

# Einführung

An den meisten Universitäten in Deutschland beginnt das Studium des Öffentlichen Rechts mit einer Vorlesung zum **Staatsorganisationsrecht**.<sup>1</sup> Nur an einigen wenigen stehen die **Grundrechte** am Anfang. Für Letzteres lässt sich die Gliederung des Grundgesetzes anführen, das mit dem Abschnitt über die Grundrechte beginnt. Zudem weisen die Grundrechte mit ihrer Funktion, die Freiheit und Rechtsgleichheit der Menschen zu schützen, eine größere Nähe zur Erfahrungswelt der Studierenden auf als das Staatsorganisationsrecht. Dennoch sprechen gewichtige systematische Gründe dafür, gerade das Staatsorganisationsrecht an den Anfang der Ausbildung zu stellen. Unbeschadet des rechtsphilosophischen Ursprungs der Grundrechte in den naturrechtlich und damit vorstaatlich gedachten Menschenrechten<sup>2</sup> ist die Bedeutung und der rechtliche Gehalt von Grundrechten nur im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen über die Organisation und Ausübung der staatlichen Gewalt zu verstehen. Plakativ gesprochen: Grundrechte in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie haben eine andere Bedeutung als Grundrechte in einer sozialistischen Rätedemokratie, denn Grundrechte entfalten ihre Funktion nicht nur gegenüber, sondern auch vermittelt durch die staatliche Gewalt. Um die rechtliche Bedeutung und tatsächliche Tragweite von Grundrechten zu verstehen, ist es nötig, die rechtliche Organisation der staatlichen Herrschaft zu kennen.

Das **Staatsorganisationsrecht** und die Grundrechte gehören zum Staatsrecht bzw. zum Verfassungsrecht.<sup>3</sup> Es ist abzugrenzen von der **allgemeinen Staatslehre**. Letztere fragt entweder philosophisch nach den Bedingungen des guten Staates oder bildet auf der Grundlage empirischer Untersuchungen Theorien über das Funktionieren von Staaten. Das Staatsrecht befasst sich dagegen mit der rechtlichen Verfassung eines konkreten Staates. Die verschiedenen Betrachtungsweisen und Erkenntnisinteressen in Bezug auf den Staat sind einerseits in Fragestellung und Methode eigenständig, andererseits aufeinander angewiesen. Staatsrecht und Staatspraxis sind das empirische Material für die Staatslehre; staatsphilosophische und staatstheoretische Erkenntnisse ermöglichen die Orientierung an einem außerhalb des geltenden Rechts liegenden Maßstab der Gerechtigkeit und der guten Ordnung und bereichern damit den Richtigkeitsmaßstab innerhalb des geltenden Rechts um eine Außenperspektive.

## 1. Begriff und Aufgaben des Staates

Der **Begriff des Staates** bezieht sich auf die **Herrschaft** von Menschen über Menschen. Er ist entstanden in Ablösung von und als Gegenbegriff zu einem auf persönlichen Treueeiden beruhendem Personenverband.<sup>4</sup> Der Begriff des Staates ist damit das Ergebnis einer Ver-

1 Zu Gegenstand und Stellung im Rechtssystem Rn. 6.

2 Diese aufklärerisch-naturrechtliche Menschenrechtskonzeption findet sich in den frühen Grundrechtskodifikationen in Nordamerika und Frankreich, so zB. Art. 1 der Virginia Declaration of Rights von 1776: „That all men are *by nature* equally free and independent, and have certain *inherent rights* (...)“ (Hervorhebungen der Verfasserin); auch die französische Déclaration des droits de l’homme et du citoyen von 1789 charakterisiert in seiner Präambel Grundrechte als „les droits *naturels, inaliénables* et sacrés de l’homme“ und stellt in ihrem Art. 1 heraus, dass die Menschen frei und gleich an Rechten geboren sind (Hervorhebungen der Verfasserin); s. dazu auch M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, §§ 35 und 36.

3 S. zu den Begriffen unten Rn. 7.

4 S. dazu D. Willoweit/S. Schlinker, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2019, § 25 II 2; M. Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts, Band 1: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, 1988, Viertes Kapitel: Ius Publicum Imperii Romano-Germanici, S. 126 ff. Stolleis weist auf den Zusammenhang der Staatsbegriffsbildung mit den Religionskriegen hin und stellt insbesondere die von Jean Bodin (1530–1596) als Reaktion hierauf entwickelte Souveränitätslehre dar, S. 170 ff.

sachlichung von Herrschaft. An die Stelle der Treuebindung zu einer Person tritt die rechtliche Bindung an ein Gemeinwesen. Auf das äußerste formalisiert lässt sich der Begriff des Staates mit *Georg Jellinek* (1851–1911) auf die drei Elemente **Staatsvolk**, **Staatsgebiet** und **Staatsgewalt**<sup>5</sup> reduzieren, wobei alle drei Elemente normative Gehalte haben: Regelungen über die Zugehörigkeit zum Staatsvolk, (völkerrechtliche) Regelungen über die Grenzen des Staatsgebiets, Regelungen über die Ausübung der staatlichen Macht.<sup>6</sup>

- 4 Diese **formale Definition** des Staatsbegriffs, die ihre Bedeutung vor allem im **Völkerrecht** hat, weil sie den jeweiligen Staaten die Selbstbestimmung hinsichtlich ihrer inneren Organisation überlässt<sup>7</sup>, kann um inhaltliche (aufgabenbezogene) Merkmale ergänzt werden. Einigkeit besteht darüber, dass die Aufrechterhaltung der Friedensordnung nach innen und die Gewährleistung der Sicherheit nach außen die wesentlichen **Staatsaufgaben** darstellen.<sup>8</sup> Den freiheitlich-demokratischen Staaten liegt dabei die Idee zugrunde, dass die Menschen sich zusammengeschlossen haben, um diese Ziele gemeinsam zu verwirklichen. Zu diesem Zweck verzichten sie auf einen Teil ihrer angebotenen Rechte und setzen Organe ein, die sie mit der **Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit** betrauen.<sup>9</sup> Von grundlegender Bedeutung ist hierfür der Verzicht auf die gewaltsame Durchsetzung der eigenen Rechte. Allein der Staat besitzt das **Gewaltmonopol**.<sup>10</sup> Unter den Privatpersonen

5 Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 174 ff., S. 394 ff.; diese Definition ist im Völkerrecht anerkannt, vgl. hierzu exemplarisch Art. 1 der sog. Montevideo-Konvention über die Rechte und Pflichten der Staaten vom 26.12.1933: „The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with the other states.“ Zur Staatlichkeit der Bundesländer am Maßstab der drei Elemente s. unten Rn. 687 ff.

6 *Staatsgebiet* wird hierbei als „durch Grenzen gekennzeichnete Zusammenfassung von geographischen Räumen unter eine gemeinsame Rechtsordnung“, *Staatsvolk* als „auf Dauer angelegten Verbund von Menschen“ und *Staatsgewalt* als „Fähigkeit eine Ordnung auf dem Staatsgebiet zu organisieren“ und (...) nach außen mit anderen Staaten in Beziehung zu treten, definiert, s. V. Epping, in: *Ipsen*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 7 Rn. 3, 76, 137; im Zuge des Europäisierungs- und Internationalisierungsprozesses und der mit ihm verbundenen Übertragung von Hoheitsgewalt auf nichtstaatliche Akteure werden zunehmend Modifikationen des Staatsbegriffes diskutiert; vgl. den Begriff der „offenen Staatlichkeit“, entwickelt von K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 292/293, 1964, oder das Konzept des internationalen Systems als Modell von Aufgabenerfüllungsebenen, St. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext international institutionalisierter Kooperation, 1998; R. Wahl, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 2003, 1145 ff.; A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band II: Offene Staatlichkeit, 2008.

7 Sog. Verfassungsautonomie vgl. V. Epping in: *Ipsen*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 7 Rn. 137 ff.

8 S. hierzu N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 33.

9 J. Locke (1632–1704), Zwei Abhandlungen über die Regierung, abgedruckt in: W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 127 oder R. Weber-Fas, Staatsdenker der Moderne, 2003, S. 90: „Da die Menschen (...) von Natur aus alle frei, gleich und unabhängig sind, kann niemand ohne seine Einwilligung aus diesem Zustand verstoßen und der politischen Gewalt eines anderen unterworfen werden. Die einzige Möglichkeit, mit der jemand diese natürliche Freiheit aufgibt (...), liegt in der Übereinkunft mit anderen, sich zusammenzuschließen und in eine Gemeinschaft zu vereinigen, mit dem Ziel eines behaglichen, sicheren und friedlichen Zusammenlebens, in dem sicheren Genuss ihres Eigentums und in größerer Sicherheit gegenüber allen, die nicht zu dieser Gemeinschaft gehören.“; einführend zu Leben und Wirken von J. Locke s. R. Weber-Fas, a. a. O., S. 87 ff.

10 Die Idee der „Friedensstiftung durch Machtmonopolisierung“ (W. Kersting, a. a. O., S. 85) geht auf Th. Hobbes (1588–1679) zurück, vgl. hierzu die Auszüge und Kommentierungen des „Leviathan“ ebenda, S. 59 ff. oder R. Weber-Fas, a. a. O., S. 51 ff. Sie wurde von J. Locke aufgegriffen und im Sinne einer liberalen Staatsordnung weiterentwickelt; s. W. Kersting, a. a. O., S. 127 ff.; anders als bei Th. Hobbes wird Sicherheit nicht von einem mit absoluter Gewalt ausgestatteten rechtlich ungebunden „Leviathan“ gewährleistet, sondern durch „konstitutionelle und gouvernemental-administrative politische Selbstorganisation der bürgerlichen Gesellschaft“, W. Kersting, a. a. O., S. 132; vgl. auch die Staatsdefinition von M. Weber, Politik als Beruf, in: R. Weber-Fas, a. a. O., S. 355: „Der Staat ist, ebenso wie die ihm geschichtlich vorausgehenden politischen Verbände, ein auf das Mittel der legitimen (dh. als legitim angesehenen) Gewaltsamkeit gestütztes *Herrschaftsverhältnis* von Menschen über Menschen.“

herrscht dagegen ein Gewaltverbot. Sie müssen zur Durchsetzung der von ihnen behaupteten Rechte den Staat in Anspruch nehmen. Das Recht erweist sich damit als den Staat konstituierendes Element wie auch als wesentliches Instrument zur Erfüllung seiner Aufgaben.

## 2. Die grundlegenden Rechtsbeziehungen im Staat

Es lassen sich innerhalb des Staates drei grundlegende Rechtsbeziehungen unterscheiden<sup>11</sup>: **5**

- die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatpersonen, die einander prinzipiell gleichberechtigt gegenüberstehen,
- die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatpersonen und der organisierten Staatlichkeit (Staat im engeren Sinne),
- die Rechtsbeziehungen innerhalb der organisierten Staatlichkeit.

Alle drei Arten von Rechtsbeziehungen finden sich auch grenzüberschreitend, keineswegs nur, aber besonders intensiv in der Europäischen Union, wobei anstelle der organisierten Staatlichkeit dann von der Hoheitsgewalt der EU oder dem Hoheitsverband der EU zu sprechen ist.

## 3. Stellung des Staatsorganisationsrechts im Rechtssystem (inkl. unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Bezüge)

Abgeleitet aus den genannten grundlegenden Rechtsbeziehungen lässt sich ein Überblick über das Rechtssystem gewinnen und die Stellung des Staatsorganisationsrechts darin bestimmen. **6**

Die Rechtsbeziehungen zwischen den prinzipiell gleichgeordneten Privatpersonen sind Gegenstand des Privatrechts. Die besondere Rechtsmacht der organisierten Staatlichkeit ist Gegenstand des Öffentlichen Rechts. Infolge der Monopolisierung der Gewaltausübung (Gewaltmonopol) beim Staat ist auch das Strafrecht zu einer Materie des Öffentlichen Rechts geworden, das jedoch aufgrund seiner vorstaatlichen Wurzeln und seines spezifischen Zwecks ein eigenes Fachgebiet bildet. Das **Öffentliche Recht** (im eigentlichen oder engeren Sinne) lässt sich weiter gliedern in das **Staatsrecht** und in das **Verwaltungsrecht**. Das Staatsrecht umfasst die für das konkrete Staatswesen maßgeblichen Grundentscheidungen über die Bildung, Ausübung und Kontrolle der Staatsgewalt – das ist das **Staatsorganisationsrecht** –, über das Verhältnis zwischen der organisierten Staatlichkeit und den Individuen bzw. der Gesellschaft – dies ist Gegenstand des Grundrechtsabschnitts – sowie über das Verhältnis des Staates nach außen, das in den „Staatsrecht III“ genannten Vorlesungen vertieft behandelt wird. Der Gegenstand des Völkerrechts ist demgegenüber das Recht, das von Staaten für ihr Verhältnis untereinander gesetzt wird. Das allgemeine und besondere Verwaltungsrecht umfasst die inhaltlichen und verfahrensbezogenen Regelungen über die verschiedensten Betätigungsfelder der Exekutive (= vollziehenden Gewalt), von denen beispielhaft das Polizeirecht, das Baurecht und das Kommunalrecht genannt seien. Da das Staatsrecht die Grundentscheidungen über die organisierte Staatlichkeit sowie ihr Verhältnis zur Gesellschaft umfasst, ist es von grundlegender Bedeutung für das Verwaltungsrecht. Verwaltungsrecht ist vor allem im Bereich des Gefahrenabwehrrechts zum großen Teil „konkretisiertes Verfassungsrecht“<sup>12</sup>.

11 Vgl. *Ch. Herrmann*, Die Rechtsverhältnisse des Verfassungsrechts, Jura 2006, 576 (577 f.); *Herrmann* unterteilt die Rechtsbeziehungen innerhalb der organisierten Staatlichkeit in den Rechtskreis der Verfassungsverbände, also Bund, Länder, Gemeinden und Landkreise und den Rechtskreis der Verfassungsorgane und -organeile; daneben besteht der völker- und europarechtliche Rechtskreis, der die Beziehung Deutschlands zu anderen Staaten, internationalen und supranationalen Organisationen betrifft.

12 Dieser vielzitierte Ausspruch stammt vom ehemaligen Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.

- 7 Der Begriff des **Verfassungsrechts** wird vielfach identisch mit dem Begriff des Staatsrechts gebraucht (materielles Verständnis).<sup>13</sup> Zuweilen bezeichnet er nur das in der jeweiligen Verfassungsurkunde niedergelegte Staatsrecht (formelles Verständnis).<sup>14</sup> Soweit der Begriff auf den Inhalt einer Verfassungsurkunde verweist, kann er auch vollkommen vom Staatsbegriff gelöst werden<sup>15</sup>: Die Verwendung des Verfassungsbegriffs reicht von der Betriebsverfassung über die Kommunalverfassung und die Verfassung der Europäischen Union<sup>16</sup> bis hin zur Verwendung des Verfassungsbegriffs im Völkerrecht.<sup>17</sup>
- 8 Das Herzstück des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland findet sich im Grundgesetz, erschöpft sich darin aber nicht, geht also über das Verfassungsrecht im formellen Sinne hinaus. Einfache Gesetze, die staatsrechtliche Regelungen enthalten, sind etwa das Staatsangehörigkeitsgesetz, das Bundeswahlgesetz, das Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten, das Bundesministergesetz oder das Abgeordnetengesetz. Auch Geschäftsordnungen können staatsrechtlichen Inhalt haben, etwa die Geschäftsordnungen des Bundestages, des Bundesrates oder der Bundesregierung. Ganz überwiegend finden sich entsprechende Rechtssetzungsbefugnisse in der Verfassungsurkunde selbst,<sup>18</sup> worin sich die grundlegende Funktion der Verfassung für die gesamte Rechtsordnung zeigt.
- 9 Festzuhalten ist, dass das Staatsorganisationsrecht der Teil des Staatsrechts und damit des Öffentlichen Rechts ist, der sich mit den grundlegenden Entscheidungen über die Konstituierung der Staatsorgane, deren Aufgaben und Rechtsverhältnisse untereinander sowie den Staatsfunktionen und deren Kontrolle befasst.

#### 4. Verfassungsauslegung

- 10 Erkenntnisziel der Rechtswissenschaft als **Rechtsdogmatik**<sup>19</sup> ist es, den Sinn von Rechtssätzen zu ermitteln. Diese Frage stellt sich im Hinblick auf den Sinnzusammenhang innerhalb einer Rechtsordnung wie auch im Hinblick auf den Sinn (die Bedeu-

13 H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925 (Nachdruck 1966), S. 252f.

14 R. Zippelius/Th. Würtenberger, Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 5 Rn. 7, S. 40f.

15 A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, Teil 2: Ablösung der Verfassung vom Staat, S. 95 ff. mwN.

16 In bewusster Abgrenzung zum staatsrechtlichen Verfassungsbegriff wurde allerdings häufig vom „Verfassungsvertrag“ bzw. „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ gesprochen, s. etwa die Terminologie im Gesetzentwurf, BT-Dr. 15/4900 oder K.H. Fischer, Der Vertrag für eine Verfassung der Europäischen Union, 2004. Der Verfassungsvertrag scheiterte bekanntlich. Stattdessen trat vom 1.12.2009 der Vertrag von Lissabon in Kraft.

17 Insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention wird als eine die nationalen Verfassungen ergänzende Teilverfassung bezeichnet, vgl. Ch. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999), 961 (964); F. Hoffmeister, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Staat 2001, 349 ff.; für Verfassungsregelungen des Völkerrechts (Gewaltverbot, Menschenrechte) s. R. Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 ff.; Ph. Kung, Völkerrecht als Öffentliches Recht – Ein Glasperlenspiel, in: Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 325 ff.

18 S. Art. 38 Abs. 3 GG für das BWahlG, Art. 45c Abs. 2 GG für das Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses des Bundestages; Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG für das BVerfGG; Art. 48 Abs. 3 GG für weite Teile des AbgG, hingegen ohne entsprechende grundgesetzliche Ermächtigung das Untersuchungsausschussgesetz (PUAG) oder das BMinG; Geschäftsordnungsautonomie ist für den Bundestag in Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, für den Bundesrat in Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GG und für die Bundesregierung in Art. 65 Satz 4 GG vorgesehen.

19 Demgegenüber fragt die Rechtsphilosophie losgelöst vom geltenden Recht nach der Idee des Rechts und in diesem Zusammenhang nach der Gerechtigkeit (so entwickelte 1971 der Rechtsphilosoph J. Rawls in „A Theory of Justice“ die vertragstheoretische Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness, s. hierzu W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 259 ff.); die Rechtstheorie fragt nach den Funktionsbedingungen des Rechts; die Rechtssoziologie fragt empirisch nach den Wirkungen des Rechts; die Rechtsgeschichte erforscht dogmengeschichtlich oder spezifisch historisch die Gründe und Formen des Rechtswandels, näher hierzu N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 3 Rn. 55 ff.

tung) eines Rechtssatzes in Bezug auf ein konkretes Problem.<sup>20</sup> Mit der Frage nach Sinn und Bedeutung eines von Menschen geschaffenen Gegenstandes erweist sich die Rechtswissenschaft als eine hermeneutische Wissenschaft. Hermeneutik ist die Lehre vom Sinnverstehen. Rechtsdogmatik ist Bestandteil der Rechtswissenschaft, weil und soweit sie ergebnisoffen mit rational nachvollziehbaren Methoden nach dem Sinn von Rechtssätzen fragt.<sup>21</sup> Da ihr Gegenstand das geltende Recht ist, ist sie von herausragender Bedeutung für Ausbildung und Praxis. Die anderen Disziplinen der Rechtswissenschaft werden insoweit richtig als Grundlagenfächer bezeichnet, als sie die historischen, philosophischen, soziologischen und theoretischen Grundlagen vermitteln, die einen kritischen Umgang mit dem geltenden Recht ermöglichen, zu seinem richtigen Verständnis beitragen und es für neue Entwicklungen offenhalten.

Den für die Rechtswissenschaft (Rechtsdogmatik) klassischen Kanon von **Auslegungsmethoden** hat *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) formuliert.<sup>22</sup> Ausgangsbasis und Grenze der Auslegung ist der **Wortlaut** eines Rechtssatzes. Die verwendeten Begriffe sind jedoch in der Regel unscharf. Dies zeigt sich selbst bei vermeintlich eindeutigen Bestimmungen angesichts konkreter Streitfälle, die den Text zum Problem werden lassen.

So stellte sich etwa angesichts der Vertrauensfragen von Bundeskanzler *Kohl* und später von Bundeskanzler *Schröder* auf der Grundlage des Art. 68 Abs. 1 GG das Problem, ob diese Frage rein formal und mit dem Ziel, die Rechtsfolge der Parlamentsauflösung herbeizuführen, gestellt werden darf oder ob sie wahrhaftig auf die parlamentarische Bestätigung des Vertrauens in den Kanzler gerichtet sein muss.<sup>23</sup> Auch der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 GG: „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.“ ist nicht eindeutig, denn er sagt nichts über die Anordnung der Farben, etwa ob es sich um Kreise oder Farbstreifen handelt, um eine horizontale oder vertikale Ausrichtung.

Um die Mehr- bzw. Vieldeutigkeit von Begriffen zu reduzieren, kommen als weitere Auslegungsmethoden die systematische, die teleologische und die historische Auslegung zur Anwendung.

Die **systematische Auslegung** fragt nach dem Sinn des Wortlauts im Zusammenhang mit dessen Stellung im Gesetz als Ganzes. So folgt etwa aus der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG, dass der Begriff „Akt der öffentlichen Gewalt“ im Zusammenhang mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG Parlamentsgesetze umfasst. Aus dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für Parlamentsgesetze (Argument aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, Art. 100 GG) ergibt sich demgegenüber, dass Rechtsschutz durch die in Art. 19 Abs. 4 GG

11

12

20 S. dazu *U. Mager*, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, JA Sonderheft 2006, 33 (34): Die Erfassung des Sinnzusammenhangs innerhalb einer Rechtsordnung lässt sich in Anschluss an *Rudolf von Jhering* (1818–1892) als theoretische Rechtsdogmatik, in Bezug auf ein konkretes Problem als praktische Rechtsdogmatik bezeichnen, vgl. *R. v. Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlass herausgegeben und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftlichen Einordnung versehen von *Okko Behrends*, 1998, S. 47 (79 ff.); zur Begriffs- und Interessenjurisprudenz s. *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, § 6 Rn. 149–154.

21 S. dazu *U. Mager*, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, JA Sonderheft 2006, 33 ff.

22 *F.C. von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, 1840, Viertes Kapitel: Auslegung der Gesetze, § 33 Grundregeln der Auslegung, S. 212 ff.; anstatt teleologischer Auslegung spricht *von Savigny* allerdings von „logischer Auslegung“: zwar ist aus dem Gesetzesgrund ggf. auch korrigierend auszulegen, allerdings hält er es für bedenklich, eine ratio legis bei der Auslegung zu berücksichtigen, die im Gesetz selbst keinen Anhalt findet, s. § 34, S. 216 ff.; zu Leben und Werk s. den Abschnitt zu *Friedrich Carl von Savigny*, in: *G. Kleinheyer/J. Schröder* (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Aufl. 2017 mwN.

23 S. dazu BVerfGE 62, 1 ff. – *Vertrauensfrage Kohl*; BVerfGE 114, 121 ff. – *Vertrauensfrage Schröder*; zur Auslegung s. *U. Mager*, Zur Auslegung und Justitiabilität von Art. 68 GG, Jura 2006, 290 ff. und noch unten Rn. 362 ff.

angesprochene Gerichtsbarkeit nicht auf die Nichtigerklärung von Parlamentsgesetzen gerichtet sein kann; der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 Abs. 4 umfasst daher, trotz gleichen Wortlauts, Legislativakte nicht.<sup>24</sup>

- 13** Von großer Bedeutung ist die **teleologische Auslegung**, die nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm fragt. Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG ist die Gewährleistung von Rechtsschutz durch Gerichte, also Richter. Würden Akte der Judikative zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gezählt, so führte dies zur Garantie eines Rechtsschutzes vor dem Richter, mit anderen Worten zur Garantie eines unendlichen Instanzenzuges. Daraus wird gefolgert, dass der Begriff „öffentliche Gewalt“ im Rahmen der Rechtsweggarantie ausschließlich Akte der vollziehenden Gewalt meint.<sup>25</sup> Als weiteres Beispiel lässt sich der Zweck des Art. 68 GG, auf Regierungsstabilität hinzuwirken, anführen, aus dem sich ein teleologisches Argument gegen eine rein formale Lesart des Vertrauensbegriffs im Rahmen der Vertrauensfrage des Bundeskanzlers und damit gegen dessen Umfunktionierung zu einem Instrument der Parlamentsauflösung gewinnen lässt. Einen Sonderfall systematisch-teleologischer Auslegung stellt es dar, wenn der Verfassung insgesamt ein Sinn und Zweck zugewiesen wird, in dessen Lichte alle Verfassungsnormen auszulegen sind.<sup>26</sup>
- 14** Innerhalb der historischen Auslegung ist die Entstehungsgeschichte (**genetische Auslegung**) und die Dogmengeschichte (**historische Auslegung** i.e.S.) zu unterscheiden. Die *Entstehungsgeschichte* fragt nach den Gründen und Umständen für den Erlass einer Norm. Sie hat eine Nähe zur subjektiven Auslegungsmethode, die nach dem Willen und den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers fragt. Diese Auslegungsmethode kann von besonderem Respekt gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber zeugen und insoweit besonders demokratisch sein; sie hat jedoch den Nachteil, dass tatsächliche Entwicklungen, die der historische Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat, bei der Gesetzesauslegung unberücksichtigt bleiben. Das Bundesverfassungsgericht bevorzugt daher die objektive – an Wortlaut, Zusammenhang und Sinn orientierte – Auslegungsmethode,<sup>27</sup> womit der Entstehungsgeschichte nur eine untergeordnete, bestätigende Rolle für die Sinnermittlung eines Rechtsatzes zukommt. Entsprechend größer ist der Einfluss der Rechtsprechung.
- 15** Ebenfalls nur von untergeordneter Bedeutung ist in der Regel die **historisch-dogmenschichtliche** Auslegung. Sie beleuchtet eine Rechtsnorm im Lichte ihrer Vorläuferbestim-

24 BVerfGE 10, 264 (267 f.) – bayr. Kostengesetz: „Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 liegt vornehmlich darin, dass er ‚Selbstherrlichkeit‘ der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger beseitigt.“; s. auch BVerfGE 107, 395 (404 f.) – *Fachgerichtlicher Rechtsschutz* mwN., insbesondere mit historischer Auslegung (Vorgängervorschriften der Paulskirchenverfassung und der Weimarer Reichsverfassung).

25 So das Bundesverfassungsgericht in st. Rspr., vgl. BVerfGE 15, 275 (280 f.) – *Rechtsweg*; BVerfGE 65, 76 (90) – *Offensichtlichkeitsentscheidungen* mit der auf G. Dürig zurückgehenden Formel „Denn Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter.“ S. dazu noch unten Rn. 537 mit einer differenzierenden Lösung und Kritik an BVerfGE 107, 395 ff. – *Fachgerichtlicher Rechtsschutz* zur Nichtgewährung rechtlichen Gehörs durch den Richter.

26 S. etwa die Integrationslehre von Rudolf Smend, *Verfassungslehre und Verfassungsrecht*, 1928, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl. 1994, S. 119. Einführend zu Smends Leben und Lehre s. *Chr. Bickenbach*, *Rudolf Smend (1882–1975) – Grundzüge der Integrationslehre*, JuS 2005, 589 ff.; zu den Auswirkungen einer Auslegung nach Maßgabe vermeintlicher Verfassungsgrundscheidungen s. auch *U. Mager*, *Einrichtungsgarantien*, 2003, 4. Kapitel I 1, S. 35 ff.

27 BVerfGE 1, 299 (312) – *Wohnungsbauförderung*; 36, 342 (362) – *nds. Besoldungsgesetz*; 74, 102 (116) – *Erziehungsmaßregel*. „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“

mungen sowie der historischen Hintergründe. Letztere sind es, die aus der Bestimmung zur Bundesflagge gemäß Art. 22 Abs. 2 GG eine eindeutige Bestimmung machen.<sup>28</sup> Für die historische Auslegung des Grundgesetzes sind insbesondere die Verfassung der Frankfurter Paulskirche von 1849 sowie die Weimarer Reichsverfassung zu berücksichtigen.<sup>29</sup> In der noch jungen Bundesrepublik haben Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft das Grundgesetz vielfach im Lichte der Erfahrungen der Weimarer Republik interpretiert.<sup>30</sup> Mit den Jahren hat jedoch der Rückgriff auf die Weimarer Erfahrungen an Bedeutung verloren. Im Zusammenhang mit den Katalogen über die Gesetzgebungsmaterien in den Art. 73 und 74 GG betont das Bundesverfassungsgericht allerdings nach wie vor die historische Auslegung mit der Begründung, dass in diesem Bereich die Begriffe an das historisch gewachsene Verständnis anknüpfen.<sup>31</sup>

Wie die Beispiele bereits gezeigt haben, sind die klassisch hermeneutischen Auslegungsmethoden auch auf die Normen des Verfassungsrechts anwendbar. Allerdings stellen Verfassungsnormen regelmäßig besonders hohe Anforderungen an die Kunst der Auslegung. Dies liegt an dem grundlegenden Charakter der Verfassung, der zur Folge hat, dass ein Großteil der Verfassungsnormen **Prinzipiencharakter**<sup>32</sup> aufweisen. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Auslegungsarbeit darin besteht, angesichts eines konkreten Streitfalles aus den angesprochenen, möglicherweise gegenläufigen Prinzipien den Rechtssatz, der den Streitfall einer Lösung zuführt, überhaupt erst zu schaffen.<sup>33</sup> Insofern wird von einer **hermeneutisch-konkretisierenden Auslegungsmethode** oder einer **topisch-problemorientierten Auslegungsmethode** gesprochen, je nachdem, ob die Auslegung vom Verfassungstext oder vom Problem dominiert wird.<sup>34</sup> In jedem Fall folgt aus dem weitgehend prinzipienhaften und/oder nur Rahmen gebenden Charakter der Verfassung, dass es für das Studium des Verfassungsrechts von größter Bedeutung ist, die grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> zu lesen, nachzuvollziehen und zu verstehen. Hierzu sind die wichtigsten Entscheidungen in den einzelnen Kapiteln nachgewiesen. Im Anhang findet sich eine Zusammenstellung.

Angesichts der europäischen und internationalen Einbindung der Bundesrepublik Deutschland kann im Einzelfall auch eine **europarechtskonforme** oder **völkerrechtsfreundliche Auslegung** nötig sein.<sup>36</sup> Grenze ist jedoch stets der Wortlaut.<sup>37</sup> Darüber hinaus

28 S. P.M. Huber, in: *Sachs*, Art. 22 Rn. 9.

29 S. dazu näher unten Rn. 20 ff.

30 Vgl. etwa BVerfGE 2, 1 (11) – *SRP-Urteil*: das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG als Grenze der Parteifreiheit, „belehrt durch die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit“ oder BVerfGE 6, 32 ff. – *Elfes*: als Reaktion auf die „leerlaufenden“ Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung von 1919, errichtete das Grundgesetz eine „wertgebundene Ordnung“, in der die obersten Prinzipien der Verfassung gegen Verfassungsänderungen geschützt sind und die dem Einzelnen mit der Verfassungsbeschwerde die Befugnis einräumt, sowohl die materielle als auch die formelle Vereinbarkeit eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht prüfen zu lassen, da nur ein Gesetz, das auch formell verfassungsmäßig ist, der „verfassungsmäßigen Ordnung“ entspricht und mithin die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG einschränken kann.

31 S. BVerfGE 61, 149 (174 ff.) – *Amtshaftung*; BVerfGE 134, 33, Rn. 58 – *Therapieunterbringungsgesetz*.

32 S. dazu R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1985, S. 15 ff. und zum Prinzipienbegriff, S. 71 ff.

33 S. z.B. zum Status des fraktionslosen Abgeordneten BVerfGE 80, 188 ff. – *Wüppesahl*.

34 S. dazu E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, NJW 1976, 2089 ff., zur topisch-problemorientierten Auslegung a. a. O., S. 2091, zur hermeneutisch-konkretisierenden Methode a. a. O., S. 2095.

35 S. zum Bundesverfassungsgericht unten Rn. 550 ff.

36 Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wird vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 2, 23–26 und 59 Abs. 2 GG abgeleitet; BVerfGE 63, 343 (370) – *Rechtsbilfevertrag*; 111, 307 (317 f.) – *Görgülü*; 128, 326, Leitsatz 2 – *Sicherungsverwahrung II*; s. dazu T. Hofmann, *Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung*, Jura 2013, 326 ff.

37 Selbst die oftmals sehr weitgehende europarechtskonforme Auslegung findet ihre Grenzen in der „Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den (...) das nationale Recht einräumt“, EuGH, C-14/83, Slg. 1984, 1891 – *v. Colson u. Karmann*, Rn. 28, abgedruckt in U. Mager/D. Herrmann, *Höchststrichterliche Rechtsprechung*

kann der Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine Analogie erfordern. So überschreitet die Umwandlung von Deutschen-Grundrechten in Unionsbürger-Grundrechte zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit die Möglichkeiten europarechtskonformer Auslegung. Das europarechtlich gebotene Ergebnis der Gleichbehandlung von Deutschen und nichtdeutschen Unionsbürgern muss auf anderem Wege erreicht werden. Da die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht für eine europarechtskonforme Auslegung zur Verfügung steht,<sup>38</sup> fehlt es an einer planwidrigen Lücke und bedarf es daher keiner Analogie. Die Erstreckung der Grundrechtsträgerschaft von inländischen juristischen Personen auf juristische Personen mit Sitz in EU-Mitgliedstaaten hat das Bundesverfassungsgericht dagegen als „Anwendungserstreckung“ bezeichnet, die durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts geboten sei.<sup>39</sup> In der Sache handelt es sich um eine Analogie.<sup>40</sup> Im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung interpretiert das Bundesverfassungsgericht nicht selten Grundrechte mit Blick auf die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention.<sup>41</sup> „Der Text der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“<sup>42</sup> Die Grenzen dieser völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich ebenfalls aus dem Grundgesetz. Verbindliche Wirkung für die Verfassungenauslegung kommt der EMRK nicht zu, denn sie hat innerstaatlich nur den Rang eines einfachen Gesetzes.<sup>43</sup>

- 18 Alle hier angesprochenen Auslegungsmethoden stehen zueinander in einem Verhältnis der gegen- und wechselseitigen Ergänzung und schließen sich nicht aus. Ein Auslegungsergebnis ist umso überzeugender, je mehr die Anwendung der verschiedenen Methoden zu demselben Ergebnis führt.

**Literatur:** R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7. Aufl. 2012; E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, NJW 1976, 2089; T. Darnstädt, *Die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht*, NJW 2019, 1580; M. Herdegen, *Verfassungsinter-*

---

zum Europarecht, 2004, Entscheidung Nr. 15, S. 69 ff. einschließlich Vertiefungsfragen; zumindest nach deutschem Recht darf einer eindeutigen nationalen Regelung kein entgegenstehender Sinn gegeben werden, vgl. *H.D. Jarass/S. Bejin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, 768 (775); allerdings ist im Unionsrecht die besondere Bedeutung des Anwendungsvorranges zu berücksichtigen, die zur Unanwendbarkeit nationaler Bestimmungen, sogar von Verfassungsrang, führen kann, vgl. EuGH, C-285/98, Slg. 2000, I-69 – *Tanja Kreil*, abgedruckt in *U. Mager/D. Herrmann*, a. a. O., S. 266 ff., Entscheidung Nr. 50: in Folge des Urteilsspruches wurde Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG dahingehend geändert, dass Frauen der freiwillige Zugang zum Dienst an der Waffe eröffnet wurde.

38 S. hierzu *H. Bauer/W. Kabl*, Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschengrundrechten?, JZ 1995, 1077 ff., die für eine europarechtskonforme Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eintreten.

39 BVerfGE 129, 78 (94 ff.) – *Designermöbel*.

40 S. M. Ludwigs, Grundrechtsberechtigung ausländischer Rechtssubjekte, JZ 2013, 434 ff.

41 Die EMRK als „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“, BVerfGE 74, 358 (370) – *Unschuldvermutung*; BVerfGE 128, 326 (367 ff.) – *Sicherungsverwahrung II*. In der sog. *Spanierentscheidung*, BVerfGE 31, 58 ff., legte das Bundesverfassungsgericht den in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten Schutz von Ehe und Familie ua. unter Hinweis auf Art. 12 EMRK dahingehend aus, dass nicht nur die Abwehr staatlicher Beeinträchtigungen, sondern auch die Freiheit, eine Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen, vom Schutzbereich umfasst ist; s. hierzu *U. Mager*, *Einrichtungsgarantien*, 2003, S. 202 f.

42 BVerfGE 148, 296 (Ls. 3a) – *Beamtenstreik*.

43 Völkerrechtliche Verpflichtung und Ausmaß innerstaatlicher Verbindlichkeit sind zwei unterschiedliche Kategorien: die rechtliche Bedeutung der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR erschöpft sich in einer Berücksichtigungspflicht und ggf. Pflicht zu nachvollziehbarer Begründung divergierender Entscheidungen, BVerfGE 111, 307 (323 f.) – *Görgülü*; 128, 326 (367 ff.) – *Sicherungsverwahrung II*; 134, 242 (Rn. 266) – *Garzweiler*; 148, 296 (Rn. 126 ff.) – *Beamtenstreik*; s. hierzu noch unten Rn. 599 ff.



terpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, 873; T. Hofmann, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, Jura 2013, 326; U. Mager, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft“, JA Sonderausgabe 2006, 33; Fr. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik, Band I – Grundlagen, Öffentliches Recht, 11. Aufl. 2013; B. Schlink, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 2007, 157; Ch. Starck, Maximen der Verfassungsauslegung, in: HStR XII, 3. Aufl. 2009, § 271; A. Voßkuhle, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, 417; R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012.

**Rechtsprechung:** Zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung BVerfGE 148, 296 – Beamtenstreik; Zur Auslegung des Grundgesetzes s. beispielhaft BVerfGE 4, 96 – Tariffähigkeit; 61, 149 – Staatshaftungsgesetz; 62, 1 – Auslegung von Art. 68 GG.

# Erster Teil: Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, Entstehungsgeschichte, Entwicklungsgeschichte

- 19 Verfassungstexte sind Zeugnis und Ergebnis geschichtlicher Erfahrungen mit gesellschaftlicher Ordnung und Ausübung von Herrschaft. Sie bedürfen zu ihrem rechten Verständnis daher der Einordnung in die geschichtliche Entwicklung. Hier soll dennoch kein verfassungsgeschichtlicher Abriss geliefert werden.<sup>1</sup> Im Folgenden geht es allein darum, auf die Verfassungstexte und -entwicklungen hinzuweisen, die für das Verständnis und die Auslegung des Grundgesetzes noch heute von Bedeutung sind.

## 1. Kapitel: Verfassungsgeschichtliche Grundlagen

- 20 Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland steht in der Tradition der freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnungen der westlichen Welt, deren ideengeschichtliche Grundlagen sich in der **Aufklärung** und im rationalistischen **Naturrecht** finden.<sup>1</sup>

### 1.1 Meilensteine der neuzeitlichen Verfassungsgeschichte

- 21 Meilensteine in dieser neuzeitlichen Verfassungsgeschichte sind die **Verfassung der Vereinigten Staaten** von 1787, die 1789 um Grundrechte ergänzt wurde, sowie die französische **Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte** von 1789. Es handelt sich um die ersten Verfassungen, die auf der Idee des Gesellschaftsvertrages<sup>2</sup> sowie der Freiheit und Gleichheit der Bürger beruhen, auch wenn letztere zunächst noch höchst unvollkommen verwirklicht war.<sup>3</sup> Die Verfassung der Vereinigten Staaten gab darüber hinaus ein Beispiel für eine neuzeitliche bundesstaatliche Verfassung.<sup>4</sup>
- 22 **Menschenrechtsidee, Gewaltenteilung, Bundesstaatsprinzip** und die Einrichtung eines Obersten **Verfassungsgerichts**, das den Vorrang des Verfassungsrechts durchsetzt, entfaltenen Vorbildwirkung für die Verfassungsentwicklung in Deutschland.<sup>5</sup> Hierbei traf die Bundesstaatsidee wie auch der Gedanke, politische Konflikte rechtsförmig zu

---

1 Lehrbücher zur Verfassungsgeschichte: *W. Frotscher/B. Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl. 2019 (im Folgenden: *W. Frotscher/B. Pieroth*); *C.-F. Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8. Aufl. 1993 (im Folgenden: *C.-F. Menger*); *D. Willoweit/S. Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2019 (im Folgenden: *D. Willoweit/S. Schlinker*); *M. Kotulla*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2008.

1 S. hierzu *C.-F. Menger*, 5. Kapitel: Die geistige Welt der französischen Revolution, § 16 Die Aufklärung, S. 70 ff. und § 19 Die Kodifikation naturrechtlicher Theorien in Nordamerika, S. 89 ff.

2 S. dazu *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1995.

3 Sklaverei (!), kein Frauenwahlrecht; *Olympe de Gouges* (1748–1793) verfasste 1791 in Anlehnung an die Menschenrechtserklärung die Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin (<http://olympede-gouges.info/Erklaerung-der-Rechte-der-Frau-und-Buergerin.htm>). Sie wurde 1793 zum Tode verurteilt und hingerichtet.

4 *W. Frotscher/B. Pieroth*, § 2 Rn. 48 f.

5 Insbes. Art. 16 der Französischen Menschenrechtserklärung von 1789, nach dem eine „Gesellschaft, in der die Garantien der Rechte nicht sichergestellt noch die Trennung der Gewalten verwirklicht ist, (...) keine Verfassung hat.“, zeitigt große Wirkung auf den deutschen Konstitutionalisierungsprozess, s. hierzu *H. Dippel*, Der Verfassungsdiskurs im ausgehenden 18. Jahrhundert und die Grundlegung einer liberaldemokratischen Verfassungstradition in Deutschland, in: *ders.* (Hrsg.), Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland, 1991, S. 10 f.; zum Konstitutionalismus s. auch *D. Bock*, Der deutsche Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert – ein Überblick, JA 2005, 363 ff.; für den Einfluss der Menschenrechtsidee s. *K. Stern*, Ideen der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 184 Rn. 18 ff. und *C.-F. Menger*, § 19 Rn. 180.