die Untersuchung bediente, um ihre Fragestellung zu formulieren, steht am Anfang (I.). Daran schließt die Analyse einzelner Themenfelder an, die die Arbeit untersucht hatte oder –

¹ Erwähnt seien ohne den Anspruch, auch nur das Wichtigste zu erfassen, unter Auslassung rein biographischer Arbeiten und unter Beschränkung auf die deutschsprachige Literatur: Andreas Anter (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks*, 2004; Hauke Brunkhorst (Hrsg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, 2008; *Winfried Brugger*, Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist, *Der Staat* 49 (2010), 405; *Claus Helmes*, Politik und Transzendenz. Ordnungsdenken bei Carl Schmitt und Eric Voegelin, 2007; *Hasso Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, *Der Staat* 44 (2005), 171; O. Joanjan (Hrsg.), Hans Kelsen, 2010; *Jens Kersten*, Mehrheit und Minderheit im Minoritätenstaat. Georg Jellineks rechtspolitische Schriften 1885 bis 1906 als Beitrag zum Verhältnis von Staatsrechtslehre und Politik im Spärkonstitutionalismus und darüber hinaus, *Der Staat* 40 (2001), 221; *Axel-Johannes Korb*, Kelsens Kritiker: Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934), 2010; Roland Lhotta (Hrsg.), *Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend*, 2005; *Marcus Llanque*, Souveräne Demokratie und soziale Homogenität – Das politische Denken Hermann Hellers, 2010; *Reinhard Mehring*, Macht im Recht. Carl Schmitts Rechtsbegriff in seiner Entwicklung, *Der Staat* 43 (2004), 1; *ders.*, Der menschenrechtliche Einwand: Hasso Hofmanns Antwort an Carl Schmitt, *Der Staat* 47 (2008), 241; *ders.*, Carl Schmitt, 2009; *Jan-Werner Müller*, A Dangerous Mind – Carl Schmitt in Post-War European Thought, 2003; *Volker Neumann*, Theologie als staatsrechtswissenschaftliches Argument – Hans Kelsen und Carl Schmitt, *Der Staat* 47 (2008), 163; *Ernst Nolte*, Carl Schmitt und der Marxismus, *Der Staat* 44 (2005), 187; *Thomas Notthoff*, Der Staat als „geistige Wirklichkeit“. Der philosophisch-anthropologische Aspekt des Verfassungsdenkens Rudolf Smends, 2008; Stanley Paulson/ Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, 2000; Stanley Paulson/ Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005; *Martin Rohneimer*, Auctoritas non veritas facit legem – Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates, *ARSP* 86 (2000), 484; *Ulrich Thiele*, Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer „demokratischen“ Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung, 2003; *Jan Wiktor Tkaczynski*, „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ von Hans Kelsen aus heutiger Sicht, *Der Staat* 47 (2008), 108; *Robert van Ooyen*, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2003; *Peter Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich, 2004; Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Der Staat des Dezisionismus. Carl Schmitt in der internationalen Debatte*, 2007; *ders.* (Hrsg.), *Mythos Staat. Carl Schmitts Staatsverständnis*, 2001; R. Walter/C. Jabloner/T. Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben, Werk, Wirkung, 2009. Zur unmittelbaren Vorgeschichte: *Carsen Kremer*, Die Willensmacht des Staates, 2008; *Jan Rolin*, Der Ursprung des Staates – Die naturrechtlich-rechtsphilosophische Legitimation von Staat und Staatsgewalt im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts, 2005.

wie im Fall der staatlichen Neutralität – hätte untersuchen sollen (II.). In einer Zwischenbetrachtung sind noch einmal die wissenschaftstheoretischen Implikationen eines juristischen Staatsbegriffs zu überdenken (III.), um in einem Ausblick funktionale Äquivalente zum Staatsbegriff im Verfassungsrecht der Gegenwart zu untersuchen (IV.).

Die folgenden Überlegungen müssen unvermeidlich zwischen einem wissenschaftlichen Bericht und einer Selbstkommentierung changieren, schon weil sich eine gewisse Distanznahme zum eigenen Werk bei der Fortschreibung nach einem Jahrzehnt nicht verleugnen lässt. Ausweislich des Vorwortes ging ich bei der Niederschrift der Untersuchung davon aus, es beim juristischen Etatismus mit einem vergangenen, in der Sache überlebten Phänomen zu tun zu haben, dem nur noch der wissenschaftliche Totenschein auszustellen war.² Diese Erwartung jedenfalls hat sich, wie die folgenden Überlegungen zeigen werden, als falsch erwiesen. So mag eine gewisse intellektuelle Verspätung in der deutschen Staatsrechtswissenschaft das Anliegen der Arbeit frisch halten.

I. Juristische Methode und Staatstheorie

1. „Staat“: institutionelle Bedeutung und juristisches Argument

„Staat als Argument“ setzte die Unterscheidung zwischen juristischer Methode und Staatstheorie voraus, um auf Grundlage dieser Unterscheidung nach dem Zusammenhang zwischen beiden für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes zu fragen. Die erkenntnisleitende Intuition lautete, dass ein Begriff, der holistisch verwendet wird, keine rechtlich relevanten Unterscheidungen mehr zu generieren vermag: „So ist der Staatsbegriff dogmatisch hilfreich, wenn man ihn mit Vorsicht und theoretischer Bescheidenheit behandelt. Je mehr man ihn auflädt, desto weniger konsistent wird der Umgang mit ihm. Überhöht man ihn schließlich zu einem Inbegriff, so verliert er seinen Wert völlig.“ (S. 425). Das bedeutet nicht, dass die deutsche Verfassungsrechtsdogmatik einfach auf ihn verzichten könnte. Als Zurechnungsendpunkt, so wies es schon Kelsen nach, ist der Staatsbegriff brauchbar (S. 328 ff.).³ Bestimmt man ihn dagegen weniger konturiert und dunkler, entstehen Probleme. Beispielfhaft: „»Der Staat« ist eine ganzheitliche Idee, die als solche weder empirisch nachweisbar noch handlungsrelevant ist.“⁴ Träfe diese Bestimmung zu, müsste sich jede Wissenschaft schleunigst von ihm abwenden.

Das Buch enthielt sich jedweder These hinsichtlich der Bedeutung der Institution des Staates für das politische Leben der Bundesrepublik oder der internationalen Gemeinschaft. Schon für Kelsen, demjenigen unter den analysierten Theoretikern, dessen

² Konsequentermaßen missverstanden wurde die Ironie des Vorwortes in der ansonsten scharfsinnigen Rezension von *Günter Frankenberg*, *Über den Gebrauchswert des einsilbigen Staates*, *Rechtshistorisches Journal* 20 (2001), 119; *ders.*, *Staatstechnik – Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 2010, 61–65.

³ Dazu auch *Christoph Gusy*, *Brauchen wir eine juristische Staatslehre?*, *JöR n.F.* 55 (2007), 41 (46 ff., 63 ff.).

⁴ *Josef Isensee*, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 6, Rn. 12.

Argumentation die Arbeit am nächsten steht, bot die methodische Kritik am Staatsbegriff als juristischem Argument keinen Anlass, sich gegenüber Fragen der politischen Bedeutung staatlichen Handelns für die Gestaltung der Gesellschaft gleichfalls skeptisch zu verhalten – aber schon Heller war nicht bereit oder in der Lage, sich auf eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Ebenen einzulassen, und kritisierte Kelsen entsprechend unberechtigt (S. 98 f.). Die Behauptung, eine Kritik am argumentativen Wert des Staatsbegriffs in einem juristisch-methodischen Sinne habe etwas mit „Staatsvergessenheit“ in einem institutionellen Sinne zu tun, begleitet die Diskussion bis in die Gegenwart.⁵ Sie ist schon auf den ersten Blick abwegig, wenn man sie auf die politischen Konstellationen hinter den methodischen Präferenzen bezieht: Unter den Kritikern eines juristischen Staats- und Souveränitätsbegriffs befanden sich – nicht nur in Deutschland – stets auch solche Autoren, die sich für kräftige staatliche Interventionen in gesellschaftliche Strukturen einsetzten.⁶ Gerade die linksliberale Kritik am staatsrechtlichen Etatismus in Weimar⁷ und in der Bundesrepublik⁸ bezog sich auf eine Form juristischer Argumentation, nicht auf die Bedeutung der Institution des Staates – während umgekehrt ein methodischer Estatist wie Schmitt mit der Entwicklung der Figur der institutionellen Garantie bestimmte Sphären wie das Privateigentum dem Zugriff der Staatsgewalt zu entwinden suchte.⁹ Die umstandslose Identifikation von methodischer mit institutioneller Staatskritik erweist sich aus dieser Perspektive nicht nur als begrifflich unschlüssig, sondern auch als theoriegeschichtlich unzutreffend. Die Kritik des juristischen Arguments enthält keine Implikationen für die Beurteilung der Institution. Wer diese Unterscheidung verkennt, muss sich fragen lassen, ob er als Wissenschaftler argumentiert oder als Institutionenbewahrer.

2. Staatsbegriff und Vorverständnis im Verfassungsrecht

Dagegen mag noch einmal nachzufragen sein, inwieweit die Unterstellung der methodischen Unterscheidbarkeit von Staatstheorie und Verfassungsrecht in der Sache überzeugt. Verdeckt diese nicht ihrerseits eine krypto-„positivistische“ Position, während jede Verfassungsauslegung doch tatsächlich eines ausdrücklich gemachten staats-theoretischen Vorverständnisses bedarf, das sich gerade nicht hinter einem falschen Normativismus verstecken kann? Man könnte meinen, dass eine Methodenkritik, wie

⁵ Symptomatisch ungenau *Isensee*, Staatlichkeit der Verfassung, § 6, Rn. 51, wo Staat als „Argument“ und als „Kategorie“ einfach gleichgesetzt wird, dunkel auch *Otto Depenheuer*, Funktionen der Verfassung, ebda., § 16, Rn. 16. Grundsätzlich zum Staatsverhältnis *Udo Di Fabio*, Die Staatsrechtslehre und der Staat, 2003, 63 ff.

⁶ Als Kritiker am juristischen Souveränitätsbegriff zu nennen sind hier etwa Léon Duguit und Harold J. Laski.

⁷ Dies gilt auch für die in der Untersuchung sträflich vernachlässigten Pioniere der Staatstheorie der Kritischen Theorie, namentlich Otto Kirchheimer und Franz L. Neumann.

⁸ Vgl. etwa *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975.

⁹ Ihre Nachfolge hat dieses Konzept vermittelt durch Luhmanns institutionelle Grundrechtstheorie in einer starken Theorie des negativen Etatismus gefunden, in der staatlichem Handeln grundsätzlich mit größtem Misstrauen begegnet wird: *Karl-Heinz Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft, 2006.

sie in diesem Buch unternommen wurde, eher geeignet wäre, ein solches Vorverständnis wie auch den Politikbezug des öffentlichen Rechts konsequent zu verdrängen.¹⁰

Freilich sprechen zwei Gesichtspunkte gegen diesen – in der Diskussion lange bekannten¹¹ – Einwand: Zum Ersten liefert der Staatsbegriff, den die deutsche staatsrechtliche Tradition verwendet, gar keine echte Theorie. Eine „Verwissenschaftlichung des Vorverständnisses“ findet nicht statt.¹² Der Begriffsgebrauch unterstellt zwar bestimmte Eigenschaften hoheitlicher Organisation und hoheitlichen Handelns, aber er macht sie in aller Regel nicht ihrerseits theoretisch ausdrücklich, sondern stellt sie quasi als historisch entstandene Selbstverständlichkeiten dar. Staatstheorie präsentiert sich zumeist im Modus der Erzählung historischer Fakten, selten in der Begründung normativer Argumente. Die wesentliche Ausnahme von dieser Regel stellt die Jellineksche Selbstverpflichtungslehre dar,¹³ die für das Verhältnis von Staat und Recht ein Modell anbot, das sich allerdings nur schwerlich mit einem demokratischen Verfassungsverständnis vereinbaren lässt (S. 18–22).¹⁴ Es wäre also schon verfehlt anzunehmen, mit Hilfe des Staatsbegriffs würden im Verfassungsrecht bestimmte begriffliche Vorverständnisse ausdrücklich.

Zum Zweiten scheint eine wesentliche Funktion des Rechts und im eingeschränkten, aber durchaus nicht vernachlässigungswerten Grad auch des Verfassungsrechts gerade darin zu liegen, theoretische Fragen kleinzuarbeiten und auszudifferenzieren,¹⁵ damit aber für die juristische Arbeit offenzuhalten. Wenn Recht tatsächlich die entlastende Wirkung haben soll, von der wir gerade durch die konservative Institutionentheorie erfahren haben,¹⁶ sollten wir diese Leistung im Zweifelsfalle nicht mit der staatstheoretischen Überlastung des Rechts in Frage stellen.

In der Analyse der Unterscheidung zwischen Staatsrecht und Verfassungsrecht kam die Arbeit entsprechend zu dem Ergebnis, dass aus dem Staatsbegriff keine methodischen Besonderheiten des Rechtsgebietes Staatsrecht folgen (Kap. 8). Diese These resultierte aus einer Auseinandersetzung mit dem leeren, machtbezogenen Staats- und Politikbegriff der deutschen Staatsrechtslehre, für den Politik nur die Lücken bezeichnet, die das Recht lässt.¹⁷ Ob dasselbe Ergebnis auch unter Zugrundelegung anderer Konzeptionen von Politik plausibel wäre, erscheint jedoch nicht zwingend. Wenn Politik anders verstanden wird denn als dezisionistische Lückenfüllung, kann dies auch

¹⁰ So etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde in einem Gespräch mit dem Verfasser.

¹¹ Vgl. nur *Carl Schmitt*, Hugo Preuß, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs, 1930.

¹² Ausdruck: *Matthias Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1, Rn. 64.

¹³ *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 367 ff.

¹⁴ Dazu *Jens Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000.

¹⁵ *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1975, 121 ff.; *Cass Sunstein*, Legal Reasoning and Political Conflict, 1996; anders aber *Paul Kirchhof*, Begriff und Kultur der Verfassung, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie, § 3, Rn. 57.

¹⁶ *Arnold Gehlen*, Urmensch und Spätkultur, in: Philosophische Ergebnisse und Aussagen, Wiesbaden, 5. Aufl., 1986, 7 ff. Zu Gehlens Einfluss namentlich auf Forsthoff nunmehr: *Florian Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft: Ernst Forsthoff und seine Zeit, 2011.

¹⁷ Eine zu wenig genutzte methodische Kritik an einer solchen Lückenkonzeption bei *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999.

Rückwirkungen auf das methodische Verständnis der Disziplin Staatsrecht haben.¹⁸ Ein Bemühen um ein Verständnis des Begriffs von Politik ist in der Tat in der neueren Theorieliteratur zu erkennen, wenn auch nicht immer mit Bezug auf rechtliche Fragen.¹⁹ Ob man Politik als Form kollektiven Handelns, als Austauschen von Gründen oder rein willensbezogen versteht, ist selbstverständlich für viele verfassungstheoretische Fragen von Bedeutung. Besonderheiten des Staatsrechts lassen sich in der Tat entdecken, wenn man über den Politikbegriff einer gegebenen Ordnung mehr sagen kann, als es in der deutschen Staatstradition getan wurde.²⁰ Die Aufgabe, an einer Verfassungstheorie der Demokratie zu arbeiten, ist durch die Methodenkritik am juristischen Staatsbegriff nicht erledigt.

Die einzige neuere wissenschaftliche Kontroverse über den Zusammenhang zwischen der Bezeichnung als „Staatsrecht“ und dem juristischen Gehalt eines bestimmten Rechtsgebietes gab es, soweit ersichtlich, bei der Diskussion um die alternativen Bezeichnungen „Staatskirchenrecht“ und „Religionsverfassungsrecht“.²¹ Die neuere Lehrbuchliteratur zeigt, dass die letztgenannte Bezeichnung im Vordringen ist.²² In der Sache geht es um das Verhältnis der durch Art. 140 GG in Kraft gesetzten Regeln für Religionsgesellschaften, insbesondere solche mit Körperschaftsstatus, zur Religionsfreiheit des Art. 4 GG.²³ Auch in der Rechtsprechung haben Versuche, die körperschaftlichen Regelungen gegenüber dem Grundrecht zu isolieren, auf Dauer keinen Erfolg mehr; eher ist die umkehrte Richtung einer Subjektivierung des Körperschaftsrechts erkennbar.²⁴ Ob das schon gegen die Bezeichnung „Staatskirchenrecht“ spricht, ist freilich eine andere Frage. Das Problem scheint heute weniger im Begriffselement „Staat“ als im Begriff „Kirche“ zu stecken, einen Begriff, den das Grundgesetz, das zwischen verschiedenen Religionsgemeinschaften keine Unterschiede macht, nicht kennt.

¹⁸ Vgl. auch *Gerd Roellecke*, Beobachtung der Verfassungstheorie, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie, § 2, Rn. 18.

¹⁹ Vgl. etwa unterschiedliche Perspektiven bei *Oliver Marchart*, Die politische Differenz, 2010; *Christian Volk*, Die Ordnung der Freiheit, 2010; *Oliver Gerstenberg*, Bürgerrechte und deliberative Demokratie, 1997. Unergiebig, aber symptomatisch, weil der Politikbegriff unreflektiert bleibt: *Bernhard Kempen*, Verfassung und Politik, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 5), § 27, Rn. 9f.

²⁰ *Oliver Lepsius*, La science du droit publique, *Ius Politicum*, 2 (2010), 141 (143–145).

²¹ Dazu die Beiträge in M. Heinig/C. Walter, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007; historisch umfassend *Ansgar Hense*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: Mehr als ein Streit um Begriffe?, in: A. Haratsch u. a. (Hrsg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001, 9. Der Begriff Religionsverfassungsrecht geht auf *Peter Häberle*, „Staatskirchenrecht“ als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft, *DÖV* 1976, 73 (79f.), zurück.

²² *A. v. Campenhausen/H. de Wall*, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa, 4. Aufl. 2006; *C. D. Classen*, Religionsrecht, 2006; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2009.

²³ Eine methodisch saubere Rekonstruktion bei *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, 197ff., 296ff.

²⁴ Vgl. die eigenartig begründete Subjektivierung von Art. 139 WRV in der Zulässigkeitsprüfung von BVerfG, U. v. 1. 12. 2009, 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07, Tz. 118ff.

3. Staatstheorie und Verfassungstheorie

Eine ganze Generation deutscher Staatsrechtswissenschaftler behauptete, der Staat „ginge“ der Verfassung „vor“ (zur Kritik: Kap. 12). Im Angesicht der staatlichen Vereinigung des Jahres 1989/1990 in Deutschland drehte sie freilich eine steile begriffliche Halse,²⁵ um nunmehr das Grundgesetz vor der Bedrohung durch einen neuen verfassungsgebenden Prozess zu bewahren, und so den eigenen Einfluss auf die Verfassungsinterpretation zu sichern. Die staatliche Einheit ging nunmehr plötzlich dem Bedürfnis nach, das Grundgesetz zu erhalten – eine zu selten gewürdigte Bankrotterklärung.²⁶ Immerhin hat dies in jüngerer Zeit zu einem deutlich verstärkten Interesse an der Disziplin der Verfassungstheorie geführt.²⁷ Die Hinwendung zum Verfassungsbegriff setzt – das zeigte die Untersuchung (S. 126 f.) – eine Entwicklung fort, die bereits in der Weimarer Republik begann.

Was aber ist Verfassungstheorie und wie unterscheidet sie sich von der Staatstheorie – ist jene von vornherein methodisch weniger anfechtbar, weil sie sich auf eine Norm bezieht?²⁸ Zunächst zeigt sich gerade in der durch Europäisierung und Internationalisierung gebotenen Vergleichsperspektive, dass sich die Strukturmerkmale einer Verfassung nicht von selbst verstehen: Ausgestaltung des Vorrangs, gerichtliche Überprüfbarkeit und Regelungsgehalte divergieren auch in Verfassungen demokratischer Rechtsstaaten beträchtlich. Doch hat die Frage, inwieweit sich der Begriff der Verfassung auf Strukturen des europäischen²⁹ und des internationalen Rechts³⁰ erweitern lässt, in den letzten Jahren zu einer der interessantesten internationalen Debatten im öffentlichen Recht entwickelt, zu dem auch einflussreiche Beiträge deutscher Verfasser erschienen sind.³¹ Das Problem der Anwendbarkeit des Verfassungsbegriffs auf Gebilde jenseits des Staates provozierte auch die Frage, wie denn überhaupt der Begriff der Verfassung zu verstehen sei, und verstärkte die verfassungstheoretischen Bemühungen.

²⁵ Dazu *Klaus J. Grigoleit*, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, 255 ff.

²⁶ Zuerst bemerkt wurde dieser Widerspruch bei *Hasso Hofmann*, Über Verfassungsfieber, Ius Commune, Bd. XVII (1990), 310.

²⁷ *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, 14 ff.; *O. Depenheuer/C. Grabenwarter*, Handbuch der Verfassungstheorie, 2010.

²⁸ Zur Abgrenzung jetzt *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, 14 ff.

²⁹ *Bardo Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective, 1998; *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited, *Common Market Law Review* 36 (1999), 703; *Jochen Abr. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *BerDGVR* 39 (2000), 427; *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; *Jan Klabbers/ Anne Peters/ Geir Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, 2009; *Rainer Wahl*, Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte, *Der Staat* 44 (2005), 571; *ders.*, Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, *FS Brohm*, 2002, 191; *Andreas Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001; *Peter Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009; A. v. Bogdandy / J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009.

³⁰ Zu Unterschieden zwischen beiden Konstitutionalisierungsdiskussionen grundlegend: *Isabelle Ley*, Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, *ZaöRV* 69 (2009), 317.

³¹ Den typisch deutschen Charakter der Konstitutionalisierungsdebatte, der ihr aber in der Sache keinen Abbruch tun muss, bemerkt auch *Jestaedt*, Verfassung hinter der Verfassung, 151 in Anm. 184.

Diese neue Diskussion hat gegenüber der staatstheoretischen zwei Vorteile: Sie gestattet es, in einen internationalen wissenschaftlichen Diskussionszusammenhang einzutreten, den es für die Staatstheorie nicht gibt. Sie ist zudem an normativen Kategorien ausgerichtet und damit für die Rechtswissenschaft besser zu verarbeiten.

Die alte Suche nach einer „verfassungseigenen“ Verfassungstheorie des Grundgesetzes³² erwies sich als methodisch schwieriger; denn wie genau lässt sich eine solche von der normalen Arbeit am Verfassungsrecht zuverlässig unterscheiden: Handelt es sich um eine „Verfassung hinter der Verfassung“³³, also um einen methodischen Trick zum Ausbau illegitimer Nebennormativitäten, oder nur um den Wechsel von der teilnehmenden Praxis der Verfassungenauslegung hin zu deren wissenschaftlicher Beobachtung?³⁴ „Mit der Vermutung, daß sich Staatstheorie und Staatsrecht unterscheiden lassen, verbindet die Arbeit jedoch eben auch die Vermutung, daß diese Unterscheidung gewichtige Probleme aufwirft.“ (S. 3 f.). Das strukturanaloge Problem dürfte ein Grundthema der Verfassungstheorie berühren,³⁵ welches sich mit besonderer Dringlichkeit stellt, wenn der Verfassungstext theoriefähige Begriffe verwendet. Damit wird eine Theorie der Verfassung in aller Regel zu einer Theorie der von ihr verwendeten erklärungsbedürftigen Begriffe wie Bundesstaat, Demokratie, Freiheit, Rechtsstaat oder Sozialstaat.³⁶

Neben der Reflexion über den Verfassungsbegriff selbst mag die Notwendigkeit entstehen, für das Verfassungsrecht demokratischer Rechtsstaaten einen spezifischeren theoretischen Rahmen zu erstellen, um Vergleiche zu ermöglichen, die über die Aufzählung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten hinausgehen. Freilich hat die *Theorie* der Rechtsvergleichung – trotz eines spürbar zunehmenden internationalen Interesses am Verfassungsvergleich – in Deutschland im vergangenen Jahrzehnt wenig Fortschritte gemacht – auch wenn man bedenkt, dass ein gedämpftes Interesse an der vergleichenden Perspektive schon seit dem Kaiserreich zum öffentlichen Recht gehört hat. Einer Zunahme verfassungsvergleichender Perspektiven³⁷ in Hinsicht auf bestimmte Fragen stehen nur wenige Angebote zur Seite, die einen Anschluss zwischen Verfassungsvergleich und Verfassungstheorie bieten könnten. Dies ist umso bedauerlicher, als in der internationalen Diskussion um den Verfassungsvergleich das Bedürfnis nach systematischer Orientierung mit Händen zu greifen ist,³⁸ aber wesentliche Diskussionen wie die um das Paradigma des Verfassungsppluralismus, das auch innerstaatliche Verfassungsordnungen berührt, so gut wie ohne deutsche Beteiligung ablau-

³² Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik (1976), in: Staat – Verfassung – Demokratie, 1991, 53 (83), dazu skeptisch Jestaedt, Verfassung hinter der Verfassung, 94 ff. Zur entsprechenden Forderung nach einer juristischen Staatstheorie: Gusy, JöR n. F. 55 (2007), 68 ff.

³³ Ausdruck nach Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung.

³⁴ Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, Rn. 13 ff.

³⁵ Ein anspruchsvolles Modell der Komplementarität zwischen Verfassungsrecht und Verfassungstheorie bei Jestaedt, Verfassung hinter der Verfassung, 40 ff.

³⁶ Theoriegeleitete Angebote zu diesen Begriffen aus der jüngeren Literatur: Alexander Hanebeck, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, 2004; Michael Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008; Sebastian Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008.

³⁷ Besonders hervorzuheben ist hier: A. v. Bogdandy/P. M. Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. I–V, 2007–2011.

³⁸ Vicki Jackson, Constitutional Engagement in a Transnational Era, 2010.

fen.³⁹ Hier hätte die einmalig ausdifferenzierte deutsche Verfassungsrechtswissenschaft einen Beitrag zu leisten, den sie aber bisher nur unter ihren Möglichkeiten anbietet.

II. Themen

Man könnte die in der Arbeit untersuchten Themen, in denen der Staatsbegriff als juristisches Argument Verwendung findet (Kap. 6–17), auch als Figuren staatlicher „Eigentlichkeit“ bezeichnen, deren Anrufung nicht zufällig Verlustgefühle erzeugt⁴⁰: Der Staat ist eigentlich eine geschlossene Organisation, die ihr Eigenstes verliert, wenn sie sich intern pluralisiert (1.). Er ist eigentlich ein machtvoller Akteur, der sich, wenn nötig, von den uneigentlichen Bindungen des Rechts losmachen kann (2.). Er ist eigentlich ein neutrales Gebilde, das gerade nicht die uneigentliche demokratische Herrschaft einer parteilichen Mehrheit auszeichnet (3.). Der Staat ist die eigentliche politische Ebene in föderalen Ordnungen (4.) und damit eigentlicher Geltungsgrund im Prozess der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts (5.).

1. Staatliche Einheit

Das Thema der „Einheit der Staatsgewalt“ umfasst traditionell verschiedene Facetten. Der Begriff lebt nicht zuletzt von der Unschärfe, die ihm diese Vieldeutigkeit verleiht (S. 228f.). Er kann *entity*, also eine Art Objekt, oder *unity*, also einen besonders intensiven internen Zusammenhang bezeichnen. Die Untersuchung meldete Zweifel sowohl am Beschreibungswert als auch an der normativen Ergiebigkeit einer Kategorie an, die sich gerade nicht auf Unterscheidungen einlassen kann (Kap. 11). Mit der Jellinekschen Begrifflichkeit kann man zur näheren Bestimmung die Unterscheidung zwischen Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsgebiet als erste, wenn auch tautologische Begrifflichkeit verwenden; denn was der Staat ist, kann eine Unterscheidung, die den Begriff selbst verwendet, nicht erklären (S. 149 in Anm. 80). In den staatstheoretischen Diskursen des vergangenen Jahrzehnts stand wiederum die Einheit der Staatsorganisation im Zentrum, freilich hat sich die Diskussion charakteristisch verschoben (a). Ein zweiter relativ unbeachteter Strang betrifft die territoriale Seite der Staatsgewalt (b), während die Frage des Staatsvolks durchgehend Gegenstand der Diskussion bleibt (c) und die Vermischung von staatlichem und privatem Handeln ganz eigene neue Fragen aufgeworfen hat (d).

³⁹ Ein auch innerstaatlich anzuwendendes Modell bei *Daniel Halberstam*, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in: J. Dunnoff und J. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, 2009, 326.

⁴⁰ Nach *Theodor W. Adorno*, *Jargon der Eigentlichkeit*, 1964; vgl. auch *Albert Hirschman*, *The Rhetoric of Reaction*, 1991, 43 ff.

a) Einheit der Verwaltung: auf der Suche nach unabhängigen Behörden

Das Problem der Einheit der Verwaltung gehörte traditionell zu den Verbindungsstücken zwischen Staatstheorie, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, die Identifikation des Staats mit der Verwaltung zu den Traditionen des konstitutionellen Staatsrechts, die sich nicht nur in Spurenelementen auch noch unter dem Grundgesetz wiederentdecken lässt.⁴¹ Freilich scheinen sich die vornehmlich in den 1990er Jahren intensiv geführten Debatten um die demokratische Legitimation der Verwaltung in der Zwischenzeit entspannt zu haben. Die in der Untersuchung analysierte Figur der staatlichen Letztverantwortung (Kap. 14) ist nur noch wenig gebräuchlich. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat unterdessen viel von ihrer Eindeutigkeit, man mag auch sagen: von ihrer Kohärenz, verloren.⁴² Auf großes wissenschaftliches Interesse stieß dagegen das Phänomen der unabhängigen Regulierungsbehörde, deren Einrichtung im europäisch geprägten deutschen Recht vor allem auf den Gebieten privatisierter Infrastrukturmärkte erwartet wurde.⁴³ Die Diskussion erwies sich zwar als rechtsvergleichend lehrreich, doch ob man im deutschen Recht trotz aller fortgesetzten Bemühungen der Kommission und des EuGH tatsächlich bereits von einer Entwicklung hin zu verselbstständigten Verwaltungsbehörden sprechen kann, bleibt zweifelhaft, und zwar sowohl mit Blick auf die fortgesetzte Weisungsunterworfenheit beispielsweise der Bundesnetzagentur als auch unter dem Aspekt der weiterhin dichten sachlichen Legitimation durch materielle Regelungen.⁴⁴ So kommt man zu dem bemerkenswerten Ergebnis, dass nach aller theoretischen Diskussion um die Einheit der Verwaltung die aktuellen Phänomene der Verselbstständigung entweder von zu vernachlässigender Bedeutung sind – oder unter diesem Stichwort eigentlich gar nicht diskutiert werden – wie es namentlich im Fall der Medienregulierung der Fall ist.⁴⁵ Die verbreitete Vorstellung, das amerikanische Modell der Pluralisierung des Staates durch Agenturenvielfalt könne als Vorbild für die deutsche Entwicklung dienen, lässt sich nach einem Blick in die Rechtsentwicklung nicht halten – abgesehen davon, dass auch die amerikanische Exekutive seit längerem eine Rezentralisierung hin zum Präsidenten erlebt.⁴⁶ Anderes gilt wohl auf der Ebene der Europäischen Union, in der das schnelle Wachstum neuer Agenturen auch nach dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags

⁴¹ Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961.

⁴² BVerfGE 107, 59; U. v. 9. 2. 2010- 1 BvL 1/09 -1 BvL 3/09-1 BvL 4/09.

⁴³ Matthias Ruffert, Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 431; Johannes Masing/Gérard Marcou (Hrsg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 2010.

⁴⁴ Zutreffend skeptisch: Johannes Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag 2006, 1 (44 ff.); anders aber Oliver Lepsius, Ziele der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert, *Handbuch des Regulierungsrechts*, § 19, Rn. 54, 61 ff.

⁴⁵ Christoph Möllers, Materielle Regelungen, in: J. Masing/G. Marcou, *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 2010, 231 (251 ff.).

⁴⁶ Elena Kagan, Presidential Administration, *Harvard L. Rev.* 114 (2001), 2245; Oliver Lepsius, Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, § 1, Rn. 100 ff., kritisch neuestens etwa Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, 2010, 87 ff.

weiter fortschreitet.⁴⁷ Freilich sind auch die Handlungsspielräume dieser Organisationen beschränkt.⁴⁸ Der Topos der Einheit der Staatsgewalt kann hier ohnehin keine Anwendung finden, doch wirken funktionale Äquivalente wie die alte Meroni-Doktrin des EuGH⁴⁹ weiterhin einheitsstiftend.⁵⁰

Eine wichtige Funktion der Figur der Einheit der Verwaltung bestand darin, die parlamentarische Verantwortlichkeit der Exekutive sicherzustellen.⁵¹ Dem scheint sich der Gang der europäischen Integration allerdings sowohl auf der europäischen als auch auf der mitgliedstaatlichen Ebene in den Weg zu stellen. Zum einen erschwert die Pluralisierung der EU-eigenen Verwaltungsstruktur eine Kontrolle durch das EP.⁵² Zum anderen verlangt der EuGH zumindest für den Fall der Datenschutzbehörde ausdrücklich, dass nationale Behörden von der Kontrolle durch ihre Parlamente abgekoppelt werden sollen, provoziert also eine fragwürdige Pluralisierung der Staatsgewalt.⁵³ Diese Fragwürdigkeit resultiert aber nur aus einer legitimierungstheoretischen Perspektive, nicht aus dem Begriff der Einheit selbst.

Auch die im letzten Jahrzehnt entstandene Diskussion um die Internationalisierung des Verwaltungsrechts⁵⁴ hat eine staatsrechtliche Note. Ausdrücklich fällt der Ausdruck von der „Disaggregation“, der Zersplitterung des Staates.⁵⁵ Aus dem ungeheuren Reichtum administrativer Phänomene, die mit dem Begriff der Internationalisierung bezeichnet werden, ragen freilich zwei heraus, die zugleich anzeigen, warum es so schwierig ist, dieser Entwicklung mit klassischen Souveränitäts- und Einheitskonzeptionen beizukommen:⁵⁶ Zum Ersten verlaufen viele dieser Phänomene im Wege der

⁴⁷ Überblick unter <http://europa.eu/agencies/>

⁴⁸ *Deirde Curtin*, *The Executive Function in the EU*, 2009, 140 ff.

⁴⁹ EuGH v. 13. 7. 1958, Rs. 9/56 – Meroni, Slg. 1958, 11; EuGH v. 14. 5. 1981; EuG v. 19. 2. 1998, verb. Rs. T-369/94 u. T 85/95 – DIR International Film, Slg. 1998, II-357, Tz. 52.

⁵⁰ *Curtin*, *Executive Function*, 160 ff.

⁵¹ *Horst Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: U. Neumann/L. Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, 9; eine Gegenprobe bei *Veith Mehde*, Die Ministerverantwortlichkeit nach dem Grundgesetz – Dogmatischer Kernbestand und aktuelle Herausforderungen, DVBl. 2001, 13.

⁵² Zu Gegenbestrebungen des Europäischen Parlamentes aber *Curtin*, 150 ff.

⁵³ Vgl. EuGH 3. 12. 2009, Rs. C-424/07, mit Anm. *Gärditz*, JZ 2010, 198.

⁵⁴ Grundlegend das Projekt an der NYU: <http://www.iilj.org/GAL/>. *European Journal of International Law* 17 (2006), vol. 1; *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), no. 3 & 4. Aus der schnell wachsenden deutschen Literatur: *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, *Der Staat* 45 (2006), 315; C. Möllers/C. Walter/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; *Christoph Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts, 2005; Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Dann, Matthias Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010.

⁵⁵ *Ann-Marie Slaughter*, *The New World Order*, 2004, 36 ff., 131 ff.; *Philipp Genschel/ Bernhard Zangl*, Die Zersplitterung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 20–21/2007, 10 ff.

⁵⁶ Versuche einer Rehabilitation des Begriffs laufen in der Diskussion quer zu methodischen und politischen Präferenzen: *Dieter Grimm*, *Souveränität*, 2009; *Ulrich Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, 2007; *Christian Hillgruber*, *Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*, JZ 2002, 1077.

Informalität, als weiche Kooperation nationaler Behörden.⁵⁷ Zum Zweiten handelt es sich dabei um Formen horizontaler Kooperation. Souveränitäten kooperieren miteinander lateral, ohne eine weitere übergeordnete Ebene zu bilden.⁵⁸ Beide Eigenschaften der Internationalisierung passen nicht in das Raster der Souveränitätsbeschränkung, sie sind vielmehr gerade Ausdruck der äußeren Souveränität staatlichen Handelns. Die Probleme dieser Internationalisierungsform dagegen – von der mangelnden Legitimation bis zum fehlenden Rechtsschutz – sind vor allem durch Instrumente der Formalisierung zu beheben, also gerade durch Instrumente der Souveränitätsbeschränkung.⁵⁹

Bemerkenswert sind im Kontext der Frage nach der Einheit staatlicher Verwaltung schließlich gewisse Leerstellen in der deutschen staatsrechtlichen Literatur. Die Überkultivierung der Grundrechtsdogmatik hat das Interesse an staatsorganisatorischen Fragen schon seit längerem grundsätzlich in den Hintergrund gedrängt.⁶⁰ Namentlich fehlt es an Monographien, die sich mit spezifischen verfassungsrechtlichen Institutionen auseinandersetzen. Gute jüngere Beiträge zur Bundesregierung oder zum Bundesrat, aber auch zur Europäischen Kommission sucht man in der deutschen juristischen Literatur vergebens. Die Auseinandersetzung mit materiellen Rechtsfragen drängt die für das öffentliche Recht eigentlich typische Untersuchung von Verfahrens- und Organisationsrecht in den Hintergrund. Hier hat traditionell die französische, aber mittlerweile auch die englischsprachige Literatur mehr zu bieten.⁶¹

b) Territorialität und Transnationalisierung: Funktionswandel der Grenzen

Wenig Beachtung hat die Territorialität der Staatsgewalt, anders formuliert die Frage nach der Bedeutung und der Funktion staatlicher Räume und Grenzen, gefunden.⁶² Dies gilt auch für die vorliegende Untersuchung. Zu einfach dürfte es sein, nur eine Verlustdiagnose aufzustellen, auch wenn namentlich das Europarecht selbst im Bereich der Polizei- und Sicherheitsgesetzgebung streng darauf achtet, dass die Öffnung der Grenzen im Kontext des Binnenmarktes und der Integration des Freizügigkeitsrechts nicht durch funktionale Äquivalente wie die Schleierfahndung unterlaufen wird.⁶³ Trotzdem erscheint es angemessener, von einem Funktionswandel von Grenzen zu sprechen, die aus der Perspektive der Verwaltung nunmehr weniger dazu dienen, Be-

⁵⁷ Matthias Knauff, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010.

⁵⁸ Zum Phänomen der Horizontalität: Claudio Franzini, Horizontalisierung als Governance-Struktur. Der europäische Regulierungsverbund in den Netzwirtschaften, in: Sebastian Botzem/Jeanette Hofmann/Sigrid Quack/Gunnar Folke Schuppert/Holger Straßheim (Hrsg.), Governance als Prozess, 2009, 635.

⁵⁹ Vgl. für Lösungsansätze mit Hilfe einer internationalisierten Handlungsformenlehre auch unten, Fußn. 189.

⁶⁰ Beklagt bei Oliver Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370.

⁶¹ Beispielhaft: Armel Le Divellec, Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale, 2004.

⁶² Vgl. aber Bertrand Badie, La fin des territoires, 1995.

⁶³ EuGH, U. v. 22.06. 2010, verb. Rs. C-188/10, C-189/10.

wegungen aufzuhalten, doch weiterhin oder vermehrt dazu, solche Bewegungen zu beobachten.

Eine der wesentlichen Modernisierungsleistungen moderner staatszentrierter Rechtsordnungen bestand darin, mit der Ermöglichung territorialer Anknüpfung ein einfaches und formalisiertes Kriterium für die Anwendung oder Nichtanwendung von Regeln des öffentlichen Rechts sicherzustellen.⁶⁴ Dass diese Errungenschaft heute in Frage steht, ist aber nicht nur eine Folge der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts, hinter denen ohnehin wiederum in aller Regel bestimmte Staaten stehen, sondern auch Folge des Umstandes, dass staatliches Handeln die staatseigenen territorialen Grenzen mehr und mehr überschreitet. Staaten selbst ignorieren also ihre eigenen territorialen Zuweisungen und handeln als solche, nicht nur in einem definierten internationalen Rahmen, grenzüberschreitend.⁶⁵ Es ist dieses Phänomen, das man mit dem in den letzten Jahren wiederentdeckten,⁶⁶ aber sehr uneinheitlich verwendeten Begriff der Transnationalisierung bezeichnen kann.⁶⁷ Für hoheitliches Handeln macht dieses Phänomen es unvermeidlich, das Kriterium der territorialen Zurechnung neu zu überdenken. Wie die Fälle extraterritorialer Rechtsverletzung durch die Vereinigten Staaten zeigen, erschiene es hier angemessener, eine funktionale Zurechnung vorzunehmen, damit sich Staaten den für sie geltenden Regeln nicht durch die Flucht aus ihrem Territorium entziehen können. In der vorliegenden Untersuchung war die Verwendung des Staatsbegriffs als Zurechnungsendpunkt im Anschluss an Kelsen als ein hilfreiches, im funktionalen Rechtsvergleich sogar notwendiges Element einer Rechtsordnung entwickelt worden (Kap. 7).⁶⁸ An dieser Stelle könnte die Dogmatik etwa mit Blick auf die Frage des Grundrechtsschutzes bei Entscheidungen deutscher Stellen mit Auslandsbezug anschließen.⁶⁹

Neben der transnationalen finden sich aber natürlich auch andere Formen der De-Territorialisierung, die unmittelbar aus der Internationalisierung oder Europäisierung des Rechts kommen: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat dazu im Lisabon-Urteil angesichts der zunehmenden Integration des Unionsgebietes durch das Unionsrecht festgestellt: „Dieser räumliche Geltungsbereich ist akzessorisch zum Staatsgebiet der Mitgliedstaaten, das in seiner (sic!) Summe den Anwendungsbereich des Unionsrechts bestimmt (Art. 52 EUV-Lissabon; Art. 355 AEUV). Es gibt kein unionsunmittelbares Territorium, das von einer solchen Akzessorietät frei wäre.“⁷⁰ Diese Aussage gilt freilich auch für das Bundesgebiet, das im Grundgesetz, anders als im amerikanischen Verfassungsrecht, keine bundesunmittelbaren Territorien kennt und

⁶⁴ Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, 1999, 42 ff.

⁶⁵ Dieses Phänomen schlägt sich vor allem in Formen des Verwaltungsrechts nieder, dazu etwa Matthias Ruffert, *Der transnationale Verwaltungsakt*, Die Verwaltung, Band 34 (2001), 453; Martin Kment, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln – Transnationale Elemente deutschen Verwaltungsrechts*, 2010.

⁶⁶ Erfunden wird der Begriff bei Philip C. Jessup, *Transnational Law*, 1956.

⁶⁷ Craig Scott, *„Transnational Law“ as Proto-Concept: Three Conceptions*, 10 (2009) *German Law Journal* 10 (2009), 859. Für einen übergreifenderen Begriff aber Peer Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, 2010.

⁶⁸ Vgl. auch Henning Uhlenbrock, *Der Staat als juristische Person*, 2000.

⁶⁹ Zu diesem Problem Georg Nolte, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, VVDStRL 67 (2007), 129.

⁷⁰ BVerfGE 123, 267 (403).

dennoch die Staatlichkeit des Bundes annimmt. Die argumentative Absicht, einen spezifischen Unterschied zwischen Bundesstaat und Union zu bestimmen, wird mit diesem Argument nicht erreicht.

c) Staatsvolk als Verfassungsvoraussetzung: nationale und kulturalistische Vorbehalte

Die Idee eines homogenen Staatsvolks gehört gleichfalls zum tradierten Bestand der deutschen Staatslehre. Obwohl dieser Gedanke in der Zwischenzeit vielfach demokratietheoretisch verbrämt wurde, steht er doch, dies war eine der Thesen der Arbeit (Kap. 18, II.), mit der Herrschaftsform der Demokratie in keinem notwendigen Zusammenhang. Ein geschlossener Untertanenverband oder eine homogene Volksgemeinschaft dienen eher als Ideal einer autoritären Herrschaft. Schließlich geht es in demokratischen Ordnungen nicht zuletzt darum, soziale Vielfalt mit den Mitteln der Politik zu verarbeiten.⁷¹ Für die kontinentaleuropäische Tradition galt es allerdings lange Zeit als ausgemacht, dass nur kleine städtische Gebilde in der Lage sein könnten, republikanische, also nach heutigem Sprachgebrauch demokratische Strukturen auszubilden, weil nur in diesen ein ausreichender Zusammenhalt zwischen den Bürgern bestehen würde.⁷² In der angelsächsischen Tradition dagegen sah man in der Größe und Vielfalt der Bevölkerung gerade einen Vorteil für die Etablierung eines demokratischen Gemeinwesens, weil so die Gefahr gebannt werden könne, dass bestimmte Einzelinteressen das gesamte Gemeinwesen an sich reißen könnten. Erst eine solche Vielfalt gestatte auch einen angemessenen Interessenausgleich im demokratischen Prozess.⁷³ In der staatsrechtlichen Debatte des vergangenen Jahrzehnts finden sich zwei Ansatzpunkte zur Auseinandersetzung mit solchen Fragen:

Zum Ersten hat die wissenschaftliche Diskussion wie auch das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die EU die Frage aufgeworfen, unter welchen Bedingungen von einem demokratischen Volk jenseits des Nationalstaats die Rede sein könne. Während das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil noch den Begriff der Homogenität gebrauchte⁷⁴, der unterdessen einer überzeugenden wissenschaftlichen Kritik unterzogen wurde,⁷⁵ bemüht sich das Gericht im Lissabon-Urteil um eine demokratietheoretisch kommunikative Rekonstruktion des Volksbegriffs. Es geht in den Worten seines 3. Leitsatzes um „solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten“.⁷⁶ Damit kann das Gericht an Überlegungen von Dieter Grimm

⁷¹ Vgl. jetzt auch *Gertrude Lübke-Wolff*, *Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration*, ZAR 2007, 121.

⁷² *Jean-Jacques Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag* (1759), III/12.

⁷³ Vorgedacht bei *David Hume*, *Idea of a Perfect Commonwealth* (1752), *Political Essays*, 1994, 231; dann in *James Madison*, in *Hamilton/Madison/Jay*, *The Federalist Papers* (1787), Nr. 10.

⁷⁴ BVerfGE 89, 155; dazu nur *Joseph H. H. Weiler*, *The State „über alles“*, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Bd. II, Baden-Baden 1995, 885.

⁷⁵ *Felix Hanschmann*, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und der Europarechtswissenschaft*, 2008.

⁷⁶ BVerfGE 123, 267, 3. Leitsatz.

anschließen,⁷⁷ aber auch – vielleicht unbemerkt, jedenfalls ohne es zu zitieren – an die eigene Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit, in welcher das Bestehen eines einheitlichen nationalen Kommunikationsraums als Bedingung demokratischer Legitimation eine wichtige Rolle spielt.⁷⁸ Die kommunikative Modifizierung der Theorie des Staatsvolkes sieht sich freilich mit ganz ähnlichen systematischen Einwänden konfrontiert wie ihre handfesteren Vorgängermodelle: Sie könnte überschätzen, wie viel kommunikative Gemeinsamkeit in einer demokratischen Ordnung stattfinden soll oder stattfinden kann.⁷⁹ Dies war auch schon gegen die Rundfunk-Rechtsprechung des Gerichts ins Feld geführt worden.⁸⁰ Auf der anderen Seite mag die Theorie die Entwicklungsmöglichkeiten öffentlicher Auseinandersetzung auf der europäischen Ebene unterschätzen.⁸¹ Das kardinale Problem dieser Argumentation scheint darin zu liegen, dass sie die überlieferte Vorstellung, es gebe einen Staat „vor“ der Verfassung, in demokratische Begrifflichkeiten übersetzt und damit einen ähnlichen Fehler begeht: In der Aussage, es müsse erst einmal ein Volk „geben“, damit daran demokratische Institutionen anschließen könnten, wird ein entsprechendes Vorordnungs-/Nachordnungsverhältnis konstruiert. Eine solche Vorstellung verkennt aber das Wechselverhältnis zwischen politischen Institutionen und den potentiellen Legitimationssubjekten, die ebendiese Institutionen rechtfertigen können, ebenso wie die Konstruiertheit des demokratischen Legitimationssubjekts.⁸² Wenn demokratische Völker nicht einfach „da“ sind, um Legitimation zu stiften, sondern immer nur in einem auch die rechtlichen Institutionen begleitenden Prozess entstehen können,⁸³ dann führt dies auch zu einer praktisch relevanten Reformulierung des Problems. Wir können dann nicht auf die Ankunft des europäischen Volkes warten, sondern müssen vielmehr nach den Entstehungsbedingungen egalitärer politischer Prozesse auch auf der europäischen Ebene suchen. Zu dieser Suche gehört eine genaue wissenschaftliche Beobachtung des Europäischen Parlamentes.⁸⁴ Denn gerade der Tradition des Parlamentarismus ging es stets auch darum, den Mehrwert einer deliberativen Institution für das Entstehen einer öffentlichen Meinung hervorzuheben.⁸⁵

Der zweite Diskussionsgegenstand, in dem die Vorstellung der Homogenität des Staatsvolkes eine Rolle spielt – und zwar in den letzten Jahren wieder verstärkt – ist das Religionsrecht. Hier werden Homogenitätsvorstellungen weniger kommunikativ als kulturalistisch formuliert, also verglichen mit der europarechtlichen Diskussion der

⁷⁷ Dieter Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581.

⁷⁸ BVerfGE 57, 295 (323); 90, 60 (86f.); 119, 181 (214ff.).

⁷⁹ Vgl. Bernard Manin, On Democracy and Political Deliberation, Political Theory 15 (1988), 338 (351ff.)

⁸⁰ Thomas Vesting, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, Einleitung, Rn. 2ff.

⁸¹ Jürgen Habermas, Eine Bemerkung zu Dieter Grimm, in: Die Einbeziehung des Anderen, 1991, 185.

⁸² Oliver Lepsius, Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik, in: C. Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2000, 366.

⁸³ Dazu näher Christoph Möllers, Multi-Level Democracy, ratio juris 24 (2011), i. E.

⁸⁴ Philip Dann, Parlamente im Exekutiv-Föderalismus, 2004.

⁸⁵ Das klassische Dokument dazu ist: Edmund Burke, Speech to the Electors of Bristol (3. November 1774), in: D. Bromwich (Hrsg.), On Empire, Liberty and Reform. Speeches and Letters of Edmund Burke, 2000, 39.

Schritt zurück zum Maastricht-Urteil gemacht. Angesichts des langsam entstehenden Bewusstseins für die religiöse Vielfalt der europäischen Gesellschaften begann eine verstärkte Suche nach einer religiös inspirierten kulturellen Geschlossenheit. Eine vom Christentum inspirierte Idee abendländischer Kultur sollte weiterhelfen.⁸⁶ Dass solche Kulturvorbehalte es nicht mehr in das positive Verfassungsrecht schaffen würden, war allerdings seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas kaum noch zu bezweifeln.⁸⁷ Dass sie zudem weder dazu taugen, die Realität der bundesrepublikanischen Gesellschaft zu beschreiben, noch dazu, dieser Wirklichkeit ein normatives Leitbild gegenüberzustellen, setzte sich allmählich in der staatsrechtswissenschaftlichen Debatte durch:⁸⁸ Zum Ersten tun solche Konzepte der Vielfalt und internen Widersprüchlichkeit der christlichen Tradition Abbruch.⁸⁹ Religion wird hier für die politische Gemeinschaftsbildung vereinnahmt und verkürzt.⁹⁰ Die Tendenz der Grundrechtsdogmatik, das Grundgesetz als Werteordnung zu verstehen und konzeptionell zu moralisieren, unterstützt diesen Ansatz, aber auch dies ist nur möglich, weil oft in Vergessenheit gerät, wie wenig auch die christlichen Kirchen bis in ihre jüngere Vergangenheit mit dem demokratischen Rechtsstaat anfangen konnten.⁹¹ Für die Entwicklung der Bundesrepublik jedenfalls diente das Verfassungsrecht mehr der Orientierung der Kirchen, als dass kirchliche Lehren das Verfassungsrecht zu orientieren vermochten. Die Kirchen haben sich zum Grundgesetz bekehren lassen. Das legt es nicht nahe, das Grundgesetz durch die Umschreibung der gemeinsamen Geschichte zu taufen.⁹²

Ein weiteres Problem eines kulturalistischen Volksbegriffs hängt mit dem offenen Charakter demokratischer Ordnungen, nicht zuletzt auch mit der demokratischen Offenheit der demokratischen Staatsangehörigkeit zusammen, die das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt hat:⁹³ Kulturalistische Bestimmungen des Volksbegriffs schließen Personen von der Zugehörigkeit aus, die eigentlich zu ihr gehören

⁸⁶ Arnd Uhle, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, 25 ff.; 353 ff.; Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zum Gemeinwesen*, Essener Gespräche 39 (2005), 105 (116 ff.); ders., *Der Beitrag der Kirchen zur Verfassungskultur der Freiheit*, FS Heckel, 1999, 775 (786 ff.); Christian Hillgruber, *Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport*, JZ 1999, 538 (540 ff.); ders., *Staat und Religion*, JZ 1999, 1155 (1178); Udo Di Fabio, *Christentum und Rechtskultur als Grundlage des Staatskirchenrechts*, Essener Gespräche 42 (2008), 129 (142 ff.). Eine überzeugende Kritik bei Michael Droege, *Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?*, KritV 2001, 466.

⁸⁷ BVerfGE 102, 370.

⁸⁸ Repräsentativ: Christian Waldhoff, *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?*, Gutachten D zum 68. DJT (2010), wie auch das Fehlen von Widerspruch in der Diskussion nach den Referaten von Sacksofsky und Möllers in VVDStRL 68 (2009).

⁸⁹ Vgl. etwa Michael Reder, *Wie weit können Glaube und Vernunft unterschieden werden?*, in: M. Reder / J. Schmidt (Hrsg.), *Ein Bewusstsein von dem, was fehlt*, 2008, 50.

⁹⁰ Besonders deutlich in der weitgehend historisch unzutreffenden Darstellung von Arnd Uhle, *Staat – Kirche – Kultur*, 2004.

⁹¹ Zur Erinnerung nur Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirchen*, in: *Hochland* 50 (1957/58), 4.

⁹² Formulierung von Friedrich-Wilhelm Graf, *Wir sollten das Grundgesetz nicht taufen*, Süddeutsche Zeitung Nr. 237, 13. 10. 2010, 13.

⁹³ BVerfGE 83, 37 (52), Bernd Schlüter, *Volksbegriff und Volkssouveränität*, ZAR 2000, 210.

könnten oder wollten.⁹⁴ Während man sich zu einer Rechtsordnung bekennen kann, ist es nicht möglich, den eigenen kulturellen Herkunftskontext oder die eigene Religion einfach zu wechseln, um zum „christlichen Abendland“ zu gehören. Damit haben kulturalistische Konzeptionen des Staatsvolks eine ausschließende Wirkung, für die es jedenfalls in der Ordnung des Grundgesetzes, die alle Religionen in gleicher Weise schützt, keine Rechtfertigung gibt.

Der Begriff der Verfassungsvoraussetzung, der in der Untersuchung als unzulässige *petitio principii* abgelehnt worden war (Kap. 12), wurde in diesem Zusammenhang zum Thema der Diskussion.⁹⁵ Insbesondere Böckenfördes Diktum von den Voraussetzungen des Verfassungsstaates⁹⁶ – erfuhr zum ersten Mal auch kritische Nachfragen nach begrifflichen Voraussetzungen und nach der Richtigkeit der daraus folgenden religionspolitischen These.⁹⁷

d) Funktionale Einheit: hybride Gebilde und Privatisierung

Die Grenze zwischen der Innen- und der Außenseite des Staates scheint, dies war eine Einsicht der Untersuchung, von der Ordnung des Grundgesetzes vorausgesetzt zu werden (Kap. 15). Dies folgt auf den ersten Blick ebenso aus Art. 1 Abs. 3 GG wie komplementär aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG. Eine Grenze zwischen staatlichem und nicht-staatlichem Handeln zu ziehen, erwies sich somit als rechtsdogmatische Notwendigkeit.⁹⁸ Die Untersuchung unterschätzte freilich, wie sehr Normen des Grundgesetzes eine solche Unterscheidung zugleich konstituieren und unterlaufen. Dies gilt namentlich für die praktisch hoch bedeutsamen Regelungen zur Gestaltung vormals staatlicher Monopole in Art. 87e und Art. 87f GG. Die großen rechtlichen Unsicherheiten, die sich beispielsweise mit der Frage der Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Bahn AG verbinden,⁹⁹ erscheinen hier nur als Beginn eines wachsenden Problemkomplexes, dessen Lösung sich nicht mehr auf die reduktive Kraft der einfachen Unterscheidung zwi-

⁹⁴ Dazu *Amartya Sen*, *Identity and Violence*, 2006, 18 ff., 149 ff. Zum Versuch, einen verfassungstheoretischen Kulturbegriff auf der Grundlage des normativen Individualismus zu rekonstruieren: *Horst Hegmann*, *Die Verfassung der kulturell fragmentierten Gesellschaft*, 2001, 154 ff., 206 ff.

⁹⁵ Insbesondere als Überthema der Staatsrechtslehrertagung 2008, *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*, in *VVDStRL* 68 (2009). Auffällig ist, dass die Kategorie selbst in den meisten Referaten nur sehr vereinzelt eine Rolle spielt.

⁹⁶ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung*, *FS Forsthoff*, 1964, 75 (93), neu aufgelegt in *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat*, 2007, 43 ff.

⁹⁷ Grundlegende Kritik bei *H. Michael Heinig*, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, 2003, 39 ff., zum historischen Kontext, freilich unter verkürzter Darstellung der staatsrechtlichen Diskussion: *Felix Dirsch*, „... lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“. *Lesarten und Probleme der Böckenförde-Doktrin als eines kanonisierten Theorems der deutschen Staatsrechtslehre*, *ZfP* 2009, 123.

⁹⁸ Vgl. dazu sehr übersichtlich *Wolfgang Kahl*, *Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, *Jura* 2002, 721.

⁹⁹ Jenseits aller vermeintlichen Selbstverständlichkeiten eine stark umstrittene Frage, der zerklüftete Meinungsstand findet sich dokumentiert in *Maunz/Dürig-Möstl*, Art. 87e, Rn. 100–104 (58. Ergänzungslieferung 2010), vgl. auch *BVerfG-K*, *NJW* 1990, 1783; *BVerwGE* 114, 160 (189); 118, 352 (359).

schen staatlichem und privatem Handeln verlassen kann, auch wenn dieses Unterscheidung weiterhin eine orientierende Wirkung zu haben scheint. Wie weit diese Ausdifferenzierung gehen wird, ist schwer abzuschätzen. Doch zeigt der Blick in andere Rechtsordnungen, denen weder die Hintergrundunterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft noch die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geläufig ist, so das Recht der EU und der USA, dass die Anknüpfung bestimmter Regeln weitgehend ohne solche formalisierten Zuordnungsmuster vorgenommen wird. Dies hat freilich seinen Preis. Denn an ihre Stelle treten dann materielle Kriterien: Es wird nach dem „öffentlichen“ Charakter eines Rechtsaktes¹⁰⁰ oder nach seiner Funktion¹⁰¹ gefragt, und damit werden Maßstäbe zur Anwendung gebracht, die deutlich schwerer zu handhaben und letztlich theoretisch mindestens ebenso anfechtbar sind wie eine formalisierte Zurechnung zu beiden Sphären. Die im letzten Jahrzehnt bedeutsam gewordene Auseinandersetzung mit der Kategorie der staatlichen Gewährleistung sucht nach neuen, eher skalierenden als dichotomischen Zuordnungsmustern für solche Probleme.¹⁰²

2. Sicherheit

a) Ausnahmezustand

Nach dem 11. September 2001 stellte sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Wertigkeit der Sicherheit in Deutschland nicht zum ersten Mal.¹⁰³ Es ist für die Geschichte der Bundesrepublik und des Grundgesetzes keine Neuigkeit, dass auf terroristischen Bedrohungen mit dem Ruf nach einer staatsrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Aufwertung staatlicher Sicherheit reagiert wird. Dies war bereits in den 1970er Jahren angesichts der RAF der Fall.¹⁰⁴ Das staatsrechtliche Argument ist noch deutlich älter: In Zeiten „existenzieller Bedrohung“ muss der Staat die Wirklichkeit zur Kenntnis nehmen und rechtliche Beschränkungen seiner Handlungsfähigkeit abstreifen. Dieses Muster ist keineswegs eine Erfindung Carl Schmitts, sondern dürfte für den

¹⁰⁰ So im amerikanischen Recht, dazu *Thomas Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA: Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes, 1992.

¹⁰¹ So im EU-Recht, dazu *Alina Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2011.

¹⁰² Grundlegend *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1996; *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL Bd. 62 (2003), 266; *Karl-Heinz Ladeur*, Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“. Zur Notwendigkeit der Fortentwicklung des Paradigmas des „Gewährleistungsstaates“, Der Staat 48 (2009), 163.

¹⁰³ Auch hier blieben staatsrechtliche Bezüge eher die Ausnahme, vgl. aber ideengeschichtlich: *Winfried Brugger*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), 101; eher kritisch: *Christoph Gusy*, ebda., 151; in der tradierten Sicherheitszweckterminologie verbleibend: *Christian Calliess*, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat – Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatsrechtlichen Kompass, ZRP 2002, 1. Viel hängt hier an einem verkürzten Verständnis der Hobbeschen Theorie, vgl. dagegen *Quentin Skinner*, Freiheit und Pflicht. Thomas Hobbes' Politische Philosophie, 2008, 81 ff.

¹⁰⁴ Dazu auch *Jörn Ipsen*, Der Staat der Mitte, 2009, 292 ff.

Kontext des deutschen öffentlichen Rechts seine Wurzel im staatsrechtlichen Umgang mit dem Preußischen Verfassungskonflikt haben.¹⁰⁵ Es trat im letzten Jahrzehnt, wenn auch nur sehr vereinzelt, wieder in Erscheinung. Der Versuch, die Idee des Ausnahmezustands wiederzubeleben, beschränkte sich freilich keineswegs auf Deutschland, sondern fand sich auch in anderen Ländern der westlichen Welt.¹⁰⁶ Zwei Formen des Umgangs mit dieser Kategorie lassen sich unterscheiden:

Zum Ersten findet sich ein affirmativer Umgang, der namentlich die Ereignisse des 11. September 2001 nutzt, um den Ausnahmezustand auszurufen – oder wie im Fall von Guantánamo¹⁰⁷ – zumindest Sonderregime außerhalb der allgemeinen nationalen Regeln einzuführen. Für die staatstheoretische Analyse bleibt es wichtig zu klären, ob sich solche Regime innerhalb weiterhin regulär rechtsstaatlich funktionierender Ordnungen abspielen oder ob sie dazu genutzt werden, ohnehin rechtsstaatswidrige Praktiken zu rechtfertigen, die Frage also, ob sich die Terrorismusbekämpfung als begrenzte Ausnahme verstehen lässt oder – wie in der Schmittschen Formulierung¹⁰⁸ – als eine Konkurrenz zwischen verschiedenen Souveränitätsansprüchen.¹⁰⁹ Zu beachten ist auch, dass sich Staaten nach 2001 vermehrt der internationalen Ebene bedient haben, um Sonderregime für die Terrorismusbekämpfung zu errichten.¹¹⁰ Zugleich haben nationale und übernationale Gerichte, namentlich der EuGH, den Versuch unternommen, diese Praktiken einzufangen.¹¹¹ Das Gegeneinander von Sonderregime und dem Versuch, allgemeine Regeln durchzusetzen, ist also nicht mehr auf die staatliche Ebene beschränkt und damit auch kein spezifisches Problem der Staatstheorie mehr.

Eine zweite Strategie verwendet die Theorie des Ausnahmezustandes als Instrument einer fundamentalen Kritik an der Terrorismusbekämpfung auch durch westliche Demokratien. In diesem Kontext werden Sonderregime, insbesondere Guantánamo als rechtsfreie Räume bezeichnet, die ein typisches Komplement der starken Verrechtlichung demokratischer Rechtsstaaten darstellen sollen.¹¹² Das „Lager“ erweist sich aus dieser Sicht als ein üblicher Bestandteil auch westlicher Rechtsordnungen. Im Ergebnis findet sich dann die Terrorismusbekämpfung moralisch, politisch und juristisch schnell mit dem Nationalsozialismus auf eine Stufe gestellt. Eine solche Gleichsetzung, die auf

¹⁰⁵ Dazu nur *Karl-Heinrich Friauf*, Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, 1970, 251 ff. (zu Laband), 265 ff. (zu Jellinek); *Thomas Ellwein*, Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise, 1954, 298 ff., 308 ff.

¹⁰⁶ Dazu namentlich *Kim Scheppele*, The Migration of Anti-Constitutional Ideas: The Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency, in: Sujit Choudry (Ed.), The Migration of Constitutional Ideas, 2006.

¹⁰⁷ Ein anderes Beispiel wäre das „Aussetzen“ bestimmter Rechte der EMRK durch den britischen Gesetzgeber zum Zwecke der Terrorbekämpfung.

¹⁰⁸ *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1932, 11 ff.

¹⁰⁹ Wichtig etwa: *Victor V. Ramraj/Arun K. Thiruvengadam*, Emergency Powers in Asia, 2010.

¹¹⁰ Namentlich U.N.Doc. S/Res/1373 (2001), dazu *Andrew Bianchi*, Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion, EJIL 17 (2006), 881.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-402/05, Kadi/Rat, dazu *Daniel Halberstam/Eric Stein*, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, Common Mkt. L. Rev., 46 (2009), 13.

¹¹² Hierzu die weltweit sehr einflussreichen Schriften von *Giorgio Agamben*, Ausnahmezustand, 2004; *ders.*, Homo Sacer, 2002.

eine Bagatellisierung des Totalitarismus hinausläuft, erscheint jedoch selbst für den Rechtszustand in Guantánamo unzutreffend, bei dem es sich – ohne dass dies eine Rechtfertigung liefern kann oder soll – nicht um einen rechtsfreien Raum handelt.¹¹³

Im Geltungsbereich des Grundgesetzes blieb die Anrufung des Ausnahmezustandes¹¹⁴ sehr vereinzelt; wenn geäußert, stieß sie zumeist auf Empörung, zu selten allerdings auf wissenschaftliche Kritik, wohl auch, weil man davon ausging, sie sei wissenschaftlich nicht satisfaktionsfähig – eine Annahme, die ihrerseits keinen wissenschaftlichen Wert hat und eher der Mythenbildung über die „Verdrängung“ von Problemen durch die Wissenschaft Vorschub leistet. Jenseits aller politischen Kritik ist an der argumentativen Ausrichtung des Ausnahmezustands vielerlei falsch, was die Untersuchung bereits aufzuarbeiten suchte (S. 264–267).¹¹⁵ Zum Ersten bleibt der Realitätsanspruch der Theorie implausibel: Recht kann nicht einfach nur als hemmende Bindung staatlichen Handelns verstanden werden. Recht ermöglicht und effektuiert staatliches Handeln.¹¹⁶ Die naive Ontologie des „wirklichen“ Staates führt hier nicht weiter. Die Argumentation für den Staatsnotstand wiederholt im Grundsatz – wohl, ohne es zu merken – die Selbstbindungstheorie Jellineks,¹¹⁷ in welcher der Staat sich selbst durch Recht „bündigt“, um sich im Notfall davon loszusagen. Was diese – allein aus den Besonderheiten des deutschen Spätkonstitutionalismus verständliche – Theorie genau mit welcher Wirklichkeit zu tun haben könnte, bleibt aber unklar, zumal jede Form von Empirie zur Frage, wie und wo terroristische Bedrohungen stattfinden, fehlt. Eher handelt es sich um eine konstruktivistische Phantasie, die sich ihre eigenen Bedrohungen selbst schafft und so die Realität der eigenen Gefühlswelt anpasst. Das Modell bleibt sowohl organisationssoziologisch als auch rechtstheoretisch schlicht zu schlicht,¹¹⁸ zumal im Zweifelsfall schon die Frage, ob die Ordnung im Ganzen überhaupt bedroht ist, umstritten sein dürfte. Zur Beantwortung dieser Frage aber gibt es Verfahrensregeln, die die Staatsnotstandstheorien gerade derogieren wollen. Im Namen der „Wirklichkeit“, ohne jegliche Empirie zu argumentieren gehört in der Tat zur hermetischen Tradition der deutschen Staatstheorie.

Zum Zweiten verkennt die Theorie die Normativität des Rechts. Eine Normenordnung bleibt eben eine Normenordnung. Wenn der Staat des Grundgesetzes gegen fundamentale Normen wie die Menschenwürdegarantie verstößt, um „sich selbst“ zu er-

¹¹³ Dazu die bestehende, an einer Kritik an Agamben ausgerichtete Analyse bei *Fleur Johns*, *Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception*, EJIL 16 (2005), 613.

¹¹⁴ *Otto Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaats, 2007, 80 ff., die intellektuelle Grundlegung bei *Günther Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 3/2004, 88, dazu *Michael Stolleis*, Angst essen Seele auf, in: Merkur 2007, 1145. Nicht zu vergessen ist, dass ähnliche Ergebnisse auch in vergleichbaren Rechtsordnungen gerechtfertigt werden: *Eric Posner/Adrian Vermeule*, *Terror in the Balance*, 2007, 183 ff.

¹¹⁵ Eine ganz andere, nämlich nur mit normativen Argumenten zu bewältigende Frage ist, ob das Menschenwürdeverständnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, die die Auseinandersetzung provozierte, richtig ist, BVerfGE 115, 115, eine positive Rekonstruktion bei *Thomas Gutmann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2010, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster, 2010/7.

¹¹⁶ Vgl. dazu nur *H. L. A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 2. Aufl. 1994, 27 ff.

¹¹⁷ *Depenheuer*, Selbstbehauptung, 29 ff.; *Grzeszick*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, *Verfassungstheorie*, § 12, 2010, Rn. 42.

¹¹⁸ *Arthur L. Stinchcombe*, *When Formality Works*, 2001.

halten, ist er eben nicht mehr der Staat des Grundgesetzes, der sich dort erhalten will, sondern ein normativ anderes Gebilde (S. 266f.). Was an der Theorie des Staatsnotstands vielleicht am meisten verwundert, ist ihr Legalismus, der sich nicht darauf einlassen kann, dass der heroische Retter der Ordnung auch illegal handeln¹¹⁹ oder sich vom Gesetzgeber ex post legitimieren lassen kann.¹²⁰ Dass eine solche Theorie Anreize zu exekutivem Normbruch setzt, kommt hinzu.

b) Grundrechte und „Sicherheitszweck“ des Staates

Im Gegensatz zu diesen theoretischen Debatten entstand im deutschen Verfassungsrecht seit 2001 eine eigene Rechtsprechungslinie zur Begrenzung präventiv-polizeilicher und strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen.¹²¹ Obwohl diese Rechtsprechung allgemein als freiheitsfreundlich und im Rechtsvergleich vorbildlich gilt,¹²² greift sie eigenartigerweise eine alte staatsrechtlich inspirierte Formulierung aus den Zeiten des RAF-Terrorismus wieder auf. Dort hatte das Bundesverfassungsgericht, eine Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts zitierend¹²³, formuliert: „Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“¹²⁴ Diese weitreichende Heraushebung staatlicher Sicherheit fand sich in der Rechtsprechung nur selten und stets begleitet von anders akzentuierenden Formulierungen;¹²⁵ doch wurde sie nach 2001 vom Bundesverfassungsgericht wieder aufgegriffen.¹²⁶

Es ist allerdings dogmatisch von großer Bedeutung, ob der Schutz staatlicher Institutionen als ein verfassungsrechtlich zulässiges, aber gesetzlich stipuliertes Rechtsgut etwa im Sinn der öffentlichen Sicherheit verstanden wird, oder ob es Verfassungsrang erhält. Im erstgenannten Fall handelt es sich um ein vom Gesetzgeber ausgewähltes Ziel, das allgemeinen Verhältnismäßigkeitsmaßstäben zu genügen hat. Im zweiten Fall relativiert es die grundrechtlichen Standards, die vor dem demokratischen Gesetzgeber schützen sollen. Allgemein hat das Gericht bei der Abgrenzung gesetzlicher und ver-

¹¹⁹ Erst dieser Legalismus schafft überhaupt das vermeintliche „Dilemma“, dass eine ordnungsstabilisierende Maßnahme der Ordnung widersprechen könne. Warum sollte dies nicht der Fall sein können? Grzeszick, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Rn. 41–43.

¹²⁰ Laut Grzeszick, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Rn. 46 verstößt dieser Vorschlag der Untersuchung gegen das Rückwirkungsverbot, den Gesetzesvorbehalt und die Gewaltenteilung – unzutreffend: Das Rückwirkungsverbot gilt für Strafen, nicht für Amnestien, und gegen den Gesetzesvorbehalt kann ein Gesetz nicht verstoßen. Andere Probleme mit dem Gewaltenteilungsprinzip sind nicht zu erkennen.

¹²¹ Die zentralen Entscheidungen sind: BVerfGE 109, 279; 110, 33; 115, 320; 120, 274; 120, 378.

¹²² Vgl. allerdings die interessante Skepsis bei Christian Rath, Der Überwachungsstaat – eine bürgerrechtliche Projektion, vorgänge 2008, 79.

¹²³ BVerwGE 49, 202 (209).

¹²⁴ Wortgleich: BVerfGE 49, 24, (56f.), siehe auch BVerfGE 30, 1 (19).

¹²⁵ Vgl. aber BVerfGE 28, 243 (260); 48, 127 (163).

¹²⁶ Zunächst in BVerfGE 115, 320 (346), dann in BVerfGE 120, 274 (319), und in BVerfG U. v. 2. 3. 2010, – 1 BvR 256/08 – 1 BvR 263/08 – 1 BvR 586/08, Tz. 318.

fassungsrechtlicher Güter wenig trennscharf argumentiert.¹²⁷ Eine etwas wahllose Bestimmung von Rechtsgütern von Verfassungsrang ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nichts Neues. Trotzdem ist es interessant zu sehen, wie ein bestimmtes Staatsverständnis einerseits regelmäßig nur in Zeiten terroristischer Bedrohung in der Rechtsprechung auftaucht, es andererseits aber keine Folgen in den regelmäßig grundrechtsfreundlichen Ergebnissen zu zeitigen scheint. Dass der Staat die Sicherheit schütze, weil er aus diesem Schutz seine „letzte“ und „eigentliche“¹²⁸ (!) Rechtfertigung herleite, wie es in der Ursprungsformulierung heißt, bleibt jedenfalls eine anfechtbare These, die all die nicht unterschreiben werden, die sich aus Liebe zur Freiheit und nicht aus Angst vor Unsicherheit vergemeinschaften.

3. Staatliche Neutralität gegenüber der Religion

Der „Neutralität“ des Staates war kein eigenes kritisches Kapitel in der Arbeit gewidmet – sie hätte sicherlich ein solches verdient. Zumindest die historischen Voraussetzungen dieser Figur – das Narrativ des Entstehens des „modernen Staates“ im Gefolge der frühneuzeitlichen Religionskriege – fanden allerdings Kritik (Kap. 10). Die Idee eines neutralen Staates entstammt auf den ersten Blick einem vordemokratischen, wenn nicht vorkonstitutionellen Verständnis, in dem sich der Staat nicht mit der Gesellschaft gemein machen, sondern in Distanz zu dieser agieren soll.¹²⁹ Als ein solches Rudiment scheint der Begriff nicht mehr wirklich in die Kategorienwelt des demokratischen Rechtsstaats zu passen:¹³⁰ Dieser kennt zwar bestimmte Neutralitäts- und Unparteilichkeitsschutzmechanismen wie die Gesetzesbindung und den Gleichheitssatz,¹³¹ aber er stiftet demokratische Legitimation stets durch parteipolitisch vermittelte Repräsentationsmechanismen, die gerade nicht neutral sind. So wird man in den allermeisten politisch umstrittenen und grundrechtlich umhegten Bereichen von der Wirtschafts- über die Sozial- bis zur Innenpolitik kein verfassungsrechtliches Gebot zu staatlicher Neutralität annehmen, das über die Einhaltung des Gleichheitssatzes hinausginge.

Trotzdem kennt die staatsrechtliche Diskussion diese Kategorie für den Bereich der Religion.¹³² Zunächst einmal scheint es sich bei diesem Begriffsgebrauch um ein Rudiment aus Zeiten zu handeln, in welchen sich staatliche Herrschaft mit einer bestimmten Religion identifizierte. Soweit dies auch kraft verfassungsrechtlicher Anordnung vorbei ist, Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG, bedürfte das Neutralitätsprinzip ei-

¹²⁷ Dies wird selten kritisiert, vgl. aber *Sebastian Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006.

¹²⁸ Zum Jargon der Eigentlichkeit siehe oben. Fn. 40.

¹²⁹ Vgl. auch die aus anderen Traditionen kommenden Kritiken am Neutralitätsbegriff bei *Joseph Raz*, *The Morality of Freedom*, 1988, 100ff. und bei *Cass R. Sunstein*, *The Partial Constitution*, 1993, 68ff.

¹³⁰ Dies scheint die, wenn auch sehr vorsichtig formulierte These der durchgehend kritischen Studie von *Klaus Schlaich*, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, zu sein, die in der Literatur kurioserweise fast immer als ein Beleg zugunsten der Geltung eines verfassungsrechtlichen Neutralitätsprinzips gilt.

¹³¹ Dazu vorzüglich *Michael Fehling*, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001.

¹³² Für viele Dreier-*Morlok*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 140, Rn. 36ff., m. w. N.

ner neuen Herleitung. Bemerkenswerterweise hat sich die religionsverfassungsrechtliche Literatur lange Zeit gar nicht um eine solche Begründung bemüht und die Frage, warum Neutralität nur für das Religionsrecht und die Religionsfreiheit gelten sollte, schlicht ignoriert – eines der nicht wenigen Beispiele für die lange Zeit gepflegte intellektuelle Isoliertheit des Religionsverfassungsrechts. In der jüngeren Diskussion finden sich aber Versuche, das Prinzip zu begründen¹³³ – und endlich auch Auseinandersetzungen um dessen Reichweite.¹³⁴ Das zentrale Argument zur Rehabilitierung des Neutralitätsprinzips ist demokratietheoretischer oder moralphilosophischer Natur: Wenn der Staat „Heimstatt aller Bürger“¹³⁵ ist, darf er sich nicht auf dem Gebiet der Religion so verhalten, dass er bestimmte Bürger ausschließt. Er muss Argumente und Begründungen liefern, die allen, nicht nur den Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften, zugänglich sind. Moralphilosophisch gewendet, kann er nur Fragen des „Rechten“, nicht solche des „Guten“ bestimmen, in der Habermasschen Terminologie darf sich die demokratische Gemeinschaft nur zu moralischen, nicht zu ethischen Fragen äußern.¹³⁶

Warum diese Argumente allerdings nicht in gleicher Art und Weise beispielsweise auf politische Ideologien anzuwenden wären, die, wenn sie regieren, Minderheiten entfremden und argumentativ ausschließen, wäre die Frage. Eine Antwort scheint nicht allein das Verhältnis von Glauben und Wissen zu betreffen, in dem, würde das Argument der Neutralisten Bestand haben, nur Nachprüfbares Gegenstand demokratischer Verhandlung werden dürfte, sondern damit eben auch die Frage, wie sich diese Unterscheidung zum Gegenstand demokratischer Politik verhält. In jedem Fall scheint eine solche Rekonstruktion andere Seiten des Grundgesetzes zu verfehlen, die als solche verfassungsrechtlich unbestritten sind: Schon die Dogmatik der Meinungsfreiheit schützt im demokratischen Prozess Äußerungen, die wohl eher dem Gebiet des Glaubens als dem des Wissens zuzuweisen sind.¹³⁷ Zudem berufen sich politische Parteien in der Regierung wie in der Opposition ausdrücklich auf religiöse Bekenntnisse, ohne dass dies jemals verfassungsrechtlich angezweifelt worden wäre. Schließlich kennt das Grundgesetz Regeln wie den Schutz des Sonntags, für die eine neutralitätsgerechte Deutung schwer möglich erscheint. Dies erweckt den Verdacht, dass mit der Neutralitäts-Formel ein status quo geschönt werden soll, der ohne Zweifel in vielen Fällen die christlichen Kirchen privilegiert, ohne deswegen schon gegen das Grundgesetz zu verstoßen. Der Genuss rechtsförmiger Vorteile bedarf aber nicht der Aufwertung durch verfassungstheoretische Großformeln wie den Neutralitätsbegriff. Im Nebeneinander und Gegeneinander zwischen demokratischer Gestaltung durch Mehrheiten und dem

¹³³ Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, 98 ff.

¹³⁴ Michael Heinig, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlte Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität, JZ 2009, 113 und Stefan Huster, Erwiderung, JZ 2009, 1139; Christoph Möllers, Religionsfreiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 47 (53 ff.)

¹³⁵ BVerfGE 19, 206 (216).

¹³⁶ Entsprechend Jürgen Habermas, Religion in der Öffentlichkeit, in: Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, 119 (126 ff.); John Rawls, Political Liberalism, 2005, 195 ff.

¹³⁷ Für vieles die Hinweise in Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II, Rn. 62 ff.

Schutz der Religionsfreiheiten für Angehörige aller Religionen ist für die Neutralitätsformel kein Platz.

4. Bundesstaatlichkeit

„Staat als Argument“ hatte sich mit dem Reichtum der traditionellen Bundesstaatstheorie nur in einem Punkt auseinandergesetzt: der Unterscheidung zwischen den Gliedern als Staaten einerseits und dem souveränen Bund andererseits. Die Durchsicht der Normenstruktur des Grundgesetzes, insbesondere der Praxis der Verfassungsänderungen und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ergab keine gehaltvolle verfassungsrechtliche Bedeutung des Staatlichkeitstopos für die Kompetenzverteilung zugunsten der Länder (Kap. 16). In der Untersuchung wurde stattdessen der Vorschlag gemacht, die Staatlichkeit der Länder als eine originäre Form der Demokratiefähigkeit zu verstehen, denn im System des Grundgesetzes sind nur Bund und Länder dazu berechtigt, demokratische Gesetze zu beschließen (S. 374f.). Ob mit dieser Feststellung viel gewonnen ist, erscheint freilich zweifelhaft. Sie wiederholt in gewisser Weise den Zirkelschluss, den schon Hugo Preuss bemerkt hatte:¹³⁸ Staatlichkeit erkennt man an den demokratischen Institutionen, demokratische Institutionen aber erkennt man daran, dass sie auf einen Staat bezogen sind, im Gegensatz etwa zur Legitimation der Selbstverwaltung. Preuß scheint gegen den Vorschlag der Untersuchung Recht zu behalten: Es erscheint zwar verbreitet, aber schon angesichts von Art. 28 Abs. 1 GG auch für das deutsche Verfassungsrecht nicht zwingend notwendig, andere Formen der Legitimation, soweit sie egalitär fundiert sind, wie die kommunale Selbstverwaltung aus dem Begriff der demokratischen Legitimation einfach herauszunehmen oder nach einer kategorialen Unterscheidung zwischen staatlicher und nicht-staatlicher Demokratie in der bundesrepublikanischen Mehr-Ebenendemokratie zu suchen. Der Staatsbegriff fügt dem Argument auch hier nichts hinzu.

Wohl auch um solche begrifflichen Verwicklungen zu vermeiden, zeigen sich in den neueren Diskussionen verschiedene Strategien, die den Staatsbegriff zu vermeiden suchen. Eine besteht darin, föderal gegliederte politische Ordnungen als Mehr-Ebenen-Systeme zu bezeichnen, um damit alle Bezüge auf Staat oder Souveränität von vornherein zu eskamotieren.¹³⁹ Eine andere Strategie besteht darin, den Begriff der Föderation oder des Bundes in einer vergleichenden Perspektive zu entwickeln und ihn gerade gegenüber den Staatsbegriff in Stellung zu bringen, sei es, indem der Bund gerade als die öffentlich-rechtliche Form verstanden wird, die die Frage der Souveränität offenhält,¹⁴⁰

¹³⁸ Hugo Preuss, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität (1908), in: Gesammelte Schriften II, 2009, 236 (261).

¹³⁹ Ingolf Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited, *Common Market Law Review* 36 (1999), 703; Franz C. Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A. 2009, 559 (594 ff.).

¹⁴⁰ Christoph Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, in: *AöR* 129 (2004), S. 81 in Weiterentwicklung von Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 379 ff., hier hätte aber auch Hugo Preuss als Gewährsmann dienen können.

sei es, indem die Föderation gerade als Gegenentwurf zur Staatlichkeit verstanden wird.¹⁴¹ Dabei entstehen Argumentationsmuster, die an die aktuelle Debatte zum verfassungstheoretischen Pluralismus anschließen könnten, die in Deutschland – mit einer im doppelten Sinne charakteristischen Ausnahme¹⁴² – immer noch auf sehr wenig Interesse stößt. Wie immer man an dieser Stelle weiter argumentiert, zwei Dinge verdienen es festgehalten zu werden:

Zum Ersten scheint die deutsche bundesstaatliche Tradition kein sonderlich geeignetes Objekt zu sein, um eine allgemeine Theorie des Föderalismus zu entwickeln.¹⁴³ Dafür ist die staatsrechtliche Semantik zu spezifisch und das bundesstaatliche Gebilde auch schon zu lange zu weitgehend konsolidiert. Föderalismus im weitesten Sinne wird dort interessant und bedeutsam, wo es zwischen den Ebenen wirkliche politische Konflikte um die Grundorganisation des Staates gibt – und solche Konflikte gibt es – entgegen deutschen Begrifflichkeiten – nicht nur in Ordnungen, die sich selbst als Bundesstaaten oder Föderationen bezeichnen, wie in Belgien oder Kanada, sondern auch in solchen, die auf eine solche Bezeichnung ausdrücklich verzichtet haben, wie in Indien oder Spanien.¹⁴⁴ Wenn man diese Beispiele vor Augen hat, erkennt man eine ungeheure institutionelle Vielfalt, die sich der Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund nicht mehr fügt.

Zum Zweiten bleibt es freilich wichtig zu erkennen, dass aus der Einsicht in die Vielfalt des Föderalismus nur eine Kritik überkommener Kategorien folgen kann, aber nicht die Etablierung neuer Konzepte. Hier muss die vergleichende Verfassungstheorie systematisch Farbe bekennen und kann sich nicht einfach auf einen Phänomenimpressionismus beschränken, in dem alle Institutionen letztlich gleich aussehen.¹⁴⁵

5. Staat in der Europäisierung und Internationalisierung

a) Staatsaufgaben als Europäisierungsgrenzen

„Staat als Argument“ unternahm den Versuch, das Argument, Art. 79 Abs. 3 GG gebiete eine absolute Grenze der europäischen Integration oder anderer Formen der Internationalisierung, zu widerlegen (Kap. 17). Die Argumentation setzte an beiden Seiten der Norm an: Auf der einen Seite sprechen weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte dafür, dass eine absolute, auch den verfassungsändernden Gesetzgeber bindende Integrationsgrenze vom Grundgesetz gewollt war. Der Tatbestand der „Entstaatlichung“ ist eine ad-hoc-Deutung des Art. 79 Abs. 3 GG, die in den 1980er Jahren erfunden wurde, um die Europäisierung zu begrenzen. Auf der anderen Seite bleibt

¹⁴¹ Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2007. Diese Strategie steht allerdings in der Gefahr, durch diese negative Bestimmung auf den Staatsbegriff fixiert zu bleiben.

¹⁴² Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, 2007.

¹⁴³ Eine skeptische Schweizer Sicht auf das deutsche System bei A. R. Greber, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, 2000.

¹⁴⁴ J. Goldsworthy (Hrsg.), *Interpreting Constitutions*, 2007 auch mit Perspektiven auf den Föderalismus.

¹⁴⁵ Anders wohl Christoph Schönberger, *Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte*, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber/S. Cassese (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. III: Nationales Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum, 2011, § 72.

auch unklar, wie man diese Regel anwendungsgeeignet deuten sollte, denn eine Antwort auf die Frage, wo Staatlichkeit eigentlich endet, hat sich auch bei Befürwortern der Staatlichkeitsgrenze nicht gefunden. Freilich blieben diese Argumente in der wissenschaftlichen Diskussion weitgehend unbeachtet.¹⁴⁶

Ein Weg, der in der Untersuchung als aussichtslos beurteilt wurde (S. 389–392), war die Identifikation des Staatsbegriffs mit bestimmten Staatsaufgaben, also die Annahme, dass bestimmte Aufgaben vom Staat wahrzunehmen seien, damit dieser seine Staatlichkeit bewahre. Dieses Argument wurde vom Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung verwendet. Die Art und Weise, in der dies geschah, scheint die entwickelten Zweifel allerdings eher zu bestätigen.¹⁴⁷ Das Gericht benannte einige staatliche Aufgaben, die „seit jeher“ zum Aufgabenbestand des Staates gehörten, wie den Sozialstaat, die Strafrechtspflege und die Familienpolitik.¹⁴⁸ Zwar blieb unklar, wie bald eine – im Übrigen schon längst begonnene – Europäisierung dieser Aufgaben zur Verfassungswidrigkeit führen solle; das Problem liegt aber nicht allein in der Rechtsfolge, sondern schon im Fehlen jeglicher Herleitung des Tatbestandes. Der als einzige Herleitung dienende Hinweis auf die Geschichte der Staatsaufgaben wäre als solcher ohnehin nicht hinreichend gewesen, ein normatives Argument zu entwickeln. „Seit jeher“ werden auch Frauen durch die Staatsgewalt diskriminiert, ohne dass dies die Antidiskriminierungsregeln der EU zu Akten *ultra vires* macht. Die Geschichte der Staatlichkeit ist eine solche wechselnder Aufgaben. Schließlich kommt hinzu, dass die Bemerkung des Gerichts historisch unrichtig ist. Schon die Erwähnung der sozialstaatlichen Aufgabe verdeutlicht dies, galt doch das Aufkommen des Sozialstaats gerade in der deutschen Theorie stets als Krisenzeichen für die innere Souveränität des Staates. In jedem Fall handelt es sich um keine traditionelle Aufgabe des Staates. Der Weg, die Staatlichkeitsgrenze über Staatsaufgaben zu definieren, kann also nur um den Preis argumentativer Konsistenz beibehalten werden. Ob die Staatlichkeitsgrenze eine legitime Beschränkung demokratischer Integrationsentscheidungen darstellt, bleibt ohnehin zweifelhaft.

b) Äußere Souveränität

Die Theorie der Souveränität hat viele Strukturähnlichkeiten mit der Theorie des Subjekts.¹⁴⁹ Sie kreist um das Verhältnis von Freiheit und Bindung, das sich in der paradoxen Figur der Freiheit zur Bindung artikuliert. Würde das Völkerrecht keine Bindungen kennen, bedürfte es nicht des Begriffs der Souveränität. Freilich sollen Bin-

¹⁴⁶ Das Argument hat sich mittlerweile ohne jede andere Begründung als derjenigen, dass der Begriff des Bundesstaats in Art. 79 Abs. 3 GG den Begriff des Staats voraussetze, zu einer herrschenden Ansicht in der Kommentarliteratur festgesetzt. Eine kritische Darstellung des Meinungsstandes aber bei Dreier-Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III, Rn. 55–57; skeptisch auch Roellecke, Identität und Variabilität, Rn. 10.

¹⁴⁷ Selbst befürwortende Stimmen wussten mit diesem Teil der Entscheidung wenig anzufangen, vgl. etwa Dieter Grimm, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 48 (2009), 475 (490f.).

¹⁴⁸ BVerfGE 123, 267 (359).

¹⁴⁹ Zu einer Geschichte des Begriffs, die von dieser Parallele inspiriert ist, siehe Jens Bartelson, A Genealogy of Sovereignty, 1995.

dungen gegen den Willen des Souveräns vom Begriff der Souveränität ausgeschlossen sein. Doch bedarf jede Bindung eines Souveräns nicht allein eines Aktes der Zustimmung, sondern eben auch einer normativen Ordnung, die diese Zustimmung als relevant behandelt – und über diese Ordnung kann weder das liberale individuelle noch das souveräne staatliche Rechtssubjekt einfach so verfügen.

Obwohl Bindungen ohne Zustimmung eines gebundenen Staates im Völkerrecht zunehmend Anerkennung finden,¹⁵⁰ hat das Bundesverfassungsgericht an der Annahme festgehalten, dass Bindungen der deutschen Staatsgewalt sich im Prinzip aus einem Akt demokratisch legitimierter Zustimmung herleiten lassen müssen.¹⁵¹ Dies erscheint aus der Formulierung des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG heraus absolut plausibel. Jeder ohne eine solche Herleitung Hoheitsgewalt beanspruchender Akt ist ein Akt der Fremdbestimmung – ein Umstand, der gerade in der menschenrechtszentrierten Völkerrechtslehre oftmals vernachlässigt wird,¹⁵² so dass es nicht die unwichtigste Aufgabe des Verfassungsrechts ist, die demokratische Anbindung völkerrechtlicher Pflichten zu überprüfen. Das eigentliche Problem besteht allerdings in aller Regel nicht darin, einen demokratischen Anknüpfungspunkt für eine solche Verpflichtung zu finden, sondern darin – dies war auch die Vermutung der Untersuchung (S. 399–405) – zu bestimmen, welche Grenzen diesem Akt zu ziehen sind.¹⁵³ So erscheint es nicht mehr zwingend, mit verfassungsändernder Mehrheit getroffene demokratische Entscheidungen für die Etablierung einer nicht-staatlichen Ordnung aus Gründen demokratischer Legitimation an den Maßstäben einer demokratischen Ordnung zu messen.

Staatstheoretisch inspirierte Letztentscheidungsfragen haben nicht allein die deutsche Staatsrechtswissenschaft fasziniert und sie spielen nicht allein im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union eine praktische Rolle. Vielmehr zeigten sich nicht erst im vergangenen Jahrzehnt, aber in diesem verstärkt und besonders sichtbar ähnliche Konflikte im Verhältnis zwischen den Gerichten der EU und der EMRK¹⁵⁴ wie auch zwischen der EU und zunächst der WTO¹⁵⁵, dann den Vereinten Nationen¹⁵⁶. Diese Beispiele zeigen, dass diese Strukturkonflikte

¹⁵⁰ Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States without or against Their Will*, RdC 241 (1993), 195.

¹⁵¹ So übereinstimmend BVerfGE 89, 155; 123, 267, zustimmend erläuernd Dieter Grimm, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 48 (2009), 475.

¹⁵² Beispielhaft Christian Tomuschat, *Human Rights between Idealism and Realism*, 2. Aufl. 2008, dazu Ulrich Haltern, Tomuschats Traum: Zur Bedeutung von Souveränität im Völkerrecht, in: Pierre-Marie Dupuy u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, 867.

¹⁵³ Versuche, aus dem Begriff der Souveränität Grenzen zu ziehen, bei: Christian Seiler, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung*, 2005; Frank Schorkopf, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit*, 2007; zurückhaltender: Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004.

¹⁵⁴ Vorzügliche Darstellung des Konflikts bei Laurent Scheeck, *The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights*, ZaöRV 65 (2005), 837.

¹⁵⁵ Dazu die zurückhaltende Entscheidung in BVerfGE 102, 147. Zum Gesamtverlauf: John H. Jackson / Patricio Grane, *The Saga Continues: An Update of the Banana Dispute*, J. o. International Economic L. 2001, 581.

¹⁵⁶ Dazu umfassend Daniel Halberstam / Eric Stein, *The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, Common Mkt. L. Rev. 46 (2009), 13.

weder am Begriff der Souveränität noch an dem der Staatlichkeit hängen, auf die sich keine der genannten Organisationen berufen kann. Auch die Frage nach dem „letzten Wort“ erscheint schlicht falsch gestellt: ein typisches Beispiel für eine rechtswissenschaftliche Blickverengung, in der die – als solche unverzichtbare – institutionelle Perspektive von Gerichten und anderen Spruchkörpern als einzig mögliche rechtswissenschaftliche Sicht der Dinge ausgegeben wird. Die Tatsache, dass Gerichte die Frage nach der Kompetenz entscheiden müssen, bedeutet aber gerade nicht, dass die wissenschaftliche Außensicht, die es ja immer mit einer Vielzahl von Entscheidungen und Entscheidungskörpern zu tun hat, sich mit diesem Entscheidungszwang identifizieren muss. Viel interessanter erscheint gerade aus der Sicht des Verfahrens- und Organisationsrechts der Umstand, dass es in Mehrebenen-Rechtsordnungen, ja selbst in manchen staatsorganisatorischen Problemzusammenhängen¹⁵⁷ oftmals kein letztes Wort gibt, dass auf jede Entscheidung eine weitere folgt und dass es gerade zu den starken Seiten demokratischer Rechtsstaaten wie der internationalen Gemeinschaft gehört, eine Komplexität bereitzustellen, die sich nicht auf die Suche nach einer obersten oder letzten Gewalt reduzieren lässt.¹⁵⁸

c) Failed States und Rule of Law

Die alte für die deutsche Verfassungsgeschichte so bedeutsame Frage nach dem Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie¹⁵⁹ hat in der völkerrechtlichen Auseinandersetzung mit Failed States, also mit Territorien ohne effektive Staatsgewalt, und dem „State-Building“, dem Aufbau demokratischer Strukturen, eine bemerkenswerte und durchaus komplementär verlaufende Neuauflage erfahren.¹⁶⁰ Verschiedene Facetten sind erkennbar. Noch sehr grundsätzlich verlief die Diskussion um einen möglichen Anspruch auf eine demokratische Regierung aus dem Völkerrecht¹⁶¹ und das Verhältnis eines solchen zur stabilisierenden Anerkennung aller denkbaren politischen Formen unter dem völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff. Konkreter formuliert war die Frage nach einer unterschiedlichen Behandlung demokratischer und nicht-demokratischer Staaten durch das Völkerrecht, die insbesondere aus den Vereinigten Staaten kam.¹⁶² Noch konkreter stellt sich das Problem, wie sich beim internationalen Wiederaufbau gescheiterter Staatlichkeit Legitimationsaspekte zu Stabilisierungsaspekten verhalten.¹⁶³

All diese Fragen lassen sich auch als solche nach dem Eigenwert staatlicher Ordnung verstehen und stets scheint die Erfahrung des letzten Jahrzehnts – von der demokrati-

¹⁵⁷ Dazu *Daniel Halberstam* (Anm. 39).

¹⁵⁸ *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, 210 ff.

¹⁵⁹ Nach wie vor: *Ingeborg Maus*, Rechtsstaat, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986.

¹⁶⁰ Aus der Literatur *Simon Chesterman*, *You, the People: The United Nations, Transitional Administration and State-Building*, 2004.

¹⁶¹ Grundlegend, aber rein induktiv aus dem Normenbestand argumentierend: *Thomas Franck*, *The Emerging Right to Democratic Governance*, *American Journal of International Law* 86 (1992), 46.

¹⁶² *Ann-Marie Slaughter*, *International Law in a World of a Liberal States*, *EJIL* 6 (1995), 503.

¹⁶³ *Stefan Oeter*, *Prekäre Staatlichkeit und die Grenzen internationaler Verrechtlichung*, in: R. Kreide (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, 88.

sierenden Intervention bis zur Suche nach einem geeigneten Wahltermin im Irak oder in Afghanistan – eine gewisse Skepsis gegenüber einem zu aggressiven Vorrang demokratischer Legitimation vor der Stabilisierung von Institutionen gelehrt zu haben – wie auch die Einsicht deutlich abweichend Perspektiven zwischen einer eher demokratieeuphorischen amerikanischen und einer rechtsgläubigen europäischen Problem-sicht.¹⁶⁴ Erkennt man nach diesen Erfahrungen den Eigenwert jedenfalls einer rechtsstaatlich organisierten Befriedung an, so steht dies auf den ersten Blick in Spannung mit der auch in dieser Untersuchung vertretenen Skepsis gegenüber einer allein an Gewaltmonopolisierung und Rechtsstaatlichkeit orientierten Staatsbegrifflichkeit, die demokratische Legitimation nur als Akzidens staatlicher Substanz behandelt (S. 405–415).

Der zivilisatorische Wert einer Zentralisierung physischer Gewalt beim Staat war freilich von der Untersuchung nicht in Zweifel gestellt worden,¹⁶⁵ sondern nur der Beschreibungswert des Begriffs „Gewaltmonopol“ und die Annahme, der Begriff der Gewalt selbst, sei dogmatisch ergiebig (Kap. 13).¹⁶⁶ Trotzdem scheint sich die alte, in der Untersuchung an vielen Stellen kritisierte staats-theoretische Vorstellung des Vorrangs der Befriedung vor der Freiheit in den jüngsten Erfahrungen zu bestätigen. Bevor dieser Schluss gezogen wird, sind allerdings Einschränkungen zu machen: Zum Ersten ist der kriegerrische Import von Demokratie seinerseits nicht demokratisch, eine demokratische Verfassungsgebung von außen wirft offensichtlich besondere Legitimationsprobleme auf, ein Problem, das von der Theorie des State-Building bewusst oder unbewusst vernachlässigt wird.¹⁶⁷ Zum Zweiten stehen Rechtsstaat und Demokratie eben nicht – wie es in der deutschen Tradition lange behauptet wurde – in einem Widerspruchs-, sondern in einem systematischen Ergänzungsverhältnis zueinander.¹⁶⁸ Rechtsstaatlichkeit ist nur unter den Bedingungen legitimer Rechtsetzung ihrerseits legitim – und die Durchsetzung einer selbstzweckhaften Ordnung wird nicht ohne Opfer vonstatten gehen, für die es keine Rechtfertigung gibt. In jedem Fall bleibt die Beobachtung gerade dieser Facette des Völkerrechts eine wichtige Aufgabe für eine öffentlich-rechtliche Verfassungstheorie.

¹⁶⁴ Sehr aufschlussreich zu diesen Unterschieden die Beiträge bei Georg Nolte (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005.

¹⁶⁵ Dazu *Trutz von Trotha*, Vom Wandel des Gewaltmonopols oder der Anfang der präventiven Sicherheitsordnung, *KrimJ* 2010, 218; *Eckart Klein*, Staatliches Gewaltmonopol, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie, § 19, Rn. 29 ff. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht *Christian Waldhoff*, Staat und Zwang, 2008.

¹⁶⁶ Missverstanden bei *Klein*, Staatliches Gewaltmonopol, Rn. 17, in Anm. 56. Vgl. auch *Gusy*, *JöR* n.F. 55 (2007), 65 ff.

¹⁶⁷ Dazu *Philip Dann*, The Internationalized Pouvoir Constituant. Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor. *Max Planck Yearbook of UN Law* 2006, 423.

¹⁶⁸ Am klarsten entwickelt bei *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, 293.

III. Neue und alte Wissenschaftsmodelle

1. Geschichten der Staatsrechtswissenschaft

Das Interesse an der Geschichte des staatstheoretischen Denkens ist im letzten Jahrzehnt weiter gewachsen.¹⁶⁹ Auch die Einflüsse des konstitutionellen und des Weimarer Staatsrechts auf das bundesrepublikanische Staatsdenken waren weiterhin Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit, insbesondere die fortgesetzte Auseinandersetzung zwischen Schmitt und Smend – und die Anschlussdebatten ihrer Schüler.¹⁷⁰ Der sich seit dem Erscheinen von Horst Dreiers Buch zu Kelsen¹⁷¹ langsam andeutende Trend zu einer neuen, auch aktuellen Auseinandersetzung mit dessen Werk hat sich fortgesetzt und verstärkt. Er wird durch die Edition seiner Werke weitere Impulse erhalten.¹⁷² Zugleich wurde deutlich, dass viele Besonderheiten des bundesrepublikanischen Verfassungsrechts nicht mehr auf die Weimarer Auseinandersetzungen zurückgeführt werden können oder zumindest eine wirkliche Weiterentwicklung dieser theoretischen Ausgangspunkte verlangen. Dies gilt namentlich für die Grundrechtsdogmatik, deren neuester „Richtungsstreit“ zur Bedeutung der Schutz- oder Gewährleistungsbereiche kaum noch auf staatstheoretische Fronten zu reduzieren ist.¹⁷³ Das wachsende Interesse an der Geschichte der Staatsrechtswissenschaft ist eben ein Interesse an Geschichte – und damit wie jede Historisierung Ausdruck schwindender Relevanz für die Gegenwart. Als nächste Schritte dieses Historisierungsprojekts deuten sich die Historiographie des frühen Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁴ und – durchaus von staatstheoretischem Interesse – des bundesdeutschen Verwaltungsrechts an¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Vgl. oben, Fußn. 1.

¹⁷⁰ O. Beaud/P. Pasquino (Hrsg.), *La controverse sur le »gardien de la Constitution« et la justice constitutionnelle*, 2007; *Frieder Günther*, *Denken vom Staat her*, 2004; *Christoph Möllers*, *Der vermisste Leviathan*, 2008; C. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten: Weimar als Argument nach 1945*, 2003; *Axel-Johannes Korb*, *Kelsens Kritiker*, 2010; *Peter Unruh*, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich*, 2004.

¹⁷¹ *Horst Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1. Aufl. 1986, 2. Aufl. 1990.

¹⁷² Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen: Werke*, erschienen Bd. 1–3, vgl. auch Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie*, 2006.

¹⁷³ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?*, FS Bryde 2004, 53; *ders.*, *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch*, *Der Staat* 43 (2004), 203; *Wolfgang Kahl*, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt*, *Der Staat* 43 (2004), 167; *Uwe Volkmann*, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, *JZ* 2005, 261.

¹⁷⁴ Vgl. hierzu schon als erste Beiträge: T. Henne (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005; *Uwe Wesel*, *Der Gang nach Karlsruhe*, 2004; *Ipsen*, *Staat der Mitte*.

¹⁷⁵ *Christoph Schönberger*, *„Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“*. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969)*, 2006, 53 ff.; *Matthias Köter*, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2008; *Anna-Bettina Kaiser*, *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009.

2. „Neue“ Wissenschaften und Governance

Das Bedürfnis, die alten Staatswissenschaften neu zu denken, hat sich im letzten Jahrzehnt verschiedentlich zum Ausdruck gebracht.¹⁷⁶ Daneben erscheinen weiterhin „Staatslehren“, die von allen methodischen Zweifeln unangekränkt ein unsystematisches Sammelsurium historischer und theoretischer Umstände liefern.¹⁷⁷ Die Zweifel der Arbeit (S. 418–422) an einer rein begriffsbezogenen Synthese der Staatswissenschaften, in der sich „Verbundbegriffe“ in aller Regel eben doch bloß als Wörter, nicht als Begriffe erweisen, wurden diskutiert, aber nicht ausgeräumt. Zu den neueren Entwicklungen des vergangenen Jahrzehnts gehört es, darüber nachzudenken, wie sich Rechtswissenschaften und insbesondere die Wissenschaft des öffentlichen Rechts als Wissenschaft verstehen lassen.¹⁷⁸ Es ist noch zu früh, aus der beginnenden Diskussion um eine Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaften Schlüsse für unsere Problemstellung zu ziehen – eine Wiederbelebung der alten Staatswissenschaft wird in diesem Zusammenhang aber kaum gefordert.

So ist es kein Zufall, dass die ausdrücklichen Anregungen zu Erneuerungen der Staatswissenschaft sich von denen zur Erneuerung der Verwaltungsrechtswissenschaften nicht wesentlich unterscheiden¹⁷⁹ und auch vornehmlich einem verwaltungsrechtlichen Kontext entstammen. Die neue Staatswissenschaft ist dem Verwaltungsrecht viel mehr verbunden als der politischen Theorie, verfehlt aber vielleicht gerade einige Besonderheiten der Kategorien Staat und Verfassung, weil die verwaltungsrechtliche Perspektive dort einsetzt, wo die verfassungsrechtlichen Probleme wie auch die politische Entscheidungsfindung abgeschlossen sind – und weil sie regelmäßig vollständig unhistorisch argumentiert.¹⁸⁰

Ein zweites Problem kommt hinzu: Wesentliche Kategorien der verwaltungsrechtlichen Diskussion sind außerhalb des deutschen Sprachraumes sprachlich nicht zu vermitteln: Von der „Steuerungsperspektive“ bis zu den „Verantwortungsstufen“ handelt es sich um Elemente einer wissenschaftlichen Privatsprache, die außerhalb des Deutschen keine Entsprechung findet. Dieser Hinweis kann eine Kritik in der Sache nicht ersetzen. Die Internationalisierung der Wissenschaften ist, wenn sie einfach nur als

¹⁷⁶ *Gunnar Folke Schuppert*, Staatswissenschaften, 2003; *Andreas Voßkuhle*, Der „Dienstleistungsstaat“. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), 495; *ders.*, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, *JuS* 2004, 2.

¹⁷⁷ Vgl. etwa *Burkhard Schöbener*, Allgemeine Staatslehre, 2009.

¹⁷⁸ Dazu die Beiträge in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*; M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2007; A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009; Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007); *Jan Schuhr*, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2007; *Stefan Haack*, *L'Etat, qu'est-ce que c'est? Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren Arbeit mit dem Grundgesetz*, *Der Staat* 49 (2010), 107. Historisch: *Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2001.

¹⁷⁹ Vgl. einerseits Fn. 176, andererseits die Beiträge der Verfasser in W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Band 1, München 2006.

¹⁸⁰ *Christian Waldhoff*, *Verfassungsgeschichte und Theorie der Verfassung*, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, *Verfassungstheorie*, § 4, Rn. 10.

Anglisierung stattfindet, kein Qualitätsgewinn – und aus der angelsächsischen Welt kommt Interesse an der deutschen Tradition des öffentlichen Rechts.¹⁸¹ Trotzdem scheint das Übersetzungsproblem auch ein manifestes Defizit bei der Fortentwicklung des wissenschaftlichen Anspruchs zu berühren – und vielleicht einen Hinweis darauf zu liefern, dass Gegenstand und methodische Voraussetzungen nicht ausreichend geklärt sind. Aus diesem Grund erscheint es folgerichtig, die Errungenschaften der neueren Diskussion im Verwaltungsrecht mit anderen Begrifflichkeiten in einen internationalen Diskussionszusammenhang fortzusetzen. Aus der Diskussion des letzten Jahrzehnts fallen dazu zwei Möglichkeiten ins Auge:

Mit der Rezeption der Governance-Diskussion¹⁸² wurde ein Begriff gewählt, der zum einen international etabliert ist und der sich zum anderen, weil er von vornherein auf Regelungsstrukturen bezogen ist,¹⁸³ gut in eine rechtswissenschaftliche Fragestellung einpasst¹⁸⁴ und das private Recht einbezieht¹⁸⁵. Das bedeutet nicht, dass die Kategorie unproblematisch wäre und insbesondere die Frage nach der politischen Legitimation hoheitlichen Handelns nicht verschärft aufwirft.¹⁸⁶ Es bedeutet aber sehr wohl, dass hier eine Diskussion bereit steht, an die eben kritisch angeknüpft werden kann. Nach wie vor kein Thema in der deutschen Staatsrechtswissenschaft ist leider die Theorie der Gouvernamentalität Michel Foucaults.¹⁸⁷ Zu Foucaults Kritik juridifizierter Macht könnten gerade Verfassungsrechtler ihrerseits viel Kritisches beitragen.¹⁸⁸ Auch hier liegt eine soweit ungenutzte Chance der deutschen Staatsrechtslehre, einen eigenen Beitrag zu einer übergreifenden Diskussion um die Theorie hoheitlichen Handelns zu leisten. Ein zweiter Weg, eine verwaltungsbezogene Staatslehre fortzuführen, dürfte in Versuchen bestehen, im engeren Sinne verwaltungsrechtsdogmatische Konzeptionen in andere Rechtsordnungen zu übersetzen, wie dies mit der Handlungsformenlehre für das internationale Verwaltungsrecht jüngst unternommen wurde.¹⁸⁹

¹⁸¹ Namentlich mit Blick auf den Staatsbegriff: *Martin Loughlin*, In Defence of Staatslehre, *Der Staat* 48 (2009), 1. Der Versuch einer umfassenden Rezeption der Idee des Verfassungspatriotismus: *Jan-Werner Müller*, *Constitutional Patriotism*, 2008.

¹⁸² *Gunnar Folke Schuppert*, Was ist und wozu Governance? *Die Verwaltung* 40 (2007), 463; *Lorenz Engi*, Governance – Umriss und Problematik eines staats-theoretischen Leitbildes, *Der Staat* 47 (2008), 573.

¹⁸³ *Renate Mayntz*, Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: *Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn* (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, PVS Sonderheft 41 (2008), 43.

¹⁸⁴ *Hans-Heinrich Trute / Wolfgang Denkhaus / Doris Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 37 (2004), 451.

¹⁸⁵ *Harm Schepel*, *The Constitution of Private Governance*, 2005.

¹⁸⁶ Mit Blick auf den Gebrauch des Begriffs durch die Europäische Kommission, vgl. die durchgehend kritischen Analysen in *C. Joerges/Y. Mény/J. H. H. Weiler*, *Mountain or Molehill? Responses to the European Commission's White Paper on Governance*, 2002.

¹⁸⁷ *Michel Foucault*, *Geschichte der Gouvernamentalität*, Bd. I und II, 2006; *ders.*, *Analytik der Macht*, 2005.

¹⁸⁸ Dazu *Petra Gehring*, Foucaults „juridischer“ Machttyp, die Geschichte der Gouvernamentalität und die Frage nach Foucaults Rechtstheorie, in: *S. Krasmann / M. Volkmer* (Hrsg.), *Michel Foucaults Geschichte der Gouvernamentalität in den Sozialwissenschaften*, 2007, 157.

¹⁸⁹ *Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, *Der Staat* 49 (2010), 23.

Allgemein ist im letzten Jahrzehnt ein verstärktes Interesse der empirischen Sozialwissenschaften am Staatsbegriff zu beobachten. Ihr Forschungsgegenstand sind vor allem die Staaten der OECD im Wandel der letzten Jahrzehnte.¹⁹⁰ Dies eröffnet eine Möglichkeit zur Auseinandersetzung auch mit den Rechtswissenschaften.¹⁹¹ Es spricht bisher aber nichts dafür, dass Differenzen in Methode und Zugriff zwischen den Disziplinen in diesem Forschungskontext zugunsten einer synthetisierenden Staatswissenschaft eingegeben werden könnten.¹⁹²

IV. Normative Äquivalente eines juristischen Staatsbegriffs

Die Untersuchung hatte ein methodenkritisches Anliegen. Sie entwickelte keinen eigenen positiven staats- oder verfassungstheoretischen Entwurf. Dies zum einen, weil sie mit der Kritik schon genug zu tun hatte; zum Zweiten aber, weil sie darauf vertraute, dass die Befreiung des positiven Verfassungsrechts von der staatsrechtlichen Begrifflichkeit keine Leerstellen lassen würde, die anderweitig auszufüllen wären. Diese Vermutung hat sich nur eingeschränkt als tragfähig erwiesen. Vielmehr scheint es angemessener, nach funktionalen Äquivalenten für den juristischen Staatsbegriff zu suchen. Für den Verfasser stellt der Begriff der Demokratie ein solches Äquivalent dar (1.).¹⁹³ Andere Begrifflichkeiten, die auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine große Rolle spielen, sind das Konzept der Verfassungsidentität (2.), und insbesondere die Menschenwürde (3.).

1. Demokratie

Viele der oben dargestellten Diskussionen haben Affinitäten zwischen der Staatstheorie und der Demokratietheorie aufgezeigt: von der Frage der Homogenität des Staatsvolks, über die Legitimation der Verwaltung, über die Bedeutung demokratischer Parteilichkeit als Grund und Grenze staatlicher Neutralität bis hin zur Ausgestaltung der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts.¹⁹⁴ Freilich gibt es im Verhältnis zwischen überkommener Staatslehre und Demokratietheorie diametral entgegenge-

¹⁹⁰ Arthur Benz, *Der moderne Staat*, 2. Aufl. 2008. Eine der ganz seltenen angelsächsischen Studien, die vom Staatsbegriff ausgehen, ist: Peter J. Steinberger, *The Idea of the State*, 2004.

¹⁹¹ Vgl. namentlich die Arbeiten des DFG-Sonderforschungsbereichs 597, „Staatlichkeit im Wandel“ (2003–2015), dazu die wichtige methodische Diskussion zwischen Staatsrecht und Sozialwissenschaften bei Gunnar Folke Schuppert, Was ist und wie misst man den Wandel von Staatlichkeit?, *Der Staat* 47 (2008), 325; Philipp Genschel/Stephan Leibfried, Schupperts Staat. Wie beobachtet man den Wandel einer Formidee?, *Der Staat* 47 (2008), 357.

¹⁹² Entsprechend skeptisch mit Blick auf eine universale Verfassungstheorie: Jestaedt, *Verfassungstheorie als Disziplin*, Rn. 16.

¹⁹³ Eigene Ansätze finden sich in Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005; ders., *Expressive versus repräsentative Demokratie*, in: R. Kreide (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, 160; ders., *Die drei Gewalten*, 2009; ders., *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2. Aufl. 2009.

¹⁹⁴ Zur Demokratietheorie als Substitut der Staatslehre auch Oliver Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, *EuGRZ* 2004, 370.

setzte Möglichkeiten, einen Zusammenhang zu stiften. Kurz gesagt: Man kann die Staatstheorie demokratisieren oder die Demokratietheorie verstaatlichen. Beide Ansätze haben auf den ersten Blick etwas für sich. Wenn demokratische Ordnungen sich in der Neuzeit zumeist innerhalb der Form des Staates entdecken lassen, dann ist der Staat vielleicht die Bedingung der Möglichkeit demokratischer Selbstherrschaft, und es bedarf einer Theorie des Staates, um eine Theorie der Demokratie zu entwickeln.¹⁹⁵ Freilich wird man von einer solchen Theorie auch verlangen können, dass sie die Vielfalt demokratischer Herrschaft so rechtsvergleichend zur Kenntnis nimmt, wie dies die Politikwissenschaften schon seit langem tun,¹⁹⁶ also nicht einfach Deutschland, Frankreich oder die USA zum Prototyp erklärt, sondern demokratische Staaten wie Kanada, Indien, die Schweiz, Brasilien oder Taiwan einbezieht, einfach, um zu wissen, wovon die Rede ist, wenn vom „Staat“ gesprochen wird. Begrifflich ist Demokratie ohnehin nicht auf den Staatsbegriff verpflichtet, sondern nur auf irgendeine Form politischer Vergesellschaftung von Individuen. Die Feststellung, dass alle modernen Formen der Demokratie Staaten waren, ignoriert nicht nur die Geschichte der Stadtrepubliken; sie kann auch keine Prognose darüber enthalten, ob dies so bleiben muss. Vielmehr wird das Gelingen einer demokratietheoretischen Ergänzung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht auch davon abhängen, inwieweit die Disziplin bereit ist, ihre Konzepte behutsam vom Rahmen des Staats des Grundgesetzes abzulösen.

Dabei ist klar, dass eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der demokratietheoretischen Diskussion mehr Fragen als Antworten aufwirft, weil im Prinzip alle Kategorien von der demokratischen Gleichheit über die Repräsentation bis zur Mehrheitsregel umstritten sind. Aus diesem Grund sollten die vorhandenen Entwürfe aus dem deutschen Staatsrecht, namentlich derjenige Ernst-Wolfgang Böckenfördes,¹⁹⁷ weniger als Ergebnisse einer Verfassungsauslegung verstanden werden, dafür sind sie viel zu voraussetzungsreich, sondern vielmehr als eigenständige theoretische Konstruktionen, die versuchen, aus den Regelungsstrukturen des Grundgesetzes ein systematisch befriedigendes Modell zu entwickeln, das aber nicht einfach verfassungsdogmatisch oder verfassungsgerichtlich umgesetzt werden muss. Gerade Böckenfördes Modell hat den Vorteil, dass es auch theoretische Kritik ermöglicht – und bereits zu einer theoretisch durchaus bemerkenswerten Auseinandersetzung geführt hat.¹⁹⁸ Dass die Konkurrenz solcher Modelle in Deutschland stets im Modus des positiven Rechts ausgetragen werden muss, liegt sowohl an der ungewöhnlichen Bereitschaft des Bundesverfassungsgerichts, aus Demokratietheorie Verfassungsrecht zu machen – und damit dem politischen Prozess jedenfalls teilweise die Möglichkeit zu rauben, sich praktisch eine eigene De-

¹⁹⁵ In diese Richtung, wenn auch letztlich unentschieden: *Uwe Volkmann*, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), 575; ausdrücklich *Jean-Marie Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1994.

¹⁹⁶ Vgl. nur *Heidrun Abromeit/Michael Stoiber*, Demokratien im Vergleich, 2006.

¹⁹⁷ Besonders klar in der Erstauflage: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 1, Aufl. 1987, § 24.

¹⁹⁸ Siehe nur *Kritische Justiz* (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000; *Veith Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000; *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, 307.

mokratietheorie zuzulegen; es liegt aber auch an der Gerichts- und Entscheidungsfi xiertheit der deutschen Staatsrechtswissenschaft.

Demokratietheorie fügt sich aber in aller Regel nicht dem juristischen Bedürfnis nach klaren Kategorien. Aus diesem Grund ist die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, „Das demokratische Prinzip ist nicht abwägungsfähig; (...)“¹⁹⁹, in ihrer Klarheit beeindruckend, aber mit Blick auf die Vielfalt von Demokratien wenig plausibel. Abwägungsoffen sollte das Demokratieprinzip wohl deswegen nicht sein, weil es sich überhaupt nicht dazu eignet, durch die Methodik der Prinzipientheorie des Rechts angemessen juristisch verarbeitet zu werden.²⁰⁰ Offenheit muss aber nicht Abwägungsoffenheit bedeuten. Die Frage lautet, welche Spielräume die Idee egalitärer Herrschaft gestattet, ohne ihren Gehalt beliebig zu entleeren. Die verfassungstheoretische Demokratietheorie sollte sich zur Beantwortung dieser Frage von unmittelbaren Anwendungszwängen befreien.

2. Verfassungsidentität

Die Änderungsgrenzen des Art. 79 Abs. 3 GG sind häufig mit dem Begriff der „Identität“ in Verbindung gebracht worden.²⁰¹ Die Verknüpfung erscheint auf den ersten Blick schlüssig, denn was von der Verfassung bleiben muss, kann als ihr Eigentliches verstanden werden. Freilich liegt gerade in der Veränderbarkeit von Verfassungen eine ihrer großen modernen Errungenschaften.²⁰² Moderne Verfassungen sind Medien des Rechts, mit deren Hilfe Gesellschaften sich selbst, damit aber auch die Verfassung verändern. Ihre Normativität besteht darin, wie sie diesen Wandel organisieren, aber kaum darin, dass sich ein solcher Wandel nicht vollzieht. Die Kategorie des Verfassungswandels ist dabei allerdings kaum hilfreich, denn sie lässt notorisch im Unklaren, was sie unter „Verfassung“ versteht, wenn sie von Wandel spricht.²⁰³ Die Statuierung unabänderlicher Bestandteile durch den Parlamentarischen Rat stellt sich als aus dem historischen Kontext verständliche wie auch legitimatorisch höchst problematische Entscheidung dar, denn für die nachgeborenen Bürger der Bundesrepublik legitimiert sich die Verfassung im Prinzip nur aus der gleichen Möglichkeit, diese auch zu ändern. Unabänderlichkeit erzeugt Fremdbestimmung. Selbst wenn man dies mit Blick auf das wohlbekannte Problem der Selbstabschaffung der Demokratie in Kauf nehmen will, legt diese Überlegung doch zweierlei nahe: auf der theoretischen Ebene die Einsicht darin, dass zur „Identität“ des Grundgesetzes gerade ihre Veränderbarkeit gehört. Der

¹⁹⁹ BVerfGE 123, 267 (343).

²⁰⁰ Zutreffend nach wie vor *Marcel Kaufmann*, Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip?, StWStP 8 (1997), 161. Begründete Zweifel daran, dass die Prinzipientheorie überhaupt einen Begriff des Rechtsprinzips hat, bei *Ralf Poscher*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, Rechtswissenschaft 2010, 349.

²⁰¹ *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1987, § 19; vgl. bereits BVerfGE 37, 271 (279).

²⁰² Dazu grundlegend: *Horst Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009.

²⁰³ Überzeugende Kritik bei *Andreas Voßkuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004), 450.

Blick allein auf Art. 79 Abs. 3 GG verfehlt also einen wesentlichen Teil der Identität des Grundgesetzes.²⁰⁴ Auf der dogmatischen Seite gebietet es – wie schon der behutsame Wortlaut, der von „Grundsätzen“ spricht, deutlich macht – einen zurückhaltenden Umgang mit Art. 79 Abs. 3 GG.

Dem steht eine im letzten Jahrzehnt entstandene Praxis der identitätskonformen Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht gegenüber, die zwar im Ergebnis noch keine Verfassungsänderung für verfassungswidrig erklärt hat, die aber die in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Normen als eine weitere Interpretationsebene in die Verfassungsauslegung einbezieht. Dies kann in der Tat als veritables funktionales Äquivalent einer juristischen Staatstheorie verstanden werden. Die methodischen Probleme einer verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht,²⁰⁵ die entgegen dem alten Anspruch des Gerichts den Gesetzgeber nicht besonders schont, werden durch dieses Vorgehen freilich noch einmal verschärft.

Zwei Ebenen dieser Auslegungspraxis lassen sich unterscheiden. Zum Ersten die einfache identitätskonforme Auslegung, meistens eine menschenwürdekonforme Auslegung der Grundrechte²⁰⁶ oder eine demokratiekonforme Auslegung der Integrationsnorm des Art. 23 GG.²⁰⁷ Einen Schritt weiter geht, zum Zweiten, eine zukunftsgerichtete Postulierung möglicher künftiger Identitätsbrüche, wie sie sich in zwei Entscheidungen im Kontext der europäischen Integration finden.²⁰⁸ Hier dient die Identität des Grundgesetzes nicht mehr als Maßstab des Unveränderlichen für das veränderliche Verfassungsrecht, sondern als Maßstab für zukünftige politische Entwicklungen. Der Entscheidungsanspruch erscheint hier in mehreren Dimensionen entgrenzt, geht es doch um Bereiche, in die der verfassungsändernde Gesetzgeber niemals eindringen dürfen wird, aber auch bisher noch nicht in einer prozessual relevanten Weise eingedrungen ist. Die unabänderliche Identität nimmt zukünftige Entwicklungen vorweg. Inwieweit solches mit der Entscheidungstechnik eines Gerichts noch angemessen zu bewältigen ist, erscheint fraglich. Eine besondere Ironie besteht dabei natürlich darin, dass das Demokratieprinzip hier gegen den demokratischen Prozess gewendet wird, so dass die Frage, wer darüber entscheiden darf, wie in einer Demokratie entschieden werden soll, völlig ausgeblendet bleibt.²⁰⁹ Im Ergebnis könnten sich solche Ankündigungen schlicht aber auch als wirkungslos erweisen – und gerade dadurch die Autorität des Gerichts beschädigen.²¹⁰

²⁰⁴ Ein interessanter Versuch, einen Zusammenhang zu stiften, aber bei *Gerd Roellecke*, Identität und Variabilität der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 13, Rn. 16 ff.

²⁰⁵ Dazu *Andreas Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), 177 (185 ff.).

²⁰⁶ BVerfGE 124, 300 (328 f.).

²⁰⁷ BVerfGE 123, 267 (343 f.).

²⁰⁸ BVerfGE 123, 267 (353); U. v. 2. 3. 2010, – 1 BvR 256/08 – 1 BvR 263/08 – 1 BvR 586/08, Tz. 218.

²⁰⁹ Gerade diese Frage füllt in anderen Ländern Rechtsbibliotheken. Seltene Kritik an der Anwendung des Demokratieprinzips durch ein Gericht bei Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, 59.

²¹⁰ *Joseph Weiler*, Editorial, EJIL 20 (2009), 505.

Wendet man diese Überlegungen zurück auf die Staatstheorie, so erscheinen Identitätslehren, die grundsätzlich weder die Verfahrens- und Organisationsdimension noch die Entwicklungsoffenheit des Verfassungsrechts einbeziehen können, am ehesten als grundgesetznähe Komplemente zu den überlieferten, doch seit Jahrhunderten einigermaßen siechen Staatszwecktheorien. Für sie gelten wegen ihrer Grundgesetzbezogenheit allerdings nicht die Einwände, die in der vorliegenden Untersuchung gegen Staatszwecktheorien entwickelt wurden (Kap. 9). Vielmehr bieten sie eine methodisch zulässige verfassungstheoretische Gegenkonzeption zur Ersetzung der Staatstheorie durch die Demokratietheorie. Gerade wenn man der Veränderungsoffenheit und Verfahrensbezogenheit nicht traut, sondern sich nach Absoluterem sehnt, könnte man in Art. 79 Abs. 3 GG, namentlich in der sogleich näher zu betrachtenden Menschenwürdegarantie, fündig werden. Zwar schützt die Ewigkeitsklausel auch das Demokratieprinzip, ihren eigentlichen Gehalt erlangt sie aber dort, wo sie sich gegen den konkreten demokratischen Prozess in Form der Verfassungsänderung richtet.

3. Menschenwürde

Man könnte die Idee der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG geradezu als den auf den Kopf gestellten Staatsbegriff verstehen. Hier die selbstzweckhafte Zwangsanstalt, dort der normative Primat des Individuums:²¹¹ der „Mensch“ im Mittelpunkt der Verfassung.²¹² So symbolisch bedeutsam und praktisch folgenreich der Schritt des Grundgesetzes hin zum normativen Individualismus für die deutsche Verfassungsgeschichte auch ist, so vorsichtig muss man argumentieren, will man diesen zugleich wieder zu einem objektiven Verfassungsgrundsatz erheben. Es ist diese Objektivierung, in der die Strukturparallele zwischen Menschenwürde und Staatsbegriff plausibel werden kann: Wenn die Menschenwürde nicht mehr als Sicherung des Individuums, sondern als Inbegriff einer bestimmten moralisch aufgeladenen „guten Ordnung“ verstanden wird. Dass es sich hierbei nicht nur um ein Phantom handelt, wird schon in der frühen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zum Menschenbild des Grundgesetzes deutlich: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“²¹³ Schnurstracks kollektiviert das Gericht hier das Individuum im Namen des „Menschen“ und unterwirft es dadurch der Gemeinschaft. Schließlich wird die Menschenwürde auch als Ausdruck einer religiösen Werthaftigkeit des Grundgesetzes verstanden. Dies verkehrt freilich, wie gesehen,²¹⁴ die historische Entwicklung, in der sich auch die christlichen Religionsge-

²¹¹ Scharfsinnig erkannt, wenn auch äußerst dunkel konfessionsdifferenziell formuliert hat diesen Zusammenhang *Ulrich Haltern*, *Unsere protestantische Menschenwürde*, in: *Bahr/Heinig* (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, 2006, 93.

²¹² Diese Formulierung war schon vor vierzig Jahren als abgegriffene Hülse Gegenstand intelligenter Satire (*Robert Gernhardt/F. W. Bernstein/Friedrich K. Wächter*, *Die Wahrheit über Arnold Hau*, 1. Aufl. 1966).

²¹³ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

²¹⁴ *Oben*, II., 3.

meinschaften langsam und mühevoll auf die Bejahung von Grundrechten eingelassen haben. Dass dem oftmals auch theologisch zweifelhafte Annahmen zugrunde liegen, wurde in der Literatur in der Zwischenzeit dargestellt.²¹⁵

Eine unmittelbar staatstheoretische Bedeutung bekommt die Menschenwürde, wenn sie mit Fragen der richtigen Organisation politischen Handelns in Verbindung gebracht wird: Viel spricht zunächst dafür, dass es einen systematischen Zusammenhang zwischen Menschenwürde und demokratischer Herrschaftsform gibt.²¹⁶ Die Menschenwürde kann auch als Recht auf Teilhabe an einer politischen Gemeinschaft gelesen werden, als „Recht auf Rechte“,²¹⁷ denn zur elementaren Achtung gehört auch die Anerkennung der Möglichkeit, als gleichberechtigte Person politisch mitwirken zu können. Freilich wird man sehr vorsichtig sein müssen, aus dieser Parallele weitere Konsequenzen zu ziehen. In der Europäisierungsdiskussion wird das Argument in beiderlei Richtungen gezogen: Sowohl zugunsten der Mitgliedschaft in einem streng egalitär organisierten Staatsverband²¹⁸ als auch zugunsten der Europäischen Union, deren Gründungsdokumente als die Bürger unmittelbar ermächtigende Gesellschaftsverträge gelesen werden.²¹⁹ Beide Parallelen sind unzutreffend. Die europäischen Verträge sind schon deswegen keine Gesellschaftsverträge, weil sie nicht von den Bürgerinnen und Bürgern Europas geschlossen wurden, ein Vertretungsverhältnis durch die Mitgliedstaaten ist aber bei einem Gesellschaftsvertrag, der ja gerade Herrschaft etablieren soll, nicht möglich. Hier wurde eine Kategorie der politischen Philosophie schlicht missverstanden.²²⁰ Auf der anderen Seite bleibt der aus dem Prinzip der Menschenwürde hergeleitete Grundsatz demokratischer Gleichheit in dem Moment unbestimmt, in dem wir es mit verschiedenen Ebenen demokratischer Herrschaft zu tun haben, die, um miteinander verkoppelt zu werden, stets Formen der Repräsentation bedürfen, welche nicht allesamt einem identischen Gleichheitsmaßstab entsprechen können.²²¹

Trotz dieser Einwände scheint die grundgesetzliche Größe der Menschenwürde als Bezugsstück zwischen Verfassungsrecht und Verfassungstheorie theoretisch noch keineswegs ausgelotet. Es wäre schade, wenn die Diskussion sich auf die ausgetretenen Pfade der Grundrechtsdogmatik in der Variante der Frage „abwägbar oder nicht“ beschränken würde. Auch die international wachsende Neugier und die Rezeption der

²¹⁵ Vgl. die kritischen theologischen Beiträge bei P. Bahr/M. Heinig (Hrsg.), 2006 und *Friedrich-Wilhelm Graf*, *Missbrauchte Götter*, 2009.

²¹⁶ *Christoph Möllers*, *Democracy and human dignity – Limits of a moralized conception of rights in German Constitutional Law*, *Israel Law Review* 42 (2009), 417.

²¹⁷ *Hannah Arendt*, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, *Die Wandlung*, 1949, 754. Die Deutung, die *Christoph Enders*, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997 dieser Formel gibt, ein Recht auf Rechtsfähigkeit, erscheint einerseits für das Grundgesetz angemessen, andererseits verkennt die aber die Bedeutung der Arendtschen Formel völlig, die sich auf das Schicksal staatenloser Migranten bezog, denen mit diesem Recht eine Einbürgerungsperspektive gegeben werden sollte.

²¹⁸ BVerfGE 123, 267 (378 f.).

²¹⁹ *Ingolf Pernice*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148 (155 ff.).

²²⁰ Zur Klarstellung nur *Wolfgang Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, 19 ff.

²²¹ *Brun-Otto Bryde*, *Auf welcher politischen Ebene sind welche Probleme vorrangig anzugehen?*, in: B. Sitter-Liver (Hrsg.), *Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext*, 1999, 223.

Kategorie in anderen Rechtsordnungen, die freilich allesamt zurückhaltender sind als das deutsche Recht,²²² zeigt, dass hier ein Stück gemeinsamer Sprache entstehen könnte, deren globale Allgemeinverständlichkeit beträchtlich größer sein dürfte als beim Staatsbegriff.

V. Schluss

Vom ideologiekritischen Gehalt – um diesen etwas aus der Mode gekommenen, doch nicht überholten Begriff zu verwenden²²³ – der vorliegenden Untersuchung mag auch die Analyse anderer Kategorien profitieren, die mittlerweile an Stelle des Staatsbegriffs getreten sind und deren Verwendung nicht notwendig von Bestand oder herausragender Bedeutung der Institution des Nationalstaats abhängt. Immer wenn die Gesamtheit der Ordnung auf einen Begriff gebracht werden soll, erscheint Misstrauen angezeigt – zumal in der Disziplin des öffentlichen Rechts, deren Stärke in ihrer Sensibilität für Verfahrens- und Organisationszusammenhänge liegt. Systematisch neigen solche Begrifflichkeiten dazu, Zirkelschlüsse zu verdecken. Historisch rufen sie nicht selten Vergangenheiten an, die es so nie gegeben hat. Für den Staatsbegriff der deutschen staatstheoretischen Tradition bleibt es bei der Feststellung, dass er zu stark einer spezifisch deutschen vordemokratischen Tradition verhängen bleibt, um als wissenschaftliche Kategorie taugen zu können. Auch wenn staatliche Grenzen zur Erhaltung von demokratischer Legitimation wie zur Ermöglichung rechtlicher Formen nach wie vor gute Dienste leisten, umhagen sie auf dem Gebiet der Wissenschaft stets nur Provinzialität.

²²² Ein umfassender Vergleich, der auch die Besonderheiten des deutschen Zugangs hervorhebt, bei *Christopher McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *Europ. J. Int'l Law* 19 (2008), 655 (664 f.).

²²³ Zur Rehabilitierung des Begriffs: *Rabel Jaeggi*, Was ist Ideologiekritik?, in: R. Jaeggi/T. Wesche (Hrsg.), *Was ist Kritik?*, 2009, 266 (272 ff.).

Der Jurist hat so wenig die Aufgabe, den Wert jener Kulturgüter, deren Existenz an den Bestand von „Recht“ gebunden ist, zu „beweisen“, wie der Mediziner die Aufgabe hat, „nachzuweisen“, daß die Verlängerung des Lebens unter allen Umständen erstrebenswert ist. Beide sind dazu auch, mit ihren Mitteln, gar nicht imstande.

**Max Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ in
den soziologischen und ökonomischen Wis-
sensschaften (1917)**

Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität München im Wintersemester 1999/2000 als Dissertation vor. Sie wird mit dem Fakultätspreis für das Jahr 2000 ausgezeichnet werden.

Prof. Dr. Peter Lerche, meinem Doktorvater, danke ich herzlich für sein großes Vertrauen in ein zunächst undeutliches Projekt sowie für seine inhaltliche Offenheit und Neugier. Neben vielem anderem verdankt dieses Buch ihm die Einsicht, daß die Schwierigkeiten bei der Konkretisierung von Verfassungsrecht nicht dazu verleiten dürfen, sich von den Normen abzuwenden, um anderswo nach handfesteren Lösungen zu suchen. Ich bin stolz und froh, bei ihm promoviert zu haben.

Prof. Dr. Hartmut Bauer, als dessen Dresdner Assistent ich große Teile der Arbeit niederschrieb, gebührt großer Dank für die Möglichkeiten, die er mir an seinem Lehrstuhl ließ, aber auch für viele anregende Gespräche, die nicht ohne Wirkung blieben.

Richter des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio danke ich für ein schnelles Zweitgutachten, das mir half, manches Argument zu verbessern.

Meine Mutter, Marita Möllers, Ansgar Hense und Christoph Schönberger nahmen die Mühe auf sich, das gesamte Manuskript Korrektur zu lesen. Oliver Lepsius tat dergleichen und unterstützte die Fertigstellung darüberhinaus mit einer Fülle konstruktiver Anregungen. Dank gebührt ihnen sowie ferner Christian Waldhoff, mit dem zusammen mir die zugrundeliegende Idee 1993 in Würzburg kam, und Liv Assmann für wichtigen Rat in Sachen Interdisziplinarität.

Das Buch, dessen Gegenstand der Vergangenheit inniger verbunden sein dürfte als der Zukunft, befindet sich auf dem Stand Ende 1999.

Berlin, Neujahr 2000

Christoph Möllers

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	LV
Inhaltsverzeichnis	LIX
Abkürzungen	LXVII
Einleitung	1
 Erster Teil	
Dogmengeschichtliche Untersuchungen zum Staatsbegriff als Rechtsbegriff ..	9
 Kapitel 1: Renormativierung und Denormativierung des Staatsbegriffs – Georg Jellinek	
I. Staatstheoretische Grundlegung	12
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	23
III. Fazit	33
 Kapitel 2: Die Reduktion des Staatsbegriffs auf das Recht – Hans Kelsen	
I. Staatstheoretische Grundlegung	37
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	48
III. Fazit	55
 Kapitel 3: Die Reduktion des Staats auf die Faktizität – Carl Schmitt	
I. Kaiserreich – Normivistischer Anfang	59
II. Schmitts Staatsbegriff im Kontext der Weimarer Verfassung	60
III. Die Ära der Staatlichkeit und die Legitimität des Seekriegs	78
IV. Fazit	81
 Kapitel 4: Hinwendung zum Staat als Abkehr von der Normativität – Hermann Heller	
I. Staatstheoretische Grundlegung	84
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs?	92
III. Fazit	98
 Kapitel 5: Beschränkte Normativierbarkeit des Staats – Rudolf Smend	
I. Staatstheoretische Grundlegung	100
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	108
III. Fazit	114
 Fazit zum Ersten Teil	
I. Beschreibungsfunktionen des Staatsbegriffs	116
II. Staatstheorie im Verfassungsrecht: Gegensätze und Entsprechungen	121
 Zwischenbetrachtung – echte und scheinbare Kontinuitäten	
	123

Zweiter Teil**Staatstheoretische Grundlagenbegriffe der Staatsrechtslehre des Grundgesetzes**

Einführung in die Fragestellung: Staat als Verweisbegriff 129

Kapitel 6: Juristische Staatstheorie unter dem Grundgesetz – eine dogmengeschichtliche Skizze

I. Staatsbegriff als Kontinuitätsbegriff 136
 II. Staatsbegriff als Verlustbegriff 141
 III. Wiederentdeckung des Staatsbegriffs als disziplinbegründende Kategorie? 147
 IV. Fazit 149

Kapitel 7: Die Rechtspersönlichkeit des Staats – Zurechnung und Kontinuität 151

I. Vorüberlegung und Fragestellung 151
 II. Bedeutung nach innen: staatsorganisationsunabhängige Zurechnung 151
 III. Bedeutung nach außen: Völkerrechtssubjektivität als faktische Identität? 163
 IV. Fazit 170

Kapitel 8: Staatsrecht als Rechtsgebiet – im Unterschied zu Verfassungsrecht 171

I. Vorüberlegung und Fragestellung 171
 II. Selbstverständnis: Definitionen des Staatsrechts – Abgrenzungen zum Verfassungsrecht 173
 III. Methode: besondere Eigenheiten der Disziplin Staatsrecht? 175
 IV. Stichproben: politische Ingerenzen in der Verfassungspraxis 188
 V. Fazit 190

Kapitel 9: Staat als Legitimitätsbegriff – zum Staatszweck 192

I. Vorüberlegung und Fragestellung 192
 II. Historischer Kontextwechsel: Staatszwecklehren im Legitimationssystem des Grundgesetzes? 194
 III. Kodifizierte und nicht-kodifizierte Legitimität im Grundgesetz 198
 IV. Dogmatische Stichprobe: grundrechtliche Schutzpflichten 207
 V. Systematischer Restwert der Staatszwecklehre? 210
 VI. Fazit 213

Kapitel 10: Die Geschichte des modernen Staats – Vorsichtsregulative für den juristischen Gebrauch 214

I. Vorüberlegung und Fragestellung 214
 II. Herrschende Meinung: die Entstehung des Staats in der Herausbildung des frühneuzeitlichen Gewaltmonopols 214
 III. Begriffliche Zwischenbetrachtung: Substanz und Akzidenz des modernen Staats 218
 IV. Juristische und historische Fragestellung: Verstaatlichung und Staat 219
 V. Fazit 225

Kapitel 11: Staat als Einheit – Staat und Gesellschaft als staatstheoretisches Problem .. 228

I. Vorüberlegung und Fragestellung 228
 II. Aufgegebene oder vorausgesetzte Einheit des Staats? 230
 III. Begriffe der Einheit im Staatsrecht 245
 IV. Fazit 254

Kapitel 12: Staat als Verfassungsvoraussetzung 256

I. Vorüberlegung und Fragestellung 256
 II. Die Lehre vom Staat als Verfassungsvoraussetzung 257

III. Normative Konsequenzen der Lehre von der Verfassungsvoraussetzung	264
IV. Fazit	271
Kapitel 13: Staat als Inhaber des Gewaltmonopols	272
I. Vorüberlegung und Fragestellung	272
II. Staatsrechtliche Herleitungsmodelle: Staatstheorie und Rechtsstaatsprinzip	273
III. Faktum, Zirkel oder Vermutung: zum Gehalt der Gewaltmonopolformel	275
IV. Verfassungsdogmatische Reformulierung des Gewaltmonopolprinzips	278
V. Fazit	283
Kapitel 14: Das Gebot staatlicher Letztverantwortung	285
I. Vorüberlegung und Fragestellung	285
II. Bedeutung	287
III. Normative Herleitung	291
IV. Fazit	294
 Dritter Teil	
Verfassungsrechtliche Probleme im Rekurs auf den Staatsbegriff	297
 Kapitel 15: Grundrechtsgeltung als Grenze des Staats nach Innen – Staat und Gesellschaft als verfassungsrechtliches Problem	297
I. Vorüberlegung und Fragestellung	297
II. Öffentliches Recht und Privatrecht	300
III. Die Grundrechtsfähigkeit intermediärer Institutionen	305
IV. Staatsferne – Politische Parteien zwischen Distanz und Verschränkung mit Staat und Gesellschaft	334
V. Fazit	348
Kapitel 16: Die Staatlichkeit der Länder	350
I. Vorüberlegung und Fragestellung	350
II. Die Staatlichkeit der Länder in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ...	352
III. Systematische Untersuchung der Länderstaatlichkeit	357
IV. Die Länderstaatlichkeit jenseits des Rechts: politische Wirkung und symbolische Funktion	373
V. Fazit	374
Kapitel 17: Staatlichkeit als normative Grenze der europäischen Integration.	376
I. Vorüberlegung und Fragestellung	376
II. Herleitung der Staatlichkeitsgrenze – insbesondere die Position Paul Kirchhofs	378
III. Normative Konsequenzen des Staatlichkeitsgebots	389
IV. Fazit	416
Kapitel 18: Schlußbetrachtung – Dimensionen juristischer Staatstheorie	418
I. Allgemeine Staatslehre als interdisziplinäres Projekt?	418
II. Staatsbegriff und Demokratie	422
III. Staat als Rechtsbegriff	424
 Zusammenfassung der Ergebnisse	427
 Literaturverzeichnis	435
 Sachverzeichnis	483

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	LV
Inhaltsverzeichnis	LIX
Abkürzungen	LXVII
Einleitung	1

Erster Teil

Dogmengeschichtliche Untersuchungen zum Staatsbegriff als Rechtsbegriff ..	9
---	---

Kapitel 1: Renormativierung und Denormativierung des Staatsbegriffs –

Georg Jellinek	12
I. Staatstheoretische Grundlegung	12
1. Zwei-Seiten-Theorie und faktischer Staatsbegriff	12
2. Der Rechtsbegriff des Staats	17
3. Immanente Mängel des Jellinekschen Staatsbegriffs – Staatsbegriff als verdeckter Legitimitätsbegriff	18
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	23
1. Die Konstruktion subjektiver Rechte	23
2. Das Problem des Rechts der Staatsorganisation	25
3. Einvernehmliches Handeln der Staatsorgane, Lücken im Verfassungsrecht und Staatsnotrecht	27
4. Die Theorie des öffentlich-rechtlichen Vertrags	30
5. Zwischenergebnis: Jellineks juristische Argumentation mit dem Staatsbegriff	32
III. Fazit	33

Kapitel 2: Die Reduktion des Staatsbegriffs auf das Recht – Hans Kelsen

I. Staatstheoretische Grundlegung	36
1. Kelsens Auseinandersetzung mit Jellinek	37
2. Die Unmöglichkeit eines soziologisch definierten Staatsbegriffs	40
3. Immanente Probleme des Kelsenschen Staatsbegriffs	44
a) Die Konsequenzen für nichtjuristische Disziplinen	44
b) Die Identifikation von Staat und Recht als begriffliche Unterstellung?	44
c) Kelsens zweiter Staatsbegriff	46
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	48
1. Rechtspersönlichkeit des Staats – staatliches Recht – Rechtsstaat	48
2. Staatsformindifferenter Staatsbegriff	50
3. Die Theorie des öffentlich-rechtlichen Vertrags	53
4. Lücken im Recht und Staatsnotwehr	53
5. Ermessen und Rechtsbindung der Verwaltung	54
III. Fazit	55

Kapitel 3: Die Reduktion des Staats auf die Faktizität – Carl Schmitt	58
I. Kaiserreich – Normativistischer Anfang	59
II. Schmitts Staatsbegriff im Kontext der Weimarer Verfassung	60
1. Staatstheoretische Grundlegung	61
a) Staat als politische Einheit eines Volkes	61
b) Konsequenzen für das Verhältnis von Staat und Recht	64
c) Staat und Gesellschaft – historische Rekonstruktion mit normativen Folgen	67
d) Normative Staatsformenlehre: Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Jurisdiktionsstaat	70
2. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	72
a) Die Kompetenz des Reichspräsidenten aus Art.48 Abs. 2 WRV	72
b) Verfassungstheoretische Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit	76
3. Staat als Argument auf drei Ebenen	77
III. Die Ära der Staatlichkeit und die Legitimität des Seekriegs	78
IV. Fazit	81
 Kapitel 4: Hinwendung zum Staat als Abkehr von der Normativität – Hermann Heller	84
I. Staatstheoretische Grundlegung	84
1. Die Eigenständigkeit der juristischen Methode in Hellers Staatslehre	84
2. Staatliche Einheits-Bildung	86
3. Objektiver „Wirklichkeitsbezug“ in der Definition des Staatsbegriffs	88
4. Staat und Recht	91
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs?	92
1. Gesetzesbegriff und politischer Gesetzesvorbehalt	93
2. Andere Stellungnahmen zum positiven Verfassungsrecht	95
3. Parlament, Verfassungsgerichtsbarkeit und Souveränität	96
III. Fazit	98
 Kapitel 5: Beschränkte Normativierbarkeit des Staats – Rudolf Smend	100
I. Staatstheoretische Grundlegung	100
1. Integrationsformen im Staatsbegriff	101
2. Staatsrecht, Verfassung und Verfassungsrecht	105
II. Juristische Anwendung des Staatsbegriffs	108
1. Ganzheitliche Auslegungsmethode und Wertungstransparenz	108
2. Eigenart des Staatsrechts als politisches Recht und materielles Verfassungsrecht	109
3. Integration als normatives Gebot der Staatsorganisation	110
4. Smends Theorie der Grundrechte	112
III. Fazit	114
 Fazit zum Ersten Teil	116
I. Beschreibungsfunktionen des Staatsbegriffs	116
1. Staat als Einheit	116
2. Staat als „Wirklichkeit“	117
3. Staat als Legitimitätsgarant	118
4. Staat als Gegenstand des Staatsrechts	120
II. Staatstheorie im Verfassungsrecht: Gegensätze und Entsprechungen	121
 Zwischenbetrachtung – echte und scheinbare Kontinuitäten	123

Zweiter Teil

**Staatstheoretische Grundlagenbegriffe der Staatsrechtslehre
des Grundgesetzes**

Einführung in die Fragestellung: Staat als Verweisbegriff	129
---	-----

**Kapitel 6: Juristische Staatstheorie unter dem Grundgesetz –
eine dogmengeschichtliche Skizze**

I. Staatsbegriff als Kontinuitätsbegriff	136
II. Staatsbegriff als Verlustbegriff	141
III. Wiederentdeckung des Staatsbegriffs als disziplinbegründende Kategorie?	147
IV. Fazit	149

Kapitel 7: Die Rechtspersönlichkeit des Staats – Zurechnung und Kontinuität

I. Vorüberlegung und Fragestellung	151
II. Bedeutung nach innen: staatsorganisationsunabhängige Zurechnung	151
1. Positiv-rechtliche Vorgaben	151
2. Rechtspersönlichkeit des Staats: überholte dogmatische Konsequenzen	154
3. Staatstheoretische Zwischenbetrachtung	158
4. Die Rechtspersönlichkeit als Fiktion staatlicher Einheit in der Kritik	159
5. Zwischenergebnis	162
III. Bedeutung nach außen: Völkerrechtssubjektivität als faktische Identität?	163
IV. Fazit	170

Kapitel 8: Staatsrecht als Rechtsgebiet – im Unterschied zu Verfassungsrecht

I. Vorüberlegung und Fragestellung	177
II. Selbstverständnis: Definitionen des Staatsrechts – Abgrenzungen zum Verfassungsrecht	173
III. Methode: besondere Eigenheiten der Disziplin Staatsrecht?	175
1. Die Eigenarten des Staatsrechts nach Böckenförde	176
2. Insbesondere: Staatsrecht als politisches Recht	177
a) Die Vermittlungsfunktion des Staatsrechts zwischen Recht und Politik	178
b) Fehlende Konkretisierbarkeit des staatsrechtlichen Politikbezugs	183
3. Zwischenbetrachtung: Eigenarten des Staatsrechts als nicht-normativierbare Eigenarten des Verfassungsrechts	186
IV. Stichproben: Politische Ingerenzen in der Verfassungspraxis	188
V. Fazit	190

Kapitel 9: Staat als Legitimitätsbegriff – zum Staatszweck

I. Vorüberlegung und Fragestellung	192
II. Historischer Kontextwechsel: Staatszwecklehren im Legitimationssystem des Grundgesetzes?	194
III. Kodifizierte und nicht-kodifizierte Legitimität im Grundgesetz	198
1. Exkurs 1: Die verfassunggebende Gewalt des Volkes als verfassungsrechtlicher Grenzbegriff?	199
a) Normative Grundlage der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt	199
b) Die Rekonstruktion Böckenfördes	201
2. Exkurs 2: Überpositives Widerstandsrecht?	203
3. Zwischenergebnis	205
IV. Dogmatische Stichprobe: grundrechtliche Schutzpflichten	207
V. Systematischer Restwert der Staatszwecklehre?	210
VI. Fazit	213

Kapitel 10: Die Geschichte des modernen Staats – Vorsichtsregulative für den juristischen Gebrauch	214
I. Vorüberlegung und Fragestellung	214
II. Herrschende Meinung: die Entstehung des Staats in der Herausbildung des frühneuzeitlichen Gewaltmonopols	214
III. Begriffliche Zwischenbetrachtung: Substanz und Akzidenz des modernen Staats	218
IV. Juristische und historische Fragestellung: Verstaatlichung und Staat	219
1. Geschichtswissenschaftliche Relativierungen	220
2. Aporien der juristischen Fragestellung für die Geschichtsschreibung	224
V. Fazit	225
Kapitel 11: Staat als Einheit – Staat und Gesellschaft als staatstheoretisches Problem	228
I. Vorüberlegung und Fragestellung	228
II. Aufgegebene oder vorausgesetzte Einheit des Staats?	230
1. Einführung	230
2. Die vorausgesetzte Einheit des Staats	231
a) Staatstheoretischer Inhalt	231
b) Dogmengeschichtliche Herkunft	234
c) Verfassungsrechtliche Umsetzung	236
3. Die aufgegebene Einheit des Staats	237
a) Staatstheoretischer Inhalt	237
b) Dogmengeschichtliche Herkunft	240
c) Verfassungsrechtliche Umsetzung	240
4. Zwischenbetrachtung: Funktion und rechtliche Konkretisierbarkeit des Einheitsbegriffs	242
III. Begriffe der Einheit im Staatsrecht	245
1. Vorüberlegung	245
2. Staat als organisatorische Einheit – Einheit der Staatsgewalt und Demokratieprinzip	245
3. Staat als Machteinheit: die Aporie überlegener Staatsgewalt	248
a) Zum Stand der Diskussion um staatliche Macht	248
b) Schlußfolgerungen für juristische Staatstheorie und Staatsrecht	251
4. Staatliche Einheits-Bildung	252
IV. Fazit	254
Kapitel 12: Staat als Verfassungsvoraussetzung	256
I. Vorüberlegung und Fragestellung	256
II. Die Lehre vom Staat als Verfassungsvoraussetzung	257
1. Die Lehre von der Verfassungsvoraussetzung	257
a) Darstellung	257
b) Kritik	257
2. Insbesondere: Der Staat als Verfassungsvoraussetzung	260
a) Darstellung	260
b) Dogmengeschichtliche Herkunft	261
c) Kritik	261
III. Normative Konsequenzen der Lehre von der Verfassungsvoraussetzung	264
1. Vorüberlegung	264
2. Konsequenzen im Staatsorganisationsrecht: Staatsnotrecht	264
3. Staatlicher Existenzschutz als Grundrechtsschranke	267
a) Staatlichkeit als grundrechtliche Grenze	268
b) Vorstaatlichkeit der Grund- und Menschenrechte	270
IV. Fazit	271

Kapitel 13: Staat als Inhaber des Gewaltmonopols	272
I. Vorüberlegung und Fragestellung	272
II. Staatsrechtliche Herleitungsmodelle: Staatstheorie und Rechtsstaatsprinzip	273
III. Faktum, Zirkel oder Vermutung: zum Gehalt der Gewaltmonopolformel	275
1. Faktum: empirische Widerlegbarkeit	275
2. Zirkel: Staat als Alleininhaber rechtlicher Gewaltausübung	276
3. Vermutung: normative Präferenz für staatliche Gewaltausübung	277
IV. Verfassungsdogmatische Reformulierung des Gewaltmonopolprinzips	278
1. Staatsorganisationsrecht: Grenzen der Privatisierung physischer Gewalt	278
2. Grundrechtsdogmatik: Kein Grundrechtsschutz physischer Gewalt?	280
V. Fazit	283

Kapitel 14: Das Gebot staatlicher Letztverantwortung	285
I. Vorüberlegung und Fragestellung	285
II. Bedeutung	287
1. Normativer Kontext: Verfahrensprivatisierung	287
2. Argumentative Funktion: rechtspolitische Bewertung	289
III. Normative Herleitung	291
1. Normative Identität von Demokratieprinzip und staatlicher Letztverantwortung ..	291
2. Rückkopplungen auf die Dogmatik des Demokratieprinzips?	292
IV. Fazit	294

Dritter Teil

Verfassungsrechtliche Probleme im Rekurs auf den Staatsbegriff	297
---	-----

Kapitel 15: Grundrechtsgeltung als Grenze des Staats nach Innen – Staat und Gesellschaft als verfassungsrechtliches Problem	297
I. Vorüberlegung und Fragestellung	297
II. Öffentliches Recht und Privatrecht	300
1. Vorüberlegung: der Staatsbegriff des öffentlichen Rechts	300
2. Öffentliches Recht und Privatrecht als staatliches Recht	302
3. Zwischenergebnis	304
III. Die Grundrechtsfähigkeit intermediärer Institutionen	305
1. Vorüberlegung: Grundrechtspflichtigkeit als normative Staatstheorie	305
2. Kriterien der Grundrechtsgeltung als normatives Konzept von Staatlichkeit	309
a) Öffentliche Rechtsform als Indikator von Staatlichkeit	309
aa) Darstellung und Kritik	309
bb) Rechtfertigung: Pflicht zur öffentlichen Rechtsform?	310
cc) Rechtfertigung: Grundrechtspflichtigkeit ausschließende Eigenschaften des Zivilrechts	312
dd) Zwischenergebnis	313
b) Befugniswahrnehmung als Indikator von Staatlichkeit	314
c) Öffentliche Aufgabenwahrnehmung als Indikator von Staatlichkeit	317
aa) Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben	317
bb) Kritik der öffentlichen Aufgabe	319
cc) Zwischenergebnis	323
d) Grundrechtstreuhand als Indikator der Staatlichkeit	323
e) Verzicht auf Staatlichkeit als Kriterium der Grundrechtspflichtigkeit	324
f) Kombination der Theorien?	326
3. Zwischenbetrachtung: Totalität des Grundrechtspflichtigkeit aus Art. 1 Abs. 3 GG ..	326
4. Zurechnung zum Staat – zulässige und unzulässige Kriterien	328

5. Weiterbestehende Rechtsprobleme im Verhältnis zum Staatsbegriff – drei Beispiele	330
a) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	331
b) Landesmedienanstalten	331
c) Öffentlich-rechtliche Berufsvertretungen	332
6. Zwischenergebnis: Staatlichkeit und Zurechnung zum Staat	333
IV. Staatsferne – Politische Parteien zwischen Distanz und Verschränkung mit Staat und Gesellschaft	334
1. Vorüberlegung und Fragestellung	334
2. Die staatsrechtlichen Antinomien politischer Parteien	334
3. Verfassungsrechtlicher Befund und verfassungsgerichtliche Praxis	336
a) Grundgesetzliche Vorgaben für Verschränkung und Distanznahme politischer Parteien	336
b) Theoretische Stellungnahmen zur Stellung der Parteien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	339
4. Verfassungsgerichtlicher Umsetzungsversuch des theoretischen Dilemmas: Staatsfreiheit	342
5. Parteifreiheit des Staats?	345
6. Zwischenergebnis	347
V. Fazit	348
Kapitel 16: Die Staatlichkeit der Länder	350
I. Vorüberlegung und Fragestellung	350
II. Die Staatlichkeit der Länder in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ...	352
a) Erstes Neugliederungsurteil	353
b) Hessisches Besoldungsanpassungsgesetz	354
c) Niedersächsisches Besoldungsrecht	355
d) Volksabstimmung „Startbahn West“ und andere Entscheidungen	356
e) Zwischenergebnis	357
III. Systematische Untersuchung der Länderstaatlichkeit	357
1. Dogmatische Herleitung oder Voraussetzbarkeit der Länderstaatlichkeit	357
a) Länderstaatlichkeit vor dem Grundgesetz?	357
b) Länderstaatlichkeit aus dem Grundgesetz	359
c) Zwischenergebnis	361
2. Unabgeleitetheit der Landesstaatsgewalt: Normative Demokratiefähigkeit	362
3. Verfassungsautonomie als „Ausweis“ der Länderstaatlichkeit: formelle Verfassungsgebung	365
a) Befugnis zu formeller Verfassungsgebung als Ausweis der Staatlichkeit?	366
b) Potentielle normative Konsequenzen der Länderstaatlichkeit für die Verfassungsautonomie	368
c) Zwischenergebnis	370
4. Länderstaatlichkeit als Grenze der Verfassungsänderung	370
IV. Die Länderstaatlichkeit jenseits des Rechts: politische Wirkung und symbolische Funktion	373
V. Fazit	374
Kapitel 17: Staatlichkeit als normative Grenze der europäischen Integration	376
I. Vorüberlegung und Fragestellung	376
II. Herleitung der Staatlichkeitsgrenze – insbesondere die Position Paul Kirchhofs	378
1. Gang der Untersuchung	378
2. Staatliche Kontinuität in der Europäischen Integration	379
3. Staatstheoretisch vorausgesetzte Staatlichkeit	380

4. Verfassungsrechtlich vorausgesetzte Staatlichkeit – Art. 20 Abs. 1 GG	382
5. Die ultra-vires-Lehre als Schutz der Staatlichkeit – das Verbot staatlicher Selbstaufgabe	385
6. Zwischenergebnis – Gebot oder Verbot der Entstaatlichung	387
III. Normative Konsequenzen des Staatlichkeitsgebots	389
1. Staatlichkeit als Quantität der Hoheitsgewalt: staatlicher Aufgabenkern?	389
2. Staatlichkeit als Qualität der Hoheitsgewalt: Souveränität	393
a) Konkretisierungsschritt 1: Souveränität und Rechtseinheit des integrierten Staats	393
aa) Souveränität als staatliche Rechtseinheit: Geltungsmonismus	393
bb) Gleichordnung von Staat und europäischem Verband: Geltungsdualismus ..	395
cc) Zwischenergebnis	399
b) Konkretisierungsschritt 2: Austritts-, Vertragsänderungs- und verfassungsgerichtliches Letztentscheidungsrecht	399
aa) Austrittsrecht aus dem Europäischen Verbund als Souveränitätspotential ...	399
bb) Änderungsbefugnis für das Europäische Primärrecht	400
cc) Letztprüfungsrecht des Bundesverfassungsgerichts – Staatlichkeit als unveräußerliche Grundrechtsgarantie	403
dd) Zwischenergebnis	405
3. Verschränkungsstrukturen von Staatlichkeit und Demokratieprinzip	405
a) Formen normativer Verknüpfung zwischen Demokratieprinzip und Staatlichkeit	406
aa) Funktionale Verknüpfung: Staatsvolk	406
bb) Fundamentale Verknüpfung: Staatlichkeit und verfassungsgebende Gewalt ..	409
cc) Prozessuale Verknüpfung: Zulässigkeit und Prüfungsmaßstab des Maastricht-Urteils	412
b) Rekonstruktion von Staatlichkeit und Demokratieprinzip als Grenzen der Integration	415
IV. Fazit	416
Kapitel 18: Schlußbetrachtung – Dimensionen juristischer Staatstheorie	418
I. Allgemeine Staatslehre als interdisziplinäres Projekt?	418
II. Staatsbegriff und Demokratie	422
III. Staat als Rechtsbegriff	424
Zusammenfassung der Ergebnisse	427
Literaturverzeichnis	435
Sachverzeichnis	483

Abkürzungsverzeichnis

AK	Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1989
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ASG	Archiv für Sozialgeschichte
ASSP	Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BerDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CMLRev	Common Market Law Review
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Erinnerungsgabe
EvStL	Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GuG	Geschichte und Gesellschaft
GS	Gedächtnisschrift
HBDStR	Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I (1930), Bd. II (1932)
HBVR	Bender/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994
HStR	Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1987 ff
HZ	Historische Zeitschrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbStVW	Jahrbuch für Staats- und Verwaltungswissenschaften
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KfZSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
MIÖG	Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichte
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NWVB.	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RJ	Rechtshistorisches Journal
RPrVB.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RV	Reichsverfassung
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
StL	Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl. 1985ff.
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SZ (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abt.
ThürVbl.	Thüringer Verwaltungsblätter
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VjHZG	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VS WG	Vierteljahreshefte für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung
WRS	Klecatsky, Marcic, Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 1968
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WÜV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

1. Welche Bedeutung hat der Staatsbegriff für die Dogmatik des Staatsrechts? Ist der „Staat“ des Staatsrechts lediglich eine historisch zufällige und im internationalen Vergleich relativ einmalige Bezeichnung eines Rechtsgebiets? Oder ist der Staatsbegriff, der in der deutschen Tradition ja immer auch als Rechtsbegriff verstanden wird, für die konkrete staatsrechtliche Problemlösung wesentlich? Wenn dies der Fall ist, wenn sich also Beispiele für die rechtliche Relevanz des Staatsbegriffs finden, wie ist diese dann methodisch zu rechtfertigen? Was ist der Geltungsgrund eines normativ wirksamen Staatsbegriffs, und wie ist es möglich, hochabstrakte staatsrechtliche Vorgaben für die Lösung eines staatsrechtlichen Falls angemessen zu konkretisieren? Ist der „Staat“ ein staatsrechtlicher „Schleusenbegriff“¹? Oder begründet die Staatstheorie eine Störung des Staatsrechts²? Dies ist die Fragestellung, auf die diese Arbeit eine Antwort sucht. Sie zielt nicht auf den einen richtigen staatsrechtlichen Entwurf, sondern lediglich darauf zu klären, ob sich von der Staatsrechtslehre vorgegebene staatsrechtliche Begrifflichkeiten rechtsdogmatisch beim Wort nehmen lassen können.

Die Selbstbeschreibung des deutschen öffentlichen Rechts als *Staatsrecht*, die mit wenigen Ausnahmen keine Parallele im öffentlichen Recht anderer Länder kennt³, ist nur der sichtbarste Ausdruck der großen Bedeutung, die der Begriff des Staats für die deutsche Staatsrechtslehre einnimmt⁴. Das Grundanliegen der vorliegenden Untersuchung ist es festzustellen, in welchem Verhältnis diese Bedeutung zum Gebrauchswert des Begriffs in der Rechtsdogmatik steht. Dazu wird die *Bestimmung* des Staatsbegriffs in einem staatsrechtlichen Zusammenhang von seiner *Funktion* in einem normativ-juristischen Kontext zu unterscheiden sein. Nur so ist es möglich zu verstehen, was der Staatsbegriff für das Staatsrecht leistet – und was nicht.

Diese Fragestellung soll kurz anhand dreier Beispiele verdeutlicht werden: Im Vorwort zum Ersten Band des Handbuchs des Staatsrechts unterstreichen die Herausgeber Isensee und Kirchhof den grundlegenden Unterschied zwischen Staatsrecht und Verfassungsrecht: „Staatsrecht greift über das Verfassungsrecht hinaus auf das normative

¹ Begriff: E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143, 143.

² So wohl W. Henke, Recht und Staat, 1988, 599.

³ Vgl. aber den Hinweis bei M. Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaften, 1997, 2 in Anm. 4 auf den entsprechenden Ausdruck im Russischen und bei K. Stern, Staatsrecht und Verfassungsrecht in ihrer Wechselbezüglichkeit, FS Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, 845, 846 in Anm. 8 auf das Spanische.

⁴ Dazu in Abgrenzung sowohl zur angelsächsischen wie auch zur französischen Tradition: C. Schönberger, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?/Une science juridique franco-allemande?, 1999, 111, 114f., 122ff.

Umfeld, in dem seine Strukturen konkretisiert, seine Regelungen weitergeführt, seine Grundentscheidungen praktisch umgesetzt werden.“⁵ Welche Begriffe von Staat und Verfassung setzt diese Unterscheidung voraus, und wie ist sie juristisch operationalisierbar? Vielleicht als dem Begriff des Staatsrechts immanente Grenze verfassungsgerichtlicher Überprüfung⁶? In einem viel zitierten Aufsatz hat Böckenförde eine staats-theoretische Kritik an der Figur des Staats als juristische Person vorgelegt und im Anschluß an Heller vorgeschlagen, diese durch den Begriff der Organisation zu ersetzen⁷. Widerspricht dieser Vorschlag der rechtstechnisch üblichen Bezeichnung der Staaten Bundesrepublik Deutschland und der Länder als juristische Personen? Gegen welche rechtsdogmatisch relevanten Zusammenhänge könnte er sich sonst richten? Die Diskussion grundrechtlicher Schutzpflichten schließlich erfolgt nicht selten im engen Zusammenhang mit der Kategorie Staatszweck⁸. Lassen sich aber aus Staatszwecken dogmatisch ergebige Erkenntnisse für die Reichweite grundrechtlicher Schutzpflichten gewinnen?

In der Masse vorfindlicher staatsrechtlicher Probleme behandelt diese Arbeit quantitativ allenfalls eine Randfrage. Die allermeisten staats- oder verfassungsrechtlichen Überlegungen kommen ohne jeden Bezug zum Staatsbegriff aus. Eine vermeintliche „Notwendigkeit, aus einem vorgegebenen Staatsbegriff Rechtssätze des Verfassungsrechts abzuleiten, die im Grundgesetz nicht enthalten sind“⁹, wird nur in wenigen Fällen unterstellt. Nicht selten wird aber, wenn es doch einmal auf den Staatsbegriff anzu-kommen scheint, die Argumentation unscharf und pauschal. Festen Grund hat das öffentliche Recht offensichtlich, allen methodischen Anfechtungen zum Trotz, nur bei der Auslegung von Normtexten¹⁰. Wo diese schweigen (oder durch theoriegesättigte Auslegung zum Schweigen gebracht werden), beginnt Ungewißheit, und die Bedeutung grundsätzlicher Begriffe, auch des Staatsbegriffs, steigt. Diese Ungewißheit dar-zustellen, zu analysieren und sie durch Darstellung und Analyse zu begrenzen, ist ein Ziel der folgenden Überlegungen.

Die Fragestellung der Arbeit ermöglicht es zugleich, Selbstbeschreibung der Staats-rechtslehre und wissenschaftliche Praxis miteinander zu vergleichen. Offensichtlich stellen staats-theoretische Begriffe nämlich für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht eine wichtige Form dar, eigene Positionen zusammenfassend zu bestimmen. Das Be-kenntnis zu einer ihrer Unterdisziplinen (Staatsrecht oder Verfassungsrecht), die Zitie-rung bestimmter Autoren der Tradition (Schmitt oder Smend) und die Verwendung be-stimmter Begrifflichkeiten (Einheit des Staats oder Vielheit der Verfassungsinterpreten) indizieren die Zugehörigkeit zu bestimmten wissenschaftlichen Positionen. Nicht im-mer klar und zumindest für die Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit sehr zweifelhaft¹¹

⁵ J. Isensee/P. Kirchhof, Vorwort, HStR I, VII.

⁶ So etwa H. H. Klein, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968.

⁷ E.-W. Böckenförde, Organ, Organisation, juristische Person, FS H.-J. Wolff, 1973, 269.

⁸ Vgl. etwa D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 102ff.

⁹ So wünschenswert deutlich: A. Bleckmann, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 1993, 6.

¹⁰ Womit nicht gesagt ist, daß Texte als solche Lösungen bieten. Schon ihre Erkennbarkeit als Text bedarf eines Kontexts: J. Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1998, 529ff.

¹¹ Eine prägnante Analyse der Differenz zwischen wissenschaftlicher Lagerbildung und tatsächlichen Positionen bei D. Lehnert, Die Weimarer Staatsrechtsdebatte zwischen Legendenbildung und Neubesinnung, Aus Politik und Zeitgeschichte B 51/96, 3, 13.

ist jedoch, ob der Selbstbeschreibung durch solche Positionsbestimmungen auch konkrete und im juristischen Einzelfall ausschlaggebende staatsrechtliche Stellungnahmen entsprechen. Dies gilt umso mehr, wenn dabei theoretische Fronten rezipiert werden, die schon ungenau waren, als sie geäußert wurden¹². Eine bloße Darstellung des Methodenverständnisses, etwa in Form einer staatsrechtlichen Ideengeschichte des Staatsrechts, stellt die Selbstbeschreibung einer Disziplin deshalb möglicherweise unvollständig dar. Sie läuft stets Gefahr, theoretische Bekenntnisse beim Wort zu nehmen und ungeprüft mit ihrer juristischen Umsetzung zu identifizieren. So wird nicht erkennbar, ob sich unter demselben staatsrechtlichen Schlagwort ein unterschiedliches juristisches Vorgehen oder umgekehrt unter intensiven methodischen Differenzen eine ähnliche juristische Praxis verbirgt oder ob sich methodisches Selbstverständnis und juristische Argumentationspraxis tatsächlich entsprechen.

2. Die Unterscheidbarkeit von Staatstheorie und Staatsrecht, also von Staat als Argument im Unterschied zu Argumenten aus dem Staatsrecht, wird zu Beginn der Darstellung vorausgesetzt und damit zugleich zu ihrem eigentlichen Problem. Diese Unterscheidbarkeit in irgendeiner Art beweisen zu wollen, widerspräche dem Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung, die keine eigene Staatstheorie entwickeln will, sondern eben nur das Verhältnis von staatsrechtlichem Vorverständnis zu staatsrechtlicher Problemlösung aufzuklären sucht. Dieses Erkenntnisinteresse ist freilich nur einsehbar, wenn die ihm zugrundeliegende Unterscheidung ihrerseits überzeugend ist. Von vornherein ist dies nur der Fall, wenn man das Staatsrecht von dem ihm angetragenen methodischen Zugang unterscheiden kann und beide nicht als in undifferenzierbarer Verschlungeneheit befindlich begreift. Dies gilt für jedes methodische Vorverständnis, im besonderen aber für den Staatsbegriff, der – etwa in der Formel vom Staat als Verfassungsvoraussetzung¹³ – als etwas dem Staatsrecht Immanentes verstanden werden kann, so daß Staatstheorie und positives Staatsrecht nicht mehr zu unterscheiden sind. Ob die hier vorausgesetzte Unterscheidung stichhaltig ist, kann sich erst im Gang der Untersuchung erweisen, die zu zeigen hat, ob die Differenz zwischen staatsrechtlichem und positiv-staatsrechtlichem Aspekt ertragbringend ist oder nicht. Zwei intuitive Einsichten sollen diesen Zugang trotzdem vorläufig rechtfertigen: Zum einen läßt die oben gestreifte rechtsvergleichende Perspektive vermuten, daß Verfassungsrecht auch ohne theoretisch entwickelten Staatsbegriff möglich ist¹⁴; zum anderen zeigt der praktische Umgang mit dem öffentlichen Recht, daß der Begriff des Staats aus der überwältigenden Mehrheit öffentlich-rechtlicher Begründungsstränge verschwunden ist.

Mit der Vermutung, daß sich Staatstheorie und Staatsrecht unterscheiden lassen, verbindet die Arbeit jedoch eben auch die Vermutung, daß diese Unterscheidung gewichtige Probleme aufwirft. Die bloße Feststellung, „Staatsphilosophische wie staats- und

¹² Etwa die harsche Kritik Hellers an Kelsen trotz sich nicht immer widersprechender Positionen. Dazu C. Müller, Kritische Bemerkungen zur Kelsen-Rezeption Hermann Hellers, in: C. Müller/I. Staff (Hrsg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, 1985, 128.

¹³ H. Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, FS Scheuner, 1973, 285, 293ff.

¹⁴ Paradebeispiel für ein staatsloses Verfassungsrechtssystem sind natürlich England und die Vereinigten Staaten: K. Dyson, The State Tradition in Western Europe, 1980; D. Grimm, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 53, 61ff.

verfassungstheoretische Erklärungsmodelle mögen plausibel oder implausibel, logisch oder unlogisch sein; normativer Geltungsanspruch ist ihnen nicht eigen: ihr Existenzmodus ist nicht der normtypische der *Geltung*.¹⁵ löst diese Probleme nicht. Ganz abgesehen von staatsphilosophischen Traditionen, die sich stets in den hermeneutischen Zusammenhang der Normanwendung einschleichen¹⁶, kann das positive Verfassungsrecht mit dem Verweis auf staatsrechtliche Kategorien staatsrechtliche Begrifflichkeiten implantieren und damit zur Beschäftigung mit staatsrechtlichen Elementen auch in einem normativen Zusammenhang zwingen. Der Hinweis auf die Positivität des Rechts hilft spätestens in diesem Fall nicht mehr weiter¹⁷.

Die Arbeit setzt weiterhin voraus, daß so etwas wie eine eigene juristisch-normative Methode existiert und daß die Rechtswissenschaften sich als Normwissenschaften von anderen Disziplinen distanzieren und differenzieren müssen, so daß die Einbeziehung anderer wissenschaftlicher Fragestellungen etwa aus Geschichte, Ökonomie oder Soziologie zwar nicht ausgeschlossen, aber doch eigener Rechtfertigung bedürftig ist. Dies bedeutet auch, daß das unüberschaubare unter den Überschriften Staatslehre oder Staatstheorie gemachte wissenschaftliche Angebot hier nur insoweit von Interesse ist, wie es von den Rechtswissenschaften entworfen oder zumindest rezipiert wurde.

3. Die Arbeit versucht sich der Fragestellung in drei großen Schritten zu nähern; sie ist demzufolge in drei Teile geteilt. Dabei bildet sich die dieser Fragestellung zugrundeliegende Unterscheidung zwischen staatsrechtlicher Voraussetzung und staatsrechtlicher Relevanz im Aufbau ab:

Der Erste historische Teil untersucht die staatsrechtliche Bedeutung des Staatsbegriffs im Werk von fünf Staatsrechtlern, die zugleich Staatstheoretiker waren: Georg Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller und Rudolf Smend (Kapitel 1–5). Dieser Erste Teil stellt kein historisches Ornament, keine bloß auf die Vergangenheit bezogene Zusatzinformation dar, er ist vielmehr für die nachfolgenden Überlegungen integral und unabdingbar. In der Staatsrechtslehre des Grundgesetzes finden sich zahllose nicht selten bloß implizite Voraussetzungen, die auf die staatsrechtlichen Vorarbeiten der untersuchten Theoretiker aufbauen. Ja, man wird behaupten dürfen, daß für das Grundgesetz kaum genuin eigene staatsrechtliche Entwürfe hervorgebracht worden sind, sondern vielmehr zumeist der Versuch unternommen wurde, die überlieferte Begrifflichkeit in einer dem Grundgesetz gemäßen Form zu rezipieren. So findet sich beispielsweise die Vorstellung eines hinter dem Recht stehenden, dieses voraussetzenden Staats – auf ganz unterschiedliche Weise – in den Werken Jellineks und Schmitts ausgearbeitet. Dieses Konzept ist für die Vorstellungswelt der Staatsrechtslehre des Grundgesetzes nicht ohne Einfluß, ohne daß es aber in so intensiver Weise theoretisch fundiert worden wäre wie bei diesen Theoretikern. Schon bei der Untersuchung ihrer Werke wird es daher darum gehen, staatsrechtliches Vorverständnis mit den daraus

¹⁵ M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 505 in Anm. 367 (Hervorhebung im Original).

¹⁶ F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, 199f.

¹⁷ Vgl. diesen übereinstimmenden Gesichtspunkt bei zwei ganz unterschiedlichen Zugängen zu zwei ganz unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Problemen: H.-D. Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, 15; A. Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971, 28.

gezogenen normativen Konsequenzen ins Verhältnis zu setzen, um dann bewerten zu können, welche im engeren Sinne juristische Relevanz ihre staatsrechtlichen Bemühungen im eigenen Werk entfalten. Eine abschließende Zwischenbetrachtung soll die Kontinuitätslinien zur Gegenwart im Überblick vorstellen.

Der Zweite Teil wählt einen staatsrechtlichen Ausgangspunkt. Er untersucht gebräuchliche Bestimmungen des Staatsbegriffs auf ihre möglicherweise zu ziehenden oder tatsächlich gezogenen staatsrechtlichen Implikationen. Auch dieser Teil beginnt mit einer historischen Skizze, die die Bedingtheit staatsrechtlicher Begriffsverwendung für die Spanne seit Geltung des Grundgesetzes aufweisen wird (Kapitel 6). Dem schließen sich Untersuchungen zum Verständnis des Staats als juristischer Person (Kapitel 7), dem Staatsrecht als eigenständiger Disziplin im Unterschied zum Verfassungsrecht (Kapitel 8), der Argumentation mit Staatszwecken (Kapitel 9), dem Staat als Gegenstand historischer Wirklichkeit (Kapitel 10), dem Staat als Einheit (Kapitel 11), als Verfassungsvoraussetzung (Kapitel 12), als Inhaber des Gewaltmonopols (Kapitel 13), und zuletzt schon im Übergang zum Dritten Teil zur Kategorie der staatlichen Letztverantwortung (Kapitel 14) an.

Der Dritte und letzte Teil schließlich wählt einen zum Zweiten Teil umgekehrten Weg der Argumentation: Drei durch das Grundgesetz vorgegebene Problemstellungen, die den Begriff des Staats einbeziehen, werden auf die dogmatische Bedeutung dieses Bezugs hin analysiert. Hierbei handelt es sich um die Unterscheidbarkeit von Staat und Gesellschaft bei der Frage der Grundrechtsberechtigung (Kapitel 15), um die Staatlichkeit der Bundesländer (Kapitel 16) und schließlich um die Staatlichkeit Deutschlands als Grenze supranationaler Integration (Kapitel 17). Die Untersuchung endet mit einem die Ergebnisse bilanzierenden Kapitel zu den Perspektiven einer juristischen Staatslehre, zum Verhältnis von Staats- und Demokratiebegriff und zur begrifflichen Struktur des Staatsbegriffs im Staatsrecht (Kapitel 18). Die systematische Unterscheidung zwischen dem Zweiten und dem Dritten Teil setzt die Überlegung um, daß das staatsrechtliche Vorverständnis die Untersuchungsgegenstände des Zweiten, das positive Recht dagegen diejenigen des Dritten Teils liefern soll.

4. Der vorliegende Versuch kann auf eine Fülle von Vorarbeiten aufbauen, freilich auf keine, die sich ausdrücklich mit einer gleichen oder auch nur ähnlichen Fragestellung den Problemen nähert. Die grundlegende Untersuchung Baduras¹⁸ blickt von der Staatstheorie aus gleichsam in die diametral gegenüberliegende Richtung: nicht zu den normativ-juristischen Anschlußmöglichkeiten der Staatstheorie, sondern zu ihren philosophischen Grundlagen¹⁹. Ein solcher zwei theoretische Ebenen vergleichender Ansatz steht der vorliegenden Arbeit näher als solche Beiträge, die anhand eines vorgegebenen Wortes die staatsrechtliche Ideengeschichte ohne nähere Fragestellung durchmustern²⁰. Gut zu veranschaulichen ist das hiesige Erkenntnisinteresse an drei Werken, die auf verschiedene Weise die Rechtspersönlichkeit des Staats untersuchen. Häfelin²¹

¹⁸ P. Badura, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, 1959 (2. Aufl. 1998).

¹⁹ Unter Methode versteht Badura dementsprechend die wissenschaftstheoretische Grundlegung der Staatstheorie: Badura, Methoden, 25.

²⁰ So etwa M. W. Hebeisen, Souveränität in Frage gestellt, 1995; K. Waechter, Studien zum Begriff der Einheit des Staates, 1994.

²¹ U. Häfelin, Die Rechtspersönlichkeit des Staates, 1959.

liefert einen historischen Gang durch die verschiedenen Bestimmungen der Rechtspersönlichkeit, jedoch ohne die Funktion dieser Bestimmung im rechtsdogmatischen Kontext in den Blick zu nehmen. Dieser Arbeit ähnlichere Interessen weisen daher Darstellungen auf, die aus einer konkreten Problemsicht heraus nicht nach der immanenten begrifflichen Richtigkeit, sondern nach der dogmatischen Funktion dieser Konstruktion fragen. Für die Rechtspersönlichkeit des Staats gilt das einerseits für die Untersuchung Wolffs²², die sich mit deren juristischer Funktion im Staatsorganisationsrecht beschäftigt, andererseits für die Untersuchung Schönbergers, die die Doktrin im Kaiserreich in ihrem Verhältnis zum Verständnis parlamentarischer Repräsentation analysiert²³. Fragestellungen von ähnlichem historischem Interesse finden sich in der Arbeit von Lepsius²⁴, die sich unter anderen mit dem auch für die Staatstheorie wesentlichen Begriff der „Wirklichkeit“ beschäftigt, in der Arbeit Wendenburgs²⁵, die das zentrale Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit untersucht, in der Arbeit Koriaths, die die Bedeutung von Smends Werk bis in die Gegenwart verfolgt²⁶, sowie in einem wenig zitierten Beitrag von Kondylis²⁷. Auch aus der staatsrechtlichen Methodenliteratur verdankt die Arbeit vor allem solchen Beiträgen viel, die den immer wieder eingeforderten Bezug des Staatsrechts auf die „Wirklichkeit“ einer kritischen Analyse unterziehen und damit den spezifischen Wissensbezug der Wissenschaft vom öffentlichen Recht reflektieren. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Arbeit Morloks²⁸, die zahlreichen Beiträge Friedrich Müllers²⁹ und die in vielerlei Weise den Wirklichkeitsbezug des Rechts aufarbeitende Theorie Luhmanns³⁰. Für den Problemzugang sehr hilfreich waren schließlich Werke, die andere Schlüsselbegriffe des Staatsrechts auf ihre normativen Bezüge hin untersucht haben. Zu nennen sind hier die Untersuchung Kunigs zum Rechtsstaatsprinzip³¹ und diejenige Schlaichs zum Begriff der Neutralität³².

5. Anknüpfungspunkt der folgenden Überlegungen muß, um ihren Gegenstand beschränkt zu halten, die Verwendung des *Wortes* Staat sein. Dies ist zu betonen, weil vielerlei bei anderen Ausdrücken ansetzende grundsätzliche Erwägungen und Einwürfe auch als solche des Staatsverständnisses oder der Staatstheorie verstanden werden können und trotzdem nicht in die Arbeit einbezogen sind. Die juristisch-systematische Ergiebigkeit dieser Verwendung in einem bestimmten juristischen Kontext mag es dann ihrerseits rechtfertigen (oder auch nicht), vom Wort Staat auch als Begriff sprechen zu können³³.

²² H. J. Wolff, *Organschaft und juristische Person*, 1929.

²³ C. Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, 1997.

²⁴ O. Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung* 1994.

²⁵ H. Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984.

²⁶ S. Koriath, *Integration und Bundesstaat*, 1990.

²⁷ P. Kondylis, *Jurisprudenz, Ausnahmezustand und Entscheidung*, *Der Staat* 34 (1995), 325.

²⁸ M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988.

²⁹ Vgl. etwa oben Anm. 13.

³⁰ Vgl. etwa: N. Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *RJ* 9 (1990), 176.

³¹ P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986.

³² K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972.

³³ Die Unterscheidung zwischen Wort und Begriff verdiente im juristischen Kontext wieder mehr Beachtung. Sie erscheint wohl nicht zufällig in der frühen Literatur zu Kelsen, mit Bezug auf

Viele grundsätzliche Themen kann die Arbeit nur berühren und ganze Problemkomplexe, etwa den Begriff der Verfassung, nicht als solche, sondern nur bei Gelegenheit behandeln. Ausdrücklich ausgenommen von der Untersuchung sind im übrigen verschiedene Rechtsgebiete, die den Umfang der Arbeit sprengen würden: das Finanzverfassungsrecht, das Staatskirchenrecht sowie die vor 1989 aufgewandten staatsrechtlichen Bemühungen zur Bewältigung der deutschen Teilung. Auch die zahlreichen normativen und deskriptiven Präfix- und Attributformen des Wortes Staat, Rechtsstaat und Sozialstaat, kooperativer, informaler und schlanker Staat finden in der Arbeit keine ausdrückliche Berücksichtigung. Insbesondere die unübersehbaren Diskussionen um Begrenzung und Kritik von Staatsaufgaben und über die verfassungsrechtliche Fixierung von Staatszielen finden in der Arbeit allenfalls am Rande Berücksichtigung. Beide Debatten sind rechtspolitischer, nicht rechtsmethodischer Natur, sie operieren *de lege ferenda*. Auszuschließen ist von der Untersuchung endlich die Frage der verfassungsrechtlichen Bedeutung der sogenannten Staatspraxis³⁴, denn diese betrifft gerade nicht den hier interessierenden Zusammenhang zwischen Staatstheorie und Staatsrecht.

Eine Untersuchung wie die folgende, die sich zwischen der Staatstheorie Georg Jelineks und der Theorie sozialer Systeme, zwischen kooperativen Verwaltungsverfahren und dem Recht der politischen Parteien bewegt, wird dem Eindruck des Vielfältigen, ja Disparaten nicht entgehen. Dies ist zuallererst ein Problem der Darstellung und als solches dem Verfasser zuzurechnen – jedoch nicht zur Gänze: Denn der Staatsbegriff, dies kann vorweggenommen werden, erweist sich bei näherer Untersuchung nicht als ein homogener Block, als ein Fundament, auf den das öffentliche Recht seine Dogmatik bauen kann, sondern vielmehr als ein einigermaßen amorphes, historisch zufällig gewachsenes und dem Recht zum größten Teil unsichtbares Gebilde, das nur in einigen nicht immer vorhersehbaren Fällen an der Oberfläche juristischer Problematik auftaucht.

die Souveränität bei A. Merkel, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, AöR 47 (1921), 171, 174, 181f., mit Bezug auf den Staat bei W. Jöckel, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930, 138f.

³⁴Dazu P. Lerche, Staatspraxis und Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Maier, 1996, 341; C. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, 1972, 75ff., 120ff. (insbes. 122 in Anm. 178).

Erster Teil

Dogmengeschichtliche Untersuchungen zum Staatsbegriff als Rechtsbegriff

Einführung in die historische Fragestellung

Wann und wie gerinnt den staatsrechtlichen Klassikern der Staatsbegriff zu einem rechtsdogmatischen Argument? Die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Gehalt des Staatsbegriffs soll im folgenden zunächst historisch entwickelt werden. Anhand einer Untersuchung des Werks der Staatsrechtler Georg Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller ist die prinzipielle Problematik einer juristisch-normativen Verwendung des Staatsbegriffs in dogmengeschichtlicher Perspektive darzulegen. Vor Beginn des historischen Teils sind allerdings einige Überlegungen zum weiteren Vorgehen anzustellen:

Zunächst scheint es naheliegend, daß die Arbeit die klassischen Staatstheoretiker der Weimarer Zeit in den Blick nimmt, die in der gegenwärtigen wissenschaftlichen Diskussion weiterhin präsent sind. Nicht ganz so selbstverständlich dürfte dagegen sein, daß die Arbeit mit dem Werk Georg Jellineks beginnt. Könnte sie nicht auch mit den Anfängen politischen Denkens in der Antike, mit den Anfängen moderner Staatstheorie in den Werken von Hobbes, Machiavelli und Bodin oder mit der ausgearbeiteten Theorie des Staats deutscher Provenienz, nämlich derjenigen Hegels, anheben? Völlig abgesehen von der Notwendigkeit, den Umfang der Arbeit zu begrenzen, entspricht der Beginn dieser Arbeit bei Jellinek dem ihr zugrundeliegenden Konzept. Diesem geht es nämlich nicht um die Geschichte der Staatsideen, sondern um die Möglichkeit, unter den Bedingungen einer methodisch ausdifferenzierten und staatsrechtlich reflektierten Wissenschaft vom öffentlichen Recht normativ mit dem Staatsbegriff zu argumentieren. Kann man den Beginn einer solchen Verselbständigung der Disziplin bei C. F. Gerber ansetzen, so stellt das Werk Jellineks den ersten und wohl bis heute am größten angelegten Versuch dar, diese Verselbständigung unter Bezug auf den Staatsbegriff methodisch zu reflektieren. Daß „der Staat“¹ älter sein mag als diese Tradition, ist daher hier nicht von Belang.

Es ist methodisch nicht unproblematisch, dogmengeschichtliche² Probleme an den Überlegungen einzelner Denker zu exemplifizieren. Der wissenschaftliche Diskurs

¹ Wobei die Theorie des Staats und die institutionelle Verwirklichung dieser Theorie streng zu unterscheiden sind. Zum Problem hier nur W. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 100ff., eingehender unten, Zweiter Teil, Kapitel 10.

² Dogmengeschichte ist hier von Wissenschaftsgeschichte zu unterscheiden, die auch und vorrangig mit den wissenschaftlichen Institutionen und ihrem realgeschichtlichen Kontext umzugehen hat. Zur Unterscheidung: Friedrich, Geschichte, 5f.; M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, 1988, 43ff.

spielt sich in einem Kontext ab, der in seinen wesentlichen Teilen nicht von denen geprägt wird, deren Werke überdauern, ja noch nicht einmal von denen, die den Überzeugungen der Gegenwart besonders nahestehen³. Der Bezug auf Klassiker, die zu solchen auch durch das Verständnis ihrer Nachwelt gemacht werden⁴, ist rechtsgeschichtlich naiv⁵. Ihre Werke stehen nicht im luftleeren Raum, sondern in bestimmten politischen und wissenschaftlichen Zusammenhängen, die bei einer relativ textimmanenten Lektüre verloren gehen. Wenn dieser Kontext im folgenden trotzdem weitgehend ausgeblendet wird, so deshalb, weil die hier gemachten Bemühungen nicht in einem engeren Sinn historischer Natur sind. Vielmehr fragt die Arbeit nach einem juristischen Methodenproblem der Gegenwart, für dessen Lösung bestimmte Autoren der Vergangenheit von Bedeutung sind. Die Auswahl kanonisierter Autoren ist in diesem Fall auch zu rechtfertigen, weil die fehlende Kontinuität der deutschen Verfassungstradition die Relevanz einzelner einflußreicher Autoren befördert haben dürfte: Wo es an einem durch Kontinuität gewachsenen „Gemeinen Recht“ fehlt, muß die Wiederaneignung einzelner (vermeintlich) repräsentativer Autoren weiterhelfen. Die dogmengeschichtlichen Untersuchungen erfolgen mithin vor dem Hintergrund einer staatsrechtsimmanenten Fragestellung⁶. Aufgrund dieser systematischen Annäherung sind biographische Gesichtspunkte auszublenden.

Ein zweites methodisches Problem ergibt sich daraus, daß sich der Gegenstand, auf dessen Suche sich die Arbeit macht, nämlich die normativen Konsequenzen eines staatsrechtlichen Vorverständnisses, seit Jellinek stark verändert hat. Von im engeren Sinne staatsrechtlichen Konsequenzen kann man sinnvollerweise erst in dem Augenblick sprechen, in dem der Vorrang der Verfassung im Rechtssystem institutionalisiert wurde; dies wiederum erst mit Beginn einer funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit⁷.

Für das Kaiserreich kann man demgegenüber eine besondere Entfremdung des nunmehr dogmatisch ausdifferenzierten Staatsrechts gegenüber praktischen Rechtsproblemen feststellen⁸. Viele der juristischen Konsequenzen etwa der Jellinekschen Staatsbegrifflichkeit bleiben daher nach heutigem Verständnis konstruktiv oder aber rechtspolitisch – nichtsdestotrotz nach Jellineks eigenem Verständnis in einem juristischen Sin-

³ Hier wäre im vorliegenden Kontext an Richard Thoma zu denken. Vgl. *H.-D. Rath*, Positivismus und Demokratie, 1981, 114f.

⁴ *N. Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 452 in Anm. 136: Klassiker als „multifunktionale Erfindung“.

⁵ Entsprechende Kritik z. B. bei *W. Heun*, Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik, *Der Staat* 17 (1989), 377, 377 in Anm. 3. Die Untersuchung eines nicht kanonisierten, aber für den Kontext wichtigen Protagonisten des Methodenstreits bei *S. Koriath*, Normativität mit Vorbehalt – Günther Holsteins Greifswalder Beitrag zur Methodendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre, *AöR* 123 (1998), 606, 610, 611ff.

⁶ Beispiel für ein entsprechendes Vorgehen in einem ganz anderen Kontext, nämlich der Geschichte der Rhetorik: *M. Cahn*, Die Kunst der Überlistung, 1986, 11ff.

⁷ Zum Problem: *R. Blänkner*, Der Vorrang der Verfassung, in: *R. Blänkner/B. Jussen* (Hrsg.), Institution und Ereignis, 1998, 295; *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), 485, 488ff.

⁸ *M. Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 244; *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, 39ff.

ne normativ. Erst die Weimarer Republik bringt weitergehende Ansätze zu einer Verfassungsgerichtsbarkeit hervor⁹ – und damit ein Verständnis von Verfassungsrecht, das dem heutigen eher vergleichbar ist. Dies ist bei der Heranziehung juristischer Konsequenzen aus staatsrechtlichen Voraussetzungen zu berücksichtigen.

Getreu der Orientierung der Fragestellung am *juristischen* Gehalt der Staatsbegrifflichkeit werden die nun anschließenden Einzeluntersuchungen versuchen, das Verständnis des Staatsbegriffs seinem argumentativen Gebrauch gegenüberzustellen. Dabei wird, soweit dies ohne unvertretbare Vergrößerungen möglich ist, in einem ersten Teil die staatsrechtliche Grundlegung, in einem zweiten Teil die konkrete juristische Arbeit mit dem Staatsbegriff exemplarisch zu untersuchen sein. Dies ermöglicht nicht allein eine pragmatische Beurteilung der angewandten Methoden, sondern auch die Beantwortung der Frage, ob die Staatsrechtslehrer ihren eigenen methodischen Vorgaben in der juristischen Anwendung treu bleiben wollten oder konnten. Die Auswahl der Beispiele muß sich naturgemäß an das durchaus diverse Angebot behandelter Rechtsprobleme halten. Dabei spielt auch die mögliche Vergleichbarkeit zwischen den Theoretikern eine Rolle, um ein repräsentatives Bild ihrer Argumentationstechnik gewinnen zu können.

⁹ K.-H. Ladeur, in: F. Hase/K.-H. Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, 1980, 90ff.; H. Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, 34ff.