

Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung

Herausgegeben von
JULIAN KRÜPER,
MEHRDAD PAYANDEH
und HEIKO SAUER

Mohr Siebeck

Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung



Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung

Herausgegeben von
Julian Krüper, Mehrdad Payandeh
und Heiko Sauer

Mohr Siebeck

Julian Krüper ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum.

Mehrdad Payandeh ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School Hamburg.

Heiko Sauer ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für
Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-158237-0 / eISBN 978-3-16-158238-7
DOI 10.1628/978-3-16-158238-7

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Konrad Hesse hätte am 29. Januar 2019 seinen 100. Geburtstag gefeiert. Bereits 2018 jährte sich seine Freiburger Antrittsvorlesung über „Die normative Kraft der Verfassung“ zum 60. Mal. Mit Blick auf diese Anlässe wurde am 1. und 2. März 2018 an der Ruhr-Universität Bochum eine Tagung zu diesem grundlegenden Text Konrad Hesses, dem Kontext seiner Entstehung, seiner Rezeption sowie seiner Bedeutung und Wirkung abgehalten. Im Beisein seines Sohnes Albrecht Hesse wurde der Text von Freiburger Kollegen und Weggefährten Konrad Hesses, von Schülerinnen und Schülern im weiteren Sinne, von aktuellen und ehemaligen Verfassungsgerichtskollegen sowie von jüngeren Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern analysiert und diskutiert.¹ Ein herzlicher Dank gebührt der Fritz-Thyssen-Stiftung, die nicht nur die Tagung förderte, sondern auch ermöglichte, dass die Tagungsbeiträge gemeinsam mit dem Originaltext der Antrittsvorlesung von Konrad Hesse in diesem Band veröffentlicht werden können.

Die Idee für eine wissenschaftliche Befassung mit der Antrittsvorlesung Konrad Hesses geht zurück bis Juni 2016, als wir uns gemeinsam mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Lehrstühle in Düsseldorf zu einem Grundlagen-Kolloquium trafen, in dessen erster Sitzung wir „Die normative Kraft der Verfassung“ behandelten. Schnell wurde klar, dass es sich bei dem nur 22 Druckseiten umfassenden Text um einen grundlegenden Beitrag für die Verfassungsrechtswissenschaft handelt. Die Debatten warfen die Frage nach der zeitgeschichtlichen Einordnung des Textes und seines gesellschaftspolitischen Kontextes auf, drehten sich um das Konzept eines „Klassikertextes“ und um Kriterien hierfür und diskutierten den zentralen, aber nur schwer greifbaren Begriff der Normativität und seine Verortung im Verhältnis zum geltenden Verfassungsrecht, zur Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, um schließlich der Relevanz des Textes für aktuelle rechtswissenschaftliche Diskurse und Herausforderungen rund um die Normativität des geltenden deutschen und europäischen Verfassungsrechts nachzuspüren. Auch wenn man von einem 60 Jahre alten Text keine unmittelbaren Antworten auf aktuelle Fragen erwarten wird, so war und ist es doch unsere Überzeugung, dass die Befassung mit dem

¹ Siehe dazu auch die Tagungsbesprechungen in *Rechtswissenschaft 2018*, S. 96 ff.; *DÖV 2018*, S. 756 ff.; *JZ 2018*, S. 727 f.; und auf www.rsozblog.de.

Text von Konrad Hesse nicht nur Aufschluss über eine faszinierende Juristenpersönlichkeit und den Stand des Verfassungsrechtsdiskurses Ende der 1950er Jahre geben kann, sondern dass der Text mit seinen scharfsinnigen und differenzierenden Ausführungen zur Normativität einen wahrlich grundlegenden Beitrag zu einem nicht nur für das geltende Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtswissenschaft zentralen Konzept leistet, der auch nach 60 Jahren kein bisschen an Faszination verloren hat.

Im ersten Abschnitt des Bandes widmen sich Rainer Wahl und Anna Katharina Mangold zunächst dem historischen Kontext und der Rezeption des Textes und gehen dabei auch der Frage nach, was eigentlich einen verfassungsrechtswissenschaftlichen Klassikertext ausmacht und warum die Antrittsvorlesung Konrad Hesses hierzu zählt. Im zweiten Abschnitt nehmen dann Matthias Jestaedt, Hans Vorländer und Udo Di Fabio den Text zum Anlass und zum Ausgangspunkt, um unterschiedlichen disziplinären Perspektiven auf das Konzept der Normativität nachzuspüren. Im dritten Abschnitt schließlich werden Fragen der Verfassungsnormativität des geltenden Rechts von Thomas Kleinlein, Gabriele Britz und Ingolf Pernice im Lichte der Überlegungen Konrad Hesses mit Blick auf föderale Ordnungen generell, auf das Grundgesetz und auf die europäische Verfassung aufgeworfen.

Als im weitesten Sinne „akademische Urenkel“ Konrad Hesses ist es uns eine besondere Freude, den Text der Antrittsvorlesung an dieser Stelle neu veröffentlichen zu können – zusammen mit den gedankenreichen Analysen und weiterführenden Überlegungen aus den unterschiedlichsten Perspektiven der Verfassungsrechtswissenschaften. Wir hoffen, dass dieser Band die Befassung nicht nur mit der „normativen Kraft der Verfassung“, sondern auch mit dem Werk und Wirken von Konrad Hesse im Übrigen anregen möge. Das 60jährige Jubiläum der Antrittsvorlesung und sein 100. Geburtstag bieten dafür schöne Anlässe.

Bochum, Hamburg und Bonn im März 2019

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Konrad Hesse</i>	
Die normative Kraft der Verfassung	1
<i>Rainer Wahl</i>	
Die normative Kraft der Verfassung. Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext	19
<i>Anna Katharina Mangold</i>	
„Die normative Kraft der Verfassung“. Zur Bedeutung von Klassikertexten im öffentlichen Recht am Beispiel der Antrittsvorlesung Konrad Hesses	49
<i>Matthias Jestaedt</i>	
„Die normative Kraft der Verfassung“. Eine zeitgebundene Gründungsschrift der Bonner Staatsrechtslehre ..	63
<i>Hans Vorländer</i>	
Die normative Kraft von Verfassungen	85
<i>Udo Di Fabio</i>	
Normativitätsdiskurse im Vergleich der Verfassungswissenschaften ..	105
<i>Thomas Kleinlein</i>	
Verfassungsnormativität in föderalen Ordnungen	115
<i>Gabriele Britz</i>	
Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur normativen Kraft der Grundrechte. Aktuelles zur Schutz-, Leistungs- und Drittwirkungsdimension	143
<i>Ingolf Pernice</i>	
„Die Normativität der Europäischen Verfassung“. Wunschdenken oder Wegweisung der Zukunft?	165
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	225

RECHT UND STAAT
IN GESCHICHTE UND GEGENWART
EINE SAMMLUNG VON VORTRÄGEN UND SCHRIFTEN AUS
DEM GEBIET DER GESAMTEN STAATSWISSENSCHAFTEN

222

DIE NORMATIVE KRAFT
DER VERFASSUNG

Freiburger Antrittsvorlesung

VON

Dr. KONRAD HESSE

ordentlicher Professor der Rechte
an der Universität Freiburg/Br.



1959

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Die normative Kraft der Verfassung

Konrad Hesse

I.

[3] Am 16. April 1862 hielt *Ferdinand Lassalle* in einem fortschrittlich-liberalen Berliner Bezirksverein seinen Vortrag über Verfassungswesen¹. Verfassungsfragen, so lautete seine Grundthese, sind ursprünglich nicht Rechtsfragen, sondern Machtfragen. Denn die Verfassung eines Landes sind die in dem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse: die militärische Macht, verkörpert in der Armee, die gesellschaftliche Macht, verkörpert im Einfluß der Großgrundbesitzer, die wirtschaftliche Macht, verkörpert in der Großindustrie und im Großkapital, schließlich, wenn auch jenen anderen Mächten nicht gleichbedeutend, die geistige Macht, verkörpert im allgemeinen Bewußtsein und in der allgemeinen Bildung. Die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich aus dem Zusammenspiel dieser Faktoren ergeben, sind die tätig wirkende Kraft, welche alle Gesetze und rechtlichen Einrichtungen der Gesellschaft so bestimmt, daß sie im wesentlichen gar nicht anders sein können als sie eben sind; sie sind deshalb die *wirkliche* Verfassung des Landes. Das, was man gewöhnlich Verfassung nennt, die *rechtliche* Verfassung, ist nach den Worten *Lassalles* nur ein Stück Papier. Ihr Vermögen, motivierend und regulierend zu wirken, reicht nur so weit, wie sie mit der wirklichen Verfassung übereinstimmt. Ist das nicht der Fall, dann findet ein Konflikt statt, der nicht zu vermeiden ist, und bei dem unbedingt auf die Dauer die geschriebene Verfassung, das bloße Blatt Papier, den tatsächlich im Lande bestehenden Machtverhältnissen erliegen muß.

Verfassungsfragen sind ursprünglich nicht Rechtsfragen, sondern [4] Machtfragen: so lehren uns nicht nur Politiker, sondern auch Juristen. „Die Entwicklung der Verfassungen“, sagt *Georg Jellinek* vierzig Jahre später, „bietet uns die große, immer noch nicht genug in ihrer gewaltigen Bedeutung gewürdigte Lehre, daß Rechtssätze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen. Die realen politischen Kräfte bewegen sich nach ihren eigenen Gesetzen, die von allen juristischen Formen unabhängig wirken.“² Dieser Gedanke gehört offensichtlich nicht der

¹ Ges. Reden und Schriften, hrsg. u. eingeleitet von *Eduard Bernstein* II (1919) S. 25 ff.

² Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906) S. 72.

Vergangenheit an, sondern er ist ausgesprochen oder unausgesprochen auch in der Gegenwart vielfach lebendig; nur wird er heute simplifiziert und vergrößert, indem das allgemeine Bewußtsein und die allgemeine Bildung, die *Lassalle* noch zu den bestimmenden Machtfaktoren gerechnet hatte, völlig in den Hintergrund treten. Es ist dies ein Gedanke, der um so faszinierender wirkt, als er so leicht greifbar und unmittelbar einleuchtend erscheint, als er sich offenbar ganz nüchtern auf den Boden der Tatsachen stellt und alle Illusionen beiseite schiebt, als er sich anscheinend durch die geschichtliche Erfahrung bestätigt findet; denn die Verfassungsgeschichte scheint in der Tat zu lehren, daß im politischen Ringen des Alltags wie in den entscheidenden Lebensfragen des Staates die Macht der politischen Realitäten stets größer gewesen ist als die Macht der Rechtsnormen, daß die Normativität immer wieder der Faktizität hat weichen müssen – es sei nur an den preußischen Budgetkonflikt erinnert, dem der Vortrag Lassalles galt, an den Wandel der politischen Stellung der Parlamente, der den Hintergrund jener resignierenden Bemerkung *Georg Jellineks* bildete, oder das jede Widerlegung offenbar von vornherein ausschließende Beispiel des Scheiterns der Weimarer Reichsverfassung.

In seine Konsequenzen hinein durchdacht bedeutet der Gedanke von der ausschließlich bestimmenden Kraft der tatsächlichen Verhältnisse folgendes: Die Bedingung der Wirksamkeit der rechtlichen Verfassung, nämlich die völlige Übereinstimmung von Wirklichkeit und Norm, ist ein lediglich hypothetischer Grenzfall. Denn zwischen der dem Prinzip nach statischen, rationalen Norm und [5] der fließenden, irrationalen Wirklichkeit besteht wesensnotwendig eine Spannung, die sich nicht aufheben läßt. So ist für dieses Verfassungsdenken der Zustand des Konfliktes ständig gegeben: die rechtliche Verfassung erliegt in ihren wesentlichen, nämlich den nicht rein technischen Bestandteilen täglich der wirklichen Verfassung. Der Gedanke von der ausschließlich bestimmenden Wirkung der wirklichen Verfassung läuft damit auf nichts anderes hinaus als auf eine Leugnung der rechtlichen Verfassung. Man könnte in Abwandlung des bekannten Wortes von *Rudolf Sohm* sagen: Das Verfassungsrecht steht mit dem Wesen der Verfassung in Widerspruch.

Eine solche Leugnung des Verfassungsrechts enthält zugleich die Leugnung des Wertes der Staatsrechtswissenschaft als juristischer Wissenschaft. Die Staatsrechtswissenschaft ist, wie alle Rechtswissenschaft, Normwissenschaft; dadurch unterscheidet sie sich von der politischen Soziologie und der Wissenschaft von der Politik als reinen Wirklichkeitswissenschaften. Sind die Normen der Verfassung nichts anderes als ein Ausdruck sich ständig wandelnder tatsächlicher Verhältnisse, dann muß die Wissenschaft von der rechtlichen Verfassung zu einer Rechtswissenschaft ohne Recht werden, der letztlich keine andere Aufgabe bleibt als die, immer wieder die von der

Realpolitik geschaffenen Tatsachen zu konstatieren und zu kommentieren. Staatsrechtswissenschaft ist dann nicht Dienst an einer auf gegebenen gerechten staatlichen Ordnung, sondern sie hat die kümmerliche, einer Wissenschaft nicht würdige Funktion der Rechtfertigung bestehender Machtverhältnisse. Macht sie sich jene Leugnung des Verfassungsrechts aber zu eigen, betrachtet sie selbst die wirkliche Verfassung als das allein Ausschlaggebende, dann verliert sie ihren Charakter als Normwissenschaft und wird zu einer reinen Seinswissenschaft; sie unterscheidet sich dann nicht mehr von der Soziologie oder von der politischen Wissenschaft.

Diese Leugnung des Verfassungsrechts und die darin beschlossene Leugnung des Wertes der Staatsrechtswissenschaft als juristischer Wissenschaft ist dann berechtigt, wenn die rechtliche Verfassung wirklich nichts anderes ist als der Ausdruck der jeweiligen tatsäch[6]lichen Machtkonstellation. Ihr ist der Boden entzogen, wenn der Verfassung eine, sei es auch begrenzte, eigene, motivierende, das staatliche Leben ordnende Kraft innewohnt. Die Frage, die damit gestellt ist, ist die nach der normativen Kraft der Verfassung. Gibt es neben der bestimmenden Macht der tatsächlichen Verhältnisse und der gegebenen politischen und sozialen Kräfte auch eine bestimmende Kraft des Verfassungsrechts? Worauf beruht diese Kraft, und wie weit reicht sie? Ist es nicht vielleicht nur eine – für den Verfassungsjuristen sozusagen berufsnotwendige – Fiktion, zu meinen, vornehmlich das Recht bestimme den Gang des staatlichen Lebens, während ihn in Wahrheit ganz andere Kräfte bestimmen? Diese Fragen treten gerade im Bereich der Verfassung besonders hervor, weil hier im Gegensatz zu anderen Bereichen der Rechtsordnung letztlich die äußere Gewähr für die Durchsetzung der rechtlichen Normierungen fehlt. Mit der Antwort steht und fällt der Gedanke der rechtlichen Verfassung, steht und fällt auch die Staatsrechtswissenschaft als Normwissenschaft.

II.

Der Versuch einer Antwort wird auszugehen haben von der gegenseitigen Bedingtheit von rechtlicher Verfassung einerseits, politischer und sozialer Wirklichkeit andererseits³ (1.). Er wird weiter die Grenzen und die Möglichkeiten des Wirkens der rechtlichen Verfassung innerhalb jenes Zusammenhangs ins Auge fassen müssen (2.). Schließlich ist nach den Voraussetzungen solcher Wirkung zu fragen (3.).

³ Die hier nur gestellte Frage der normativen Kraft ist keine Frage der Rechtsquellenlehre. Es ist somit nicht entscheidend, ob zur „rechtlichen Verfassung“ auch Sätze überpositiven Rechts gehören können. Auch wenn man dies anerkennt, bleibt die Problematik in ähnlicher Weise bestehen.

1. Die Bedeutung der rechtlichen Normierung in und gegenüber der konkreten Wirklichkeit läßt sich nur erkennen, wenn beide zueinander in Beziehung gesetzt und in ihrem unlösbaren Zusammenhang wie in ihrer gegenseitigen Bedingtheit gesehen werden. Eine isolierende, einseitig nur die eine oder andere Seite ins Auge fassende [7] Betrachtung ermöglicht keine Antwort. Für den, der nur auf die rechtliche Normierung sieht, kann die Norm nur „gelten“ oder „nicht gelten“; eine andere Möglichkeit gibt es nicht. Wer einseitig auf die politische und soziale Wirklichkeit blickt, wird das Problem entweder übersehen oder er wird geneigt sein die Bedeutung der rechtlichen Normierung zu ignorieren.

Dieser Ausgangspunkt, so selbstverständlich er erscheint, bedarf besonderer Hervorhebung. Denn das staatsrechtliche Denken der jüngeren Vergangenheit ist im juristischen Positivismus der Schule *Paul Labands* und *Georg Jellineks* wie in dem „soziologischen Positivismus“ der Verfassungslehre *Carl Schmitts* weithin durch eine derartige Isolierung von Norm und Wirklichkeit geprägt⁴, und die Wirkungen dieses Denkens sind auch in der Gegenwart noch nicht überwunden. Die als unüberbrückbar angesehene Scheidung von Wirklichkeit und Norm, von Sein und Sollen im Verfassungsrecht führt in unserer Frage nicht nur nicht weiter; sie kann, wie mehrfach bemerkt worden ist⁵, zu einer uneingestandenem oder eingestandenem Bestätigung der These von der ausschließlich bestimmenden Kraft der tatsächlichen Verhältnisse werden⁶. Selbst jede Akzentverschiebung in der einen oder anderen Richtung führt beinahe unvermeidlich in die Extreme der wirklichkeitsentleerten Norm oder der normentleerten Wirklichkeit. Es ist daher notwendig, den Weg zu suchen zwischen der Preisgabe des Normativen an die bloße Faktizität auf der einen Seite und der durch die Wirklichkeit verdrängten und gegenstandslos gemachten Normativität auf der an[8]deren deren Seite. Dieser Weg läßt sich nur finden, wenn man darauf verzichtet, die gestellte Frage im Sinne eines prinzipiellen Entweder-Oder zu beantworten.

⁴ Prägnante Beispiele dieser Denkweisen etwa bei *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (5. Aufl. 1911) I S. IX f.; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl. 1921) S. 20, 50 f.; *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928) S. 22 f.

⁵ Vgl. z. B. *G. Leibholz*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, jetzt (gekürzt) in: Strukturprobleme der modernen Demokratie (1958) S. 279 f.; *H. Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung (1953) S. 33; *Chr. Graf v. Krockow*, Die Entscheidung (1958) S. 65 f.

⁶ z. B. *G. Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung aaO und Allgemeine Staatslehre S. 359 f.; *C. Schmitt*, Politische Theologie (2. Aufl. 1934) S. 18 ff. – Zur Kritik von Formalismus und Positivismus ist bereits während der Weimarer Zeit alles Notwendige gesagt worden, insbes. von *E. Kaufmann*, *R. Smend*, *H. Heller* und *G. Holstein*. Vgl. dazu die in Anm. 7 aufgeführten Schriften und besonders noch *H. Heller*, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, AöR NF 16 (1929) S. 321 ff., insbes. 343 ff.

Die Verfassungsnorm hat kein eigenes, von der Wirklichkeit unabhängiges Sein. Ihr Wesen besteht darin, daß sie *gelten*, d. h. den von ihr normierten Zustand in der Wirklichkeit verwirklichen will. Dieser Geltungsanspruch läßt sich nicht von den geschichtlichen Bedingungen seiner Realisierung ablösen, die, in vielfältiger Interdependenz stehend, die besonderen Gesetzmäßigkeiten schaffen, an denen er nicht vorbeigehen kann. Dazu gehören die jeweiligen natürlichen, technischen, ökonomischen, sozialen Bedingungen, denen gegenüber der Geltungsanspruch der Rechtsnorm sich nur realisieren läßt, wenn sie diese Bedingungen in Rechnung stellt. Und dazu gehören nicht minder die geistigen Gehalte, die in einem Volke Wirklichkeit geworden sind, die konkreten gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen, welche die Gestaltung, das Verständnis und die Autorität der Rechtssätze entscheidend beeinflussen.

Aber, und das ist hier ausschlaggebend, der Geltungsanspruch einer Verfassungsnorm ist mit den Bedingungen seiner Realisierung nicht identisch; sondern er tritt als ein eigenes Element zu diesen Bedingungen hinzu. Deshalb ist die rechtliche Verfassung nicht nur Ausdruck eines Seins, sondern auch eines Sollens, ist sie mehr als ein bloßes Spiegelbild der tatsächlichen Bedingungen ihrer Geltung, insbesondere der politischen und sozialen Kräftegruppierungen. Vermöge ihres Geltungsanspruchs sucht sie ihrerseits die politische und soziale Wirklichkeit zu ordnen und zu gestalten. Von dieser bestimmt, sie aber zugleich wieder bestimmend, läßt sie sich nicht auf ein Prinzip zurückführen, weder auf das rein Normative noch auf die bloße Normalität oder die Bedingungen der politischen, gesellschaftlichen oder ökonomischen Situation. Wirklichkeitsbedingtheit und Normativität der Verfassung lassen sich nur unterscheiden, sie lassen sich weder voneinander trennen noch miteinander identifizieren.

2. „Wirkliche Verfassung“ und „rechtliche Verfassung“ – um an die eingangs verwendeten Begriffe anzuknüpfen – stehen also in [9] einem Verhältnis korrelativer Zuordnung⁷. Sie sind aufeinander bezogen, aber nicht

⁷ Der jüngeren Vergangenheit und der Gegenwart ist die Einsicht in diese Struktur des Rechts bei aller Unterschiedlichkeit der Standpunkte nie ganz verlorengegangen. Vgl. z. B. O. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien* ZgesStW 30 (1874) S. 159; E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* (2. Aufl. 1925) S. 31 ff., 281 ff.; E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (1911) passim, bes. S. 102f., 107f., 115, 125f., 129f.; derselbe, *Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof* (1920) S. 68; zusammenfassend und besonders eindrücklich, freilich mit einer gewissen harmonisierenden Grundtendenz: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie (1921) passim; D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (3. Aufl. 1950); mit besonderer Klarheit: H. Heller aaO und *Staatslehre* (1934) passim, insbes. S. 184f.; U. Schneurer, *Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz, Rechtsgutachten in: Der Kampf um den Wehrbeitrag II* (1953) S. 101 ff.; derselbe, *Grundfragen des modernen Staates in: Recht, Staat, Wirtschaft III* (1951) S. 134; J. Wintrich, *Über Eigenart und Methode verfassungs-*

schlechthin voneinander abhängig; vielmehr kommt der rechtlichen Verfassung eine, wenn auch nur relative, eigenständige Bedeutung zu. Ihr Geltungsanspruch ist ein Faktor in dem Kräftefeld, aus dessen Wirken die staatliche Wirklichkeit hervorgeht. In dem Maße, in dem es ihr gelingt, diesen Geltungsanspruch zu realisieren, gewinnt die rechtliche Verfassung normative Kraft. Das führt zu der weiteren Frage nach den *Möglichkeiten und Grenzen* einer solchen Realisierung innerhalb des Gesamtzusammenhangs der Interdependenzen, in den der Geltungsanspruch der rechtlichen Verfassung eingebettet ist.

Die Einsicht in diese Möglichkeiten und Grenzen kann sich nach dem eben Gesagten nur aus der *Wirklichkeitsbezogenheit der rechtlichen Verfassung* ergeben. Sie ist nicht neu. Der Staatslehre des [10] Konstitutionalismus, welcher der Gedanke der Herauslösung der rechtlichen Verfassung aus der Totalität der staatlichen Wirklichkeit noch fremd ist, ist sie weithin selbstverständlich. Sie findet hier, wenn ich recht sehe, ihren wohl klarsten Ausdruck in den politischen Schriften *Wilhelm von Humboldts*.

„Keine Staatsverfassung“, sagt *Humboldt* in einer seiner Frühschriften, „kann gelingen, welche die Vernunft nach einem angelegten Plan gleichsam von vorn her gründet; nur eine solche kann gedeihen, welche aus dem Kampf des mächtigeren Zufalls mit der entgegenstrebenden Vernunft hervorgeht“, welche also mit anderen Worten an die Gegebenheiten der konkreten geschichtlichen Situation anknüpft und deren Bedingungen mit der an den Maßstäben der Vernunft orientierten rechtlichen Normierung in sich verbindet. ... „Aus der *ganzen* individuellen Beschaffenheit der Gegenwart“, heißt es weiter, ... „geht dann die Folge hervor. Die Entwürfe, welche die Vernunft dann durchzusetzen bemüht ist, erhalten ... *von dem Gegenstande selbst noch, auf den sie angelegt* sind, Form und Modifikation. So können sie Dauer gewinnen, so Nutzen stiften. – Auf jene Weise, wenn sie auch ausgeführt werden, bleiben sie ewig unfruchtbar ... Die Vernunft hat wohl Fähigkeit, vorhandenen Stoff zu bilden, aber nicht Kraft neuen zu erzeugen. *Diese Kraft ruht allein im Wesen der Dinge*, diese wirken, die

gerichtlicher Rechtsprechung in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet (1952) S. 229; G. Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalmächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1953/54) S. 67 ff.; derselbe, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 13 (1955) S. 33 f.; G. Leibholz, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit aaO S. 280 f. – Daß die Integrationslehre, indem sie das Problem als „Frage der spezifischen Substanz des Staates als Gegenstand rechtlicher Regelung durch die Verfassung“ sieht (R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen [1955] S. 188), sich um eine zu weitgehende Ineinssetzung von Norm und Faktum bemüht und darüber die notwendige Spannung zwischen beiden zu kurz kommt, hat nunmehr R. Smend selbst hervorgehoben (Artikel „Integrationslehre“ im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften V S. 301).

wahrhaft weise Vernunft reizt sie nur zur Tätigkeit und sucht sie zu lenken. Hierbei bleibt sie bescheiden stehen. Staatsverfassungen lassen sich nicht auf Menschen, wie Schößlinge auf Bäume pflanzen. Wo Zeit und Natur nicht vorgearbeitet haben, da ist's, als bindet man Blüten mit Fäden an. Die erste Mittagssonne versengt sie.“⁸

In der Denkschrift über die deutsche Verfassung vom Dezember 1813 hat *Humboldt* diese Gedanken weitergeführt. „Verfassungen“, sagt er dort, „gehören zu den Dingen, deren es einige im Leben gibt, deren Dasein man sieht, aber deren Ursprung man nie ganz begreift, und daher noch weniger nachbilden kann. Jede Verfassung, auch als [11] ein bloß theoretisches Gewebe betrachtet, muß *einen materiellen Keim ihrer Lebenskraft* in der Zeit, den Umständen, dem Nationalcharakter vorfinden, der nur der Entwicklung bedarf. Sie rein nach den Prinzipien der Vernunft und Erfahrung gründen zu wollen, ist in hohem Maße mißlich ...“⁹

Mit diesen Sätzen läßt *Humboldt* zunächst die Grenzen der normativen Kraft einer Verfassung sichtbar werden. Die Verfassung – hier im Sinne von „rechtlicher Verfassung“ – darf den Staat nicht abstrakt-theoretisch, ohne Rücksicht auf die geschichtlichen Gegebenheiten und Kräfte, sozusagen zu konstruieren suchen, wenn sie nicht „ewig unfruchtbar“ bleiben soll. Sie vermag nichts zu erzeugen, was nicht schon in der individuellen Beschaffenheit der Gegenwart angelegt ist. Wo diese Voraussetzungen fehlen, da vermag die Verfassung nicht „Form und Modifikation“ zu geben; wo keine Kraft geweckt werden kann, die im Wesen der Dinge ruht, da vermag sie diese Kraft auch nicht zu lenken; wo die Verfassung die geistigen, sozialen, politischen oder ökonomischen Gesetzmäßigkeiten ihrer Zeit ignoriert, da fehlt ihr der unerläßliche Keim ihrer Lebenskraft, und da vermag sie nicht zu erreichen, daß der Zustand, den sie im Widerspruch zu diesen Gesetzmäßigkeiten normiert, eintritt.

Zugleich sind aber damit auch die *Eigenart und das mögliche Maß* der Lebens- und Wirkungskraft der Verfassung bestimmt. Die verfassungsrechtliche Normierung vermag zu wirken, wenn sie die in der individuellen Beschaffenheit der Gegenwart angelegten Gegebenheiten in die Zukunft hinein zu bilden sucht; sie gewinnt, wie *Humboldt* es an anderer Stelle ausgedrückt hat, Macht und Ansehen, wenn sie durch das Prinzip der Notwendigkeit bestimmt ist¹⁰. Die Lebens- und Wirkungskraft der Verfassung

⁸ Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt (1791), Ges. Schriften hrsg. v. d. Preuß. Akademie der Wissenschaften 1 (1903) S. 78 ff. (Hervorhebungen von mir).

⁹ Ges. Schriften 11 S. 99.

¹⁰ Ideen zu einem Versuch, die Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Ges. Schriften 1 S. 244, 245; vgl. auch Denkschrift über Preußens ständische Verfassung (1819) Ges. Schriften 12, 232.

beruht mit anderen Worten darauf, daß sie sich mit den spontanen Kräften und lebendigen Tendenzen der Zeit verbindet, daß sie diese Kräfte zur Entfaltung bringt und einander sachlich zuordnet, daß sie vom Gegen[12] stand her bestimmte, d. h. sachliche Gesamtordnung konkreter Lebensverhältnisse ist.

Aber die normative Kraft der Verfassung beruht nicht allein auf der klugen Anpassung an das Gegebene¹¹. Die rechtliche Verfassung vermag selber tätige Kraft zu werden, die in der individuellen Beschaffenheit der Gegenwart angelegt ist. Sie kann zwar für sich allein nichts bewirken, sondern immer nur eine Aufgabe stellen; Aber sie wird zur tätigen Kraft, wenn diese Aufgabe ergriffen wird, wenn die Bereitschaft besteht, das eigene Verhalten durch die von der Verfassung normierte Ordnung bestimmen zu lassen, wenn die Entschlossenheit vorhanden ist, jene Ordnung gegenüber aller Infragestellung und Anfechtung durch augenblickliche Nützlichkeitsbetrachtungen durchzusetzen, wenn also im allgemeinen Bewußtsein und namentlich im Bewußtsein der für das Verfassungsleben Verantwortlichen nicht nur der Wille zur Macht, sondern vor allem der Wille zur Verfassung lebendig ist.

Dieser Wille zur Verfassung geht aus einer dreifachen Wurzel hervor: Er beruht auf der Einsicht in die Notwendigkeit und den Eigenwert einer unverbrüchlichen, das staatliche Leben aus maß- und gestaltloser Willkür heraushebenden objektiven und normativen Ordnung. Er beruht auf der Überzeugung, daß diese durch die Verfassung konstituierte Ordnung mehr ist als eine bloß faktische, nämlich legitimierte und stets von neuem zu legitimierende Ordnung. Er beruht, damit zusammenhängend, auf dem Bewußtsein, daß diese Ordnung nicht wie ein Denkgesetz unabhängig von allem menschlichen Wollen gelten kann, sondern nur durch Willensakte in Geltung zu setzen und zu erhalten ist¹². Ein solcher Wille vermag zu wirken, weil das staatliche Leben wie alles menschliche Leben [13] nicht nur dem dumpfen Wirken scheinbar unentrinnbarer Kräfte ausgeliefert ist, sondern weil wir stets berufen sind, es aktiv zu gestalten, uns seinen Aufgaben zu stellen und sie zu bewältigen. Es wäre eine gefährliche Verarmung unseres Denkens, wenn wir an dieser stets auf gegebenen Seite des staatlichen Lebens vorübergingen. Wir würden damit unvermeidlich die Totalität die-

¹¹ Mit Recht hat *G. Ritter* zu den vorstehenden Gedanken *Humboldts* bemerkt, daß in ihnen merkwürdig wenig von der Kraft eines schöpferischen Willens zu verspüren sei, der große Ziele hinreißend zu schildern wisse und gegen Widerstände entschlossen ankämpfe, viel weniger jedenfalls als von kluger Anpassung an das Gegebene (*Stein II* [1931] S. 260). – Die Gefahren eines Verfassungsdenkens, das einseitig die Bedeutung der immanenten Gesetze des Stoffes betont und darüber den Willen zur Gestaltung zu kurz kommen läßt, nunmehr nachdrücklich betont bei *R. Smend*, Art. Integrationslehre S. 301.

¹² *H. Heller*, AöR NF 16 S. 341, 352 f.

ser Wirklichkeit, ihre *ganze* individuelle Beschaffenheit verfehlen, die eben nicht nur ein Problem unentrinnbarer Gegebenheiten, sondern nicht minder ein Problem auf gegebener Ordnung, d. h. aber ein normatives Problem ist.

3. Die Kraft, die im Wesen der Dinge liegt, zur Tätigkeit zu reizen und sie zu lenken, darüber hinaus selbst tätige Kraft zu sein, darin besteht das Wesen und die Wirkung der normativen Kraft der Verfassung. Daraus ergeben sich wie gezeigt, ihre Grenzen; daraus ergeben sich aber auch *Voraussetzungen*, unter denen die Verfassung ein optimales Maß an normativer Kraft zu entfalten vermag. Diese Voraussetzungen betreffen die *inhaltliche* Gestaltung der Verfassung wie die *Verfassungspraxis*. Ich versuche einige der wichtigsten in aller Kürze anzudeuten.

a) Je mehr eine Verfassung auf Grund ihres *Inhalts* dem in der individuellen Beschaffenheit der Gegenwart angelegten zu entsprechen vermag, desto sicherer vermag sie ihre normative Kraft zu entfalten.

Die wesentlichste – nach dem Gesagten evidente – Voraussetzung der normativen Kraft der Verfassung ist es also, daß sie nicht nur die sozialen, politischen oder ökonomischen Gesetzmäßigkeiten, sondern vor allem auch die geistige Situation ihrer Zeit in sich aufnimmt, daß sie vom allgemeinen Bewußtsein als sachgemäße und gerechte Ordnung bejaht und getragen wird.

Kaum minder wesentlich ist es jedoch, daß die Verfassung sich einem Wandel dieser Bedingtheiten anzupassen vermag. Sie muß sich, abgesehen von den rein organisatorisch-technischen Bestimmungen, nach Möglichkeit auf *wenige elementare Grundsätze* beschränken, deren Ausprägung im einzelnen angesichts einer sich gerade heute immer rascher verändernden gesellschaftlichen und [14] politischen Wirklichkeit jeweils neu, aber im Hinblick auf jene wesentlichen Grundsätze entwickelt werden kann¹³; – die, wie der beliebte Ausdruck lautet, „verfassungskräftige Verankerung“ von irgendwelchen augenblicklichen oder partikularen Interessen in der Verfassung macht dagegen unvermeidlich eine häufige Änderung der Verfassung notwendig und entwertet deren normative Kraft.

Die Verfassung darf schließlich, um in der sich wandelnden politischen und sozialen Wirklichkeit lebensfähig zu bleiben, *nicht auf einseitige Strukturen gegründet* sein. Will sie die normative Kraft ihrer Grundprinzipien bewahren, so muß sie in sorgfältiger Abwägung stets ein Stück der Gegenstruktur in sich aufnehmen. Grundrechte können nicht ohne Bindung, Gewaltenteilung kann nicht ohne die Möglichkeit der Gewaltenvereinigung,

¹³ Daß eine der ältesten geltenden Verfassungen, die der Vereinigten Staaten, auf diesem Prinzip aufbaut, ist sicher nicht die einzige, wohl aber eine der wesentlichsten Quellen ihrer unvergleichlichen Lebenskraft.

Föderalismus nicht ohne ein gewisses Maß an Unitarismus bestehen. Würde die Verfassung versuchen, eines dieser Prinzipien in voller Reinheit zu realisieren, so würde sich spätestens im Falle einer staatlichen Notlage zeigen, daß hier die Grenzen ihrer normativen Kraft überschritten sind. Ihre Normativität würde durch die Wirklichkeit verdrängt werden; die Prinzipien, welche sie verwirklichen will, wären aufgehoben.

b) Die optimale Entfaltung der normativen Kraft der Verfassung ist aber nicht nur eine Frage ihres Inhalts, sondern nicht weniger eine solche der *Verfassungspraxis*. Entscheidend ist hier zunächst auf Seiten aller am Verfassungsleben Beteiligten jene Haltung, die ich vorhin als den Willen zur Verfassung bezeichnet habe. Auf sie kommt es nicht nur im Großen, sondern gerade auch im Kleinen an. Alle augenblicklichen Zweckmäßigkeiten vermögen, auch wenn sie erreicht werden, nicht den unschätzbaren Gewinn zu ersetzen, der darin liegt, daß man Respekt vor der Verfassung auch dort beweist, wo dies einmal unbequem wird. Was man als ihren Willen erkannt hat, muß man nach einem Wort *Walter Burckhardts* „auch ehrlich halten, auch wenn einige Vorteile, berechnete Vorteile, preisgegeben werden müssen. Wer einem Gebot der Verfassung bewußt [15] das Opfer eines Interesses bringt, stärkt die Achtung vor der Verfassung und wahrt ein Gut, das jedem Staatswesen, und besonders dem demokratischen, unentbehrlich ist.“ Wer dieses Opfer scheut, der „gibt in kleiner Münze ein Kapital aus, das weit mehr ist als alle Vorteile, die man erkaufte und das, wenn einmal ausgegeben, nicht wieder einzubringen ist“¹⁴.

Ebenso gefährlich ist der normativen Kraft der Verfassung die Neigung zu häufiger *Revision der Verfassung* auf Grund anscheinend zwingender politischer Notwendigkeiten. Jede Verfassungsänderung bringt zum Ausdruck, daß wirklich oder vermeintlich zwingende tatsächliche Erfordernisse höher bewertet werden als die geltende normative Regelung. Deshalb sind die Präzedenzfälle hier besonders bedenklich. Häufen sich derartige Änderungen in kurzer Zeit, so sind eine Erschütterung des Vertrauens auf die Unverbrüchlichkeit der Verfassung und eine Schwächung ihrer normativen Kraft die unausbleibliche Folge. Es ist eine Grundbedingung der Wirksamkeit der Verfassung, daß sie möglichst selten geändert wird.

Von entscheidender Bedeutung für die Wahrung und Festigung der normativen Kraft der Verfassung ist endlich die *Verfassungsinterpretation*. Sie steht unter dem Gebot optimaler Verwirklichung der Norm. Daß diesem Gebot mit den Mitteln logischer Subsumtion oder begrifflicher Konstruktion nicht gerecht zu werden ist, versteht sich von selbst. Wenn das Recht und namentlich das Verfassungsrecht in seiner Wirkkraft durch die konkreten Lebensverhältnisse bedingt ist, dann darf die Auslegung nicht an diesen

¹⁴ Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung (3. Aufl. 1931) S. VIII.