
59. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Frankfurt am Main 2019

Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



59. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit

Mit Beiträgen von:

Kathrin Strauß, Eva Ricarda Lautsch, Dr. Josef Müllner, Sven Jürgensen, Annabelle Meier, Dr. Johan Horst, Simon Pschorr, Franziska Spanner, Isabel Lischewski, Dr. Sebastian J. Golla, Friedrich Schmitt, Dr. Konstantin Chatziathanasiou, Dr. Maria Bertel, Dr. Anne-Christin Gläß, Dr. Matthias Lukan, Dario Picecchi, Dr. Andreas Orator.

Herausgegeben von:

Dr. Philipp B. Donath, Dr. Sebastian Bretthauer, Marie Dickel-Görig, Jennifer Drehwald, Sascha Gourdet, Alexander Heger, Christina Henrich, Julia Hoffmann, Dr. Cornelia Kirchbach, Jennifer Kring, Lea Isabelle Lang, LL.M. Eur., Theresa Neumann, Sandra Plicht, Carolin Stix, Dr. Berit Völzmann, Leonard Wolckenhaar und Sören Zimmermann, LL.M. Eur.



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



Zitiervorschlag:

Autor/in, in: Donath/Bretthauer u.a. (Hrsg.), 59. ATÖR – Verfassungen, S. x ff.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5954-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0083-2 (ePDF)

ISBN 978-3-7190-4278-3 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die 59. Assistententagung fand in ihrer langjährigen Tradition erstmals vom 19. bis 22. Februar 2019 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main statt. Mit der Frankfurter Paulskirche als Wiege der ersten gesamtdeutschen Demokratie konnte die Tagung an keinem besseren Ort gebührend eröffnet werden, einem Ort, der im deutschsprachigen Raum wie kein anderer für Verfassungsentstehung steht. Gleichzeitig markierte 2019 das 170. Jubiläum der Frankfurter Reichsverfassung, das 100. Jubiläum der Weimarer Reichsverfassung sowie das 70. Jubiläum des Grundgesetzes. Dies alles sind bestimmende Wegmarken, die sich in die deutsche Verfassungsgeschichte eingeprägt haben und deshalb Anlass dazu boten, die unterschiedlichsten Facetten von Verfassungen gerade an dieser Tagungsstätte vertiefend zu betrachten.

Dabei wurde der Blick nicht nur auf die nationalen deutschen, österreichischen und schweizerischen Verfassungen beschränkt. Vielmehr weitete die Konferenz die Perspektive auf Grundlagen und Funktionen von Verfassungen, aber auch darauf, wie sie mit ihrer rechtlichen und gesellschaftlichen Umgebung interagieren. Verfassungen beeinflussen Menschen und werden von ihnen beeinflusst. Mithin sind juristische und soziologische, historische und philosophische Fragen eng miteinander verknüpft. Als rechtliche Grundlagen des Gemeinwesens eignen sich Verfassungen daher in besonderer Art und Weise für interdisziplinäre Betrachtungen. Der vorliegende Band beleuchtet deshalb ebensolche Aspekte des Wechselspiels zwischen Verfassungen und ihrem Umfeld.

Verfassungen dienen als Anker, auf die sich immer wieder bezogen wird. Sie können insofern verschiedene Rollen einnehmen. Daher haben wir die Konferenz in mehrere Panels gegliedert, die entsprechend im Tagungsband als Kapitel Wiederhall finden und die Verfassungen immer wieder als Fluchtpunkt aus unterschiedlichsten Perspektiven nutzen: Verfassungsbeziehungen, VerfassungsKräfte, Verfassungsbilder, VerfassungsSubjekte, DigitalisierungsVerfassung, Verfassungskrisen und Verfassungswandel.

Im ersten Kapitel „Verfassungsbeziehungen“ stehen die unmittelbaren Wechselwirkungen von Verfassungen mit Menschen im Vordergrund, die einerseits eine Verfassung durch bestimmte Maßnahmen wie Anerkennung erst zu ihrer Funktion als rechtliche Grundlage einer Gesellschaft verhelfen und andererseits in einer Verfassung Orientierung und Halt fin-

den. Dabei analysiert zunächst *Kathrin Strauß* den Ursprung und die Entstehung von Verfassungen. Anhand der Verfassung des Norddeutschen Bundes erläutert sie, dass eine Verfassung nicht bereits mit der Entäußerung ihres Textes, sondern erst in einem Prozess der „Verfassungswerdung“ entstehe und welchen Bedingungen ein solcher Vorgang unterliege. Hierzu nutzt sie die Methoden der Sozialontologie und der Sprechakttheorie. *Eva Ricarda Lautsch* untersucht sodann den Glauben an eine Verfassung und damit gleichsam einen sogenannten Verfassungspatriotismus. Sie fragt, ob sich eine Verfassung als normativ aufgeladener Rechtstext überhaupt als Bezugspunkt für emotionale Verbundenheit eignet. Dabei betrachtet sie insbesondere Mentalitätsstrukturen in der Bundesrepublik Deutschland, in der bisweilen das Grundgesetz als Anknüpfungspunkt staatsbürgerlicher Identifikation genutzt wird.

Im zweiten Kapitel „VerfassungsKräfte“ wird beleuchtet, welche Kräfte Verfassungen entfalten können und welche Kräfte auf Verfassungen selbst einwirken und sie während ihres Bestehens formen. *Josef Müllner* stellt fest, dass es keine statischen Verfassungen gebe, da ein notwendiger Prozess die Verfassungsentwicklung selbst sei, also ein Diskurs über Verfassungsinhalte. Am Beispiel der österreichischen Verfassung untersucht er wesentliche Diskursteilnehmende sowie deren unterschiedliche Vorgehensweisen. Ziel der Verfassungsentwicklung müsse es sein, Bedürfnissen zu entsprechen, die neue Generationen haben könnten. Dabei zeigt er die jeweiligen Rollen sowie verbindende Ausgangspunkte für die Diskursteilnehmenden auf. *Sven Jürgensen* erörtert sodann Rahmenbedingungen für den politischen Diskurs. So beleuchtet er Erwartungen an die Politik als Prozess zur Herstellung verbindlicher kollektiver Entscheidungen im Staat und hinterfragt möglicherweise verbreitete Wahrnehmungen im Parteien-, Parlaments- und Wahlrecht. Der Autor warnt vor Spannungslagen beim Auseinanderfallen verfassungsrechtlicher Gebote und der Realität des politischen Prozesses. Verfassungsnormativität wird so zum Ankerpunkt seiner Diskussion.

Das dritte Kapitel „Verfassungsbilder“ reflektiert Vorstellungen, die Verfassungen zugeschrieben werden können, unter anderem also Vorbilder, die aktuellen Konstitutionen vielfach zugrunde liegen. *Annabelle Meier* untersucht Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen vormodernen und zeitgenössischen Verfassungsurkunden. Dabei bezieht sie Begriffe wie Tradition und Gewohnheit sowie den in vormodernen Verfassungsurkunden genutzten Begriff der Freiheit beziehungsweise der „Freiheiten“ oder Privilegien in ihre Analyse ein. Kein Privileg und keine Freiheit, so stellt sie fest, seien unveränderlich. *Johan Horst* nähert sich sodann zwei grundlegenden Begriffen der Staatslehre: Gewaltenteilung und Gewaltenglieder-

rung. Er zeigt dabei Grenzen der verfassungsstaatlichen Lesart der Gewaltenteilung auf, wobei er den Blick auf die Pluralität gesellschaftlicher Kräfte bei der Rechtserzeugung lenkt und versucht, einen Begriff der funktionalen Gewaltengliederung für die transnationale Konstellation zu finden.

Im vierten Kapitel „VerfassungsSubjekte“ werden Umstände von Personen erörtert, die einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießen, beziehungsweise denen dieser Schutz in der Verfassungswirklichkeit unter dem Grundgesetz erst sukzessive zuteilwurde. *Simon Pschorr* und *Franziska Spanner* widmen sich darum auf interdisziplinäre Weise dem Wechselspiel zwischen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen vor dem Hintergrund homosexueller Paarbeziehungen. Sie prüfen, ob und wie sich das Grundgesetz vor diesem Kontext an bestimmten Stellen umgeformt hat, auch wenn der Text desselben sich dort nicht verändert hat. Dabei argumentieren sie, dass eine gemeinsame Betrachtung von rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklung notwendig sei, um Verfassungswandel nachzuweisen. Anschließend beleuchtet *Isabel Lischewski* einen besonderen Wandel der Verfassungssubjektivität von Kindern. Kinder gelten zwar regelmäßig als eigenständige Rechtssubjekte, was von der verfassungsrechtlichen Realität jedoch nur unvollständig abgebildet werde. Die Autorin zeigt auf, dass sich Eltern nicht selten als die besten Interpreten des Kindeswohls verstünden und weist auf Probleme bezüglich der Vertretung von Kindern sowie auf Defizite bei der Geltendmachung von verfassungsrechtlichen Verbürgungen hin.

Das fünfte Kapitel „DigitalisierungsVerfassung“ beschäftigt sich mit den Auswirkungen auf Verfassungen, die durch die Digitalisierung entstehen. So sind Verfassungen gefordert, auch unter Bedingungen solch technologischer Umbrüche weiterhin Leitlinien für das Recht zu liefern. Zunächst untersucht *Sebastian J. Golla* deshalb Wechselwirkungen zwischen dem technischen Wandel und dem Verfassungsrecht. Hierbei beleuchtet er besondere Risiken, die für die Menschenwürde aus Algorithmen und automatisierten Entscheidungen erwachsen können und untersucht, wie die Menschenwürde technologiebezogen konkretisiert werden kann. *Friedrich Schmitt* betrachtet die Digitalisierung hingegen im Kontext der Rundfunkfreiheit. Er hinterfragt, ob das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit den Zustand von 1949 „versteinert“ habe und zweifelt vor dem Hintergrund der Herausforderungen des 21. Jahrhunderts an der „rundfunkverfassungsrechtlichen Sonderdogmatik“ zum „dienenden Grundrecht“. Er skizziert die Rundfunkfreiheit vielmehr als individuelles Freiheitsrecht mit einer Institutsgarantie für den Fortbestand des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Das sechste Kapitel „Verfassungskrisen“ widmet sich existentiellen Herausforderungen für Verfassungen beziehungsweise für ihre wesentlichen Grundprinzipien. *Konstantin Chatziathanasiou* untersucht, wie soziale Ungleichheit eine Herausforderung für Verfassungen darstellen kann und wie das Grundgesetz damit umgeht. Er stellt deshalb das Sozialstaatsprinzip in den Mittelpunkt seiner Betrachtung und setzt sich mit sozialer Gleichheit als Funktionsbedingung für die verfassungsrechtliche Ordnung auseinander. Ihm zufolge sei Vermögensungleichheit insbesondere als Verfassungsrisiko anzusehen, wenn sie die Funktionsbedingungen der Demokratie unterlaufe, da politische Teilhabe auch mit sozialer Teilhabe verbunden sei. Wie Demokratie als ein wesentliches Staatsstrukturprinzip stabilisiert werden könnte, untersucht anschließend *Maria Bertel* hinsichtlich des Wahlrechts. Sie befasst sich mit der Frage, ob eine Aufnahme des Wahlrechts in eine Verfassung zur Stabilisierung beitragen kann und welcher Grad an verfassungsrechtlicher Regelungsdichte geboten sein könnte, wobei auch länderübergreifende Betrachtungen angestellt werden. Dabei ordnet sie ihre Überlegungen in eine verfassungsrechtliche Gesamtschau ein und gibt konkret an, was Wahlrecht in einer Demokratie leisten müsse. *Anne-Christin Gläß* richtet sodann den Blick auf prozedurale Schutzmechanismen für den Bestand der verfassungsrechtlichen Ordnung am Beispiel des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Sie erläutert insbesondere die Rolle und die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts in Krisenzeiten. Dies betrifft zum Beispiel „Verfahren der Verfassungssicherung“, die in Deutschland insbesondere dem Erhalt der „Freiheitlichen Demokratischen Grundordnung“ dienen.

Das siebte Kapitel widmet sich abschließend dem „Verfassungswandel“ selbst. *Matthias Lukan* untersucht zunächst Erwartungshaltungen an eine Verfassung und deren Auswirkungen auf ihre Dauerhaftigkeit. Verfassungskontinuität bedeute nicht Starrheit, sondern Fortbestand einer Verfassung über einen längeren Zeitraum. Der Verfasser sucht eine Antwort auf die Frage, wann eine solche Verfassungskontinuität endet und prüft dann schwerpunktmäßig, welche Bedingungen Verfassungskontinuität schaffen. Die Verfassung Österreichs von 1920 beleuchtet er vor dem Hintergrund von Diskontinuität und Kontinuität genauer. *Dario Picecchi* lenkt den Blick auf Herausforderungen für das spezifische Verfassungssystem in der Schweiz durch die starken Einflüsse der direkten Demokratie. Er verdeutlicht, dass die schweizerische Bundesverfassung insofern dauerndem Druck ausgesetzt sei. Neuere Technologien und Online-Kampagnen würden darüber hinaus ganz neue Implikationen für das direkt-demokratische System nach sich ziehen. Schließlich entwickelt der Autor Lösungsansätze für die entstehenden Spannungsfelder und zeigt, dass der beständige Wan-

del der schweizerischen Bundesverfassung und damit ihre Flexibilität gleichzeitig Stabilität schaffen. Abschließend legt *Andreas Orator* dar, dass auch das Primärrecht der Europäischen Union oftmals als Verfassungsrecht angesehen werde, wobei dieses inzwischen weniger von förmlicher Revision, sondern eher von einem Verfassungswandel geprägt sei. Anhand eines konkreten Beispiels, bei dem der EuGH und der Unionsgesetzgeber im Bereich der Harmonisierung des Binnenmarktes Kompetenzerweiterungen schufen, illustriert er diesen europarechtlichen Verfassungswandel und weist auf kritische Aspekte und Schwierigkeiten desselben hin.

Die höchst unterschiedlichen Gesichtspunkte, die in diesem Band behandelt werden, sind somit von einer inhaltlichen Leitlinie durchzogen, die es den Autorinnen und Autoren ermöglichte, eigene Prioritäten bei der jeweiligen Untersuchung zu setzen. Dadurch kann zum einen ein anregender Überblick und zum anderen durch die individuelle Schwerpunktsetzung gleichsam ein vertiefter Einblick in Verfassungen und ihre Rolle im Wandel der Zeit gegeben werden.

Die Frankfurter Assistententagung verdankt ihre Verwirklichung einer Vielzahl von Personen, ohne die diese Konferenz nicht gelungen wäre. Zunächst gilt unser herzlicher Dank den Referentinnen und Referenten, die durch ihre äußerst fundierten sowie engagierten Vorträge den Grundstein für einen angeregten wissenschaftlichen Austausch überhaupt erst ermöglicht haben. Ebenso danken wir allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung, die mit prägnanten Anmerkungen, Fragen, Ideen und (Anti-)Thesen zum Meinungsaustausch wesentlich beitrugen. Sodann möchten wir uns bei Frau Ministerin Eva Kühne-Hörmann, Herrn Staatssekretär Prof. Dr. Günter Krings und Herrn Stadtrat Jan Schneider sowie bei Frau Universitätspräsidentin Prof. Dr. Birgitta Wolff und Herrn Dekan Prof. Dr. Albrecht Cordes ganz herzlich für die Begrüßung sowie die Grußworte in der Frankfurter Paulskirche bedanken. Ein besonderer Dank gilt der Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger, M.A., für ihren anregenden Eröffnungsvortrag. Ebenso gebührt ein außerordentlicher Dank dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Voßkuhle, für seinen inspirierenden Festvortrag sowie den beiden Kommentatoren Quirin Weinzierl, LL.M., und Dr. Andrej Lang. Schließlich danken wir der Goethe-Universität Frankfurt am Main, allen Professorinnen und Professoren des Instituts für Öffentliches Recht, dem Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft sowie unseren großzügigen Förderern und Sponsoren. Außerdem geht ein herzliches Dankeschön an alle studentischen Helferinnen und Helfer, die überall tatkräftig mit angepackt ha-

ben, sowie unserem Vorgängerteam aus Regensburg, auf dessen umfangreichen Erfahrungsschatz wir stets zurückgreifen durften.

Wir werden die Tagung im Februar 2019 in dauerhafter und lebendiger Erinnerung behalten und hoffen, dass auch die Teilnehmerinnen und Teilnehmer gerne auf die Tage in Frankfurt am Main zurückblicken.

Dr. Philipp B. Donath und Dr. Sebastian Bretthauer

zugleich für alle Herausgebenden:

Marie Dickel-Görig, Jennifer Drehwald, Sascha Gourdet, Alexander Heger, Christina Henrich, Julia Hoffmann, Dr. Cornelia Kirchbach, Jennifer Kring, Lea Isabelle Lang, LL.M. Eur., Theresa Neumann, Sandra Plicht, Carolin Stix, Dr. Berit Völzmann, Leonard Wolckenhaar, Sören Zimmermann, LL.M. Eur.

Inhalt

<i>VerfassungsBeziehungen</i>	15
Verfassungswerdung. Eine sozialontologische und sprechakttheoretische Analyse der Entstehung einer Verfassung und ihrer Akteure	17
<i>Kathrin Strauß</i>	
Die offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten? Wie das Grundgesetz als patriotische Folie den politischen Diskurs verdrängt	37
<i>Eva Ricarda Lautsch</i>	
<i>VerfassungsKräfte</i>	53
Verfassungsentwicklung als Diskurs zwischen Gesetzgebung, Vollziehung und Lehre	55
<i>Josef Müllner</i>	
Verfassungsnormativität im Recht der Politik	75
<i>Sven Jürgensen</i>	
<i>VerfassungsBilder</i>	95
Vor- und Gegenbilder moderner Verfassungsurkunden	97
<i>Annabelle Meier</i>	
Gewaltenteilung und Gewaltengliederung in der transnationalen Konstellation	115
<i>Johan Horst</i>	

Inhalt

<i>VerfassungsSubjekte</i>	135
Verfassungswandel messbar machen. Eine interdisziplinäre Betrachtung gesellschaftlicher und rechtlicher Entwicklungen homosexueller Paarbeziehungen <i>Simon Pschorr und Franziska Spanner</i>	137
Verfassungssubjekte im Wandel – Kinderrechte ins Grundgesetz? <i>Isabel Lischewski</i>	161
<i>DigitalisierungsVerfassung</i>	181
In Würde vor Ampel und Algorithmus – Verfassungsrecht im technologischen Wandel <i>Sebastian J. Golla</i>	183
Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen? <i>Friedrich Schmitt</i>	203
<i>Verfassungskrisen</i>	223
Soziale Ungleichheit als Verfassungs herausforderung – Das Sozialstaatsprinzip und die Begrenzung von Armut und Reichtum <i>Konstantin Chatziathanasiou</i>	225
Konstitutionalisierung des Wahlrechts als Beitrag zur Stabilisierung der Demokratie? <i>Maria Bertel</i>	243
Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ – Zur Rolle und Bedeutung von Verfassungsgerichten in Krisenzeiten <i>Anne-Christin Gläß</i>	263

<i>Verfassungswandel</i>	283
Verfassungskontinuität durch Verfassungsänderung – Wie kann eine Verfassung ihre Dauerhaftigkeit sichern? <i>Matthias Lukan</i>	285
Die schweizerische Bundesverfassung in beständigem Wandel – Spannungsfelder zwischen direkter Demokratie und Verfassung <i>Dario Picecchi</i>	307
Änderung und Wandlung der Unionsverfassung seit dem Vertrag von Lissabon <i>Andreas Orator</i>	329
Autorenverzeichnis	349
Herausgeberverzeichnis	353
Fördererverzeichnis	357

Verfassungsbeziehungen

Verfassungswerdung.

Eine sozialontologische und sprechakttheoretische Analyse der Entstehung einer Verfassung und ihrer Akteure

Kathrin Strauß

I. Einführung

1. Traditionelle Erklärungsmuster

Bei der Frage nach dem Ursprung einer Verfassung ist die Befragung der Verfassung ob ihres Ursprungs ein logisch erster Zugriff. Das Grundgesetz gibt dazu bereitwillig und doch widersprüchlich Auskunft. In der Präambel noch ist es die *verfassungsgebende Gewalt*, kraft derer sich das deutsche Volk diese Verfassung gab. Technischer und fast ganz am Ende in Art. 145 wird die Rolle des Parlamentarischen Rats beschrieben, der die Annahme der Verfassung feststellt, sie ausfertigt und verkündet. Bereits in der positivrechtlichen Beschreibung des Grundgesetzes kollidiert das hehre Narrativ der durch das Volk vorgenommenen und legitimierten Verfassungsgebung mit dem faktischen Klein-Klein des unter Aufsicht der Besatzungsmächte neukonstituierten Staatswesens.

Noch verschwommener wird das Bild, sobald nicht mehr Rechtstexte, sondern die Rechtswissenschaft befragt wird. Das Theorem des *pouvoir constituant* wurde zu Recht enttarnt als „Klapperstorchmärchen für Volljuristen“¹. Gleiches gilt für deren „rechtstheoretische[s] Äquivalent“², die hypothetische Grundnorm. Eine Antwort auf die Frage nach dem Ursprung der Verfassung können sie nicht liefern. Auch wenn historische Figuren wie die *Mütter und Väter des Grundgesetzes* oder die *Founding Fathers* zum Verfassungsgeber stilisiert werden, lässt es den Betrachter unzufrieden zurück.

Beide teilen ein sie umhüllendes mystisches Element, auch wenn es bei der *verfassungsgebenden Gewalt* von der Größe und Unbestimmtheit des Ak-

1 Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 73.

2 Jestaedt, JuristenZeitung 69 (2013), 1009 (1017), Kelsen muss aber – wie Jestaedt richtigerweise anmerkt – zugutegehalten werden, dass sein Erkenntnisinteresse auf der intrasystematischen Perspektive lag, die Grundnorm bildet dafür den regressvermeidenden Schlusspunkt und ist gerade keine Schlüsselstelle, vgl. S. 1011 f.

teurs genährt wird, während *Mütter*, *Väter* und *Fathers* dasselbe durch ihre historische Handhabbarkeit und die Schlichtheit des Vorgangs erreichen, der eine Verfassungsgebung gar nicht begründen kann, ohne dieser oder jener Gruppe ein mystisches Element zuzuschreiben.³

Hier wie dort wird keine befriedigende Antwort gefunden, oder anders ausgedrückt: „Fragt man weiter, wer die verfassungsgebende Versammlung legitimiert, dann gelangt man – wie in einer rückwärts erzählten Schöpfungsgeschichte – an das Chaos und an den über ihm schwebenden Geist.“⁴

Der Rechtswissenschaft kann man dafür nicht einmal einen Vorwurf machen. Für sie – zumal für die dogmatische Rechtswissenschaft – ist das Moment der Verfassungsentstehung die „positivrechtliche ‚Stunde Null‘“⁵, auf die der Blick vom Boden des geltenden Rechts aus versperrt ist. Würde sie die Geltung der Verfassung nämlich anzweifeln, so beraubte sie sich selbst ihres Fundaments. Um trotzdem den Ursprung des Rechts erklären zu können wird „eine Schicht des Normativen imaginiert [...], die jenseits des Faktischen, jenseits des Sozialen und jenseits des Kulturellen liegen soll, wird eine strikte soziale Isolation des Rechts in eine ‚reine‘ normative Schicht propagiert. Allerdings ist es bis heute [...] nicht gelungen, diese nicht-natürliche und nicht-soziale Schicht der Norm tatsächlich durch mehr als die reine Behauptung ihrer Existenz zu beschreiben.“⁶

Resümierend, auf der Suche nach dem Ursprung des Rechts „gleichen wir [...] dem Kletterer, der an den obersten Sprossen einer Strickleiter anlangt – und beklommen ins Nichts greift.“⁷

2. Verfassungsentstehung am historischen Beispiel

Sich damit abzufinden wird einem wissenschaftlichen Anspruch freilich nicht gerecht.⁸ Es ist Aufgabe der juridischen Grundlagenwissenschaften zu beschreiben, was aus dogmatischer Perspektive versperrt bleibt.

3 Zusammenfassende Beschreibung der quasireligiösen Verehrung der US-amerikanischen *Founding Fathers*, die interessanterweise erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts einsetzt, bei *Bernstein*, *The founding fathers*, 2015, S. 1–6.

4 *Stolleis*, in: Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hrsg.), *Ars iuris*. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, 2009, S. 533 (546).

5 *Jestaedt*, *JuristenZeitung* 69 (2013), 1009 (1017).

6 *S. Schönberger*, *Der Staat* 58 (2019), 119 (129 f.).

7 *Wittreck*, *Geltung und Anerkennung von Recht*, 1. Aufl. 2014, S. 20 f.

8 *Isensee*, *Verfassung* (Fn. 1), S. 73.

Zunächst bietet sich dazu eine rechtshistorische Konsultation an, denn der exemplarische Blick auf die Entstehungsgeschichte einer historischen Verfassung offenbart Erstaunliches:

Der Norddeutsche Bund – jenes von Bismarck geschaffene, von Preußen dominierte Konstrukt norddeutscher Staaten, das schließlich im Deutschen Reich aufging – begann, so heißt es zumindest in einem Standardlehrbuch heutiger Zeit, als „neue[r] Gesamtstaat am 1. Juli 1867 zugleich mit seiner Verfassung“⁹ zu bestehen. Die Entstehung der Verfassung wird auf den Tag datiert, an dem die Verfassungsvereinbarung entäußert wurde; beides fällt in eins, durch die Entäußerung der Verfassungsvereinbarung entsteht – so das Narrativ – die Verfassung.

Ein Blick auf den Diskurs jener Zeit offenbart, dass dies für die Zeitgenossen nicht so eindeutig war.¹⁰ *Paul Laband*, zu jener Zeit Professor in Straßburg, stellte im ersten Band seines *Staatsrecht des Deutschen Reichs*¹¹ im Jahr 1876 die Frage, ob „das Reich ein Staat oder [...] eine Vereinigung von Staaten“¹² sei und widmete ihr ein ganzes Kapitel. Eine Verfassung habe das Reich nur, wenn es Staat sei. Eine Vereinigung von Staaten hingegen habe als Grundlage einen völkerrechtlichen Vertrag, gerade keine Verfassung.¹³

Max von Seydel, seines Zeichens Professor in München, vertrat die Auffassung, dass die deutsche Verfassung „ein Vertrag souveräner Staaten“¹⁴ sei. Die Einzelstaaten, nicht der Bund, seien souverän, mithin Staaten mit Verfassungen. Durch die Entäußerung der Verfassungsvereinbarung des Norddeutschen Bundes wurde keine neue Verfassung¹⁵ erschaffen ohne Rückbeziehung auf eine bereits bestehende Verfassung – etwa im kelsenia-

9 So *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 1981, S. 147.

10 Zusammenfassend dazu *Becker*, Max von Seydel und die Bundesstaatstheorie des Kaiserreichs, 2009, S. 144.

11 Auf den ersten Blick mag es irritieren, dass einerseits auf den Norddeutschen Bund, andererseits auf das Deutsche Reich bezuggenommen wird. Da die Verfassungsvereinbarungen beider jedoch weitgehend deckungsgleich waren und das Deutsche Reich 1871 den 1867 gegründeten Norddeutschen Bund ablöste, gilt, dass „hatte [...] der Norddeutsche Bund den Charakter eines Staates, so kommt derselbe auch dem zum Deutschen Reich erweiterten Bunde zu“, so *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1876, S. 61.

12 *Laband*, Staatsrecht (Fn. 11), S. 56.

13 *Laband*, Staatsrecht (Fn. 11), S. 57.

14 *Seydel*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), 185 (227).

15 Die Terminologie ist hier unglücklich. Das entsprechende Dokument wird im Rahmen dieser Untersuchung als Verfassungsvereinbarung bezeichnet. Dessen Entäußerung ist Voraussetzung für das Entstehen der Verfassung, wobei bei der Entäußerung unklar war, ob tatsächlich eine Verfassung entstehen wird. Wäre

nischen Sinne einer historisch ersten Verfassung – sondern nur das Rechtskonstrukt des Norddeutschen Bundes als Teil und aufgrund des einzelstaatlichen Rechts.

Laband selbst beantwortete die von ihm aufgeworfene Frage, indem er den Souveränitätsbegriff vom Staatsbegriff löste und sowohl das Reich als auch die Einzelstaaten als Staaten mit Verfassungen sah, von denen aber nur das Reich souverän war.¹⁶ Deswegen hatte seiner Ansicht nach der Norddeutsche Bund eine Verfassung.

Passend in diesem Diskurs erscheint die Auffassung des Würzburger Professors *Joseph von Held*, der sich nicht auf ein Für oder Wider das Bestehen einer Verfassung einließ, sondern feststellte, dass die Staatlichkeit und die mit ihr verbundene Verfassung sich noch in der Entwicklung befinden: „Die gegenwärtige Reichsverfassung [...] ist ein Product geschichtlicher Entwicklung, nicht systematischer oder doctrinärer Auffassung. [...] Sie nimmt die Verhältnisse, wie sie dieselben im kritischen Moment gefunden, und gibt ihnen den entsprechenden Ausdruck – weitere Entwicklungen vorbehalten.“¹⁷

Ganz so einfach, wie der retrospektive Blick es erscheinen lässt, ist die Frage nach der Verfassung also nicht zu beantworten gewesen. Der Diskurs der Staatsrechtslehre ist dafür ein Indiz. Dabei ist es wichtig zu sehen, dass die Streitfrage keine epistemische war. Es ging nicht darum, wie die Verfassungsvereinbarung auszulegen sei, ob der Wille des Urhebers die Herbeiführung einer Verfassung oder eines völkerrechtlichen Vertrags war. Stattdessen war es ein ontologischer Streit darüber, was sein *kann*,

dieser Fall nicht eingetreten, so wäre die heutige Benennung wohl anders. Die Forschungsfrage dieses Beitrags bezieht sich aber darauf, ob sie als Verfassung i. S. d. Begründung einer neuen Rechtsordnung als oberste und regelmäßig erste Schicht angesehen wurde. Das *nomen est omen*-Argument, dass es sich allein aufgrund der Bezeichnung um eine Verfassung handeln muss, lässt sich aber bereits dadurch entkräften, dass dem deutschen Juristen sowohl als Verfassung bezeichnete Normen bekannt sind, die keine sind – man denke an das Kommunalverfassungsrecht – aber auch solche Verfassungen, die nicht Verfassung heißen. Interessant zum Ursprung und der Benennung des Grundgesetzes – gerade auch in Bezug auf den Beitrag – der Beitrag der bpb: <http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39014/warum-keine-verfassung> g (letztes Abrufdatum: 25.3.2019).

16 *Laband*, Staatsrecht (Fn. 11), S. 62–64.

17 *Held*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, 1872, S. 20, vgl. auch *Brie*, Der Bundesstaat, 1874, S. 190 f., *Held* allerdings ging davon aus, dass ein „zeitweiliger Ruhepunkt“ eingetreten war durch die Gründung des Reichs, er würde also die fortwährende Bewegung nicht im Prozess des Verfassungswerdung sehen, sondern gerade dort ein Stillstand.

nicht was *ist*. Die Frage betrifft die Einordnung der Verfassungsvereinbarung. Gegen die Annahme eines rein epistemischen Streits spricht ebenfalls die Tatsache, dass die Verfassungsvereinbarung des Norddeutschen Bundes im Gegensatz zur Paulskirchenverfassung von 1848/49 nicht von „Gelehrten“, sondern von „praktische[n] Staatsmännern“ entworfen wurde, die sich dabei nach den praktischen Bedürfnissen richteten und dabei gerade keine „abstrakte Doktrin“ oder „hergebrachte theoretische[...] Schablonen“ als Leitbild hatten,¹⁸ mit anderen Worten: Hier handelte es sich um eine ontologisch ungeklärte Fragestellung.

Der rechtshistorische Blick exemplifiziert die Unsicherheit ob der Verfassungsentstehung zu Beginn des Norddeutschen Bundes. Die Entäußerung der Verfassungsvereinbarung alleine scheint nicht ausreichend gewesen zu sein. Tatsächlich – das möchte dieser Beitrag aufzeigen – bildet der Diskurs der deutschen Staatsrechtslehre in den späten 60er und frühen 70er Jahren des vorletzten Jahrhunderts einen Teil des Entstehungsprozesses einer Verfassung. Verfassungen entstehen nicht durch die Entäußerung einer Verfassungsvereinbarung. Die steht nur am Anfang. Im Anschluss findet der Prozess der *Verfassungswerdung* statt, von dessen Ausgang abhängig ist, ob eine Verfassung entsteht.

Der Beitrag wird darzulegen versuchen, unter welchen Bedingungen eine neue Verfassung im Sinne einer kelsenianisch historisch ersten Verfassung entsteht. Es geht ihm dabei nicht darum, die *Raison d'Être* einer Verfassung zu ergründen. Stattdessen versucht der Beitrag, den Prozess der Entstehung einer Verfassung zu rekonstruieren. Methodisch geschieht dies unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Sozialontologie und der Sprechakttheorie. Die Sozialontologie ist die philosophische Teildisziplin, die sich mit der Existenz sozialer Tatsachen befasst und damit auch das Recht als ihren Gegenstand hat. Die Sprechakttheorie beschäftigt sich damit, wie Sprache die Wirklichkeit verändern kann, etwa indem sie soziale Tatsachen wie das Recht erschafft.

II. Die Erschaffung rechtsordnungsimmanenter Normen

Die Verfassung ist eine Rechtsnorm oder für gewöhnlich ein Komplex von Rechtsnormen. Um zu verstehen, wie eine Verfassung entsteht, ist ein Ver-

18 So die zeitgenössische Darstellung von Brie, Bundesstaat (Fn. 17), S. 155 f. m. w. N.

ständnis für die Entstehung von Normen innerhalb der Rechtsordnung essentiell.

1. Beschreibung des Erschaffungsvorgangs

Eine Rechtsnorm entsteht, wenn ein Rechtstext entäußert wird und der durch den Text repräsentierten Tatsache deontische Kraft (*deontic power*¹⁹) zukommt. Liegt dies vor, so kommt der Norm Geltung zu.²⁰

Das heißt einerseits, dass es nicht die Entäußerung des Texts oder gar der Text der Norm selbst ist, der Regelungen trifft oder herbeiführt. Der Text regelt nichts. Seine Entäußerung ist ein Sprechakt, anschließend repräsentiert der Text die Norm.²¹ Deontische Kraft ist notwendig zur Erzeugung einer Norm. Sie ist es, die aus der Entäußerung eines Rechtstexts eine Norm erschafft.

a) Entäußerung des Rechtstexts

Innerhalb der Rechtsordnung bestimmt das Recht selbst, durch welches Ereignis eine neue Rechtsnorm erzeugt wird. Damit muss das oben Gesagte bereits eingeschränkt werden. Das Recht kann – und das ist wohl die häufigste Art der Rechtserzeugung – anordnen, dass eine Rechtsnorm durch einen Sprechakt erzeugt wird, dabei regelmäßig in Form einer Deklaration. Auch andere Ereignisse können Recht erschaffen, sofern die Rechtsordnung dies vorsieht. So werden Deliktsansprüche regelmäßig

19 Searle, *Making the Social World*, 2010, S. 8–9.

20 An dieser Stelle sei die Frage antizipiert, in welchem Verhältnis deontische Kraft zur Geltung einer Norm und zu ihrer Normativität steht. Dazu folgende terminologische Anmerkungen: Geltung kommt einer Norm dann zu, wenn sie Bestandteil einer existenten Rechtsordnung ist. Voraussetzung dafür ist, dass der Norm deontische Kraft zukommt, die ihr durch andere Normen derselben Rechtsordnung vermittelt wird. Anders ausgedrückt: Die deontische Kraft einer Norm innerhalb einer Rechtsordnung ist konstitutiv für ihre Geltung. Die beste Erklärung für Normativität innerhalb der Rechtsordnung stammt von *John Gardner*, der im Rahmen seines Eröffnungsvortrags der IVR-Tagung 2018 in Freiburg sinngemäß sagte, dass *Normativität* nichts anderes sei als das Substantiv zu *normativ*, was wiederum nichts anderes beschreibe als die Eigenschaft, eine *Norm* zu sein (*the property of being a norm*).

21 *Michl*, *Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers*, 2018, S. 30, ders. folgerichtig: „Die Norm selbst besteht (...) unabhängig vom Rechtstext.“

durch Realakte im Sinne von nichtlinguistischem Tun erschaffen oder gar durch ein Ereignis, das keine Handlung darstellt. Gleiches gilt für nicht expressis verbis gemachte Handlungen, etwa das Kopfnicken beim Vertragschluss oder die Geste der Polizistin an der Kreuzung. Sie sind genauso rechtserfassende Handlungen wie ein (Sprech-)Akt der Gesetzgebung durch den Bundesgesetzgeber. Gleiches gilt etwa für das Institut der Mahnung, die zwar ein Sprechakt, aber kein deklarativer, sondern ein assertiver ist. Die Beispiele sollen aufzeigen, dass die Erschaffung einer Rechtsnorm durch einen (schriftlichen) Sprachakt zwar wohl die üblichste ist, die Rechtsordnung aber frei darin ist, positivrechtlich zu normieren, wie Recht erzeugt werden kann.²²

An dieser Stelle sind die Erkenntnisse der Sprechakttheorie aufschlussreich. Demzufolge kann Sprache einerseits eine *Wort-zur-Welt-Passrichtung* einnehmen, wenn das Wort die Welt beschreibt. Das ist etwa der Fall bei einem klassischen Aussagesatz. Der Satz ist nur dann *richtig*, wenn die Schilderung der Wirklichkeit entspricht.²³ Andererseits kann sie auch eine *Welt-zum-Wort-Passrichtung* einnehmen. Ziel des Sprechakts ist es dann, die Welt dem Wort anzupassen. Durch den Sprechakt möchte der Sprecher also die Wirklichkeit verändern, etwa durch eine Aufforderung, die wiederum eine Handlung hervorruft.²⁴

Das Besondere der Deklaration ist, dass sie beide Passrichtungen der Sprache vereint. Durch die Entäußerung des Texts verändert sich die Wirklichkeit. Anschließend beschreibt der Text die veränderte Wirklichkeit.²⁵ Man stelle sich etwa die Standesbeamtin vor, die ein vor ihr stehendes Paar zu Eheleuten erklärt. Sie werden – sofern die übrigen Voraussetzungen

22 Gerade deswegen befremdet die momentane Sprach- und vor allem Textfixiertheit der dogmatischen Rechtswissenschaft. Nimmt man schließlich Kelsen ernst in der Annahme, dass es zwischen den verschiedenen Arten von Rechtssätzen im Stufenbau der Rechtsordnung keinen kategorialen Unterschied gibt, der etwa in der Art ihrer Erzeugung begründet wäre, so darf es auch in der Ermittlung der Norm – sei es repräsentiert durch den Normtext oder eine Handbewegung – keine kategoriale Unterscheidung geben. Dagegen steht eine Besinnung auf „Rechtshermeneutik“ (vgl. ppt Dreier, in: Dreier/Wagner/Hörnle/Jestaedt (Hrsg.). Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S.1 (17 f.)), die einen solchen kategorialen Unterschied anzunehmen scheint, indem sie gerade nur für die Rechtsquelle *Text* Möglichkeiten zur Ermittlung des Norminhalts aufzeigt, vgl. weiterführend dazu die Normsetzung als Handlung begreifend, die linguistisch oder nicht linguistisch sein kann: *Michl*, Unionsgrundrechte (Fn. 21), S. 32.

23 Searle, Social World (Fn. 19), S. 69.

24 Searle, Social World (Fn. 19), S. 11 f., 67.

25 Searle, The construction of social reality, 1995, S. 34.

vorliegen – erst dadurch zu Eheleuten, dass die Standesbeamtin den entsprechenden Ausspruch vornimmt. Der Ausspruch repräsentiert anschließend die neue Wirklichkeit, nämlich das verheiratete Paar.

b) Deontische Kraft

Damit die Entäußerung der Deklaration erfolgreich sein kann und die Wirklichkeit verändern kann, muss neben der Entäußerung des Normtexts deontische Kraft vorhanden sein. Deontische Kraft kann eine positive Ausrichtung einnehmen und bestimmte Rechte übertragen oder eine negative Ausrichtung haben und dadurch Pflichten auferlegen, sowie weitere Eigenschaften von Subjekten ebenso wie Sonderbeziehungen zwischen verschiedenen Subjekten herbeiführen.²⁶

Deontische Kraft innerhalb der Rechtsordnung wird von oben nach unten und von der zeitlich früheren auf die zeitlich spätere Norm übertragen. In der Rechtstheorie sehen wir den Umstand bereits beschrieben, man denke etwa an die Unterscheidung zwischen *primary* und *secondary rules* bei Hart, bei dem die *primary rules* die Entstehungsvoraussetzungen für die *secondary rules* bilden.²⁷ Oder an den *Ableitungszusammenhang im Stufenbau* nach Kelsen und Merkl,²⁸ wonach sich die Rechtsnorm für ihre Entstehung innerhalb des *Deutungsschemas* der höherrangigen Norm bewegen muss.

2. Rekonstruktion des Erschaffungsvorgangs

Mit dem Vokabular der Sprechakttheorie lässt sich der Vorgang der Erschaffung einer Norm durch eine Deklaration und die Übertragung deontischer Kraft von einer Norm auf eine andere so beschreiben:

Die höhere Norm wird ausgedrückt durch eine *potentielle Deklaration*. Diese setzt die Voraussetzungen fest, unter denen deontische Kraft von der höheren auf eine neue, niedrigere Norm übertragen werden kann. Sie repräsentiert das Potential des ermächtigten Akteurs, eine *realisierende Deklaration* zu erschaffen. Juristen können dasselbe Phänomen auch mit „Kom-

26 Smith, in: Smith (Hrsg.), John Searle, 2003, S. 1 (13), unter Bezugnahme auf Searle, *Social Reality* (Fn. 25), S. 3.

27 Hart, *The Concept of Law*, 3. Aufl. 2012, S. 94–97.

28 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Studienausgabe 2017, S. 71–93.

petenz“ oder „Rechtsmacht“ beschreiben.²⁹ Die realisierende Deklaration wiederum wird durch den Normtext der neu erschaffenen Norm repräsentiert. Ihre Entäußerung ist die linguistische Voraussetzung für die Entstehung der Norm, die neben den weiteren in der potentialen Deklaration festgeschriebenen nicht-linguistischen Voraussetzungen erfüllt sein muss. Sind alle Voraussetzungen erfüllt, dann entsteht eine neue Norm, indem die deontische Macht der höheren Norm auf die niedrigere Norm übertragen wird.

Machen wir uns das anhand eines Beispiels klar: Man stelle sich etwa eine Baugenehmigung vor. Die individuelle Genehmigung ist eine Norm, die durch eine *realisierende Deklaration* ausgedrückt wird. Sie enthält deontische Kraft in der Form, dass sie eine Erlaubnis erteilt, nämlich die Erlaubnis zur Bebauung eines bestimmten Grundstücks auf eine bestimmte Art und Weise. Die einschlägige Norm der Landesbauordnung enthält einerseits unbedingte deontische Kraft, durch die sie die zuständige Behörde ermächtigt und verpflichtet, unter bestimmten Umständen eine Baugenehmigung zu erteilen. Andererseits enthält sie auch bedingte deontische Kraft, indem sie unter bestimmten Bedingungen – nämlich nach Genehmigungserteilung – das Bebauen erlaubt. Für das hier gewählte Beispiel ist nun die zweite Art, die bedingte deontische Kraft, entscheidend. Die Norm erteilt keine direkte Erlaubnis, sie stellt Bedingungen auf, unter denen die Erlaubnis erteilt werden kann. Die Deklaration drückt das Potential aus, dass eine Erlaubnis erteilt wird. Daher handelt es sich bezogen auf die Erteilung der Baugenehmigung um eine *potentielle Deklaration*. Die bedingte deontische Kraft wird auf die niedrigere Norm übertragen und zur unbedingten deontischen Kraft, wenn die nichtlinguistischen Voraussetzungen (Genehmigungsfähig- und -pflichtigkeit) und die linguistischen Voraussetzungen (realisierende Deklaration) vorliegen, dann wird deontische Kraft übertragen und dann entsteht die Erlaubnis zur Bebauung.³⁰ Der Anspruch auf Erlass einer Baugenehmigung ist der mit unbedingter deontischer Kraft versehene Anspruch auf Entäußerung einer realisierenden Deklaration, also der Umwandlung bedingter deontischer Kraft in spezifische unbedingte deontische Kraft, die durch die *potentielle Deklaration* ausgedrückt wird, sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.³¹

29 Für diesen Hinweis danke ich meinem Kollegen Fabian Michl.

30 Zweifelsohne ist dieses Beispiel nicht ganz richtig, vgl. § 44 VwVfG des einschlägigen LVwVfG.

31 Vgl. zur Unterscheidung zwischen bedingter und unbedingter deontischer Kraft: Searle, *Social World* (Fn. 19), S. 9.

Deontische Kraft ist innerhalb der Rechtsordnung vorhanden und das Recht stellt die Bedingungen auf, unter denen deontische Kraft übertragen und unbedingt gestellt werden kann. Neue Normen werden erschaffen, indem von einer früheren und höheren Norm deontische Kraft derivativ auf eine dann entstehende neue Norm übertragen wird.³²

III. Die Erschaffung der Verfassung

Derselbe Vorgang stellt sich schwieriger dar, wenn eine historisch erste Verfassung erschaffen wird. Ihr fehlt es an einer potentialen Deklaration und an deontischer Kraft, die sie derivativ von dieser erhalten kann. Es ist gerade die Verfassung, die den Ursprung der Rechtsordnung bildet. Die *historisch erste Verfassung* hat keinen intrasystematischen – sprich keinen rechtlichen – Kontext, in den sie eingebettet werden kann, keine ihr vorausgehende Rechtsnorm, von der sie deontische Kraft derivativ beziehen kann. Sie muss deontische Kraft originär erschaffen.

Eine weitere Schwierigkeit stellt sich: Wie bereits aufgezeigt, ist die Erzeugung von Normen mittels Deklaration nur eine Art, Rechtsnormen zu erzeugen. Innerhalb der Rechtsordnung sind es die Maßgaben des Rechts selbst die determinieren, wie – etwa durch welche Art eines Sprechakts – eine neue Norm erschaffen werden kann. Für die Verfassung fehlt es aber an solchen Binnenregeln. An dieser Stelle helfen die Erkenntnisse der Sozialontologie, um zu erkennen, dass die Entäußerung einer Verfassungsvereinbarung in Form einer Deklaration erfolgt.

32 Vgl. dazu MacCormick, in: MacCormick/Weinberger (Hrsg.), *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, 1986, S. 49 (56), der irreführenderweise den Ursprung von Normen innerhalb der Rechtsordnung aufteilt in solche, die auf institutionelle Tatsachen im philosophischen Sinne (*philosophical sense*) zurückgehen und solche, die ihre Existenz aus institutionellen Tatsachen in einem soziologischen Sinn (*sociological sense*) ableiten, v.a. aus anderen Institutionen. Searle hat demgegenüber richtigerweise festgestellt, dass jede institutionelle Tatsache mittel- oder unmittelbar auf die Sprache als institutionellen Kontext zurückzuführen ist, vgl. Searle, *Social World* (Fn. 19), S. 90, S. 63, sodass die von MacCormick vorgenommene kategoriale Unterscheidung zwischen institutionellen Tatsachen mit intrasystematischer Existenzbegründung gegenüber solchen mit extrasystematischer Existenzbegründung nicht angebracht ist.

1. Die Verfassungsvereinbarung als Deklaration

Eine Rechtsnorm und damit auch eine Verfassung ist eine institutionelle Tatsache.³³ Diese Feststellung mag zunächst ungewohnt sein; geht man ihr aber auf den Grund, so wird sie zum Truismus.³⁴ Grundlage für die Einteilung ist die Annahme, dass es nur zwei dichotome Arten von Tatsachen gibt, nämlich die rohen Tatsachen (*brute facts*) und die institutionellen Tatsachen (*institutional facts*).³⁵

Bei rohen Tatsachen ist ihre Existenz an keine weitere Voraussetzung jenseits ihrer physischen Existenz gekoppelt. Man stelle sich etwa einen Stein vor, dessen Steinsein schlicht in seiner Beschaffenheit begründet ist und nicht etwa, weil er von Menschen zum Stein ernannt wurde oder als solcher anerkannt oder auch nur bekannt ist. Institutionelle Tatsachen hingegen haben nicht diese unabhängige Existenz, sie sind abhängig von dem institutionellen Kontext, in dem sie bestehen und entstehen nur nach diesen Voraussetzungen.³⁶ Anknüpfend an das Beispiel des Steins könnte man etwa annehmen, dass der Stein diesmal mit Bedacht an eine bestimmte Stelle gesetzt wird und dazu erklärt wird, dass er nun markiert, dass dort das eine Territorium endet und ein anderes beginnt. Angenommen, sowohl die Menschen innerhalb als auch außerhalb des begrenzten Gebiets erkennen den Stein als Verkörperung der Grenze an und sowohl die einen als auch die anderen erkennen an, dass daran Konsequenzen geknüpft sind, dann ist der Stein nicht mehr nur eine rohe Tatsache, sondern er wird zu einer institutionellen Tatsache, indem ihm eine *Statusfunktion* zu-

33 Vgl. Neumann, in: Neumann (Hrsg.), Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, 2008, S. 224 (233–4); Neumann, in: Neumann (Hrsg.), Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, 2008, S. 318 (325–328), Michl, Unionsgrundrechte (Fn. 21), S. 15–18.

34 So MacCormick, Institutional Theory (Fn. 32), S. 49. Historisch war dies freilich sehr umstritten. Eine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Strömungen der Naturrechtslehre erscheint in diesem Rahmen deplatziert.

35 Die Unterscheidung wurde soweit nachvollziehbar von G. E. M. Anscombe eingeführt, vgl. Anscombe, Analysis 18 (1958), 69 (69) und von Searle adoptiert, vgl. Searle, Speech Acts, 2012. Zum Wortursprung s. auch MacCormick/Weinberger, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985, S. 22. Für das Beispiel der Grenze s. Searle, Social World (Fn. 19), S. 94–96.

36 Anscombe, Analysis 18 (1958), 69 (72).

gewiesen wird.³⁷ Eine Statusfunktion liegt immer dann vor, wenn ein Objekt, eine Person oder sonstige Entität eine Funktion erfüllt, die sie nicht kraft ihrer physischen Eigenart erfüllen kann. So ist die Funktion des Steins als Grenze eine Statusfunktion. Der Stein ist keine unüberwindbare Mauer, die schon qua ihrer physischen Beschaffenheit Menschen im Inneren am Verlassen hindern und im Äußeren vom Betreten abhalten kann. Stattdessen ist der Stein für diese Funktion darauf angewiesen, dass er als Grenze anerkannt und als solche behandelt wird. Dafür ist deontische Kraft erforderlich.

Deontische Kraft kann einerseits innerhalb eines Binnensystems weitergereicht werden, wie bei der Erschaffung rechtsordnungsimmanenter Normen beschrieben. Sie kann aber auch originär erschaffen werden. Die originäre Erschaffung deontischer Kraft verlangt eine Veränderung der Wirklichkeit eben durch die Erschaffung dieser deontischen Kraft. Dies gelingt mittels einer Deklaration, die darauf abzielt, durch die Entäußerung des Sprechakts selbst – wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen – die Wirklichkeit zu verändern.

Eine Verfassungsvereinbarung ist darauf gerichtet, durch ihre Entäußerung und beim Vorliegen der – noch zu erörternden – weiteren Voraussetzungen, die Wirklichkeit durch die Entäußerung des Sprechakts zu verändern. Sie hat die Form einer Deklaration. Die Entstehung einer Verfassung³⁸ beginnt also mit der Entäußerung einer realisierenden Deklaration, einer Verfassungsvereinbarung.³⁹ Was die Vereinbarung angeht, bestehen keine Unterschiede zur Entäußerung eines Normtexts innerhalb der Rechtsordnung. Die Handlungen unterscheiden sich nicht. Insoweit kann auf die Erkenntnisse zur Erschaffung einer Rechtsnorm verwiesen werden.

37 Beispiel abgewandelt nach *Searle*, *Social World* (Fn. 19), S. 94, der jedoch davon ausgeht, dass die für die Statusfunktion notwendige deontische Kraft stets originär erschaffen wird.

38 Angemerkt sei folgendes: Es gilt den institutionellen Kontext abzugrenzen von dem Begriffspaar *type* (Gattung) und *token* (Abbild), das die Zugehörigkeit einer bestimmten institutionellen Tatsache, etwa einer speziellen Grenze, als Abbild der Gattung der Grenze beschreibt. Regelmäßig besteht die Gattung schon bevor das individuelle Abbild entsteht. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass nicht zwangsläufig die Gattung vor dem Abbild bestehen muss, vgl. dazu *Searle*, *Social World* (Fn. 19), S. 94–96. Neue Gattungen werden regelmäßig deduktiv erschaffen. Auch muss eine institutionelle Tatsache nicht zwangsläufig mit einer rohen Tatsache zusammenfallen, vgl. dazu *Smith*, *Searle* (Fn. 26), S. 19 f.

39 Selbstverständlich kennen wir auch Verfassungen, die nicht auf einer Verfassungsvereinbarung beruhen. Das müssen sie auch gar nicht. Ausreichend ist bereits, dass ihr Inhalt in einem Sprechakt enthalten sein *könnte*.

2. Die Erschaffung deontischer Kraft

Bisher wurde nur beschrieben, wie deontische Kraft innerhalb der Rechtsordnung weiter- und heruntergereicht wird. Dieser Vorgang wird bereits durch die Rechtstheorie reflektiert. Bei der Verfassungsentstehung ist aber die originäre Erschaffung deontischer Kraft erforderlich.

Die Sozialontologie hat generelle Prinzipien herausgearbeitet, wie eine Entität mit einer Statusfunktion belegt und originäre deontische Kraft erzeugt werden kann. Dazu nennt sie drei Voraussetzungen: Die Zuschreibung einer Funktion, die kollektive Anerkennung dieser Funktion und eine Sprache, die umfassend und komplex genug ist, um dies zu ermöglichen.⁴⁰

Voraussetzung ist zunächst, dass eine Funktion zugeschrieben werden muss, denn gerade die bildet die *Statusfunktion*. Für die vorliegende Beschreibung kommt es gerade nicht auf die spezifische Funktion der Verfassung an.⁴¹ Entscheidend ist nur, dass die Verfassung generell eine Funktion erfüllt. Da die Funktion gerade nicht qua der physischen Eigenschaft der Entität erfüllt werden kann, ist sie auf Anerkennung angewiesen, wie der zur Grenze gewordene Stein. Die Verfassung ist darauf angewiesen, dass ihr die Eigenart zugeschrieben wird, eine Rechtsnorm zu sein und als solche den Ausgangspunkt einer Rechtsordnung zu bilden, wodurch sie deontische Kraft hat und dadurch Rechte und Pflichten übertragen kann.

Die Anerkennung kann – bei der Verfassung genau wie bei dem Stein – nur ausreichen, wenn sie kollektiv ist. Genauso wie eine einzelne Person, die einen Stein für eine Grenze hält, dadurch keine Grenze erschaffen kann, kann eine einzelne Person, die ein bestimmtes Schriftstück für den Ausdruck einer Verfassung hält, alleine keine deontische Kraft erzeugen, die eine Verfassung hervorbringt. Dafür ist das Maß an Anerkennung nicht ausreichend. Das Belegen mit einer Statusfunktion ist eine Eigenart menschlicher Gesellschaften, das Kollektive ist ihr gerade inhärent. Sie wird erschaffen mittels einer kollektiven Intention, in deren Rahmen eine kollektive Anerkennung stattfindet.

⁴⁰ Searle, Social World (Fn. 19), S. 100–102.

⁴¹ Zu dieser Fragestellung gibt es eine ganze Reihe soziologischer (s. ppt. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1997, S. 124–164), rechtsphilosophischer (s. ppt. Green, Cogito 12 (1998), 117) oder sozialontologischer (s. ppt. Searle, Social World (Fn. 19), S. 7–8, 105 f.) Schriften, für einen zusammenstellenden Überblick vgl. Ehrenberg, The functions of law, 2016.

a) Sprache als Ermöglichungsvoraussetzung

Voraussetzung für das Erschaffen einer institutionellen Tatsache ist zunächst die Sprache. Dabei muss die von der Sprache eingenommene Doppelrolle unterschieden werden: Einerseits ist die Sprache als Grundlage eines Sprechakts notwendige Voraussetzung für eine institutionelle Tatsache, andererseits ist es erst die Sprache, die deontische Kraft und ihre originäre Erschaffung ermöglicht.

aa) Sprache als Voraussetzung des Sprechakts

Voraussetzung an die Sprache ist zunächst, dass es Sprachkonventionen gibt, also der Sprecher etwas sagen kann, was der Hörer versteht. Daneben muss die Sprache so komplex sein, dass intentionale Zustände mit ihr kommuniziert werden können. Der Sprecher muss also zumindest in der Lage sein, eine Beobachtung gemeinsam mit einer Empfindung mitzuteilen. Außerdem muss die Möglichkeit bestehen, Elemente der Sprache zu rekombinieren und damit eine potenziell unbegrenzte Anzahl an Äußerungen zu treffen.⁴² Dass bei menschlicher Sprache all das vorliegt, dürfte niemand bestreiten.

bb) Sprache als Ursprung der deontischen Kraft

Durch Sprache ist es möglich, deontische Kraft originär zu erschaffen und nicht bloß zu übertragen.⁴³ Dieser deontische Aspekt ist in jedem Sprechakt vorhanden.

Seine Präsenz zeigt sich exemplarisch etwa bei einem Small Talk über das Wetter. Die Aussage „Es regnet“ hat eine Wort-zur-Welt-Passrichtung, sodass sie entweder wahr oder falsch ist. Mit dem Sprechakt drückt der Sprecher aber nicht nur einen intentionalen Zustand aus – hier: dass er glaubt, dass es regnet – sondern er verpflichtet sich gleichzeitig dazu, dass seine Aussage wahr ist. Der deontische Aspekt der Sprache verpflichtet den Sprecher zur Wahrheit seiner Aussage. Der Sprecher fügt seinem Sprechakt zwingend diesen deontischen Aspekt hinzu, denn er ist existenziell für die Möglichkeit zur Kommunikation. Das zeigt sich besonders dann, wenn

42 Searle, *Social World* (Fn. 19), S. 75–78.

43 Searle, *Social World* (Fn. 19), S. 8 f., 100–102.

ein Sprecher dagegen verstößt. Wer eine falsche Aussage tätigt, muss sich erklären und rechtfertigen. Er muss etwa vorbringen, einem Irrtum unterlegen zu sein, um nicht der Lüge bezichtigt zu werden. Es könnte womöglich so weit gehen, dass der Sprecher isoliert wird, dass kein Hörer seine Äußerungen mehr wahrnehmen oder zumindest nicht mehr ernst nehmen möchte und der Sprecher so seine Möglichkeit zu kommunizieren verliert. Das ist freilich in der Extremform nur der Fall, wenn der Einzelne grundsätzlich gegen die Verpflichtung zur Wahrheit verstößt.⁴⁴

Wenn innerhalb einer Gesellschaft der deontische Aspekt der Sprache grundlegend missachtet wird, dann ist die Gesellschaft nicht mehr in der Lage miteinander zu kommunizieren. Stets wird es für den Empfänger eines Sprechakts ungewiss sein, wie der Sprecher sich zu seiner Aussage verhält. Die Aussage, dass es regnet, könnte tatsächlich bedeuten, dass es regnet. Genauso gut könnte sie aber bedeuten, dass die Sonne scheint. Dabei geht es nicht um den Fall, in dem sich Sprachkonventionen ändern und „Regen“ nun übereinstimmend Sonne bedeutet und umgekehrt, sondern in dem es zufällig ist, was „Regen“ in einem bestimmten Sprechakt bedeutet.

Die Auswirkungen beruhen auf dem kommunikativen Element der Sprache: Bei einem Sprechakt geht es gerade darum, *jemandem* etwas über die Welt zu kommunizieren, wie sie ist oder wie sie sein soll. Dieses Element verpflichtet den Sprecher dazu, dass die Welt auch tatsächlich so ist oder nach seiner Handlung sein wird.⁴⁵ Das ist Grundvoraussetzung der Kommunikation. Der deontische Aspekt der Sprache beschränkt sich damit darauf, dass der Sprecher sich selbst verpflichtet, primär darauf, dass seine Aussage wahr ist. Dieser deontische Aspekt ist es, der die Möglichkeit zur Erschaffung deontischer Kraft eröffnet.⁴⁶

b) Kollektive Anerkennung als Entstehungsvoraussetzung

Deontische Kraft erzeugt der Einzelne also häufig. So verpflichtet etwa die Entäußerung einer Verfassungsvereinbarung den Sprecher darauf, die Vereinbarung als Verfassung anzuerkennen und sich entsprechend zu verhalten. Für das Recht ist es aber nicht ausreichend, nur eine einzelne Person

44 Eine interessante Parallele dazu finden wir im Vertragsrecht, das immerhin auf der Annahme zu basieren scheint, dass die Parteien in der Lage seien, sich durch ein Versprechen selbst zu einer bestimmten Handlung zu verpflichten.

45 Searle, Social World (Fn. 19), S. 80–84.

46 Searle, Social World (Fn. 19), S. 85.