

Große Lehrbücher

Verfassungsrecht : Band I

Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht

von
Prof. Dr. Michael Kloepfer

1. Auflage

Verfassungsrecht : Band I – Kloepfer

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Staatsrecht, Staatslehre



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 59526 4

Schwierigkeiten der Fundierung politischer Kompromisse zwischen den großen politischen Lagern zurückzuführen sind. Vor allem aber stellen die überdetaillierten Verfassungsänderungen den Versuch der Zügelung des Bundesverfassungsgerichts dar. Die Ausführlichkeit des Verfassungstextes soll die Interpretationsmacht des Bundesverfassungsgerichts verlässlich beschränken.

Dies erinnert an eine weitere Schwäche des Grundgesetzes. Es ist in den ersten sechs Jahrzehnten seines Bestehens fast sechzig Mal (s. o. § 2 Rn. 172), also durchschnittlich fast einmal pro Jahr, geändert worden. Das ist – gemessen an anderen Verfassungsstaaten (z. B. Japan, USA) – außerordentlich viel. Dieses **Übermaß an Verfassungsänderungen** verdient Kritik. Gewiss ist dabei auch zu bedenken, dass das als Provisorium gedachte Grundgesetz nach 1949 erst zur Vollverfassung ausgebaut werden musste (z. B. Finanzverfassung und Wehrverfassung) und dass historische Umstände (Souveränitätsrückgewinn, Wiedervereinigung, Europäische Einigung etc.) umfangreiche Verfassungsanpassungen bedingten. Gleichwohl ist zu fragen, ob die gesetzgebenden Organe in Deutschland eigentlich einen genügenden Sinn dafür hatten und haben, dass die Achtung der Politik vor der Verfassung mehr als bloßen Verfassungsgehorsam, nämlich auch Respekt gegenüber der gewordenen Verfassungsgestalt fordert. Dies führt zur verfassungspolitischen Maxime, Änderungen des Verfassungstextes auf das notwendige Maß zu beschränken;² eine Maxime, die durch die soeben erwähnten neuen Art. 13, 16a, 23 GG und durch die Föderalismusreform II in mehrfacher Hinsicht missachtet wurde. Umgekehrt kann die Verfassung nicht unter Naturschutz gestellt werden, zumal sie selbst ihre Veränderbarkeit vorsieht und regelt. Verfassungsänderungen können durch Modernisierung die normative Kraft der Verfassung erhalten und sind zugleich ein Beweis für die Effektivität der Verfassungsbindung. Wirkungslose Verfassungen müssen nicht geändert werden. Verfassungsänderungen sind so auch Zeichen der **Verfassungsvitalität**. Dies heißt nun aber nicht, dass mit Verfassungsänderungen politische oder Tagesprobleme entschieden werden müssten oder kurzfristigen Politikmoden zu huldigen wäre. Verfassungsrespekt rät jedenfalls zum zurückhaltenden Umgang mit dem Instrument der Verfassungsänderung. Das schließt Verfassungsmodernisierungen nicht aus, sondern beschränkt sie auf das notwendige Maß.

3. „Totes Holz“

Viel zu wenig wird bisher gesehen, dass viele Vorschriften des Grundgesetzes **„abgestorben“**, d. h. totes Holz **sind**. Diese sollten im Rahmen einer seit längerem fälligen Grundgesetzbereinigung aus dem Verfassungstext entfernt werden. Allerdings ist vor dem Irrtum zu warnen, in jeder bisher noch nie angewandten Vorschrift „totes Holz“ zu sehen.³ Die bisher fehlende Anwendung einer Verfassungsnorm kann ihren Grund darin haben, dass der Tatbestand bisher noch nie tatsächlich aufgetreten ist (z. B. die Vorschriften über den Spannungsfall bzw. Verteidigungsfall, Art. 80a, 115a ff. GG). Hier lässt die **Reservefunktion** der Verfassung es zwingend geboten erscheinen, die bestehenden Vorschriften aufrecht zu erhalten, obwohl sie bisher nie oder selten angewandt wurden.

Zu denken wäre hier u. a. an Art. 18 GG, dessen praktische Bedeutung im politischen Leben der Bundesrepublik Deutschland bisher äußerst gering war, wobei jedoch dessen **Appell- und Signalfunktion** im Gefüge der Verfassungsschutzbestimmungen nicht unbeachtet bleiben darf, so dass man ihm noch eine Reservefunktion wird beimessen können.⁴ Ähnliches dürfte wohl ebenfalls für bisher kaum in Erscheinung getretene Vorschriften wie die Ermächtigungsbefugnis in Art. 71 GG gelten.

Im Übrigen ist danach zu unterscheiden, ob eine Vorschrift von Anfang an **niemals angewandt** wurde, obwohl es durchaus Anwendungsfälle gegeben hätte (z. B. Mängelrüge-

² Hierzu auch etwa die Kritik von Bundestagspräsident *Norbert Lammert* im Tagesspiegel vom 24. 4. 2009 an den unzähligen Detailregelungen der Verfassungsartikel im Entwurf zur Föderalismusreform II.

³ Vgl. *Robbers*, in: FS Benda, 1995, S. 209 (217).

⁴ Vgl. *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 18, Rn. 15 ff.

§ 5 II

§ 5. Perspektiven der Verfassung

verfahren in der Bundesaufsichtsverwaltung nach Art. 84 Abs. 4 GG), oder ob der Sachverhalt zwar in der Vergangenheit vorgelegen hat, sich in der Zukunft aber **nicht wiederholen wird** (z. B. Übergangsvorschriften).

- 14 Jedenfalls ist anerkannt, dass Rechtsätze außer Kraft treten, wenn der generelle Sachverhalt **endgültig fortgefallen ist** oder sich die zugrundeliegenden Vorschriften **völlig verändert haben**.⁵ Diese Form des Außerkrafttretens gilt grundsätzlich auch für das Grundgesetz.⁶ Auch die Verfassung kennt obsoletere Vorschriften.
- 15 Insbesondere im Bereich der **Übergangs- und Schlussbestimmungen** sind eine Reihe von Vorschriften zu finden, deren Ideengerüst sich längst überlebt hat und deren Regelungsgehalt längst erschöpft ist. Hier wäre z. B. die Regelung des Art. 132 GG als Ausnahmenvorschrift zu Art. 33 Abs. 5 GG zu nennen, die nunmehr seit über 50 Jahren gegenstandslos ist, denn sie ist mit Ablauf der 6-Monats-Frist des Satzes 1 des Absatzes 1 am 7. März 1950 obsolet geworden.⁷ Seit dem Zusammentritt des Bundesrates und der Wahl des Bundespräsidenten erweist sich die Vorschrift des Art. 136 GG ebenfalls als gegenstandslos. Gleiches gilt etwa auch für die Absätze 2 u. 3 des Art. 137 GG, die nach Ablauf einer Übergangszeit ihre Bedeutung verloren haben. Vorschriften, die ihre rechtliche Bedeutung verloren haben, wie etwa Art. 139 GG, können jedoch aufgrund ihrer Symbolwirkung, hier als eine der Vorschriften, die eine Absage an den Nationalsozialismus dokumentiert,⁸ weiterhin eine politische Bedeutung haben. Ob aber allein verfassungshistorische Erwägungen, insbesondere verfassungsgewolltes Erinnern (wie z. B. bei Art. 118, 127, 133 GG), dem Obsoletwerden einer Norm entgegenstehen können, mag durchaus bezweifelt werden, denn ein Beibehalten von Normen ohne Anwendungsbereich wird normalerweise dem Ansinnen und dem Steuerungsanspruch⁹ von Gesetzen, d. h. auch dem Grundgesetz im Zweifel nicht mehr gerecht.
- 16 Durch eine **Verfassungsbereinigung** könnte jedenfalls manches „tote Holz“ aus der Verfassung entfernt werden. Merkwürdig bleibt, wie wenig der im Grunde so emsige verfassungsändernde Bundesgesetzgeber die Gelegenheit genutzt hat, solche Verfassungsbereinigungen anlässlich von Verfassungsänderungen vorzunehmen. Jedenfalls wäre es sinnvoll, die Aufgabe der „Verfassungsbereinigung“ zu erkennen und entschlossen anzugehen.

4. Textliche und systematische Schwächen

- 17 Das Grundgesetz weist zum Teil **Inkonsistenzen** und **strukturelle Schwächen** auf, die vor allem im textlichen und systematischen Bereich begründet liegen. Exemplarisch lassen sich beispielsweise die Schrankenbestimmungen des Art. 2 Abs. 1 GG – Rechte Dritter sowie Sittengesetz – nennen, denn diese weisen heute praktisch keinen selbständigen Bedeutungsgehalt mehr auf und lassen sich daher problemlos dem Schrankenvorbehalt der verfassungsgemäßen Ordnung untergliedern. Darüber hinaus erscheint zudem problematisch, dass zum Teil zentrale Begriffe des Grundgesetzes keiner gleichlautenden Interpretation zugeführt worden sind; hier sei nur an den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung erinnert, der in mehreren Vorschriften (Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG) mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt in Erscheinung tritt.¹⁰ Ebenso wenig überzeugt aus verfassungssystematischen Gesichtspunkten die unverbundene Regelungsaddition der Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) einerseits und die Inkorporierung der Weimarer Staatskirchenartikel über Art. 140 GG der Art. 136 ff. WRV andererseits. Eine Neuregelung des Art. 4 GG, der die grundrechtsrelevanten Gehalte der einschlägigen inkorporierten Bestandteile der WRV in sich aufnehmen und somit für mehr Übersichtlichkeit sorgen könnte, wäre in diesem Zusammenhang wünschenswert. Textlich erscheint im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG (Fernmeldegeheimnis) eine Angleichung an den Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1

⁵ Vgl. *Stober*, in: Wolff/Bachof/ders./Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 27, Rn. 10.

⁶ Vgl. *Rottmann*, in: FS Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1097 (1099); kritisch *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 439 ff., der ähnlich wie *Robbers*, in: FS Benda, 1995, S. 209 (218 f.), auf die Funktion der Normreserve hinweist.

⁷ So auch *Battis*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 132, Rn. 5.

⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2076 (2077).

⁹ Dazu etwa *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I 2006, § 9, Rn. 1, 84 ff.

¹⁰ Vgl. *Herzog*, in: FS Redeker, 1993, S. 149 (150 f.).

Nr. 7 GG (Telekommunikation) zwingend, zumal bereits die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ dazu übergegangen ist, den modernen Terminus des Telekommunikationsgeheimnisses zu benutzen. Ein weiteres Beispiel des Erfordernisses textlicher Anpassung von Verfassungsnormen ist der weiterhin verwendete Begriff Bundesgrenzschutz in den Art. 12a Abs. 1, Abs. 2, 35 Abs. 2, Abs. 3, 87 Abs. 1 S. 2, 87a Abs. 4, 91 Abs. 1, 2 und 115f Abs. 1 Nr. 1 GG, obwohl bereits 2005 der Bundesgrenzschutz in Bundespolizei unbenannt wurde. Schließlich müsste der Verweis in Art. 109 Abs. 2 GG auf Art. 126 AEUV umgestellt werden. Auch solche Textanpassungen könnten Aufgabe einer Verfassungsbereinigung sein.

III. Gesamtwürdigung

Insgesamt **überwiegen** die **Vorzüge** des Grundgesetzes seine Nachteile um Längen. 18 Das bringt die Nachteile nicht zum Verschwinden, relativiert aber ihr Gewicht entscheidend. Gleichwohl gilt es, diese und etwaige künftige Schwächen des Grundgesetzes zu benennen und wenn möglich sogar zu beseitigen. Eine unkritische „Verehrung“ des Grundgesetzes ist nicht Sache der Verfassungsrechtswissenschaft. Umgekehrt schließt dies aber nicht aus, für die Idee der Verfassung im Allgemeinen und für das Grundgesetz im Besonderen in der Bevölkerung zu werben und ggf. für die Verfassung auch offensiver einzutreten. Die schwergewichtigen und unbestreitbaren Vorzüge sind Anlass zur Zufriedenheit der Rechtsgemeinschaft. Frei nach *Schiller*¹² können wir zum Grundgesetz sagen: Wir genießen die Verfassung, wir sind zufrieden. Allerdings sind die nicht unbeträchtlichen, wenn auch nachrangigen Schwächen der Verfassung Anlass genug, dabei nicht in verfassungsrechtlicher Selbstzufriedenheit zu versinken.

B. Mögliche Verfassungsänderungen

I. Allgemeine Änderungen

Die Fülle schon erfolgter Verfassungsänderungen hat nicht etwa den Bedarf an Verfassungsänderungen eingeschränkt oder gar zum Erliegen gebracht, sondern eher noch den verfassungsbezogenen Änderungshunger verstärkt (s.o. § 2 Rn. 204ff.). Derzeit werden u.a. **aktuelle Verfassungsänderungen** diskutiert, in denen etwa die Belange künftiger Generationen, sexueller Minderheiten, der Sport, die Kultur, der Datenschutz und andere Informationsbelange im IT-Bereich geschützt werden oder in denen Verfassungshemmnisse für konkrete politische Vorhaben¹³ (z.B. Bundeszuschüsse für Schulen¹⁴ – Art. 91b GG) beiseite geräumt werden sollen. Aktuell wird auch über die Aufnahmen informationeller Grundrechte diskutiert.¹⁵

Latent stehen schließlich vielfältig **Vorschläge** für eine Fülle sonstiger **Verfassungsänderungen** im Raum. Einen ungefähren Überblick mögen die von der Gemeinsamen Verfassungskommission in den Jahren 1992 bis 1994 beratenen Vorschläge für Verfassungsänderungen geben, die in der Kommission erfolglos blieben. Ausgespart sind nur diejenigen Vorschläge, die noch später Erfolg hatten (z.B. Tierschutz). Es bleibt noch eine Fülle von Vorschlägen übrig.¹⁶

¹¹ Vgl. BVerfGE 120, 274 (306, 308); BVerfG, NJW 2007, 351 (354); BVerfGE 113, 348 (386).

¹² Don Carlos III, 10 (Gespräch Posa mit dem König), siehe dazu *Kloepfer*, NJW 2006, 560 (562) zugleich abgedruckt in *ders.*, Dichtung und Recht, 2008, S. 22f.

¹³ Ein Beispiel war die Diskussion um die Job-Center, die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurden. Inzwischen ist Art. 91e GG (s. u. § 22 Rn. 159ff.) geschaffen worden.

¹⁴ Zur Bildungsevaluation als Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91b Abs. 2 GG *Guckelberger*, RdJB 2008, 267ff.

¹⁵ Vgl. *Kloepfer/Schärdel*, JZ 2009, 453ff.

¹⁶ Dazu *Kloepfer*, Verfassungsänderung statt Verfassungsreform, 2. (unveränd.) Aufl. 1996; zu den umgesetzten Vorschlägen s. o. § 2 Rn. 193.

§ 5 II, III

§ 5. Perspektiven der Verfassung

Beispielsweise wurden in der Verfassungskommission noch folgende Vorschläge gemacht: Aufnahme der Rechte ethnischer Minderheiten;¹⁷ Aufruf zur Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn;¹⁸ Normierung sozialer Staatsziele;¹⁹ Diskriminierungsverbot sexueller Identität;²⁰ Aufnahme plebiszitärer Elemente;²¹ Selbstauflösungsrecht des Bundestages;²² Einrichtung eines ökologischen Rates.²³

II. Strukturänderungen

- 21 Insgesamt werden punktuelle Veränderungen leichter zu erreichen sein als echte Strukturänderungen im Sinne grundsätzlicher Änderungen tragender verfassungsrechtlicher Bauteile. Solche Strukturänderungen können sich etwa beziehen auf die:

Beseitigung des Schrankenwirrwarrs bei den Grundrechten durch Ausrichtung an einem konsistenten Schrankensystem; Abstimmung zwischen Parteienfreiheit und den Strukturelementen repräsentativer Demokratie; Modifikation und Ergänzung der repräsentativen Demokratie durch plebiszitäre Elemente; grundsätzliche Reform der Finanzverfassung einschließlich der Schaffung einer Finanzverfassung für nichtsteuerliche Abgaben; grundsätzliche Reform der föderalistischen Kompetenzverteilungselemente im Bundesstaat (z.B. verstärkte Landesgesetzgebungszuständigkeiten für Zuwachs an Verwaltungszuständigkeiten des Bundes).

- 22 Allerdings scheinen in diesen Bereichen grundsätzliche Verfassungsreformen wegen des Erfordernisses der Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat derzeit als **wenig realistisch**.

III. Zukunftsfähigkeit

- 23 Die Zukunftsfähigkeit der Verfassung hängt maßgeblich davon ab, ob es ihr gelingt, die Lösung von **Zukunftsaufgaben des Gemeinwesens** verfassungsrechtlich zu ermöglichen. Als solche Zukunftsaufgaben kommen u. a. in Betracht:
- 24 Umweltschutz, Klimaschutz; Katastrophenprävention; demographische Entwicklung, Generationengerechtigkeit; Migrationsbewältigung; Beschäftigungssicherung und -vorsorge; Schuldenabbau; Verteilungsgerechtigkeit auf nationaler und internationaler Ebene; freiheitsschonende Regulierung nationaler und internationaler Kommunikation; Gewaltprävention; Bewältigung der Internationalisierung und Europäisierung; Schutzmechanismen gegenüber ungehemmten Globalisierungsauswirkungen.
- 25 Die Verfassung ist unterschiedlich auf diese Zukunftsaufgaben vorbereitet. Es liegt also eine **differenzierte Zukunftsvorsorge durch die Verfassung** vor. Die Bewältigung der künftigen Aufgaben des Umwelt- und Klimaschutzes wird von der Verfassung durch Art. 20a GG und hinreichende Bundesgesetzgebungszuständigkeiten grundsätzlich hinreichend flankiert. Art. 35 Abs. 2 u. 3 GG können auch als Kern eines Katastrophenverfassungsrechts begriffen werden.²⁴ Die staatliche Steuerung demographischer Fehlentwicklungen kann schwerwiegende Grundrechtsprobleme aufwerfen, die bislang weitgehend ungeklärt sind. Es bietet sich an, die Verfassung insoweit zu ergänzen. Die politische Bewältigung der Migration (z. B. durch verbesserte Integration des Islams in das deutsche Religionsverfassungsrecht) könnte Modifikationen verfassungsrechtlicher Garantien erforderlich machen. Die Erstellung bzw. Verbesserung der ökonomischen Verteilungsgerechtigkeit

¹⁷ BT-Drs. 12/6000, S. 71 ff., vgl. auch *Pallek*, Der Minderheitenschutz im deutschen Verfassungsrecht, 2001.

¹⁸ S. hierzu *Gramm*, JZ 1994, 611 ff.

¹⁹ Vgl. etwa *Rohm/Sannwald*, ZRP 1994, 65 (72).

²⁰ BT-Drs. 12/6000, S. 54.

²¹ Vgl. *Isensee*, NJW 1993, 2583 (2585); jüngst *Kloepfer/Schärdel*, DVBl. 2008, 1333 ff.

²² Vgl. *Maunz/Klein*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. IV, (53. Ergänzungslieferung, Oktober 2008), Art. 39, Rn. 81 f.; *Hahn*, DVBl. 2008, 151 ff.

²³ Vgl. *Kloepfer*, Verfassungsänderung statt Verfassungsreform, 2. (unveränd.) Aufl. 1996, S. 95 f.

²⁴ Vgl. *Sattler*, Gefahrenabwehr im Katastrophenfall, 2008, S. 20 ff.; *Kloepfer*, VerwArch 98 (2007), 163 (172); *Musil/Kirchner*, Die Verwaltung 39 (2006), 373 (378); *Trute*, KritV 2005, 342 (347).

wird zwar durch das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich ermöglicht, allerdings wäre eine verfassungsrechtliche Richtungsbestimmung insb. bei der internationalen ökonomischen Verteilungsgerechtigkeit sinnvoll. Eine wirklich wirksame Regulierung nationaler und internationaler Kommunikation übersteigt u.U. die Möglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 GG und wird deshalb eventuell Verfassungsänderungen voraussetzen.²⁵ Die Steuerungsfähigkeit der Verfassung zur Bewältigung der Internationalisierung und Europäisierung sowie Globalisierungseinwirkungen ist naturgemäß begrenzt.

Die **Globalisierung und Europäisierung** stellt eine schwerwiegende Herausforderung 26 der Zukunft an die deutsche Verfassung dar. Das Problem dürfte weniger in den einschlägigen Einzelbestimmungen der Verfassung zu völker- und europarechtlichen Fragen liegen. Wichtiger sind die grundsätzlichen Bedeutungsveränderungen, welche die nationale Verfassung hinnehmen muss, wenn es verfassungsähnliche Strukturen jenseits des Staates geben wird und möglicherweise schon gibt (also auf internationaler, aber vor allem supranationaler Ebene bis hin zu zivilrechtlicher globaler Standardisierung). Die nationale Verfassung kann das allerdings selbst kaum steuern, sondern lediglich Grenzen für die deutsche Staatsgewalt bei der Übertragung deutscher Hoheitsgewalt oder bei der Mitwirkung an der Errichtung internationaler Strukturen aufzeigen. Der demokratische Wille zur Verfassung als entscheidender Impetus, der allen diesen „Verfassungen“ jenseits des Staates fehlt, lässt sich so freilich nicht herbeizaubern. Das „Verfassungsrecht“ der Europäischen Union bzw. richtigerweise ihre verfassungsähnlichen Strukturen (§ 39 Rn. 67) und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH können etwaige Bedenken des deutschen Verfassungsrechts gegen Einzelelemente der Europäischen Integration relativieren. Dabei darf freilich nicht die essentielle Verfassungssubstanz des deutschen Verfassungsrechts verlorengehen. Insoweit überzeugt das Bundesverfassungsgericht mit einem wichtigen Grundanliegen seines – teilweise zu Recht – viel gescholtenen Lissabon-Urteils.²⁶ Die immer stärkere Integrationsverdichtung in Europa muss im Übrigen aus Sicht der deutschen Verfassung nicht einseitig defensiv gesehen werden. Die „Konstitutionalisierung“ Europas birgt auch erhebliche Chancen für das deutsche Verfassungsrecht, wenn die Inhalte des Grundgesetzes und die Gehalte der deutschen Verfassungsrechtsprechung sowie die Erkenntnisse der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft im Europäischen Recht (z. B. EU-Grundrechtecharta) und in der Europäischen Rechtsprechung nachhaltig Niederschlag finden.

C. Zur Situation der Verfassungsrechtswissenschaft

Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft²⁷ gehört nach wie vor zu den **einfluss-** 27 **reichsten Teildisziplinen der Rechtswissenschaft**. Staatsrechtsprofessoren waren Bundespräsidenten, Bundesminister, Staatssekretäre und Bundestagsabgeordnete. Der Präsident, der Vizepräsident und ein Drittel der Richter des Bundesverfassungsgerichts sind Staatsrechtsprofessoren. Darüber hinaus sind viele Professoren des öffentlichen Rechts als Prozessbevollmächtigte oder als Gutachter in vielen Verfahren vor dem Gericht tätig. Für die Landesverfassungsgerichte gilt Entsprechendes. Auch in vielen politischen Konflikten, die in Deutschland häufig zu Verfassungskonflikten werden, sind Staatsrechtslehrer als Gutachter tätig; sie treten in parlamentarischen Anhörungen, in vielen Kommissionen, aber auch in Talkshows etc. auf und füllen manche Spalten in den überregionalen Tageszeitungen.

An ihrer **praktischen Wirksamkeit** gemessen, ist die Verfassungsrechtswissenschaft also 28 insgesamt recht erfolgreich, insb. auch, wenn man die entsprechende Situation im Ausland

²⁵ Trotz seiner Transnationalität ist jedoch gerade im Internet in letzter Zeit ein Trend zur Reterritorialisierung zu beobachten. Vgl. dazu *Goldsmith/Wu*, Who controls the internet?, 2006.

²⁶ BVerfGE 123, 267 ff.; *Ruffert*, DVBl. 2009, 1197 ff.; *Callies*, ZEuS 2009, 559 ff.; *Ohler*, AöR 135 (2010), 153 ff.; siehe auch die Beiträge von *Grimm*, *Jestaedt*, *Schönberger*, *Schönberger*, *Thym* und *Wahl* in: *Der Staat* 48 (2009) Heft 4.

²⁷ Vgl. *Kloppfer*, JZ 2003, 481 (483); siehe auch die Beiträge von *Hillgruber* und *Völkman*, VVDStRL 67 (2008), 7 ff., 57 ff.

§ 5

§ 5. Perspektiven der Verfassung

vergleicht. Die Verfassungsrechtswissenschaft Englands, Frankreichs, der USA oder Japans haben einen ungleich geringeren Einfluss auf die politische und gerichtliche Praxis in ihren Staaten.

- 29 Freilich ist dieser Einfluss der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft sehr teuer erkaufte, nämlich mit dem weitgehenden **Verlust des Selbststandes als Wissenschaft**. Um praktische Wirksamkeit zu entfalten, opfert sie nicht selten ihren selbstständigen theoretischen Anspruch. Da gerade wichtige Verfassungsrechtslehrer häufig begehrte Gutachter sind, haben diese nicht ganz selten ihre Begabung vorrangig in Gutachten statt in dicke Bücher investiert. Veröffentlichte Gutachten von Professoren des öffentlichen Rechts sind längst zu einem besonders wichtigen und zeitnahen Instrument der Fortbildung der Verfassungsrechtswissenschaft geworden, obwohl sie nicht selten in ihrer Ausgerichtetheit auf die Interessen der Auftraggeber wie – große und zitatenreiche – Schriftsätze wirken. Diese Interessenorientierung bei der Entfaltung der Verfassungsrechtswissenschaft durch Rechtsgutachten birgt Risiken und Probleme.
- 30 Ein weiterer Aspekt wiegt noch schwerer, nämlich der weitgehende Verlust der geistigen Selbstständigkeit der Verfassungsrechtslehre gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die **Verfassungsrechtslehre wird rechtssprechungsakzessorisch**,²⁸ die wichtigsten „Theorie“-Anstöße im deutschen Staatsrecht kommen seit längerem eher aus Karlsruhe (z. B. „Wesentlichkeitstheorie“) als aus den deutschen Staatsrechtslehrstühlen. Längst bestimmt die Verfassungsgerichtsbarkeit mit ihren Entscheidungen und neuen Ideen die staatsrechtliche Diskussion entscheidend. Nicht wenige der verschiedenen Staatsrechtslehrbücher bzw. -lernbücher oder Anleitungen und wahrscheinlich manche Staatsrechtsvorlesungen bzw. „Grundkurse“ an Universitäten sind im Wesentlichen instruktive, aber bisweilen doch recht unkritische Darstellungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Solche Bücher und Kurse vermitteln Wissen, aber kaum Einsichten und schärfen nicht die Urteilsfähigkeit junger Juristen. Dieser wissenschaftsferne Ansatz wird freilich durch die so beliebten Repetitorien in Reinkultur zelebriert. Lassen Universitäten solche Lehrveranstaltungen zu, wirken sie materiell wie Fachhochschulen.
- 31 Von der Akzessorietät der Verfassungsrechtslehre gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es allerdings **Ausnahmen**. Zu denken ist vor allem an die stärker theoretisch arbeitenden Verfassungsrechtler (z. B. *Alexy*, *Häberle*), die dafür allerdings nicht vergleichbare praktische Wirksamkeit entfalten (und entfalten wollen) wie ihre stärker an der Verfassungsrechtsprechung und der Fallbegleitung orientierten Kollegen.
- 32 Möglicherweise wird die Verfassungsrechtswissenschaft einen Teil ihres geistigen Selbststandes dadurch zurückgewinnen können, dass sie ihre fachlichen Grenzen überschreitet, z. B. durch stärkere Einbeziehung der historischen und philosophischen Grundlagen des Staatsrechts, durch rechtsvergleichende und insbesondere durch **interdisziplinäre Ansätze**, also durch Herangehensweisen, die regelmäßig nicht denen der Verfassungsgerichte entsprechen. Vielleicht wird auch die stärkere Theoretisierung der deutschen Verfassungsrechtslehre dieser ihre Unverwechselbarkeit erhalten und so auch wieder verstärkten Anschluss an die verfassungsrechtliche Diskussion im Ausland gewinnen. Die derzeit häufig betriebene, im Wesentlichen eher theoriekeptsche Neuordnung der Juristenausbildung erleichtert diesen Weg allerdings nicht.
- 33 Freilich darf die Öffnung des Verfassungsrechts zu den Sozialwissenschaften **nicht bis zur Ununterscheidbarkeit** getrieben werden. Es wäre falsch, wenn die Verfassungsrechtswissenschaft durch eine Öffnung zu den Sozialwissenschaften zwar ihre Selbstständigkeit gegenüber der Verfassungsjudikatur gewönne, aber dafür als Steuerungswissenschaft der staatswissenschaftlichen Laien enden würde. Die Beherrschung des sozialwissenschaftlichen

²⁸ Vgl. *Schlink*, JZ 2007, 157 (161 f.), der eine US-Amerikanisierung der Verfassungsrechtswissenschaft prognostiziert; hierzu bereits *ders.*, *Der Staat* 28 (1989), 161 ff.; optimistischer dagegen etwa *Starck*, JZ 1999, 473 (484 f.); *Vollmann*, VVDStRL 67 (2008), 57 (71 f.); *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), 7 (49 ff.) macht darauf aufmerksam, dass die Verfassungsrechtswissenschaft sich in ihrer bloßen „Zuträgerrolle“ in Selbstbeurteilung üben muss.

„Jargons“ durch Verfassungsrechtler macht diese weder zu Sozialwissenschaftlern oder auch nur zu „neuen“ Rechtswissenschaftlern. Gegenüber der Sozialwissenschaft muss auch ein zum interdisziplinären Dialog bereites Verfassungsrecht seinen Selbststand behaupten. Die Steuerung durch Recht ist einzigartig und gegenüber anderen Steuerungsformen unverwechselbar. Die folgenreiche Normativität und klare Begrifflichkeit setzt die Verfassungsrechtswissenschaft deutlich von den Sozialwissenschaften ab.

Im akademischen Bereich ist die **Verfassungsrechtswissenschaft ständig gewachsen** 34 und stellt heute einen wichtigen Teil der Pflichtfachausbildung im juristischen Studium dar. Hiermit, aber vor allem mit dem enormen Wachstum der Studierendenzahlen und der hohen Zahl von Universitätsgründungen in den sechziger und siebziger Jahren, hängt ein stetiges Ansteigen der **Zahl der Staatsrechtslehrer** zusammen. Dabei ist die Pyramide der Professorenschaft breiter, nicht aber höher geworden, auch wenn es die Spitze natürlich immer noch gibt. Überdies ist offenkundig, dass es immer schwieriger wird, die Jahrgangsbesten für die akademische rechtswissenschaftliche Laufbahn zu interessieren. Beim Werben um hochbegabte Jungjuristen wird es für die Juristischen Fakultäten immer schwerer, in der Konkurrenz vor allem mit den großen, auch international tätigen Anwaltskanzleien bestehen zu können. Aber hin und wieder gelingt es dann doch. Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft genießt noch immer in weiten Teilen der Welt (insbes. Europa, Asien, Südamerika) erhebliche Wertschätzung, wobei diese Entwicklung durch die internationale Wahrnehmung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erheblich befördert wird. Das sollte die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit zu mehr verfassungsvergleichender Argumentation ermutigen. Deswegen müssen aber Veröffentlichungen über das deutsche Verfassungsrecht aber noch lange nicht in englischer Sprache erscheinen. Aber auch das muss man nicht dogmatisch sehen. Wenn es der Verfassungsvergleichung wirklich dient, können Publikationen über das deutsche Verfassungsrecht auch in anderen Sprachen als deutsch sinnvoll sein.

D. Zukunftsaussichten des Verfassungsrechts

I. Verfassungszukunft

Jedenfalls kurz- und mittelfristig scheinen die Aussichten für die Verfassung in Deutschland günstig. Das Verfassungsrecht und die Verfassungsgerichtsbarkeit haben sich zu einem **unverzichtbaren Bestandteil des politischen Systems** der Bundesrepublik Deutschland entwickelt. Dieses System und seine Verfassung haben sich in der Vergangenheit auch in schwierigen Lagen bewährt. Warum sollte dies in Zukunft anders werden? Es bleibt allerdings zu bedenken, dass die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Geschichte glücklicherweise wirklich existentielle Krisen bisher nicht zu bewältigen hatte. Ob und wie sich Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit in einer solchen Situation schwerer Not bewähren werden, lässt sich derzeit nicht mit hinreichender Sicherheit sagen.²⁹ Immerhin ist etwa die gesamte Notstands- und Verteidigungsverfassung der (taugliche?) Versuch, sich dem Satz entgegenzustellen, der da lautet: Not kennt kein (Verfassungs-)Gebot.

Allerdings fällt in den letzten Jahren zunehmend auf, dass die Versuchung für die Politik zu wachsen scheint, sich „lästiger“ Verfassungs- bzw. Rechtsbindungen zu entledigen und etwa verfassungsrechtliche oder EU-rechtliche Verschuldungsgrenzen – teilweise mit verhaltener Zustimmung der Bevölkerung – zu missachten, um aus den vorhandenen Schwierigkeiten herauszukommen. Erkennbar steigt die Bereitschaft der politischen Führung in Deutschland, die Belastbarkeit der Verfassung auszutesten, wie etwa das Gesetzgebungsverfahren zum Zuwanderungsgesetz³⁰ gezeigt hat. Dies kann nur zu leicht dazu führen, dass

²⁹ Nachdenkenswert dazu *Lerche*, in: FS Herzog, 2009, 265 ff.

³⁰ Vgl. BVerfGE 106, 310 ff. – Zuwanderungsgesetz.

§ 5 II

§ 5. Perspektiven der Verfassung

der **Verfassungsbruch zum politischen Kalkül** wird.³¹ Allerdings ist dies in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gewiss nicht neu, wie etwa das Beispiel der Gründung der Deutschland-Fernsehen-Gesellschaft unter *Adenauer* zeigt. Solange es der Verfassungsgerichtsbarkeit gelingt, solche in Kauf genommenen Verfassungsbrüche wirksam zurückzuweisen, wird der Erfolg des Verfassungsrechts und in der Verfassungsgerichtsbarkeit anhalten.

II. Verfassungsüberforderung

37 Dabei sollte allerdings vor einer dauerhaften **Überforderung durch Überhöhung** der Verfassung gewarnt werden. Die Verfassung ist weder ein Ersatzvaterland („Verfassungspatriotismus“) noch ein Weltanschauungsersatz.

1. „Verfassungspatriotismus“

38 Der „Verfassungspatriotismus“ ist der Versuch vor allem von Journalisten und Sozialwissenschaftlern (*Sternberger*, *Habermas*), die Idee des Patriotismus auf den Kerninhalt einer Verfassung bzw. einer hierauf gegründeten politischen Ordnung, d. h. den freiheitlichen Verfassungsstaat, zu richten.³² Dies schien den Vätern dieser Idee schon deshalb erforderlich, weil sie in Zeiten der deutschen Teilung das Vaterland als abhanden gekommen ansahen bzw. weil sie angesichts des NS-Unrechts eine Wiederbelebung des alten Gedankens der Vaterlandsliebe für politisch undenkbar hielten.

39 Allerdings hätte ein solcher Verfassungspatriotismus mit dem klassischen Patriotismus nur wenig gemein. Der Patriotismus beschreibt ein Zusammengehörigkeitsgefühl mit einer Nation, mit ihren Menschen, ihrer Kultur, ihren Landschaften, baut also auf vielfältige insbesondere auch sinnliche Erfahrungen, die mit einer Rechtsnorm eben nicht zu machen sind. Der Verfassungspatriotismus ist eher eine eindimensionale Kopfgeburt; **Verfassungspatriotismus allein ist kein Patriotismus.**

40 Immerhin ergibt sich mit der Ausweitung auf einen **Europäischen Verfassungspatriotismus** (*Habermas*)³³ ein Denkansatz für eine „Verfassung jenseits des Staates“, wie es für etwaige „Verfassungs-“Überlegungen in der EU denkbar erscheinen mag (s. u. § 44).³⁴

2. Verfassung als Weltanschauungsersatz?

41 In einer säkularisierten, multikulturellen und zunehmend hedonistischen Gesellschaft mit der Auflösung und Atomisierung allgemeiner Sitten- und Moralvorstellungen gibt es nach wie vor ein **immanentes Bedürfnis nach allgemeinverbindlichen Werten**. Wo Religion, Sitte, gesellschaftliche Übungen oder Moral allgemeine Standards nicht mehr gewährleisten, tritt eine empfindliche Lücke der wertvermittelten Stiftung von Gemeinschaft auf. In diese Lücke wird in Deutschland zunehmend die Verfassung platziert, die mit ihrem Gottesbezug und vor allem ihrer Mixtur aus religiös, moralisch, naturrechtlich oder aus gesellschaftlicher Übung abgeleiteten Grundnormen und Grundwerten und mit ihrer dezidierten Absage an ein vergangenes Reich des Bösen – nämlich das NS-Reich – hierfür auch relativ gut geeignet erscheint. Auch wenn dies möglicherweise eine Überspitzung sein mag, im Grundgesetz einen Religions- und Weltanschauungsersatz zu sehen, so ist doch die demokratische Wertegenerierung durch Verfassungsrecht und Verfassungsvollzug ein

³¹ Vgl. auch *Kloepfer*, in: Scholz u. a., *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, S. 55 (67).

³² Grdl. *Sternberger*, *Verfassungspatriotismus*, F.A.Z. vom 23. 5. 1979, wieder abgedruckt in: *ders.*, *Verfassungspatriotismus*, Schriften Band X, 1990, S. 13 (24). Später dann *Habermas*, *Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität. Zur Westorientierung der Bundesrepublik*, in: *ders.*, *Eine Art Schadensabwicklung*, 1987, S. 159 ff.

³³ S. etwa *Habermas*, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in: *ders.*, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1997, S. 185 (191).

³⁴ Näher v. *Bogdandy*, *VVDStRL* 62 (2003), 156 (171); *M. Kaufmann*, *ARSP*, Beiheft 66 (1997), 40 ff.