

C. Rechtfertigungsbedarf und Rechtfertigungsschwierigkeiten der Verfassung

I. Einführung

Zunächst soll auf die Notwendigkeit der Rechtfertigung der Verfassung eingegangen werden. Es wird sich zeigen, dass diese Rechtfertigung einerseits enorme Bedeutung hat, es andererseits aber keine Abkürzungen gibt, mithilfe derer eine einfache Lösung des Problems gefunden werden könnte. Insbesondere diejenigen Antworten versagen, die dem Praktiker als Erstes in den Sinn kommen. Eine Bezugnahme auf das klassische Naturrecht mit seiner langen Tradition ist ebenso wenig geeignet wie die Verlagerung des Problems ins moderne Völkerrecht mit seinen menschenrechtlichen Vorgaben. Daneben vermag auch die Reine Rechtslehre *Hans Kelsens* nicht den Weg zu zeigen, der aus dem Dunkel führt.

II. Problem der ranghöchsten Stellung: Absturzgefährdung und Sanktionslosigkeit

1. Die Absturzgefährdung der Verfassung

Wer schuf Gott? Wie der Theologe, der nach dem Schöpfer des Schöpfers sucht, stößt auch der Jurist auf die Gretchenfrage seines Fachs, wenn er nach dem Ursprung der Macht sucht, die von der Verfassung ausstrahlt. Er ist es gewohnt, den Geltungsanspruch von Gesetzen und anderen Normen nicht zu hinterfragen, da dieser sich zumindest in einem Rechtsstaat stets aus einer Rechtsvorschrift ableiten lässt, die sich in der Normenhierarchie höher befindet.⁵⁵ Dieser Verweis auf die jeweils höhere Rechtsnorm als Erklärung für die Geltung der in Frage stehenden Norm versagt jedoch dann, wenn nach dem Grund für die Geltung der Verfassung als ranghöchster Vorschrift einer Rechtsordnung gefragt wird. Dieser ist es verwehrt, sich auf eine höhere Norm als ihrem Geltungsgrund zu beru-

55 In Ungarn s. hierzu Artikel T 1) Abs. (1) – (3), Artikel 15 Abs. (3) – (4), Artikel 18 Abs. (3), Artikel 23 Abs. (4), Artikel 32. Abs. (1) a), (2), (3), Artikel 41 Abs. (5); in Deutschland: Art. 80 Abs. 1 GG.

fen. *Isensee* spricht in diesem Zusammenhang von der Absurdität des Gedankens einer Norm als Verfassung über der Verfassung, d.h. als positivrechtliche Grundlage derselben. Würde es eine solche geben, würde diese lediglich die ursprüngliche Verfassung auf den zweiten Platz verweisen, sich selbst zur Verfassung machen und gleichzeitig zwingend die Frage auslösen, worauf sie selbst denn gegründet sei. Es entstünde ein *progressus ad infinitum*.⁵⁶

Diese Schwierigkeit der Suche nach dem Urquell der Macht der Verfassung fällt noch stärker ins Gewicht wegen der enormen Bedeutung, die dieses wichtigste aller juristischen Dokumente hat. Die Gründe für diese Bedeutung sind divers. Die Verfassung ist der Boden, auf dem alle anderen staatlichen Rechtsvorschriften ruhen müssen. Als dieser Boden darf sie nicht wacklig stehen, sondern muss ein hohes Maß an Geltungskraft besitzen. Auch dient die Verfassung dazu, die Wirksamkeit ebendieser anderen Rechtsvorschriften formell zu begründen, d.h. eine Erklärung für die Wirksamkeit des niederen Rechts zu liefern.⁵⁷ Schließlich ist auch die mit der hohen Stellung der Verfassung verbundene *Absturzgefährdung* (*Isensee*) vor Augen zu halten.⁵⁸ Diese oberste Rechtsquelle der Rechtsordnung steckt nicht nur die Regeln der Erzeugung von Recht ab, sondern verteilt auch die Kompetenzen der wichtigsten Organe des Staates und schiebt staatlichen Übergriffen somit einen Riegel vor. Stürzt sie ab, reißt sie sehr viel mit sich und richtet so erheblichen Schaden an.

2. Das Fehlen von Sanktionen

Zu dieser herausragenden Stellung in der Normenhierarchie gesellt sich die Sanktionsschwäche der Verfassung. Es mag zunächst überraschend anmuten, aber gerade wegen ihrer besonderen Stellung an der Spitze der Normenhierarchie ist die Verfassung auf den freien Gehorsam der obersten Staatsorgane angewiesen. Diese Institutionen kennen keine anderen Institutionen oder sonstigen Machtfaktoren, die über ihnen stehen und im Falle einer Nichtbeachtung von verfassungsrechtlichen Vorgaben Sank-

56 S. Hierzu *Isensee*, HStR, § 254 Rn. 1; *Murswiek, Dietrich*, in: Bonner Kommentar, Präambel, Rn. 91.

57 *Isensee* spricht hier von der Verfassung als Grund allen staatlichen Handelns im zweifachen Sinn des Wortes: als Grund und Boden auf dem gebaut wird sowie als Erklärung (Begründung), warum das Recht gilt; s. *Isensee*, HStR, § 254, Rn. 1.

58 *Isensee*, HStR, § 254, Rn. 2.

tionen festlegen und diese durchsetzen könnten.⁵⁹ Anders ausgedrückt ergibt die mit der obersten Stellung einhergehende Sanktionslosigkeit ein Paradox: die Verfassung erhebt auf der einen Seite den Anspruch, die staatliche Macht zu bändigen und in geordnete Bahnen zu lenken, ist auf der anderen Seite jedoch gerade auf die freiwillige Befolgung der von ihr festgelegten Regeln seitens derjenigen Organe angewiesen, die Inhaber dieser Macht sind.⁶⁰

Auch seitens der Bürger sind eine gewisse Anerkennung und ein Dafürhalten Voraussetzungen für die Wirkungskraft und die Beständigkeit der Verfassung. Die Bürger müssen bereit sein, *sich auf die Verfassung einzulassen, ihre Institutionen zu achten und den nach ihren Maßgaben erlassenen Normen zu folgen* (Isensee).⁶¹ Wegen ihrer Stellung am Gipfel der Normenhierarchie und wegen ihres Charakters als Kodex der Spielregeln der Politik steht die Verfassung häufig im Kreuzfeuer der Politik. Verfassungsrecht ist *politisches Recht*.⁶² Gerade deswegen ist die Verfassung in besonderem Maße darauf angewiesen, fest im Rechtsbewusstsein der Bürger verankert zu sein, um kleinere oder größere Erschütterungen des öffentlichen Lebens überstehen zu können. Wie Isensee formuliert: *Was der Verfassung an Rechtszwang abgeht, können spontane Vitalitätsimpulse aus der Gesellschaft ausgleichen. Sie können darauf hinwirken, dass ihr Geltungsanspruch realiter eingelöst wird und sie so zu praktischer Wirksamkeit gelangt*.⁶³ Die Wichtigkeit derartiger Vitalitätsimpulse aufzuzeigen ist einer der Schwerpunkte dieser ersten Hälfte der vorliegenden Arbeit.

III. Die Unzulänglichkeiten des Staatsorganisationsrechts, des Völkerrechts, des Naturrechts und der Reinen Rechtslehre

1. Kein Ausweg mithilfe des Staatsorganisationsrechts

Dieses Problem der Sanktionslosigkeit kann nicht mit Verweis auf die Gewaltenteilung, auf eine föderative Staatsorganisation oder auf die Existenz eines Verfassungsgerichts ignoriert werden.

59 Isensee, HStR, § 254, Rn. 3.

60 Isensee, HStR, § 254, Rn. 3.

61 Isensee, HStR, § 254, Rn. 3.

62 S. hierzu Isensee, HStR, § 268, Rn. 86f.

63 Isensee, HStR, § 254, Rn. 3.

Die Gewaltenteilung vermag die Schwierigkeiten dadurch zu verringern, dass die Staatsorgane, die allesamt Geschöpfe der Verfassung sind, bedacht sind, ihre jeweiligen rechtlichen Grundpositionen innerhalb des Gefüges der Institutionen zu stabilisieren und sich gegen Übergriffe anderer Organe zur Wehr zu setzen. Ein Angriff auf die Verfassung ihrerseits wäre sinnwidrig, da deren Sturz womöglich sie selbst mit in den Abgrund reißen würde. Allerdings ruhen diese Annahmen lediglich auf dem bröckeligen Boden der Vernunft. Für ihr Eintreffen gibt es keinerlei Garantie, gegen ihren Ausfall keinerlei Schutz.⁶⁴

Auch eine föderative Staatsorganisation vermag nicht das Manko der Sanktionslosigkeit zu beheben, obwohl hier anzumerken ist, dass die Ergänzung der horizontalen Gewaltenteilung auf der föderalen Ebene durch eine Vertikale zwischen Bundes- und Länder/Staatenebene für die gegenseitige Kontrolle förderlich ist. Allerdings wird z.B. im Falle der Bundesrepublik Deutschland dieses Plus durch mehrere Vorgaben relativiert. Art. 28 Abs. (3) GG schreibt vor, dass es dem Bund obliegt, die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern zu gewährleisten. Ferner ist vor Augen zu halten, dass im Falle eines Konflikts zwischen Bund und Ländern gemäß Art. 93 Abs. (1) Nr. 3, 4 GG das Bundesverfassungsgericht befugt ist zu entscheiden – ein Organ, das zwar sowohl zu Bundes- wie auch zu Landesorganen Distanz zu wahren hat, aber dennoch eindeutig der Bundesebene zuzuordnen ist.⁶⁵ In diesem Zusammenhang ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Bund Richter in eigener Sache ist.

Die Verfassungsgerichtbarkeit ist ein weiterer Faktor, der geeignet ist, das Manko der Sanktionslosigkeit zu kompensieren und die Gefahr des Absturzes der Verfassung zu mindern. Die Verfassungsgerichte haben das letzte Wort in Sachen der Verfassungsauslegung, die Autorität ihrer Entscheidungen ist traditionell sehr groß. Als besondere Institutionen stehen sie außerhalb der politischen Machtkämpfe, können jedoch gleichzeitig über die rechtlichen Vorgaben derselben entscheiden.⁶⁶ Dennoch ist die Macht der Verfassungsgerichte nicht geeignet, das Fehlen von Sanktionen vollständig auszugleichen. Diese Organe werden in den meisten Rechtsordnungen nur auf Antrag tätig, und die Verfahrensarten vor den Gerichten haben zudem oft hohe Zulässigkeitshürden. Hält man noch den Um-

64 *Isensee* verwendet in diesem Zusammenhang den sehr griffigen Begriff *Verfassungserwartung*, s. *Isensee, Josef*: Verfassungsrecht als „politisches Recht“, HStR, § 268, Rn. 72.

65 *Isensee*, HStR, § 268, Rn 72.

66 *Isensee*, HStR, § 268, Rn. 73.

stand vor Augen, dass nur über den Gegenstand entschieden werden kann, den der Antrag vorgibt, wird klar, dass kein Verfassungsgericht allmächtig ist. Wie für alle Gerichte stellt sich schließlich auch für die Verfassungsgerichte das alte Problem der richterlichen Gewalt. Diese ist *en quelque façon nulle*⁶⁷, da die Gerichte nicht die Macht haben, die Befolgung ihre eigenen Entscheidungen zu erzwingen.⁶⁸ Auch sie sind deshalb auf die Loyalität aller Beteiligten des staatlichen Lebens angewiesen.⁶⁹

2. Irrelevanz von völkerrechtlichen Maximen

Auf den ersten Blick scheint die Suche des Geltungsgrundes der Verfassung im Gefüge des Völkerrechts eine einfache Lösung zu bieten. Allerdings wird schnell erkennbar, dass durch eine Auslagerung des Problems ins überstaatliche (oder besser: außerstaatliche) Recht dieses nicht gelöst ist. Es erscheint lediglich der oben erwähnte *progressus ad infinitum* in neuem, aber nicht viel anderem Gewand. Der ausschließlich die rechtlichen Gegebenheiten des eigenen Landes betrachtende Jurist könnte sich so die Arbeit sparen und seine Hände waschen, während sich die gleiche Frage nunmehr dem Völkerrechtler stellen würde.

Es ist nicht zu verleugnen, dass die Rechtsquellen des Völkerrechts immer mehr und immer detailliertere Anforderungen an die souveränen Staaten stellen, sodass diese auch bei der Gestaltung ihrer Verfassungen zahlreiche Vorgaben zu betrachten haben. Die hier relevanten völkerrechtlichen Vorgaben sind auf die Einhaltung der Menschenrechte und auf rechtsstaatliche Maximen (insbesondere auf das Demokratieprinzip) gerichtet und begründen im Falle von besonders schwerwiegenden Verstößen sogar eine Eingriffsbefugnis der anderen Staaten.⁷⁰

67 So Montesquieu's bekannte Aussage, auch zitiert von *Isensee*, HStR, § 268 Rn. 73.

68 Wie Montesquieu erkannten dies auch die Autoren der Federalist Papers: *The judiciary (...) has no influence over either the sword or the purse*; Hamilton, Alexander, in: *Ders./Madison, James/Jay, John: The Federalist*, 1788 Nr. 78.

69 In der Bundesrepublik Deutschland liegt der Umstand vor, dass das Bundesverfassungsgericht befugt ist, selbst zu bestimmen, wer seine Entscheidung vollstreckt und in welcher Art und Weise die Vollstreckung erfolgen soll (§ 35 BVerfGG); s. hierzu *Benda, Ernst / Klein, Eckart: Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, Jur. Verlag Müller, Heidelberg, 1991, S. 522ff.

70 Vgl. hierzu etwa das Schlusspapier der KSZE vom 29.06.1990 in Kopenhagen. *Isensee* spricht hier davon, dass die klassische humanitäre Intervention in Gestalt der *Verfassungsintervention* fortlebt; s. hierzu *Isensee*, 1992, S. 15.

Ein gewichtiges Argument gegen eine derartige Flucht in das Völkerrecht ist allerdings, dass der zugrunde liegende Gedankengang zwei voneinander verschiedene Fragen miteinander vermischt: diejenige nach dem Inhalt der Verfassung und diejenige nach dem Geltungsgrund. Obwohl die internationalen Normen zahlreiche Verhaltensregeln vorgeben, die am sinnvollsten auf Verfassungsebene geregelt werden können, vermögen sie nicht die Frage zu beantworten, warum die Verfassung denn Geltung haben und für die Bürger eines Signatarstaates verpflichtend sein soll.⁷¹

Schließlich wird die Bedeutung des Völkerrechts auch dadurch relativiert, dass sich das Interventionsrecht auf eine systematische und schwere Missachtung der Menschenrechte oder anderer rechtsstaatlicher Anforderungen beschränkt. Diesen Schranken steht als Gegenpol ein weit gefasstes Recht des souveränen Staates gegenüber, sein Innenleben frei zu gestalten. Der Internationale Gerichtshof stellte bereits 1986 fest, dass die *Wahl der politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundordnung sowie die Gestaltung der Außenpolitik* zum sog. *domaine réservé* gehören, d.h. zum Kernbereich der Kompetenzen des Staates, die seiner ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen und deren Ausübung unter normalen Umständen kein Interventionsrecht der anderen Staaten begründet.⁷²

3. Verweis auf das Naturrecht

Der Gedanke von einem überpositiven Recht, welches das menschengemachte positive Recht in seiner Richtigkeit zu legitimieren vermag, ist Jahrtausende alt und hat seine Relevanz für die Praxis bis heute nicht verloren. So sprach etwa das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1953 von *letzten Grenzen der Gerechtigkeit*, die der Disposition des Gesetzgebers entzogen seien und die er bei der Ausgestaltung der Gesetze zu beachten habe. Namentlich erwähnte das Gericht in diesem Zusammenhang die Menschenwürde

71 So auch *Isensee*, 1992, S. 16.

72 Im Original: *A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones; Nicaragua vs. United States of America, Urteil vom 27.06.1986; Rep. 1986, 108; auch zitiert von *Isensee*, 1992, S. 14; einen ähnlichen Gedanken formulierte zuvor auch die Generalversammlung der Vereinten Nationen in der *Friendly Relations Declaration* von 1970.*

sowie die in Art. 20 GG verankerten Werte, d.h. auch das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität.⁷³

Das Gericht erklärte zudem, dass diese Grenzen selbst der Verfassungsgeber zu beachten habe. Die Auffassung, dass dieser *alles nach seinem Willen ordnen* könne, würde einen *Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus* bedeuten, welche allerdings *seit langem überwunden* sei.⁷⁴

Im Zusammenhang mit der Verortung dieser letzten Grenzen zitierte das Bundesverfassungsgericht *Gustav Radbruch*. Hiernach seien die Grenzen dort zu finden, wo *der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat*. Das Gericht räumte allerdings ein, dass die Überschreitung dieser Grenzen durch einen freiheitlich demokratischen Gesetzgeber einer *praktischen Unmöglichkeit nahezu gleichkommt*.⁷⁵

Auch dieses klassische Naturrecht ist ungeeignet, den Ausweg aus dem Dilemma zu zeigen. Es greift nur als letzter Rettungsanker in Extremfällen, die für die vorliegende Untersuchung nicht relevant sind. Bei aller Kritik, die das ungarische Grundgesetz erhalten hat, sprach niemals jemand von einem – um mit den zitierten Worten *Radbruchs* zu leben – *unerträglichem Maß des Widerspruchs zur Gerechtigkeit*. Noch gewichtiger gegen die Heranziehung des Naturrechts ist das zweite Argument: das übergesetzliche Recht vermag die geschriebene Verfassung in ihrer Richtigkeit zu bestätigen bzw. in ihrer Unrichtigkeit zu kritisieren, kann allerdings nicht als Geltungsgrund für diese herangezogen werden. Hier stellt sich das gleiche Problem wie bei dem Völkerrecht. Mit *Isensees* Worten: *Die Aporie des Anfangs lässt sich nicht über die Verfassung hinaus in eine meta-staatliche Sphäre verschieben. Das überpositive wie das internationale Recht verweisen das Problem des Geltungsgrundes an den Staat zurück. Er muss aus sich heraus die Lösung finden*.⁷⁶

73 S. BVerfG 3, 255, Rn. 20f.

74 A.a.O.

75 A.a.O.

76 *Isensee*, 1992, S. 17.

4. Kelsens Reine Rechtslehre und deren Grenzen

Auf den ersten Blick scheint es so, als ob *Hans Kelsen* in seinem sehr einflussreichen Hauptwerk *Reine Rechtslehre* eine Lösung für die Frage der Legitimität von Verfassungen bieten würde.

Kelsen bezeichnet seine Rechtslehre als rein, da er bestrebt ist, sie von allen wissenschaftsfremden Einflüssen (z.B. jenen der Politik, der Soziologie oder der Ethik) zu befreien. Sein Werk kann gut als Gegenentwurf zu den naturrechtlichen Schulen gelesen werden. *Kelsen* lehnt die Existenz von objektiven Kriterien ab, die dem Menschen zugänglich sind und mithilfe derer über inhaltliche Richtigkeit oder Gerechtigkeit des Gesetzes entschieden werden könnte. Zur Begründung beruft er sich auf die Diversität der Verhaltensnormen auf der Welt und auf deren Änderung im Wandel der Zeit. Stark von Kant beeinflusst trennt die Reine Rechtslehre strikt die Sphäre des Seins von derjenigen des Sollens, d.h. das Faktische vom Normativen. Die Sphäre des Seins gehört dem Recht *so, wie es ist*, während in der Welt des Sollens danach gefragt wird, *wie das Recht sein soll*.

Eine logische Folge dieser strikten Trennung ist die bekannte Normenpyramide. Eine Rechtsvorschrift kann in *Kelsens* Welt den Grund ihrer Geltung ausschließlich aus einer anderen, in der Hierarchie über ihr stehenden Rechtsvorschrift ableiten. Allerdings wird hierdurch das Problem des Grundes der Verfassung nicht gelöst. Der *progressus ad infinitum* tritt vielmehr blanker denn je zu Tage. *Kelsen* sieht das Dilemma und setzt deswegen eine fiktive Grundnorm als Grund des ganzen Rechts voraus. Für den von *Kelsen* angestrebten Verfassungsstaat sagt diese Grundnorm schlicht: *man soll sich so verhalten, wie die Verfassung es vorschreibt!* Dieser schlichte Rechtsanwendungsbefehl überschreitet laut *Kelsen* nicht den Horizont des Rechtspositivismus, sondern steckt vielmehr die Grenzen des positiven Rechts ab. Gleichzeitig ist sie keine wahre Norm, sondern ein *positives Deutungsschema*.⁷⁷

Es ist wenig überraschend, dass *Kelsen* nur wenige Worte über die Lehre vom *pouvoir constituant* verliert. Er erwähnt die Doktrin zwar und erkennt die Macht der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes als reale, historische Größe, schiebt der detaillierten Analyse allerdings einen Riegel vor, indem

⁷⁷ *Kelsen, Hans*: Allgemeine Staatslehre, Julius Springer, Berlin, 1925, S. 269; auch zitiert von *Isensee*, 1992, S. 19.

er den *pouvoir constituant* als einen Fall der erschwerten Normänderung bezeichnet, der positiv-rechtlich zu begründen ist.⁷⁸

Der Kelsensche Weg führt jedoch im Zusammenhang mit der Frage nach dem Grund der Verfassung nicht zum Ziel. Der Rechtsanwender tut so, als ob es den letzten Grund gäbe, aber er glaubt nicht daran. In Wahrheit ist der Platz leer. Und die Grundnorm sorgt dafür, dass er sich nicht mit *unreiner, rechtsfremder Materie füllt*.⁷⁹ Es mag sein, dass die Reine Rechtslehre eine starke Mauer gegen die Einfälle der Fremden aus den Welten der Politik und des Naturrechts darstellt. *Kelsens* fiktive Grundnorm mutet jedoch an wie ein stummer, gesichtsloser Wächter, der Fragen verbietet, aber die Neugier nach dem letzten Grund der Macht nicht stillt. Hier muss erneut Isensee zitiert werden: *Die Grundnorm hält gnädig den Vorhang geschlossen, hinter dem, wie der Normativist argwöhnt, das Gorgonenhaupt der Macht lauert*.⁸⁰

78 *Kelsen*, 1925, S. 19.

79 *Isensee*, 1992, S. 19.

80 *Isensee*, 1992, S. 20.