

Helmut Goerlich

Vom Siegeszug der Verfassung in der Dämmerung des Staates^{* *}

Die Durchsetzung des Verfassungsrechts mit Hilfe von Verfassungsgerichten ist auf der nördlichen Halbkugel und darüber hinaus zum mindestens geforderten, wenn auch oft nur in Ansätzen verwirklichten Standard geworden. Der Vorrang der Verfassung macht nicht mehr Halt vor der Souveränität des Volkes oder des Parlaments. Selbst die hehre britische Verfassung kehrt zum Ausgangspunkt ihrer modernen Tradition zurück und gewährt Menschenrechte – die schließlich in der blutigen englischen Revolution des 17. Jahrhunderts zum ersten Mal deutlich postuliert und in Teilen ausformuliert auf den Plan traten, lange bevor sie in den amerikanischen Kolonien wieder auftauchten. Man trifft diese Menschenrechte heute im Vereinigten Königreich gewissermaßen innerstaatlich wieder; die Gerichte sollen sie nun doch durchsetzen, nachdem heute nach der Erfahrung der Wirkung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten die delikate Balance des *King in Parliament* aus dem 17. Jahrhundert um solche Rechte ergänzt werden kann. Und die französische Tradition findet dank der Verfassung der Fünften Republik und ihres *Conseil constitutionnel* als Verfassungsgericht Pfade zu diesem Weg. Das darf nicht darüber hinweg täuschen, daß dieses hohe Lied von der Durchsetzung der Verfassungen karikiert wird von Maßnahmen, die sie gefährden, etwa solchen der Terrorismusbekämpfung¹ oder der Integration des

* Zugleich zu: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hrsg. von P. Badura und H. Dreier, 2 Bde., Mohr Siebeck, Tübingen 2001, XI, 760 und IX, 976 S., geb. (€ 199,-); und W. Vogel, Demokratie und Verfassung in der V. Republik. Frankreichs Weg zur Verfassungsstaatlichkeit (=Frankreich Studien, hrsg. von H. M. Bock, A. Kimmel u. H. Uterwedde, Bd. 4), Leske und Budrich, Opladen 2001, 347 S. (€ 30,90) sowie R. Alexy/ Ph. Kunig/W. Heun/G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit sowie W. Erbguth/W. Höfling/R. Streinz/ A. Espiney, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, beides in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 61, W. de Gruyter, Berlin/New York 2002, 469 S. (€ 128,-).

1 Siehe dazu Th. Groß, Terrorbekämpfung und Grundrechte, in: Kritische Justiz 2002, S. 1 ff.

Nationalstaates in supranationale Organisationen.² Die vorhandenen die Staaten übergreifenden regionalen Pakte und Rechteerklärungen, wie etwa in Europa die Europäische Konvention zum Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten, werden dann um so bedeutsamer. Und Europa findet sich in der glücklichen Situation, daß ein Gerichtshof, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, zunehmend diese Rechte zur Geltung bringt. Das geschieht nicht nur gegenüber Staaten, die am Rande der Menschenrechtstradition stehen oder bis vor kurzem noch eine eigene Tradition verteidigt haben oder notorische Defizite der Effektivität des Rechtsschutzes aufweisen, wie die Türkei, Großbritannien oder Italien, sondern zunehmend auch solchen postfaschistischen Staaten gegenüber, die sich eines effektiven höheren Standards meinten rühmen zu können, wie die Bundesrepublik Deutschland.

I.

Juristische Festschriften spiegeln dieses eigenartige Bewußtsein hier im Lande, das seine Rechtswissenschaft auf einzigartige Weise pflegt. Die Vertreter des „Staatsrechts“ – nicht schlicht des Verfassungsrechts, das sich ja auch über den Staat hinaus fortbilden könnte – kultivieren das besonders. Eine weitere Steigerung der Selbstdarstellung dieses Bewußtseins wird erreicht, wenn es um eine Festschrift zum langjährigen Bestehen des nationalen Verfassungsgerichts geht. Es ist sogleich von einem distanzierteren Betrachter beobachtet worden, daß damit vielleicht nicht die Fackel der eigenen Wissenschaft dem Gericht voran-, sondern seine Schleppe hinterher getragen wird.³ Dies hier deshalb, weil die Festschrift nicht nur die Gelehrsamkeit der „Staatsrechtslehre“ spiegelt, sondern vor allem die Rechtsprechung des Gerichts, die sie weithin darstellt, zusammenfaßt und reflektiert, sieht man von wenigen Ausnahmen ab.⁴ Gemeint ist dies sicher als eine Reverenz gegenüber der Leistung des Gerichts. An dieser Leistung

2 Dazu nur E. Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, in: *Juristenzeitung* 2000, S. 1121 ff.; früher H. P. Ipsen, Über Supranationalität (1973), in: ders., *Europarecht in Einzelstudien*, 1984, S. 97 ff. (102).

3 Vgl. M. Stolleis, Die brave Trägerin der Schleppe, Staatsrechtslehrer gratulieren dem Bundesverfassungsgericht, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 293 v. 17. Dezember 2001, S. 48. Stolleis ist zwar selbst Mitglied der Zunft, aber zugleich Historiker.

4 Siehe aber – teilweise auch schon durch die Themenstellung bedingt – etwa die Beiträge zu der Festschrift von Klaus von Beyme zum Gericht aus der Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften, von Horst Dreier zur verfassungsstaatlichen Vergangenheitsbewältigung, von Jochen Abr. Frowein zur Europäisierung des Verfassungsrechts, von Peter Lerche zu Stil und Methode der verfassungsgerichtlichen Entscheidungspraxis und von Thomas Vesting zur Entwicklung einer Informationsordnung.

besteht insgesamt auch kein Zweifel. Das Gericht hat den Vorrang der Verfassung, das heißt die Einsicht und Rechtsregel, wonach alles andere Recht dem verfassungsrechtlichen *Rechtsregime* weichen muß, weithin durchgesetzt. Das gilt unabhängig von Niederungen einer einzelnen Entscheidung oder teils funktionspezifischen Verzögerungen in der Wahrnehmung der Verfassungslage – Gerichte sprechen schließlich in der Regel abschließend erst am Ende eines Streits. Das Gericht steht daher für eine Entwicklung des Landes, die die Verfassung, das Grundgesetz, einläuten sollte, von der aber durchaus ungewiß erschien, ob sie einen so stabilen, kontinuierlichen und in vielem vorbildlichen Verlauf nehmen würde. Allerdings gibt es auch andere Anzeichen. Früher waren sie eher den Entscheidungen des Zweiten Senats, heute eher denen des Ersten Senats des Gerichts zu entnehmen, den Entscheidungsgründen wie auch den bei diesem Gericht mit den Entscheidungen publizierten abweichenden Meinungen überstimmter Richter. Führungsschwäche und rechtsdogmatische Abwege sind in jüngerer Zeit häufiger zu vermuten oder erkennbar. Steigert sich das, dann müßten Staatsrechtslehre und politische Wissenschaft die ältere Führungsrolle übernehmen, die sie hier wahrgenommen haben, als es noch keine moderne Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland gab.

Nun aber zu der Festgabe: Zu allen aktuellen Fragen äußern sich angesehenen Rechtslehrer des Verfassungsrechts unter weitgehend vollständiger Einarbeitung der Rechtsprechung des Gerichts in einer systematischen Abfolge, die die Festschrift einem Handbuch zu Verfassung und Rechtsprechung nähert. Das Niveau ist in aller Regel hoch angesiedelt, manchmal erstaunt die Auswahl sowohl der Thematik als auch der Autoren etwas, aber nicht zuviel, wenn man das Gespann der beiden Herausgeber betrachtet. Hier der vertraute Berater der Bayerischen Staatskanzlei, der sich auch nach der Emeritierung als Doyen des Fachs versteht und offenbar auf vielen Wegen wie immer doch noch Einfluß im ganzen Lande über Grenzen jeder Art und manche wohlersonnene Verfahrensregel hinweg zu verbreiten vermag, wie es heißt, und in diesem Ausmaß bisher keinen Schüler gefunden hat. Dort der junge, ehrgeizige Kollege, der nach einer Erfahrung jenseits der Grenzen der Seriosität die ja immer bessere jüngere Generation trotz seines schleunigen Aufstiegs nicht aus dem Auge verloren hat, gewissermaßen zwischen Anerkennung einsam und als Speerspitze getreu, dessen inneres Ohr zugleich aber auch alle Zwischentöne hört, wie einer als stummer Beobachter vielleicht meint sagen zu können.

Die Autoren des ersten Bandes der Festgabe spiegeln das Gericht in seiner Rolle im politischen Prozeß, als Ersatzgesetzgeber und als prägender Akteur, etwa nach 1990 in besonderem Maße, ebenso wie in den ganz frühen Jahren, als das Gericht keine dogmatischen Figuren und Argumenta-

tionsmuster aus der Werkstatt des Fachs vorfand, die dem Grundgesetz hätten genügen können. Die große Leistung damals findet eine Entsprechung im Rahmen der Wiedervereinigung, das wird deutlich. Dann entfalten verschiedene Beiträge die stetig wachsenden Vernetzungen des Bundesverfassungsgerichts und der Fachgerichtsbarkeiten, der Verfassungsgerichte in den deutschen Ländern wie auch im Ausland, des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg. Zahlreiche Beiträge des ersten Bandes befassen sich auch mit dem Verfahrensrecht des Gerichts, das allerdings für diese Vernetzungen keineswegs immer das geeignete Handwerkszeug vorhält, weil sie jüngeren Datums sind, sich manchmal gar nicht in Verfahrensfiguren und -stufen übersetzen lassen und in aller Regel das positive Recht auch hier sozusagen spät kommt, wenn nicht manchmal zu spät.

Der zweite Band der Festgabe erörtert Fragen des materiellen Rechts, an erster Stelle der Grundrechte, der Abfolge im Text des Grundgesetzes entsprechend, die den Menschen und Bürgern dienen und den Schutz konkreter besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben, also nicht einer abstrahierten Welt eines verselbständigten von der Verfassung gelösten oder ihr unterlegten Gefüges.⁵ Dennoch entwickelten Praxis und Wissenschaft im Interesse der Verstärkung und dauerhaften Wirksamkeit diese Rechte fort, entnehmen ihnen daher heute Elemente objektiver Geltung als Rechtsgarantien, aus denen Schutzpflichten folgen und sich Strukturen ergeben können.⁶ So schließen gewissermaßen selbstläufig weitere Beiträge an, die Elemente der Ordnung des Staates, den die Verfassung auf diesem Wege hervorbringt, verhandeln, also etwa, um einiges herauszugreifen, zu Staat, Verbänden in Wirtschafts- und Arbeitsleben, Kirchen und Religionsgesellschaften, zu Rechts- und Bundesstaat, zu Meinungskampf und Medien, zu Wahlen, Parteien und Parlamenten, zu Staatsleitung, auswärtiger Gewalt und Verteidigung und nicht zuletzt zu Formen der Selbstverwaltung, der Besteuerung und des Finanzrechts und *last not least* zu Fragen eines Umweltstaates und der Wahrnehmung von Staat und Gesellschaft mit den Augen des geehrten Gerichts.

Das Geflecht der Beiträge etabliert damit alle Gelehrsamkeit der Zunft des Fachs wie man sie kennt: Gelehrt, wortreich und unerschöpflich, ohne Zurückhaltung im Angesicht ungelöster Fragen, die die Rechtsprechung in vollem Ernst bewältigen muß, während der Publizist im doppelten Sinne

5 Zum Hintergrund Ausführungen in der bekannten Entscheidung zur Mitbestimmung aus dem Jahre 1979 vgl. BVerfGE 50, 290, S. 336 ff.

6 Paradigmatisch in Übersicht K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Nachdruck 1999, Rn. 277 ff.

öfters geneigt erscheint, seiner Eitelkeit Lauf zu lassen, die erfordert, als Autor zitiert und damit im Gespräch zu bleiben.

Ausführlich erörtert werden die Grundfragen von Verfassung und Staat in einer Zeit der Preisgabe der Funktionen der Staates in verschiedene Richtungen, zuerst an die Supranationalität der Europäischen Gemeinschaften bis hin zum Binnenmarkt, den das globale Regime der WTO umkleidet,⁷ dann heute der Europäischen Union mit ihren wachsenden Zuständigkeiten im Bereich des Inneren und der Justiz, zuvor schon, damals unmerklich in ihrer Tragweite an das Regime regionalen Menschenrechtsschutzes, heute an eine obligatorische internationale Strafgerichtsbarkeit und nun zusammengefaßt in der billigen Münze und Redeweise von der Globalisierung, – abgesehen von den inneren Veränderungen der Rolle des Staates durch Privatisierungen und Deregulierungen. All diese Entwicklungen sind nicht neu, lassen aber den Staat zurück als eine Hülse, und man glaubt ihm angesichts dieser Erscheinungen nicht mehr, daß vor allem er Schutz biete, um in Sicherheit, Freiheit und Frieden zu leben, wie dies Nationalismen immer wieder zur Rechtfertigung der Forderung nach eigener Staatlichkeit aufs Panier geschrieben haben.⁸

Angesichts dieser Umriss in der Perspektive ist das Geschick der Verfassung in ihrem Ertrag ungewiß. Diente sie doch dazu, den Staat zu umhegen, so daß er seine Versprechungen vor allem unter der Flagge der Freiheit einlöst. Die Erträge und Leistungen dieses Rechtsgebietes, seiner Rechtsprechung und seiner Wissenschaft, lassen sich vielleicht nur dann bewahren, wenn man den Ertrag der Verfassung von ihrem einen Bezugspunkt, nämlich dem Staat löst, was die Kunstgriffe und Rechtsfiguren der Freiheitsgewähr angeht. Denn sie müssen nunmehr auf anderen rechtlichen Ebenen gleichsam dieselben Frondienste täglicher Rechtsanwendung erbringen, soll ihr nationalstaatlicher Ertrag nicht verloren gehen. Daß die Verfassung neben solchen Instrumenten wie Vorrang kraft unmittelbarer Wirkung, Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der Gewähr parlamentarischer Verantwortung, Verhältnismäßigkeit im Sinne der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit eines jeden Eingriffs in Freiheiten oder der Sicherstellung eines existentiellen Minimums als Bedingung der Möglich-

7 Dazu A. v. Bogdandy, Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, 1. Teil: Entkopplung von Recht und Politik, 2. Teil: Neue Wege globaler Demokratie?, in: Kritische Justiz 2001, S. 264 ff., 425 ff.

8 Hierzu ist zutreffend beobachtet worden, daß die Exekutive innerstaatlich an Spielraum gewinnt, vgl. H. Dreier, Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, in: Die öffentliche Verwaltung 2002, S. 537 ff.; das besagt aber nicht, daß der Staat als solcher selbst dadurch aufs Neue in die Lage versetzt ist, seine herkömmlichen Funktionen eigenständig zu erfüllen.

keit der Ausübung von Freiheiten und so fort auch immer andere Aufgaben hat und heute behält, das steht auf einem anderen Blatt. Als Ausdruck einer Kultur muß sie etwa einheitsstiftend wirken, nationale demokratische Identität ermöglichen und Lebenskulturen beheimaten. Daß sie dies nicht ohne Akzeptanz und Konsens vermag, auch daran besteht kein Zweifel. Daß zudem supranationale Strukturen auf diesen „Unterbau“ angewiesen sind, das ist ebenso gewiß. Und daß deshalb Verfassung und Nation in einem neuen Sinne Raum benötigen, auch das liegt auf der Hand. Aber sich dazu zu verhalten, dies zu erörtern, das wäre Neuland, wissenschaftliche Aufgabe aus eigenem Recht und im Rahmen der Wissenschaft in Formen, die Gerichten nicht zur Verfügung stehen: Sie haben sich nach strengen Regeln der Begründungstechnik in juridischen Entscheiden zu äußern, um ihrer Rolle willen jede Weitschweifigkeit zu meiden, die sie in den politischen Streit führen würde, und das heißt, zugespitzt auf die einzelne Rechtsfrage hin zu entscheiden und zu begründen, wie es allenthalben das juristische Handwerk mit gutem Grund verlangt.

Die Festschrift wählt diesen Weg nicht, sie läßt die Erwartungen an die Staatsrechtswissenschaft, bescheidener und treffender, an den Verfassungsrechtler und *homo politicus*, auf sich beruhen. Ihr Konzept ist gebannt von dem Jubilar, den es zu feiern galt und immer noch gilt, und seiner Arbeit. Der Preis dieses Konzepts der Festschrift ist die gewisse Provinzialität: Zunächst durch die Auswahl der Autoren, die sämtlich zwar angesehene Fachvertreter sind, aber eben dieses und nichts anderes. Ein einziger Vertreter der Politikwissenschaft zu einem Thema kann das ganze Feld nicht öffnen für eine Betrachtung aus anderer Warte, auch fehlen das Ausland, die Historie und die Richter anderer Gerichte als Autoren. Ebenso fehlt eine thematische Ausrichtung an der soeben angedeuteten jüngeren Gegenwart der „Verfassungslage“. Das hätte erlaubt, sich mit grundlegenden aktuellen Fragen zu befassen, also etwa mit dem Staat und supranationalen Strukturen in einer Zeit, in der die Verfassung dank der ihr inhärenten Figuren einer auch jenseits des eigenen Staates tauglichen Dogmatik ihren Rang behauptet, indem sie diese Figuren auch auf eine andere als ihre bisherige Ebene, der des eigenen Staates nämlich, weitergibt. Insofern bei aller Blüte des Straußes dieser Festgabe eine Enttäuschung, gewissermaßen nun ein kleines Handbuch neben dem voluminösen zehnbändigen Handbuch des Staatsrechts, dem Handbuch des Verfassungsrechts, neuen guten dreibändigen Kommentaren und ähnlichen nun wieder außerordentlich voluminös geplanten Werken zu den Grundrechten des Grundgesetzes.⁹

II.

Will man hingegen sich ein Bild verschaffen, wie eine neue Verfassung und die ihr zugehörige Rechtsprechung einen Siegeszug des Verfassungsrechts möglich machen können, so ist Frankreichs Fünfte Republik mit ihrer Verfassung von 1958 noch immer ein hervorragendes Beispiel. Solche Beispiele sind von besonderem Interesse, weil die oben angedeuteten, schon lange im Gange befindlichen Entwicklungen eines Wandels von Staat einerseits und Verfassung¹⁰ andererseits nichts daran geändert haben, daß es der Stabilität des Verfassungsstaates bedarf: Das heißt, die Bändigung und Hegung der nationalen politischen Kulturen durch jeweils ihre eigenen Rechtsverfassungen bleibt auch nach dem Funktionsverlust des Staates, etwa in seiner europäischen Vernetzung, eine notwendige Bedingung der Möglichkeit einer solchen Einbindung, die wiederum aus ganz anderen, oft wirtschaftlichen und sicherheitspolitischen Gründen, unerlässlich ist. Das gesamte supranationale Funktionsgefüge setzt mithin den Verfassungsstaat, seine Stabilität und Verlässlichkeit, seine vielfältigen Leistungen im Recht und in der politischen Kultur voraus. Deshalb ist jede Untersuchung, die solche Entwicklungen einfängt und das nicht nur verfassungsrechtlich bewältigt,¹¹ von außerordentlichem Interesse, was nun für die hier angezeigte Dissertation von Wolfram Vogel, einem jungen Vertreter der Politikwissenschaft aus der Schule von Peter Graf Kielmannsegg, gilt. Es ist an verbreiteter Stelle auf sie aufmerksam gemacht worden.¹²

Die Fünfte Republik war ein Geschöpf der Not des postkolonialen Algerienkrieges. Bei der Verfassungsgebung kam es darauf an, die demokratische Tradition der Anarchisten der Nationalversammlung und des Senates

9 Es erübrigt sich, diese Werke hier aufzuzählen; die großen Fachverlage konkurrieren mit solchen Werken; der größte am Markt versucht zugleich mehrere Segmente, vom Groß- bis zum Kurzkommentar abzudecken; entsprechendes gilt für Groß- und Kurzlehrbücher sowie für Handbücher; manche der mitwirkenden Autoren veröffentlichen ihre Kommentierung nochmals getrennt als Monographie in einem anderen Verlag.

10 Dazu K. Hesse, Die Welt des Verfassungsstaates, Einleitende Bemerkungen, in M. Morlok (Hg.), Die Welt des Verfassungsstaates, Erträge des wiss. Kolloquiums aus Anlaß des 65. Geburtstages von Peter Häberle, 2001, S. 11 ff. (13): „Wir leben insoweit von dem Gedankengut einer Welt, die nicht die unsere ist, und, wie wir immer deutlicher sehen, in den tiefen Wandlungen des ausgehenden 20. Jahrhunderts ihren Untergang gefunden hat. Über ihre Grundlagen, bislang als gesichert geltende Bestandteile der Staats- und Verfassungslehre, ist die Geschichte hinweggegangen.“

11 Siehe dazu für Frankreich die älteren Arbeiten St. Bauer, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, 1998 und R. Grote, Das Regierungssystem der V. Französischen Republik, 1995

12 Vgl. K.-J. Müller, Die hegende Kraft – Verfassung und Verfassungswirklichkeit in der V. Republik, in: FAZ Nr. 102 v. 3.5.2002, S. 10

der Republik und ihrer zahllosen zur Steuerung meist kaum mehr fähigen Regierungen zu bändigen. Ein Weg dahin war, die Kompetenzen dieser gesetzgebenden Körperschaften zu beschneiden. Um das wirksam tun zu können, bedurfte es einer gewissermaßen neutralen Institution zur Kontrolle von Kompetenzkonflikten. Dafür schuf die Verfassung de Gaulles und des älteren Debré den *Conseil constitutionnel*, also den Verfassungsrat, der sich selbst insbesondere seit 1971 durch Begründung und dann auch den Ausspruch seiner Entscheidungen mehr und mehr zu einem Verfassungsgericht wandelte.

Am Anfang stand die Entstehung des richterlichen Prüfungsrechtes in der angelsächsischen Welt. Es tritt in der *Common-Law*-Tradition auf, verschwindet wieder und wurde später gegenüber anderen Gewalten, der Legislative und der Exekutive in einem Gemeinwesen eingesetzt. Als anerkannte Rechtsfigur etablierte es sich aber zuerst im Verhältnis zwischen amerikanischen Kolonien und Mutterland. Hier kam es darauf an, vor allem Kompetenz-, dann aber auch sonstigen Machtmißbrauch abzuwenden. Dafür diente im britischen Staatsrecht das *Privy Council*.¹³ Es setzte unberührt von der Lehre der Parlamentssoveränität des *King in Parliament* die früheren Ansätze für ein richterliches Prüfungsrecht fort, wie sie später seit 1803 in den Vereinigten Staaten von Amerika Grundlage des richterlichen Prüfungsrechts am Maßstab des Vorrangs der Verfassung wurden. Dort hatte es auch andere Wurzeln, etwa im Widerstandsrecht, wie jüngere Untersuchungen zu zeigen vermochten.¹⁴

In Frankreich stand einem solchen Prüfungsrecht die Tradition Rousseaus, die Souveränität des Volkes und damit der *pouvoir constituant* und auch der *pouvoir constitué*, d.h. der nationalen Repräsentation, entgegen.

13 Die Zuständigkeit dieses Spruchkörpers war zunächst administrativ, erlangte aber gerade im Konflikt zwischen dem Parlament in Westminster und den kolonialen Legislativen etwa in den amerikanischen Kolonien, darüber hinaus später im Commonwealth, wie er heute noch besteht, Bedeutung. Vgl. dazu D. L. Keir, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, 9th Ed., 1969, S. 353; zur inneren Kontrolle der Lokalverwaltung entwickelte dieser Spruchkörper wichtige spätere Rechtsbehelfe wie den writ of certiorari und mandamus fort, vgl. E. G. Henderson, *Foundations of English Administrative Law*, 1963, S.72 ff.

14 G. Strourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, 1974; der Vorrang der Verfassung ist ausdrücklich etwa geregelt in Art.38 des Instrument of Government v.16.12.1653, vgl. den Abdruck bei S. R. Gardiner (Ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625–1660*, 3d ed., Reprint 1968, S.405 ff. (416); das Konzept stammt aus der englischen Revolution, etwa den Formulierungen des *Agreement of the People of 1647* in seinen verschiedenen Fassungen, vgl. den Abdruck in A. S. P. Woodhouse (Ed.), *Puritanism and Liberty*, Sec. Ed. 1974, S. 361 ff., insbesondere zugunsten der Religionsfreiheit oder aber auch gegen historische Exemtionen oder Privilegien.

Nicht zu Unrecht sagte man, der Rechtsstaat finde in Frankreich regelmäßig auf der Straße statt, wenn nämlich das Volk das Recht wieder an sich zieht und die Übeltäter straft. Die theoretischen Grundpositionen anzutasten und insoweit das Verfassungsrecht sogleich ausdrücklich zu verändern, das wäre vermessen gewesen. Aber rechtliche Bindungen zu entwickeln für eine kompetenzgerechte Praxis der parlamentarischen Herrschaft und für ihr Verhältnis zum Verordnungsrecht des noch deutlicher in unmittelbarer Wahl durch das Volk legitimierten Präsidenten der Republik, das leuchtete ein, und so kam es zu den Befugnissen des *Conseil constitutionnel*. Die These der Arbeit ist nun, daß Frankreich entgegen den Erwartungen seiner Beobachter mit dieser Verfassung und der Rechtsprechung dieses Verfassungsorgans den Weg zum demokratischen Verfassungsstaat erfolgreich genommen hat. Heute kennt das Land den Vorrang der Verfassung. Es trägt diese Verfassung als Teil des nationalen Konsenses. Es gewinnt daraus Identität. Und, nicht zuletzt, es wird mit der so gewonnenen Verlässlichkeit und Stabilität zum tragenden seriösen Teil des Bauwerks einer europäischen Struktur, die eine verbindende und verbindliche Rechtsordnung schafft.

Zwar prüft der *Conseil constitutionnel* noch immer nicht Gesetze, nachdem sie verkündet worden sind, sondern zuvor. Aber er prüft Gesetzentwürfe nicht mehr nur auf Kompetenzverstöße, sondern auch materiell an der Verfassung.¹⁵ Dies geschieht seit 1971, indem nun Prüfungsmaßstab der Ausübung von Befugnissen neben der Kompetenz auch die Wahrung fundamentaler Prinzipien ist, die von den Gesetzen der Republik anerkannt und feierlich durch die Präambel der Verfassung von 1958 bestätigt werden.¹⁶ Zu diesen Prinzipien – „*vu la Constitution et notamment son préambule*“ gehören die klassischen Grundrechte und weitere Elemente moderner Verfaßtheit des Staates bis in die Arbeits- und Wirtschaftsstrukturen. Damit sieht Vogel zu Recht ähnlich der Entscheidung *Marbury v. Madison* des amerikanischen *Supreme Court* aus dem Jahre 1803¹⁷ den Vorrang der Verfassung, ihre Suprematie – und zugleich bekräftigt Vogel, daß die Verfassung sei, „*what the judges say it is*“.¹⁸ Dieser mißverständliche Satz besitzt

15 Dazu schon H. Goerlich, Verfassungspolitik und Modernität in Frankreich, Leipziger Juristische Vorträge, Heft 7, 1995.

16 Vgl. die präzise Darstellung bei Vogel (Anm. 1), S. 150 ff.

17 *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

18 Wobei Vogel (Anm. 1, S. 151) irrtümlich dieses Diktum der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* und damit Chief Justice John Marshall zuordnet, es ist jüngeren Datums, nämlich von Charles Evans Hughes, als noch nicht Chief Justice des *Supreme Court*, sondern Gouverneur des Staates New York war, vgl. den Nachweis bei G. R. McCloskey, *The Modern Supreme Court*, 1972, S. 129 Anm. 5.

weniger Klarheit als das maßgebliche Diktum von Chief Justice Marshall in einer Gerichtsentscheidung aus dem Jahre 1819, nämlich: „*we must never forget, that it is a Constitution we are expounding*“.¹⁹ Dieses Diktum beleuchtet die Ergebnisse der hier erörterten ausgezeichneten Studie auch viel besser: Mit dem Eigengewicht der Verfassung im Verhältnis zu den demokratischen Formen der Souveränität des Volkes etabliert sich der Vorrang der Verfassung durchschlagend; allerdings sind in Frankreich wohl gewisse Lücken, ähnlich deutschen Wehen um das Ausmaß der europäischen Integration nach dem *Vertrag von Maastricht*, der *pouvoir constituant* noch offen: Sie beziehen sich auf den Souverän, das Volk; souveräne Akte dieses Souveräns sollen den *Conseil constitutionnel* offenbar zum Schweigen bringen können; in Frankreich wird nämlich keineswegs eine Unabänderlichkeit der Verfassung auch nur in ihren Prinzipien, anders als im Grundgesetz, postuliert.²⁰ Dennoch: Der Souverän fügte sich den eingegangenen Bindungen und bekräftigte damit zugleich wiederum die Verfassung. Zudem hat der *Conseil constitutionnel* auch solche Vorgänge seiner Kontrolle unterstellt, sich so zum Verfassungsgericht gemacht und damit die Balance zwischen Demokratie und Verfassung, wie Vogel dies nennt, im Wege der Rechtsfortbildung ermöglicht.

Die Ergebnisse der hier vorgestellten ausgezeichneten umfassenden Untersuchung rechtfertigen die Schlußfolgerung, daß Frankreich nunmehr Verfassungsstaat ähnlich den anderen Gliedstaaten der Europäischen Union sei.

III.

Daß auch die Staatsrechtslehre sich der Integration ihrer Erwägungen unter das Regime des Funktionswandels des Staates im europäischen Rechtsregime nicht entziehen kann, das zeigt schließlich das dritte hier anzuzeigende wissenschaftliche Produkt: der 61. Band der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Es handelt sich um die Veröffentlichung der Referate und der Diskussion dieser Vereinigung von ihrer Tagung des Jahres 2001 in Würzburg. Er befaßt sich der Sache nach mit

19 In: *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819).

20 Vogel (Anm. 1), S. 208 ff.; in Deutschland hat bekanntlich die Fehlinterpretation der „Ewigkeitgarantie“ des Grundgesetzes in Art. 79 Abs. 3 GG dazu geführt, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Konflikte zwischen der Übertragung von Zuständigkeiten auf die europäische Ebene und Gewährleistungen der Volkssouveränität aufzubauen. Ihre Bewältigung hat zweifellos zu einem Reformdruck geführt; das gilt auf andere Weise auch für die Beförderung europäischer Grundrechtsstandards; näher ist darauf hier nicht einzugehen.

der Rolle der Verfassung im Verhältnis zu „einfachem“, d. h. mit einfacher parlamentarischer Mehrheit geschaffenen Recht sowie mit einem weiteren, dem Laien zunächst dunkeln Gegenstand, nämlich dem Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht. Mit letzterem ist vor allem die Anbindung der Haftung des Staates für von ihm gesetztes Unrecht an die Grund- und Menschenrechte gemeint, anders als das deutsche Recht aus der Zeit, als solche Rechte zumindest nicht unmittelbar oder aber überhaupt nicht galten, wie dies bis zum Ende der Weimarer Republik weithin der Fall war.

Der Band zeigt vor allem in seinen rechtsvergleichenden Beiträgen, daß auch die englische Rechtsentwicklung sich mehr und mehr dem Rechtsregime vorrangig geltender Grund- und Menschenrechte beugt. Dies geschieht – wie oben erwähnt – inzwischen auch durch eine durchsetzbare eigene nationale Gewährleistung von Grundrechten, dies vor allem angesichts des Rechtsregimes der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie der Gerichtshof in Straßburg sie durchsetzt. Diese eigenen Rechte zeigen selbst für England eine neue Entwicklung auf, die gewissermaßen den tragenden Verfassungskompromiß des späten 17. und dann des frühen 18. Jahrhunderts zwischen „Krone“ und „Commonwealth“, man kann fast sagen: im älteren Sinne der „Republik“ modifiziert, der in der Souveränität des Parlaments – umfaßt in der Formel „King in Parliament“ – ruht. Denn durch Bindungen eigener Art soll sich nun auch das Parlament nicht nur dem supranationalen Recht der europäischen Integration, sondern auch solchen eigenartigen Rechten beugen.²¹

Damit wird die ältere Konstruktion der Verfassung ergänzt. Sie war geprägt auch noch von dem spätmittelalterlichen Konzept der Duplizität der Krone in der Person des Königs als Herrscher und in seiner Repräsentationsfunktion als Symbol des Gemeinwesens²², das zugleich durch das Parlament dargestellt erscheint. Diese sozusagen genossenschaftliche Komponente ergänzen die Menschenrechte mit ihrer Integration in die alte ungeschriebene Verfassung.

Das präzisere erste Thema der Tagung in Würzburg war „Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit.“ Im zweiten Referat zum diesem Thema legte Werner Heun die rechtsgeschichtlichen Wurzeln dieser Tradition des Vorrangs zunächst der

21 Vgl. auch J. Rivers, Menschenrechtsschutz im Vereinigten Königreich, in: Juristenzeitung 2001, S. 127 ff.; u. etwa R. Gordon/T. Ward, Judicial Review and the Human Rights Act, London/Sydney 2000.

22 Daher vermag der König nicht zu sterben, vgl. E. H. Kantorowicz, The King's Two Bodies, 1957, p. 193 ff.

lex terrae, dann schließlich der Verfassung seit den Äußerungen des Richter Sir Edward Coke in der *Common Law* Gerichtsbarkeit des 17. Jahrhunderts wieder dar. Auch stellte er den Bezug über die großen Klassiker wie William Blackstone zur amerikanischen Rechtsprechung her.

Später zeigte Heun zwar nicht die Rezeption dieser Tradition in der *Paulskirche* auf. Der Verfassungsentwurf der Paulskirche enthielt bekanntlich den Vorrang der Verfassung in Ansätzen für seine Grundrechte in §§ 126, 130 dieser Verfassung, demgemäß das richterliche Prüfungsrecht und eine Grundrechtsbeschwerde. Aber mit dem Blick nach England war der erste Pfeiler der Brücke zum Grundgesetz in Sicht. Die erste deutsche Rezeption übergeht er, wohl weil die Verfassung der Paulskirche nie in Kraft trat und das ihr zugrundeliegende Vorverständnis vom Rang einer Verfassung keineswegs herrschende Doktrin wurde.

Heun stellt aber im einzelnen dar, wie sich im 19. Jahrhundert die Erwartung der Freiheitsgewähr zunehmend auf die fachrechtlichen Kodifikationen, insbesondere das Verfahrens- und das bürgerliche Recht verlagert. Dieser Weg wurde zu Ende gegangen, bis zu dem Satz des in der Weimarer Zeit führenden Kommentators der Verfassung Gerhard Anschütz, daß die Verfassung nicht über der Legislative stehe, sondern zur Disposition derselben.²³

Es war vor diesem Hintergrund dann für Heun ein Leichtes, die Fallstricke der Weimarer Zeit zu entwirren. Besonderer Verdienst liegt zudem in dem Hinweis, daß schon das Reichsgericht am Ende der Weimarer Zeit dazu fand, ähnlich der damals entwickelten Methode von Rudolf Smend durch eine Modifikation der Auslegung der Generalklauseln des Zivilrechts die Wertungen der Verfassung diesem zuzuordnen.²⁴ Diese sensible Methode hat das Bundesverfassungsgericht fortgeführt, nachdem ihm schließlich das richterliche Prüfungsrecht des Grundgesetzes zur Verfügung stand.²⁵

Heun ergänzt dies auch durch eine Darstellung des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz in Frankreich, die all die angesprochenen Leistungen des *Conseil constitutionnel* subtil belegt und aufgreift. Insgesamt war es Ziel seiner Ausführungen, die *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*

23 G. Anschütz, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Art. 76 Anm.1, wobei Heun zu Recht betont, daß der Autor diesen Satz wörtlich aus einem seiner Werke aus der Zeit des Kaiserreichs in die Weimarer Gegenwart übernommen hat.

24 Vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), heute in ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 119 ff. (164 ff.); näher Heun, a.a.O. S.95 ff. (100)

25 BVerfGE 7, 198 ff., im Falle eines Boykottaufrufes gegen die Wiederaufführung der Filme von Veit Harlan.

und damit die Vollendung des Verfassungsstaates im Verhältnis zu den Fachgerichtsbarkeiten zu begründen. Heun legt hierzu auch die Methoden offen, die in Frankreich die Fachgerichte anwenden, um die Verfassung in ihrer alltäglichen Praxis zum Zuge zu bringen. Dies ist von besonderer Bedeutung, weil es dort eine Grundrechtsbeschwerde zum Äquivalent eines Verfassungsgerichts, dem *Conseil Constitutionnel*, nicht gibt.

Zu der Entwicklung in den Vereinigten Staaten handelt Heun darauf in Einzelheiten von der dort so nicht verstandenen Drittwirkung der Grundrechte, das heißt der Wirksamkeit ihres Freiheits- oder Gleichheitsgehalts auch auf und in Anwendung des Privatrechts, also etwa zum Schutze der Minderheiten bei der Prüfung von Vertragsgestaltungen, etwa im Arbeitsleben oder im Dienstleistungssektor. Die deutsche Doktrin neigt heute hier dazu, den Grundrechten eine Schutzpflicht gegenüber dem Staat zu entnehmen, die ihnen ihre Wirksamkeit in der Rechtsetzung wie in der Rechtsanwendung auch des Privatrechts verschafft. Dies Konstruktion ist dem amerikanischen Recht fremd.²⁶ Dort wird noch immer mit der *state action doctrine* gearbeitet, die eine Präsenz der öffentlichen Gewalt in diesen Gestaltungszusammenhängen auffindet und darum die Freiheits- und Gleichheitsrechte unmittelbar meint anwenden zu können. Sie spiegelt auch den heutigen Stand der Rechtsprechung des *Supreme Court*.

Dabei ist in Deutschland die gegenwärtige Brisanz der Fragestellungen im übrigen auch durch Konflikte zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht – und latent innerhalb des letzteren – um die Frage aufgeladen, ob ein ungewolltes Kind ein Schaden sein könne, den man gegenüber dem mit der beabsichtigten Verhütung oder dem beabsichtigten Schwangerschaftsabbruch befaßten Arzt geltend machen kann, wenn er bei Befassung mit dem Falle fahrlässig oder vorsätzlich Kunstfehler begangen hat. Außerdem findet sich eine rege Debatte im Zivilrecht darum, ob die Verfassungsgerichte kraft des Verfassungsrechts in private Rechtsgestaltungen einwirken können, also etwa in das Darlehens- und Bürgerschaftsrecht, wenn mittellose Verwandte etwa als selbstschuldnerische Bürgen in einen Haftungszusammenhang geraten, dem sie lebzeitig nicht mehr entfliehen können. Rege Dispute löst es deshalb auch aus, wenn ein Entwurf eines privatrechtsgestaltenden Antidiskriminierungsgesetzes auf den Plan tritt, der nichts anderes erreichen soll als die Umsetzung einer be-

26 Sie mag heute insbesondere dazu dienen, den öffentlich-rechtlichen Sektor des Rundfunks zu rechtfertigen, vgl. D. Grimm, Schutzrecht und Schutzpflicht – Zur Rundfunkrechtsprechung in Amerika und Deutschland, in: H. Däubler-Gmelin u. a. (Hrsg.), Gegenrede – Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, S. 529 ff.

kanntlich die Mitgliedstaaten zur richtlinienkonformen Rechtsetzung verpflichtenden EG-Richtlinie, die schon zwei Jahre alt ist. Hier bricht sich nun kraft supranationalen Rechts eine Unterwerfung des Privatrechts unter ein öffentlich-rechtliches Regime Bahn, die dessen Freiheitsgehalte modifiziert.²⁷ Ebenso finden sich innerstaatlich nicht von ungefähr Irritationen darüber, daß zahlreiche mietrechtliche Streitigkeiten verfassungsgerichtlich Urstände feiern, und zwar nicht nur solche um die Parabolantenne, die nötig ist um fremdsprachige Sender und das volle Angebot unabhängig von der Kabeleinspeisung zu empfangen – was zudem wiederum eine europarechtliche Perspektive statthaft erscheinen läßt: Abgesehen davon hat das Bundesverfassungsgericht sich nämlich öfters mit anderen „Mietsachen“ befaßt – eine Entwicklung, die in der Tat nicht ohne Probleme ist. Auch gibt im übrigen das Verhältnis zwischen Landesverfassungsgerichten und dem Bundesverfassungsgericht Anlaß zu neuen Erwägungen, besonders seitdem das Berliner Verfassungsgericht im *Fall Erich Honecker* ein ungeschriebenes Berliner Grundrecht der Menschenwürde postuliert hatte und dieses Recht landesverfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die nach Bundesrecht auszusprechende Haftverschonung des Mannes wurde. Diese Aktualitäten, nicht der tiefere Hintergrund, führten unter anderem zum Thema, nämlich „Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit“.

Das an dritter Stelle der Referate gewonnene Ergebnis von Werner Heun suchten andere Referenten zu diesem Thema zu konkretisieren. Zuerst sprach vorab Robert Alexy in methodischen Erwägungen von später in der Debatte selten akzeptierten Modellen von „Spielräumen“, um die Zuordnung von Rechtsmaterien und Rechtsbefugnissen auszugestalten. Dann hatte Philip Kunig den dogmatischen Bestand der Ergebnisse der deutschen Fachdebatte der Gegenwart zum Thema zusammengefaßt. Und erst nach der gesteigerten, nämlich nun historisch gesicherten Legitimation der Suprematie des Verfassungsrechts konnte Georg Hermes die Sicht des Bundesverfassungsgerichts entfalten, nicht ohne einige Hinweise auf die Weisheit richterlicher Zurückhaltung, des gebotenen Takts und der Umsetzung solcher Haltungen in rechtliche Formen der Zuordnung der Rechtsgebiete und der Rechtsfunktionen der Gerichtsbarkeiten.

Das zweite Thema „Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht“ läßt sich wie eine Variation des ersten Themas lesen: Wenn nämlich der Sache nach die Grundrechte die Grundstrukturen im Verhältnis zwi-

27 Vgl. die Debatte einerseits F.-J. Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, und andererseits S. Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, beide in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, S. 286 ff. bzw. S. 290 ff.

schen Staat und Individuum prägen, so müssen es auch die Grundrechte sein, die den Primärrechtsschutz oft insbesondere gewährleisten. Sie lösen den Sekundärrechtsschutz im Sinne einer Restitution, eines Ausgleichs oder Schadensersatzes aus, wenn sie oder ihnen gleichstehende subjektive öffentliche Rechte rechtswidrig hoheitlich beeinträchtigt worden sind. Ist die Beeinträchtigung durch Schadensersatz oder ähnliches zu mildern, so ist sie nicht nur zu beenden, sondern muß kraft dieser Rechte auch dieser Ersatz erfolgen. Das ist eine Einsicht, die etwa in der Praxis der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten angelegt ist, wenn der betreffende Staat zum Schadensausgleich infolge der Verletzung dieser Rechte verpflichtet wird. Ebenso ist es angelegt in der Tradition der amerikanischen Bürgerrechtsgesetzgebung seit bald vierzig Jahren, wonach auf die Beeinträchtigung dieser Rechte ein Schadensausgleich zu erfolgen hat. Das knüpft an die alte Sentenz „ubi ius ibi remedium“ oder englisch „where there is right there is a remedy“ an.²⁸ Sie pflegt besonders in den USA hinter einer aktiven Rechtsprechung zur Überwindung historischer Rechtsungleichheiten zu stehen, auch um Schadensersatz oder darüber hinaus gehende richterliche Anordnungen zu rechtfertigen, wenn ein anderer Ausgleich für geschehene Rechtsbeeinträchtigungen – betreffe es auch Bürgerrechte – nicht möglich ist.²⁹

Ebenso finden sich im Europäischen Gemeinschaftsrecht Entwicklungen in diese Richtung, wenn es darum geht, fehlenden Rechtsgehorsam der Mitgliedstaaten im Verhältnis zur Gemeinschaft bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, die zu Lasten der Rechte des Bürgers im Sinne der Marktfreiheiten wirkt, zu sanktionieren: Auch hier ist der Rechtsschutz zwar primär auf den Rechtsgehorsam gerichtet; Schadensfolgen des Ungehorsams aber sind dem Bürger der Gemeinschaft kraft der ihm primärrechtlich durch die Römischen Verträge gewährten Grundfreiheiten des Marktes der Wirtschaftsgemeinschaft auszugleichen. Klagt der Bürger dies ein, so wird er zum Motor der Verwirklichung der Rechtsgemeinschaft der Verträ-

28 Zum Nexus zwischen Recht, Rechts- und Sekundäranspruch historisch Ch. M. Gray, *Copyhold, Equity, and the Common Law*, 1963, bes. S. 55 ff.; Andeutungen heute bei R. Brinktrine, *Verwaltungsermessen in Deutschland und England*, 1998, S. 285 ff., der S. 287 Anm. 62 nicht von ungefähr darauf hinweist, daß „Staat“ als Rechtsbegriff im englischen Recht nicht existiert, sehr wohl aber – wie hier anzumerken ist – ungeschriebene und geschriebene Elemente des Verfassungsrechts, wobei die Krone als abstractum – historisch im Sinne der Lehre von der duplex persona des Königs, dazu Kantorowicz (Anm. 22) – oft rechtliches Zuordnungssubjekt ist, so daß es der Reklamation des „Staates“ nicht bedarf.

29 Zu Grenzen siehe L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Sec. Ed. 1988, S. 1488 ff.; – prozessual im ersten Band der dritten Auflage desselben Werkes –, Third Ed. 2000, S. 431 ff.

ge.³⁰ Seine Grundfreiheiten sind nämlich auch insoweit wirksam und zu beachten.

Mit der Grundrechtscharta der Europäischen Union vom Dezember 2000, die der Europäischen Menschenrechtskonvention gleicht und deren rechtliche Wirksamkeit nicht antastet, überträgt sich dieser Standard auf Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie sie diese Union, die Gemeinschaften und die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 2 des Unionsvertrages zu beachten haben, wenn sie Gemeinschaftsrecht vollziehen. Damit ist die „Konstitutionalisierung“ der Haftung für „Staats“unrecht in solchen Rechten angeseilt. Daß es sich dabei um eine supranationale Rechtsfortbildung aus Verfassungsüberlieferungen auch der Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 2 des Unionsvertrages und Art. 288 Abs. 2 (ex-Art. 215 Abs. 2) des EWG-Vertrages handelt, darauf kommt es nicht mehr an: Vollzogen hat sich die Verselbständigung einer rechtsdogmatischen Denkfigur, die sie befähigt, im Wege einer wertenden Rechtsvergleichung (Konrad Zweigert) supranational und regional zum Zuge zu kommen. Die Referate von Rudolf Streinz und Astrid Espinay zeigten diese Entwicklungen des Wandels des innerstaatlichen Rechts durch das europäische Rechtsregime ebenso auf wie die ersten Schritte der Rechtsprechung in Luxemburg, die Europäische Grundrechtscharta kraft der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu geltendem Gemeinschaftsrecht zu machen und das nationale Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht zu verändern. Letzteres geschah breiter, nicht beschränkt auf das Staatshaftungsrecht, im Referat von Frau Espinay, ersteres bezüglich der Grundrechtscharta deuten bei Streinz die Fußnoten an.

Das zweite Referat von Wolfram Höfling hingegen fand den grundsätzlichen Einstieg, während das Eröffnungsreferat zum zweiten Thema von Wilfried Erbguth blaß blieb, eigentlich nur einen terminologisch-semanticen Einstieg in den dogmatischen Bestand des geltenden Rechts suchte und dann in Gegenständen der Domäne des Autors, vor allem im Planungsrecht, stecken blieb – eine Charakterisierung von Zuhörern, die aber auch in der gedruckten Fassung noch spürbar ist, obwohl dahinter der für einen ersten Referenten zu einem Gegenstand sicherlich sinnvolle Versuch steht, induktiv, aus Problemlagen des bekannten geltenden Rechts, das Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz anzugehen. Erst die Außenansichten, die die drei anderen Autoren vom Verfassungs- und vom

30 Dazu J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; und zuletzt ders., Relativierung des Rechts durch Zurücknahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2002, S. 810 ff. sowie zusammenfassend und im größeren Kontext H. Dreier (Anm. 8) S. 545.

Europarecht her zum zweiten Thema vermittelten, konnten allerdings weiterführen.

Daß das auf veraltete Strukturen auch des nationalen Verwaltungsrechts – es beherbergt das Staatshaftungsrecht – zurückschlägt, das ist nicht erstaunlich. Das zeigen an anderen Gegenständen aber auch die Referate, insbesondere das von Wolfram Höfling, das von Rudolf Streinz und das von Astrid Espinay in hervorragender Weise. Mithin ist nicht nur das nationale Staatshaftungsrecht entsprechend zu konstruieren. Es sollte hier allerdings als auch dem Laien noch verständlicher Gegenstand exemplarisch hervorgehoben erscheinen.

IV.

Auf verschiedene Weise entfalten die drei hier angezeigten Publikationen Facetten einer Entwicklung: Die Festgabe verharrt im Siegeszug des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland nach 1949 und ehrt in herkömmlicher Weise dessen hervorragenden Akteur, das nationale Verfassungsgericht. Die erinnerte Dissertation aus der Politikwissenschaft arbeitet die Resultate ähnlicher Geschehnisse unter ganz anderen Bedingungen und Möglichkeiten beim französischen Nachbarn auf. Der Band der Vereinigung vermittelt ein Bild davon, wie sich die Verfassung gegen herkömmliche Rechtstraditionen des einfachen Rechts selbst dann durchsetzt, wenn dafür noch immer nicht völlig ausreichende Instrumentarien vorliegen und wie letztlich eine notwendige Anpassung des einfachen Rechts an seine unausweichliche „Anseilung“ an den erreichten Standard des Verfassungsrechts – hier im Falle des Staatsunrechts – erfolgt.

Auf die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und des politischen Prozesses folgt dabei zugleich eine Internationalisierung des Argumentationshaushaltes, der Denkfiguren, der Instrumentarien und des Sanktionsapparates. Verfassung geschieht auch in einer Verlagerung der Erträge des Verfassungsrechts in weitere hoheitliche Netze neuer Befugnisse und Aufgaben. Dabei können Elemente der nationalen Verfassungsrechte, auf die „höheren“ Ebenen transponiert, zum Einsatz kommen, ohne auf diesen Ebenen wiederum „Staat“ und eine neue Identität zu etablieren. Daß dabei nur Elemente des Verfassungsrechts auf anderer Ebene verwirklicht werden, tut keinen Abbruch: Auch in der Verfassungsgeschichte sind Versatzstücke des heutigen Verfassungsrechts allmählich, vorzugsweise in Verträgen, aber auch in anderen Formen, auf den Plan getreten. In diesem Sinne kann sich der Siegeszug des Verfassungsrechts daher fortsetzen, auch in Zeiten einer derartigen Dämmerung des Staates. Daß dessen ungeachtet auf nationaler Ebene auch andere als bloß rechtliche Leistungen einer erfolg-

reichen Verfassung unverändert gefordert und geboten sind und bleiben, das hatte sich schon angedeutet und steht auf einem anderen Blatt. Eine künftige europäische Verfassungslehre wird beiden Aspekten gerecht werden müssen.³¹

31 Für einen Einstieg die ertragreichen Annäherungen, die allerdings manchen kulturell weniger ambitionierten Kollegen, aber auch solchen, die Verfassungen als Instrumente des Umgangs und der Kontrolle von Macht sehen, nicht liegen: P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 2001/2002; verkannt wird dabei, daß die kulturelle Leistung gerade in der Kontrolle der Ausübung von Macht liegen kann.