

Prof. Dr. Dr. h. c. Scholler und Dr. Straßmair
Grundkurs
Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

Struktur und elementare Begriffe der Verfassung und des Verfassungsrechts

Einleitung

Zu den wesentlichen Strukturelementen einer modernen Verfassung gehören vor allem die nachfolgend erörterten zentralen Regelungen, wie z.B. die Gewaltenteilung, die Einführung institutioneller Garantien und von Institutsgarantien neben den Grundrechten, die Bindung der Übertragung von Gesetzgebungsgewalt vom Gesetzgeber auf die Verwaltung (Art. 80 GG) und die rechtsstaatliche Normierung von Verwaltungsakten als individuelle konkrete Entscheidungen.

Die Dezentralisierung der staatlichen Verwaltung in horizontaler und vertikaler Weise ist ebenfalls zu beachten, wie auch die Selbständigkeit des föderativen Staatsaufbaus und der bundesstaatlichen Kooperation (das bundesfreundliche Verhalten der Länder), um nur ein wesentliches Element des föderativen Staates zu erwähnen.

I. Die Gewaltenteilung¹

Die Gewaltenteilung ist ein Produkt der so genannten „Gemischten Verfassung“, die zwischen der gesetzgebenden Gewalt des Volkes und der exekutiven Gewalt einer monarchischen Ordnung unterscheidet. Die Entwicklung unabhängiger Gerichtsbarkeit tritt dann zu diesen beiden Gewalten hinzu, so dass die klassische Gewaltenteilung über drei politische Organisationen oder Funktionen verfügt, die eine gegenseitige Kontrolle und Balance im Staat als dem politischen Gemeinwesen herstellen soll. In der Neuzeit haben Locke und Montesquieu diese bereits in der Antike entwickelten Gedanken wieder aufgegriffen und zu einem wichtigen Instrument moderner Rechtsstaatlichkeit gemacht. Das Organ, das vom Volk gewählt die Gesetze als generelle und abstrakte Anordnungen erlässt (der Gesetzgeber als Parlament oder Rat oder das Volk unmittelbar), soll nicht mit der vollziehenden und anordnenden Gewalt verbunden oder gar identisch sein. Diese anordnende Gewalt erlässt als Exekutive immer nur konkrete und individuelle Maßnahmen, d.h. Maßnahmen, die einen

¹ Dieser Abschnitt basiert auf dem gleichnamigen Kapitel aus dem Artikel von Scholler, Die geschichtliche Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips, in: Scholler (Hrsg.), Die Sicherung des Rechtsstaatsgebotes im modernen europäischen Recht, Berlin 2011.

einzelnen Fall regeln (Konkretheit) und die gleichzeitig auch gegenüber einem bestimmten Personenkreis (Spezialität) ergehen müssen. Der ältere Denker John Locke hat in seinen bekannten „Two Treatises“ von 1689 dem Parlament, in dem auch der Monarch seine Funktion hatte (King in Parliament), den Vorrang vor der Exekutivgewalt gegeben. Dennoch zeigt sich schon bei Locke deutlich die Idee, dass sich die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt gegenseitig kontrollieren und beschränken sollen, so dass in der Gewaltenkontrolle das wesentliche Element der modernen Rechtsstaatsgarantie zu sehen ist. Euchner spricht hier davon, dass durch die gegenseitige Hemmung der Gewalten eine schädliche Machtkonzentration vermieden werden soll.² Kommt es zum Streit über die Frage, ob die Anordnung den gesetzgeberischen Willen zutreffend erfasst und umgesetzt hat, sollen persönlich und sachlich unabhängige Gerichte über hieraus resultierende Streitigkeiten entscheiden. Es geht nach Meinung von Kägi³ bei der Gewaltenteilung um die für die Freiheitssicherung effektive Verbindung von „Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung“. Montesquieu⁴ ist der zweite wichtige moderne Autor, der sich neben Locke mit der Frage beschäftigt, auf welche Weise die Freiheitssicherung im Staat am besten gewährleistet werden kann, obschon beide sich dahingehend wohl irrten, dass in Großbritannien diese freiheitssichernde Gewaltenteilung schon beispielhaft verwirklicht worden war. Bei zutreffender Verteilung der ursprünglich einheitlich verstandenen Staatsgewalt auf die drei Teilgewalten (*puissance législative*, *puissance exécutive* und *puissance de juger*) erreicht der Staatsmann ein gemäßigtes Staatswesen mit weitgehender Freiheitssicherung, sodass die Garantie von Grundrechten im Wege von Grundrechtskatalogen als weniger wichtig erscheint als die Erreichung des gemäßigten Staates als Staatsziel. Dabei geht Montesquieu soweit, dass er in der gegenseitigen Behinderung „*le pouvoir arrête le pouvoir*“ nicht den Stillstand aktiver Staatlichkeit, sondern die größtmögliche Freiheit, die *liberté d'âme*, erblickt. Im 19. Jahrhundert ist es unzweifelhaft, dass die Idee Montesquiens von der Gewaltenteilung eine Vorwegnahme zentraler Elemente des Rechtsstaatsprinzips war. Wenn im *Esprit de Loi* (1740) die Gewaltenteilung noch nicht so deutlich diesen Charakter der Rechtsstaatsgewährleistung zeigt, so ist dies spätestens im 19. Jahrhundert im System der konstitutionellen Monarchie deutlich erkennbar geworden. Denn von diesem Zeitpunkt an benötigt der konstitutionelle Monarch für Eingriffe in die bürgerliche Freiheitssphäre der Legitimation durch ein Gesetz und muss die Kontrolle durch unabhängige Gerichte akzeptieren. Zwei verschiedene Staatsformen versuchen die Gewaltenteilung in klarer oder weniger eindeutiger Weise zu verwirklichen. Während in der nordamerikanischen Präsidialverfassung die Gewaltenteilung besonders stark hervortritt, ist dies

² Walter Euchner, „Locke“, in: Maier/ Rausch/ Denzer (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens*, 2. Bd., Verlag C. H. Beck, München 1968, S. 1 ff.

³ W. Kägi, „Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung“, in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit - Festschrift für H. Huber*, Bern 1961, S. 151 ff.

⁴ Berthold Falk, „Montesquieu“, in: Maier/ Rausch/ Denzer (Hrsg.), *Klassiker des politischen Denkens*, 2. Bd., Verlag C. H. Beck, München 1968, S. 53 ff.

in der parlamentarischen Demokratie weniger deutlich, weil die Parlamentsmehrheit, also die Mehrheit des Gesetzgebungsorganes, gleichzeitig die Exekutivgewalt darstellt. Aus diesem Grunde wird die Gewaltungs- und Verfassungsgerichtbarkeit von größerer Bedeutung sein, weil sie einer eventuellen rechtsstaatlichen Lücke entgegentritt.

Im Anschluss an die Konzeption Montesquieues von der Gewaltenteilung hat Paul Anselm Feuerbach, der große bayrische Strafrechtslehrer, die rechtsstaatliche Bedeutung der Gewaltenteilung betont, welche der Gesetzgeber der genauen Beschreibung der strafrechtlichen Tatbestände beilegt. Radbruch hat sich hierzu in seiner Biographie Feuerbachs geäußert, womit er genau das Wesen der rechtsstaatlichen Garantien trifft:

„Die scharfe Umreibung der Tatbestände, die enge, allzu enge, Begrenzung der Strafrahmen seines Gesetzbuches haben, wie der von ihm geprägte Wahlspruch „nulla poena sine lege“, wie seine, allein auf die vorherige gesetzliche Androhung gegründete Rechtfertigung der Strafe den Sinn, das Strafgesetzbuch nicht nur zur Quelle, sondern auch zur Schranke der Strafe zu machen, in ihm nicht nur den Schutz des Bürgers vor dem Rechtsbrecher, sondern auch den Schutz des Rechtsbrechers vor dem Staate, kurz den Rechtsstaat im Gebiete des Strafrechts durchzuführen.“⁵

Diese horizontale Gewaltenteilung wurde schon seit der französischen Revolution durch eine Forderung nach vertikaler Gewaltenteilung⁶ ergänzt. Sie besteht darin, dass man unter der Ebene des Zentralstaates und der Länder oder Regionen⁷ eine dritte Ebene organisiert oder vorfindet, die man als kommunale Gewalt (*pouvoir municipal*) bezeichnet. Allerdings ist die Grundidee dieser dritten vertikalen Ebene eigentlich wesentlich älter als die Phase der französischen Revolution, denn die Entstehung der Gemeinden basierte vor allem in Deutschland auf der Entwicklung von zwei Grundtypen, der Dorf- und der Stadtgemeinde. Diese Idee der Ursprünglichkeit der kommunalen Gewalt der Dorfgemeinschaft im Gegensatz zur abgeleiteten Gewalt der Stadtgemeinde wird auch von Art. 11 der bayerischen Verfassung von 1946 aufgegriffen, der von den Gemeinden als „ursprünglichen Gebietskörperschaften“⁸

⁵ S. dazu: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch, Gesamtausgabe Band 6 Feuerbach, Heidelberg 1997, S. 123.

⁶ Zur vertikalen Gewaltenteilung siehe: „L’administration communale autonome - repartition verticale des pouvoirs“, in: *Problemas de la ciencia Juridica, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Munoz*, Bd. 2, Santiago de Compostela 1991, S. 433 ff.

⁷ Zur Bedeutung der Regionen bzw. der Länder im Europa der Gegenwart siehe: Fritz Ossenbühl (Hrsg.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, Baden-Baden 1990, sowie die dort besonders untersuchten rechtlichen Systeme in Deutschland, Frankreich, Italien und der Schweiz.

⁸ Das kommunale Recht wird in Deutschland als Landesrecht von den Ländern geregelt, in denen sich folgende Grundtypen der örtlichen Autonomie (der Gemeindehoheit) finden lassen: der norddeutsche und der süddeutsche Typus sowie verschiedene Formen der Magistratsverfassung. Zur Wiederbelebung der lokalen Selbstverwaltung in Entwicklungsländern, insbesondere Afrika, siehe: Rösel/ von Trotha (Hrsg.), *Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale Repräsentation des Staates*, Köln 1999.

spricht. Die Effektivität der kommunalen Freiheit zeigte sich in dem Rechtsspruchwort „Stadtluft macht frei“⁹, das die Befreiung von der Stellung als Untertan bedeutete, wenn sich die Person mindestens ein Jahr lang in der Stadt ungestört aufhalten konnte. Das Grundgesetz hat in Art. 28 die kommunale Selbstverwaltung bundesverfassungsrechtlich garantiert, so dass diese regionale Ebene einen verfassungsrechtlichen Status hat mit der Wirkung, dass eine Beschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 4b GG vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden kann. Durch diese verfassungsgerichtliche Garantie ist die vertikale Gewaltenteilung ein Teil der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung geworden.¹⁰

II. Die Unabänderlichkeit der Verfassung, die Abänderlichkeit der Verfassung und die institutionellen Garantien

Die Unantastbarkeit oder fälschlich „Ewigkeitsgarantie“ der Verfassung ist in Art. 79 Abs. 3 GG geregelt, die Abänderbarkeit in Art. 79 Abs. 1 und 2 GG. Art. 79 Abs. 3 GG betrifft nur Elemente von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 GG: keine Kettengarantie. Art. 79 Abs. 2 GG ist von Bedeutung wegen der Vorschrift der doppelten Zwei-Drittel-Mehrheit. Die institutionellen Garantien sind keine Unabänderlichkeitsgarantien, sondern erweitern den Bestand der geschützten Vorschriften, entweder in Richtung auf subjektiv-öffentliche Rechtspositionen (Art. 20 GG) oder hinsichtlich grundrechtlicher Garantien, die auf Privatrechts-Basis bestehen (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG).

III. Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen auf die Verwaltung

Art. 80 GG verlangt, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Übertragung geregelt werden, doch lässt es die Rechtsprechung genügen, wenn das Programm des übertragenen Regelungsgegenstandes erkennbar ist.

IV. Rechtsstaatliche Normierung von Verwaltungsakten als individuelle konkrete Entscheidungen

Verwaltungsakte sind konkrete Maßnahmen, d.h. auf einen Sachverhalt bezogene Maßnahmen gegenüber einem eingeschränkten Personenkreis (§ 35 VwVfG). Für den Verwaltungsakt und seine Rechtmäßigkeit sind zwei Grundsätze aus dem Verfassungsrecht von zentraler Bedeutung, und zwar der Vorrang der Verfassung und der Vorbehalt der Verfassung. Der

⁹ Siehe dazu: Ruth Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter, München 1996, S. 230 f.

¹⁰ Siehe dazu: Oscar Gabriel, „Die politische Stellung der Gemeinden im föderativen Verfassungssystem“, in: Kommunalpolitik im Wandel der Gesellschaft, 1979, S. 26 ff., sowie: Wolf-Rüdiger Schenke, „Föderalismus als Form der Gewaltenteilung“, in: JuS 1989, S. 698 ff.

Vorrang bedeutet, dass die Verfassungsnorm gegenüber dem Einzelakt, also dem Verwaltungsakt, als Entscheidung von höherer Gültigkeit die bindende und aufhebende Funktion hat. Ein Verwaltungsakt, der gegen eine Verfassungsnorm verstößt, ist nichtig und nicht nur anfechtbar oder aufhebbar. Daneben ist auch der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes von Bedeutung. Dieser Grundsatz bedeutet, dass keine Verwaltungsakt ergehen darf, wenn er ohne gesetzliche Zulassung erfolgen würde. Das Gesetz muss also die Möglichkeit der Regelung durch Verwaltungsakt „vorbehalten“.

V. Programm und Norm

Das Grundgesetz kennt im Gegensatz zur Weimarer Verfassung nur ausnahmsweise Normen, d.h. nicht unmittelbar wirksame Verfassungsregeln. Der Vorspruch zum Grundgesetz ist eine solche Norm und auch der Schlussartikel 146. Dies galt nicht für den Zeitpunkt vor der Wiedervereinigung, denn damals hatte das Bundesverfassungsgericht aus dem Wiedervereinigungsgebot eine Rechtspflicht und einen Rechtsanspruch abgeleitet. Interessant ist, dass gegenwärtig Art. 126 GG zitiert wird, um Deutschland das Recht zu geben, aus der Europäischen Union wieder freizukommen (dieser Gedanke wird nicht erst von Joschka Fischer geäußert, wie der „Spiegel“ meint, sondern schon sehr viel früher von Bundesverfassungsrichter Grimm).

VI. Staatliches und vorstaatliches Verfassungsrecht

Art. 1 Abs. 2 GG enthält vorstaatliches Verfassungsrecht und wird daher als Verankerung naturrechtlichen Verfassungsdenkens angesehen (Maritin). Beim staatlichen Verfassungsrecht unterscheidet man bezüglich der Festigkeit der Grundrechte das Kernrecht oder die Kernnorm und Normen aus einer Art Sphärenbereich, der sich um die Norm herum begibt. Von Bedeutung kann dies sein bei sogenannten Grundrechtszusammenstößen.

VII. Grundsatz der Präponderanz der Freiheit

Dieser Grundsatz ist heute mit dem Gleichheitssatz abzuwägen, z.B.: gleiche Bildung und gleiche wirtschaftliche Entwicklung, Aufbau der Demokratie von unten nach oben und das Subsidiaritätsprinzip sowie der ethnische regionale und religiöse Pluralismusgedanke. Im Gegensatz hierzu wurde der Gedanke in einem französischen Standardwerk mit dem Titel „Paris et le désert“ ausgedrückt.