

ZfP Zeitschrift für Politik



In Zusammenarbeit mit der Hochschule für Politik München
Bavarian School of Public Policy

Hein | Petersen | von Steinsdorff (Hrsg.)

Die Grenzen der Verfassung

Sonderband 9



Nomos

ZfP Zeitschrift für Politik

In Zusammenarbeit mit der Hochschule für Politik München –
Bavarian School of Public Policy

Gegründet im Jahre 1907 durch Adolf Grabowsky und Richard Schmidt

Herausgeber: Prof. Dr. **Maurizio Bach**, Universität Passau; Prof. Dr. Dr. **Manfred Brocker**, Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt; Prof. Dr. **Eugénia da Conceição-Heldt**, Hochschule für Politik München; Prof. Dr. **Nils Goldschmidt**, Universität Siegen; Prof. Dr. **Anna-Bettina Kaiser**, Humboldt-Universität zu Berlin; Prof. Dr. **Jens Loenhoff**, Universität Duisburg-Essen; Prof. Dr. **Carlo Masala**, Universität der Bundeswehr München; Prof. Dr. Dr. h.c. **Heinrich Oberreuter**, Universität Passau; Prof. Dr. **Joachim Scholtyseck**, Universität Bonn; Prof. Dr. **Roland Sturm**, Universität Erlangen-Nürnberg

Redaktion: Dr. **Andreas Vierecke**, Hochschule für Politik München

Wissenschaftlicher Beirat: Prof. Dr. **Alain Besançon**; Prof. Dr. Dr. h.c. **Werner Gumpel**; Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Peter Häberle**; Prof. Dr. **Hans Mathias Kepplinger**; Prof. Dr. **Peter Graf Kielmansegg**; Prof. Dr. Dr. h.c. **Gottfried-Karl Kindermann**; Prof. Dr. Dr. h.c. **Hermann Lübke**; Prof. Dr. **Harvey C. Mansfield**; Prof. Dr. **Julian Nida-Rümelin**; Prof. Dr. Dr. h.c. **Dieter Oberndörfer**; Prof. Dr. Dr. h.c. **Hans Jürgen Papier**; Prof. Dr. **Fritz Plasser**; Prof. Dr. **Roberto Racinaro**; Prof. Dr. **Alois Riklin**; Prof. Dr. **Hans Heinrich Rupp**; Prof. Dr. **Manfred G. Schmidt**; Prof. Dr. **Charles Taylor**; Prof. Dr. **Barbara Zehnpfennig**

Zeitschrift für Politik

Sonderband 9

Michael Hein | Felix Petersen | Silvia von Steinsdorff (Hrsg.)

Die Grenzen der Verfassung



Nomos

Diese Publikation wurde finanziell gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4947-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9159-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Die Grenzen der Verfassung – zur Einführung in das Thema	7
<i>Michael Hein, Felix Petersen und Silvia von Steinsdorff</i>	
Verfassungsrecht und vergleichende Politikwissenschaft – an den Grenzen der Disziplinen	15
<i>Ran Hirschl</i>	
I. Grenzen der Verfassungsgebung	31
Radikale Demokratie und Verfassungsstaat. Jean-Jacques Rousseau und die Grenze konstitutioneller Souveränität	33
<i>Felix Petersen</i>	
Von der umstrittenen Verfassung zur streitbaren Verfassung: Otto Kirchheimers verfassungspolitische Grenzziehungen während der Weimarer Republik	55
<i>Hubertus Buchstein</i>	
Für immer und ewig? Zur Kodifikation von »Ewigkeitsklauseln« in aktuellen Verfassungen	69
<i>Michael Hein</i>	
II. Grenzen der Effektivität und Präzision von Verfassungen	85
Soziale Beschleunigung als Grenze staatlicher Steuerungsfähigkeit? Zur Zeitgebundenheit von Staatsgewalt	87
<i>Nils J. Janson</i>	
Verfassungen in pluralistischen Demokratien. Unbestimmtheit als politische Ressource	103
<i>Manon Westphal</i>	
Verfassungsrechtliche Leitbilder als (unterschätztes) Präzisierungsinstrument im Verfassungsrecht?	121
<i>Simone Szczerbak</i>	
Demokratischer Rechtsstaat und liberale Demokratie: unscharfe Grenzen im europäischen Verfassungsraum	139
<i>Silvia von Steinsdorff</i>	

III. Grenzen der Legitimität von Verfassungen	153
An den Grenzen des Verfassungsstaates. Was Verfassungen (und Verfassungsgerichte) regeln können – und was nicht	155
<i>Uwe Kranenpohl</i>	
Notwehr als Legitimationsquelle staatlichen Handelns? Eine Sondierung	171
<i>Annette Förster und Matthias Lemke</i>	
Die Legitimität demokratischer Verfassungen – ein Vorschlag zur empirischen Bestimmung	185
<i>Toralf Stark, Theresia Smolka und Susanne Pickel</i>	
IV. Diesseits und jenseits nationalstaatlicher Verfassungsgrenzen	207
Grenzen der Landesverfassungen	209
<i>Fabian Wittreck</i>	
Machtbegrenzung durch Gewaltenteilung als europäischer Verfassungsgrundsatz	233
<i>Christina Kamm</i>	
Orientierung statt Ordnung? Verfassungsdiskurse der deutschen Staatsrechtslehre in Zeiten der Globalisierung	249
<i>Verena Frick und Oliver W. Lembcke</i>	
V. Ausblick	265
Zur Tragfähigkeit des Grenzbegriffs in der interdisziplinären Verfassungsforschung	267
<i>Felix Petersen, Michael Hein und Silvia von Steinsdorff</i>	
Autorinnen und Autoren dieses Heftes	287

Michael Hein, Felix Petersen und Silvia von Steinsdorff

Die Grenzen der Verfassung – zur Einführung in das Thema

In allen Grenzen ist auch etwas Positives.

Immanuel Kant (1724–1804)

1. Einleitung

Die Metapher der Grenze weckt vielfältige Assoziationen. Das aus dem Altpolnischen stammende Lehnwort »Grenze« (*granica*) bezeichnet zunächst einmal den Rand eines *Raumes* bzw. die Trennlinie oder -fläche zwischen zwei Räumen. Neben den entsprechenden Bedeutungsvarianten im geographischen, physikalischen oder mathematischen Bereich gibt es jedoch auch zahlreiche Verwendungsweisen, die den Grenzbe-griff in die *soziale Sphäre* übertragen, etwa: Grenzen angemessenen Verhaltens (Konventionen), Grenzen des Gewissens, Grenzen der Geduld oder Grenzen des rechtlich Zulässigen.¹ In letztgenanntem Sinne ist vor etwa 200 Jahren auch die Rede von den »Grenzen der Verfassung« aufgekommen. So spricht etwa der Frühkonstitutionalist Johann Friedrich Benzenberg (1777–1846) in seiner 1816 veröffentlichten Schrift »Ueber Verfassung« davon, dass sich die Stände »gewissenhaft in den Grenzen der Verfassung« verhalten müssten,² und in einem 1825 erschienenen Lehrbuch des bayerischen Staatsrechts wird festgehalten, dass sich die politische Opposition »nur in den Grenzen der Verfassung bewegen« dürfe.³ Von den »Grenzen der Verfassung«⁴ oder auch »*constitutional boundaries*«⁵ wird seitdem immer wieder gesprochen. Gleichwohl ist offen, ob der Grenzbe-griff für die verfassungspolitische Analyse in den Sozial- und Rechts-

1 »Grenze« in: *Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache*, <https://www.dwds.de/wb/Grenze>, (aufgerufen am 3.6.2017).

2 Johann Friedrich Benzenberg, *Ueber Verfassung*, Dortmund 1816, S. 497.

3 Konrad Cucumus, *Lehrbuch des Staatsrechts der konstitutionellen Monarchie Baierns*, Würzburg 1825, S. 456.

4 Vgl. nur Hans-Uwe Erichsen, *Verstaatlichung der Kindeswohlentscheidung? Zur verfassungsrechtlichen Bestimmung des schulischen Erziehungsrechts*, 2. Aufl., Berlin/New York 1979, S. 11; Bernd Guggenberger, »An den Grenzen der Verfassung« in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. Dezember 1983, Beilage, S. 1; Ulrich K. Preuß, *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie*, Frankfurt a.M. 1984; Dieter Grimm, »Verfassung« in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M. 1994, S. 16f.; Jürgen Gebhardt, *Verfassung und politische Kultur*, Baden-Baden 1999, S. 13; Norbert Manterfeld, *Die Grenzen der Verfassung. Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes*, Berlin 2000; Maximilian Steinbeis / Marion Detjen / Stephan Detjen, *Die Deutschen und das Grundgesetz. Geschichte und Grenzen unserer Verfassung*, München 2009.

5 Vgl. bspw. Diarmuid Rossa Phelan, *Revolt or Revolution. The Constitutional Boundaries of the European Community*, Florence 1995; Jeffrey K. Tulis / Stephen Macedo, »Introduction: Constitutional Boundaries« in: dies. (Hg.), *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton 2011, S. 1-9; Ran Hirschl / Ayelet Shachar, »The Constitutional Boundaries of Religious Accommodation« in: Susanna Mancini / Michel Rosenfeld (Hg.), *Constitutional Secularism in an*

wissenschaften auch systematisch fruchtbar gemacht werden kann. Dieser Frage widmet sich der vorliegende Sonderband.

Die moderne Verfassung ist der »Normenkomplex [...], der die Einrichtung und Ausübung der Staatsgewalt sowie die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft grundlegend regelt.«⁶ Verfassungen dienen dementsprechend nicht nur der Herrschaftsbegründung, sondern auch ihrer Begrenzung. Aus der Perspektive der Gesellschaft bzw. des herrschaftsunterworfenen Individuums sind es vor allem die Grundrechte, die der staatlichen Macht Grenzen setzen.⁷ Daneben stellen auch die demokratische Legitimation und Kontrolle der Herrschaft sowie die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit wichtige Begrenzungen der Staatsmacht dar.⁸ Verfassungen begrenzen mithin den Staat *nach außen* (gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern) und *nach innen* (durch die Kompetenzaufteilung zwischen unterschiedlichen Staatsorganen). Neben dieser aktiv grenzziehenden Eigenschaft sehen sich moderne Verfassungen jedoch auch ihrerseits vielfältigen Grenzziehungen gegenüber. So ist ihre Wirkungsmacht in der Verfassungswirklichkeit durch verschiedenste politische, wirtschaftliche und soziale Faktoren *de facto* begrenzt.⁹ Darüber hinaus begrenzen sich verschiedene Verfassungsordnungen gegenseitig – sei es in territorialer Hinsicht (paradigmatisch: in Bundesstaaten) oder in sektoraler Hinsicht (etwa mit Blick auf supranationale Menschenrechtsregime wie die Europäische Menschenrechtskonvention).¹⁰

Diese verschiedenen Grenzen der Verfassung werden von den folgenden politik- und rechtswissenschaftlichen Beiträgen systematisch unter die Lupe genommen. Konkret werden vier Grenzziehungen näher untersucht: die Grenzen der Verfassunggebung, die Grenzen der Effektivität und Präzision von Verfassungen, die Grenzen der Legitimität von Verfassungen und die nationalstaatlichen Verfassungsgrenzen. Der erste Beitrag nähert sich dem Thema dieses Sonderbandes jedoch zunächst auf der Metaebene der interdisziplinären Selbstreflexion. *Ran Hirschl* zeigt, dass nicht nur Verfassungen, sondern auch die Verfassungsforschung durch Grenzen gekennzeichnet ist. Er kritisiert im Besonderen die disziplinäre Grenze und den daraus resultierenden Mangel an Kommunikation zwischen der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft. Diese Trennung beschränke künstlich und unnötigerweise den intellektuellen Horizont, begrenze die Art von Fragen, die gestellt wür-

Age of Religious Revival, Oxford 2014, S. 175–192; Jaime S. King / Monica E. Smith, »Whole-Genome Screening of Newborns? The Constitutional Boundaries of State Newborn Screening Programs« in: *Pediatrics* 137 (2016), Supplement 1, S. S8–S15.

6 Grimm, Verfassung, aaO. (FN 4), S. 11.

7 Vgl. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965.

8 Vgl. Christoph Möllers, *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Weilerswist 2008.

9 Vgl. Helge Lothar Batt, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit im vereinigten Deutschland. Die Dichotomie des Grundgesetzes zwischen limitierend-formalem und dirigierend-materialelem Verfassungsverständnis*, Opladen 2003.

10 Vgl. Henner J. Boehl, *Verfassunggebung im Bundesstaat*, Berlin 1997; Anne Peters / Tilmann Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention. Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, 2. Aufl., München 2012.

den, und die Vielfalt der Antworten, die gegeben werden könnten. Die Zukunft der Verfassungsforschung, so Hirschl, liege daher in einer Lockerung der scharfen Trennung zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften. Sein Aufsatz steht programmatisch am Beginn dieses Bandes, der sich mit der Versammlung von Politik- und Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern als Beitrag zu einer interdisziplinär-vergleichenden Verfassungsforschung versteht.

Die Beiträge des folgenden ersten Abschnittes widmen sich dann den *Grenzen der Verfassungsgebung*. Diese betreffen vor allem die Existenzbedingungen von Verfassungen. Im Anschluss an das sogenannte »Böckenförde-Paradox«, wonach der »freiheitliche, säkularisierte Staat [...] von Voraussetzungen [lebt], die er selbst nicht garantieren kann«,¹¹ stehen hier die konstitutionellen und nichtkonstitutionellen Voraussetzungen im Zentrum, die eine Verfassung benötigt, um Dauerhaftigkeit, Stabilität und Wirkmächtigkeit entfalten zu können. Dies schließt die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen demokratischer Verfassungsgebung ebenso ein wie die Frage, ob sich rechtsstaatlich-demokratische Verfassungsordnungen mit den Mitteln der »wehrhaften Demokratie« erfolgreich gegen »Verfassungsfeinde« wehren können.

Zunächst wendet sich *Felix Petersen* gegen die verbreitete Annahme, dass der maßgebliche Beitrag Jean-Jacques Rousseaus zur Demokratietheorie in der Idee einer kleinstaatlichen, direkt-demokratischen Selbstverwaltung durch die Bürgerschaft bestehe. Stattdessen identifiziert er den Kern von Rousseaus radikaler Demokratietheorie in der periodisch auftretenden, verfassungsändernden Gewalt des souveränen Volkes. Während die grundsätzliche, die Richtung der Republik bestimmende Macht Rousseau zufolge außerhalb der Institutionen des Staates stehen müsse, eine Repräsentativregierung im modernen Staat jedoch alternativlos sei, unterscheide Rousseau die grundlegende (Verfassungs-)Gesetzgebung durch das Volk von der einfachen Verordnungsmacht der Regierung. Vor diesem Hintergrund plädiert Petersen dafür, angesichts der gegenwärtigen »Krise der Demokratie« dem Nachdenken über Möglichkeiten der politischen Partizipation auch mit Blick auf Verfassungsänderungen und Verfassungsneuschöpfungen keine kategorischen Grenzen zu setzen.

Anschließend untersucht *Hubertus Buchstein* den Begriff der wehrhaften Demokratie in ideengeschichtlicher Perspektive. Konkret rekonstruiert er die Positionen, die Otto Kirchheimer als ein früher Verfechter der wehrhaften (oder auch »streitbaren«) Demokratie in seinem Frühwerk in der Weimarer Republik Anfang der 1930er Jahre entwickelte. Dabei zeigt Buchstein auf, wie sich Kirchheimers Standpunkte angesichts der sich verschärfenden politischen Auseinandersetzungen bis zur Machtübergabe an die Nationalsozialisten Anfang 1933 schrittweise änderten, bis er schließlich zur offensiven Verteidigung der Republik aufrief und klare Grenzen von Verfassungsreformen formulierte.

Der Beitrag von *Michael Hein* analysiert sodann die empirischen Faktoren, die die Kodifikation sogenannter »Ewigkeitsklauseln« in zeitgenössischen Verfassungen be-

11 Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation« in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1976, S. 42-64, hier S. 60.

einflussen. Mit solchen Klauseln werden Änderungen an bestimmten Teilen einer Verfassung für unzulässig erklärt, das heißt, die Verfassungsgeber versuchen, der späteren verfassungsändernden Gewalt absolute Grenzen zu setzen. Wie Hein in seiner Untersuchung von 210 nationalstaatlichen, von 1975 bis 2015 in Kraft getretenen Verfassungen zeigt, wird die Entscheidung für oder gegen Ewigkeitsklauseln primär durch kontingente historische Einflüsse (nationale Verfassungsgeschichte und koloniales Erbe) und den Modus der Verfassungsgebung (Annahme der Verfassung in einem Referendum) beeinflusst. Obwohl sozialistische Regime solche Klauseln weitgehend ablehnen, spielen der demokratische Charakter einer Verfassungsordnung und ein der Verfassungsgebung unmittelbar vorausgehender Regimewechsel keine signifikante Rolle.

Der zweite Abschnitt dieses Bandes behandelt die *Grenzen der Effektivität und Präzision von Verfassungen*. Damit sind Grenzen der empirischen Wirksamkeit beschrieben: Welche Probleme können überhaupt erfolgversprechend verfassungsrechtlich reguliert oder gar gelöst werden? Wie präzise können Verfassungsnormen ihre Gegenstände regeln, wo sie doch angesichts ihres besonderen Entstehungszusammenhangs zumeist »lapidarer und konkretisierungsbedürftiger« sowie »fragmentarischer und kompromißhafter«¹² sind als einfaches Recht? Wo liegt die Grenze zwischen Rechtsstaat und Demokratie? Auch der Zeitaspekt spielt hier eine begrenzende Rolle: Inwieweit hängt die Wirksamkeit von Verfassungsnormen von ihrer Passgenauigkeit zu der Geschwindigkeit anderer gesellschaftlicher Prozesse ab?

Der zuletzt genannten Frage widmet sich der erste Beitrag dieses Abschnitts. Auf Basis des von Hartmut Rosa entwickelten Begriffs der »sozialen Beschleunigung« analysiert Nils Janson die Herausforderungen, die sich durch beschleunigte gesellschaftliche Temporalstrukturen für den demokratischen Verfassungsstaat ergeben. Dabei zeigt Janson exemplarisch für die Bundesrepublik Deutschland, dass der Staat unter den bestehenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen nur beschränkt beschleunigungsfähig ist. Gewichtige Widerlager bilden dabei das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip.

Anschließend vertritt Manon Westphal die These, dass Unbestimmtheit konstitutioneller Normen nicht nur ein Problem für die Rechtsanwendung, sondern auch ein produktives Merkmal von Verfassungen ist. Westphal zufolge bieten die weiten inhaltlichen Grenzen unbestimmter Verfassungsnormen einen Raum für die politische Auseinandersetzung, der wiederum zur Integration pluralistischer Gesellschaften beitragen kann. Unter Rückgriff auf Chantal Mouffes agonale Demokratietheorie zeigt sie, dass unbestimmte Verfassungsnormen eine kollektive Identifikationsreferenz bieten, dabei aber auch den Ausschluss von Positionen ermöglichen, die eine pluralistische politische Auseinandersetzung gefährden.

Dieser politikwissenschaftliche Blick auf das Verhältnis von verfassungsrechtlicher Präzision und verfassungsstaatlicher Effektivität wird von Simone Szczerbak aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ergänzt. Sie geht der Frage nach, ob und inwieweit verfassungsrechtliche Leitbilder eine Hilfe bei der Auslegung und Präzisierung

12 Grimm, Verfassung, aaO. (FN 4), S. 15.

des Verfassungsrechts sein könnten. Leitbilder veranschaulichen verfassungsrechtliche Begriffe durch ein prägnantes »Bild« und gehen meist auf gerichtliche Interpretationen zurück, die idealerweise durch gesellschaftliche und moralische Vorstellungen angereichert werden. Gegenüber dieser Funktion analysiert Szczerbak auch die Gefahr von Reflexionsdefiziten, die sich aus der Verwendung von Leitbildern ergeben können, namentlich die Verhinderung einer differenzierten, am Einzelfall orientierten Interpretation konstitutioneller Normen.

Schließlich setzt sich *Silvia von Steinsdorff* mit dem Rechtsstaatsverständnis in der europäischen Verfassungsdiskussion auseinander. Auf der Suche nach Erklärungen für die wachsende Ablehnung, der sich die klassischen Institutionen des liberalen Konstitutionalismus in vielen europäischen Demokratien gegenwärtig gegenübersehen, zeigt sie, dass die unterschiedlichen konzeptionellen Vorstellungen, die sich mit dem Rechtsstaatsbegriff verbinden, in der politischen Praxis oft zu wenig präzisiert werden. Dies gelte in besonderer Weise für die Europäische Union, die sich die Förderung demokratischer Rechtsstaatlichkeit auf die Fahne geschrieben hat. Die unklare, oft floskelhafte Verwendung des Begriffes, so von Steinsdorffs These, lässt nicht nur die Grenze zwischen Demokratie und Rechtsstaat verschwimmen, sondern sie gefährdet letztlich die Akzeptanz des gesamten Konzepts.

Mit den Problemlagen der ersten beiden Abschnitte dieses Bandes in engem Zusammenhang stehen die *Grenzen der Legitimität von Verfassungen*, die im dritten Abschnitt behandelt werden: Was darf eine Verfassung regeln? Sollte sie primär – namentlich mittels der Institution der Grundrechte – staatliches Handeln begrenzen, oder sollten dem Staat für bestimmte (Not-)Situationen tiefgreifende Eingriffsrechte zugestanden werden, nicht zuletzt, um den Bestand der demokratischen Verfassungsordnung zu schützen? Und: Welcher empirischen Zustimmung bedarf eine Verfassungsordnung, um auf Dauer bestehen zu können? Diese Fragen haben sowohl eine theoretisch-normative Seite (Wie sollte es sein?) als auch eine empirische (Welches Maß an »Legitimitätsglauben« ist tatsächlich beobachtbar?), die gleichermaßen in den Beiträgen des dritten Abschnittes in den Fokus rücken.

Uwe Kranenpohl geht zunächst der Frage nach, welches Handeln staatlicher Organe in der Verfassungsordnung des deutschen Grundgesetzes bei terroristischen Geiselnahmen verfassungsrechtlich zulässig oder gar geboten ist. Kranenpohl untersucht dies anhand der beiden zentralen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Thema. Während das Gericht in der Schleyer-Entscheidung (1977) festlegte, dass die Rechte einer Geisel gegenüber der staatlichen Schutzpflicht für die Gesamtheit der Bürger zurückzutreten hätten, urteilte das Gericht knapp 30 Jahre später in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz (2006), dass die Opferung von Geiseln in keinem Fall geboten sein könne. Kranenpohl erklärt diesen Widerspruch mit dem Argument, dass an den Grenzen der Verfassung Probleme liegen, die verfassungsrechtlich nicht absolut zu lösen sind. Das Gericht habe daher versucht, die Problematik einer klaren verfassungsrechtlichen Regelung zu entziehen und den staatlichen Organen genügend Spielraum zu geben, um mit den besonderen, unvorhersehbaren Problemen, die im Notstand aufkommen, adäquat umgehen zu können.

Annette Förster und *Matthias Lemke* widmen sich danach dem Begriff der »staatlichen Notwehr«, der von der Folterdebatte um Entführungsfälle oder terroristische Anschläge, über die Sicherheitsverwahrung bis hin zum Ankauf von CDs mit Daten möglicher Steuerbetrüger in den verschiedensten Kontexten Verwendung findet. Förster und Lemke zeigen, dass der Verweis auf das Vorliegen einer Notwehrsituation häufig als Ausweg aus einer Debatte um Staatshandeln an den Grenzen von Legalität, Legitimität, Rechtsordnung und Verfassung fungiert. Sie argumentieren, dass die Konstruktion einer »staatlichen Notwehr« nicht nur begrifflich nicht überzeugt, sondern auch das Fundament demokratischer Rechtsstaatlichkeit angreift, indem sie bei wiederholter Inanspruchnahme dem Staat sukzessive Handlungsspielräume jenseits der Verfassung erschließt. Stattdessen plädieren Förster und Lemke dafür, die beschriebenen Situationen als Pflichtenkollisionen zu verstehen, die nur diskursiv gelöst werden können.

Toralf Stark, *Theresia Smolka* und *Susanne Pickel* stellen anschließend ein Analysekonzept für die normative und empirische Evaluation der Legitimität demokratischer Verfassungen vor. Das Konzept basiert auf drei zentralen Verfassungsgrundsätzen: der sozialen und politischen Inklusion, der institutionellen Effizienz bzw. politischen Effektivität sowie der Gewaltenteilung. Das Autorenteam entwickelt zunächst einen Index zur Erfassung der objektiv-empirischen Bewertung der Legitimität realer Verfassungsordnungen und darauffolgend einen Index zur subjektiv-empirischen Bewertung der Verfassungslegitimität durch die Bürgerinnen und Bürger. Damit legen Stark, Smolka und Pickel ein Analysekonzept vor, mit dem auf der Grundlage vorhandener empirischer Datensätze die Legitimität demokratischer Verfassungen evaluiert werden kann. Am Beispiel von 27 EU-Mitgliedstaaten zeigen sie dann, dass die subjektiv-empirische Einschätzung in den meisten Ländern unter dem Niveau der objektiv-empirischen Beurteilung liegt und folgern daraus, dass die europäischen Bürgerschaften wieder stärker von der Angemessenheit ihrer Verfassungen überzeugt werden müssten.

Der letzte Abschnitt dieses Sonderbands bewegt sich schließlich *Diesseits und Jenseits nationalstaatlicher Verfassungsgrenzen*. Territoriale Grenzen definieren staatliche Herrschaftsräume und damit auch den Geltungsbereich moderner Verfassungen. In den vergangenen Jahrzehnten sind diese Grenzen jedoch zunehmend offener und durchlässiger geworden. Welche Folgen hat dies für die Struktur und die Wirkung nationalen Verfassungsrechts? Auch das Verhältnis von gliedstaatlichen Verfassungen zur föderalen Verfassung in Bundesstaaten hat sich im Zuge von Europäisierung, Globalisierung und Transnationalisierung verschoben. Diesen Entgrenzungen des nationalstaatlichen Verfassungsraums und den Reaktionen darauf in der rechtswissenschaftlichen Forschung gehen die Beiträge dieses Abschnitts nach.

Ausgehend von der Beobachtung einer »Revitalisierung der Landesverfassungen« in den Jahrzehnten nach der Wiedervereinigung widmet sich *Fabian Wittreck* zunächst den Grenzen, die den deutschen Landesverfassungen vom Grundgesetz gezogen werden. Dabei zeigt er auf, dass diese auf den ersten Blick einfach anmutende Frage in vielen Details bisher unbeantwortet ist, etwa hinsichtlich der Gewährleistung der Existenz von Ländern (Art. 79, Abs. 3 GG) oder der sogenannten »Homogenitätsregel« des

Art. 28 GG, wonach die Landesverfassungen den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen müssen. Abschließend analysiert Wittreck die hiervon ausgehenden Konfliktlinien, wie sie insbesondere im Rahmen von Landesbinnenstreitigkeiten vor den Landesverfassungsgerichten zu Tage treten.

Sodann fragt *Christina Kamm* danach, ob und inwieweit sich das konstitutionelle Prinzip der Gewaltenteilung auf europäischer Ebene bereits etabliert hat. Nach der Skizzierung eines verfassungstheoretischen Gewaltenteilungskonzepts wendet Kamm dieses auf die Europäische Union und die Europäische Menschenrechtskonvention an, wobei sie zwischen einer vertikalen und einer horizontalen Gewaltenteilung unterscheidet. Dabei zeigt sie auf, dass die Gewaltenteilung ein Verfassungselement beider Rechtsordnungen ist, wobei insbesondere dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg bei der Umsetzung der »Europäischen Verfassung« eine wichtige Rolle zukommt.

Im letzten Beitrag dieses Abschnitts untersuchen *Verena Frick* und *Oliver W. Lembcke* den gegenwärtigen Verfassungsdiskurs in der deutschen Staatsrechtslehre, der sich angesichts unterschiedlicher normativer und empirischer Grenzerfahrungen des Grundgesetzes um die Zukunft der Verfassung sorgt. Sie rekonstruieren die Grenzen der Verfassung aus Sicht der Staatsrechtslehre in heuristisch-hermeneutischer Absicht, um daran anschließend die Phänomene der Grenzerfahrungen zu systematisieren, die im Kontext des Grenzdiskurses von der Staatsrechtslehre benannt und bewertet werden. Dabei arbeiten Frick und Lembcke zwei Positionen heraus, die entweder eine Konstitutionalisierung der internationalen Ordnung oder eine Rückbesinnung auf den Eigenwert des Grundgesetzes fordern, aber gleichermaßen den Autoritätsverlust des Grundgesetzes durch eine verstärkte Legitimitätszuschreibung zu kompensieren suchen. Zuletzt beleuchtet der Beitrag diese Kompensationsstrategien aus institutionentheoretischer Perspektive und verweist auf verschiedene demokratietheoretische Probleme, die sich aus diesen Strategien ergeben.

Abgeschlossen wird dieser Sonderband mit einem Beitrag der Herausgeberin und der Herausgeber *Felix Petersen*, *Michael Hein* und *Silvia von Steinsdorff* fassen die wesentlichen Ergebnisse der 13 Einzelbeiträge dieses Bandes zusammen und prüfen dabei die Tragfähigkeit des Grenzbegriffs in der interdisziplinären Verfassungsfor schung. Auch wenn die Autorinnen und Autoren dieses Bandes teilweise durchaus gegenläufige Antworten auf diese Frage geben, sind sie sich doch darin einig, dass die Grenzmetaphorik als Ordnungsbegriff und analytische Kategorie hilfreich ist. Vor diesem Hintergrund skizzieren Petersen, Hein und Steinsdorff die zentralen methodischen und inhaltlichen Fragen, denen sich die vergleichende Verfassungsforschung mit Rückgriff auf den Grenzbegriff zukünftig widmen sollte.

*

Die Beiträge in diesem Sonderband gehen auf die 6. Tagung des Arbeitskreises »Politik und Recht« in der Deutschen Vereinigung für Politikwissenschaft zurück, die im Sep-

tember 2016 an der Humboldt-Universität zu Berlin stattfand. Unser Dank gilt allen, die diese Tagung und die Publikationen dieses Bandes ermöglicht und begleitet haben. Hier ist zuvörderst die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung zu nennen, ohne deren großzügige finanzielle Unterstützung weder die Durchführung der Tagung noch die Herausgabe dieses Bandes möglich gewesen wäre. Maria Haimerl hat die Tagung mit uns organisiert und Canan Pour-Norouz, Lorena Herzog sowie Cornelia Mispelhorn haben zu ihrem Gelingen wesentlich beigetragen. Lisa Klein hat die Hauptlast bei der technischen Bearbeitung der Manuskripte getragen. Ihnen allen sei herzlich gedankt. Schließlich danken wir der *Zeitschrift für Politik* für die Publikation dieses Sonderbandes, sowie insbesondere ihrem Redakteur Andreas Vierecke für die freundliche Betreuung.

Michael Hein / Felix Petersen / Silvia von Steinsdorff, Constitutional Boundaries – Introduction to the Topic

Ran Hirschl

Verfassungsrecht und vergleichende Politikwissenschaft – an den Grenzen der Disziplinen*

Eine der erstaunlichsten Eigenarten der zeitgenössischen Verfassungsforschung ist ihre disziplinäre Trennung und der daraus resultierende Mangel an Kommunikation zwischen der Rechtswissenschaft auf der einen und den Sozialwissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft, auf der anderen Seite. Die Aufrechterhaltung dieser disziplinären Trennung, die sich mit den verschiedenen Aspekten derselben konstitutionellen Phänomene befassen, begrenzt künstlich und unnötig unseren intellektuellen Horizont. Sie begrenzt die Art von Fragen, die wir stellen, und die Vielfalt der Antworten, die wir geben können. Eine gerichts- oder textzentrierte Herangehensweise, die sich alleine auf verfassungsrechtliche Bestimmungen und höchstrichterliche Rechtsprechung bzw. Argumentationsweisen konzentriert, ohne den gesellschaftlichen und politischen Kontext zu berücksichtigen, in dem Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung sich entwickeln, operieren und auswirken, riskiert, die Entwicklung der Verfassungslehre als ehrgeiziges, kohärentes und relevantes Forschungsgebiet zu behindern. Die Zukunft der Verfassungsforschung liegt daher, so meine ich, in einer Lockerung der scharfen Trennung zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften.¹

Wie in vielen anderen wissenschaftlichen und beruflichen Feldern, die ihre jeweilige Domäne hartnäckig verteidigen, wehren sich führende Verfassungsrechtler nach wie vor gegen die Idee, dass Verfassungsrecht – zumindest in gewissen Maße – Teil des politischen Prozesses ist, wenngleich mit einem eigenen »Dialekt«, einer eigenen Symbolik und einer eigenen interpretativen Hierarchie. Beispiele für entsprechende sozialwissenschaftliche Studien sind Legion. Man denke nur an die Erforschung richterlichen Verhaltens. 50 Jahre nach den wegweisenden Arbeiten von Glendon Schubert, Walter Murphy, Robert A. Dahl und Robert McCloskey haben Theorien über richterliches Verhalten und richterliche Entscheidungsfindung ein so hohes Maß an analytischer Differenziertheit und empirischer Robustheit erreicht, dass sie von niemandem mehr ignoriert werden können, der die verfassungsrechtliche Domäne zu beherrschen behauptet. Leider hat jedoch sehr wenig von dieser Forschung Eingang in die juristischen Lehrpläne gefunden.² Auch wenn die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse für die Erklärung des Entscheidungsverhaltens von Gerichten und Richtern nicht gleichermaßen

* Ich danke Ayelet Shachar für ihre ausführliche Besprechung eines früheren Entwurfs sowie den Veranstalter der Konferenz, insbesondere Michael Hein und Silvia von Steinsdorff, für ihre hilfreichen Anmerkungen und Rückfragen.

1 Ich entwickle dieses Argument ausführlicher in Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2014. Ein Plädoyer für interdisziplinäre Offenheit in der deutschen Rechtswissenschaft findet sich bei Wolfgang Marquardt / Christoph Möllers, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Hamburg 2012.

2 Typische Beispiele für deutsche Verfassungsrechtslehrwerke, auf die diese Kritik zutrifft, sind etwa Christoph Gröpl, *Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, Verfassungsprozess*.

wichtig sind, sind die Beobachtungen der Politikwissenschaft, Sozialpsychologie, Verhaltensökonomik, Netzwerktheorie und Organisationstheorie zunehmend relevant für die Untersuchung von Verfassungsgerichten, ihrem rechtlichen Output sowie ihren Handlungs- und Argumentationsweisen.

Während die herrschende Meinung an den juristischen Fakultäten Nordamerikas (und noch stärker in Europa) der Rechtsdogmatik den Vorzug gibt, spricht eine Fülle von Belegen dafür, dass außerrechtliche Faktoren eine zentrale Rolle bei den Mustern verfassungsgerichtlicher Entscheidungsfindung spielen. Verfassungsgerichte und ihre Richterinnen und Richter mögen die Sprache der Rechtsdogmatik sprechen, aber bewusst oder unbewusst korreliert ihre tatsächliche Entscheidungsfindung mit Politikpräferenzen oder Einstellungstendenzen und reflektiert manchmal zudem strategische Überlegungen gegenüber ihrer politischen Umgebung, ihrem nationalen und internationalen Publikum und der allgemeinen Öffentlichkeit.³ Erklären lässt sich dies zum einen mit den Kosten, die Richtern bzw. Verfassungsgerichten infolge ablehnender Reaktionen auf unliebsame Entscheidungen entstehen, und zum anderen mit den diversen Vorteilen, die sie mit populären Entscheidungen erlangen können.⁴ Eine große Bandbreite an empirischen Untersuchungen zeigt, dass harte politische Reaktionen auf unwillkommenen gerichtlichen Aktivismus und unliebsame gerichtliche Interventionen oder allein schon die Aussicht auf solche Reaktionen eine abschreckende Wirkung auf die richterliche Entscheidungsfindung haben. In dieser Hinsicht wurde richterliches Verhalten in so unterschiedlichen Ländern wie Argentinien, Brasilien, Deutschland, Georgien, Japan, Kanada, Kirgistan, Mexiko, Pakistan, Russland, Südkorea, Taiwan und der Ukraine überzeugend erklärt.⁵ Andere Arbeiten verweisen auf die Beziehung von Verfassungsrichtern zu ihrer Wissensgemeinschaft (i.e. dem juristischen Netzwerk) oder ihre Sorge um das Vermächtnis, die Reputation und das öffentliche Anse-

Mit Einführung in das juristische Lernen, 9. Aufl., München 2017; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, München, 6. Aufl. 2010; Hans-Jürgen Papier / Christoph Krönke, *Grundkurs Öffentliches Recht I: Grundlagen, Staatsstrukturprinzipien, Staatsorgane und -funktionen*, 2. Aufl., Heidelberg et al. 2015.

- 3 Eine bekannte Darstellung des sogenannten »Attitudinal Models« richterlichen Verhaltens im US-amerikanischen Kontext ist Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge 2002.
- 4 Ein Überblick über diese Herangehensweise findet sich in Lee Epstein / Tonja Jacobi, »The Strategic Analysis of Judicial Decisions« in: *Annual Review of Law & Social Science* 6 (2010), S. 341–358.
- 5 Vgl. bspw. Jeffrey Staton, *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge 2010; Gretchen Helmke, *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge 2005; Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden 2010; Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge 2005; Alexei Trochev, *Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990–2006*, Cambridge 2008; Diana Kapiszewski, *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*, Cambridge 2012; Shai Dothan, *Reputation and Judicial Tactics*, Cambridge 2014.

hen des Gerichts im In- und Ausland als wichtige Determinanten ihres Verhaltens, insbesondere in politisch signifikanten Fällen.⁶

Die Sozialwissenschaften haben auch die Erforschung von Verfassungsgebung und Verfassungsdesign erheblich beeinflusst. Praktisch alle großen Namen des 20. Jahrhunderts in diesem Forschungsfeld sind gelernte oder praktizierende Politologen.⁷ Gleiches gilt für jüngere empirische Arbeiten zur Verfassungsgebung, wo interdisziplinär arbeitende Forscherinnen und Forscher führend sind. Sie setzen sozialwissenschaftliche Methoden ein, um vermeintliche »allgemein bekannte Wahrheiten« der Verfassungstheorie wie etwa zur Beständigkeit nationaler Verfassungen, der Wirksamkeit von Verfassungsänderungsregeln oder zur tatsächlichen Einbindung des »Volkes« in die Verfassungsgebung zu untersuchen.⁸ Sozialwissenschaftliche Forschung spielt auch in den verfassungsrechtlichen »Ethnographien« eine große Rolle, die die verfassungsrechtliche Entwicklung als Teil breiterer kollektiver Identitätsbildung und Staatenbildung untersuchen.⁹

Das ist kein Zufall: Verfassungsgebung hat mindestens ebenso viel mit gesellschaftlichen und politischen Realitäten zu tun wie mit juristischen und verfassungsrechtlichen Prinzipien. So sind etwa die Ursachen für ethnische, religiöse oder linguistische Konflikte (oder alternativ für die Zusammenarbeit verschiedener Ethnien und Religionen) in der Regel nicht verfassungsrechtlicher oder juristischer, sondern gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Natur. Daraus folgt, dass es eine effektive Verfassungsgestaltung für einen gescheiterten Staat wie Somalia, ein neues politisches Gebilde wie den Südsudan, einen sich im Umbruch befindenden Staat wie Nepal oder ein gespaltenes Land wie Belgien nicht geben kann ohne ein grundlegendes Verständnis der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen in diesen Ländern.

Zudem spiegelt das Verfassungsrecht eines Landes nicht immer dessen Verfassungswirklichkeit wider. So gibt es beispielsweise in Kanada eine bemerkenswerte Kluft zwischen dem traditionellen Bekenntnis des Landes zu einer relativ großzügigen Version des keynesianischen Wohlfahrtsstaats und dem Ausschluss sozialer Anspruchsrechte aus der Verfassung. Ähnliches ist in den nordeuropäischen Ländern zu beobachten, wo das traditionelle Bekenntnis zu Sozialfürsorge und Egalitarismus nicht etwa von einem »Hochspannungs-Konstitutionalismus« amerikanischer Provenienz herührt, sondern von tief verwurzelten soziokulturellen Normen. Und während sich die sozial- und wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen in der Verfassung Brasiliens seit 1988

6 Anne-Marie Slaughter, »A Global Community of Courts« in: *Harvard International Law Journal* 44 (2003), S. 191-219.

7 Wie Jon Elster, Donald Horowitz, Arend Lijphart, Juan J. Linz, Giovanni Sartori oder Alfred Stepan, um nur einige Namen zu nennen.

8 Vgl. bspw. Zachary Elkins / Tom Ginsburg / James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge 2009; Tom Ginsburg / Zachary Elkins / James Melton, »Do Executive Term-Limits Cause Constitutional Crises?« in: Tom Ginsburg (Hg.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge 2012, S. 350-379; Tom Ginsburg / James Melton, »Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all?« in: *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015), S. 686-713.

9 Vgl. bspw. Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge/London 2010; Donald Horowitz, *Constitutional Change and Democracy in Indonesia*, Cambridge 2013.

nicht geändert haben, hat eine Reihe von Umverteilungsmaßnahmen der linksgerichteten Regierungskoalition ab 2003 Armut, Ungleichheit, Analphabetismus und Kindersterblichkeit zum Teil drastisch reduziert. Der verfassungsrechtliche Status sozialer Anspruchsrechte mag symbolische oder praktische Bedeutung für die tatsächliche Realisierung dieser Rechte haben. Aber um den Status von Sozialrechten wirklich zu verstehen, ist eine »ganzheitliche« Herangehensweise erforderlich, die über die isolierte Betrachtung von Verfassungstexten und Fallrecht hinausgeht und Sozialrechte als Teil einer größeren Matrix öffentlicher Ordnung, Wirtschaft und Politik begreift.¹⁰

Die Differenz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit gibt es auch in anderen Politikbereichen. Sowohl das US-amerikanische als auch das indische Verfassungsrecht etwa sehen eine strikte Trennung von Kirche und Staat vor. Gleichwohl werden die USA und Indien häufig als die religiösesten Demokratien der Welt beschrieben. Auch der Widerstand der radikalen Rechten in den USA gegen das Urteil im Fall *Obergefell v. Hodges* zur staatlichen Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe¹¹ oder gegen die Bezugnahme auf ausländische Quellen bei anderen Entscheidungen des Supreme Court haben mindestens ebenso viel mit Kulturkämpfen und politischen Konflikten zu tun wie mit der US-Verfassung selbst. Während das Brexit-Referendum oder der Volksentscheid über die Reform der italienischen Verfassung 2016 zweifelsohne eindeutige verfassungsrechtliche Aspekte hatten, korrelierten die Ergebnisse dieser beiden Referenden auch stark mit regionalen, demographischen und volkswirtschaftlichen Faktoren sowie starken Anti-Establishment-, »Peripherie vs. Zentrum«- und »Wir hier unten gegen die da oben«-Impulsen. Zudem spiegeln die heftigen Debatten in ganz Europa über religiöse Symbole in Schulen oder die Behandlung von Flüchtlingen ideologische Konflikte und kollektive Identitätsnarrative wider, selbst wenn diese Debatten oft zur Klärung in die verfassungsrechtliche Sphäre geschoben und an Gerichte verwiesen werden.

Die Differenz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit wird auch sichtbar im Bereich der formellen und informellen Verfassungsänderungen. Dies gilt insbesondere in Situationen, wo trotz kollektiven Wertewandels oder klarer politischer Mehrheiten eine formale Änderung des Verfassungstexts aufgrund zu hoher Hürden praktisch nicht erreichbar ist. Ebenso zeigt sich die Differenz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in einer zunehmenden Zahl von Fällen, wo prozedural korrekte Verfassungsänderungen von Gerichten (oder der öffentlichen Meinung) für verfassungswidrig erklärt werden, weil sie starken politischen Interessen oder tief

10 Vgl. Daniel Brinks / Varun Gauri, »Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights« in: *Perspectives on Politics* 12 (2014), S. 375-393; Ran Hirschl / Evan Rosevear, »Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights and Political Realities« in: Tom Campbell / K.D. Ewing / Adam Tomkins (Hg.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford 2011, S. 207-228.

11 Supreme Court of the United States, Urteil vom 26.6.2015, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015); 135 S. Ct. 2584 (2015).

sitzenden Überzeugungen zuwiderlaufen, die dem eigentlichen Verfassungstext oft vorausgehen.¹²

Die Differenz zwischen »rechtlichem« und »politischem« Konstitutionalismus wird auch von linken wie rechten kritischen Verfassungstheoretikern anerkannt, die missbilligen, dass man sich zu sehr auf die Verfassung und ihre richterliche Weiterentwicklung verlasse, was auf Kosten demokratischer Selbstbestimmung gehe.¹³ Die Differenz ist auch in der vergleichenden sozialrechtlichen Forschung sowie in der Literatur zu Recht und Entwicklung weithin akzeptiert.¹⁴ Die tief verwurzelten gesellschaftlichen und politischen Dimensionen dieser Unterscheidung bleiben jedoch außerhalb der Reichweite des verfassungsrechtlichen Diskurses mit seinen traditionellen text- und gerichtszentrierten Analysen.

Damit verbunden ist das von Tom Ginsburg mit einer treffenden Sportmetapher beschriebene »seventh-inning problem«, dem sich ein Baseball-Fan gegenübersteht, der erst kurz vor Beginn des siebten von regulär neun Innings (Durchgängen) das Stadion betritt und bereits nach dessen Ende wieder verlässt:¹⁵

»Focusing too much on court cases in the constitutional 'game', has precisely the same structure as the baseball fan who watches only one late inning. It means that we miss many of the most important questions—where does constitutional order come from? Who are the parties and what are they really fighting about? How does the court have the power it does? And what is the impact of the decision on real outcomes? These questions can only be examined by broadening our temporal and conceptual frame.«¹⁶

Eine solche Momentaufnahme im siebten Inning ist nicht nur nicht repräsentativ für das ganze Spiel, sondern verbirgt auch die Ursprünge oder Gründe dessen, was wir sehen, sowie die Folgen, die sich daraus ergeben. Mit anderen Worten: Was vor und nach einem Gerichtsurteil passiert, ist nicht nur wichtig, um die Dinge im rechten Licht zu sehen, sondern auch, um die Position eines Rechtsfalls in einer längeren kausalen Geschichte zu erkennen, die einen gesellschaftlichen Kontext und eigene Ursachen hat, die einem Rechtsfall vorausgehen und von diesem – wenn auch nicht notwendigerweise – beeinflusst sein können.

Zahlreiche Überschriften aktueller Zeitungsartikel liefern zusätzliche Beispiele, warum eine stärker kontextsensible bzw. ganzheitlichere Herangehensweise an Verfassungskonflikte angemessen wäre. So ist die Politik – und nicht nur das Verfassungs-

12 Vgl. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford 2017.

13 Vgl. etwa Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge 2007.

14 Die Kluft ist besonders tief in Deutschland, wo die führenden Rechtssoziologen des 20. Jahrhunderts herkamen. Vgl. hierzu Alfons Bora, »Sociology of Law in Germany: Reflections and Practice« in: *Journal of Law & Society* 43 (2016), S. 619–646.

15 Ein Baseballspiel besteht in der Regel aus neun Durchgängen, sog. »Innings«.

16 Tom Ginsburg, »How to Study Constitution-Making: Hirschl, Elster and the Seventh Inning Problem« in: *University of Boston Law Review* 96 (2016), S. 1347–1358.

recht – ganz offensichtlich eine der stärksten Triebfedern der jüngsten Verfassungskämpfe in den USA um rechtsvergleichende Bezugnahmen in Gerichtsentscheidungen, die Gesundheitsreform (»Obamacare«), sogenannte »Zufluchtsstädte« (»Sanctuary Cities«) und eine zunehmend restriktive Flüchtlingspolitik, oder die verzögerte Ernennung eines neuen Richters am Supreme Court nach dem Tod Antonin Scalia.¹⁷ Politik spielt auch eine große Rolle in Ländern wie Japan (wo kürzlich die Rücknahme der pazifistischen Bestimmungen der Verfassung von 1946 für Kontroversen sorgte),¹⁸ Polen (wo eine neu gewählte rechtspopulistische Regierung die Kompetenzen des Verfassungsgerichts zu beschneiden versucht),¹⁹ Brasilien (wo die Opposition ein Amtsenthebungsverfahren gegen die damalige Präsidentin Dilma Rousseff anstrebte, das vom Obersten Gerichtshof zu prüfen war),²⁰ Pakistan (wo das Oberste Gericht eine zentrale Rolle bei allen sechs großen Regierungswechseln seit den 1970er Jahren spielte, darunter bei der rückwirkenden Legitimierung des 1999 von Pervez Musharraf angeführten Staatsstreichs und der Amtsenthebung des Premierministers Nawaz Sharif 2017)²¹ oder Thailand (wo das Verfassungsgericht wiederholt die Armee und die etablierten Eliten in ihrem Bestreben unterstützt hat, die gewählten Premierminister Thaksin Shinawatra und Yingluck Shinawatra aus dem Amt zu entfernen).²² Man könnte diese Liste leicht fortsetzen und politisch motivierte Verfassungskämpfe in anderen Ländern wie Ägypten, Rumänien, Südkorea, der Türkei, Ungarn oder Venezuela aufzählen. In all diesen Fällen hat eine rein gerichtszentrierte Herangehensweise oder eine dogmati-

- 17 Manny Fernandez, »Federal Judge Blocks Texas' Ban on 'Sanctuary Cities'«, in: *The New York Times*, 30. August 2017; Julie Hirschfeld Davis / Robert Pear, »Trump Issues Executive Order Scaling Back Parts of Obamacare« in: *The New York Times*, 20. Januar 2017; Julie Hirschfeld Davis / Mark Landler, »Trump Nominates Neil Gorsuch to the Supreme Court« in: *The New York Times*, 31. Januar 2017; Mark Tushnet, »Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars«, in: *University of Baltimore Law Review* 35 (2006), S. 299-312; Katherine Vukadin, »Obamacare Interrupted: Obstructive Federalism and the Consumer Information Blockade« in: *Buffalo Law Review* 63 (2015), S. 421-476.
- 18 Motoko Rich, »Japan Vote Strengthens Shinzo Abe's Goal to Change Constitution« in: *The New York Times*, 10. Juli 2016; Vgl. Jeffrey Richter, »Japan's Reinterpretation of Article 9: A Pyrrhic Victory for American Foreign Policy« in: *Iowa Law Review* 101 (2016), S. 1223-1262.
- 19 Joanna Berendt, »Polish Court Strikes Down Law Limiting Its Powers, Inflaming a Crisis« in: *The New York Times*, 9. März 2016; Christian Davies, »Poland is on road to autocracy, says constitutional court president« in: *The Guardian*, 18. Dezember 2016.
- 20 Simon Romero / Vinod Sreeharsha / Bryant Rousseau, »Brazil Impeachment: The Process for Removing the President« in: *The New York Times*, 12. Mai 2016; Rogerio Jelmayer, »Brazil's Supreme Court Declines to Halt Dilma Rousseff's Impeachment« in: *The Wall Street Journal*, 11. Mai 2016.
- 21 Salman Masood, »Nawaz Sharif, Pakistan's Prime Minister, Is Toppled by Corruption Case«, in: *The New York Times*, 28. Juli 2017. Vgl. Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge 2010, S. 118-127.
- 22 Thomas Fuller, »Thai Prime Minister Ordered Removed From Office« in: *The New York Times*, 7. Mai 2014; Eugénie Mériéau, »Thailand's Supreme Court and the Prosecution of Thailand's Successive Prime Ministers«, in: *International Journal of Constitutional Law Blog*, 11. Oktober 2017, <http://www.iconnectblog.com/2017/10/thailands-supreme-court-and-the-prosecution-of-thailands-successive-prime-ministers> (aufgerufen am 20.11.2017).

sche Analyse des Verfassungsrechts, die den politischen Kontext nicht berücksichtigt, in dem die verfassungsrechtlichen Akteure operieren, inhärente Defizite.

Die Untersuchung von Verfassungsgerichtsentscheidungen ohne eine Analyse ihrer Fähigkeit, selbständig oder in Verbindung mit anderen Faktoren wesentliche Veränderungen in den von diesen Entscheidungen betroffenen Bereichen tatsächlich herbeizuführen, ist von begrenztem Wert. Die Beachtung und Umsetzung von Gerichtsurteilen ist Teil der Verfassungsrechtsprechung und muss als solcher behandelt werden. Die hierzu vorliegenden Studien zeigen eine beträchtliche Varianz. Auch hier können die Sozialwissenschaften helfen, die Wirkung des Verfassungsrechts auf Makro- und Mikroebene einzuschätzen, denn in der »realen Welt« ist ein Verfassungsgerichtsurteil nie das letzte Wort – so wichtig und bahnbrechend es auch sein mag.²³ Die strikte analytische Trennung zwischen Rechtsprechung und Urteilsimplementation ist daher etwas künstlich und beruht auf disziplinären Grenzen, die die Realität weder widerspiegelt noch akzeptiert.

Dies schmälert nicht die Kraft der rechtsdogmatischen Analyse *per se*. Vergleichende Verfassungsrechtler und Verfassungsrechtlerinnen haben einen klaren und unangefochtenen Vorteil in der Analyse der Gerichtstätigkeit und der richterlichen Argumentation. Die Rechtsprechung aus sich selbst heraus zu verstehen und richterliche Argumente und Interpretationen zu erklären ist die traditionelle Domäne der Rechtswissenschaft. Niemand ist besser in der Lage, Muster der Konvergenz oder Divergenz im Verfassungsrecht verschiedener Staaten zu beschreiben oder die Forschung darüber voranzutreiben, wie Verfassungsgerichte mit ihrer transnationalen Rechtsumgebung interagieren.

Konstitutionelle Theoriebildung und empirische Analyse erfordern jedoch eine größere Offenheit für diejenigen Disziplinen, die den breiteren Kontext untersuchen, in dem sich Verfassungen und Verfassungsinstitutionen bewegen. Es erfordert die Untersuchung richterlichen Verhaltens (das offensichtlich von außergerichtlichen und außerrechtlichen Faktoren beeinflusst ist), ein Verstehen der Ursachen verfassungsrechtlicher Dynamiken (in denen ideologische und strategische Faktoren eine signifikante Rolle spielen), die Analyse der Vor- und Nachteile verschiedener Verfassungsformen (die ganz offensichtlich stark vom gesellschaftlichen, politischen und kulturellen Kontext abhängen) und die Untersuchung der tatsächlichen Fähigkeit der Verfassungsrechtsprechung, einen Wandel in den betroffenen Bereichen herbeizuführen. Um verallgemeinerbare Schlussfolgerungen ziehen, nomothetisches Wissen erzeugen und wirklich »dicht beschriebene« Ethnographien des Verfassungsrechts hervorbringen zu können, ist die Vertrautheit mit grundlegenden Begriffen und Konzepten der sozialwissenschaftlichen Forschung einschließlich der Prinzipien der Fallauswahl unabdingbar. Eine eingehende Berücksichtigung der Prinzipien sozialwissenschaftlicher For-

23 Vgl. bspw. Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago/London 1991; Charles Epp, *The Rights Revolution Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago/London 1998; Thomas Gawron / Ralf Rogowski, *Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes. Rechtssoziologische Analysen*, Baden-Baden 2007.

schungsdesigns könnte für die vergleichende Verfassungsforschung gleichsam einen »Werkzeugkasten« methodologischen Wissens liefern.²⁴ Er würde qualitative und quantitative verfassungsvergleichende Studien unterstützen – und zwar unabhängig davon, ob sie kausallogisch oder hermeneutisch orientiert sind.

Die Frage ist dann nicht mehr, *warum* man interdisziplinäre, komparative Verfassungsforschung betreiben sollte – wenige unvoreingenommene Rechts- oder Politikwissenschaftler würden bestreiten, dass dies in einer idealen Welt eine wünschenswerte Herangehensweise wäre –, sondern *wie* eine solches Unterfangen mit verschiedenen methodischen Ansätzen effektiv durchgeführt werden kann. Aus dieser Prämisse folgt eine Vielzahl dringender Fragen. Zum Beispiel: Wie würde ein überarbeitetes Curriculum der Verfassungsrechtsvergleichung aussehen? Wie offen wäre ein »Goldstandard« der vergleichenden Verfassungsforschung gegenüber an und für sich wertvollen Beiträgen, die ihm jedoch nicht genügen? Und: Wie realistisch ist ein solcher Wechsel von der Verfassungsrechtsvergleichung zur vergleichenden Verfassungsforschung angesichts des Grabens zwischen juristischen Fakultäten und politikwissenschaftlichen Instituten hinsichtlich der akademischen und berufsbildenden Orientierungen?

In meinem 2014 erschienen Buch *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* biete ich eine ausführliche Antwort auf diese »Wie«-Frage. An dieser Stelle möchte ich nur auf folgendes verweisen: 1667 stellte sich Gottfried Wilhelm Leibniz – einer der größten Denker aller Zeiten – während der Arbeit an seiner rechtswissenschaftlichen Dissertation ein utopisches *theatrum legale mundi* vor, eine imaginäre Fundgrube, die den gesamten Corpus aller Gesetze aller Völker aller Länder und Zeiten enthält.²⁵ Das, so spekulierte Leibniz, wäre die Triebfeder für eine vergleichende Rechtswissenschaft und würde die Entdeckung oder Formulierung universeller Rechtsprinzipien ermöglichen. 350 Jahre später ist Leibniz' Vision zumindest hinsichtlich des Verfassungsrechts Realität geworden: Umfangreiche Datensätze und Online-Angebote, leistungsstarke Internet-Suchmaschinen und ein wachsendes Netzwerk von Juristen und Wissenschaftlern ermöglichen denen, die fasziniert sind von der Welt des neuen Konstitutionalismus, einen leichten und effektiven Zugang zu Verfassungsnormen, -praktiken und -theorien in so gut wie allen Ländern der Welt.

Die moderne Verkörperung des Leibniz'schen »Welttheaters« – die schnelle Entwicklung der Informationstechnologie und die ungeheure Verbesserung der Qualität und Zugänglichkeit von Datenquellen zu Verfassungssystemen und Verfassungsrechtstexten weltweit – wirkt sich bereits heute auf die Art und Weise aus, in der vergleichende Untersuchungen durchgeführt werden. So ist es jetzt (vielleicht zum ersten

24 Vgl. bspw. John Gerring, *An Applied Guide to Social Science Methodology*, Cambridge 2015; John Gerring, *Social Science Methodology: A Unified Framework*, Cambridge 2012; Hirschl, *Comparative Matters*, aaO. (FN 1), S. 224–282; Henry Brady / David Collier (Hg.), *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards*, Lanham et al. 2004; Gary King / Robert Keohane / Sidney Verba, *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton 1994.

25 Gottfried Wilhelm Leibniz, »Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae (1667)« in: ders., *Philosophische Schriften*, Bd. 2: 1663–1672, hg. von der Leibniz-Forschungsstelle der Universität Münster, Berlin 2006, S. 553–558, hier S. 557.

Mal) möglich, einen ernsthaften methodologischen und interdisziplinären Dialog zwischen Ideen, Theorien, Daten und Beweisen, zwischen normativen Forderungen und empirischer Analyse zu führen. Es kann gut sein, dass bestimmte disziplinäre oder epistemische Gemeinschaften einen solchen interdisziplinären Austausch nicht wünschen. Aber von einem offenen und intellektuell ehrlichen Standpunkt aus ist es das Gebot der Stunde.

*

Zweifelsohne sind Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler nicht allein für die scharfe disziplinäre Trennung in der vergleichenden Verfassungsforschung verantwortlich. Viele der rechtsdogmatischen Vorurteile in der rechtswissenschaftlichen Analyse des Verfassungsrechts und der Verfassungsrechtsprechung spiegeln sich vielmehr in den Sozialwissenschaften wider. Dies betrifft insbesondere die mangelnde Aufmerksamkeit der Politikwissenschaft für Rechtsdogmatik und die Bedeutung juristischer Argumentation. So werden Urteile häufig als reine Post-hoc-Rechtfertigung betrachtet, deren »Juristenjargon« kaum verhüllt, was »wirklich« passiert.²⁶ Die führenden politikwissenschaftlichen Institute in Nordamerika widmen dem öffentlichen Recht und den Verfassungsgerichten als eigenem Forschungsgebiet wenig Aufmerksamkeit. In Kanada und den USA wird das öffentliche Recht weitgehend im Lehrgebiet »Politisches System Kanadas« bzw. »Politisches System der USA« abgehandelt. Mein Eindruck ist, dass dieses Phänomen auch in Europa und darüber hinaus weit verbreitet ist.

Dieses Defizit ist besorgniserregend angesichts der wachsenden politischen Bedeutung von Verfassungsrecht und Verfassungsgerichten, regionalen und transnationalen Menschenrechtsordnungen und internationalen Tribunalen. Politikwissenschaftliche Verfassungsforscherinnen und -forscher beobachten einen globalen Trend zur »Verrechtlichung« der Politik und eines »governing with judges«.²⁷ Dies ist wohl eine der signifikantesten Entwicklungen in der vergleichenden Regierungslehre des späten 20. und frühen 21. Jahrhunderts. Gleichwohl schenkt die Disziplin der Verfassungsrechtsprechung bestenfalls bescheidene Aufmerksamkeit. So kennen bspw. viele Politologinnen und Politologen in meinem Heimatland Kanada die »Quebec Secession Reference« – das erste Mal, dass ein demokratisches Land die rechtlichen Bedingungen seiner eigenen Auflösung präventiv getestet hat.²⁸ Ich vermute aber, dass nur sehr wenige

26 Siehe hierzu Barry Friedman, »Taking Law Seriously« in: *Perspectives on Politics* 4 (2006), S. 261-276.

27 Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2000; Vgl. auch Ran Hirschl, »The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts« in: *Annual Review of Political Science* 11 (2008), S. 93-118; Martin Shapiro / Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford 2002; Björn Dressel (Hg.), *The Judicialization of Politics in Asia*, New York 2012; Javier Couso / Alexandra Huneeus / Rachel Sieder (Hg.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge 2013.

28 Supreme Court of Canada (SCC), Urteil vom 20.8.1998, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217.

von ihnen die wegweisenden und verfassungspolitisch höchst bedeutsamen Supreme-Court-Urteile zum Recht in Würde zu sterben,²⁹ zur Ausweitung des staatlichen Schutzes für die kanadische Ethnie der Métis,³⁰ zur Ernennung der Richterinnen und Richter am Supreme Court³¹ oder zur von der Regierung vorgeschlagenen Reform des Senats³² tatsächlich vollständig gelesen – und nicht nur kommentiert – haben.

Mein erster und, wie ich zugebe, oberflächlicher Eindruck ist, dass die Situation in den politikwissenschaftlichen Instituten in Deutschland ähnlich ist. So hat das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit eine Reihe von politisch einschlägigen Urteilen gefällt, darunter die Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der Drei-Prozent-Hürde bei den Wahlen zum Europäischen Parlament,³³ zur Rechtmäßigkeit der deutschen Beteiligung an Hilfsmaßnahmen für Griechenland und am Euro-Rettungsschirm,³⁴ zu den Verpflichtungen des Gesetzgebers, umfassende haushaltsrechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit Deutschland Beiträge zum Europäischen Stabilitätsmechanismus leisten kann,³⁵ und zum Verbotsantrag gegen die rechtsextreme NPD.³⁶ Die Analyse dieser Entscheidungen ist jedoch weitgehend der Rechtswissenschaft überlassen worden.

Selbst *vergleichende* Politikwissenschaftler, die *per definitionem* die wichtigen Entwicklungen in anderen Ländern verfolgen, wissen oftmals nicht viel über wegweisende Urteile wie das zur Verfassungsmäßigkeit eines Unabhängigkeitsreferendums Kataloniens,³⁷ zum Hindu-Nationalismus in politischen Kampagnen (wie etwa bei der aktuellen Überprüfung des indischen Supreme Courts seiner einschlägigen Urteile in den »Hindutva«-Fällen),³⁸ zur Verfassungsmäßigkeit der Überschreitung der Amtszeit des Präsidenten in Bolivien (wo das Verfassungsgericht 2013 und 2017 Präsident Evo Morales erlaubte, sich um eine dritte bzw. vierte Amtszeit zu bewerben, obwohl die bolivianische Verfassung maximal zwei Amtszeiten vorsieht),³⁹ zur »Restorative Justice«

29 SCC, Urteil vom 6.2.2015, *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331.

30 SCC, Urteil vom 14.4.2016, *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, [2016] 1 SCR 99.

31 SCC, Urteil vom 21.3.2014, *Reference re Supreme Court Act*, [2014] 1 SCR 433 [*Supreme Court Reference*].

32 SCC, Urteil vom 25.4.2014, *Reference re Senate Reform*, [2014] 1 SCR 704.

33 BVerfGE 135, 259.

34 BVerfGE 132, 195.

35 BVerfGE 135, 317.

36 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – Rn. (1-1010).

37 Tribunal Constitucional de España, 259/2015, Urteil vom 2.12.2015, ECLI:ES:TC:2015:259.

38 Supreme Court of India, Urteil vom 11.12.1995, *Ramesh Prabhu v. Prabhakar Kashinath Kunte*, A.I.R. 1996 S.C. 1113; Supreme Court of India, Urteil vom 11.12.1995, *Ramachandra G. Kapse v. Haribansh Ramakbal Singh*, A.I.R. 1996 S.C. 817.

39 »Bolivia's President Evo Morales Can Seek Third Term«, in: *BBC News*, 30. April 2013; »Bolivia High Court Allows President to Run for Fourth Consecutive Term«, in: *Jurist.org*, 29. November 2017, <http://www.jurist.org/paperchase/2017/11/bolivia-high-court-allows-president-to-run-for-court-consecutive-term.php> (aufgerufen am 30.11.2017). 2013 akzeptierte das Gericht das Argument, dass Morales' erste Amtszeit, die vor der Verfassungsreform 2009 begann, nicht zu berücksichtigen sei. 2017 argumentierte das Gericht, das Wiederwahlverbot sei eine Menschenrechtsverletzung, da es dem Volk eine Entscheidungsmöglichkeit nehme.

und Straffreiheit nach der Militärdiktatur in Argentinien,⁴⁰ zur Legitimität der wiederholten Wahlsiege des ugandischen Präsidenten Yoweri Museveni,⁴¹ zum Spannungsverhältnis von Judentum und Demokratie in der Selbstdefinition des Staates Israel,⁴² zur Frage, ob in der serbischen Entität innerhalb von Bosnien und Herzegowina ein »Tag der Republika Srpska« gefeiert werden darf,⁴³ zur Verfassungsmäßigkeit des Plans der kolumbianischen Regierung, einen Friedensvertrag mit den FARC-Rebellen voranzutreiben, obwohl sie ein Referendum zu dieser Frage verloren hat,⁴⁴ oder zu der Frage, ob malaysische Christen das Wort »Allah« zur Bezeichnung (ihres) Gottes verwenden dürfen.⁴⁵

Ein Gebiet des Verfassungsrechts, dem die Politikwissenschaft viel Aufmerksamkeit schenkt, sind Wahlen – ein Gebiet, in dem (oft historisch fest verwurzelte) Verfassungsregeln üblicherweise politische Folgen haben. Ein naheliegendes Beispiel ist das Wahlmännnergremium in den USA, das einen großen Einfluss darauf hat, wie Präsidentschaftswahlkämpfe in dem Land geführt und gewonnen werden.⁴⁶ Gleichzeitig neigen Politikwissenschaftlerinnen und -wissenschaftler jedoch dazu, die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung in diesem Feld zu unterschätzen oder zu übersehen, die sich etwa mit Bestimmungen zur Wählerregistrierung, den Voraussetzungen für eine Kandidatur, der Zulassung von Parteien und Plattformen, den Regeln zur Wahlkampffinanzierung, Wahlkreisgrenzen, Abläufen am Wahntag, der allfälligen Neuauszählung von Stimmen (das *Bush v. Gore*-Szenario ist da alles andere als eine Ausnahme) und zunehmend auch mit der Gültigkeit von Änderungen an in der Verfassung verankerten Grenzen der Amtszeit und der Rechtmäßigkeit von Änderungen des Regierungssystems befasst.

Die Politikwissenschaft übersieht auch oft die Relevanz des Verfassungsrechts beim Thema Sezession. In seiner zentralen Gutachtenentscheidung *Re Secession of Quebec* (1998) entwickelte der kanadische Supreme Court die Grundprinzipien der kanadischen Föderation und erklärte, dass diese Prinzipien auch ein unilaterales Sezessionsrecht der Gliedstaaten beinhalte.⁴⁷ In den seitdem vergangenen 20 Jahren hat die Un-

40 Vgl. etwa Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 17.768, Urteil vom 14.6.2005, *Simon* (»Full-Stop Law Case«).

41 Siehe bspw. Uganda Supreme Court, Election Petition 1/2006, *Rtd. Col. Dr. Kizza Besigye v. Electoral Commission, Yoweri Kaguta Museveni*, [2007] UGSC 24.

42 Israel High Court of Justice (HCJ), 7052/03, Urteil vom 14.5.2006, *Adalah v. Minister of Interior*, [2006] 2 TakEl 1754; HCJ, 466/07, Urteil vom 11.1.2012, *MK Zabava Gal-On (Meretz-Yahad) et al. v. Attorney General et al.*

43 Fahira Brodlija, »Referendum in Republika Srpska Held Despite the Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina« in: *Jurist*, 9. Oktober 2016.

44 Corte Constitucional de Colombia, Urteil vom 13.12.2016, C-699/2016 (»Fast Track Case«).

45 Federal Court of Malaysia, Urteil vom 23.6.2014, *Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur v. Menturi Dalam Negeri*, [2014] 6 C.L.J. 541.

46 Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution*, Oxford 2008. Bei den Präsidentschaftswahlen 2016 etwa konnte Hillary Clinton 48,2 Prozent der Wählerstimmen (knapp 66 Millionen) auf sich vereinen, während Donald Trump nur 46,1 Prozent erreichte (knapp 63 Millionen). Durch die verfassungsrechtlich geschützte Struktur des indirekten Wahlsystems gewann Trump damit jedoch 306 Wahlmänner und -frauen im Vergleich zu 232 für Clinton.

47 Supreme Court of Canada, Urteil vom 20.8.1998, aaO. (FN 28).

terstützung für Quebecs Separationsbewegung jedoch spürbar nachgelassen. In jüngerer Zeit hat der Supreme Court des Vereinigten Königreichs auf Basis tradierter Verfassungsprinzipien geurteilt, dass die Regierung trotz des Brexit-Referendums ohne die Zustimmung des Parlaments nicht den EU-Austritt beantragen kann.⁴⁸ Zuletzt spielte das spanische Verfassungsgericht eine entscheidende Rolle bei der Politik gegenüber den katalanischen Separationsbewegung, insbesondere hinsichtlich der Interpretation von Art. 155 der spanischen Verfassung, die der Zentralregierung die Absetzung der Regionalregierung Kataloniens, die Übernahme der Regierungsgewalt und die Ansetzung von Neuwahlen ermöglichte.⁴⁹

Verfassungsrecht und Verfassungsgerichte sind auch in anderen Politikfeldern von hoher Relevanz, etwa der »Restorative« oder der »Transitional Justice« (wo Verfassungsgerichte und internationale Tribunale wichtige Entscheidungsgremien geworden sind), dem sogenannten »Krieg gegen den Terror« (wo verfassungsrechtliche Bestimmungen und ihre gerichtlichen Interpretationen die »schießfreudige« Politik von Regierungen einzudämmen versuchen), der Sezession und »Devolution« (wo von Quebec bis Schottland und von Katalonien bis Aceh Politik *und* Verfassungsrecht das Feld gemeinsam bestimmen) oder der europäischen Schuldenkrise (wo Oberste Gerichte und Verfassungsgerichte auf dem ganzen Kontinent wegweisende Urteile zur Zulässigkeit von Sparmaßnahmen und Rettungsplänen gefällt haben, die von Regierungen oder supranationalen Technokraten initiiert wurden).⁵⁰

Dass viele nationalistisch-populistische Politiker wie Recep Tayyip Erdoğan, Viktor Orbán, Jarosław Kaczyński, Nicolás Maduro oder Rodrigo Duterte eine ungeheure Energie in Verfassungsänderungen und die Ernennung von Richtern investieren, die ihren politischen Plänen und Präferenzen entgegenkommen, zeigt, dass selbst unter semidemokratischen Bedingungen oder in Fällen von wieder aufkommendem Autoritarismus (von etablierten Demokratien ganz zu schweigen) die politischen Machthaber die verfassungsrechtliche Arena ernst nehmen. Kurzum: Die Vielfalt der Felder, auf denen Verfassungskämpfe ausgetragen werden, zeigt, dass heute alle Politologinnen und Politologen (und nicht nur diese), die das Verfassungsrecht und ihre komparativen Aspekte übersehen, dies auf eigene Gefahr tun.

Der frühere Präsident des Obersten Gerichts von Israel, Aharon Barak, stellte einmal fest: »Die Welt ist voller Recht; alles und jedes ist justiziabel.« Die wachsende politische Bedeutung des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichte ist eines der Merkmale des Regierens im 21. Jahrhundert. Das gilt erst recht, wenn man an die Fülle von regionalen, supranationalen und internationalen Tribunalen denkt, von denen

48 UK Supreme Court, Urteil vom 24.1.2017, *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768.

49 Sam Jones / Stephen Burgen / Emma Graham-Harrison, »Spain Dissolves Catalan Parliament and Calls Fresh Elections«, in: *The Guardian*, 28. Oktober 2017; Raphael Minder / Patrick Kingsley, »Spain Dismisses Catalonia Government After Region Declares Independence«, in: *The New York Times*, 27. Oktober 2016.

50 Vgl. zum letztgenannten Punkt Cristina Fasone, »Constitutional Courts Facing the Euro Crisis: Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective« in: *EU Working Paper MWP* (2014/25), <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/33859> (aufgerufen am 3.6.2017).

viele mittlerweile in einem semi- oder quasi-verfassungsrechtlichen Modus operieren und sowohl die Innenpolitik als auch die internationalen Beziehungen maßgeblich beeinflussen.⁵¹ So ist bspw. keine seriöse Diskussion von Menschenrechtsfragen mehr denkbar, die nicht die Judikaturen der verschiedenen supranationalen Menschenrechtsgerichte einbezieht, namentlich des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Erstgenannter hat zahlreiche politisch signifikante Entscheidungen gefällt,⁵² während letztgenannter im politisch turbulenten Lateinamerika konstant an Bedeutung gewonnen hat.⁵³

Gleichermaßen unbestritten ist die politische Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs und seiner Entscheidungen. So hat er in jüngster Zeit bspw. Schlüsselentscheidungen getroffen zu den Kompetenzen der EU in Wirtschafts- und Handelsfragen, zu den Regelungsbefugnissen der Mitgliedsstaaten gegenüber transnationalen Unternehmen wie Intel oder Google, zu den Rechten von Arbeitgebern gegenüber ihren Arbeitnehmern hinsichtlich des sichtbaren Tragens politischer, philosophischer oder religiöser Zeichen am Arbeitsplatz, und schließlich zur Weigerung Ungarns und der Slowakei, die EU-Regelungen zur Verteilung von Flüchtlingen umzusetzen.⁵⁴ Diese und andere Entscheidungen des Gerichtshofs haben eine regelrechte Welle politischer Reaktionen innerhalb und außerhalb der EU ausgelöst.

Auch eine Analyse der internationalen politischen Ökonomie muss den Aufstieg internationaler Organisationen und Abkommen wie der WTO, der ASEAN und des NAFTA mit ihren verschiedenen verbindlichen, verfassungsähnlichen Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten berücksichtigen. Trotzdem macht es die disziplinäre Trennung zwischen rechtswissenschaftlichen und politikwissenschaftlichen Fakultäten bzw. Instituten in Verbindung mit der Vorstellung, dass der verfassungsrechtliche Bereich nicht autonom sei, den meisten Politologen oftmals unmöglich, Inhalt und Relevanz von Verfassungsgerichtsurteilen voll zu verstehen – sofern sie sich ihrer Existenz überhaupt bewusst sind.

Eine Doktorandin der Politikwissenschaft, die sich heute für einen der genannten Gegenstände interessiert, müsste sich eigentlich für ein Seminar in vergleichendem Verfassungsrecht einschreiben, um die volle Bedeutung des verfassungsrechtlichen Diskurses für ihr Thema erfassen zu können. Dass politikwissenschaftliche Komparatisten das verfassungsrechtliche Vokabular und seine vergleichende Praxis und Bedeutung verstehen müssen, ist eine ebenso drängende Notwendigkeit wie, dass vergleichende

51 Vgl. Karen Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Oxford 2014.

52 Etwa EGMR (GK), 44774/98, Urteil vom 10.11.2005, *Şahin*; EGMR (GK), 27996/06 und 34836/06, Urteil vom 22.12.2009, *Sejdić and Finci*; EGMR (GK), 30814/06, Urteil vom 18.3.2011, *Lautsi and Others*; EGMR (GK), 43835/11, Urteil vom 1.7.2014, *S.A.S.*

53 Siehe nur Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR), Urteil vom 29.7.1988, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*; IAGMR, Urteil vom 14.3.2001, *Barrios Altos v. Peru*; IAGMR, Urteil vom 24.11.2010, *Gomes Lund et al. (»Guerrilha do Araguaia«) v. Brazil*; IAGMR, Urteil vom 24.2.2012, *Barrios Altos v. Peru*.

54 Siehe nur *Slowakische Republik und Ungarn gegen Rat der Europäischen Union*, Verbundene Rechtssachen C-643/15 und C-647/15; EuGH (GK), Urteil vom 6.9.2017.

Verfassungsrechtler den sozialen und politischen Kontext würdigen, in den Verfassungen eingebettet sind. Es ist bedauerlich, dass viele (wenngleich nicht alle) führende politikwissenschaftliche Institute in Nordamerika und Europa diese einfache Wahrheit nicht beachten. Damit überlassen sie die verfassungsrechtliche Arena der Rechtswissenschaft, die sich ihrerseits viel zu oft auf Fallrechtsstudien verlässt, was auf Kosten einer Durchdringung des Verfassungsrechts in seinem breiteren sozialen und politischen Gefüge geht.

Wie ich vermute, hat diese bedauerliche Situation viel mit verschiedenen Faktoren der Ausbildung, des Berufsverständnisses und der Wissenssoziologie zu tun. Aber so verwurzelt diese Faktoren auch sein mögen, weichen doch in praktisch allen führenden Universitäten und Forschungsinstituten der Welt konventionelle disziplinäre Grenzen in anderen natur-, geistes- und sozialwissenschaftlichen Feldern neuen interdisziplinären Forschungsbereichen (wie bspw. der Ökologie, Neurowissenschaft, Stadtforschung und Diversitätsforschung). Es ist an der Zeit, über einen ähnlichen Schritt in der Verfassungslehre nachzudenken; nicht nur wegen der Schlüsselrolle des Verfassungsrechts für die Politik, sondern auch wegen der komplexen Symbiosen in der heutigen Welt, die weder nicht-konstitutionelle politische Systeme noch ein apolitisches Verfassungsrecht kennt.

Zusammenfassung

Eine der erstaunlichsten Eigenarten der zeitgenössischen Verfassungsforschung ist ihre disziplinäre Trennung und der daraus resultierende Mangel an Kommunikation zwischen der Rechtswissenschaft auf der einen und den Sozialwissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft, auf der anderen Seite. In der »realen Welt« sind Politik, Recht und Verfassung eng miteinander verbunden. Die Aufrechterhaltung der disziplinären Trennung begrenzt daher unseren intellektuellen Horizont künstlich und unnötig. Sie begrenzt die Art von Fragen, die wir stellen, und die Vielfalt der Antworten, die wir geben können. Die Zukunft der Verfassungsforschung liegt daher in einer Lockerung der scharfen Trennung zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften.

Summary

One of the perplexing oddities of contemporary constitutional studies is the disciplinary divide and consequent lack of communication between constitutional law – arguably the most overtly political branch of law, public or private – and the social sciences, in particular political science, scholarship on constitutions and constitutionalism. In the real world, politics, law, and constitutionalism are closely tied to each other. Maintaining the disciplinary divide artificially and unnecessarily limits our intellectual horizons, restricts the kind of questions we ask as well as the range of answers we may

provide. The future of constitutional studies lies therefore in relaxing the sharp divide between constitutional law and the social sciences.

Ran Hirschl, Constitutional Law and Comparative Politics – the Ties that Bind