

## EDITORIAL

### Die Staatsrechtswissenschaft bei Anbruch der Dämmerung

Mit der Konstituierung des 19. Deutschen Bundestages am 24. Oktober 2017 tritt die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik in eine neue Phase. Abgesehen von der KPD, die schon nach der 2. Bundestagswahl mit gut 2 % Stimmenanteil aus dem parlamentarischen Leben verschwand, werden wir es im Parlament zum ersten Mal mit einer Partei zu tun haben, die zumindest in wesentlichen Teilen die verfassungsrechtliche Systemfrage stellt. Immerhin wird die neue Fraktionschefin undementiert (und unbedauert) mit einer Äußerung zitiert, in der nicht zuletzt von der „korrumpierten Judikative (Bundesverfassungsgericht)“ die Rede ist.<sup>1</sup> Ein stellvertretender Fraktionschef forderte nach einer Demonstration gegen seine Partei, den Demonstranten die Meinungsfreiheit abzuerkennen.<sup>2</sup> So fügt sich das Ergebnis zwanglos in einen globalen Trend, der in Ungarn, Polen, der Türkei, in Indien und Venezuela, abgeschwächt auch in Japan, den USA oder Israel zu beobachten ist. Im Namen eines ethnischen Volksbegriffs, für den Zugehörigkeit dezidiert nicht über die Rechtsform der Staatsangehörigkeit vermittelt ist, richtet er sich gegen politische und ethnische Minderheiten und deren Schutz durch Rechte, gegen die internationale Vergemeinschaftung, gegen eine unabhängige Justiz, die politisch angegriffen und institutionell ausgehöhlt werden soll, und gegen eine offene Medienlandschaft. Haben diese Entwicklungen für die deutsche Staatsrechtswissenschaft Relevanz? Schuldet sie darauf neue Fragen und Antworten?

Man mag die Frage verneinen. Schließlich muss sich eine Wissenschaft nicht nach politischen Konjunkturen richten. Für die deutsche Staatsrechtswissenschaft, die seit jeher mit beiden Beinen im praktischen Geschäft stand, wäre das freilich eine erstaunliche Option. Man mischt nur so lange mit, wie es nicht ums Ganze geht. Näher liegt es, dass die Wissenschaft dem System, das sie erforscht, eine, wenn auch kritische Mindestloyalität schuldet. Dass Loyalität und Kritik sich ausschließen, ist noch nicht einmal für geschlossene Glaubensgemeinschaften zutreffend.<sup>3</sup> Gerhard Anschütz formulierte bekanntlich anlässlich seines freiwilligen Ausscheidens aus dem Dienst nach der Machtergreifung: „Aufgabe des Staatsrechtslehrers ist nicht nur, den

<sup>1</sup> „Diese Schweine sind nichts anderes als Marionetten der Siegermächte“, Die Welt v. 9.9.2017.

<sup>2</sup> Pressemitteilung AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag v. 20.10.2017, AfD-Fraktionsvize kritisiert geplante Großdemonstration in Berlin.

<sup>3</sup> Klaus Mertes, *Widerspruch aus Loyalität*, 2009.

Studierenden die *Kenntnis* des deutschen Staatsrechts zu übermitteln, sondern auch, die Studierenden im Sinn und Geist der geltenden Staatsordnung zu erziehen. Hierzu ist ein hoher Grad innerlicher Verbundenheit des Dozenten mit der Staatsordnung nötig.<sup>4</sup>

Mit Anschütz lässt sich freilich nicht nur ein Lösungsweg beschreiben, sondern auch das nächste Problem. Denn in seinen Erinnerungen sind die politischen und intellektuellen Entwicklungen der Weimarer Republik irritierend abwesend. Zur Frage, warum sie untergegangen ist, wird man hier wenig erfahren. Anschütz war es auch, der den preußischen Verfassungskonflikt mit dem berühmtem Diktum kommentierte, das Staatsrecht höre hier auf,<sup>5</sup> der also die dogmatische Arbeit am Begriff im Angesicht eines übermächtigen Teils der Staatsgewalt einstellte und sich auch nicht in der Lage sah, sie theoretisch fortzusetzen. Von Anschütz lässt sich also auch lernen, dass die systematische Ausdeutung des geltenden Rechts weder wissenschaftlich noch staatspolitisch hinreicht, selbst wenn man der Ordnung loyal ist. Folgerichtig bleiben von der Weimarer Epoche gerade die Debatten in Erinnerung, die sich um die Klärung der Legitimationsgrundlagen der Ordnung bemühten.

Eine solche Klärung setzt auch einen gewissen Sinn für das Funktionieren politischer Institutionen voraus. Symptomatisch für eine bisher missglückte Diskussion ist die Frage von Volksabstimmungen auf Bundesebene. Zunächst wurden diese mit einem recht pauschalen Hinweis auf die Weimarer Debatte zumeist abgelehnt. Als sich herausstellte, dass die Weimarer Verfassungsgeschichte ein solches Urteil nicht unbedingt hergibt,<sup>6</sup> wurde die Frage langsam zu den Akten gelegt. Heute äußern sich mehr und mehr Verfassungsrechtler zu ihren Gunsten, namentlich mit dem Anliegen, dadurch die demokratische Legitimation der europäischen und internationalen Einbindung der Bundesrepublik zu erhöhen. Die damit gemachte Behauptung, verfassungsändernde Mehrheiten seien weniger demokratisch als eine Abstimmung (ab welchem Quorum ?), ist theoretisch voraussetzungsreich.<sup>7</sup> Schon die Unterscheidung „direkt/indirekt“ führt in die Irre. Wichtig erscheint auch, dass Verfassungsrechtler in diesen wie in vielen anderen Fragen mehr bieten müssen als verfassungsrechtliche Argumente. Wenn die institutionelle Logik von Volksabstimmungen gerade bei sehr stark umstrittenen, knapp entschiedenen Fragen zu einer Radikalisierung der Gewinnerseite führt, die es ausschließt, die andere Seite einzubinden und nach vermittelnden Lösungen zu suchen, dann ist diese politische Legitimitätsprämie des Plebiszits ein Thema, mit dem man sich auseinandersetzen muss. Die Vorstellung, es gebe einen sauberen Be-

<sup>4</sup> Zitiert bei *Gerhard Anschütz*, *Aus meinem Leben*, 2. Aufl. 2008, S. 328 f. Dazu *Werner Heun*, *Gerhard Anschütz (1867–1948)*, in: Stefan Grundmann et al. (Hrsg.), *FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, S. 455 (456).

<sup>5</sup> *Gerhard Anschütz*, *Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen*, *VerwArch* 14 (1906), S. 315 (339).

<sup>6</sup> *Christian Pestalozza*, *Der Populärvorbehalt*, 1981.

<sup>7</sup> Notwendig wäre eine Auseinandersetzung mit *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie*, in: *FS Eichenberger*, 1982, S. 301.

stand an Normen, um dessen Kontaminierung in der politischen Realität sich andere („empirische“) Fächer zu kümmern hätten, ist eben nicht nur politisch wenig verantwortlich, sondern auch methodisch völlig unzureichend.

Immerhin kann man konstatieren, dass das Interesse an historischen und theoretischen Grundlagen des Verfassungsrechts eher zu- als abnimmt, ohne sich deswegen der Illusion hingeben zu müssen, dass dies als Beitrag des Faches hinreiche. Ein Ansatzpunkt für die Fortführung der Diskussion könnte die Idee der streitbaren Demokratie sein. Diese wurde bisher sehr verkürzt auf das Parteiverbotsverfahren enggeführt, aber vieles spricht dafür, dass dieses für die Debatten, die wir heute führen müssen, keine zentrale Rolle spielen wird. Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.1.2017 wird eine orientierende Funktion zukommen, etwa bei der Frage, welcher Volksbegriff sich mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung vereinbaren lässt.<sup>8</sup> Der systematische Wert der Entscheidung ist nicht zu unterschätzen und wird leicht plausibel, wenn man sich zum Vergleich Art. 2 EUV anschaut, eine Norm, die so viele „Werte“ lose aneinanderreihet, dass letztlich axiomatisch unklar bleiben muss, was sie genau schützt.<sup>9</sup> Für das deutsche Verfassungsrecht liegt die nächste Aufgabe aber darin, den Gedanken der streitbaren Demokratie zu verallgemeinern und an anderen Stellen des demokratischen Prozesses seiner Bedeutung nachzugehen. Dazu gehören die weiterhin unterbelichtete Reichweite der Pflichten politischer Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG und die Frage, wie diese kontrolliert und durchgesetzt werden können, ebenso wie eine konsistentere Durchdringung wahlrechtlicher Vorgaben.<sup>10</sup> Ein eigentümliches Eigenleben spielt in diesem Zusammenhang das Medienrecht. Auf der einen Seite steht im Kern der Dogmatik der Rundfunkfreiheit der Schutz der demokratischen Öffentlichkeit.<sup>11</sup> Auf der anderen Seite wird die Frage, wie sich dieser Zusammenhang in digitale Strukturen der Öffentlichkeit übersetzen und wie sich diese Übersetzung wiederum in die Konzeption der streitbaren Demokratie einfügen lässt, zu wenig und wenn, sehr technisch behandelt, ohne die allgemeinen Kontexte einzubeziehen.<sup>12</sup>

Diese und vergleichbare Fragestellungen sind zunächst defensiv – es geht um Verfassungsrecht als Schutz vor einer politischen Bedrohung. Aber vielleicht hat die Disziplin auch einen positiven Beitrag zu leisten, also zur Akzeptanz und Verbesserung des demokratischen Rechtsstaats beizutragen. Dazu sollte man sich zunächst nicht zu schade sein, den akademischen Kontext gelegentlich zu verlassen. Hermann Heller kam aus der Volkshoch-

<sup>8</sup> BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Tz. 635.

<sup>9</sup> Dazu *Christoph Möllers/Linda Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union. Studie zu einem Dilemma, 2017 (i. E.).

<sup>10</sup> Vgl. die wichtige Problemanalyse bei *Sophie Schönberger/Christoph Schönberger*, Der falsche Kandidat, F.A.Z. v. 13.7.2017.

<sup>11</sup> BVerfGE 90, 60 (87 f.).

<sup>12</sup> Vgl. aber jetzt *Stefan Magen*, Kontexte der Demokratie: Parteien – Medien – Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), sub IV., 1.

schulbewegung und seine allgemeinbildenden Beiträge zur politischen Theorie sind heute noch lesenswert. Aber natürlich wird es zuvörderst darum gehen, die politischen Institutionen mit wissenschaftlichen Instrumenten auf Reformierbarkeit zu untersuchen. Der amerikanische Politikwissenschaftler Jeffrey Greene hat angesichts der Tatsache, dass sehr viele Menschen als Zuschauer am politischen Prozess teilnehmen, ohne wirklich zu glauben, sie hätten auf diesen Einfluss, den Vorschlag gemacht, den politischen Wert des „Candour“<sup>13</sup>, der Freimütigkeit, in die institutionelle Diskussion einzuführen. Damit meint er, dass Inhaber politischer Herrschaftsgewalt nicht selbst kontrollieren dürfen, wie sie sich in der Öffentlichkeit darstellen. Jenseits des Schutzes der Meinungsfreiheit verweist dies in Deutschland zurück auf die Öffentlichkeit im parlamentarischen Regierungssystem.<sup>14</sup> Hier erhält das Parlament seinen institutionellen Mehrwert gegenüber einer überinformierten Öffentlichkeit durch die öffentliche Befragung der Regierung – und zwar in einer Art und Weise, die die Regierung nicht kontrollieren kann. Davon kann im deutschen System nicht die Rede sein. Wie in der Geschäftsordnungsdebatte der konstituierenden Sitzung richtig festgestellt wurde,<sup>15</sup> beantwortet die Bundeskanzlerin nur Fragen in der Bundespressekonferenz, nicht aber im Deutschen Bundestag. Wohlgemerkt: Diese Diskussion ist uralte. Aber vielleicht bestand in der Stabilität der frühen und mittleren Bundesrepublik auch nicht die Not, sie zu Ende zu führen.

Dass Verfassungsrechtler im Recht die Lösung für politische Probleme sehen, gehört zu ihrer unvermeidlichen *déformation professionnelle*. Die Gefahr, die sich in der aktuellen Situation daraus ergibt, liegt darin, in einer durchaus traditionsreichen Denkbewegung Recht und Politik gegeneinander auszuspielen. Wenn die Europäische Kommission das von ihr initiierte neue Instrument zur Abwehr von Verfassungskrisen in den Mitgliedstaaten ausdrücklich auf den Rechtsstaat bezieht,<sup>16</sup> scheint sie damit stillschweigend anzuerkennen, dass die Vorgänge in Polen und Ungarn zwar das Rechtssystem gefährdeten, aber doch demokratisch seien. Das ist nicht nur politisch gefährlich, sondern auch systematisch unzutreffend. Abgesehen davon, dass man lange suchen muss, um einen funktionierenden Rechtsstaat auszumachen, der nicht auch demokratisch ist (das einzige Standardbeispiel Singapur erscheint nicht zwingend), schützt eine Demokratie notwendig nicht nur aktuelle, sondern auch künftige Mehrheiten. Wo es keine

<sup>13</sup> Jeffrey Greene, *The Eyes of the People. Democracy in an Age of Spectatorship*, Oxford 2010.

<sup>14</sup> Dazu demnächst grundlegend: Florian Meinel, *Das Selbstorganisationsrecht der Verfassungsorgane. Untersuchungen zu einem Problem des parlamentarischen Regierungssystems*, Habilitation an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2018.

<sup>15</sup> Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 1. Sitzung, 24. 10. 2017, Plenarprotokoll 19/1, S. 7 (Abg. Korte, Die Linke).

<sup>16</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final, 11. 3. 2014.

Opposition gibt, herrscht keine Demokratie. Und umgekehrt setzen die zentralen Institutionen des Rechtsstaats wie die Unabhängigkeit der Justiz auf einem politischen Einverständnis auf. Die Arbeit am Schutz des Rechtsstaats ist – das wussten dessen große Proponenten im 19. Jahrhundert sehr genau – notwendig auch eine politische Arbeit.

*Christoph Möllers*