

B u c h r e z e n s i o n

Grimm, Dieter (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2019, 424 S., 89,- €.

I. Einleitung

Im Jahr 1989 bescheinigte *Bernhard Schlink* der deutschen Staatsrechtswissenschaft, „inhaltlich im Bann des BVerfG“ zu leben und den Entscheidungen des höchsten Gerichts „eher nach als voraus“ zu arbeiten. *Schlink* beschrieb diesen Prozess der „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“ mit dem griffigen Topos des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“.¹ Anders als insbesondere die Zivil- und Strafrechtswissenschaft, die ihren Stand und ihr Selbstverständnis durch die Entstehung von Kodifikation (BGB, StGB) und Gerichtsbarkeit (Reichsgericht) schon früh überdenken und eine Balance zwischen konstruktiver Befolgung des Gesetzes und selbstbewusst-kritischem Umgang zur Rechtsprechung finden mussten, stand die Staatsrechtswissenschaft nach *Schlinks* historischer Argumentation erst verhältnismäßig spät, nämlich mit der Gründung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) 1952, vor dieser Herausforderung: Es entstand nun eine Situation, in der die Staatsrechtslehre nicht mehr frei, alleine auf Basis von kodifizierten, der gedanklichen Konstruktion Raum lassenden Verfassungen Dogmatik hervorbringen konnte, sondern unvorbereitet auf eine ex cathedra sprechende Autorität traf, zu der sie in den vorigen Jahrzehnten und Jahrhunderten kein produktiv-selbstbewusstes Verhältnis hatte aufbauen können und müssen. Die Folge war laut *Schlink* ein unkritisches Nachzeichnen der Rechtsprechung ohne methodische Ernsthaftigkeit oder dogmatische Strenge, die zur Selbstmarginalisierung der Staatsrechtswissenschaft führte.

Schlinks These findet bis heute ein breites Echo, allerdings ist gerade in jüngeren Veröffentlichungen eine gewisse Skepsis oder sogar Ablehnung auszumachen.² Denn: Auch wenn *Schlinks* historische Herleitung im Grundsatz trägt, lässt sie doch gerade den Kern seiner These, nämlich den behaupteten Gerichtspositivismus der Staatsrechtslehre seit 1952, unbelegt; *Schlink* liefert außer Andeutungen keine gründliche Untersuchung des Verhältnisses von Wissenschaft und Rechtsprechung im bundesrepublikanischen Staatsrecht. Bis auf vereinzelte Untersuchungen insbesondere aus den letzten Jahren bleibt daher die Frage, die *Frieder Günther* in diesem Zusammenhang mit Blick auf die Frühphase der

Bundesrepublik formuliert hat, aufs Ganze gesehen unbeantwortet: „Wer beeinflusst hier wen?“³

II. Konzeption

Vor diesem Hintergrund ist es schlüssig und bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, dass *Dieter Grimm* in dem von ihm herausgegebenen Band „Vorbereiter – Nachbereiter?“ Aufsätze insbesondere jüngerer Autoren zu besonders innovativen, aus dem Grundrechtsbereich stammenden bundesverfassungsgerichtlichen Urteilen versammelt, die vor dem Hintergrund der oben genannten Fragestellung untersucht werden. Behandelt werden die Urteile und Beschlüsse BVerfGE 6, 32 – Elfes (S. 9 ff.), BVerfGE 7, 198 – Lüth in gleich drei Aufsätzen (S. 39 ff., 73 ff., 99 ff.), BVerfGE 39, 1 – Fristenlösungsurteil (S. 161 ff.), BVerfGE 12, 205 und 35, 79 – Fernsehurteil und Hochschulurteil (S. 193 ff.), BVerfGE 53, 30 – Mühlheim-Kärlich (S. 261 ff.) und BVerfGE 53, 30 und 120, 74 – Volkszählungsurteil und Online-Durchsuchungsurteil (S. 307 ff.). Mehrere Urteile werden in Aufsätzen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 131 ff.) und zur Methode der Grundrechtsinterpretation (S. 339 ff.) beleuchtet. Eine Einleitung (S. 3 ff.) und ein bilanzierendes Schlusswort (S. 397 ff.) aus der Feder des Herausgebers rahmen die Abhandlungen ein.

Allgemein gehaltene Ansätze zur zeitgeschichtlichen Perspektive auf bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen finden sich nicht. Dies fällt allerdings kaum negativ ins Gewicht, hätten derlei Ausführungen den Band wohl überfrachtet und finden sich entsprechende Überlegungen doch bereits in dem von *Florian Meinel* ungefähr zeitgleich herausgegebenen Band über das Bundesverfassungsgericht der Bonner Jahre.⁴ Die Erkenntnisse aus den dortigen Abhandlungen konnten bei *Grimm* allerdings nur teilweise im Rahmen grober Fußnotenverweise berücksichtigt werden. Überschneidungen zu *Meinels* Band ergeben sich kaum; lediglich das Elfes-Urteil wird sowohl bei *Meinel* als auch bei *Grimm* behandelt. Auch die Begrenzung auf Grundrechts-Judikate ist schlüssig: Ein weiterer Untersuchungsrahmen hätte kaum zur Übersichtlichkeit und Homogenität innerhalb Bandes beigetragen; ferner wird in sinnvoller Weise Raum für künftige Forschung gelassen.

III. Inhalt⁵

Hannah Birkenkötter weist für das Elfes-Urteil nach, dass sich alle Bestandteile des Judikats bereits in der zeitgenössi-

¹ *Schlink*, Der Staat 28 (1989), 161; siehe auch *Schlink*, JZ 2007, 157.

² Pars pro toto *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (6 ff., 79); siehe zum „wissenschaftsorientierten“ BVerfG *Jestaedt*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 2019, S. 77 (124 ff.).

³ *Günther*, in: v. Ooyen/Möllers, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 205 ff. Diese Frage wird gerade in letzter Zeit auch im Verwaltungsrecht gestellt; vgl. hierzu pars pro toto *Kahl/Mager*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019; *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020; *Durner*, DV 48 (2015), 203 ff.

⁴ *Meinel*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, 2019.

⁵ Im Folgenden wird nur auf ausgewählte Aufsätze aus dem besprochenen Band eingegangen.

schen staatsrechtlichen Literatur finden. Die *Autorin* untersucht insbesondere Schriften von *Hans Peters* (Stichwort: Persönlichkeitskerntese), *Friedrich Klein*, *Dieter Haas* und *Günter Dürig*, die bezüglich der Fragen, ob Art. 2 Abs. 1 GG ein Grundrecht darstellt, welchen Rang es im Gefüge des Grundrechtsteils einnimmt, wie weit dessen Schutzbereich zu fassen ist und dessen Schranken zu verstehen sind, zwar das Bild einer zerstrittenen Wissenschaftslandschaft vermitteln (S. 1 ff. [Fazit: 23]); die wesentlichen Weichenstellungen des Elfes-Urteils, das Art. 2 Abs. 1 GG als Hauptfreiheitsrecht definiert, finden sich aber bereits in den frühen Grundgesetz-Kommentaren bzw. wurden in weiteren Aufsätzen beschrieben, wenngleich diese in den Urteilsgründen nicht zitiert werden.

Paolo Ramadori weist der Staatsrechtslehre bezüglich des Verständnisses der Grundrechte als objektive Wertordnung durch das Lüth-Urteil ebenfalls eine „vorbereitende Rolle“ (S. 71) zu. Er untersucht die staatsrechtliche Literatur ab der Weimarer Zeit (S. 40 ff.). Besonders aufschlussreich ist *Ramadoris* Untersuchung des Urteilstextes und die Rückführung von dessen Bestandteilen auf bereits vorher von der Wissenschaft geäußerte Ideen (S. 57 ff.). Der Blick in die Akten des BVerfG⁶ war dem *Verf.* zur Überprüfung seiner Thesen nicht mehr möglich (S. 57 f. Fn. 131) – auch die indizienhafte Herleitung aus den Urteilsgründen und den dortigen (fehlenden) Zitationen hat aber ihren Reiz: Ein deutlicher Einfluss auf die endgültige Urteilsfassung ist ausweislich mancher Formulierungen aus dem Urteil sowie Zitationen *Friedrich Klein* zuzuweisen. Ein Einfluss *Günter Dürigs* auf die Urteilspassage zur objektiven Wertordnung der Grundrechte ist hingegen nicht festzustellen. Eine *Smendsche* Prägung des Urteils ist nur in manchen Teilen der Argumentation auszumachen. Auf Basis biografischer Betrachtungen (S. 60 f.) weist *Ramadori* dem Bundesverfassungsrichter *Josef Wintrich* einen großen Einfluss auf die wertbezogene Argumentation des BVerfG zu.

Vorhersehbarer, aber ähnlich lesenswert, geraten *Andreas Kulicks* Ausführungen zur im Lüth-Urteil begründeten Drittwirkung der Grundrechte, die sich schwerpunktmäßig mit der unmittelbaren Drittwirkung nach *Hans Carl Nipperdey*, dem Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts (BAG), der mittelbaren Drittwirkung nach *Günter Dürig* und der *Smendschen* Integrationslehre beschäftigen (S. 80 ff., 84 f., 85 ff.). Alle drei der genannten Rechtswissenschaftler ordnet *Kulick* als Vorbereiter der bundesverfassungsgerichtlichen Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung ein. *Christian A. Djeffal* legt den Fokus seines Aufsatzes zum Lüth-Urteil schließlich auf die Ausstrahlungs- und Wechselwirkung der Grundrechte.

Peter Staubach zeichnet in seinem Aufsatz die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach und legt hier nachvollziehbarerweise einen Fokus auf das Apothekenurteil – BVerfGE 7, 377 (S. 136 ff.). Die neuen Erkenntnisse *Fabian Michls* hierzu konnten aber leider nicht mehr verwertet werden.⁷ Systematisierende Vor- und Nacharbeiten der Wissen-

schaft macht *Staubach* in den Schriften *Herbert Krügers*, *Ulrich Scheuners*, *Peter Lerches* und *Manfred Gentz* aus.

Sebastian Hartwig erkennt wesentliche Vorarbeiten zur Entfaltung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren im Mühlheim-Kärlich-Beschluss in den Schriften *Ferdinand O. Kopps*, *Karl A. Bettermanns*, *Peter Häberles* und *Konrad Hesses* (S. 266 ff.). *Kopp* stellte den Bezug von Verfassungs- zu Verwaltungsverfahrensrecht als erster nicht allein über Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, sondern auch über Grundrechte – genauer: über die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG und den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG – her. *Bettermann* wandte sich bereits 1959 gegen die seiner Ansicht nach verfehlte Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Recht. Erhebliche Vorarbeiten zum späteren Beschluss des BVerfG leistete insbesondere *Peter Häberle*, als er auf der Staatsrechtslehrertagung 1972 seine Vorstellung eines status activus processualis entfaltete. Voraussetzung der Entwicklung dieses „grundrechtliche[n] *due process*“⁸ war die Modifikation des klassischen Grundrechtsverständnisses hin zu einer Anerkennung objektiv-rechtlicher Dimensionen, deren Entdeckung insbesondere in den Schriften *Konrad Hesses* auszumachen ist. Wenngleich *Häberle* im Mühlheim-Kärlich-Beschluss nicht zitiert wird, kann *Hartwig* durch Analyse der Sondervoten *Simon* und *Heußner* einen erheblichen Einfluss *Häberles* auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung nachweisen (S. 278).

In seinem bilanzierenden Nachwort schließt *Dieter Grimm* den Gedanken, „dass die Verfassungsrechtswissenschaft die Verfassungsrechtsprechung bei wichtigen Entscheidungen allein gelassen hat“ von vorneherein aus (S. 397). Betrachte man die untersuchten Urteile, sei bei den wenigsten eine völlig fehlende Vorarbeit der Verfassungsrechtswissenschaft auszumachen (im Einzelnen: S. 399 ff.). Die Rechtsprechung konnte sich durchweg auf verfassungsrechtswissenschaftliches Material stützen, das freilich „in unterschiedlicher Vielfalt und Dichte“ (S. 416) zur Verfügung stand. Dennoch weist *Grimm* die *Schlinksche* These der „Entthronung“ der Verfassungsrechtswissenschaft nicht vollständig zurück (S. 416): „Was sich dagegen bis zu einem gewissen Grad bestätigt, ist die Bereitschaft der Verfassungsrechtswissenschaft, sich nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf den Boden der Rechtsprechung zu stellen und von dieser Ausgangssituation weiterzudenken.“

IV. Bewertung und Fazit

Der von *Dieter Grimm* herausgegebene Sammelband liefert erhellende Beiträge zur Verfassungsrechtsgeschichte der Bundesrepublik. Manche Beiträge bereiten bereits bekannte Wechselwirkungen zwischen Wissenschaft und Praxis gründlich auf, andere rekonstruieren bisher kaum diskutierte Einflüsse zwischen beiden Sphären. Fazit: Die Rede vom „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ muss jedenfalls modifiziert werden.

Auch *Grimms* differenzierte Bilanz am Ende des Bandes überzeugt. Der Leser vermisst hier jedoch neben den lesens-

⁶ Siehe hierzu § 35b Abs. 5 S. 2 BVerfGG, § 43 DRiG.

⁷ *Michl*, JöR N.F. 68 (2020), 323 (323 ff.).

⁸ *Häberle*, VVDSRL 30 (1972), 43 (81) – *Hervorhebung* im Original.

werten allgemeineren Ausführungen *Grimms* zum Verhältnis zwischen Verfassungsrechtsprechung und -wissenschaft einen persönlicheren und konkreteren Zugriff auf die Thematik: Wie hat *Grimm* selbst als Verfassungsrichter⁹ – der freilich zur Gruppe der „Professorenrichter“ zählte (hierzu: S. 398) – auf Literatur zugegriffen? Welche Anstöße hat er aufgenommen? Wie entschied sich, welche Literaturzitate in die Urteilsgründe bzw. in Sondervoten (Stichwort: Reiten im Walde¹⁰) aufgenommen wurden? Ein derartiger Einblick aus dem Inneren der Institution hätte den Band wirkungsvoll abrunden können. Diesen Zweck erfüllt natürlich auch *Grimms* allgemeine Bilanz im Grundsatz, wenngleich zu fragen wäre, ob manche Ausführungen, wie etwa zu den unterschiedlichen Funktionen von Verfassungsrechtswissenschaft und -praxis oder zur Dogmatik als gemeiner Interaktionsraum beider Sphären (S. 416 ff.), am Anfang des Sammelbandes nicht besser aufgehoben wären. Gleiches gilt für die von *Roßbach/Wischmeyer* in ihrem Beitrag vorgeschlagene und von *Grimm* unterstützte Transferanalyse (S. 194 ff. bzw. S. 420) im Gegensatz zur Metapher des Dialogs, die *Djeffal* favorisiert (S. 129 f.). Derartige Begriffsgrundlegungen hätten eher zu Beginn diskutiert werden sollen.

Am äußerst positiven Gesamteindruck ändert dies indes wenig: *Grimms* Sammelband liefert wertvolle Erkenntnisse und ist für fortgeschrittene Leser, die sich für das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis im Staatsrecht interessieren, ebenso geeignet wie für Studierende, die sich mit dem Grundrechtsteil der Verfassung in intensiverer Weise vertraut machen wollen.

Wiss. Mitarbeiter Paul Hüther, Heidelberg

⁹ Vgl. auch *Grimm*, „Ich bin ein Freund der Verfassung“, 2017, S. 119 ff.

¹⁰ BVerfGE 80, 137 (164 ff.).