

Rudolf Smend (1882–1975): Die Verfassung als Integrationsordnung

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

I. Einleitung: Warum man <i>Rudolf Smend</i> kennen sollte	444
II. Biographische Aspekte: Was <i>Smend</i> in der wechselvollen Geschichte des 20. Jahrhunderts geprägt hat	444
III. Die Verfassungstheorie, für die <i>Rudolf Smend</i> berühmt ist	447
1. Die Integrationslehre	447
2. Das rätselhafte Verhältnis zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“	449
IV. Wo begegnen wir der Lehre <i>Smends</i> in der heutigen Befassung mit dem Recht?	450
1. Die Entstehung und der Erfolg des Grundgesetzes im Spiegel der Integrationslehre	450
2. Vier Beispiele aus der Verfassungsrechtsdogmatik	451
a) Die Abwägungslehre: „Allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG	451
b) Grundrechte als „Auslegungsregel“: Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ..	451
c) Die „Bundestreue“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht	452
d) Verfassungswandel: Die dynamische Auslegung des Grundgesetzes	453
V. Tipps zum Weiterlesen	454

I. Einleitung: Warum man *Rudolf Smend* kennen sollte

Wer sich vertieft mit dem deutschen Verfassungsrecht beschäftigt, sollte *Rudolf Smend* kennen. Denn er gilt als einer der drei „großen“ Rechtswissenschaftler seines Fachs – neben *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt*. Sie waren die Wortführer der verfassungsrechtlichen Debatten der Weimarer Republik vor etwa hundert Jahren. Vor allem das theoretische Modell der Verfassung von *Smend* spiegelt sich heute in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) (dazu D.). Bevor seine Hauptideen und insbesondere seine „Integrationslehre“ vorgestellt werden (dazu C.), soll biographisch gezeigt werden, wer *Rudolf Smend* war, in welcher Zeit er lebte und was ihn persönlich prägte (dazu B.).

II. Biographische Aspekte: Was *Smend* in der wechselvollen Geschichte des 20. Jahrhunderts geprägt hat

Als *Rudolf Smend* 1882 geboren wurde, war die Verfassung des Kaiserreichs von 1871 gerade einmal elf Jahre alt und *Otto von Bismarck* Kanzler. Als der Kaiser 1919 abdankte und die Weimarer Republik begann, war *Smend* bereits Professor. Bei der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 stand er

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Für wertvolle Hinweise sei *Sarah Dersarkissian* und *Dr. Sven Jürgensen* und *Prof. Dr. Julian Krüper* gedankt.

mit 51 Jahren auf dem Höhepunkt seines Schaffens und wurde gedrängt, seinen Lehrstuhl in Berlin zu verlassen, um nach Göttingen zu wechseln. Bei der Entstehung des Grundgesetzes war *Smend* noch nicht in Pension und er wurde – wie auch *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt* – über 90 Jahre alt. Als *Smend* 1975 starb, war bereits *Helmut Schmidt* Kanzler und Großbritannien Mitglied der Europäischen Gemeinschaft geworden.

Nach dem berühmt gewordenen Ausspruch von *Julius von Kirchmann* genügen schon „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“¹. Angesichts der vielen verschiedenen Verfassungen, die in Deutschland in den letzten 200 Jahren galten, muss man sich fragen: Gilt *Kirchmanns* Feststellung nicht erst recht für die staats- und verfassungsrechtliche Literatur – insbesondere, wenn es nicht nur um einzelne „Federstriche“ geht, sondern wenn fundamentale Systemwechsel stattfinden? Die Vermutung läge nahe, dass *Smend* bei seinem Nachdenken über Verfassung und Verfassungsrecht inhaltlich gleich mehrmals ganz von vorne angefangen hat.

Für *Smend* gilt aber geradezu das Gegenteil. Sein wissenschaftliches Nachdenken ist der „Verfassungstheorie“ gewidmet und damit Fragen, die sich für alle Verfassungen stellen und die nicht nur die Interpretation einer bestimmten Verfassung betreffen. Das klingt schon im Titel seiner zentralen Schrift „Verfassung und Verfassungsrecht“ an, der darauf hindeutet, dass das Phänomen Verfassung mit dem Blick auf das Verfassungsrecht noch nicht vollständig erfasst ist. In der Chronologie seines Schaffens erscheint die wechselvolle deutsche Verfassungsgeschichte fast schon nebensächlich. Zwar zeichnet sich vor allem seine Verfassungslehre durch ihre Gegenwartsbezogenheit aus: *Smend* lenkte nämlich den Blick auf die jeweils aktuell gelebte Verfassungswirklichkeit. Dabei interessierten ihn aber nicht die Momente des Umbruchs, die man heute auch gerne als „constitutional moments“ (*Bruce Ackerman*)² bezeichnet, sondern die kontinuierlichen Entwicklungsprozesse. *Smends* Ansätze der Verfassungsinterpretation aus der Zeit der Weimarer Republik sind daher heute so aktuell wie vor hundert Jahren.

Was hat *Rudolf Smend* mehr beeinflusst und beeindruckt als die Umbrüche seiner Zeit? Auf der Suche nach dem biographischen Ursprung und Kontext seiner Ideen ist ein Aspekt seiner Person und Biographie dominant: *Rudolf Smend* entstammt einer evangelischen Familie. Der Protestantismus hat sein Denken lebenslang zutiefst geprägt: Viele seiner westfälischen Vorfahren waren Pfarrer, sein Vater und sein Sohn (die ebenfalls den Namen „Rudolf Smend“ tragen) waren bzw. sind beide Theologieprofessoren, ebenso wie sein Onkel. Welche Bedeutung hat ein solches persönliches Umfeld für den juristischen Spross dieser Familie? Es lag nahe, dass sich *Smend* auch mit dem Kirchenrecht beschäftigt hat. Das soll hier nicht behandelt werden. Im Folgenden ist von Interesse, dass er seine verfassungstheoretischen Grundannahmen auf „eine evangelische Ethik“ zurückgeführt hat, in der „der Einzelne von der Gemeinschaft, insbesondere der des Staates, beansprucht wird“ und in der es „dem Einzelnen [...] nicht erlaubt ist, sich seiner Mitverantwortung für das Ganze [...] zu entziehen“. Vielmehr habe sich jeder „seinen Platz in der politischen Welt zu suchen, sich in sie hinein zu ‚integrieren‘“ und dadurch „einen Beruf nach dem Willen Gottes zu erfüllen“.³

Das Verhältnis des Einzelnen zur (staatlichen) Gemeinschaft ist Thema dieser protestantischen Ethik und zugleich auch des Staats- und Verfassungsrechts – besonders, aber nicht allein in den Grundrechten. Für *Smend* war seine Glaubensüberzeugung nicht nur Privatsache und sie war auch mehr als nur eine ergänzende Perspektive auf sein Fach. Sie ist vielmehr das geistige Fundament

¹ v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 23.

² Vgl. etwa *Ackerman*, Yale Law Journal 99 (1989), 453 (453 ff.).

³ Alle Zitate aus *Smend*, *Integration* (1966), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 482 (486).

seiner Verfassungstheorie, der so genannten „Integrationslehre“. Ein Beispiel: Die Grundrechte begreift *Smend* für seine Zeit völlig neu. Sie sind für ihn nicht (allein) als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat konzipiert, sondern als gemeinsame, die Mitglieder der Gemeinschaft verbindende Werte. *Smend* interessierte sich daher auch weniger für die rechtliche Begrenzung der Staatsgewalt, sondern vor allem für die Sinnhaftigkeit der staatlichen Gemeinschaft und ihrer Ordnung.

Smend begann sein Jurastudium in seiner Geburtsstadt Basel im Jahr 1900, also in dem Jahr, in dem das BGB in Kraft trat. Das Zivilrecht hat seine Neugier aber offenbar nicht sonderlich geweckt und dessen Kodifikation schon gar nicht. Vielleicht sogar im Gegenteil: *Smend* fand diejenigen Rechtsfragen umso faszinierender, die sich nicht durch die Anwendung gesetzlich genau ausgeformter Vorschriften lösen lassen. Außerdem interessierten ihn weniger die Individualinteressen, sondern die Beiträge des Einzelnen zur Gemeinschaft. Welches Recht fand der Student *Smend* zur Beantwortung dieser Fragen vor? „In welcher Verfassung“ befand sich Deutschland damals? In der Verfassung des Kaiserreichs von 1871 waren nicht einmal Grundrechte geregelt. Dieser Verfassung war keine Revolution vorausgegangen und sie war nicht durch eine gewählte, verfassungsgebende Versammlung beschlossen worden. Später bezeichnete *Smend* sie als „ein diplomatisches Aktenstück“, das dem Volk „stets fremd und unverständlich bleiben“ werde.⁴ Im Studium wechselte er mehrfach den Studienort, lernte die Fakultäten in Berlin und Bonn kennen und wurde bereits 1905 in Göttingen promoviert (so schnell geht das heute nicht mehr). Seine Dissertation zeigt seine Suche nach möglichen Antworten auf die Frage, „in welcher Verfassung“ sich Deutschland befand, und sie behandelt bezeichnenderweise nicht die Reichsverfassung, sondern die Preußische Verfassung von 1850 und stellt diese der demokratischeren Belgischen Verfassung von 1831 gegenüber. Habilitiert hat sich *Smend* dann 1908 in Kiel mit einer Arbeit über verfassungshistorische Fragen des Reichskammergerichts, wirkte noch im Kaiserreich als Professor zunächst in Greifswald, dann in Tübingen (ab 1911) und Bonn (ab 1915).

Dann erlebte er – noch nicht 40-jährig – den Übergang von der Monarchie zur Republik mit der Entstehung der Weimarer Reichsverfassung (1919). Heute irritiert manche, dass er – wie viele Staatsrechtler seiner Generation⁵ – gar nicht so begeistert von der neuen Verfassung war, obwohl diese doch im Vergleich zum Kaiserreich für die zentralen Fragen der Demokratie und der Grundrechte einen Quantensprung bedeutete. Wie der Protestantismus mit der Weimarer Demokratie geradezu haderte, hat ihn sehr beschäftigt.⁶ Politisch war er selbst vorübergehend Mitglied der nationalkonservativen DNVP und also weder in positiver Aufbruchstimmung noch ein Verfechter der parlamentarischen Demokratie. In dieser sah er damals nicht die Antwort auf die für ihn entscheidende Frage, wie sich der Einzelne – unter welcher Verfassung auch immer – in der rechtlichen Ordnung der Gemeinschaft wiederfindet. Vielmehr erblickte er in den Grundrechten Gemeinschaftswerte von integrativer Kraft. Aus Prinzip war er gegenüber revolutionären Zeitenwenden skeptisch und an allmählichen Entwicklungen umso interessierter – anders als *Carl Schmitt*, der sein dezisionistisches Verfassungsverständnis aus der jeweiligen „Entscheidung“ für ein System heraus entwickelte. Gerade das machte *Smend* zu einem umso spannenderen Wissenschaftler, dessen Auffassungen stark beachtet, aber auch heftig diskutiert wurden.

⁴ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 f.

⁵ *Sontheimer*, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962, S. 79–114.

⁶ *Smend*, Protestantismus und Demokratie (1932), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 297 ff.

In die politisch bewegte Weimarer Zeit (1919–1933) fallen die heftigen wissenschaftlichen Debatten mit alternativen Verfassungstheorien, insbesondere mit *Carl Schmitt* und mit *Hans Kelsen*.⁷ Die damaligen Diskurse gelten als herausragender geistiger Höhepunkt der Geschichte der deutschen Staatsrechtslehre. An die Generation von *Rudolf Smend* richtet sich auch die immer noch relevante Frage, wie sie sich zum aufkommenden Nationalsozialismus verhalten hat. *Smend* blieb (anders als *Carl Schmitt*) zum Nationalsozialismus auf Distanz. Seinen Lehrstuhl in Berlin räumte er 1935, um an die Universität Göttingen zu gehen, wo er schon promoviert wurde. Auch sein Vater hatte dort als Professor gelehrt, sein Sohn sollte später dort Professor werden und er selbst lebte bis zu seinem Tod in Göttingen. Im Jahr 1945 gehörte *Smend* zu den Unterzeichnern der Stuttgarter Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche Deutschlands – einem Schuldbekenntnis, „nicht mutiger“ gegen den Nationalsozialismus eingetreten zu sein.

In der Zeit nach 1945 und in der jungen Bundesrepublik war *Smend* eine der Identifikationsfiguren der deutschen Staatsrechtslehre; viele Verfassungsrechtler waren und sind von seinem Denken geprägt. Dass sogar von einer „*Smend*-Schule“ gesprochen wird, bringt die Eigenständigkeit seines Denkansatzes und dessen Einfluss auf die ihm nachfolgende Generation der Staatsrechtslehre zum Ausdruck. Im biographischen Vergleich zu *Kelsen* und *Schmitt* sind die Orte seines Wirkens von Interesse: Während *Hans Kelsen* vor den Nationalsozialisten fliehen musste und nach Amerika emigrierte und *Carl Schmitt* wegen seiner aktiven Rolle im Nationalsozialismus nach 1945 nur noch als Privatgelehrter im Sauerland wirkte, blieb *Smend* kontinuierlich zwischen 1909 und 1969 an deutschen Fakultäten in der Lehre präsent.

III. Die Verfassungstheorie, für die *Rudolf Smend* berühmt ist

1. Die Integrationslehre

Smends staats- und verfassungstheoretisches Nachdenken beginnt nicht beim Gegenstand, also beim Staat oder bei der Verfassung, sondern bei der Sinnfrage: Von der protestantischen Ethik geprägt, entwickelt er ein „Sinnprinzip der Integration“⁸. Dieses Sinnprinzip ist es, das nach seiner Erkenntnis – um ein Faust-Zitat abzuwandeln – Staat und Verfassung „im Innersten zusammenhält“⁹. Wer sich mit seinen Schriften beschäftigt, sollte sich auf die These dieses Sinnprinzips einlassen.

Schon in diesem Ausgangspunkt verlässt er die gewohnten Bahnen der Staatsrechtslehre: Seit jeher ringen Verfassungsrechtler darum, ihre Gegenstände „Staat“ und „Verfassung“ wissenschaftlich angemessen zu erfassen. Viele Ansätze suchen ihren Kern darin, dass sie den Staat und die Verfassung in ein Verhältnis zueinander setzen. Einerseits wird vertreten, dass der Staat der Verfassung vorausliege: Ohne bestehende Strukturen organisierter Machtausübung fehlt danach der Verfassung ein Bezugsobjekt. Der „Etatismus“ denkt die Verfassung also vom Staat her. Andererseits wird vertreten, dass der Staat erst durch die Verfassung geschaffen, eben konstituiert werde:¹⁰ Der „Konstitutionalismus“ denkt den Staat von der Verfassung her. Beiden Ansätzen ist gemein, dass sie von einem Ursprung ausgehen, der nicht – oder jedenfalls nicht von der Rechtswissenschaft – hinterfragt

⁷ Eine auf die Fragen der Entwicklungen der Grundrechtsinterpretation zugeschnittene Gegenüberstellung der Ansätze von *C. Schmitt* (Dezisionismus), *Kelsen* (Positivismus) und *Smend* (Integrationslehre) findet sich bei *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 5 ff. (speziell zu *Smend*: Rn. 15 und Rn. 22).

⁸ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (236).

⁹ *J. W. v. Goethe*, Faust I, Vers 383.

¹⁰ *Michael*, Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 1 ff.

werden soll. Unabhängig davon, ob der Staat der Verfassung vorgegeben ist oder umgekehrt, werden Staat und Verfassung als Größen begriffen, die der Wissenschaft vorgegeben sind, die sie zu ihrem Gegenstand macht. Auch der Wissenschaftlichkeitsanspruch wird daran festgemacht, sich auf einen solchen Gegenstand zu verständigen.

Bei *Smend* ist das anders, nicht nur im Ausgangspunkt („Sinnprinzip der Integration“), sondern auch in dessen Konsequenz: Weder den Staat noch die Verfassung hält er für absolute Größen. Über die verbreitete Drei-Elemente-Lehre, die den Staat formal mit den Elementen Volk, Gebiet und Herrschaft bestimmt, machte er sich geradezu lustig („naiver Versuch“¹¹). *Smend* hält eine positivistische oder kategorische Festlegung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft für unterkomplex, realitätsfern und unwissenschaftlich – Vorwürfe, die aber auch gegen seine Lehre erhoben wurden. Der Gegenstand seiner Integrationslehre ist sowohl der Staat als auch die Verfassung. Beide befragt er auf ihren Sinn und ihr Wesen und die Integrationslehre ist seine Antwort. Die Integrationslehre ist also eine Theorie, mit der *Smend* den Staat und die Verfassung erklärt und auch darauf verzichten kann, diese in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Staat und Verfassung sind für ihn auf dasselbe gerichtet: Integration.

So erkennt er im Staat einen geistigen „Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens“ und diesen „Lebensvorgang bezeichnet die Integrationslehre als Integration“.¹² Ausdrücklich beruft er sich dabei auch auf *Renans*¹³ berühmte Charakterisierung der Nation als „Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt“.¹⁴ Der Staat ist also nichts Statisches, sondern etwas dauerhaft Dynamisches. Die Verfassung begreift *Smend* dazu passend als eine „Integrationsordnung“, die ebenfalls nicht vorgegeben, sondern „aufgegeben“ ist.¹⁵ Sie muss immer wieder neu verwirklicht und gelebt werden. Für den Akt der Verfassunggebung interessiert er sich kaum und sieht in ihm insbesondere kein entscheidendes Ereignis. Das liegt schon daran, dass sich eine „Verfassung“ in seinem Sinne gar nicht „geben“ lässt. Es liegt ihm fern, die Verfassung eines Staates als die Verwirklichung von Volkssouveränität und diese in einer Entscheidung in der Vergangenheit zu suchen, die statisch fixiert sein soll.

So wenig für *Smend* der Vorgang der Verfassunggebung zentral ist, so wenig ist auch dessen Produkt, nämlich der Text und Wortlaut der Verfassung, zentral für seine Verfassungsinterpretation. Das ist für Juristen, die an den klassischen Auslegungsmethoden geschult sind und vom „Wortlaut“ ausgehen, durchaus ungewöhnlich. Ein Verfassungstext ist für *Smend* kaum mehr als eine Momentaufnahme, die in der Vergangenheit liegt und stets für die Gegenwart zu aktualisieren ist. In diesem Lichte gibt die Verfassung keine Ergebnisse vor, sondern leitet die Findung rechtlicher Ergebnisse nur mehr oder weniger stark an. Auch die rechtlichen Wirkungen der Verfassungsnormen, die immerhin die höchstrangige Rechtsquelle darstellen, sind für *Smend* eine Frage, die nicht nur für die Gegenwart zu stellen, sondern auch aus der Gegenwart heraus zu beantworten ist. Während der so genannte „Positivismus“ (von lat. ponere = setzen, positum = gesetzt) das „gesetzte Recht“ in den Mittelpunkt stellt und als das Vorgegebene begreift, versteht *Smend* seine Verfassungslehre als „Antipositivismus“, also als Gegenmodell: So wie die Verfassung nicht vorgegeben, sondern aufgegeben ist, so sind auch die Normen des Verfassungsrechts nicht gesetzt, sondern zu entwickeln. Eine Verfassung, die als Integrationsordnung verstanden wird, ermöglicht nicht nur eine dynamische Interpretation der geschriebenen Verfassungsnormen, sondern zieht auch ungeschriebenes Verfassungs-

¹¹ *Smend*, Staat (1959), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 517 (520).

¹² *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475.

¹³ *Renan*, in: *Renan*, Was ist eine Nation? Und andere politische Schriften, 1995, S. 57.

¹⁴ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475.

¹⁵ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (477).

recht in Betracht. „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“¹⁶ lautet bereits der Titel eines frühen Aufsatzes von *Smend*.

Die wohl wichtigste Konsequenz der Integrationslehre ist es, weder den Staat noch seine Verfassung als statisch, sondern als offen und dynamisch zu begreifen. Das Verfassungsrecht unterscheidet sich vom einfachen Verwaltungsrecht weniger durch seine Beständigkeit, sondern geradezu im Gegenteil durch integrative Offenheit: „Staatsrecht ist Integrationsrecht, Verwaltungsrecht technisches Recht.“¹⁷ Kontinuität kennzeichnet *Smends* Art, über Verfassungen nachzudenken. Aber diese Kontinuität ist nicht auf eine starre Beständigkeit gerichtet, sondern auf eine dynamische Offenheit der Verfassung. Auch die tiefe Verwurzelung im Glauben könnte die Erklärung dafür sein, dass *Smend* sich durch nichts und durch niemanden beirren ließ, seine „Integrationslehre“ in den unterschiedlichsten Zeiten und Kontexten zu vertreten.

*Smend*¹⁸ plausibilisiert seine Beobachtung von Integrationsvorgängen mit drei Integrations-typen: Personen, die politische Führungsämter bekleiden, können zur persönlichen Integration beitragen. Sowohl die Wahlen als auch die Tätigkeit der Parlamente können über ihre rechtliche Entscheidungswirkung hinaus auch eine funktionelle Integrationswirkung haben. Schließlich erfolgt sachliche Integration durch die Staatszwecke, die dem Staat Sinn und Legitimität verleihen. Der Staat seinerseits kann in seiner Sinnhaftigkeit durch Symbole und Rituale sichtbar bzw. erlebbar werden.

Zu dieser integrativen Sinnstiftung gehören auch die Grundrechte. Diese begreift *Smend* als „ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser [Anm. d. Verf.: der Weimarer, aber auch jeder anderen bürgerlichen] Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll.“¹⁹ Das hat zur Konsequenz, dass die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte unmittelbare Bindungswirkung entfalten, sondern auch „als Auslegungsregel für das spezielle Recht“²⁰ herangezogen werden können.

2. Das rätselhafte Verhältnis zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“

Als Hauptwerk von *Smend* gilt eine Schrift von 1928 mit dem rätselhaften Titel „Verfassung und Verfassungsrecht“. Was ist der Unterschied und wie verhalten sich die beiden Begriffe zueinander? Wer das Rätsel dieses Titels löst, hat den Schlüssel zum Verfassungsverständnis *Smends* in der Hand. *Smend* meint mit Verfassung einen geordneten, tatsächlichen gesellschaftlichen Prozess der Integration, also der Einheitsbildung. In „welcher Verfassung“ ein Volk ist, lässt sich nicht – oder jedenfalls nicht allein – an Verfassungstexten ablesen. Die Verfassung in diesem Sinne ist ständig in Bewegung. Als Rechtswissenschaftler – und als solcher versteht sich *Smend* – interessiert ihn aber auch das „Verfassungsrecht“ – also die durch Normen des Rechts geprägte Seite der Integrationsordnung.

Wie es schon die Formulierung nahelegt, stehen „Verfassung und Verfassungsrecht“ nicht in einem Gegensatz, sondern in einem Ergänzungsverhältnis. Dessen exakte Aufschlüsselung liefert *Smend* aber nicht. Darüber nachzudenken, bleibt bis heute herausfordernd und lohnend: Die schillernde Ambivalenz zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“, zwischen Verfassungswirklichkeit und Verfas-

¹⁶ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 ff.

¹⁷ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (236).

¹⁸ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (476 f.).

¹⁹ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁰ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

sungsnorm, ist nämlich nicht nur von theoretischem, sondern auch von praktischem Interesse: Die Dynamik und Offenheit der Verfassung ist nicht nur eine Beobachtung, sondern hat auch Bedeutung für die Verfassungsinterpretation. Diese ist umso offener und flexibler, wenn sie nicht auf eine „Verfassungstext-Interpretation“ fokussiert wird. Es kommt sogar zu einer Wechselwirkung zwischen dem Verständnis der tatsächlichen „Verfassung“ und der Interpretation des normativen „Verfassungsrechts“: Das Verständnis der „Verfassung“ als Integrationsordnung liegt der Interpretation der Normen des „Verfassungsrechts“ zu Grunde. Und die Normen des „Verfassungsrechts“ (in dieser offenen Interpretation) tragen zur Integration bei. So schützt z. B. Art. 6 Abs. 1 GG in der heutigen Interpretation auch tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaften verschiedenster Art als Familien. Bei einem statischen Verständnis des Art. 6 GG wären durch dieses Grundrecht bis heute nur solche Lebensformen besonders geschützt, die dem Leitbild von 1949, also der „klassisch-bürgerlichen“ Familie entsprechen. Dass die Patchwork-Familie, die seinerzeit als skandalös gegolten hätte, heute nicht nur gesellschaftlich, sondern eben auch verfassungsrechtlich anerkannt wird, ist ein Beitrag zur Integration. Vielen Juristen, die sich gerade von der Verfassung ein hohes Maß an Verbindlichkeit und Stabilität erhoffen, ist das suspekt. Für *Smend* liegt darin aber gerade das Besondere der Verfassung. Wem dabei schwindlig wird, dem geben *Sments* Texte wenig Halt. Bei *Smend* bleibt letztlich offen, ob Verfassungsrecht der Gegenstand oder das Produkt der Verfassungsinterpretation – oder beides – ist.

IV. Wo begegnen wir der Lehre *Sments* in der heutigen Befassung mit dem Recht?

1. Die Entstehung und der Erfolg des Grundgesetzes im Spiegel der Integrationslehre

Als *Smend* seine Integrationslehre entwickelte, konnte er nicht ahnen, dass diese in besonderer Weise geeignet sein würde, um den Erfolg des 1949 entstandenen Grundgesetzes zu plausibilisieren. Anders als die Weimarer Verfassung entstand das Grundgesetz im Schatten der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und es war gedacht als eine bloße Übergangsverfassung für den westlichen Teil des geteilten Deutschlands. Es gab weder eine Wahl zu einer verfassungsgebenden Versammlung noch eine Volksabstimmung über das Grundgesetz – Letztere auch nicht, als 1990 die Wiedervereinigung stattfand und die Geltung des Grundgesetzes auf die neuen Bundesländer erstreckt wurde. Es gehört zu den beliebten Gedankenspielen der Verfassungstheorie (und mancher Verschwörungstheoretiker), ob das Grundgesetz deshalb eine Art „Geburtsmakel“ hat. Bei *Smend* werden wir fündig, um dieses Problem zu lösen bzw. um es als irrelevant zu erkennen: Wenn man das Grundgesetz als eine Integrationsordnung begreift, kommt es darauf an, wie es über die Jahrzehnte als die Verfassung des deutschen Volkes akzeptiert, angenommen und gelebt wurde. Und die Antwort auf diese Frage ist eindeutig: Aus dem Provisorium wurde die erfolgreichste Verfassung, die Deutschland je hatte, und die in vielfältiger Weise sogar international vorbildgebend geworden ist. Die europäische Charta der Grundrechte etwa hat in ihrem Art. 1 S. 1 den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG übernommen. Diese Erfolgsgeschichte lässt sich als Prozess einer „Verfassungsaneignung“ verstehen, deren innere Kraft nicht einem Akt der „Verfassungsgebung“ entspringt. In den ersten Jahrzehnten wurde vor allem die hohe Wahlbeteiligung als Zeichen der Verfassungsakzeptanz gedeutet. Noch spezifischer auf die Verfassung bezogen ist das hohe Ansehen des BVerfG bei der Bevölkerung. Dass das BVerfG dabei seinerseits das Grundgesetz extensiv und gegebenenfalls auch dynamisch auslegt, ist kein Geheimnis. Das BVerfG selbst ließe sich als eine integrative Kraft beschreiben, die wesentlich zur Entwicklung des Verfassungsrechts beiträgt.

Die besondere Wertschätzung, die *Smend* beim BVerfG genoss, lässt sich daran ablesen, dass der bereits 80-jährige *Smend* im Jahr 1962 zum 10-jährigen Bestehen des BVerfG als Festredner eingela-

den wurde. Und *Smend* erwiderte diese Ehre in geradezu generöser Weise und stellte fest: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“²¹

2. Vier Beispiele aus der Verfassungsrechtsdogmatik

An vier Beispielen kann gezeigt werden, wo *Smends* Integrationslehre Erklärungsmuster für heutige Verfassungsrechtsdogmatik liefert.

a) Die Abwägungslehre: „Allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG

Zum Basiswissen der Grundrechtslehren gehört es, den Begriff der „allgemeinen Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG bestimmen zu können. Eine entsprechende Schrankenbestimmung der Meinungsfreiheit gab es schon in der Weimarer Verfassung. Die beiden Theorien, die hierzu bis heute zitiert werden und die das BVerfG verwendet, stammen beide aus der Weimarer Zeit, nämlich die „Sonderrechtslehre“ von *Häntzschel*²² einerseits und die „Abwägungslehre“ von *Smend* andererseits. Vom Wortlaut her liegt der Ansatz der Sonderrechtslehre auf der Hand und ist die Abwägungslehre – so vertraut sie uns auch heute erscheint – begründungsbedürftig. Nicht nur methodisch, sondern auch inhaltlich begegnet uns *Smend* hier ganz exemplarisch: Die Abwägungsbedürftigkeit und Abwägungsfähigkeit der Grundrechte entspringen einem Verständnis der Verfassung als Ganzes. *Smend* hat immer das Ganze im Blick und plädiert deshalb konsequent auch für eine „Auslegung der Verfassung als Ganzes“²³.

So kann auch die „praktische Konkordanz“ als Weiterentwicklung des Ansatzes von *Smend* gedeutet werden. Der Urheber dieses Stichwortes ist übrigens *Konrad Hesse*, der 1950 bei *Smend* promoviert wurde und seinerseits als Professor und Lehrbuchautor²⁴ sowie als Richter des BVerfG zu einer der prägenden Figuren der Staatsrechtslehre nach dem Zweiten Weltkrieg wurde.

b) Grundrechte als „Auslegungsregel“: Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Auch für die Rechtsprechung des BVerfG zur so genannten „mittelbaren Drittwirkung“, d.h. zur Ausstrahlung der Grundrechte ins Privatrecht, liefert *Smend* mit seinem Verständnis der Grundrechte die theoretische Grundlage. Hatte *Smend* in den Grundrechten ein „Wertsystem“ erkannt, das „der Sinn“ des von der Verfassung „konstituierten Staatslebens sein soll“²⁵, stellt das BVerfG in seinem Lüth-Urteil ganz ähnlich fest, das GG habe „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet“²⁶, zu der die Meinungsfreiheit gehöre, die für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend“²⁷ sei. Während *Smend* forderte, die Grundrechte „als

²¹ *Smend*, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 581 (582).

²² *Häntzschel*, in: *Anschütz/Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 651 (659 f.), der der Auffassung von *Smend* grundsätzlich zustimmt und sie durch die Sonderrechtslehre ergänzt.

²³ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (478).

²⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, zur „praktischen Konkordanz“ dort Rn. 72.

²⁵ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁶ BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

²⁷ BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

Auslegungsregel für das spezielle Recht²⁸ heranzuziehen, macht das BVerfG die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht²⁹ zum Prüfungsmaßstab einer Verfassungsbeschwerde.

Auch an dieser Stelle verdient noch ein biographisches Detail Erwähnung: Der später als Politikwissenschaftler bekannt gewordene *Wilhelm Hennis* (1923–2012), der ebenfalls 1951 bei *Smend* promoviert wurde, war an der Ausarbeitung des Schriftsatzes der Verfassungsbeschwerde von *Erich Lüth* maßgeblich beteiligt.³⁰ Diese Verfassungsbeschwerde hatte vor dem BVerfG Erfolg und das daraufhin ergangene Lüth-Urteil gilt bis heute als eine der wichtigsten und die gesamte Grundrechtsdogmatik prägenden Entscheidungen des BVerfG überhaupt. Allerdings handelt es sich auch um eine seiner umstrittensten Entscheidungen. Die heftige Diskussion, die *Smends* Lehre bereits in der Weimarer Zeit ausgelöst hatte, nimmt manche Aspekte der Kritik vorweg, die sich seit dem Lüth-Urteil des BVerfG auch gegen die Rechtsprechung richtet.

Noch ein Tipp für Vertiefungspotential in der Fallbearbeitung: Bis heute wird in der Literatur z.T. gefordert, die Grundrechte restriktiver zu interpretieren und ihre Funktion auf die der Abwehrrechte gegen den Staat zu begrenzen. Dabei lässt sich übrigens an alternative Grundrechtstheorien anknüpfen: insbesondere an diejenige von *Carl Schmitt*³¹. Solche kritischen Erwägungen lassen sich auch anstellen, ohne die Rechtsprechung des BVerfG gleich fundamental abzulehnen. Es kann auch gute Gründe geben, deren Ansatz lediglich graduell als allzu weitreichend in Frage zu stellen. Demgegenüber lässt sich die Grundrechtstheorie von *Smend* als Fundus für die „Pro-Argumente“ eines weiten, dynamischen, funktionsoffenen und abwägenden Grundrechtsverständnisses heranziehen. Mit solchen Argumenten sollte sich auseinandersetzen, wer die Rechtsprechung kritisiert und dabei in die Tiefe gehen will. Auf solche Argumente kann zurückgreifen, wer der Rechtsprechung folgt und sich erinnert, dass „h.M.“ als solche kein Argument ist. Noch ein letzter Tipp, wie sich in einer vertieften Argumentation Argumente aus der Verfassungstheorie auch relativieren lassen: Wie wir eine Verfassung theoretisch begreifen und wie die Normen einer Verfassung von einem Verfassungsgericht interpretiert und angewendet werden, sind wesentlich verschiedene Fragestellungen. So hat *Smend* seine Integrationslehre und seine Abwägungslehre entwickelt, bevor es das BVerfG gab. Das gilt auch für das nächste Beispiel.

c) Die „Bundestreue“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht

Auch im Staatsorganisationsrecht werden wir bei „Bund-Länder-Streitigkeiten“ in Sachen *Smend* fündig. Urheber des Grundsatzes der „Bundestreue“ ist *Smend*. „Bundestreue“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG³² eine wechselseitige verfassungsrechtliche Verpflichtung, die nicht nur die Länder gegenüber dem Bund, sondern auch die Organe des Bundes gegenüber den Ländern zu beachten haben. Die praktische Bedeutung lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen: Jenseits der explizit im Grundgesetz für die Bundesaufsicht geregelten Voraussetzungen muss die gegebenenfalls weisungsberechtigte Bundesregierung eine Landesregierung anhören, bevor sie eine Weisung z.B. beim Vollzug des Atomrechts erteilt. Damit ist die gegenseitige Rücksichtnahme nicht nur eine poli-

²⁸ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁹ BVerfGE 7, 198 (207) – Lüth.

³⁰ *Hennis* wurde nach seiner Promotion Wiss. Mitarbeiter der SPD-Fraktion des Bundestages. *Adolf Arndt* (MdB und Rechtsanwalt) hatte die Prozessvertretung für *Erich Lüth* vor dem BVerfG übernommen und *Hennis* den Auftrag erteilt, den Schriftsatz auszuarbeiten.

³¹ Dazu *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 14.

³² BVerfGE 8, 122 (138 ff.); 12, 205 (254 f.); 81, 310 (337 f.); 160, 1 (25 f. Rn. 71 ff.).

tische Tugend, sondern ein verfassungsrechtliches Gebot. Übrigens wird dasselbe Prinzip auch im Verhältnis der Europäischen Union zu den Mitgliedstaaten als Prinzip der „Unionstreue“ (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) anerkannt.

Der junge *Smend* hatte den Grundsatz bereits 1916 bezogen auf die Verfassung des Kaiserreichs als Beispiel für „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“ entwickelt und als „Bundestreue“³³ bezeichnet. Eine „bundesfreundliche Haltung“³⁴ hat in einer bundesstaatlichen Verfassung auch eine Integrationsfunktion.

So erhellend es auch hier ist, Ursprünge des Prinzips der Bundestreue bei *Smend* und seiner Interpretation der Verfassung von 1871 zu finden, so wichtig ist die Erkenntnis, dass die rechtlichen Konsequenzen, die das BVerfG aus dem Prinzip der „Bundestreue“ für die Rechtspraxis zieht, viel weiter reichen und auf einer anderen Ebene liegen.³⁵ *Smend* hat das Prinzip der Bundestreue – wie auch seine Grundrechtstheorie – auf der Ebene der Verfassungstheorie entwickelt. Die Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Normen des Verfassungsrechts bleiben bei ihm in Andeutungen. Sie waren unter den Prämissen der Verfassungen von 1871 und 1919 auch weniger praktisch relevant: Im Kaiserreich und in der Weimarer Zeit gab es noch kein Verfassungsgericht, das solche Maßstäbe zur Anwendung hätte bringen können.

Übrigens war es nicht *Smend*, sondern *Hans Kelsen*, der in der Weimarer Zeit vehement für die Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit eintrat (dabei allerdings ein viel restriktiveres, formales Verfassungsverständnis zu Grunde legte).³⁶ Erst durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit könne die Verfassung ihren normativen Charakter auch verwirklichen. Es war *Carl Schmitt*, der vor den Konsequenzen der Politisierung der Justiz warnte, die mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit notwendig verbunden seien.³⁷ Im Spiegel des Weimarer Diskurses ließe sich die Rechtsprechung des BVerfG so beschreiben: Das von *Kelsen* verfassungspolitisch geforderte Verfassungsgericht legt das Grundgesetz so extensiv-materiell aus wie *Smend*, wovon *Carl Schmitt* schon immer gewarnt hatte.

d) Verfassungswandel: Die dynamische Auslegung des Grundgesetzes

Die Rechtsprechung des BVerfG gilt als dynamisch. Das BVerfG postuliert und praktiziert eine Methode des so genannten Verfassungswandels und es scheut sich nicht, neue Grundrechte zu „erfinden“ und diese auf eine Kombination verschiedener Einzelbestimmungen zu stützen – zuletzt ein Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 7 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG³⁸. *Smend* liefert mit seinem offenen Verfassungsverständnis ein Modell, in dem solche Dynamik in der Verfassung angelegt ist und damit keine Ausnahme, geschweige denn ein Verfassungsbruch, sondern vielmehr die Regel ist. Das spitzt die Offenheit der Verfassung freilich in geradezu provozierendem Maße zu: Kann eine so offene Verfassung überhaupt normativ, also rechtlich begrenzend, wirken? Hier ist Relativierung nötig und auch möglich.

³³ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 (57).

³⁴ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (271).

³⁵ Dazu kritisch: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, zur Bundestreue dort Rn. 268 ff.

³⁶ *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein? (1929/1931), in: v. Ooyen, Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, 2. Aufl. 2019.

³⁷ *C. Schmitt*, AöR 55 (1929), 161; *ders.*, Der Hüter der Verfassung (1931), 5. Aufl. 2016.

³⁸ BVerfGE 159, 355; dazu *Michael*, ZJS 2022, 247.

Smend selbst war offen für die Weiterentwicklung seines Ansatzes: „In Deutschland ist die Auseinandersetzung im Flusse und wird zu entsprechender Fortbildung der Integrationslehre führen.“³⁹ Das ist die Aufforderung zum Weiterdenken – auch über andere Beispiele. Solche ließen sich zahlreiche finden: So spielt bei der rechtlichen Bewertung von Äußerungsbefugnissen des Bundespräsidenten dessen Integrationsfunktion eine Rolle. Auch über den Prozess der Europäischen Integration ließe sich im Spiegel der Integrationslehre nachdenken. Das schwierige und höchst umstrittene Verhältnis zwischen dem nationalen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht, über dessen Verfassungsqualität in einem weiteren Sinne sich streiten ließe, gehört zu den ungelösten und großen Fragen unserer Zeit.

V. Tipps zum Weiterlesen

Wer *Smend* im Original lesen möchte, sei auf den auch in den Fußnoten zu diesem Beitrag zitierten Sammelband verwiesen – v.a. auf die beiden kurzen Lexikon-Artikel zum Stichwort Integration bzw. Integrationslehre.⁴⁰ *Smend* gehört – anders als *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt* – nicht zu den Autoren, die durch Systematisierung, sprachliche Klarheit und stilistische Brillanz bestechen. Die Stärken seiner nicht „leicht verdaulichen“ Schriften liegen anderswo. Ob andeutungshafte Formulierungen Schwäche (Unklarheit) oder Programm (Deutungsoffenheit) sind und ob seine Schriften trotz oder gerade wegen ihres bisweilen rätselhaften Stils so viel Beachtung fanden? Vielleicht beides!⁴¹ Sein eigenes Hauptwerk „Verfassung und Verfassungsrecht“ (1928) nennt er selbst „nur eine Skizze, ein Arbeitsprogramm“ und schon der Einleitungssatz spricht an, dass dieses Programm schon vom Thema nicht leicht zu fassen ist.

Zur Einordnung des Werks von *Smend* in die Entwicklung der Staatsrechtslehre gibt es umfangreiche Sekundärliteratur.⁴² Eine Gegenüberstellung der Lehren von *Carl Schmitt* und *Smend* ist auch im Internet frei zugänglich.⁴³ Abschließend sei empfohlen, auch Weiterentwicklungen des Ansatzes von *Smend* in der Literatur nachzugehen. Neben dem schon zitierten Lehrbuch von *Konrad Hesse* lohnt insbesondere die Lektüre des Aufsatzes „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und ‚prozessualen‘ Verfassungsinterpretation“⁴⁴ von *Peter Häberle*.

³⁹ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (480 f.).

⁴⁰ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 ff. und *Smend*, Integration (1966), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 482 ff.

⁴¹ So *Häberle*, NJW 1975, 1874 f., der treffend formulierte, dass bei *Smend* „Konturen impressionistisch zurücktraten“. Schärfere *H. Kelsen*, Der Staat als Integration, 1930, S. 2, der *Smend* vorwarf, dass er „sich am liebsten nur in vagen Andeutungen ergeht“.

⁴² Statt aller: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 174 f.; *Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, § 22, (speziell zu *Smend*: S. 353–359); *ders.*, AöR 112 (1987), 1.

⁴³ *Steinbeis*, Dezision oder Integration, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/dezision-oder-integration-carl-schmitt-vs-rudolf-smend-100.html> (10.5.2023).

⁴⁴ *Häberle*, JZ 1975, 297 ff.