

Peter M. Huber

Das Bundes-
verfassungsgericht
und die
Staatsrechtslehre



*Schönburger Gespräche
zu Recht und Staat*

Mohr Siebeck

Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre



Peter M. Huber

Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre

*Schönburger Gespräche
zu Recht und Staat*

Mohr Siebeck

Peter M. Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie der Universität München; er war von 2010–2023 Richter des Bundesverfassungsgerichts im Zweiten Senat, zuständig u.a. für das Völker- und Europarecht, Bund-Länder-Streitigkeiten, das Kommunalrecht und Klageerzwingungsverfahren.

ISBN 978-3-16-164130-5 / eISBN 978-3-16-164131-2
DOI 10.1628/978-3-16-164131-2

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. 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.

Printed in Germany.

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Die spezifische Rolle der Rechtsprechung in Deutschland	2
1. Historische Grundlagen	2
a) 1231–1949	2
b) 1949–	3
2. Bundesverfassungsgericht	4
a) Umfassende Zuständigkeiten	5
b) Konstitutionalisierung des einfachen Rechts	6
c) Beitrag des Bundesverfassungsgerichts	7
3. Die deutsche Staatsrechtslehre	8
III. Der Blick der Staatsrechtslehre auf das Bundesverfassungsgericht	10
IV. Formelle Klammern	13
1. Allgemeines	13
2. Professoren-Richter	13
a) Privilegierung der Professoren-Richter	14
b) Einfluss auf die Rechtsprechung	15
3. Vertretung	16
V. Materielle Symbiose	19
1. Rückgriff auf das Schrifttum	19

2. Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand der Staatsrechtslehre	20
3. Zwischenfazit	22
VI. Drohende Entfremdung	24
1. Europarecht	24
a) Lissabon-Urteil	25
b) PSPP-Urteil	26
2. COVID-19-Pandemie	27
3. Ursachen	29
VII. Der Beitrag der Staatsrechtslehre zur Legitimation der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	31
1. Rechtsprechung als Dritte Gewalt	31
1. Dogmatik als Instrument zur Reduzierung richterlicher Entscheidungsspielräume	32
a) Allgemeines	32
b) Besonderheiten der Verfassungsrechtsdogmatik ...	34
c) Selbstbindung der Rechtsprechung	36
2. Dogmatik als ureigenes Terrain der Staatsrechtslehre	38
VIII. Ausblick	39
Anmerkungen	41

I. Einleitung

Kann die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, wie *Dieter Grimm* es formuliert hat, nicht ohne die Berücksichtigung des Bundesverfassungsgerichts geschrieben werden,¹ so lässt sich das Bundesverfassungsgericht nicht ohne sein Verhältnis zur Staatsrechtslehre erfassen. Dieses konnte über Jahrzehnte als enge und fruchtbare Symbiose beschrieben werden. In den vergangenen 20 Jahren ist eine gewisse Entfremdung allerdings unverkennbar. Das wirft grundlegende Fragen auf.

II. Die spezifische Rolle der Rechtsprechung in Deutschland

1. Historische Grundlagen

Im politischen Leben Deutschlands (und Österreichs) spielt Rechtsprechung, spielen Gerichte, traditionell eine größere Rolle als in allen anderen Staaten Europas. Hier wäre selbst im 18. Jahrhundert, auf dem Höhepunkt des Absolutismus, niemand auf die Idee gekommen, sie als „*en quelque façon nulle*“ zu bezeichnen, wie *Charles de Montesquieu* dies mit Blick auf die englischen Gerichte getan hat.²

a) 1231–1949

Das ist erstaunlich, weil es verfassungsgeschichtlich durchaus Parallelen zwischen England und Deutschland gibt. Wie in England seit der *Magna Carta Libertatum* (1215) wurde auch die „Verfassung“ des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation seit dem 13. Jahrhundert nach und nach durch eine Reihe von „Grundgesetzen“ (*leges fundamentales*) geprägt – das *Statutum in favorem principum* (1231), die Goldene Bulle (1356), den Ewigen Landfrieden (1495) und den Augsburger Religionsfrieden (1555). Anders als in England aber gewannen in Deutschland die Gerichte mit dem ausgehenden Mittelalter durch die infolge des komplexeren und fragmentierteren Verfassungsgefüges und die damit einher gehende stärkere Notwendigkeit, diese „Grundgesetze“ auszulegen, an Bedeutung und auch an Macht. Die beiden Höchstgerichte des Alten

Reichs – das Reichskammergericht in Wetzlar (gegründet 1495)³ und der Reichshofrat in Wien (gegründet 1497) – hatten die Aufgabe, Konflikte zwischen Kaiser, Fürsten, freien Reichsstädten und sonstigen (reichsunmittelbaren) Personen oder Körperschaften beizulegen, und taten dies nicht selten mit einigem Erfolg.⁴ Nur vor dem Hintergrund dieser praktischen Erfahrungen einer politische Macht eindämmenden und rationalisierenden Rechtsprechung – wie fragmentarisch und unzulänglich sie aufs Ganze gesehen auch gewesen sein mag – wird erklärbar, dass *Immanuel Kant* im Jahre 1797 fordern konnte: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“⁵

Dieser „Pfad“ einer Einhegung von Macht durch Recht fand seit dem Ende des 18. Jahrhunderts in der Herausbildung des Rechtsstaates seine Fortsetzung und in den in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufkommenden Oberverwaltungsgerichten bzw. Verwaltungsgerichtshöfen mit dem Preußischen Oberverwaltungsgericht an der Spitze auch einen sichtbaren institutionellen Ausdruck.⁶ Auch wenn die Revolution von 1848/49 scheiterte, so ebnete sie doch den Weg für den historischen Kompromiss zwischen Bürgertum und Monarchie, der die monarchische Exekutive definitiv an die Gesetze des Parlaments band, in dem die Vertreter des Bürgertums den Ton angaben. Eingriffe in Leben, Freiheit und Eigentum bedurften fortan einer gesetzlichen Ermächtigung, und es oblag den (Verwaltungs-)Gerichten, über die Grenzen dieser Ermächtigungen und ihre Einhaltung durch die Exekutive zu wachen.

b) 1949–

Diese Traditionslinie prägt unser staats- und verfassungsrechtliches Denken bis heute, ja sie ist nach 1945 als Reaktion

auf den Zivilisationsbruch des NS-Regimes nicht nur wieder aufgenommen, sondern ausgebaut und perfektioniert worden. In diesem Lichte gesehen erscheinen die Jahre von 1949 bis 1990 als die Zeit einer geradezu fulminanten Optimierung und Perfektionierung des Rechtsstaats.⁷ Das geschah, indem man den Einzelnen und seine Rechte in den Mittelpunkt stellte und ihn, und nicht den Staat oder die Verwaltung zum archimedischen Punkt der Rechtsordnung machte.⁸ In dieser Rechtsordnung würde der Einzelne nie mehr nur Objekt staatlichen Handelns sein, der Staat und seine Verwaltung niemals mehr als ein Mittel, um Sicherheit, Freiheit, Gleichheit und Wohlfahrt der Bürger zu sichern. Das Bundesverfassungsgericht und die deutsche Staatsrechtslehre hatten an diesem Paradigmenwechsel entscheidenden Anteil.

2. Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht ist in gewisser Weise ein Kind des mit dem NS-Regime verbundenen Zivilisationsbruchs.⁹ Seine Vorbilder finden sich in Washington und in Wien.¹⁰ Auch wenn es sich von beiden rasch emanzipiert hat, sind vor allem die Verbindungen nach Wien – anders als jene zum Supreme Court in Washington – heute enger denn je.¹¹ Dass dies etwas mit der gemeinsamen Sprache, Rechtskultur und Geschichte zu tun hat, liegt auf der Hand. Eine wichtige Rolle spielt aber auch die gemeinsame Sozialisation zahlreicher Richterinnen und Richter in Karlsruhe und Wien durch ihre Mitgliedschaft in der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.

a) Umfassende Zuständigkeiten

Ausweislich von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG ist das Bundesverfassungsgericht dazu berufen, den Vorrang der Verfassung durchzusetzen, auch gegenüber dem Gesetzgeber und der ihn jeweils tragenden politischen Mehrheit im Parlament. Die Strahlkraft, die heute von Karlsruhe ausgeht, ist jedoch dem Zusammentreffen mehrerer glücklicher Umstände zu verdanken: dem Willen von Parlament und Regierung, das Grundgesetz wirklich ernst zu nehmen, der nach anfänglichen Zweifeln erfolgreichen Etablierung des Bundesverfassungsgerichts als oberstes Verfassungsorgan des Bundes¹² und seinen sehr weitreichenden Zuständigkeiten.

Unter diesen ist die Urteilsverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 BVerfGG) die wichtigste. Denn sie macht das Gericht – allen Selbstbeschreibungen und Lehrbuchweisheiten, dass es keine Superrevisionsinstanz und nicht Teil des Instanzenzuges sei, zum Trotz – letztlich doch zu einer letzten Instanz mit wenn auch sachlich beschränkter Kontrollzuständigkeit.¹³ Sie eröffnet dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, jede für Deutschland relevante Gerichtsentscheidung auf eine denkbare Verkennung von Bedeutung und Tragweite der Grundrechte sowie auf einen Verstoß gegen das Willkürverbot hin zu überprüfen, was für keine fachgerichtliche Entscheidung – den Gerichtshof der Europäischen Union inbegriffen¹⁴ – von vornherein ausgeschlossen werden kann. Die Urteilsverfassungsbeschwerde war schließlich auch das Vehikel, mit dem die Konstitutionalisierung der zu einem großen Teil noch aus der Kaiserzeit stammenden einfachen Rechtsordnung durchgesetzt werden konnte.

b) Konstitutionalisierung des einfachen Rechts

In materiell-rechtlicher Hinsicht hat vor allem die sukzessive Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, also der Umstand, dass alle Normen des einfachen Rechts so ausgelegt werden müssen, dass sie mit dem Grundgesetz und seinen Wertungen in Einklang stehen müssen, den Hebel dafür geliefert, um die prägende Rolle des Bundesverfassungsgerichts für die Rechtsordnung Realität werden zu lassen. *Fritz Werner*, der erste Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, hat dies für das Verwaltungsrecht bereits 1959 erkannt und in einem Aufsatz im Deutschen Verwaltungsblatt vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“ gesprochen;¹⁵ mit einem Verzug von einigen Jahrzehnten und erheblichem Widerstand in den Fachkreisen hat sich dies nach und nach auch für das Zivil-¹⁶ und das Strafrecht durchgesetzt.

Diese Konstitutionalisierung hat eine Reinterpretation des vielfach noch auf das Kaiserreich oder die Weimarer Republik zurückgehenden Normbestandes im Lichte des (erst) 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes erforderlich gemacht¹⁷ und in der Sache dessen „Vergrundrechtlichung“. Im Zusammenspiel mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes, wurde das einfache Recht konsequent auf die Freiheit und Selbstbestimmung des Einzelnen ausgerichtet, durchdrangen die norminternen Direktiven der Grundrechte nach und nach nahezu jeden seiner Winkel.¹⁸

Die Anerkennung norminterner Direktiven der Grundrechte bei der Auslegung des einfachen Rechts entkräftete zunächst das überkommene Dogma, wonach der Gesetzgeber grundsätzlich frei darüber entscheiden könne, ob er den Einzelnen auch die Möglichkeit einräumt, sich auf

die Einhaltung einer Norm vor Gericht berufen zu können, ihnen also subjektive öffentliche Rechte einräumt oder nicht. Die Einsicht, dass es insoweit weniger auf den Willen des Gesetzgebers, sondern auf die Art und Weise der vom Vollzug des Gesetzes konkret betroffenen (Grund-)Rechte ankommt, bereitete sodann den Weg für eine großzügige Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte.¹⁹ Da Rechtsschutz an die (behauptete) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts anknüpft und sich die subjektiven öffentlichen Rechte infolge der geschilderten Konstitutionalisierung des einfachen Rechts vervielfacht haben, dehnte sich auch die (verwaltungs-)gerichtliche Kontrolle immer weiter aus.²⁰ Der Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis²¹ und die Anerkennung faktischer Grundrechtseingriffe²² haben diese Entwicklung und die Gewichtsverlagerung auf die dritte Gewalt zusätzlich befördert.

c) Beitrag des Bundesverfassungsgerichts

Ohne die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das vielfach die konzeptionellen oder dogmatischen Grundlagen für eine effektive Konstitutionalisierung des einfachen Rechts lieferte, wäre diese freilich kaum so eindrucksvoll gelungen. Das beginnt mit der Festlegung auf einen weiten Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG im *Elfes*-Urteil von 1957,²³ die dem Einzelnen – gewissermaßen zur Subjektivierung des Vorbehalts des Gesetzes – eine Freiheit vor gesetzlosem wie gesetzwidrigem Zwang garantierte,²⁴ findet seine Fortsetzung im *Lüth*-Urteil von 1958, das es ermöglichte, die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Jahre 1900 im Lichte des Grundgesetzes zu reinterpretieren,²⁵ und in zahllosen Entscheidungen zu speziellen Freiheits-²⁶ und Gleichheitsrechten sowie zu

den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG.²⁷

Nicht selten hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die entscheidenden Impulse dabei aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit und dem Schrifttum erhalten. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes waren im Verwaltungsrecht längst anerkannt, bevor sie verfassungsrechtlich „veredelt“ wurden. Auch der wichtigste grundrechtsdogmatische Fortschritt der letzten Jahrzehnte, die Anerkennung des faktischen Grundrechtseingriffs, ist eine Leistung des Schrifttums²⁸ und sodann des Bundesverwaltungsgerichts,²⁹ die erst 20 Jahre später unter massivem Druck des Schrifttums³⁰ auch den Karlsruher Segen erhalten hat.³¹

3. Die deutsche Staatsrechtslehre

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ist ein Zusammenschluss von Professorinnen und Professoren des öffentlichen Rechts aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Seit 2005 hat die Vereinigung auch Mitglieder aus Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Japan oder Taiwan, die eine Position bekleiden, die einer Professur an einer deutschen juristischen Fakultät entspricht und die – so heißt es in § 4 Satz 1 lit. b und c der Satzung – ihre Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Veröffentlichungen auch in deutscher Sprache zum öffentlichen Recht Deutschlands, Österreichs oder der Schweiz nachgewiesen und die ihre Verbundenheit mit der Vereinigung durch mehrmalige Teilnahme an deren Jahrestagungen als Gast belegt haben. Im Oktober 1922 gegründet,³² zählt die Vereinigung heute ca. 800 Mitglieder. Ihre Jah-

restagungen sind – wenn auch in schwindendem Maße – der akademische Höhepunkt des Jahres, auf dem in der Regel die neuen Herausforderungen des öffentlichen Rechts diskutiert werden,³³ Berufungsmarkt und Familientreffen. Ihre frühere etwas steife, stark hierarchische und konservative Aura gehört der Vergangenheit an; die politische Grundierung ist heute eher grün und links.

Es gibt vermutlich wenige wissenschaftliche Vereinigungen, die ihre eigene Historisierung und Kanonisierung so intensiv betreiben wie die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Dabei hat sich namentlich *Helmuth Schulze-Fielitz* als Chronist und Analyst besondere Verdienste erworben. Schon in den 1990er Jahren entwarf er einen akademischen „Stammbaum“ des Fachs, der sich an den Lehrer-Schüler-Verhältnissen im Rahmen der Dissertation und vor allem der Habilitation orientierte,³⁴ 2013 veröffentlichte er eine mittlerweile in zweiter Auflage erschienene Aufsatzsammlung unter dem Titel „Staatsrechtslehre als Mikrokosmos“³⁵ und 2022 über die „Wissenschaftskultur der Staatsrechtslehrer“.³⁶ Dass er auch als Mitherausgeber des im vergangenen Jahr im Auftrag der Vereinigung aus Anlass ihres 100jährigen Bestehens herausgegebenen Sammelbandes „Streitsache Staat“ wirkte,³⁷ versteht sich nachgerade von selbst. In 36 Beiträgen beleuchtet dieser Sammelband die Geschichte der Vereinigung und ihren Wandel im Laufe der Zeit, die Wahl der Themen, die Konflikte und die Außensicht, und vermittelt ein plastisches Bild der Befindlichkeit der Staatsrechtslehre im ersten Viertel des 21. Jahrhunderts.

III. Der Blick der Staatsrechtslehre auf das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht ist für die Staatsrechtslehre vielleicht nicht die Sonne, um die sie kreist.³⁸ Zentraler Bezugspunkt für die akademische Forschung, der Orientierung ermöglicht und an dem man sich auch reiben kann, ist es jedoch zweifellos. Vom Bundesverfassungsgericht zitiert zu werden, erfreut den Staatsrechtslehrer und macht ihn auch ein bisschen stolz.³⁹ *Grosso modo* trifft es die Sache, wenn *Herrmann Pünder* in seinem Beitrag zu der eingangs erwähnten Festschrift feststellt:

„Eines Tages am Bundesverfassungsgericht wirken zu dürfen, ist für viele ein Traum. Dass man hinnehmen muss, dass es zu einem Berufswechsel kommt, der die für die Wissenschaft so typische – und für die Eingebung (Max Weber) so wichtige akademische und persönliche Freiheit (die ‚würdevolle Muße‘ im Sinne von *Henry James*) kostet, hat nicht nur äußerliche Gründe. Vielmehr gilt die Berufung an das Bundesverfassungsgericht auch als ‚Krönung einer wissenschaftlichen Karriere‘. Denn das Grundgesetz gilt – was *Rudolf Smend* schon 1962 betonte – ‚praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne‘. Die Staatsrechtswissenschaft wurde – so *Bernhard Schlink* – durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ‚entthront‘ (wenn sie denn je auf dem ‚Thron‘ saß).“⁴⁰

Wie dem auch sei: Die Staatsrechtslehre ist an ihrer Entthronung – wenn es sie denn je gegeben hat⁴¹ – jedenfalls nicht unschuldig. Große Teile der Staatsrechtslehrer haben, nicht anders als Beamte und Richter, an der Negierung des Rechts-