

Brun-Otto Bryde  
Martin Nettesheim  
Laura Münkler

# Wissenschaftliche Verfassungsrechts- politik?



*Fundamenta Juris Publici 11*

**Mohr Siebeck**

# Fundamenta Juris Publici

herausgegeben von  
Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt  
und Anna-Bettina Kaiser

11





Brun-Otto Bryde / Martin Nettesheim /  
Laura Münkler

# Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?

Mohr Siebeck

*Brun-Otto Bryde*, geb. 1943, war von 1982 bis 1987 Professor für Öffentliches Recht an der Universität der Bundeswehr München und von 1987 bis zu seiner Emeritierung 2011 Professor für Öffentliches Recht und Wissenschaft von der Politik in Gießen. Von 2001 bis 2011 war er Richter des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts.

*Martin Nettesheim*, geb. 1964, ist seit 2000 Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht in Tübingen.

*Laura Münkler*, geb. 1985, war von 2021 bis 2022 Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungs- und Gesundheitsrecht in Greifswald und ist seit 2022 Professorin für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Zitierbeispiel:

*Laura Münkler*, Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik? Friktionen und Bedingungen der Möglichkeit, in: Brun-Otto Bryde/Martin Nettesheim/Laura Münkler, Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?, FJP 11, Tübingen 2023, S. 73–94 (86).

ISBN 978-3-16-162684-5 / eISBN 978-3-16-162686-9

DOI 10.1628/978-3-16-162686-9

ISSN 2194-8364 / ISSN 2569-3948 (Fundamenta Juris Publici)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

## Vorwort der Herausgeber

Fundamenta Juris Publici (FJP) ist die Schriftenreihe des Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“, der sich 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer konstituiert hat. Die grundsätzlich im Jahresrhythmus erscheinenden Bände dokumentieren den in der Sektionssitzung gehaltenen Vortrag und die beiden dazu abgegebenen Kommentare. Der Reihentitel bekräftigt den Anspruch des Kreises, das wissenschaftliche Gespräch auf die „Grundlagen“ zu konzentrieren: auf die ideen-, verfassungs- und verwaltungsgeschichtlichen, die rechts-, sozial- und staatsphilosophischen sowie die rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Fundamente des *ius publicum*.

Der hier vorliegende Band dokumentiert das 11. „Grundlagen“-Gespräch anlässlich der Bremer Staatsrechtslehrertagung im Oktober 2022. Im Zentrum stand die Frage, ob es so etwas wie eine *wissenschaftlich* betriebene Verfassungsrechtspolitik geben und wie sie gegebenenfalls aussehen könne. Die Frage zielt umso mehr auf die Grundlagen der grundgesetzlichen Staatsrechtslehre, als sie ihrem Selbstverständnis nach primär *Verfassungsdogmatik* ist, diese aber herkömmlich für verfassungsrechtspolitisches Raisonement keinen rechten Ort vorsieht, sondern sich im Gegenteil typischerweise über das Ausschlussverhältnis von „dogmatisch“ und „politisch“ definiert. Antwort-

*Vorwort der Herausgeber*

versuche haben – im Hauptreferat – Brun-Otto Bryde, Gießen, sowie – in Kommentaren – Martin Nettesheim, Tübingen, und Laura Münkler, Würzburg, unternommen.

Nürnberg, Freiburg i. Br.  
und Berlin, im Mai 2023

Rolf Gröschner  
Matthias Jestaedt  
Anna-Bettina Kaiser

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber .....	V
-------------------------------	---

*Brun-Otto Bryde*

## Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?

I. Einleitung .....	1
II. Die Wissenschaftslastigkeit des deutschen Verfassungsrechts .....	2
III. Verfassungsrechtspolitik zwischen Wissenschaft und Verfassungsgericht .....	9
IV. Die Legitimität wissenschaftlicher Verfassungsrechtspolitik .....	17

*Martin Nettesheim*

## Staatsrechtswissenschaft als soziale Praxis: Die Erzeugung und Verwaltung staatsrechtlichen Wissens

I. Wissenschaftliche Wissensproduktion – kognitiv-epistemische und soziale Faktoren .....	26
1. Die soziale Dimension der Wissenschaft .....	26
2. Wider ein individual-epistemologisches Wissenschaftsverständnis .....	31
3. Wissenschaftliche Wissensproduktion und Umfeld .....	33
II. Das Wesen staatsrechtlichen Wissens .....	35
1. Kriterien und inhaltliche Maßstäbe .....	36
a) Standards der wissenschaftlichen „community“ .....	36
b) Methodischer Monismus? .....	38
c) Staatsrechtlicher Wissensbestand .....	42
2. Kennzeichen staatsrechtswissenschaftlichen Wissens .....	44
3. Statusunterschiede staatsrechtswissenschaftlichen Wissens .....	48



## Inhaltsverzeichnis

4. Akteure der staatsrechtswissenschaftlichen Wissensproduktion .....	50
III. Funktionen der Staatsrechtswissenschaft .....	51
1. Formulierung neuer staatsrechtlicher Aussagen .....	51
2. Verwaltung staatsrechtlichen Wissens .....	56
IV. Die individuell-kognitive Dimension staatsrechtswissenschaftlicher Wissensproduktion .....	57
1. Soziale Dimension der individuellen Forschung .....	57
2. Sachkompetenz und Sorgfalt .....	59
3. Anforderungen an die Rechtfertigung einer Aussage .....	63
V. Die kollektive Dimension staatsrechtswissenschaftlicher Wissensproduktion .....	65
1. Validierung als Wesensmerkmal wissenschaftlichen Wissens .....	66
2. Standards hinsichtlich der Einbringung neuen Wissens...	68
3. Kollektiver Umgang mit eingebrachtem Wissen .....	70
4. Anreizmechanismen und Belohnungsstrukturen .....	71

### *Laura Münkler*

#### Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?

#### Friktionen und Bedingungen der Möglichkeit

I. Zusammenhänge .....	73
II. Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik – Pleonasmus oder Oxymoron? .....	78
III. Verfassungsrechtliche Positionen – Wissenschaft oder Politik? .....	86
IV. Die Verantwortung der Rechtswissenschaft .....	89
V. Limitierte Modi legitimen Einwirkens auf die Verfassungsrechtspolitik? .....	90
VI. Bedingungen wissenschaftlicher Verfassungsrechtspolitik...	92

# Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?\*

*Brun-Otto Bryde*

I. Einleitung .....	1
II. Die Wissenschaftslastigkeit des deutschen Verfassungsrechts .....	2
III. Verfassungsrechtspolitik zwischen Wissenschaft und Verfassungsgericht .....	9
IV. Die Legitimität wissenschaftlicher Verfassungsrechtspolitik	17

## I. Einleitung

Als ich die freundliche Einladung zu diesem Vortrag erhielt, wunderte ich mich bei der Formulierung des Themas vor allem über das Fragezeichen. Ich hätte nie ernsthaft daran gezweifelt, dass es wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik gibt. Während Verfassungspolitik auf die Änderung des Textes der Verfassung zielt, kann man Verfassungsrechtspolitik als das Bemühen verstehen, einen bestimmten Sinn des Verfassungstextes durchzusetzen und diesen Sinn dabei auch fortzuentwickeln. Dass Wissenschaftlerinnen eine Rolle in dem Prozess spielen, in dem über die Auslegung von Verfassungsrecht

---

\* Ingo von Münch, dem Wissenschaftler und Politiker, zum 90. Geburtstag gewidmet.

gerungen und dessen Sinn ohne Textänderung fortentwickelt wird, scheint mir nicht besonders zweifelhaft zu sein.<sup>1</sup> Aber dass die Veranstalter ein Fragezeichen gesetzt haben, soll mir Anlass sein, zu überprüfen, ob die Sache so unproblematisch ist, wie ich gedacht habe.

Ich werde das in drei Schritten tun.

Zunächst werde ich zeigen, wie herausgehoben gerade in verfassungsvergleichender Perspektive die Stellung von Wissenschaftlern im deutschen Verfassungsrechtssystem ist.

Dann werde ich untersuchen, ob und wie sich das in der Verfassungsentwicklung in Konkurrenz mit dem Bundesverfassungsgericht bemerkbar gemacht hat.

Schließlich komme ich doch noch zum Fragezeichen, wenn ich frage, wieweit und in welchen Grenzen wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik legitim ist.

## II. Die Wissenschaftslastigkeit des deutschen Verfassungsrechts

Man darf das deutsche Verfassungsrechtssystem als besonders wissenschaftslastig bezeichnen. Das fällt einem insbesondere im Gespräch mit ausländischen Kolleginnen, zumal solchen aus angelsächsischen Ländern, auf. In der kontinentalen Rechtsfamilie des *civil law*, das ja in der Tradition der Rechtsfakultäten des Mittelalters steht, ist die Bedeutung der Rechtswissenschaft und von Hochschullehrern im Verhältnis zu Gerichten und

---

<sup>1</sup> Vgl. schon Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 206 ff.

Richterinnen größer ist als im *common law*, wobei das traditionelle Rangverhältnis im Renommee von Professor und Richter wohl der Vergangenheit angehört. In der Frühgeschichte des Bundesverfassungsgerichts hielt man es noch für nötig, Professoren mit Privilegien wie dem Verbleib im Hochschulamt für das Richteramt zu gewinnen, inzwischen wäre das nicht mehr nötig (und die Abschaffung des Privilegs wird auch immer wieder einmal gefordert).

Wissenschaftlerinnen kommt auf allen Ebenen des Verfassungsrechtssystems eine große Rolle zu, die im internationalen Vergleich auffällig ist. Das beginnt an der Spitze des Systems, beim Bundesverfassungsgericht. Im Bundesverfassungsgericht gab es zwar von Anfang an Richterprofessoren, in der Erstbesetzung waren es 4 von 24 (Konrad Zweigert, Martin Draht, Gerhard Leibholz und Ernst Friesenhahn), aber deren Anteil hat sich ständig erhöht. Inzwischen stellen sie die Mehrheit und prägen die Wahrnehmung des Gerichts. Dieses Übergewicht von Hochschullehrern wird immer wieder kritisiert, besonders heftig zum Beispiel von meiner ehemaligen Kollegin Renate Jaeger. In einem FAZ-Interview bestritt sie schlicht die Geeignetheit von Hochschullehrern für ein Richteramt: „Kein Hochschullehrer ist hundertprozentig Verfassungsrichter.“<sup>2</sup> Auf ihre Behauptung, Professoren fiele es schwer, wie Richter zu denken, berief sich dann z. B. die Schweizer Richtervereinigung, als es um die Besetzung

---

<sup>2</sup> Renate Jaeger, Interview, FAZ v. 3.12.2010; weitere Nachweise bei Daniel Volp, in: Tristan Barczak (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar BVerfGG, 2018, § 3 Rn. 32 ff.

des Schweizer Richters am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ging.<sup>3</sup>

Anders als in anderen Ländern, in denen sich die Anwaltschaft dieses Geschäft nicht nehmen lassen würde, kommt in der deutschen Tradition Hochschullehrern auch eine wichtige Rolle im Verfassungsprozess zu. Vor allem in den wichtigen und großen Verfahren ist es üblich, sich von Professorinnen vertreten zu lassen. Für die Vertretung öffentlicher Institutionen haben sie fast schon ein Monopol. Die großen Verfassungsprozesse in der Geschichte der Bundesrepublik sind daher immer auch Professorenduelle gewesen.

Eine weitere wichtige Einflussquelle ist das Gutachterwesen. Auch hier dürfte schon die Anzahl und Bedeutung professoraler Gutachten in rechtlichen und politischen Auseinandersetzungen eine deutsche Besonderheit sein. Deren große Anzahl ist schon deshalb bemerkenswert, weil es bei staatsrechtlichen Gutachten anders als in anderen Fächern in den seltensten Fällen darum geht, dass der Wissenschaftler etwas erforschen soll, was der Auftraggeber nicht weiß oder nicht mit der Hilfe der eigenen Mitarbeiterinnen herausfinden könnte. Ziel ist vielmehr meistens, eine bereits bestehende Position mit professoralem Renommee unterfüttern zu lassen, gelegentlich auch, mithilfe des Auftrags den Gutachter zum Überdenken der eigenen Position zu veranlassen.

Die herausgehobene Rolle von Hochschullehrern bei der Klärung verfassungsrechtlicher Fragen setzt sich fort in parlamentarischen Anhörungen und Enquetekommiss-

---

<sup>3</sup> [https://www.svr-asm.ch/de/index\\_htm\\_files/brief\\_egmr.pdf](https://www.svr-asm.ch/de/index_htm_files/brief_egmr.pdf) [zuletzt abgerufen am 24.05.2023].

sionen in Bund und Ländern.<sup>4</sup> Wie bei der Vergabe von Gutachteraufträgen geht es auch dabei allerdings meist nicht darum, dass man vom Hochschullehrer neue Erkenntnisse erwartet, sondern um die Bestätigung von vorgefassten Meinungen. Das folgt schon aus dem Verfahren der Expertenauswahl – der Aufteilung der Vorschlagsrechte auf die Fraktionen nach Proporz.

Aber auch ohne Auftrag sind Staatsrechtslehrer in der Diskussion präsent. Zu jedem wichtigen und zu vielen unwichtigen Fragen nehmen sie in den Medien Stellung und werden auch ständig um ihre instant-Meinung gefragt.<sup>5</sup> Wir brauchen nur an die Diskussion über die Corona-Maßnahmen zu denken, die ja ein Feuerwerk von Äußerungen, in der Regel Verfassungswidrigkeitsverdikte, auslöste. Dabei beruht das nicht einfach auf einem Drängen von Professorinnen in die Öffentlichkeit, sondern auch auf der Nachfrage durch diese Öffentlichkeit. Wie wir wohl alle wissen und erlebt haben, möchten die Medien, von Funk und Fernsehen bis zu den Lokalzeitungen der Universitätsstädte, zu jedem aktuellen verfassungsrechtlichen Thema Interviewpartner mit Professorentitel. Helmuth Schulze-Fielitz zitiert einen Schweizer Kollegen mit der Aussage, dass die Öffentlichkeit eine solche Präsenz der Hochschullehrer in der Debatte geradezu erwartet.<sup>6</sup> Für die zeitnahe Stellung-

---

<sup>4</sup> Nachweise bei *Andreas Voßkuhle*, Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 135, 147 f.

<sup>5</sup> Zur Teilnahme an der öffentlichen Diskussion *Helmuth Schulze-Fielitz*, Die Wissenschaftskultur der Staatsrechtslehrer, 2022, S. 40 ff.; *Voßkuhle*, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre (Fn. 4), S. 152.

<sup>6</sup> *Schulze-Fielitz*, Wissenschaftskultur (Fn. 5), S. 40.

nahme von Wissenschaftlerinnen zu verfassungsrechtlichen Fragen sind auch Blogs und andere Onlinemedien von zunehmender Bedeutung.

Bisher habe ich noch gar nicht zum eigentlichen Amt der Wissenschaftlerin, nämlich Lehre und Forschung, Stellung genommen. Auch als akademische Lehrer und durch ihr Œuvre wirken Hochschullehrer an der Verfassungsdiskussion mit. Das sollte eigentlich der Hauptweg ihrer Einflussnahme sein, ist aber wohl vor allem die Basis, von der aus sie im Verfassungsprozess wirken, denn ihre anderen Funktionen verdanken sie ihrem Renommee in der Wissenschaft.

Beim Blick auf die Staatsrechtslehre gilt es wieder eine deutsche (bzw. deutschsprachige) Besonderheit zu vermerken: die schiere Masse an Literatur. Diese ist vor allem dem Qualifikationssystem einer überholten Hochschultradition geschuldet. Die Notwendigkeit zweier anspruchsvoller (und das heißt vor allem langer) Qualifikationschriften führt zu einer Masse an wissenschaftlichen Auslegungsvorschlägen, wie sie andere Rechtskulturen nicht kennen. Jedes Jahr erscheinen Hunderte von Dissertationen und etliche Habilitationen zum Verfassungsrecht und alle müssen der Idee nach innovativ sein, also einen Inhalt der Verfassung behaupten, den bisher noch niemand entdeckt hat (und damit sind sie zwangsläufig verfassungsrechtspolitisch). Dabei werden wohl häufiger bisher noch nicht aufgefallene Verfassungsverstöße behauptet, als dass dem Staat Handlungsmöglichkeiten eröffnet würden, die ihm bisher versagt wurden. In den 1960er Jahren bemerkte ein Kollege, Heinz Wagner, „[d]as *Schrifttum* erweck[e] den Eindruck, als werde der kleine juristische Befähigungsnachweis für die Begründung

der Verfassungswidrigkeit einer Maßnahme verliehen, während für den großen juristischen Befähigungsnachweis zu begründen ist, daß diese Maßnahme auch nicht durch eine Grundgesetzänderung möglich wäre.“<sup>7</sup> Das scheint mir bis heute wenig übertrieben. Die übliche Karriere des deutschen Staatsrechtslehrers erfordert sogar noch eine dritte Leistung, das Referat auf der Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung. Dieser dritte Befähigungsnachweis hat die Besonderheit, dass das Thema nicht frei gewählt ist und die Zunftregeln es so gut wie ausschließen, die ehrenvolle und oft sehnsüchtig erwartete Einladung abzulehnen,<sup>8</sup> selbst wenn man mit dem Thema eigentlich nichts anfangen kann. Verfassungsrechtspolitik wird hier auch vom Vorstand betrieben.

Zur Masse monographischen Materials gesellt sich eine sowohl nach Zahl wie Umfang ständig wachsende Menge von Kommentaren und Lehrbüchern, ergänzt durch Aufsätze und Vorträge. Dabei ist fraglich, wie groß der Einfluss von Wissenschaftlerinnen durch bloß kluge Gedanken in der Schreibwerkstatt ist. Schon die beschriebene Literaturmasse führt dazu, dass wissenschaftliche Erkenntnisse von der Praxis in der Regel nur in Kurzform (z. B. mittels Kommentaren) zur Kenntnis genommen werden und von der Öffentlichkeit eher durch Medienpräsenz als durch die Lektüre wissenschaftlicher Literatur. Die Tatsache, dass gewichtige Monographien in der Regel Qualifikationsschriften sind, deren Themenwahl und Inhalt nicht in erster Linie praktischen Bedürfnissen, aber

---

<sup>7</sup> *Heinz Wagner*, Um ein neues Verfassungsverständnis, DÖV 1968, S. 605 (Hervorhebung im Original).

<sup>8</sup> *Schulze-Fielitz*, Wissenschaftskultur (Fn. 5), S. 66.



auch nicht ausschließlich wissenschaftlichen Erkenntnisinteressen folgt, sondern auch durch den Blick auf erstrebte *venia* und Berufungschancen bestimmt wird (und deren Lektüre oft ermüdend ist), dürfte die Rezeption nicht fördern.

Man kann also für unser Thema jedenfalls feststellen, dass Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in sehr umfangreichem Maße in dem Prozess präsent sind, in dem um das Verständnis der Verfassung gerungen wird.

Das ist im internationalen wie historischen Vergleich nicht selbstverständlich. Es beruht vor allem auf der praktischen Relevanz verfassungsrechtlicher Fragen in einem Verfassungssystem mit umfassender Verfassungskontrolle durch ein Gericht. Vor allem durch die Verfassungsbeschwerde eröffnet sich dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, auf allen Lebensgebieten und in allen Rechtsgebieten Einfluss zu nehmen. Verfassungsrecht ist also relevant in unendlich vielen wirtschaftlichen und sozialen Konflikten, und den hauptberuflichen Experten für dieses Rechtsgebiet wachsen daher Einflusschancen zu. Und diese Expertinnen kommen im kontinentalen Rechtssystem vor allem aus der Wissenschaft. Nur in wenigen Rechtssystemen kann man als Hochschul-lehrer mit Verfassungsrecht Geld verdienen. In Rechtssystemen ohne oder mit nur zurückhaltender richterlicher Verfassungskontrolle wird Verfassungsrecht eher mit geisteswissenschaftlicher oder sozialwissenschaftlicher Tendenz betrieben. Das galt auch für die Weimarer Republik und war ja nicht unfruchtbar.

### III. Verfassungsrechtspolitik zwischen Wissenschaft und Verfassungsgericht

Bei diesem breiten und unablässigen Versuch von Wissenschaftlerinnen, mit Auslegungsvorschlägen auf die Entwicklung von Verfassungsrecht Einfluss zu nehmen, stoßen sie auf einen mächtigen Konkurrenten, das Bundesverfassungsgericht.

Das Verhältnis von Staatsrechtslehre und Verfassungsrechtsprechung ist eng, aber nicht spannungsfrei. In der Festschrift zum 25-jährigen Jubiläum des Gerichts schrieb der Herausgeber Christian Starck: „Verfassungsgerichtsbarkeit weist der Staatsrechtslehre einen Weg aus der gefährlichen Alternative, entweder die jeweilige Staatspraxis bloß zu kommentieren oder sich in spekulativen Konstruktionen zu verlieren.“<sup>9</sup> Aber Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet für die Wissenschaft auch die Gefahr, dass sie sich einerseits darauf beschränkt, Verfassungsjudikatur nachzuvollziehen und andererseits auf das verzichtet, was Starck unzulässig herablassend „spekulative Konstruktionen“ nennt, nämlich Verfassungstheorie. Es ist ja auffällig, dass die deutsche Staatsrechtslehre den Theoretikern einer Verfassungskultur ohne richterliches Prüfungsrecht, nämlich den Weimarer Größen Kelsen, Schmitt, Smend und Heller viel verdankt und im Grunde bis heute von ihrem Vordenken lebt. Deren Theorien entstanden nicht zufällig in einem Verfassungssystem, in dem die Hauptbeschäftigung des Hochschullehrers nicht die

---

<sup>9</sup> Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. V.

Beteiligung an Verfassungsprozessen oder Gutachten, und der wichtigste Gesprächspartner nicht ein Verfassungsgericht war, sondern geistes- und sozialwissenschaftliche Nachbarfächer.<sup>10</sup> Es ist sehr fraglich, ob diese Theorien in einem System mit justiziablem Verfassung entstanden wären. Rudolf Smends Forderung nach einer „elastischen, ergänzenden, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichenden Verfassungsauslegung“<sup>11</sup> war deutlich nicht auf eine justiziable Verfassung bezogen, sondern einer geisteswissenschaftlichen, programmatischen Sicht der Verfassung geschuldet.

Der Vorwurf, die deutsche Staatsrechtslehre beschränke sich darauf, Verfassungsjudikatur nachzuvollziehen, wird in der Tat erhoben.<sup>12</sup> Er ist sehr übertrieben. Die Staatsrechtslehre hat in der Geschichte dem Verfassungsgericht oft vorgedacht und die Wissenschaft verschont das Gericht auch nicht mit Kritik. Aber der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in der Staatsrechtslehre eine größere Maßgeblichkeit zugebilligt als der Rechtsprechung anderer Höchstgerichte in anderen Rechtsfächern, wo gelegentlich erst die Abweichung von der höchst-richterlichen Rechtsprechung den wissenschaftlichen Rang einer Aussage zu begründen scheint. Das deutsche Verfassungsrecht ist in weitem Umfang Präjudizienrecht geworden. Gutes juristisches Handwerk fordert daher,

---

<sup>10</sup> Brun-Otto Bryde, *Programmatik und Normativität der Grundrechte*, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2003, S. 679, 688.

<sup>11</sup> Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, S. 79.

<sup>12</sup> Bernhard Schlink, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1989), S. 161.