
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 Picocchi, 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 eingepägt 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-

Vorwort

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 Gewaltengliederung.

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.

Vorwort

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 Picocchi* 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-

Vorwort

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

VerfassungsSubjekte 135

Verfassungswandel messbar machen.
Eine interdisziplinäre Betrachtung gesellschaftlicher und rechtlicher
Entwicklungen homosexueller Paarbeziehungen 137
Simon Pschorr und Franziska Spanner

Verfassungssubjekte im Wandel – Kinderrechte ins Grundgesetz? 161
Isabel Lischewski

DigitalisierungsVerfassung 181

In Würde vor Ampel und Algorithmus –
Verfassungsrecht im technologischen Wandel 183
Sebastian J. Golla

Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen? 203
Friedrich Schmitt

Verfassungskrisen 223

Soziale Ungleichheit als Verfassungsherausforderung –
Das Sozialstaatsprinzip und die Begrenzung von Armut und
Reichtum 225
Konstantin Chatziathanasiou

Konstitutionalisierung des Wahlrechts als Beitrag zur Stabilisierung
der Demokratie? 243
Maria Bertel

Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ –
Zur Rolle und Bedeutung von Verfassungsgerichten in Krisenzeiten 263
Anne-Christin Gläß

	<i>Inhalt</i>
<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

