

Thilo Oldiges
Kantstraße 106
10627 Berlin
Tel.: 030 / 23 13 15 02

eMail: Thilo.Oldiges@gmx.de

Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?

—

Öffentlich-rechtliches, europarechtliches
und rechtsphilosophisches Seminar

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Häberle
Sommersemester 1996

Thema:

Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik

—

Eine Zwischenbilanz

17. Juni 1996

Literaturverzeichnis

- Bähr, Otto
Der Rechtsstaat
1864 (Neudruck 1961)
zitiert: *Bähr*, Rechtsstaat
- Baring, Arnulf
Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie – Bonns
Beitrag zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft
1969
zitiert: *Baring*, Kanzlerdemokratie
- Benda, Ernst
Kammermusik
NJW 1995, S. 429 ff
zitiert: *Benda*, Kammermusik
- ders.*
Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?
NJW 1995, S. 2470 ff
zitiert: *Benda*, Götterdämmerung
- Benda, Ernst u. Klein, Eckart
Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts
1991
zitiert: *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang
Dem Verfassungsgericht droht der Kollaps
Rede anlässlich seiner Verabschiedung aus der Tätigkeit als
Richter am Bundesverfassungsgericht vom 15.5.1996
FAZ vom 24.5.1996
zitiert: *Böckenförde*, Kollaps
- Clemens, Thomas
Bundesverfassungsgericht im Verfassungsstaat
siehe *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- Flume, Werner
Das „Kruzifixurteil“ und seine Berichtigung
NJW 1995, 2904
zitiert: *Flume*, Kruzifix-Urteil
- Forsthoff, Ernst
Der Staat in der Industriegesellschaft
1971
zitiert: *Forsthoff*, Industriegesellschaft
- Friesenhahn, Ernst
Das Bundesverfassungsgericht im 3. Jahrzehnt
Symposion zu Ehren von Ernst Friesenhahn anlässlich seines
70. Geburtstages
hrsg. von Jochen A. Frowein, Hans Meyer und Peter
Schneider
1973
zitiert: *Redner*, Diskussionsbeitrag in FS Friesenhahn
- Fromme, Friedrich Karl
„Karlsruhe“: Wie es euch gefällt?
siehe *Kaltenbrunner* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Richterstaat

- Großfeld, Bernhard Götterdämmerung? – Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts
 NJW 1995, S. 1719 ff
 zitiert: *Großfeld*, Götterdämmerung
- Häberle, Peter (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit
 1976
 darin unter anderen:
- Häberle, Peter Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff
 zitiert: *Häberle*, Grundprobleme
- Schmitt, Carl Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, 1929, S. 108 ff
 zitiert: *Schmitt*, Reichsgericht
- Triepel, Heinrich Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929,
 S. 46 ff
 zitiert: *Triepel*, Staatsgerichtsbarkeit
- Häberle, Peter Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten
 JZ 1975, 297
 zitiert: *Häberle*, Offene Gesellschaft
- ders.* Grundprobleme
 siehe: *Häberle* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit
- Häußler, Richard Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und
 politischer Führung – Ein Beitrag zu Geschichte und
 Rechtsstellung des Bundesverfassungsgericht
 Schriften des öffentlichen Rechts, Band 661
 1994
 zitiert: *Häußler*, Konflikt
- Haverkate, Görg Gewißheitsverluste im juristischen Denken – Zur politischen
 Funktion der juristischen Methode
 1977
 zitiert: *Haverkate*, Gewißheitsverluste
- Heyde, Wolfgang u. Gielen, Peter Die Hüter der Verfassung – Verfassungsgerichte im Bund
 und in den Ländern
 1973
 zitiert: *Heyde/Gielen*, Verfassungsgerichte
- Hesse, Konrad Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit
 in: Festschrift für Hans Huber, S. 261 ff
 1981
 zitiert: *Hesse*, Funktionelle Grenzen
- ders.* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
 Deutschland
 20. Auflage 1995
 zitiert: *Hesse*, Grundzüge

- ders.* Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel
JZ 1995, 265
zitiert: *Hesse*, Geschichtlicher Wandel
- Hinkel, Karl Reinhard Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik –
Eine historische Betrachtung
1984
zitiert: *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit
- Holtfort, Werner Praktische Vorschläge, das Bundesverfassungsgericht in eine
demokratie-angemessene Rolle zurückzuführen
in: Däubler, Wolfgang u. Küsel, Gudrun (Hrsg.),
Verfassungsgericht und Politik, 1979, S. 191 ff
zitiert: *Holtfort*, Vorschläge
- Isensee, Josef Verfassungsgerichtsbarkeit
siehe *Piazola* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit
- Jäde, Henning Souverän
siehe *Kaltenbrunner* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Richterstaat
- Kaltenbrunner, Gerd-Klaus (Hrsg.) Auf dem Weg zum Richterstaat – Die Folgen politischer
Impotenz
Herderbücherei Initiative, Band 33
1979
darin unter anderen:
- Fromme, Friedrich Karl „Karlsruhe“: Wie es euch gefällt? –
Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik, S. 98 ff
zitiert: *Fromme*, Wie es euch gefällt
- Jäde, Henning Souverän in roten Roben? – Das Bundesverfassungsgericht
und die Angst vor der Politik, S. 121 ff
zitiert: *Jäde*, Rote Roben
- Kimminich, Otto Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der
Gewaltenteilung, S. 62 ff
zitiert: *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit
- Mock, Erhard Richter machen Politik – Sinn und Widersinn der
Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 170 ff
zitiert: *Mock*, Richter machen Politik
- Stein, Erwin Verfassungsgerichtliche Interpretation der Grundrechte als
Konkretisierung des Rechtsstaates, S. 83 ff
zitiert: *Stein*, Grundrechte
- Kimminich, Otto Verfassungsgerichtsbarkeit
siehe *Kaltenbrunner* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Richterstaat
- Kirchhoff, Paul Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des
Umbruchs
NJW 1996, 1497 ff
zitiert: *Kirchhoff*, Umbruch

- Klein, Eckart
Verfassungsbeschwerde
siehe *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- Klein, Franz
Begriff und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit
DÖV 1964, S. 471 ff
zitiert: *Franz Klein*, Grenzen
- Klein, Friedrich
Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung
politischer Fragen
1966
zitiert: *Friedrich Klein*, Richterliche Beurteilung
- Lamprecht, Rolf
„Bis zur Verachtung“ – Verfassungsrichterwahlen am Rande
der Legalität
NJW 1995, 2531
zitiert: *Lamprecht*, Verfassungsrichterwahlen
- ders.* u. Melanowski, Wolfgang
Richter machen Politik
1971
zitiert: *Lamprecht/Melanowski*, Richter machen Politik
- Leibholz, Gerhard
Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik
und Recht
DVBl. 1974, S. 396 ff
zitiert: *Leibholz*, Schnittpunkt
- Mock, Erhard
Richter machen Politik
siehe Kaltenbrunner (Hrsg.), Auf dem Weg zum Richterstaat
- Pestalozza, Christian
Verfassungsprozeßrecht
3. Auflage 1991
zitiert: *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht
- Piazola, Michael (Hrsg.)
Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt
von Recht und Politik
Tutzingers Schriften zur Politik, Band 3
1995
darin unter anderen:
- Clemens, Thomas
Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und
Verfassungsstaat, S. 13 ff
zitiert: *Clemens*, Bundesverfassungsgericht im
Verfassungsstaat
- Isensee, Josef
Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik,
S. 49 ff
zitiert: *Isensee*, Verfassungsgerichtsbarkeit
- Klein, Eckart
Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde, S. 227 ff
zitiert: *Eckart Klein*, Verfassungsbeschwerde
- Piazola, Michael
Zur Mittlerrolle des Bundesverfassungsgerichts in der
deutschen Verfassungsordnung, S. 7 ff
zitiert: *Piazola*, Mittlerrolle

- ders.* Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen, S. 243 ff
zitiert: *Piazola*, Politische Fragen
- Roellecke, Gerd Das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts und die Verfassung, S. 33 ff
- Säcker, Horst Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht?, S. 189 ff
zitiert: *Säcker*, Gesetzgebung
- Piazola, Michael Mittlerrolle
siehe: *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- ders.* Politischer Fragen
siehe: *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- Philippi, Klaus Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts 1971
zitiert: *Philippi*, Tatsachenfeststellungen
- Redeker, Konrad „Der moderne Fluch der Versuchung zur Totalität“
NJW 1995, S. 3369 ff
zitiert: *Redeker*, Totalität
- Robinsohn, Hans Das verkehrte Grundgesetz
Vorgänge 1979, H. 1 (37), S. 56
zitiert: *Robinsohn*, Grundgesetz
- Roellecke, Gerd Ansehen
siehe: *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- Rüthers, Bernd Als Motor des Zeitgeistes ungeeignet – Wie mit Worten das Recht verändert wird – das Beispiel Bundesverfassungsgericht
FAZ vom 9. Juni 1995
zitiert: *Rüthers*, Motor des Zeitgeistes
- Säcker, Horst Gesetzgebung?
siehe *Piazola* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht
- Schäfer, Friedrich u. Roellecke, Gerd Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung
Ein Cappenberger Gespräch
Referate von Friedrich Schäfer und Gerd Roellecke
Diskussionsbeiträge von Diether Bischoff, Ernst Friesenhahn, Konrad Kruis, Helmut Quaritsch, Hans Heinrich Rupp, Klaus Stern, Wolfgang Zeh, Wolfgang Zeidler, Reinhold Zippelius
Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Band 15
1980
zitiert: *Referent* in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit bzw.: *Redner*, Diskussionsbeitrag, in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit

- Schmitt, Carl
Reichsgericht
siehe *Häberle* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit
- ders.*
Der Hüter der Verfassung
1931 (2. Auflage 1969)
zitiert: *Schmitt*, Hüter der Verfassung
- Schreiber, Norbert (Hrsg.)
Die Zukunft unserer Demokratie
dtv-dokumente
1979
zitiert: *Schreiber*, Zukunft der Demokratie
- Schuppert, Gunnar Folke
Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt
1973
zitiert: *Schuppert*, Auswärtige Gewalt
- ders.*
Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation
1980
zitiert: *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen
- Sendler, Horst
Kammermusik II – Kammerrechtsprechung und gesetzlicher Richter
(Replik auf Benda, Kammermusik)
NJW 1995, S. 3291 ff
zitiert: *Sendler*, Kammermusik II
- ders.*
Blüten richterlicher Unabhängigkeit und Verfassungsgerichtsschelte
NJW 1996, 825
zitiert: *Sendler*, Verfassungsgerichtsschelte
- Smend, Rudolf
Verfassung und Verfassungsrecht
in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1904/5
zitiert: *Smend*, Verfassungsrecht
- Stein, Erwin
Grundrechte
siehe *Kaltenbrunner* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Richterstaat
- Stern, Klaus
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band II
1980
zitiert: *Stern*, Staatsrecht II
- ders.*
Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik
Vortrag von Klaus Stern
Diskussionsbeiträge von Karl Heinrich Friauf, Paul Mikat, Helmut Schelsky, Ulrich Scheuner, Theodor Schieder
Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Band 243
1980
zitiert: *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit
bzw.: *Redner*, Diskussionsbeitrag in Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit

- Triepel, Heinrich Staatsgerichtsbarkeit
siehe *Häberle* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit
- Verein Demokratischer Juristen (VDJ) Zur rechtspolitischen Entwicklung in der Bundesrepublik
Deutschland – Ein Beitrag zur Diskussion
1983
zitiert: VDJ, Rechtspolitische Entwicklung
- Vogel, Hans-Joachim Videant Judices! Zur aktuellen Kritik am
Bundesverfassungsgericht
DÖV 1978, S. 665 ff
zitiert: *Vogel*, Videant Judices
- Wesel, Uwe Die zweite Krise
DIE ZEIT vom 29.9.1995
- Zweigert, Konrad Einige rechtvergleichende und kritische Bemerkungen zur
Verfassungsgerichtsbarkeit
in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, S. 63 ff
zitiert: *Zweigert*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz
- Zuck, Rüdiger Political question doctrine, judicial self-restraint und das
Bundesverfassungsgericht
JZ 1974, 361
zitiert: *Zuck*, Political question doctrine
- ders.* Rechtsschutz-Verweigerungs-Gericht
FAZ vom 5.6.1996
zitiert: *Zuck*, Rechtsschutz-Verweigerungs-Gericht

Literaturverzeichnis	I
A. EINLEITUNG	1
B. DER WEG IN DIE KRISE	2
I. Die Ära Adenauer	3
1. Der Status-Streit 1952/53	3
2. Der EVG-Vertrag 1952	3
3. Die Richterwahlnovelle 1954-56	6
4. Der Fernsehstreit 1958-61	6
II. Die Ära Brandt: Das Grundlagenvertragsurteil	6
III. Die Ära Schmidt: Die Reformgesetzgebung	8
IV. Die 90er Jahre	9
1. Das zweite Schwangerschaftsurteil	10
2. Der Sitzblockaden-Beschluß	10
3. Die „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidungen	11
4. Der Kreuzifix-Beschluß	12
5. Die Bodenreform-Entscheidungen	12
6. Das Asylurteil	13
C. RECHT UND POLITIK	14
I. unterschiedliche Materie?	14
II. unterschiedliche Existenzformen	15
III. unterschiedliche Zielsetzungen	15
IV. unterschiedliche Methoden	16
D. DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT IM SYSTEM DER GEWALTENTEILUNG	17
I. Exkurs: Vorläufer der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit	18
1. Deutscher Bund 1815/1820	18
2. Paulskirchenverfassung 1848/49	18
3. Deutscher Bund ab 1863	18
4. Deutsches Kaiserreich 1870/71	19
5. Weimarer Republik 1919	19
II. Das Grundgesetz als Rechtsnorm	19
III. Gewaltenteilung im Verständnis des Grundgesetzes	19
IV. Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts	21
V. Status des Bundesverfassungsgerichts	21

E. EINZELNE VORWÜRFE GEGEN DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT	22
I. Usurpation evidenter Aufgaben des Gesetzgebers	22
1. funktionelle Zuständigkeit und Justiziabilität	23
2. Prüfungsgrundsätze und Methodenwahl	24
a) judicial self-restraint	24
b) Prüfungsmaßstab und Interpretationsmethode	25
c) Kontrolldichte und Prognosespielraum	27
3. Entscheidungsform	28
a) verfassungskonforme Auslegung	28
b) obiter dicta und Überschreitung des Vorlagekomplexes	29
II. Superrevisionsinstanz	30
III. politische Richter	31
1. Wahlen	31
2. sogenannter 3. Senat	32
IV. mangelnde Öffentlichkeitsrückkoppelung	33
1. Kammerentscheidungen	33
2. Sondervoten und Abstimmungsergebnisse	33
3. Entscheidungsformulierung	34
V. Ausblick	34
F. RESÜMEE	35
Anhang: aktuelle Besetzung des Bundesverfassungsgerichts	39

A. EINLEITUNG

„Das Bundesverfassungsgericht ist in einer erschütternden Weise vom Wege des Rechts abgewichen.“¹ Deshalb hat sich das Kabinett zusammengesetzt und war sich schließlich „darin einig, daß das Urteil des Bundesverfassungsgerichts falsch ist.“² „Wir werden den Beschluß niemals anerkennen. Dieser Beschluß ist ein nullum.“³ „Von den acht Arschlöchern in Karlsruhe lassen wir uns doch nicht unsere ganze Ostpolitik kaputtmachen.“⁴ „Det ham wir uns so nich vorjestellt“⁵, daß der „Karlsruher Götterrat“⁶ als „Übergesetzgeber“⁷ die Gesetze diktiert und eine „Karlsruher Enzyklika“⁸ herausgibt und sich damit zum „Sittenwächter der Nation“⁹ aufschwingt. Daher sollte „eine Überprüfung der Verfassungstreue der Karlsruher Richter“ stattfinden.¹⁰

Diese kleine Auswahl an Reaktionen auf frühere Urteile des Bundesverfassungsgerichts aus verschiedensten Zeiten verdeutlicht hinreichend, daß es nicht nur harsche Kritik am Gericht schon immer gab, sondern daß bereits damals an Polemik, Anmaßung von Kontrollbefugnissen und sogar persönlichen Beleidigungen nicht gespart wurde.

Wenn nun der Kruzifix-Beschluß¹¹ – wieder einmal, so möchte es einem angesichts obiger Zitate entfahren – einen Nerv der Gesellschaft getroffen zu haben scheint und daraufhin die latente Krise, die sich seit nun zwei Jahren bereits in anderen Entscheidungen abzuzeichnen begann, ausgebrochen ist, so mag dies „ein Indiz für einen Kunstfehler“¹² des Gerichts sein. Dies allein rechtfertigt jedoch noch nicht die vielleicht erstmals in der Öffentlichkeit unter Einbeziehung aller gesellschaftlicher Gruppen stattfindende streckenweise sehr polemische und wenig sachliche Schelte des höchsten deutschen Gerichts.

Genausowenig wäre danach zu fragen angebracht, ob sich das Gericht überhaupt in einer Krise befindet, oder ob nicht Kritik am und Diskussion um das Bundesverfassungsgericht, selbst wenn sie zuweilen über die Stränge schlagen sollte, ebenso zur Tagesordnung gehört wie etwa politische Auseinandersetzungen zwischen den Parteien im Bundestag, wo die Akteure in ihrer Wortwahl auch nicht gerade zimperlich sind.

Das nämlich würde einen wesentlichen Unterschied zwischen der politischen Führung, also Regierung, Bundestag und Bundesrat beziehungsweise den Parteien, und einem Gericht außer

¹ Justizminister *Dehler* (FDP), 10.12.1952 im Rahmen des EVG-Konfliktes (dazu unten B.I.2), nach *Häußler*, Konflikt, S. 34.

² Bundeskanzler *Konrad Adenauer* in seiner Bundestagsansprache vom 8.3.1961, nach *Häußler*, Konflikt, S. 69

³ *Dehler*, 10.12.1952.

⁴ So oder ähnlich soll sich laut *Johann Georg Reißmüller*, FAZ vom 27.6.1973, „ein führender Politiker der größeren Bonner Koalitionspartei“ (also der SPD) geäußert haben. Da die FAZ ihre Quelle geheimhielt, wurde zwar viel spekuliert, doch die tatsächliche Urheberschaft nie zweifelsfrei geklärt, obwohl die CDU zwei parlamentarische Anfragen stellte und das Bundesverfassungsgericht verärgert Aufklärung verlangte. Laut *Häußler*, Konflikt, S. 62 f u. Fn. 188, galt damals *Horst Ehmke*, bekannt für seine oft drastischen Formulierungen, als wahrscheinlichster Urheber.

⁵ Bundeskanzler *Konrad Adenauer*, nach *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 69.

⁶ Junge Demokraten, nach *Häußler*, Konflikt, S. 70.

⁷ *Robinson*, Das verkehrte Grundgesetz, S. 44-53.

⁸ Kommentar der Frankfurter Rundschau vom 26.2.1975, nach *Häußler*, Konflikt, S. 65 (Fn. 200).

⁹ *Schueler* in Die Zeit vom 28.2.1975, nach *Häußler*, Konflikt, S. 65 (Fn. 200).

¹⁰ *Schulz*, stv. Bundesvorsitzende der Jungsozialisten, nach *Fromme*, Wie es euch gefällt, S. 100.

¹¹ BVerfGE 93, 1.

¹² *Benda*, Götterdämmerung, NJW 1995, 2470.

acht lassen: Letzteres ist gerade nicht am Kampf um Mehrheiten, Interessen und Meinungen beteiligt, es soll vielmehr dem objektiven Recht zu seiner Stimme verhelfen. Damit wird bereits offenbar, daß das Bundesverfassungsgericht nicht in tagespolitischen Streit hineingezogen werden darf, daß es zwar nicht über jegliche Kritik erhaben ist, aber eine Auseinandersetzung mit ihm unter grundsätzlich anderen Gesichtspunkten zu erfolgen hat als mit konkurrierenden Parteien.

Wenn dies vergessen wird, dann verwischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts im sensiblen Gefüge der Gewaltenverschränkung in der Bundesrepublik, dann drohen seine Autorität und Akzeptanz, die es so nötig hat wie sonst kaum ein Staatsorgan, verlorenzugehen. Eine solche Mißachtung der Stellung des Gerichts, wie sie für die weiter zurückliegende Vergangenheit bereits in den Zitaten angedeutet wurde und wie sie jetzt nach mehreren umstrittenen Urteilen wieder zu beobachten ist, darf daher keinesfalls als bloße vorübergehende Verirrung der Kritiker angesehen werden, sondern muß als Bedrohung der Grundfesten des Gerichts unter allen Umständen vermieden werden.

Zunächst sollen also die bisherigen Krisen und Affären um das Bundesverfassungsgericht einschließlich der jüngsten Entwicklung beleuchtet werden¹³ (Teil B), bevor allgemein auf die – um das Wort *Gerhard Leibholz*’ zu zitieren – Stellung des Gerichts „im Schnittpunkt von Politik und Recht“¹⁴ einzugehen sein wird (Teil C). Darauf folgt eine Darlegung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Gewaltenteilungssystem, wie es das Grundgesetz statuiert (Teil D). Im anschließenden Teil E geht es um die einzelnen Vorwürfe, die dem Bundesverfassungsgericht seit seinem Bestehen gemacht werden, und inwieweit sie berechtigt sind. Dem Resümee geht noch ein kurzer Ausblick voraus, welche Schwierigkeiten und Auseinandersetzungen dem Gericht in nächster Zeit vermutlich noch bevorstehen.

B. DER WEG IN DIE KRISE

Um die gegenwärtige Krise des Bundesverfassungsgerichts richtig einschätzen zu können, darf ein kurzer Rückblick – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf die vergangenen 45 Jahre Wirken des Gerichts im Hinblick auf einige zur jeweiligen Zeit besonders umstrittene Entscheidungen nicht fehlen.¹⁵

Insbesondere um Kritik richtig einschätzen zu können, ist es erforderlich, ihr Schwanken mit dem Wechsel der Standpunkte zu erkennen. Es zeigt sich nämlich, daß sowohl der eher ergebnisbezogene Vorwurf, das Gericht mische sich zu sehr in die Politik oder es halte sich im Gegenteil zu sehr zurück, als auch die diese Auffassung begründenden Einzelkritikpunkte ganz unabhängig von politischer Couleur und Auffassung zur Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen zu hören sind. Vielmehr scheint er ganz konkret von „Sieg“ oder „Niederlage“ im Verfahren abzuhängen und davon, worauf dieser Ausgang vermeintlich zurückzuführen sei, weit weniger jedoch von methodologischen Überlegungen zu Befugnissen, Funktionen des Gerichts und Verfahren vor demselben.¹⁶

¹³ Natürlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

¹⁴ Unter anderem Titel eines Aufsatzes in DVBl. 1974, S. 396.

¹⁵ Lesenswert insbesondere: *Häußler*, Konflikt, 1. Kapitel: Kleine Streitgeschichte zwischen Bonn und Karlsruhe.

¹⁶ Vgl. *Fromme*, Wie es euch gefällt, S. 101.

I. Die Ära Adenauer

1. Der Status-Streit 1952/53

Gleich in den Beginn seiner Tätigkeit fiel der sogenannte Status-Streit von 1952/53, die Frage also, ob das Bundesverfassungsgericht ein dem Justizministerium untergeordnetes Gericht wie die anderen oder aber ein eigenständiges Verfassungsorgan mit eigener Haushaltskompetenz und besonderen protokollarischen Rechten sei.

Das Gericht vertrat damals selbstbewußt in der großen Mehrheit seines Plenums¹⁷ letztere Auffassung. Was heute völlig unbestritten ist, war damals von großer Bedeutung für die Rolle des Gerichts, mit der es sich schlechterdings vertrug, einer derjenigen Behörden angegliedert zu sein, die es kontrollieren sollte.

Der Gutachter der Bundesregierung, der Staatsrechtler *Richard Thoma*, vertrat zwar die Auffassung, daß eine derartige unabhängige Stellung des Gerichts von der Verfassung nicht gedeckt sei, hielt die Forderung nach mehr Selbständigkeit rechtspolitisch jedoch für berechtigt. Die maßgeblichen Rechtsexperten aller Parteien in den entscheidenden Organen Bundestag und Bundesrat hingegen befürworteten von Beginn an die Mehrheitsauffassung des Gerichts.

Die Bundesregierung lenkte daraufhin insoweit ein, als sie dem Bundestag die freie Entscheidung überließ, ohne ihn weiterhin zur Übernahme ihrer Auffassung zu drängen; allein Justizminister *Dehler* von der FDP wollte den drohenden Zuständigkeitsverlust nicht hinnehmen.

Die nichtsdestoweniger schon vorgezeichnete Entscheidung im Bundestag fiel ohne größeres Aufsehen im Sommer 1953. Damit hatte das Bundesverfassungsgericht seine Vorstellungen seines Status' durchgesetzt und so die erste Machtprobe mit der Regierung bestanden.

2. Der EVG-Vertrag 1952

Im Streit um die Wiederbewaffnung Deutschlands und den Deutschland- sowie EVG-Vertrag¹⁸ wird wie kein zweites Mal deutlich, zu welchen Formen der Mißachtung der Stellung, Autorität und Würde des Bundesverfassungsgerichts die Politik fähig ist, wenn sie elementare Entscheidungen durch das Gericht bedroht sieht. Daher soll der dreieinhalb Jahre währende Streit an dieser Stelle ausführlicher dargestellt werden.

Die mit den am 26./27.5.1952 paraphierten Verträgen verbundene Konzeption der Regierung Adenauer sah eine Wiederbewaffnung Deutschlands, eine verstärkte Westbindung und damit zugleich den weitgehenden Verlust jeglichen Verhandlungsspielraums mit dem Osten vor. Auf diese Weise schien auch eine Wiedervereinigung in weite Ferne zu rücken.

Diese Pläne stießen auf breiten Widerstand in Bevölkerung und Opposition. Die SPD beschloß deshalb im Januar 1952, also bereits während ihrer Ausarbeitung und noch vor der Paraphierung, einen Normenkontrollantrag einzureichen. Daraufhin fand eine wahre Schlacht mit Gutachtern statt, die Regierung und Opposition jeweils für sich ins Feld führten.¹⁹

¹⁷ D.h. beider Senate gemeinsam, damals also 24 Richter; anderer Auffassung waren nur 2 Richter, namentlich der damalige Gerichtspräsident, *Hermann Höpker-Aschoff*, und *Willi Geiger*.

¹⁸ Vertrag über die Einrichtung einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft.

¹⁹ Nach *Häußler*, *Konflikt*, S. 30 (Fn. 39):

Die Zulässigkeit des Antrags für gegeben hielten: *Arndt, Forsthoff, Kraus, Menzel, Rosenberg*

Fortsetzung nächste Seite...

Dieser Antrag gelangte aufgrund der gerichtlichen Zuständigkeitsregelungen an den Ersten, den „Grundrechtssenat“, in dem die SPD für sieben von damals zwölf Richtern das Vorschlagsrecht besaß.²⁰ Die CDU befürchtete eine Niederlage und überredete daraufhin im Juni 1952 Bundespräsident *Theodor Heuss*, FDP, einen Gutachtenantrag über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eben dieses Vorgehens zu stellen,²¹ der nach damals geltendem Recht vom Plenum, also beiden Senaten gemeinsam, zu behandeln war. Da es als sicher galt, daß der Senat nicht entscheiden würde, wenn die Gefahr bestand, daß bald darauf das Plenum ein anderes Urteil fällen würde, sollte auf diese Weise der Normenkontrollantrag der SPD praktisch ausgehebelt werden. Für das Bundesverfassungsgericht ergab sich jedoch der positive Effekt, daß es vom Verdacht der parteipolitischen Urteilsverfärbung befreit und die Entscheidung „auf breite Schultern“ verlagert wurde²².

Adolf Arndt, der das erste Gutachten für die SPD erstellt und damit das Normenkontrollverfahren in Gang gebracht hatte, hielt hingegen das Gutachtenverfahren für unzulässig, weil bereits ein Urteilsverfahren in derselben Sache anhängig war. Daher weigerte sich die SPD, ihren Antrag zurückzuziehen.

Wider Erwarten wies der angeblich „rote“ Senat bald darauf den Antrag der SPD zurück, jedoch allein wegen derzeitiger Unzulässigkeit, weil das Vertragsgesetz noch nicht parlamentarisch verabschiedet war.²³

Da sich die allgemeine Stimmung inzwischen vermeintlich gegen die Pläne der Regierung gewendet hatte, schien dieser nun selbst die Plenarentscheidung nicht mehr sicher genug. Also versuchte *Adenauer*, die Entscheidung ganz auf „seinen“ Senat zu verlagern, indem er im Dezember 1952 eine Organklage gegen die Parlamentsminderheit mit der Begründung einreichte, sie verletze das Recht der Mehrheit dadurch, daß sie behauptete, für die Gesetze zur Wiederbewaffnung sei eine Verfassungsänderung nötig. Zugleich verhinderte er die Verabschiedung des Vertragsgesetzes, indem nach der zweiten Lesung im Parlament die Beratung abgebrochen wurde. Dies ging nun sogar großen Teilen der CDU und FDP zu weit, da hier eine Verfassungsverletzung demnach darin bestehen sollte, daß Abgeordnete ihr legitimes Recht auf freie Meinungsäußerung und freie Rede im Bundestag in Anspruch nahmen.

Das Bundesverfassungsgericht jedoch stellte die Klage zurück, bis über den Gutachtenantrag entschieden sein würde, und ließ erkennen, daß sich der dann beschließende Erste Senat an die Gutachtenentscheidung gebunden fühlen würde. Damit war *Adenauers* Ziel vorläufig vereitelt. Obwohl dies eine rein prozeßrechtliche Entscheidung ohne materielle Bedeutung war, schlugen

Für Begründetheit stimmten: *Arndt, Forsthoff, Klein, Kraus, Löwenstein, Maunz, Menzel, Schätzel, Smend*
Gegen Begründetheit waren: *Hettlage/Heydte, Kaufmann, Mangoldt, Scheuner, Süsterhenn, Thoma, Wehberg, Wolff* – bezeichnend neben der bloßen Zahl vor allem das Renommee der Gutachter, das sich auch in der Zahl der beteiligten späteren Verfassungsrichter erweist.

²⁰ Bei der Einrichtung des Bundesverfassungsgericht hatte die CDU der SPD den vermeintlich weniger wichtigen Senat überlassen und selbst das überwiegende Vorschlagsrecht für den Zweiten Senat, den Staatsrechtssenat, erhalten. Besonders in den Anfangsjahren des Gerichts kursierte daher auch das Wort von roten und vom schwarzen Senat, das entgegen landläufiger Auffassung jedoch wohl nicht von *Adenauer*, sondern aus dem Gericht selbst stammt (so jedenfalls der Pressesprecher des Bundesverfassungsgericht, *Willms*, nach *Häußler*, *Konflikt*, S. 30 [Fn. 41]).

²¹ Gemäß § 97 BVerfGG a.F. hatte der Bundespräsident das Recht, vom Bundesverfassungsgericht Rechtsgutachten einzuholen.

²² Richter *Friesenhahn*, zitiert nach *Baring*, *Kanzlerdemokratie*, S. 225.

²³ BVerfGE 1, 396.

die Wogen der Kritik aus der Regierung hoch. Besonders *Dehler* tat sich hervor: Das Gericht sei „in erschütternder Weise vom Wege des Rechts abgewichen und hat dadurch eine ernsthaft Krise geschaffen“, der Beschluß sei „völlig rechtlos“, „ein nullum“.²⁴

Adenauer jedoch konnte Heuss dazu bewegen, seinen Gutachtenantrag im Oktober 1952 wieder zurückzunehmen, um so doch noch eine vorrangige Behandlung des Streitgegenstandes im Ersten Senat zu ermöglichen, wobei *Heuss* offensichtlich nicht bedachte, daß er damit in den Augen der Öffentlichkeit seine parteipolitisch neutrale Stellung in diesem Konflikt aufgab. In der Presse war daraufhin bereits von einer Verfassungskrise die Rede; einige besorgte Anwälte telegraphierten der Bundesregierung, sie möge dringend einen weiteren Ansehensverlust des höchsten deutschen Gerichts verhindern. In ähnlicher Weise nahmen auch die Ministerpräsidenten der Länder Stellung für das Gericht.²⁵

Die Regierung versuchte noch mit einer offiziellen Ehrenerklärung für das Bundesverfassungsgericht zu retten, was zu retten war, doch nichtsdestoweniger war das Verhältnis zwischen ihr und dem Gericht nachhaltig gestört. Als *Dehler* sich auch noch eine Kontrollfunktion über das Bundesverfassungsgericht anmaßte,²⁶ war auch die persönliche Freundschaft zwischen ihm und seinem Parteifreund *Höpker-Aschoff*, dem Präsidenten des Gerichts, endgültig zerbrochen.²⁷

Adenauers Organklage wurde wiederum ohne Sachentscheidung in der eigentlichen Streitfrage abgewiesen, da parlamentarische Mehr- und Minderheiten nach Auffassung des Gerichts keine hinreichend abgrenzbaren Gruppen darstellten.²⁸ Nachdem dann die abschließende Lesung der Vertragsgesetze schließlich stattfand, reichte die SPD erwartungsgemäß im Mai 1953 ihre Normenkontrollklage erneut ein.

Jetzt verhielt sich jedoch das Bundesverfassungsgericht insoweit politisch, als es zunächst die Bundestagswahl vom Herbst 1953 abwarten wollte, in der Hoffnung, daß sich aufgrund anderer Mehrheitsverhältnisse der Streit von selbst erledige. Nicht zuletzt wegen der Arbeiterproteste vom 17. Juni 1953 in Berlin verfügte die Regierung *Adenauer* nach der Wahl über eine Zweidrittelmehrheit im Bundestag, somit hätte eine Verfassungsänderung kein Problem mehr bedeutet. Damit wäre jedoch das Eingeständnis einhergegangen, im Unrecht gewesen zu sein. Also entschloß man sich zu einer „authentischen Interpretation“, also einer Auslegung der Verträge durch eine Grundgesetzänderung: Ein eingefügter Art. 142a GG²⁹ besagte, daß das Grundgesetz den Verträgen nicht entgegenstehe; desweiteren zu einer Ergänzung des Art. 79 I GG durch Anfügung eines Satzes 2, der für internationale Verträge eine Ausnahme vom Textänderungsgebot des Art. 79 I 1 GG zuläßt.³⁰

²⁴ *Dehler*, 10.12.52, nach *Häußler*, Konflikt, S. 34.

²⁵ *Häußler*, Konflikt, S. 35.

²⁶ Er sprach von seiner „Aufgabe, das Gericht zu überwachen“.

²⁷ Angeblich hat *Höpker-Aschoff* bald darauf für den Fall einer Wiederberufung *Dehlers* in das neue Kabinett *Adenauers* sogar mit seinem Rücktritt vom Amt des Gerichtspräsidenten, nach anderen Aussagen sogar mit einer negativen Entscheidung im EVG-Verfahren gedroht. Jedenfalls war *Dehler* im Kabinett nach der Wahl 1953 nicht mehr vertreten.

²⁸ BVerfGE 2, 143.

²⁹ Im Jahre 1968 wieder aufgehoben.

³⁰ Noch immer in Kraft; man beachte diesen ursprünglichen Zweck der auf den ersten Blick vielleicht nicht ganz einsichtigen Vorschrift.

Die Verfassungsmäßigkeit dieses Vorgehens war durchaus umstritten, was jedoch keine Rolle mehr spielte, da im August 1954 die französische Nationalversammlung die Zustimmung zu den Verträgen verweigerte.³¹

3. Die Richterwahlnovelle 1954-56

Entgegen den Erwartungen *Adenauers* war nicht der Zweite, also der Staatsrechtssenat, der wichtigere geworden. Ganz im Gegenteil litt er beinahe an chronischer Unterbeschäftigung mit nur fünf bis sechs Fällen pro Jahr, während der Erste Senat an Verfassungsbeschwerden zu ersticken drohte.³² Zugleich mit der notwendigen Änderung des Geschäftsverteilungsplanes wollte *Adenauer* auch seine ursprüngliche Fehleinschätzung korrigieren und schlug eine an das amerikanische System angenäherte Lösung mit alleinigem Vorschlagsrecht der Regierung vor. Der folgende heftige politische Streit um Vorschlagsrechte, Senatsgrößen und Wahlmodi geriet so aus den Fugen, daß sich sogar das Bundesverfassungsgericht zu einem Eingreifen durch einen den Wahlmodus ablehnenden Plenarbeschluß genötigt sah. Schließlich wurde noch ein Kompromiß gefunden, der die Aufgaben zwischen den Senaten neu verteilte und durch Reduzierung der Richterzahl auf zunächst zehn, dann acht auf Kosten zumeist der „SPD-Richter“ der Regierung einen den damaligen Mehrheitsverhältnissen in Bund und Ländern angemessenen³³ Einfluß verschaffte. Zugleich wurde das Vorverfahren für Verfassungsbeschwerden eingeführt sowie die spätestens seit der EVG-Affäre in Mißkredit geratene Institution des Gutachtens abgeschafft.

4. Der Fernsehstreit 1958-61

Nach Erlaß des Fernseh-Urteils³⁴ durch das Bundesverfassungsgericht, mit dem *Adenauers* Deutschland-Fernseh-GmbH verhindert wurde, verkündete dieser vor dem Bundestag: „Das Kabinett war sich darin einig, daß das Urteil des Bundesverfassungsgerichts falsch ist...“³⁵ Das Gericht sah gehalten, die Kompetenzregeln des Grundgesetzes klarzustellen. Präsident *Gebhard Müller* erklärte öffentlich in formal neutraler Form, jedoch mit deutlichem Blick Richtung *Adenauer*, daß zwar jeder frei sei, Urteile des Bundesverfassungsgerichts für falsch zu halten, daß es aber keinem Verfassungsorgan anstehe zu beschließen, ein Urteil entspreche nicht dem Recht, und daß der Boden sachlicher Kritik verlassen werde, wenn behauptet würde, eine Entscheidung sei durch Ressentiments beeinflußt gewesen.

II. Die Ära Brandt: Das Grundlagenvertragsurteil

Mit dem Regierungswechsel durch Verluste der konservativen Mehrheit im Bundestag rückte entsprechend der politischen Aktivität die Politik der SPD in den Mittelpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzungen. Erstmals lief nun ständig die sozialliberale Koalition Gefahr, vom Gericht in ihren Beschlüssen aufgehoben zu werden.

Das bis dato gute Verhältnis zwischen Sozialdemokraten und dem Gericht kühlte demzufolge schon bald, nämlich im Verlauf der Affäre um den Grundlagenvertrag mit der DDR, merklich ab.

³¹ Über den zweiten Normenkontrollantrag der SPD wurde jedoch nie entschieden, auch wurde das Verfahren nie offiziell eingestellt, sondern schlicht ruhen gelassen.

³² Bereits 1951 war das Verhältnis 473 zu 5 Fälle, nach *Eckart Klein*, Verfassungsbeschwerde, S. 232.

³³ *Wesel*, DIE ZEIT vom 29.9.1995.

³⁴ BVerfGE 12, 205.

³⁵ *Adenauer* in seiner Bundestagsansprache vom 8.3.1961, nach *Häußler*, Konflikt, S. 35.

Ein halbes Jahr nach Paraphierung des Vertrages, am 28. Mai 1973, stellte die bayerische Staatsregierung auf Druck *Franz Josef Strauß*' einen Normenkontrollantrag, verbunden mit einem Antrag auf Einstweilige Anordnung, um das Zustandekommen des Vertrages noch in letzter Minute³⁶ zu verhindern.

Letztere wurde jedoch vom Gericht einstimmig mit der Begründung abgelehnt, daß das Vertragsgesetz noch nicht ausgefertigt sei. Die vier SPD-nahen Richter erklärten darüber hinaus, daß dem Antrag schon deshalb nicht stattzugeben sei, weil er offensichtlich unbegründet sei. Daher hatte die SPD Grund zum Optimismus auch in der Hauptsache.

Bayern konnte jedoch über einen Befangenheitsantrag am 16. Juni einen dieser Richter aus dem Senat entfernen, so daß die konservativen Richter in der Mehrheit waren.³⁷

In einer nächtlichen Verhandlung am Samstag³⁸, dem 18. Juni, also zwei Tage vor dem geplanten Notenaustausch, fand die Verhandlung über den zweiten Antrag Bayerns auf Einstweilige Anordnung unter Ausschluß der Öffentlichkeit³⁹ statt. Abzuwägen war die Unumkehrbarkeit, sollte der Vertrag nach Inkrafttreten für verfassungswidrig erklärt werden, gegen einen schwerwiegenden Eingriff in die Regierungstätigkeit mit weitreichenden Folgen für den Vertrag, das Verhältnis zur DDR, den UNO-Beitritt der beiden deutschen Staaten und die bevorstehenden KSZE-Verhandlungen. Noch in der Nacht lehnte der vermeintlich „schwarze“ Senat den Antrag wiederum einstimmig ab.

Nachdem am 20. Juni also vollendete Tatsachen geschaffen wurden, konnte die Entscheidung in der Hauptsache am 31. Juli 1973 nur noch Bedeutung für die innerstaatliche Ordnung haben. Dies nahm das Gericht zum Anlaß, klarzustellen, daß es mit dem umfassenden verfassungsgerichtlichen Prüfungsrecht unvereinbar sei, wenn „die Exekutive ein beim Bundesverfassungsgericht anhängiges Verfahren überspielt und dadurch eine Maßnahme endgültig das Urteil dieses Gerichts um einen Teil seiner Wirkung bringt.“⁴⁰

Das Urteil selbst legte den Vertrag verfassungskonform aus, indem sie ihn zwar für grundsätzlich mit dem Grundgesetz für vereinbar erklärte, der Regierung jedoch Schranken für ihre Ostpolitik im Rahmen bedeutete, da es das Wiedervereinigungsgebot, die völkerrechtliche Nichtanerkennung der DDR und die staatliche Einheit Deutschlands festschrieb. Anscheinend um der Gefahr einer nicht gewissenhaften Beachtung des Urteils entgegenzuwirken, die das Gericht aufgrund des Verlaufs des Prozesses wohl befürchtete, erklärte es kurzerhand und entgegen bisheriger Übung und allgemeinen Grundsätzen den gesamten Urteilstext für verbindlich.

Obwohl auf diese Weise sich beide Seiten siegreich preisen konnten, wurde das Urteil später von sozialliberaler Seite immer wieder in die Liste der „Grenzüberschreitungen“ des Gerichts eingereiht.

³⁶ Der Notenaustausch war von der Regierung für den 20. Juni, also nur drei Wochen später, vorgesehen.

³⁷ Die Vertretungsklausel für abgelehnte Richter, § 19 IV BVerfGG, besteht erst seit 1986.

³⁸ Die Hauptverhandlung wurde am Sonntag, dem 19. Juni abgehalten: dies zu den Dienststunden eines Gerichts

³⁹ Dies hatte die SPD unter Berufung auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit der in der Verhandlung unweigerlich zu Sprache kommenden Vertragsverhandlungen erreicht.

⁴⁰ BVerfGE 35, 258, 262.

III. Die Ära Schmidt: Die Reformgesetzgebung

In die Ära Schmidt fiel der vorläufige Höhepunkt der Auseinandersetzungen um das Bundesverfassungsgerichts. In diesen acht Jahren ergingen das Hochschulurteil⁴¹, der Radikalenbeschluss⁴², das erste Schwangerschaftsurteil⁴³, das sogenannte Postkartenurteil über die Wehrdienstverweigerung⁴⁴, das Diätenurteil⁴⁵, Urteile zur Haushaltsüberschreitung der Regierung⁴⁶ und zu ihrer Öffentlichkeitsarbeit⁴⁷. Aus dieser Zeit stammen die meisten polemischen Äußerungen und Attacken gegen das Bundesverfassungsgericht, die oft in Stil und Inhalt den Rahmen sachlicher Kritik verließen.⁴⁸ Nach dem Schwangerschaftsurteil wurde sogar ein Bombenanschlag auf das Gericht verübt, der weite Teile der vorderen Glasfront zerstörte und einen Sachschaden in Höhe von 80.000 DM verursachte. Ein Bekenner schreiben wies auf eine sogenannte „revolutionäre Frauengruppe“ als Täter hin, doch wurde der Anschlag nie aufgeklärt.

Hatte die Sozialdemokratie und besonders die ihr nahestehende Presse in früherer Zeit das Gericht noch als fortschrittlich und die Gesellschaft demokratisierend gepriesen, so wurde es nun „Reformverhinderungsgericht“ oder „Grundrechtsbeeinträchtigungsgericht“⁴⁹ tituliert und in seiner beharrenden Haltung zu den sich angeblich ändernden Wertvorstellungen mit dem Papst verglichen, wenn von der „Karlsruher Enzyklika“⁵⁰ und „unseres Herrgotts Kanzlei“⁵¹ die Rede war.

Verstärkt war das Gericht Vorwürfen ausgesetzt, es verschiebe die Gewichte zwischen Parlament und Justiz⁵², geriere sich als „Obergesetzgeber“⁵³ oder setze sich an die Stelle des Gesetzgebers; es wurde gar eine „Allianz der roten Roben in Karlsruhe“ mit den „schwarzen Politikern in Bonn“ unterstellt.⁵⁴

Somit ist es nicht weiter verwunderlich, wenn in diese Zeit auch erstmalig ernsthafte Überlegungen fielen, das Bundesverfassungsgericht in eine „demokratieangemessene“⁵⁵ Rolle zurückzuführen, es mithin um wesentliche Kompetenzen zu beschneiden. Im Gespräch war dabei primär die Abschaffung der abstrakten Normenkontrolle, oder als Alternative die Einführung eines Zweidrittel-Abstimmungsquorums.⁵⁶

Die Befürworter solcher Beschränkungen des Bundesverfassungsgerichts konnten sich sogar durch das Gericht selbst bestärkt fühlen. In zunehmendem Maße nämlich wurde von der Institution des Sondervotums, das 1971 im Rahmen einer Novelle des BVerfGG eingeführt worden war, Gebrauch gemacht. Dabei taten sich insbesondere die dem sozialliberalen Spektrum zugeordneten Richter Frau *Rupp-von Brüneck*, *Simon* und *Hirsch* hervor.⁵⁷ Letzterer sprach sogar ganz of-

⁴¹ BVerfGE 35, 79.

⁴² BVerfGE 39, 334.

⁴³ BVerfGE 39, 1.

⁴⁴ BVerfGE 48, 127.

⁴⁵ BVerfGE 40, 296.

⁴⁶ BVerfGE 45, 1.

⁴⁷ BVerfGE 44, 125.

⁴⁸ *Häußler*, Konflikt, S. 65.

⁴⁹ Jungsozialisten in Die Welt vom 15.4.1978, nach *Häußler*, Konflikt, S. 65.

⁵⁰ Kommentar der Frankfurter Rundschau vom 26.2.1975, nach *Häußler*, Konflikt, S. 65 (Fn. 200).

⁵¹ *Rudolf Augstein*, Der Spiegel Heft 6/1975, S. 22, nach *Häußler*, Konflikt, S. 65.

⁵² *Vogel*, Videant Judices, S. 665, 666.

⁵³ *Robert Leicht*, nach *Vogel*, Videant Judices, S. 665 f.

⁵⁴ *Lamprecht/Melanowski*, Richter machen Politik, S. 10/13.

⁵⁵ *Holtfort*, Vorschläge, S. 197.

⁵⁶ Vgl. *Häußler*, Konflikt, Fn. 225, 226.

⁵⁷ BVerfGE 35, 148-150 (Hochschule), BVerfGE 39, 68-95 (Schwangerschaft), BVerfGE 48, 185-206 (Ersatzdienst)

fen von der Gefahr, das Gericht schwingt sich „vom Hüter zum Herrn der Verfassung“ auf.⁵⁸ Diese Formulierung wurde von führenden Sozialdemokraten und der ihnen nahestehenden Presse dankbar aufgenommen.⁵⁹

Auch wurde versucht, Entscheidungen des Gerichts zu beeinflussen, und zwar ganz besonders im Streit um das Mitbestimmungsgesetz.⁶⁰ So erklärte der nordrhein-westfälische Arbeits- und Sozialminister *Farthmann*, ein restriktives⁶¹ Urteil werde „mehr schaden als tausend Extremisten“⁶², Bundeskanzler *Schmidt* sprach während einer im Fernsehen übertragenen Diskussion mit Gerichtspräsidenten *Ernst Benda* mit offensichtlichem Bezug auf die anstehende Entscheidung von der Notwendigkeit der Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts⁶³, und der DGB-Vorsitzende *Oskar Vetter* drohte unverhohlen, daß die Gewerkschaften die Richter „auf einen anderen Weg verweisen“ würden, sollten sie „die Zeichen der Zeit nicht erkennen“⁶⁴. *Farthmann* wurde sogleich durch einen Plenarbeschluß des Bundesverfassungsgerichts zurückgewiesen⁶⁵, und *Schmidt* bekam eine unerwartet scharfe Reaktion *Bendas* zu hören⁶⁶.

Aufgrund der anhaltenden Kritik sank schließlich auch das Vertrauen der Bevölkerung in das Bundesverfassungsgericht⁶⁷, und Verfassungsrichter *Hirsch* mußte bekennen, das Gericht sei „gefährdet wie noch nie“⁶⁸.

Wider Erwarten erging das Mitbestimmungsurteil als letztes in der Reihe der „politischen“ Entscheidungen aufgrund von Verhandlungen, die „ohne jeden äußeren Druck“⁶⁹ stattfanden. Da diejenigen Parteien, von denen zuvor die größten Pressionen ausgegangen war, mit dem Urteil zufrieden sein konnten, verstummte vorläufig auch die öffentliche, polemische Kritik am Gericht und beschränkte sich von nun an wieder auf sachliche Auseinandersetzungen.

IV. Die 90er Jahre

Nach der „Wende“ 1981 blieb das Bundesverfassungsgericht zunächst vor großen gesellschaftlich oder politisch kontroversen Entscheidungen bewahrt; das Urteil über die verfassungsrechtlich umstrittene Auflösung des Bundestag⁷⁰ im Zusammenhang mit „Wende“ erregte keine besondere Aufmerksamkeit.

⁵⁸ BVerfGE 48, 185-206, 201 (Ersatzdienst).

Das geflügelte Wort vom „Hüter der Verfassung“ stammt ursprünglich wohl von *Carl Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, 1929, und AöR Bd. 55 (1929), S. 161 ff.

⁵⁹ Beispielsweise *Holger Börner*, hessischer Ministerpräsident, Rede vor dem rechtspolitischen Kongreß der SPD zu Ehren von *Gustav Radbruch*, abgedruckt unter anderem in der Frankfurter Rundschau vom 30.5.1978.

⁶⁰ BVerfGE 50, 290.

⁶¹ Mit einem Verdikt der Verfassungswidrigkeit rechnete ernsthaft niemand; die Arbeitgeber erhofften und die Gewerkschaften befürchteten jedoch ein „bis hierher und nicht weiter“, das einem Ausbau der Mitbestimmung sowie eventuell auch dem Montanmitbestimmungsgesetz entgegengestanden hätte.

⁶² Abgedruckt zum Beispiel in der FAZ vom 2.12.1978, nach *Häußler*, Konflikt, S. 72.

⁶³ Abgedruckt in *Schreiber*, Zukunft der Demokratie, S. 125 f.

⁶⁴ Z.B. Die Welt vom 25.5.1978, nach *Häußler*, Konflikt, S.72.

⁶⁵ „Versuch, auf das Gericht zugunsten einer Seite Pressionen auszuüben“, abgedruckt z.B. in DRiZ 79, RI, S. 1.

⁶⁶ *Benda* kritisierte „die Bemerkungen, mit denen der Herr Bundeskanzler es für geschmackvoll hielt, vor diesem Forum Urteile über ein anderes ihm nicht unterstehendes Verfassungsorgan auszusprechen“, abgedruckt in *Schreiber*, Zukunft der Demokratie, S. 134 f.

⁶⁷ Studie des Infas-Institutes, nach *Häußler*, Konflikt, S. 74 (Fn. 252).

⁶⁸ Der Spiegel, Heft 48/1978, S. 49, nach *Häußler*, Konflikt, S. 74 (Fn. 252).

⁶⁹ *Fromme*, FAZ vom 30.11.1978.

⁷⁰ BVerfGE 62, 1.

Doch dann kamen die Jahre 1991-96, und seitdem ist „das Bundesverfassungsgericht ... nicht mehr das, was es bis zum 10. August 1995⁷¹ war“, wie der ehemalige Verfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böckenförde* bei seiner Verabschiedung sorgenvoll feststellte⁷². Über die umstrittensten Entscheidungen soll daher im folgenden ein kurzer Überblick gegeben werden.⁷³

1. Das zweite Schwangerschaftsurteil⁷⁴

Wie schon im ersten Schwangerschaftsurteil⁷⁵ erklärte das Bundesverfassungsgericht auch 1993 eine gesetzliche Regelung über die Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen für nichtig. Zwar könne der Gesetzgeber auch für nicht besonders indizierte Abbrüche auf Strafsanktionen verzichten, jedoch müsse ein solcher Eingriff rechtswidrig bleiben und der Schutz des ungeborenen Lebens auf andere Weise ausreichend gewährleistet werden. An ein entsprechendes Verfahren wurden sehr exakte Voraussetzungen gestellt, die bereits Einzelregelungen bis in Details gleichkamen.

Unterschiedlich beurteilt wurde, was insbesondere in der abweichenden Meinung Ausdruck fand, ob die vom Bundesverfassungsgericht angelegten Maßstäbe nicht zu streng seien und den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers unzulässig einengten.

Als Reaktion ist inzwischen ein neues Gesetzespaket verabschiedet, das allerdings zumindest nach Ansicht der Bayerischen Staatsregierung den vom Bundesverfassungsgericht gestellten Anforderungen nicht hinreichend gerecht wird. Daher plant sie im Rahmen eines Ausführungsgesetz eine Erweiterung der Beratungspflicht der Schwangeren.⁷⁶

2. Der Sitzblockaden-Beschluß⁷⁷

Im Sitzblockaden-Beschluß hob das Bundesverfassungsgericht die Gerichte des Instanzenzuges einschließlich des BGH mit der Begründung auf, die die Urteile tragende Auslegung des Gewaltbegriffes im Nötigungsparagrafen § 240 StGB sei nicht mit Art. 103 II GG vereinbar.

Die besondere juristische Problematik in diesem Fall lag darin, daß das Bundesverfassungsgericht sich zum einen in Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung⁷⁸ setzte, zum anderen eine zwar nicht unumstrittene, jedoch gefestigte ständige Rechtsprechung des BGH für verfassungswidrig erklärte. Mit letzterem Punkt setzte es sich insbesondere dem Vorwurf aus, es entwickle sich fortwährend in Richtung einer „Superrevisionsinstanz“, eine Funktion, die ihm auch nach Ansicht des Gerichts selbst nicht zukommt.⁷⁹

In die öffentliche Diskussion geraten ist die Entscheidung primär deswegen, weil sie offenbar gegen das Rechtsempfinden einer Vielzahl von Bürgern verstößt, ein erhebliches Maß an Rechts-

⁷¹ Tag der Verkündung des Kruzifix-Beschlusses vom 16.5.1995, BVerfGE 93, 1.

⁷² *Böckenförde*, Kollaps, FAZ vom 24.5.1996.

⁷³ Soweit auch bereits behandelte Urteile Erwähnung finden, dient dieser Überblick nur der Rekapitulation; für Einzelheiten wird insbesondere auf die vier vorangegangenen Seminararbeiten verwiesen.

⁷⁴ BVerfGE 88, 203 (2. Senat) vom 28.5.1993.

⁷⁵ BVerfGE 39, 1 (1. Senat) vom 25.2.1975.

⁷⁶ Vgl. Nachrichten in NJW 23/1996, S. XXXVIII u. NJW 1995, 2610: insbesondere soll die Schwangere verpflichtet werden, ihre Gründe für die Abtreibung darzulegen, ohne daß allerdings eine inhaltliche „Kontrolle“ derselben stattfinden soll. Eine solche Pflicht besteht nach dem Bundesgesetz nicht, obwohl das Bundesverfassungsgericht durchaus so verstanden werden kann, daß es sie zwingend vorschreibt. – Einige Bundesländer sowie der Bundestag erwägen inzwischen eine Verfassungsklage gegen Bayern, vgl. z.B. FAZ vom 3.6.1996.

⁷⁷ BVerfGE 92, 1 (1. Senat) vom 10.1.1995.

⁷⁸ BVerfGE 73, 206 (Mutlangen) und BVerfGE 76, 211 (Bastian).

⁷⁹ BVerfGE 7, 198, 207; 21, 209, 216.

unsicherheit bewirkt und eine Radikalisierung der politischen Auseinandersetzung befürchten läßt. Schon erscheint fraglich, ob blockierende Mahnwachen vor Gerichten und Wohnungen von Verfassungsrichtern noch strafbar wären.⁸⁰ Auch jüngste Ausschreitungen zu Anlaß des Castor-Transportes deuten auf eine eher herabgesetzte Hemmschwelle beim Übergang zu passiver „Gewalt“ im Sinne der herkömmlichen BGH-Auslegung hin.

3. Die „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidungen⁸¹

Ähnliche Wirkungen scheinen die „Soldaten-sind-Mörder“-Beschlüsse zu zeitigen. Hier ging es um die Strafbarkeit der Verwendung des inzwischen zu Berühmtheit gelangten Tucholsky-Zitates „Soldaten sind Mörder“ und daran anknüpfender vergleichbarer Aktionen.

Der juristische Schwerpunkt lag hier darin, die Schranke des gesetzlichen Schutzes der persönlichen Ehre, konkret § 185 StGB, gemäß der Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgericht im Lichte der Meinungsfreiheit auszulegen. Dabei galt es zum einen, die im Einzelfall dem Begriff „Mörder“ zukommende Bedeutung vollständig zu erfassen und festzustellen, ob tatsächlich alle nicht der Beleidigung unterfallenden Möglichkeiten der Deutung zwingend auszuschließen seien. Zum anderen hatten die Instanzgerichte in den Augen des Bundesverfassungsgericht den Adressatenkreis nicht hinreichend berücksichtigt. Eine Beleidigung könne dann nicht vorliegen, wenn der angesprochene Personenkreis so groß sei, daß sich der einzelne darin verliere, das Unwerturteil mithin nicht auf ihn durchschlage.

Hingegen scheiterte die Akzeptanz in der Öffentlichkeit wiederum zum einen daran, daß viele sich in ihrer persönlichen Ehre gekränkt sähen, wenn sie als Mörder bezeichnet würden. Daß das Bundesverfassungsgericht hier auch gar nicht das Gegenteil behauptet hatte, wurde oft nicht gesehen. Damit ist zugleich der andere, wichtigere Grund genannt: Die Beschlüsse sind in der Differenziertheit ihrer Betrachtung, in der Aufgliederung in Fallgruppen, eben in der Begründung nur noch schwer vermittelbar. Dadurch bedingt wird die Problematik in der öffentlichen Diskussion in der Regel unzulässig vereinfacht, indem insbesondere die recht engen Strafbarkeitsvoraussetzungen im Rahmen des § 185 StGB, namentlich die zwingende Interpretation der Meinungsäußerung als Beleidigung und die Abgrenzbarkeit der betroffenen Personengruppe, außer acht gelassen werden.

Allgemein wurde das immer stärkere Zurückdrängen des Ehrschutzes zugunsten der Meinungsfreiheit bedauert; ein Vorwurf gegen das Gericht lautete, es verkehre das Verhältnis beider Grundrechte zueinander: Nach seiner Ansicht sei offenbar die persönliche Ehre durch die Meinungsfreiheit beschränkt. Auch der Vorwurf der „Superrevisionsinstanz“ wurde erneut laut.

Wieder muß sich das Bundesverfassungsgericht fragen lassen, ob es denn der Ansicht sei, daß wir „1945 von alliierten Mörder-Organisationen befreit“ worden⁸² oder daß Vergleiche von Verfassungsrichter mit Richtern des nationalsozialistischen Volksgerichtshof zulässig⁸³ seien.

⁸⁰ So provokant *Rüthers*, Motor des Zeitgeistes, FAZ vom 9.6.1995.

⁸¹ BVerfG NJW 1994, 2943 (3. Kammer des 1. Senats) vom 25.8.1994 bzw. BVerfG NJW 1995, 3303 (1. Senat) vom 10.10.1995.

⁸² Wiederum *Rüthers*, Motor des Zeitgeistes, FAZ vom 9.6.1995.

⁸³ Denn ein zwingender und ausschließlicher Bezug zwischen „Verfassungsrichtern“ und den derzeitigen Richtern des Bundesverfassungsgericht sei, folge man der Argumentation des Bundesverfassungsgericht, sicherlich nicht herzustellen.

Ähnlich dem Sitzblockaden-Beschluß wurden diese Beschlüsse als Freibrief zur Beleidigung des Bundeswehr mißdeutet. Die Fernsehbilder anlässlich des ersten öffentlichen Feierlichen Gelöbnisses in Berlin mit „Mörder! Mörder!“ skandierenden Demonstranten sprechen Bände.

Nicht zuletzt weil hier eine Gruppe von gesellschaftlich relevanter Bedeutung und mit einflußreicher Interessenvertretung „Leidtragende“ der Entscheidung ist, entschloß sich die Bundesregierung zu dem durchaus nicht unumstrittenen Schritt einer Ergänzung der StGB, um die Bundeswehr auf andere Weise vor Meinungsäußerungen dieser Art zu schützen: Das Wort von der „lex Bundeswehr“⁸⁴ machte die Runde.

4. Der Kruzifix-Beschluß⁸⁵

Im Kruzifix-Beschluß befand das Bundesverfassungsgericht, das Aufhängen von Kruzifixen in Klassenräumen sei mit der negativen Religionsfreiheit der Beschwerdeführer nicht vereinbar. In der Begründung erscheinen im wesentlichen laizistisch und individualistisch geprägte Ausführungen zu Art. 4 GG, während der konträre Ansatz einer Interpretation im Kontext aller kulturverfassungsrechtlicher Normen, insbesondere der über Art. 140 GG in das Grundgesetz eingebundenen Art. 136 ff WRV sowie der Präambel, keinerlei Berücksichtigung fand.

In den Reaktionen der Öffentlichkeit offenbarte sich – entgegen dem zunehmenden Einflußverlust der großen Kirchen – das dem Anschein nach weiterhin sehr große Bewußtsein der historischen und kulturellen Grundlagen unseres Staates. Auch in Zeiten, in denen eine aktive Religionsausübung kaum noch stattfindet, gehört die christliche Religion und ihre Symbole offenbar noch zum Selbstverständnis der Bevölkerung, und das nicht nur in Bayern.

Die Reaktionen waren dementsprechend heftig: Keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bisher wurde derart heftig auch aus der nicht dem politischen Leben angehörenden Gesellschaft angegriffen.⁸⁶ Insbesondere auf dieses Urteil geht der enorme Ansehensverlust zurück, den das Gericht in der Bevölkerung hinnehmen mußte.⁸⁷ Die Bayerische Staatsregierung gar will sich mit dem Urteil nicht abfinden und sucht einen Weg am Rande des rechtlich noch Zulässigen, die Kruzifixe so weit wie möglich in den Klassenzimmern zu bewahren.

5. Die Bodenreform-Entscheidungen⁸⁸

In seinen Enteignungsentscheidungen bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Unumkehrbarkeit der „auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage“ vorgenommenen Enteignungen in der damaligen sowjetisch besetzten Zone, indem er die entsprechende Regelung im Einigungsvertrag, die eine bloße Entschädigung der betroffenen Alteigentümer vorsieht, für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärte. Begründet waren die Verfassungsbeschwerden mit einem Verstoß gegen Art. 3 GG, da für die später Enteigneten grundsätzlich Rückgabe vorgesehen sei.

⁸⁴ Ursprünglich wohl von Bundesjustizminister *Schmidt-Jortzig*, SZ vom 23.2.1996, als er einer entsprechenden Gesetzesänderung noch ablehnend gegenüberstand.

⁸⁵ BVerfGE 93, 1 (1. Senat) vom 16.5.1995.

⁸⁶ Über den Kruzifix-Beschluß sollen 30 Millionen Erwachsene in Deutschland gesprochen haben (Allensbach-Institut, nach SZ vom 9./10.12.1995)

⁸⁷ Laut einer Untersuchung des Allensbach-Institutes sank der Anteil derjenigen, die dem Gericht gegenüber positiv eingestellt sind, von 51% (Anfang 1994) auf 40% (Herbst 1995). Nurmehr ein Drittel der Bevölkerung kann die eigene Wertordnung in den Entscheidungen des Gerichts wiederfinden (nach SZ vom 9./10.12.1995).

⁸⁸ BVerfGE 84, 90 (1. Senat) vom 23.4.1991 bzw.

Pressemitteilung in NJW 23/1996, S. XII (1. Senat), Entscheidung vom 18.4.1996.

Aufsehen hat das Verfahren deshalb erregt, weil die Möglichkeit besteht, daß das erste Urteil aufgrund einer falschen Tatsachendarstellung der Bundesregierung zustande gekommen sein könnte. Diese hatte behauptet, jenes Restitutionsverbot sei von der Sowjetunion und der DDR damals zur Voraussetzung der Wiedervereinigung gemacht worden, eine Behauptung, die nach Aussagen *Gorbatschows*, *Schewardnadses* und verschiedener Wissenschaftler in dieser Form nicht aufrechtzuerhalten ist.

Das Bundesverfassungsgericht enthub sich einer genaueren Diskussion dieser Frage, indem es der Bundesregierung einen weiten Ermessensspielraum zugestand und seine Kontrolle nur auf eindeutig pflichtwidrige Einschätzungen erstreckte. Eine solche liege aber nicht vor.

Diese Argumentation sei „regierungsfromm“⁸⁹ und „Rabulistik, wenn auch nicht auf sonderlich hohem Niveau“, es handle sich daher um ein „politisches Urteil ... mit unabsehbaren Folgen für die Rechtskultur in unserem Land“⁹⁰, so lauteten einige Einwände gegen die Entscheidung.

6. Das Asylurteil⁹¹

Im Asylurteil bestätigte das Bundesverfassungsgericht die von CDU/CSU, FDP und SPD gemeinsam erarbeitete Neuregelung des Asylrechts im Art. 16a GG sowie weiteren einfachen Bundesgesetzen.

Besondere Bedeutung noch im Vorfeld der Entscheidung erlangte das Verfahren aufgrund der Möglichkeit, daß erstmals in der Geschichte der Bundesrepublik das Bundesverfassungsgericht eine Grundgesetzänderung wegen Verstoßes gegen Art. 79 III GG für nichtig erklären könnte. Dazu kam es jedoch nicht.

Umstritten bleiben auch nach dem Urteil weiterhin die gesetzliche Festlegung sogenannter „sicherer Herkunftsstaaten“, die Drittstaaten-Regelung, die um Deutschland eine Art „cordon sanitaire“ legt und somit eine ein Recht auf Asyl begründende Einreise über Land unmöglich macht⁹², sowie die „Flughafen-Regelung“, die im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens den Rechtsweg beschränkt.

Die in den Minderheitsansichten zum Ausdruck kommende Kritik betont zunächst, daß dem Staat keine Einschätzungsprärogative in bezug auf die Erkenntnismethoden zukommen dürfe, mit denen er Staaten als sichere Herkunfts- oder sichere Drittstaaten einordnen will. Damit sei zugleich das System der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und Exekutive verletzt, da ersterer nur die allgemeinen Regeln aufstellen dürfe, letztere aber im Einzelfall, also gesondert für jeden Asylbewerber, anhand dieser Kriterien feststellen müsse, ob politische Verfolgung vorliegt oder nicht. Gegen die Flughafenregelung wiederum sprächen schwerwiegende Bedenken aufgrund der durch sie vorgenommen Beschränkungen des effektiven Rechtsschutzes, der von Art. 19 IV GG garantiert wird.⁹³ Hier werde das legitime Anliegen einer Verfahrensbeschleunigung zum Verfassungsgrundsatz erhoben.

⁸⁹ *Friedrich Karl Fromme*, FAZ vom 24.5.1996.

⁹⁰ Jeweils *Prof. J.H. Schoeps*, Leserbrief, FAZ vom 23.5.1996.

⁹¹ Pressemitteilung in NJW 23/1996, S. XII sowie Wortlaut in Auszügen in der SZ vom 15./16.5.1996 (2. Senat), Urteil vom 14.5.1996.

⁹² Laut SZ vom 15./16.5.1996 hat der vom Gericht bestellte Schweizer Gutachter *Prof. Kälin* diese Regelung als rechtswidrig und schärfste in Europa bezeichnet.

⁹³ Die Flughafenregelung beruht auf einfachem Gesetz, daher ist hier der Maßstab wieder das gesamte Grundgesetz.

Die öffentlichen Reaktionen waren insgesamt – dem Stimmenanteil der die Regelung befürwortenden Parteien entsprechend – eher zurückhaltend bis positiv; die ablehnenden Stellungnahmen wurden dafür recht deutlich: Dort war von der „Abdankung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsschutzorgan“⁹⁴, neuer Großzügigkeit des Gerichts gegenüber dem Gesetzgeber⁹⁵ die Rede.

C. RECHT UND POLITIK

Das so häufig zitierte Wort *Gerhard Leibholz*’ vom „Schnittpunkt von Politik und Recht“⁹⁶ als dem Ort, wo das Bundesverfassungsgericht stehe, legt die Annahme nahe, daß in irgendeiner Weise eine feste Grenze zwischen den beiden Bereichen gezogen werden könne. Da einer der am häufigsten genannten Vorwürfe gegen das Gericht lautet, es habe eben diese Grenze überschritten und damit eine „Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers“⁹⁷ betrieben, kommt es entscheidend darauf an, ob und wo diese Nahtstelle zu finden ist. Nur dann nämlich kann man Kompetenzüberschreitungen tatsächlich feststellen und fürderhin zu unterbinden versuchen.

Der Fragestellung entsprechend kann hier auf den untauglichen⁹⁸ Versuch einer allgemeingültigen Definition der Begriffe Recht und Politik verzichtet und die Betrachtung auf den das Bundesverfassungsgericht betreffenden Ausschnitt der Problematik beschränkt werden.

I. unterschiedliche Materie?

Wenn nun „die Politik“ ursprüngliches Betätigungsfeld der politischen Führung⁹⁹, „das Recht“ hingegen dasjenige der Gerichte und damit des Bundesverfassungsgerichts ist, das sich allerdings an dessen äußerstem Rand bewegt, dann – so sollte man meinen – muß der Gegensatz in der zu behandelnden Materie liegen.

Versucht man, dem „Politischen“ eine inhaltlich-gegenstandsbezogene Bedeutung zu verleihen, so könnte man darunter all das verstehen, „was mit den höchsten, obersten, entscheidenden Staatszwecken, was mit der staatlichen ‘Integration’ in Verbindung steht“¹⁰⁰, also dasjenige, was für den Staat in seiner Gesamtheit und als Einheit, für seine Ziele, seine Leitung und über den Einzelfall hinaus von besonderer Bedeutung ist.

Man mag hier bereits daran zweifeln, daß nicht schon die Fachgerichte ebenfalls „politisch“ in diesem Sinne urteilen¹⁰¹, wenn man etwa daran denkt, wie der Bundesgerichtshof Rechtsinstitute des BGB ausgestaltet, die das gesamte Zivilrecht und damit den täglichen Geschäftsverkehr prägen, oder wie das Bundesarbeitsgericht wesentliche Teile des Kollektivarbeitsrecht selbst gestaltet hat. Doch vollends offenbar wird beim Bundesverfassungsgericht, daß seine Entscheidungen von überragender Bedeutung für das Verfassungs- und damit das Staatsverständnis sind. Auch

⁹⁴ *Heribert Prantl*, SZ vom 15./16.5.1996.

⁹⁵ *Der Spiegel* vom 20.5.1996.

⁹⁶ *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 396.

⁹⁷ *Zweigert*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, S. 69.

⁹⁸ Eine die Vergeblichkeit dieses Unterfangens sehr klar vor Augen führende Darstellung findet sich bei *Franz Klein*, Grenzen, DÖV 1964, S. 471; vgl. auch *Friedrich Klein*, Richterliche Beurteilung, S. 9: „Irrgarten der Diskussionen um den Begriff und das Wesen des Politischen“.

⁹⁹ Hier unabhängig von dem Begriffspaar Recht und Politik in einem enger begrenzten Sinne gebraucht: gemeint sind Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung samt den ihr angegliederten Behörden.

¹⁰⁰ *Triepel*, Staatsgerichtsbarkeit, S. 52.

¹⁰¹ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 19.

wenn sie häufig in Form von Einzelfallentscheidungen ergehen, wie in allen Verfassungsbeschwerdeverfahren, so haben sie doch beinahe immer einen neuen Aspekt des „Wertsystems“ der Verfassung zum Inhalt, der von da an allgemeine Geltung beansprucht. In noch größerem Maß aber trifft die Beteiligung des Gerichts an der politischen Führung bei der Entscheidung von Kompetenzkonflikten oder bei Normenkontrollklagen zu Tage.¹⁰² Materiell bedeuten diese immer einen Eingriff in die Tätigkeit der betroffenen Organe;¹⁰³ in diesem Sinne ist es also geradezu Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, Politik zu treiben.¹⁰⁴ Daher zielt auch die vielgeäußerte Kritik am Bundesverfassungsgericht, es hätte „politisch entschieden“, an der Sache vorbei.¹⁰⁵

Dennoch wird man noch nicht behaupten wollen, zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Politik von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung bestehe kein Unterschied. Nur sollte dieser nicht in der behandelten Materie gesucht werden.

II. unterschiedliche Existenzformen

Ein anderer Gesichtspunkt kann in den unterschiedlichen Daseinsformen gesehen werden, die Recht und Politik von derselben Substanz darstellen. *Ernst Benda*, ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts, sprach insoweit von Recht und Politik als „verschiedenen Aggregatzuständen derselben Sache“¹⁰⁶. Diese Metapher aus der Physik ließe sich fortführen mit einer Wendung von *Erhard Mock*, der eine unterschiedliche Dichte der normativen Durchdringung und ein unterschiedliches Maß an Verbindlichkeit konstatiert, das dem Recht einerseits und der Politik andererseits zukommt: Recht als erstarrte Teile vergangener Politik, die der jetzigen inhaltliche Schranken setzen.¹⁰⁷

Nimmt man diese Sichtweise ein, so findet eine fortlaufende Evolution der Politik zum Recht statt: Das Recht von heute ist die Politik von gestern, die Politik von heute das Recht von morgen.

Diesem zugegebenermaßen anschaulichen, jedoch rein deskriptiven Bild läßt sich allerdings wohl kaum eine Aussage über die unterschiedlichen Aufgaben von Politik und Rechtsprechung oder gar eine konkrete Handlungsanweisung an das Bundesverfassungsgericht abgewinnen. Ihre ursprüngliche Intention lag daher auch eher in der Betonung der Gemeinsamkeiten und der Unmöglichkeit der inhaltlichen Differenzierung zwischen Recht und Politik.

III. unterschiedliche Zielsetzungen

Von größerem Nutzen ist in diesem Sinne das Wort *Gerhard Leibholz*’, zwischen Recht und Politik bestehe ein Spannungsverhältnis, in dem sich zumindest idealtypisch das Recht durch statisch-rationale Elemente, die Politik dagegen durch dynamisch-irrationale auszeichne.¹⁰⁸ Das

¹⁰² *Bischoff*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 62.

¹⁰³ vgl. *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 77.

¹⁰⁴ *Jäde*, Rote Roben, S. 131.

¹⁰⁵ *Rupp*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 58, *Hesse*, Funktionelle Grenzen, S. 265.

¹⁰⁶ *Ernst Benda*, nach *Zeidler*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 45.

¹⁰⁷ *Mock*, Richter machen Politik, S. 174.

¹⁰⁸ *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 396, 397.

Recht ist also auf Erhaltung des status quo, auf Beharrung, auf Verstetigung gerichtet, die Politik hingegen auf Erneuerung, Veränderung, Gestaltung.¹⁰⁹

Demnach ist Aufgabe der politischen Instanzen die Entscheidung, welche Ziele erreicht werden sollen, und auf eine dahingehende Veränderung hinzuwirken, während die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Feststellung besteht, ob ein solches Vorgehen mit der bestehenden, in Normen konservierten Sollensordnung in Einklang steht. Indem es auf diese Weise im Einzelfall der vorhandenen Ordnung gegenüber allzu radikalen Richtungswechseln der Vorrang gibt,¹¹⁰ wirkt es mäßigend auf die Staatsgewalt ein¹¹¹ und dient damit zugleich der Integration im Sinne *Rudolf Smends*.

Im Gegensatz zum zuvor erläuterten gleichen Inhalt der Entscheidungen bieten die unterschiedlichen Funktionen der Institutionen sehr wohl eine Angriffsfläche für Kritik, denn zur dynamischen Veränderung ist das Recht, auf dessen Grundlage das Bundesverfassungsgericht entscheidet, nicht geeignet.

IV. unterschiedliche Methoden

Der wohl gewichtigste Unterschied von Recht und Politik liegt in der ihnen jeweils eigenen Art der Entscheidungsfindung: Recht und Politik als verschiedenartige Methoden.

Politik findet ihre Entscheidungen im „politischen Prozeß“, im Wege der Durchsetzung von subjektiven Zielen und Interessen zur vermeintlich besten Verwirklichung des Allgemeinwohls. Dazu bedarf sie der Macht¹¹²; diese wiederum leitet sich aus der Mehrheit ab. Der Mangel, daß die eingeschlagenen Wege immer auf nur subjektiven Wertungen beruhen, wird von der Legitimation verleihenden Wirkung der Unterstützung durch die Mehrheit geheilt.

Politik ist öffentlicher Diskurs. Die „bessere“ Ansicht, diejenige, die der Mehrheit die größten Vorteile verschafft und sie auf ihre Seite ziehen kann, gewinnt. Dabei ist sie in weiten Teilen beliebig. Es gibt kein richtig und falsch. Zu einer anderen Zeit, mit anderen Akteuren, mit anderer Argumentation hätte sich der andere Weg durchgesetzt. Sie ist irrational.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen hat eine Streitfrage ausschließlich anhand der explizit oder immanent vorgefundenen Verfassungsprinzipien zu entscheiden.¹¹³ Eine Entscheidung ist nicht den Argumenten des Interesses ausgesetzt, sondern den Regeln der Logik. Ihr absoluter Geltungsanspruch findet hier seine Legitimation in der stringenten Deduktion, die von einer gesicherten Grundlage, eben dem Gesetz, ausgeht.¹¹⁴ Im Gegensatz zur Politik ist hier „richtig“ dasjenige, was rational und kontrollierbar begründet werden kann.¹¹⁵ Wenn auch gerichtliche Entscheidungen oft von einer Majorität von Richtern getragen werden, so dient das nur dazu, eine höhere Richtigkeitsgewähr zu bieten; die Mehrheit hat für die Legitimation keine konstituierende Wirkung.

Das Prinzip der formalen Ableitung jedes Urteils aus dem Gesetz bedeutet nicht, daß jegliche Wertung überhaupt ausgeschlossen wäre. Gesetzesinterpretation als Anwendung vorhandenen

¹⁰⁹ *Kirchhoff*, *Umbruch*, NJW 1996, 1497.

¹¹⁰ Vgl. *Heyde/Gielen*, *Verfassungsgerichte*, S. 158, *Kimminich*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 77.

¹¹¹ *Kimminich*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 72.

¹¹² *Bischoff*, *Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 62.

¹¹³ *Stern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 19 f.

¹¹⁴ *Isensee*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 53.

¹¹⁵ *Hesse*, *Grundzüge*, Rn. 51.

Rechts auf eine neue Fragestellung schließt immer Wertung und schöpferisches Tätigwerden,¹¹⁶ im Verfassungsrecht in noch stärkerem Maße als bei anderen Gerichten, in sich ein.¹¹⁷ Jede solche Wertung muß aber aus dem bestehenden Recht gewonnen werden und somit objektiv, der Weg mithin vom Ausgangspunkt bis zum Ergebnis logisch nachvollziehbar sein.¹¹⁸ Grundlage jeglichen Tätigwerdens des Gerichts ist also die Existenz einer auf die konkrete Fragestellung zutreffenden justitiablen Norm.¹¹⁹

In diesem Sinne ist Recht rational.

Bei Zugrundelegen dieses Verständnisses bilden Recht und Politik nicht mehr als die zwei Seiten derselben Medaille: Sie gehören zu derselben Sache, und doch ist ihr Standpunkt, ihr Blickwinkel unterschiedlich. Beide Seiten haben gleichermaßen eine Daseinsberechtigung: „Wird eines dieser Elemente verabsolutiert, wird der Verfassungsstaat verfehlt.“¹²⁰ Ähnlich, jedoch noch unter Einschluß der Prinzipien des Föderalismus, formuliert auch *Klaus Stern* die Idee der gemischten Verfassung: „Eine Verfassung ist um so besser, je mehr sie aus Elementen zusammengesetzt ist, die unterschiedlichen Prinzipien gehorchen, also hier bei uns der Rechtsstaatlichkeit, der Bundesstaatlichkeit und der Demokratie.“¹²¹

Allerdings darf der jeweils zugewiesene Standpunkt nicht verlassen werden, soll nicht die organadäquate Funktionsverteilung¹²² zwischen den Gewalten ihren Sinn verlieren. Damit bietet die unterschiedliche Methode von Recht und Politik damit einen wichtigen Ansatzpunkt für Kritik am Bundesverfassungsgericht.

D. DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT IM SYSTEM DER GEWALTENTEILUNG

Die Einrichtung einer externen Kontrolle jeglichen Staatshandelns auf Verfassungsmäßigkeit ist untrennbar mit der Idee des Vorrangs der Verfassung verbunden.¹²³ Dies gilt selbst dann, wenn – wie etwa in den USA – eine solche Kontrolle gar nicht vorgesehen ist. Denn wie der *US Supreme Court* dazu bereits im Jahre 1803 ausführte, bedeutete diese Idee andernfalls reine Makulatur.¹²⁴ Nur „Parlamentsstaaten“, also solche, in denen das gewählte Parlament souverän und nicht an eine Verfassung gebunden ist, oder in denen diese im wesentlichen eine bloße Verfahrensordnung darstellt, haben keine Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Sinne.¹²⁵

¹¹⁶ *Hesse*, Grundzüge, Rn. 60.

¹¹⁷ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 20.

¹¹⁸ vgl. *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 23.

¹¹⁹ *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 386, 397 f.

¹²⁰ *Haverkate*, Gewißheitsverluste, S. 226.

¹²¹ *Stern*, Diskussionsbeitrag in *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 50.

¹²² *Zippelius*, Diskussionsbeitrag in *Schröder/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 70.

¹²³ *Häußler*, Konflikt, S. 159; *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 14.

¹²⁴ Chief Justice *John Marshall* in *Marbury vs. Madison* (1803): „The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.“
(1 Cranch 137, 177 = 2 Law Ed. US 73 (1803) nach *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 14 u. Fn. 12).

¹²⁵ Vgl. *Scheuner*, Diskussionsbeitrag in *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 36 u. 45; *Friauf*, Diskussionsbeitrag in *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47.

Daß diese Kontrolle unbedingt auch gerichtlicher Natur sein muß, ist hingegen weniger zwingend. Dies beweist bereits ein Rückblick auf die früheren Verfahren zur Schlichtung von Verfassungsstreitigkeiten, insbesondere solchen zwischen den Staatsorganen und solchen zwischen Bund bzw. Reich und den Gliedstaaten bzw. Ländern.

I. Exkurs: Vorläufer der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit

Vergleicht man nämlich die jeweils für die Lösung von Verfassungsstreitigkeiten vorgesehenen Institutionen und Verfahrensarten, so ist festzustellen, daß sich die Zuweisung der Schlichtungskompetenz lange Zeit deutlich am vermeintlich primär politischen Inhalt der Streitigkeiten orientierte. Erst als sich der Gedanke der Bindung *aller* staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz durchzusetzen begann, konnte das gerichtliche Verfahren als Institution zur Streitschlichtung langsam die Oberhand gewinnen.¹²⁶

1. Deutscher Bund 1815/1820

Im Deutschen Bund mußte bei Streitigkeiten zwischen Gliedstaaten dem sogenannten „geordneten Austrägalverfahren“¹²⁷ vor einem Appellationsgericht eines Gliedstaates ein formloser Vermittlungsversuch durch die Bundesversammlung oder einen für diesen Zweck gebildeten Ausschuß vorausgehen. Auch wenn es danach zu einem Prozeß kam, so lag die Entscheidung über die Vollstreckung des Urteils wieder bei der Bundesversammlung. Diese hatte auch die Aufgabe, allgemein die Grundgesetze des Bundes „mit rechtlicher Wirkung“ zu interpretieren.

Bundesversammlung und Ausschüsse waren zwar sehr flexible Instrumente zur Streitschlichtung, jedoch genügten sie schon aufgrund ihrer Abhängigkeit von den Einzelstaaten in keiner Weise den Voraussetzungen eines Gerichts. Auch bei der Entscheidungsfindung spielten rechtliche Argumente eher eine Nebenrolle; ausschlaggebend waren eher machtpolitische und Zweckmäßigkeitserwägungen.¹²⁸

1834 wurde das – allerdings nie angerufene – Bundesschiedsgericht geschaffen, das jedoch nicht nur bei der Durchsetzung seiner Entscheidungen, sondern auch bei der Tatsachenermittlung auf die Unterstützung der Bundesversammlung angewiesen war. Obwohl es also der Form nach als Gericht urteilte, war es faktisch eine bestenfalls „Zwittergestalt“¹²⁹.

2. Paulskirchenverfassung 1848/49

Die Paulskirchenverfassung von 1849 sah hingegen eine Entscheidung in Verfassungsfragen durch ein unabhängiges Reichsgericht mit umfassenden Kompetenzen vor, die weitgehend mit denjenigen des heutigen Bundesverfassungsgerichts vergleichbar sind. Auch sollte ein streng justizförmiges Verfahren bei völliger Unabhängigkeit der Richter gelten.

Allerdings war sie in ihrer Unterordnung aller Politik unter das Recht ihrer Zeit voraus und ist nicht zuletzt deswegen nie in Kraft getreten.

3. Deutscher Bund ab 1863

Durch die Reformakte von 1863 wiederum wurde das Reichsgericht beinahe vollständig abgeschafft; es blieb nur etwa in der Form des Bundesschiedsgericht von 1834 bestehen, also mit nur

¹²⁶ Eine gelungene geschichtliche Abhandlung bei: *Karl Reinhard Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit.

¹²⁷ Vermutlich von germanisch tragen=verurteilen.

¹²⁸ *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 57.

¹²⁹ *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 59.

geringen selbständigen Kompetenzen und abermaliger Abhängigkeit von der Bundesversammlung.

4. Deutsches Kaiserreich 1870/71

Im Deutschen Kaiserreich bestand weitgehende Einigkeit darüber, daß nur ein höchstes Föderativorgan Verfassungsstreitigkeiten schlichten könne. Dies war der Bundesrat, also abermals ein rein politisches, da von den Fürsten der Einzelstaaten abhängiges Organ, das diese Aufgabe zwar in jedem Einzelfall nach Belieben delegieren konnte, etwa an ein Gericht oder eine juristische Fakultät, jedoch selbst die Verantwortung behielt.

5. Weimarer Republik 1919

Mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 wurde der gerichtliche Aspekt der Streitschlichtung wieder stärker in den Vordergrund gerückt. Daher wurde ein Staatsgerichtshof eingerichtet, der insbesondere föderative Streitigkeiten zwischen dem Reich und den Ländern zu entscheiden hatte, die auftreten konnten, wenn das Reich von seiner Reichsaufsicht gegenüber den Ländern Gebrauch machte.

Kompetenzgerangel zwischen den Reichsorganen hingegen wurde meist unter Ausschaltung des Rechtsweges durch präsidiale Notverordnungen beseitigt. Eine Verfassungsbeschwerde existierte im Gegensatz zum Entwurf der Paulskirchenverfassung nicht, nachdem der Staatsgerichtshof die Parteifähigkeit von „einfachen“ natürlichen Personen abgelehnt hatte.¹³⁰

II. Das Grundgesetz als Rechtsnorm

Im Gegensatz zu allen früheren Verfassungen, mit Ausnahme vielleicht der Paulskirchenverfassung, die jedoch nie Geltung erlangt hat, besteht das Grundgesetz im wesentlichen aus *Rechtsnormen* mit unmittelbarer Geltungskraft. Letzteres unterscheidet sie auch von der Weimarer Reichsverfassung, die viele Grundrechte‘ als bloße Programmsätze statuierte. Diese Verrechtlichung der Verfassung¹³¹ bedingt eine gerichtsförmige Kontrolle, denn „Recht und Gesetz können nur dann Bedeutung und Macht gewinnen, wenn sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung finden“.¹³² Wer dies gleich eine Verrechtlichung der Politik schimpft,¹³³ der übersieht wie *Carl Schmitt*¹³⁴, daß auch im *Verfassungsrecht* nicht nur politisch, also durch die Macht entschieden wird, sondern daß eben diese Verfassung den Staatsorganen auch rechtliche Bindungen auferlegt.¹³⁵

III. Gewaltenteilung im Verständnis des Grundgesetzes

Die Gewaltenteilung des Grundgesetz lehnt sich an das Prinzip der *checks and balances* der amerikanischen Verfassung an. Damit ist sowohl der vollständigen, überschneidungslosen Verteilung von Zuständigkeiten und Inhalten auf die Gewalten im Sinne von *Montesquieu* eine Absage erteilt als auch der Vorstellung einer absoluten Parlamentsouveränität,¹³⁶ wie sie – mit Einschränkungen¹³⁷ – etwa in England vorherrscht.¹³⁸ Eine derartig konstituierte Demokratie, in der also

¹³⁰ Vgl. *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 100 (Fn. 390).

¹³¹ *Roellecke*, in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 38 f.

¹³² *Bähr*, Rechtsstaat, S. 12.

¹³³ So der VDJ (Verein Demokratischer Juristen), *Rechtspolitische Entwicklung*, S. 26.

¹³⁴ Vgl. *Carl Schmitt*, Hüter der Verfassung: für ihn konnte niemals ein Gericht Hüter der Verfassung sein, da die Streitigkeiten immer politisch seien; deshalb komme nur der Reichspräsident in Frage.

¹³⁵ Nach *Scheuner*, Diskussionsbeitrag in *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 37.

¹³⁶ *Säcker*, Gesetzgebung, S. 190.

auch dem Parlament Grenzen gesetzt sind, bedeutet noch kein Widerspruch in sich, wie von „Radikaldemokraten“ gelegentlich behauptet wird.¹³⁹ Allein schon die Gewißheit, daß sich das Vertrauen in absolute Macht auch des gewählten Parlaments schnell als „jakobinischer Trugschluß“¹⁴⁰ erweisen kann, bedingt ein System von Verflechtungen der Staatsgewalten.

Nach dem Grundgesetz wird daher jegliche Legitimation nicht allein durch Wahlen begründet, sondern kommt gleichermaßen aus der demokratischen Verfassung¹⁴¹ und beschränkt sich auf die von der Verfassung vorgesehene Funktion. Eine durch die Wahl bedingte größere Nähe des Parlaments zum letztlichem Souverän, dem Volk, bedeutet deshalb keinen generellen Vorrang der Entscheidungen vor solchen anderer Verfassungsorgane.¹⁴² Demnach kommt es auch nicht mehr entscheidend darauf an, ob die Bildung der einzelnen Organe durch vierjährige direkte Wahlen oder durch zwölfjährige indirekte erfolgt.¹⁴³

Das durch das System der *checks and balances* bedingte sich überschneidende materielle Betätigungsfeldes der Staatsorgane, ohne das eine Kontrolle nicht stattfinden kann, begründet nun aber die Gefahr einer Paralyse der Staatsgewalt.¹⁴⁴ Dem trägt das Grundgesetz mehr noch als die amerikanische Verfassung dadurch Rechnung, daß für die einzelnen Gewalten unterschiedliche Verfahren mit unterschiedlichem Zeitbedarf¹⁴⁵ und Einsatzzeitpunkt eingerichtet sind.¹⁴⁶

Für das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Parlament bedeutet dies, daß letzteres allzeit die Aufhebung seiner Gesetzgebungsakte durch das Gericht gewärtigen muß. Andererseits ist das Bundesverfassungsgericht abhängig vom einfachen, teilweise vom verfassungsändernden Gesetzgeber, der Verfahren oder Zuständigkeiten neu bestimmen kann.¹⁴⁷ Daher hat sich das Bundesverfassungsgericht gegenüber den anderen Verfassungsorganen nie als übergeordnet im Sinne einer *suprema potestas* betrachtet.¹⁴⁸ Wie die anderen Staatsorgane auch steht es unter der Verfassung, ist es in ein Verhältnis der Koordination mit ihnen eingebunden¹⁴⁹ und nimmt nur einen bestimmten, ihm zugewiesenen Aufgabenbereich wahr.¹⁵⁰ Die Beachtung dieser

¹³⁷ Die englische „Verfassung“ ist ein Stückwerk verschiedener Urkunden, die keineswegs alle üblicherweise von einer Verfassung geregelten Bereiche abdecken. Obwohl das Parlament formal kaum Beschränkungen seiner Macht unterliegt, insbesondere durch kein Verfassungsgericht kontrolliert wird, haben sich aufgrund der langen ungebrochenen Rechts- und Verfassungstradition Grenzen der Befugnisse herausgebildet, die nicht überschritten werden. Insoweit muß man auch hier von eingeschränkter Souveränität sprechen..

¹³⁸ *Isensee*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 52.

¹³⁹ *Holtfort*, Vorschläge, S. 191 f.

¹⁴⁰ *Quaritsch*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 63.

¹⁴¹ *Bischoff*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 61.

¹⁴² *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 16; BVerfGE 49, 89, 125 f; 68, 1, 86 (für zweiten Teil).

¹⁴³ *Bischoff*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 61.

¹⁴⁴ Ansatzweise besteht diese Gefahr bei grundlegenden Differenzen zwischen Bundestag und Bundesrat im Rahmen von Zustimmungsgesetzen, mithin aber zwei Legislativorganen, die untereinander den *checks and balances* nicht unterfallen.

¹⁴⁵ *Roellecke*, in *Schäfer/Roellecke*, S. 36.

¹⁴⁶ Die geringere verfahrensmäßige Trennung in Amerika (wie in den meisten Präsidialdemokratien) konnte sehr deutlich im mehrere Monate währenden amerikanischen Haushaltsstreit zwischen dem mit dem Haushaltsrecht ausgestatteten Kongreß und dem Präsidenten, der von seinem Vetorecht Gebrauch machte, verfolgt werden.

¹⁴⁷ Ein darauf beruhendes Wechselspiel konnte in Südafrika zu Beginn der Apartheid beobachtet werden: Parlament und Regierung versuchten zunächst, das Verfassungsgericht mit „rechtsstaatlichen“ Mitteln abzuschaffen, wobei ihnen das Gericht mehrmals durch Nichtigerklärung der entsprechenden Gesetze in die Parade fuhr.

¹⁴⁸ *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 386, 399.

¹⁴⁹ *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 386, 397.

¹⁵⁰ *Großfeld*, Götterdämmerung, NJW 1995, 1719, 1723.

Grundsätze zählt zu den Pflichten eines jeden Staatsorgans im Rahmen seiner Verfassungsorganantreue.¹⁵¹

IV. Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts

In diesem Gewaltentrennungsgefüge hat das Bundesverfassungsgericht die Stellung des „obersten Hüters der Verfassung“¹⁵² inne. Damit entscheidet es letztverbindlich für alle anderen Staatsorgane über Inhalt und Auslegung der Verfassung und ist ihnen in dieser Funktion als „höchster Streitentscheider“ übergeordnet.¹⁵³ Es verhilft also erst Art. 20 III GG zur vollen Wirksamkeit.

Wenn nun aber Bindung ohne Kontrolle wirkungslos ist, stellt sich sogleich die Frage nach der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts: „*Quis custodiet ipsos custodias?*“¹⁵⁴ Die Suche nach einer Antwort muß aber auf dem direkten Weg in einen *circulus viciosus* führen, aus dem es in aller Konsequenz kein Entrinnen geben kann. Jegliche Kontrolle muß dort ihre Grenzen finden, wo die verfassungsrechtlich geschaffenen Kontrollinstitutionen ihrerseits kontrolliert werden müssen.¹⁵⁵ Es stellt sich nur das Problem des Letztvertrauens, wem also die letzte, endgültige Entscheidungsmacht anzuvertrauen ist.

Nicht zuletzt auch aufgrund der Erfahrungen aus der Weimarer Republik und der Zeit des Nationalsozialismus ist das Vertrauen in den Staat geringer, in das Recht aber größer geworden.¹⁵⁶ Ganz abgesehen davon, daß das jene Frage *de lege lata* bereits beantwortet ist, scheint die Funktion des „obersten Hüters der Verfassung“ daher bei einem Gericht und den „Richtern als machtlosen Repräsentanten des Rechts“¹⁵⁷ auch *de lege ferenda* am besten aufgehoben zu sein. Insoweit stellt die Einrichtung einer zusätzlichen Kontrollinstanz mit rechtsförmigen Verfahren einen Ausdruck sinnvoller Arbeitsteilung unter den Staatsorganen dar.¹⁵⁸

V. Status des Bundesverfassungsgerichts

Mit der erläuterten Funktion des Bundesverfassungsgerichts ist sein Status bereits in gewisser Weise determiniert.

Obwohl es seiner Bezeichnung als Gericht im Grundgesetz im Abschnitt über die Rechtsprechung eingeordnet ist, unterscheidet es sich seit dem Status-Streit 1952 in seiner haushaltsrechtlichen und protokollarischen Stellung deutlich von den anderen Bundesgerichten.¹⁵⁹ Auch von seinen Funktionen und Befugnissen, mit denen es unmittelbar in die konkrete Ausformung der Gewaltenteilung in Form der Kompetenzabgrenzungen zwischen den anderen Bundesorganen eingreifen kann, ist es mit diesen nicht vergleichbar.

Weil die gewaltenteilende Rollenzuweisung hier also nicht in der üblichen Weise funktioniere, so wird teilweise vertreten, stelle das Bundesverfassungsgericht eine so ausdrück-

¹⁵¹ *Stern*, Staatsrecht II, § 44 II 4, S. 965.

¹⁵² *Leibholz*, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 386.

¹⁵³ *Clemens*, Bundesverfassungsgericht im Verfassungsstaat, S. 15.

¹⁵⁴ *D. Iunius Iuvenal*, Satiren VI, 347 (in anderem Zusammenhang), nach *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 21.

¹⁵⁵ *Häußler*, Konflikt, S. 160.

¹⁵⁶ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 12.

¹⁵⁷ *Friesenhahn*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75.

¹⁵⁸ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 15; *Isensee*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 52 f.

¹⁵⁹ Dazu bereits oben unter B.I.1.

lich im Grundgesetz nicht genannte Vierte Gewalt¹⁶⁰ oder zumindest ein Verfassungsorgan sui generis¹⁶¹ dar¹⁶².

Dies ist jedoch für die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts von eher geringer Relevanz, zumal der herausgehobenen Stellung im Verhältnis zu den anderen Bundesgerichten insbesondere durch ein besonderes Wahlverfahren Rechnung getragen wird, das an die Stelle der vorwiegend von der Exekutive bestimmten Wahl der einfachen Bundesrichter tritt. Jedenfalls ist es aus diesen Gründen nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu erforderlich, es als echtes Verfassungsorgan auf eine Stufe mit Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung zu stellen.

E. EINZELNE VORWÜRFE GEGEN DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Wie bereits oben in den Ausführungen zur vermeintlichen Antinomie von Recht und Politik erläutert, ist der Vorwurf der politischen Entscheidung in dieser Form zu allgemein, zu undifferenziert gehalten.¹⁶³ Man mag ein Urteil im Ergebnis als Grenzüberschreitung empfinden, die konkrete Kritik muß immer „funktionsimmanent“¹⁶⁴ ansetzen, sich also auf Zielsetzungen, Methoden und Stellung des Gerichts beziehen, in denen es einen Konterpart zu den anderen Gewalten spielt.

Führt man den Vorwurf hingegen nicht weiter aus, so kann auch die Lösung nur eine allgemeine sein, nämlich das Vorlegen von „politischen“ Fragen vollständig auszuschließen. Dies aber würde bei der materiellen Werthaltigkeit des Grundgesetzes als Verfassung und seiner Qualität als „politisches Recht“ das Gericht seiner wesentlichen Kompetenzen und damit seiner Daseinsberechtigung berauben.

I. Usurpation evidenter Aufgaben des Gesetzgebers

Der häufigste Vorwurf gegen das Bundesverfassungsgericht geht dahin, es habe seine aus seiner Stellung im Gewaltengefüge des Grundgesetzes herzuleitenden Kompetenzen über- oder auch unterschritten. Konkret soll es in diesen Fällen als verlängerter Arm der Opposition den gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum zu sehr eingeschränkt oder in zu großer Regierungsfreundlichkeit zu viel Rücksicht auf den Gesetzgeber genommen haben. Mit anderen Worten, das Bundesverfassungsgericht soll jeweils seine Zuständigkeit nicht richtig wahrgenommen haben.

Diese bestimmt sich unmittelbar zunächst aus der Enumeration von Verfahren in Art. 93 I GG und den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen.¹⁶⁵ Im weiteren jedoch unterliegt es materiell gesehen grundsätzlich keinen ausdrücklichen Beschränkungen. Implizit ergeben sich solche jedoch aus seinem Status als Gericht und seiner Stellung im Gewaltenteilungsgefüge. Ersteres erfordert, daß als Grundlage für die Entscheidung eine justiziable Norm gefunden werden kann,

¹⁶⁰ Roellecke, Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 34.

¹⁶¹ Jäde, Rote Roben, S. 128.

¹⁶² Gegen dessen Urteile dann wegen Art. 19 IV GG auch der Rechtsweg gegeben sein müßte, so augenzwinkernd Großfeld, Götterdämmerung, NJW 1995, 1719, 1721.

¹⁶³ Hesse, Funktionelle Grenzen, S. 264.

¹⁶⁴ Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 20.

¹⁶⁵ Säcker, Gesetzgebung, S. 222.

letzteres, daß den anderen Gewalten ein „eigenständiger Bereich politischen Wirkens“¹⁶⁶ verbleibt. Während dies ohnehin nicht als absolut feststehende Grenze verstanden werden kann, ist auch die Frage nach der Justiziabilität im wesentlichen eine Frage der vom Gericht gewählten Methodik. Somit besitzt es gewissermaßen die Kompetenzkompetenz¹⁶⁷, oder, wie sich ein Richter des *US Supreme Court* drastischer ausdrückte: „Auch wir, das Verfassungsgericht, sind an die Verfassung gebunden. Doch was in der Verfassung steht, bestimmen wir selbst.“

1. funktionelle Zuständigkeit und Justiziabilität

Auf eine fehlende funktionelle Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zielt der insbesondere vom Gesetzgeber, dessen Gesetz für nichtig erklärt wurde, aufgebrauchte Vorwurf ab, das Gericht sei generell für eine Entscheidung diesen Inhalts nicht befugt. Als leuchtendes Vorbild wird dann der *US Supreme Court* genannt, dessen *political question doctrine* zu übernehmen dem deutschen Gericht empfohlen wird. Danach enthält sich der *Supreme Court* einer Entscheidung, wenn er der Ansicht ist, es handle sich um eine nach primär politischen Gesichtspunkten zu entscheidende Frage. Maßstab ist dabei nicht nur die tatsächliche Möglichkeit, zu einer justizförmigen Entscheidung zu gelangen, sondern auch eher pragmatische Kriterien wie der potentielle Schaden, den eine andere Gewalt durch eine ablehnende Entscheidung erleiden könnte.¹⁶⁸ Nimmt der *US Supreme Court* eine *political question* an, so weist er das Verfahren ohne jegliche materielle Prüfung als unzulässig ab.

Gegen die Anwendung der Doktrin durch das Bundesverfassungsgericht werden erhebliche Einwände geltend gemacht. Zum einen passe es nicht in das vom Grundgesetz statuierte System der nur formalen Zuständigkeitsbegrenzung und Bindung auch der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, es sei daher mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren.¹⁶⁹ Im Gegensatz zum *US Supreme Court* besteht beim Bundesverfassungsgericht kein freies Annahmeverfahren, es kann sich also einer Entscheidung nicht entziehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Weiterhin aber sei die Übernahme dieser Theorie auch *de lege ferenda* nicht erstrebenswert, da gerade durch sie erst politische Entscheidungen möglich würden, denn es sei „in höchstem Maß ein Politikum und keine Rechtsfrage mehr, ob eine *political question* angenommen wird oder nicht.“¹⁷⁰ Mit verfassungsgerichtlichen Entscheidungen verhalte es sich ebenso wie mit Interventionen im Sinne *Talleyrands*: Eine Intervention ist ungefähr das gleiche wie eine Nicht-Intervention.¹⁷¹

Tatsächlich stelle die *political question doctrine* also nichts anderes als eine „salvatorische Klausel“¹⁷² oder „Angstklausel“ dar, mit der sich das Gericht ohne juristische Begründung der Entscheidung hochpolitischer Fragen bereits auf der Zulässigkeitsstufe entziehen könne.¹⁷³

Zugegebenermaßen ergibt sich für das Bundesverfassungsgericht das Problem der Beschränkung seiner Entscheidungsbefugnisse und ihrer Reichweite, da sich eine scharfe Kompetenzgren-

¹⁶⁶ So die ständige Formulierung seit BVerfGE 35, 257, 262.

¹⁶⁷ *Stern*, Diskussionsbeitrag in *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 48.

¹⁶⁸ Im einzelnen vgl. *Piazola*, Politische Fragen, S. 254.

¹⁶⁹ *Zuck*, Political question doctrine, JZ 1974, 361, 364; *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 24.

¹⁷⁰ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 31.

¹⁷¹ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 32.

¹⁷² *Fromme*, Wie es euch gefällt, S. 116.

¹⁷³ *Friesenhahn*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 57.

ze niemals wird ziehen lassen.¹⁷⁴ Dem kann aber die *political question doctrine* keinesfalls gerecht werden. Auf einen „weichen“ Tatbestand antwortet sie mit „harten“ Rechtsfolgen, nur minimal auseinanderliegende Problemstellungen werden also entgegengesetzt beantwortet: Zum einen mit Abweisung als politische Frage, zum anderen mit vollständiger Nachprüfung. Der Problematik angemessen kann nur eine je nach Vorlage differenzierte Kontrolldichte sein. Es ist also nach anderen Instrumenten zu suchen als nach dem „Alles-oder-Nichts“-Schema der *political question doctrine*.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß das Bundesverfassungsgericht nur auf Antrag tätig werden darf. Soll es also über eine angeblich politische Frage entscheiden, so muß sie jemand vorgelegt haben. Derjenige gehört in der Regel gleichermaßen der politischen Führung an wie diejenigen, die das Bundesverfassungsgericht wegen Interferierens in die Politik schelten.¹⁷⁵ Hier wird ein verlorener politischer Streit oft auf zwar legale, vielleicht aber den demokratischen Spielregeln nicht immer entsprechenden Weise vor dem Bundesverfassungsgericht fortgesetzt. Die Erhebung einer Verfassungsklage gehört inzwischen zum Ausschöpfen aller Möglichkeiten im politischen Meinungsstreit wie selbstverständlich dazu.¹⁷⁶ Sogar die Institution des abgeschafften Gutachtens lebe versteckt wieder auf, wie die Richter *Böckenförde* und *Kruis* in ihrem Sondervotum zur AWACS-Entscheidung, in dem sie aus diesem Grund bereits die Zulässigkeit ablehnen, konstatieren.¹⁷⁷ Weiterhin muß das Bundesverfassungsgericht häufig tätig werden, weil es der Politik an Mut zu klaren Entscheidungen mangelt und sie sich daher nur auf unklare und allgemeine Formulierungen verständigen kann, die das Entstehen eines Rechtsstreites begünstigen.¹⁷⁸ Auf diese Weise schieben Gesetzgeber und politische Führung dem Gericht mehr und mehr Entscheidungen zu, für die sie selbst gefordert wären.¹⁷⁹

2. Prüfungsgrundsätze und Methodenwahl

Wenn sich eine Beschränkung des Gerichts auf der Ebene des „Ob“, bei der Zulässigkeit, nicht eignet, so ist nach einer solchen auf der Ebene des „Wie“, also im Rahmen der Begründetheit, zu suchen. Dadurch eröffnet sich dem Gericht ein Spielraum, um auf unterschiedlich hohe Maße an Justiziabilität flexibel in der Prüfungsintensität zu reagieren.¹⁸⁰

a) *judicial self-restraint*

Zu diesem Zweck wird dem Bundesverfassungsgericht als Ersatz für die *political question doctrine* zumindest allgemeine Zurückhaltung, sogenannter *judicial self-restraint*, nahegelegt.¹⁸¹ Was darunter im einzelnen zu verstehen ist und welche Auswirkungen diese Doktrin haben soll, ist im konkreten Fall aber heftig umstritten. Deshalb trifft *Konrad Hesses* scharfe Kritik durchaus

¹⁷⁴ *Piazola*, Politische Fragen, S. 256.

¹⁷⁵ Es muß sich nicht einmal immer um die jeweilige Opposition handeln. Paradebeispiel ist die AWACS-Entscheidung, die auf Vorlage des Koalitionspartners FDP zustande kam. Auch das zweite Verfahren über § 218 StGB ist von einer parteiübergreifenden Minderheit im Bundestag angestrengt worden.

¹⁷⁶ *Theodor Eschenburg*, DIE ZEIT vom 24.10.1994.

¹⁷⁷ Vgl. NJW 1994, 2038.

¹⁷⁸ Jeweils *Benda* nach *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 23

¹⁷⁹ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 30

¹⁸⁰ *Piazola*, Politische Fragen, S. 257

¹⁸¹ Einmal hat sich das Bundesverfassungsgericht auch ausdrücklich auf diesen Grundsatz bezogen, nämlich in BVerfGE 36, 1, 14: es habe sich ihn auferlegt als den „Verzicht, ‚Politik zu treiben‘, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen.“

den Kern der Sache, wenn er diese Theorie als „eine Empfehlung, deren Wolkigkeit das sicherste Zeichen für die juristische Vernebelung von Problemen ist“¹⁸², bezeichnet.

Vorgeschlagen wird sie insbesondere dann, wenn ein vermeintlicher Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers vorliegt, ohne daß ein konkreter Ansatzpunkt für Kritik zu finden wäre. Dann aber läuft sie Gefahr, vom Gericht eine Selbstbeschränkung zu verlangen, die nicht mehr auf Normen zu gründen ist. Diese aber bedeutete Selbstermächtigung¹⁸³, denn jedes Organ hat seine Kompetenzen genau so weit wahrzunehmen, wie sie reichen.¹⁸⁴ In seiner Allgemeinheit ist *judicial self-restraint* daher ungeeignet, funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit aufzuweisen und näher bestimmbar zu machen.¹⁸⁵

Auch in seinen Auswirkungen unterliegt dieser Ansatz Bedenken, begünstigt er doch den status quo wie den *fait accompli*, benachteiligt die jeweilige Opposition sowie die Randgruppen, deren Stimme im pluralistischen Konzert untergeht.¹⁸⁶

Er kann daher nicht mehr als ein Oberbegriff sein, der, um Wirksamkeit zu erlangen, erst noch konkretisiert werden muß. Legt man dieses Verständnis zugrunde, dann bedeutet er aber nichts anderes als einen Ausfluß des der Gewaltenteilung im Sinne des Grundgesetzes inhärenten Zwangs zu Kooperation und Rücksichtnahme.¹⁸⁷

Damit es nicht dem Gutdünken des einzelnen Richters überlassen bleibt, wie weit und worauf er sich beschränken möchte¹⁸⁸, sind ihm also klassifizierte Maßstäbe an die Hand zu geben, die konkretere Hinweise geben, wo jeweils das richterliche Prüfungsrecht ein Ende finden muß.

b) Prüfungsmaßstab und Interpretationsmethode

Dies betrifft zunächst den Prüfungsmaßstab und die eng damit zusammenhängende Interpretationsmethode. Die Anwendung von Verfassungsrecht als notwendigerweise besonders allgemein gehaltenen, formelhaften Rechtssätzen, die aber zugleich den Anspruch erheben, Grundlage allen gemeinschaftlichen Zusammenlebens zu sein, stellt eine Gratwanderung dar. Auf der einen Seite eröffnet sich der Abgrund eines Verständnisses der Verfassung als „juristisches Weltenei“¹⁸⁹, aus dem jede einzelne Rechtsnorm herzuleiten sei, auf der anderen Seite der einer rein positivistischen Auffassung, die in Wertrelativismus jede materielle Ausformung des einfachen Rechts zuläßt.¹⁹⁰

Je mehr aber das Bundesverfassungsgericht die Werthaltigkeit des Grundgesetzes betont, desto eher sieht es sich bei der Ableitung eines konkreten Urteils dem Vorwurf der juristischen Beliebigkeit ausgesetzt.¹⁹¹ Hier zeigt sich die Schwierigkeit der Handhabung solch in hohem Maße abstrakter Normen wie derjenigen des Grundgesetzes. Um schlüssig begründen zu können, die

¹⁸² Roellecke, Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 26.

¹⁸³ Häußler, Konflikt, S. 11.

¹⁸⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 22.

¹⁸⁵ Hesse, Funktionelle Grenzen, S. 264.

¹⁸⁶ Quaritsch, Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 67.

¹⁸⁷ Kimminich, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 78 f.

¹⁸⁸ Hesse, Geschichtlicher Wandel, JZ 1995, 265, 273.

¹⁸⁹ Forsthoff, Industriegesellschaft, S. 144.

¹⁹⁰ In diese Richtung tendierend die österreichische Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, vgl. Mock, Richter machen Politik, S. 177.

¹⁹¹ Friesenhahn, Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 57; Stein, Grundrechte, S. 95.

Verfassung habe das zu lösende Problem bereits entschieden, bedarf es weit mehr Zwischenschritte als im einfachen Recht.¹⁹²

Daher hat das Bundesverfassungsgericht zunächst versucht, Prinzipien zu entwickeln, die eine weitergehende Konkretisierung und damit Beschränkung des Kontrollmaßstabes Grundgesetz erlauben. Insbesondere hat es die Statuierung einer objektiven Wertordnung durch das Grundgesetz behauptet, die ihren Niederschlag vor allem in der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, der Wechselwirkungslehre und der Auslegung allen Rechts „im Lichte der Grundrechte“ findet. Erst im Zusammenspiel mit diesem Wertsystem offenbare sich die konkrete Bedeutung einzelner Vorschriften des Grundgesetzes.¹⁹³

Die Berufung auf ein der Verfassung eigenes Wertsystem begründet im Gegenzug die Gefahr, anstelle bewährter rechtswissenschaftlicher Auslegungsregeln vorschnell Zuflucht zu beliebig mit Inhalt zu füllenden Formeln zu nehmen.¹⁹⁴ Die Behauptung einer solchen Wertordnung soll erklären, daß das Grundgesetz in der Gesamtschau mehr objektive Wertentscheidungen enthalte, als den einzelnen Normen zu entnehmen sei. Eine derartige Ableitung von Werten überschreitet jedoch schon beinahe die Grenze zur eigenständigen, generellen Werterzeugung,¹⁹⁵ an der aber das Bundesverfassungsgericht die Grenzen seiner Befugnisse erreicht.¹⁹⁶ Hier hat das Gericht den schwierigen Mittelweg zu finden zwischen dem Beharren gegen jegliche Anpassung und Modernisierung einerseits und der verfassungsrichterlichen Absegnung des jeweiligen Zeitgeistes andererseits.¹⁹⁷

Eine Verfassung muß flexibel sein, und sie bedarf einer flexiblen Verfassungsrechtsprechung. Starr und gegen jeden behutsamen Bedeutungswandel ihrer Rechtssätze resistent kann sie der gesellschaftlichen Entwicklung und der Evolution der Werte nicht gerecht werden. Um dann nicht jegliche normative Kraft zu verlieren, müßte allzu oft ihr Wortlaut geändert werden,¹⁹⁸ wodurch sie ihren Rang als dauerhafte Ordnung des Gemeinschaftslebens verlöre. Das Bundesverfassungsgericht versucht, dieser Isolierung von rechtlicher Norm und sozialer Wirklichkeit zuvorzukommen, indem es die durch die Norm geschaffene Wirklichkeit in die Interpretation der Norm mit einfließen läßt.¹⁹⁹ Insoweit berücksichtigt es in begrenztem Umfang, daß es in der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“²⁰⁰ kein Interpretationsmonopol geben kann. Die funktionell richtige²⁰¹ Interpretation aller am Verfassungsleben Beteiligten entfaltet normative Kraft, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung aktualisiert.²⁰²

Trotzdem aber darf die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht als Motor der Umsetzung vergänglicher Moden in geltendes Recht dienen.²⁰³ Dabei geht schon die Forderung, das Gericht sollte die öffentliche Meinung als entscheidendes Gewicht für die Austarierung von Zweifelsfällen einsetzen

¹⁹² Vgl. *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen, S. 38.

¹⁹³ Seit BVerfGE 7, 198, 205 (Lüth-Urteil); danach 11, 50, 56; 14, 288, 301 u.a.

¹⁹⁴ *Jäde*, Rote Roben, S. 132.

¹⁹⁵ Vgl. *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 21.

¹⁹⁶ *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75.

¹⁹⁷ Vgl. *Schäfer*, in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 13.

¹⁹⁸ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 9.

¹⁹⁹ *Hesse*, Geschichtlicher Wandel, JZ 1995, 265, 266.

²⁰⁰ Titel des Aufsatzes von *Häberle*, Offene Gesellschaft, JZ 1975, 297.

²⁰¹ Nur diese: eine verfassungswidrige „Verfassungswirklichkeit“, die also im Gegensatz zur normierten Verfassung steht und diese überspielt, kann es nicht geben, *Hesse*, Grundzüge, Rn. 47.

²⁰² *Häberle*, Offene Gesellschaft, JZ 1975, 297 ff, bes. 303.

²⁰³ *Rüthers*, Motor des Zeitgeistes, FAZ vom 9.6.1995.

zen, zu weit.²⁰⁴ Hier erfüllt das Recht seine verstetigende Funktion,²⁰⁵ die das Bundesverfassungsgericht nicht zunichte machen darf. Die Umsetzung von bloßen in der Bevölkerung bestehenden Meinungen und Strömungen obliegt der Politik.²⁰⁶

c) Kontrolldichte und Prognosespielraum

Obiges Verständnis der Verfassung als offenes Wertsystem²⁰⁷ erweitert ihren Anwendungsbereich und damit den Wirkungskreis des Bundesverfassungsgerichts in erheblichem Maße. Um dennoch dem Vorwurf entgegen zu können, es beschränke den Kompetenzbereich des Gesetzgebers in unzulässiger Weise, verwendet das Bundesverfassungsgericht ein flexibles Instrumentarium abgestufter Kontrolldichten. Je nach Gewicht der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, den Eigenarten des Sachgebietes und anderen Faktoren findet eine bloße Evidenzkontrolle, eine Vertretbarkeitskontrolle oder eine intensiviertere inhaltliche Kontrolle gesetzgeberischer Wertungen, Prognosen und Vermutungen über Wirkungszusammenhänge statt.²⁰⁸ Insbesondere bei der Wahl der geeigneten bzw. zweckmäßigsten Mittel soll dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum verbleiben.²⁰⁹

Die Grenzen zwischen den einzelnen Kontrolltiefen sowie ihre Voraussetzungen bleiben aber nichtsdestoweniger fließend. Selbst wenn einige Fallgruppen typisiert worden sind, wie beispielsweise die Außenpolitik, die als originäre Zuständigkeit der Regierung kaum kontrolliert werden kann²¹⁰, muß doch der letztlichen Entscheidung, wo der nicht mehr nachprüfbar Bereich beginnt, ein Rest richterlicher Beurteilungsfreiheit innewohnen. Nicht zuletzt deshalb setzt hier auch besonders häufig die Kritik ein.

Als Beispiele für eine eher weitgehende Ausschöpfung der Kontrolldichte und damit für ein hohes Maß an eigener Wertung wären das sogenannte Postkartenurteil und das zweite Schwangerschaftsurteil zu nennen. In beiden Fällen hat das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung als ungeeignetes Mittel zur Erreichung des verfolgten Zieles angesehen, beim Schwangerschaftsurteil dem Gesetzgeber sogar die einzusetzenden Mittel bis in feine Details vorgeschrieben. Den Gegenpol aus jüngster Zeit bildet das Urteil zum neuen Asylrecht. Hier hat sich das Gericht ausdrücklich aus allen Bewertungen über die Sicherheit anderer Staaten herausgehalten und dies Parlament und Regierung überlassen.

Diese prinzipielle Zurückhaltung bei Ermessens- und Prognoseentscheidungen ist nicht unbedingt selbstverständlich, wenn man bedenkt, daß die Prognosen des Bundesverfassungsgericht über die Jahre hinweg von wesentlich höherer Treffsicherheit waren als die des Gesetzgebers, wie *Klaus Philippi* – vor allerdings geraumer Zeit – nachgewiesen hat.²¹¹ Dabei ist diese Tatsache nicht einmal besonders erstaunlich, denn das Bundesverfassungsgericht steht in einer leichteren Entscheidungssituation als Parlament und Regierung;²¹² es unterliegt nicht den so oft angeführten „politischen Zwängen“ und mag deshalb seine Vorhersagen neutraler treffen. Damit läßt sich je-

²⁰⁴ So aber *Zuck*, Political question doctrine, JZ 1974, 361, 368.

²⁰⁵ *Kirchhoff*, Umbruch, NJW 1996, 1497, 1498.

²⁰⁶ *Benda*, Götterdämmerung, NJW 1995, 2470.

²⁰⁷ *Benda*, Die Welt vom 22.5.1979 (nach *Jäde*, Rote Roben, S. 132).

²⁰⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 50, 290, 332 f; *Hesse*, Funktionelle Grenzen, S. 268; *Säcker*, Gesetzgebung, S. 201.

²⁰⁹ *Säcker*, Gesetzgebung, S. 199.

²¹⁰ *Schuppert*, Auswärtige Gewalt, S. 57.

²¹¹ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen, S. 165 (1971).

²¹² *Quaritsch*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 66.

doch nicht ein Vorrang der gerichtlichen Einschätzung über die politische im konkreten Einzelfall rechtfertigen. Für diesen ist ein höheres Maß an Richtigkeit nämlich nicht gesichert, sondern nur nach einer allgemeinen Statistik wahrscheinlicher. Für die Entscheidung des Gesetzgebers spricht aber die Legitimation der Mehrheit, während sich das Gericht insoweit nur auf das Recht stützen kann. Das kann hier jedoch keine Grundlage abgeben, weil es nicht berührt ist: Das Gesetz der Wahrscheinlichkeit zählt nach herrschendem Verständnis noch nicht zur allgemeinen Rechtsordnung.

3. Entscheidungsform

Weiterhin wird vorgebracht, daß, selbst wenn die Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht materiell gerechtfertigt seien, sie allein aufgrund ihrer Form den Gesetzgeber stärker bänden, als dies unbedingt nötig sei. Auch wird selbst heute noch – oder vielleicht besser wieder²¹³ – vertreten, bereits die Nichtigkeitserklärung als *actus contrarius* zur parlamentarischen Gesetzgebung könne nichts grundsätzlich anderes sein und stelle damit einen unzulässigen Übergriff des Bundesverfassungsgericht in den Kompetenzbereich des Parlaments dar.²¹⁴ Diese Auffassung kann hingegen im Rahmen des Gewaltenteilungsverständnisses des Grundgesetzes als überwunden angesehen werden.²¹⁵

Um die Schwere seiner Urteilswirkungen ein wenig aufzufangen, ordnet das Bundesverfassungsgericht nicht immer die Nichtigkeit eines Gesetzes an, sondern verwendet Einrichtungen wie die Unvereinbarkeitserklärung, die Apellentscheidung mit oder ohne Fristsetzung oder die verfassungskonforme Auslegung. Daneben macht es mehr oder weniger reichlichen Gebrauch von *obiter dicta*. Damit trägt das Gericht insbesondere den Situationen Rechnung, in denen die Nichtigkeit eine noch größere Verfassungswidrigkeit zur Folge hätte²¹⁶ oder aber die Funktionsfähigkeit des Staates erheblich Schaden litte²¹⁷. Gerade in letzterem Fall sollte Zurückhaltung deshalb nicht gleich als „geradezu ängstliches Bedenken der Folgen“²¹⁸ kritisiert werden.²¹⁹

Grundsätzlich ist dieser Ansatz zu begrüßen, allerdings schlägt er bisweilen in seinen Auswirkungen in das Gegenteil des eigentlich Bezweckten um.

a) verfassungskonforme Auslegung

Insbesondere ins Schußfeld der Kritik geraten ist die verfassungskonforme Auslegung. Ursprünglich gedacht als Ausdruck der Achtung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und des von ihm bewußt in dieser Form verabschiedeten Gesetzes, als Anerkennung des *favor legis*²²⁰, hat sie sich inzwischen in den Augen ihrer Kritiker geradewegs zu einer Form der Mißachtung des Parlamentswillens entwickelt. Denn je mehr das Ergebnis dieses Interpretationsprozesses ein Verständnis des Gesetzes bedeutet, das von der intendierten Bedeutung abweicht und somit im Ver-

²¹³ So zuletzt noch als einer der letzten Vertreter der vor-grundgesetzlichen Zeit: *Forsthoff*, *Industriegesellschaft*, S. 134.

²¹⁴ *Jäde*, *Roten Roben*, S. 126.

²¹⁵ Vgl. dazu oben D.

²¹⁶ Häufigste Fälle: Verstöße gegen den Gleichheitssatz.

²¹⁷ Deutlichster Fall: bloße Verfassungswidrigkeitserklärung der sog. Allphasen-Umsatzsteuer, BVerfGE 31, 314; auch hier war allerdings die Verletzung des Gleichheitssatzes gerügt worden.

²¹⁸ *Fromme*, *Wie es euch gefällt*, S. 113.

²¹⁹ Bei der Allphasen-Umsatzsteuer (vgl. Fn. 217) standen immerhin ca. 30% des gesamten Steueraufkommens auf dem Spiel.

²²⁰ *Stern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 28.

hältnis zu dieser eher ein aliud denn ein bloßes minus darstellt, desto höher ist der zu zahlende Preis in Form verfassungsgerichtlicher Gesetzgebung.²²¹ Damit aber droht eine zunehmende Überschreitung der funktionalen Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts im Gewaltenteilungsgefüge.

Weniger hingegen kann die zuweilen zu hörende Behauptung überzeugen, die verfassungskonforme Auslegung beschränke den Gesetzgeber zusätzlich deswegen, weil ihm, anstatt daß das Gesetz mit der Nichtigkeitserklärung an ihn zurückverwiesen werde und er so einen neues erlassen könne, diese Möglichkeit durch den materiellen Gesetzgebungsakt des Bundesverfassungsgericht genommen werde. Diese Argumentation übersieht, daß das Parlament auch so nicht am Erlass eines neuen Gesetzes gehindert ist. Nicht einmal bedeutet die verfassungskonforme Auslegung gegenüber einer hinreichend begründeten Nichtigkeitserklärung ein größeres Hindernis.²²² Einem neuerlichen Gesetzgebungsakt steht vielmehr allein als psychologisches Moment in der Köpfen der Abgeordneten die Tatsache im Wege, daß bereits ein Gesetz vorhanden ist.²²³

b) obiter dicta und Überschreitung des Vorlagekomplexes

Eine weitere Beschränkung des Gesetzgebers kann sich aus übermäßigem Gebrauch von obiter dicta ergeben. Ein systematisch im gleichen Bereich wurzelndes Problem stellt sich mit über den konkreten Vorlagegrund hinausgehenden Entscheidungen. Bei beiden Varianten handelt es sich um – bewußt bzw. unbewußt²²⁴ – neben der Fragestellung liegende Urteilspassagen mit – faktischer²²⁵ bzw. rechtlicher – Bindungswirkung. Beide Institute gleichermaßen sind geeignet, den Gesetzgeber vor zukünftigen verfassungswidrigen Handlungen zu bewahren, eine Korrektur vergangener verfassungsgerichtlicher Judikatur anzudeuten, obwohl sich ein konkreter Anlaß noch nicht geboten hat, den Gesetzgeber auf dringend der Regelung bedürftige Rechtsgebiete hinzuweisen oder Öffentlichkeit auf zukünftige Verfassungsinterpretation vorzubereiten und diese damit im vorhinein kritisierbar zu machen.²²⁶

Andererseits bieten sie dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, das Antragserfordernis zu unterlaufen und faktisch von sich aus tätig zu werden.²²⁷ Daher drängt sich auch zuweilen der Eindruck auf, das Gericht greife zu diesen Mitteln, wann immer es die Regelung eines Sachgebietes selbst in die Hand nehmen möchte.²²⁸ Als Beispiele lassen sich anführen das Diätenurteil oder jüngst die Einheitswert-Beschlüsse²²⁹.

Hier liegt ein vielleicht unter Beurteilung der bisherigen Rechtsprechung nicht übermäßig gewichtiger, aber dennoch wesentlicher und vor allem leicht zu handhabender Gesichtspunkt für ei-

²²¹ Vgl. Hesse, Grundzüge, Rn. 83.

²²² Zeidler, Diskussionsbeitrag in Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 49.

²²³ Weniger freundlich ausgedrückt: Es steht allein die Trägheit der Abgeordneten im Wege, die allein durch die dringende Notwendigkeit eines Gesetzgebungsaktes überwunden werden kann, welche allerdings nicht besteht, wenn das Bundesverfassungsgericht im Wege der verfassungskonforme Auslegung einen annehmbaren, wenn auch dem Parlamentswillen widersprechenden Rechtszustand herbeigeführt hat.

²²⁴ Wobei sehr fraglich erscheint, ob sich das Bundesverfassungsgericht tatsächlich dieser Tatsache nicht bewußt ist, wenn es einmal mehr über Gegenstände entscheidet, die nicht vorgelegt wurden.

²²⁵ Obiter dicta erzeugen zwar keine rechtliche Bindungswirkung, doch wird es sich weder der Gesetzgeber noch die Exekutive leisten können, entgegen der klar geäußerten Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu handeln.

²²⁶ Letzter Punkt: Häberle, Offene Gesellschaft, JZ 1975, 297, 303 (in Fn. 70).

²²⁷ Vgl. Friesenhahn, Schäfer/Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 73.

²²⁸ Stern, Staatsrecht II, § 44 II 3 c, S. 961.

²²⁹ BVerfGE 93, 121 u. 93, 165: Hier könnte man zudem der Ansicht sein, der Berichterstatter wolle die Ergebnisse seiner wissenschaftlichen Forschung noch durch Veröffentlichung als Verfassungsgerichtsurteil „veredeln“.

ne Begrenzung des Einflusses des Bundesverfassungsgerichts. Bei den ohnehin schon umfassenden Befugnissen, mit denen es ausgestattet ist, sollte es nicht auch noch eindeutig neben der Sache liegende Bereiche mitbehandeln.²³⁰

II. Superrevisionsinstanz

Gerade in letzter Zeit ist der Vorwurf, das Bundesverfassungsgericht gebärde sich als „Superrevisionsinstanz“, wieder laut geworden.²³¹ Damit wird behauptet, das Gericht greife in die Zuständigkeit der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit ein, indem es den Betroffenen nach Durchlaufen des regulären Instanzenzuges noch offenstehe und dann eine weitreichende inhaltliche Nachprüfung und Richtigkeitskontrolle vornehme. Insbesondere lege es auch bloßes einfaches Recht selbst aus und wende es an.

In der Tat steht die Verfassungsbeschwerde jedem mit der Behauptung offen, er sei durch ein gerichtliches Urteil in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte, also im wesentlichen der Justizgrundrechte, verletzt. An dieser Stelle scheitern bereits nicht wenige potentielle Beschwerdeführer, weil es beispielsweise im Zivilrecht durchaus vorkommen kann, daß – gleich wie die Entscheidung ausfällt – kein Grundrecht betroffen sein kann.²³² Im weiteren wird die Zulässigkeit und die Nachprüfungstiefe der Beschwerde jedoch von Kriterien wie der „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“²³³, der „Evidenz des Verstoßes“²³⁴, der Eingriffsintensität²³⁵, der „grundlegenden unrichtige Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts“²³⁶ abhängig gemacht. Damit fehlt es – wie so oft im Verfassungsrecht – an eindeutigen, festen umrissenen Maßstäben.

Insgesamt ist zu beobachten, daß das Bundesverfassungsgericht²³⁷ zunehmend bereits die Zulässigkeit der Beschwerde ablehnt und gar nicht erst in die Sachprüfung einsteigt²³⁸ oder aber, sobald diese Hürde überwunden ist, zu einer weitgehenden bis vollen Überprüfung neigt.²³⁹ Insofern läßt sich nicht von einer Superrevisionsinstanz sprechen, da dies nahelegt, daß – unter gewissen zumeist formalen Voraussetzungen – eine weitere Nachprüfung immer möglich sei. Gerade dies gilt aber für das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, das sich materiell immer stärker dem freien Annahmeverfahren des *US Supreme Court*²⁴⁰ annähert,²⁴¹ nicht. Vielmehr erlangt das Verfassungsbeschwerdeverfahren angesichts des Zahlenverhältnisses²⁴² von abgelehnten zu zugelassenen Verfahren und den jeweiligen Begründungen der Rechtsbehelf die Bedeu-

²³⁰ Mikat, Diskussionsbeitrag in Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 42 (etwas vorsichtiger formulierend).

²³¹ Insbesondere im Hinblick auf die „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidungen und den Sitzblockaden-Beschluß.

²³² Z.B. Verurteilung zu Zahlung eines Geldbetrages und Berufung auf Art. 14 GG: solche Zahlungspflichten verstoßen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (seit BVerfGE 4, 7, 17) nicht gegen das Grundrecht auf Eigentum (Beispiel nach Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 587).

²³³ Z.B. BVerfGE 18, 85, 92.

²³⁴ Z.B. BVerfGE 18, 85, 93.

²³⁵ Z.B. BVerfGE 42, 143, 148.

²³⁶ Z.B. BVerfGE 18, 85, 93.

²³⁷ Bzw. hier im wesentlichen die Kammern als Vorprüfungsausschüsse.

²³⁸ Dies trifft auf etwa 98% der Fälle zu, Zahlen nach Roellecke, Ansehen, S. 35.

²³⁹ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 600.

²⁴⁰ Auch sog. Certiorari-Verfahren: Kriterien sind Bedeutung für die Verfassungsfortbildung, Schwere des Eingriffs u.a.; die Entscheidung steht dabei aber im freien Ermessen der Richter, vgl. Eckart Klein, Verfassungsbeschwerde, S. 238.

²⁴¹ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 592.

²⁴² Rund 98% der Beschwerden werden als unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgewiesen, von den verbleibenden 2% wird gut der Hälfte, also gut 1%, endgültig stattgegeben; Zahlen nach Roellecke, Ansehen, S. 35.

tung eines letzten „Gnadengesuchs“ ohne durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Durchführung des Verfahrens.²⁴³

Es verbleiben allerdings Einzelfälle, in denen das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen der Fachgerichte „korrigiert“. Ob das Urteil des Bundesverfassungsgericht tatsächlich „richtiger“ ist, bleibt im wesentlichen eine Kompetenzfrage²⁴⁴, wobei die Kompetenz hier wegen der angenommenen Grundrechtswirksamkeit der Entscheidungen dem Bundesverfassungsgericht zugewiesen ist, wenn auch aufgrund der genannten Zahlen eher in Form einer „Notkompetenz“²⁴⁵. Diese kann nur im Wege eines vollständigen Verzichts auf die Einrichtung der Urteilsverfassungsbeschwerde oder auch nur Festlegung einer Bindung des Bundesverfassungsgerichts an eine gefestigte Rechtsprechung oder Entscheidungen Gemeinsamer Senate beseitigt werden. Dies würde jedoch der Grundrechtsbindung auch der rechtsprechenden Gewalt nicht gerecht und kann daher nicht zur Debatte stehen.²⁴⁶

III. politische Richter

Daß entgegen anderslautenden Behauptungen die Parteizugehörigkeit oder zumindest die grundlegende politische Linie der Richter²⁴⁷ nicht gänzlich bedeutungslos sein kann, zeigen die ständig wiederkehrenden Auseinandersetzungen über Vorschlagsrecht, Wahlmodus und Abstimmungsquorum²⁴⁸ ebenso wie die sich hinziehenden Verhandlungen zwischen den Parteien bei der Neubesetzung von Richterstellen, die bereits zu irregulären Amtszeitverlängerungen von bis zu zwei Jahren geführt haben.

Das Gericht selbst hingegen wehrt sich entschieden gegen den regelmäßig laut werdenden Vorwurf, nicht die juristische Qualifikation, sondern die Parteipolitik und -proporz spielten bei Besetzung und Entscheidung eine Rolle.²⁴⁹

1. Wahlen

In der Wahl der Richter wird der Einfluß der gesetzgebenden Körperschaften auf das Bundesverfassungsgericht am deutlichsten. Er läßt sich auch nicht eliminieren, da Verfassungsrichter einer demokratischen Legitimation bedürfen und diese in der parlamentarischen Demokratie immer durch das Parlament läuft.²⁵⁰ Jede Verlagerung kann nur in Richtung Exekutive stattfinden, was aber den Einfluß der Parteipolitik noch verstärken würde. Auch verlöre das Bundesverfassungsgericht damit seinen Charakter als Verfassungsorgan.²⁵¹ Gerade weil der Bundesverfassungsrichter auch etwas von den das politische, soziale, gesellschaftliche Leben bestimmenden Kräften wissen muß, ist es gerechtfertigt, Bundestag und Bundesrat bei der Wahl der Richter maßgeblich einzuschalten.²⁵² Wo immer aber gewählt wird, spielen die Parteien eine wesentliche, ihnen je-

²⁴³ Dies wäre allerdings eine Einrichtung, die das Bundesverfassungsgericht selbst (in BVerfGE 45, 187, 242 ff) für das strafrechtliche Begnadigungsverfahren ausdrücklich als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip angesehen hat.

²⁴⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 594.

²⁴⁵ Kirchberg, NJW 1987, 1933.

²⁴⁶ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 591.

²⁴⁷ Vgl. dazu die Übersicht über die derzeitige Besetzung des Gerichts im Anhang, aus FAZ vom 4.5.1996.

²⁴⁸ So bereits Zuck, Political question doctrine, JZ 1974, 361, 366 zu einer Zeit heftigster Auseinandersetzungen über die Besetzung des Gericht und der Präsidentenämter.

²⁴⁹ Beispielsweise Mahrenholz (bei Veröffentlichung allerdings bereits a.D.): „Dies ist nicht Kritik, sondern Diffamierung“, Leserbrief in der FAZ vom 5.2.1996.

²⁵⁰ Schneider, Diskussionsbeitrag in FS Friesenhahn, S. 73.

²⁵¹ Jahn, Diskussionsbeitrag in FS Friesenhahn, S. 68; vgl. Fromme, Wie es euch gefällt, S. 118.

²⁵² Leibholz, Schnittpunkt, DVBl. 1974, 386, 399; Friesenhahn, Diskussionsbeitrag in FS Friesenhahn, S. 71.

doch auch zuge dachte Rolle. Insoweit läßt sich nur an ihre Zurückhaltung gegenüber der Versuchung appellieren, eine „Politisierung“ des Gerichts durch Wahl geeigneter Kandidaten zu betreiben.

Eine solche wird in der Regel durch den Zwang zur qualifizierten Mehrheit verhindert, der nicht zuläßt, daß politische Exponenten der jeweiligen Partei gewählt werden.²⁵³ Dies ist jedoch dann nicht mehr gewährleistet, wenn im Rahmen der Neubesetzung mehrerer Richterstellen „Kompromißpakete“ geschnürt werden. Problematisch in dieser Hinsicht war beispielsweise die Wahl *Ernst Bendas*, der dem Bundesvorstand der CDU angehörte und zuvor bereits Bundesinnenminister gewesen war, zum Gerichtspräsidenten, oder in jüngerer Zeit der – nicht zuletzt aufgrund heftiger Intervention des Bundesverfassungsgerichts selbst – gescheiterte Versuch der SPD, Frau *Däubler-Gmelin* eine Verfassungsrichterstelle zu verschaffen.

Anders steht es um das – ohnehin verfassungsrechtlich umstrittene²⁵⁴ – Wahlverfahren im einzelnen. Auch wenn die Notwendigkeit einer Zweidrittelmehrheit die Wahl von Vertretern extremer Positionen in der Regel ausschließt und das Bundesverfassungsgericht selbst Wahlvorschläge machen kann²⁵⁵, könnte durch mehr Öffentlichkeit, etwa durch Anhörungen im Bundestag oder gar durch gutachterliche Äußerungen von Sachverständigen²⁵⁶, eine noch stärkere „Mißbrauchskontrolle“ erreicht werden. Eine Herausforderung bei diesem Vorschlag bliebe jedoch, auf welche Weise Auswüchse, wie sie in den USA üblich sind²⁵⁷, verhindert werden können.

2. sogenannter 3. Senat

Nicht nur über die Richter selbst, auch über ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter²⁵⁸, von denen zur Zeit jeder im Durchschnitt drei beschäftigt, heißt es, daß sie als durchweg jüngere Juristen am Anfang ihrer Karriere eher sozialliberal eingestellt seien. Da sie inzwischen die Hauptarbeit zu leisten hätten und dem Berichterstatter wesentliche Teile seines Urteilsvorschlages vorformulierten, übten sie auch einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die Rechtsprechung des Gerichts aus.

Dieser Vorwurf läßt sich von Außenstehenden nur schwer beurteilen. Allerdings widersprechen nicht nur die Richter selbst dem Vorwurf entschieden: Die Mitarbeiter seien weisungsabhängig²⁵⁹, ihr Einfluß werde hoffnungslos überschätzt²⁶⁰, sie antizipierten nur die ihnen bereits bekannte Ansicht ihres Richters²⁶¹. Die Entscheidung falle noch immer in den ausgedehnten Beratungen des Senates, und da kommt es durchaus vor, daß sich am Ende der Berichterstatter²⁶² in

²⁵³ *Isensee*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 54.

²⁵⁴ *Lamprecht*, Verfassungsrichterwahlen, NJW 1995, 2531, 2532.

Vgl. auch Art. 95 I 2: „Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt.“ – Tatsächlich ist die Wahl durch den Bundestag aber an einen nach Parteiproporz besetzten Ausschuß von zwölf Wahlmännern delegiert (§ 6 BVerfGG); der Bundestag selbst entscheidet nicht.

²⁵⁵ Vgl. § 7a BVerfGG: dieses Recht entsteht zwar erst bei zwei Monaten Überfälligkeit der Wahl, doch inzwischen ist eine solche Verzögerung fast zur Regel geworden.

²⁵⁶ *Häberle*, Diskussionsbeitrag in FS Friesenhahn, S. 80.

²⁵⁷ Beispielsweise wird im Rahmen der Diskussion um die moralische Integrität der Kandidaten regelmäßig das Intimleben oder die Ausnutzung von Steuervorteilen ans Licht gezerrt.

²⁵⁸ Jeder Richter beschäftigt einige wissenschaftliche Mitarbeiter, zur Zeit im Durchschnitt 3, was auf insgesamt ca. 50 hinausläuft.

²⁵⁹ *Eckart Klein*, Verfassungsbeschwerde, S. 239.

²⁶⁰ *Wesel*, DIE ZEIT vom 29.9.1995.

²⁶¹ *Roellecke*, Ansehen, S. 35.

²⁶² Dessen Mitarbeiter ja nach dieser Ansicht das Urteil wesentlich beeinflussen sollen.

der Minderheit wiederfindet und seiner Ansicht nur in einem Sondervotum Ausdruck verleihen kann.²⁶³

Da die wissenschaftlichen Mitarbeiter nichtsdestoweniger den Richtern einen Gutteil ihrer Arbeitsbelastung abnehmen, sollte die entsprechende Ausstattung des Gerichts auch in dieser Form beibehalten werden.

IV. mangelnde Öffentlichkeitsrückkoppelung

Ein sehr wesentlicher Punkt, den das Bundesverfassungsgericht in Zukunft wohl stärker wird beachten müssen, ist seine Rückkoppelung mit der und Einbindung in die Öffentlichkeit.²⁶⁴ Einige der zum Teil heftigen Reaktionen in letzter Zeit und der allgemeinen Verunsicherung wurden sicherlich nicht zuletzt dadurch hervorgerufen, daß das Gericht seine Stellung und Bedeutung nicht hinreichend berücksichtigt und seine Verfahren nicht angemessen darauf abgestimmt hat.

1. Kammerentscheidungen

Ein grundsätzliches Problem beispielsweise liegt in den Kammern. Sie erfüllen den zweifellos notwendigen Zweck, der anfallenden Arbeit Herr zu werden, die die Senate allein nicht mehr bewältigen könnten. Dies wird jedoch nur dann nicht zu eine „dubiosen Praxis“²⁶⁵, wenn sie die Qualität der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht beeinträchtigen. Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung jedenfalls sind ihre Beschlüsse zumeist mit dem Makel der bloßen Kammerentscheidung behaftet.²⁶⁶ Da ist auch die Bestimmung, daß solche „einer Entscheidung des Senats gleich“ stehen²⁶⁷, nicht weiter förderlich.

Deutlich konnte dies bei den beiden „Soldaten-sind-Mörder“-Verfahren beobachtet werden. Nachdem die Kammerentscheidung ergangen war und deutlich wurde, daß ein ähnliches Verfahren erneut anstand, fieberte die Öffentlichkeit dieser nun endlich „richtigen“, weil Senatsentscheidung geradezu entgegen. Die Möglichkeit eines entgegengesetzten Beschlusses eröffnete sich durchaus, besteht eine Kammer doch aus bloß drei Richtern, die im Senat dann gelegentlich nur noch die Minderheit stellen mögen.

2. Sondervoten und Abstimmungsergebnisse

Für die Institution des Sondervotums²⁶⁸ sprechen verschiedene Argumente. Insbesondere bewirken sie ein erhöhtes Maß an Öffentlichkeit für tragenden Gründe der Entscheidung und ihre Gegenargumente. Insofern geben sie Anstöße zur weiterführenden wissenschaftlichen Diskussion²⁶⁹ und wirken rechtsfortbildend.²⁷⁰ Auch können sie zu erhöhter Akzeptanz beitragen, wenn der „unterlegenen“ Ansicht von immerhin einem Teil der Richter bestätigt wird, daß sie mit guten Gründen vertretbar ist,²⁷¹ sie „das Odium absoluter Verfassungswidrigkeit“ verliert.²⁷²

²⁶³ So zuletzt im Asyl-Urteil: Berichterstatter war Richter *Sommer*, der mit Präsidentin *Limbach* und Richter *Böckenförde* das Sondervotum verfaßt hatte, vgl. SZ vom 15./16.5.1996.

²⁶⁴ *Roellecke*, in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40.

²⁶⁵ *Sendler*, Kammermusik II, NJW 1995, 3291, 3292.

²⁶⁶ Vgl. *Benda*, Kammermusik, NJW 1995, S. 429, 430.

²⁶⁷ § 93c I 2 BVerfGG.

²⁶⁸ Seit der 4. BVerfGG-Novelle vom Dezember 1970.

²⁶⁹ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 20 IV 2 d aa (3), S. 292 f.

²⁷⁰ *Häberle*, Grundprobleme, S. 31.

²⁷¹ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 20 IV 2 d aa (2), S. 292.

²⁷² *Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 22.

Darüber sollte jedoch nicht vergessen werden, daß diese Vorzüge durchaus auch in ihr Gegenteil umschlagen können. Grundsätzlich wohnt dem Sondervotum die Gefahr einer Schwächung der Überzeugungskraft des Urteils inne,²⁷³ da es die innere Spaltung des Bundesverfassungsgerichts in der betroffenen Frage erkennen läßt und die Relativität von Verfassungswidrigkeit deutlich macht.

In gewisser Weise wird sogar die Autorität des Gerichts als letztgültiger authentischer Verfassungsinterpret in Frage gestellt,²⁷⁴ und ein wenig vom Mythos des Gerichts verblaßt, der „Tempel des höchsten Wesens“ zu sein, wie *Gerd Roellecke* es in bezug auf sein Ansehen in der Öffentlichkeit bereits ironisch bezeichnet hat.²⁷⁵ Schließlich bildet es im Grunde genommen einen Fremdkörper im deutschen Recht, dem jegliche Personalisierung der Gerichte – ganz anders als etwa in den USA, wo Urteile namentlich verfaßt werden – fremd ist.²⁷⁶

Beispielhaft für diese Nachteile, die in Verbindung mit der Veröffentlichung des jeweiligen Abstimmungsergebnisses für die Einzelfragen erst wirklich zum Tragen kommen, können die Entscheidungen zu Sitzblockaden²⁷⁷ herangezogen werden. Hier wurde der Öffentlichkeit die Bedeutung eines einzelnen Richters und die Tatsache, daß der Wechsel einer einzelnen Richterstelle für die Entscheidung den Ausschlag geben kann, erst aufgrund der Sondervoten und der Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses bewußt.

3. Entscheidungsformulierung

Ganz erheblichen Protest haben in jüngster Zeit die Urteilsformulierungen des Bundesverfassungsgerichts hervorgerufen. An der Spitze steht der Kruzifix-Beschluß, bei dem zu allem Überfluß auch noch der Leitsatz so mißlungen war, daß Vizepräsident *Henschel* sich genötigt sah, ihn öffentlich zu korrigieren.²⁷⁸ Hauptpunkt der Kritik bildete aber die Wendung des „unter dem Kreuz“ als dem Ort, an dem die Schüler zu lernen hätten.²⁷⁹ Daher wurde mit guten Gründen behauptet, „in seiner Machart“ stehe die Entscheidung auf einem dem Bundesverfassungsgericht nicht angemessenen Niveau.²⁸⁰ Daß der Beschluß wohl anders formuliert worden wäre, wenn der Senat dessen Tragweite richtig eingeschätzt hätte, vermuten nicht nur Kritiker.²⁸¹ Auch Richter *Grimm* hat zugeben müssen, daß manches Mißverständnis, manche Entrüstung vermeidbar gewesen wäre.²⁸²

V. Ausblick

Hat das Bundesverfassungsgericht die derzeitige Situation erst einmal überstanden, so kann es sich noch keineswegs in Sicherheit wähen. Zum einen ist es vor einer erneuten Eskalation der

²⁷³ *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 25.

²⁷⁴ *Fromme*, Wie es euch gefällt, S. 117.

²⁷⁵ *Roellecke*, Ansehen, S. 48.

²⁷⁶ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 20 IV 2 d bb (1), S. 293.

²⁷⁷ BVerfGE 73, 206 (Mutlangen) sowie BVerfGE 76, 211 (Bastian): abgewiesen mit 4 zu 4 Stimmen – BVerfGE 92, 1: angenommen mit 5 zu 3 Stimmen.

²⁷⁸ Dazu *Flume*, Kruzifix-Urteil, NJW 1995, 2904.

²⁷⁹ Erstaunlicherweise hat exakt dieselbe Formulierung in einem früheren Urteil (BVerfGE 35, 366: Klage eines jüdischen Anwalts gegen Kruzifixe im Gerichtssaal) zu keinerlei Protesten geführt. Jedenfalls kann die Behauptung *Redekers* (Totalität, NJW 1995, 3369), daß damals „vorsichtig und zurückhaltend“ formuliert worden sei, in dieser Allgemeinheit nicht bestätigt werden.

²⁸⁰ *Sendler*, Verfassungsgerichtsschelte, NJW 1996, 825.

²⁸¹ *Redeker*, Totalität, NJW 1995, 3369.

²⁸² SZ vom 9./10.12.1995: Muß der Kanzler Truppen nach Bayern schicken? – Interview mit Richter *Dieter Grimm*.

Kritik nie gefeit; eine neue „politische“ Entscheidung, die in Politik wie Öffentlichkeit höchst umstritten ist, und schon steht das Gericht wiederum vor der kaum lösbaren Frage, wie ein Konflikt vermieden werden kann.

Zum anderen aber zeichnet sich das Ende einer nun 45jährigen Entwicklung ab, das entweder einen radikalen Schnitt erzwingt oder aber das Bundesverfassungsgericht als Institution der Verfassungswahrung zusammenbrechen läßt. Die Rede ist von der Überlastung durch unaufhörlichen Anstieg der Verfassungsbeschwerdeverfahren.

Das Ausmaß der Belastung wird deutlich, wenn man den ja so oft als Vorbild gepriesenen *US Supreme Court* zum Vergleich heranzieht: Das Bundesverfassungsgericht hat mit 16 Richtern und ungefähr 50 wissenschaftlichen Mitarbeitern jährlich knapp 5800 Fälle zu bearbeiten²⁸³, der *US Supreme Court* mit 9 Richtern und rund 20 Mitarbeitern nur ungefähr 150.²⁸⁴ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hat zu seiner Verabschiedung vom Amt des Verfassungsrichters ein rechnerisches Arbeitspensum von 47,5 Kammerfällen pro verbleibendem Arbeitstag nach Abzug der Bearbeitungszeit für alle außergewöhnlichen Sachen wie Senatsverfahren sowie Fällen, in denen der betreffende Richter Berichterstatter ist, ermittelt.²⁸⁵ Er empfiehlt daher nach Bedenken aller entgegenstehenden Gesichtspunkte ein freies Annahmeverfahren.

Daß die Überlastung des Gerichts auch für die Beschwerdeführer inzwischen untragbare Folgen hat, kann *Rüdiger Zuck* nachweisen: Die durchschnittliche Verfahrensdauer für gewöhnliche Verfassungsbeschwerden liege bei vier bis sechs Jahren.²⁸⁶ Dies gibt zu erheblichen Bedenken Anlaß im Hinblick auf das vom Bundesverfassungsgericht selbst ausgeformte Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 GG. Eine diese Sachlage rügende Klage gegen die Bundesregierung habe der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte soeben als zulässig angenommen.²⁸⁷

Angesichts dieser Situation scheint auch ein Verzicht auf den dem 3. Senat zugeschriebenen fortwährenden Versuch, Einzelfallgerechtigkeit in jedem Verfahren zu gewährleisten,²⁸⁸ nicht mehr auszureichen.

F. RESÜMEE

Befindet sich das Bundesverfassungsgericht nun in der Krise?

Dies hängt entscheidend vom Verständnis des Begriffs „Krise“ ab. Wirft man einen Blick in die Tageszeitungen und wissenschaftlichen Zeitschriften, schaltet man den Fernseher ein oder gerät unversehens in eine private Diskussion, so kann man zweifellos das Wort von der Krise des Bundesverfassungsgerichts oft genug lesen und hören. Eine solch allgemeine Diskussion des Gerichts durch die gesamte Bevölkerung kann nie allein durch Methoden, durch juristisch falsche Argumentation, durch dogmatische Unsauberkeiten hervorgerufen werden, die in der Regel nur von Juristen hinreichend beurteilt werden können. Die Gesellschaft wird nur dann erfaßt, wenn

²⁸³ Nach *Zuck*, Rechtsschutz-Verweigerungs-Gericht, FAZ vom 5.6.1996 und *Großfeld*, Götterdämmerung, NJW 1995, 1719.

²⁸⁴ Nach *Großfeld*, Götterdämmerung, NJW 1995, 1719.

²⁸⁵ *Böckenförde*, Kollaps, FAZ vom 24.5.1995; er selbst sagt dazu: „natürlich barer Unsinn“.

²⁸⁶ *Zuck*, Rechtsschutz-Verweigerungs-Gericht, FAZ vom 5.6.1996.

²⁸⁷ *Zuck*, Rechtsschutz-Verweigerungs-Gericht, FAZ vom 5.6.1996.

²⁸⁸ *Sendler*, Kammermusik II, NJW 1995, 3291, 3293.

schlicht das Entscheidungsergebnis für einen großen Teil nicht mehr akzeptabel oder die Begründung in wesentlichen Zügen nicht mehr verständlich ist. Ersteres traf sicherlich für den Sitzblockaden-Beschluß oder den Kruzifix-Beschluß zu, insbesondere letzteres für die beiden „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidungen. Hier ist das Bundesverfassungsgericht auf dem besten Weg, seine konsensbildende, wertebewahrende, integrierende Funktion zu verlieren. Insofern kann man von einer Krise des Bundesverfassungsgerichts sprechen.

Für eine weitergehende, längerfristig Geltung beanspruchende, weniger auf die empirisch feststellbare Rezeption in der Öffentlichkeit als deren Ursachen abstellende Bewertung kann dies allein jedoch nicht entscheidend sein. Mißverständnisse, Fehlinterpretation und dadurch bedingte Ablehnung von Kommunikationsinhalten müssen nicht immer vom Sender „verschuldet“ sein; sie können auch auf einem „falschen“ Verständnis des Empfängers beruhen. Während dies also unmittelbar eine Schuldzuweisung beinhalten würde, könnte ein anderer Grund darin liegen, daß Sender und Empfänger schlicht keine gemeinsame Kommunikationsebene mehr besitzen. Auch dann wären Mißverständnisse eine zwangsläufige Folge, und es wäre nach den Ursachen zu forschen. Doch Abhilfe könnte wohl nur langfristig geschaffen werden.

Eine solche umfassende Beurteilung bleibt letztlich immer eine persönliche Einschätzung, da sie nicht ohne eine inhaltliche Bewertung der einzelnen Entscheidungen auskommt. Genauso wenig wie sich diese rein deduktiv ohne jegliche Wertung aus der Verfassung ableiten lassen, kann sich eine Gesamtbetrachtung mit formalen, mathematisch exakt nachweisbaren Kriterien begnügen. In der juristischen Argumentation gibt es keine absolute Wahrheit, „richtig“ ist vielmehr das, was sich schlüssig und nachvollziehbar begründen läßt. Wer also die letzten sogenannten „Skandalurteile“ für richtig hält, kann konsequenterweise auch das Bundesverfassungsgericht nicht begründet in der Krise sehen.

Nichtsdestoweniger lassen sich aber auch für eine abschließende Bewertung der „Krise“ um das Bundesverfassungsgericht Kriterien finden.

Nicht leugnen läßt sich zweifellos, daß dem Gericht die richtige Einschätzung der Tragweite seiner Urteile in letzter Zeit teilweise abhandengekommen ist. Hier besteht ein großes Defizit an „Öffentlichkeitsarbeit“. Wenn beispielsweise der erste „Soldaten-sind-Mörder“-Beschuß von einer Kammer getroffen wurde oder der Kruzifix-Beschluß ohne mündliche Verhandlung, die vielleicht einen Teil der Diskussion bereits aufgefangen und das Gericht zu vorsichtigeren Formulierungen veranlaßt hätte, so ist die Form der Bedeutung nicht mehr angemessen. Das Bundesverfassungsgericht steht an der Spitze des Staates, es ist ein Verfassungsorgan wie der Bundestag, es hat für die Verfassungsentwicklung vielleicht größeren tatsächlichen Einfluß als der Gesetzgeber, es bestimmt maßgeblich den Wertewandel in der Gesellschaft mit, in deren Mitte es steht. Damit korrelieren muß ein Selbstverständnis des Gerichts, das akzeptieren sollte, daß auch die Entscheidungsfindung stärker in der Öffentlichkeit stattzufinden hat. Dies bedeutet nicht öffentliche Beratung oder Kameras bei der Urteilsverkündung, aber doch eine öffentliche mündliche Verhandlung oder einfach nur die Information, welche Verfahren eingegangen sind oder zur Entscheidung anstehen. Bisher waren solcherlei Tatsachen allenfalls und nur in eher seltenen Fällen den Fachzeitschriften zu entnehmen.

Die Gesellschaft sollte also nicht erst mit dem beschlossenen und verkündeten Urteil konfrontiert werden, sondern bereits während der oft mehrjährigen Verweildauer der Verfahren im Ge-

richt selbst die Gelegenheit haben, sich nicht nur eine eigene Meinung zu bilden, sondern bereits das Für und Wider jeglichen Urteils bedenken. Dies ist deutlich schwieriger, wenn die Entscheidung ohnehin bereits getroffen ist; dann baut sich eine Art natürliche Opposition auf, die eine rationale Abwägung oft unmöglich macht.

Doch selbst wenn ein entsprechender Wille da wäre, würde eine größere Öffentlichkeit vermutlich nicht zuletzt an der allgemeinen Überlastung des Gerichts scheitern, die es nicht mehr zuläßt, alle wesentlichen Fragen vom Senat nach mündlicher Verhandlung entscheiden zu lassen. Dies kann jedoch nicht als Entschuldigung akzeptiert werden. Die zu große Arbeitsbelastung der Richter ist selbst gewählt,²⁸⁹ dem Gericht wurde vom Gesetzgeber noch nie eine Gesetzesänderung zur Entlastung verweigert. Allein, es fehlt ihm am durchgreifenden Reformwillen oder an Einigkeit in dieser Frage.

Ein anderer Grund mag wohl in der langsam verlorengelenden gemeinsamen Kommunikationsebene liegen. Nicht nur der Sozialstaat, auch der Rechtsstaat greift um sich und erfaßt immer weitere Bereiche des öffentlichen und privaten Lebens, nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie den Vorbehalt des Gesetzes predigt, aber gleichermaßen durch das immer stärker ausgeprägte Rechtsbewußtsein des einzelnen. Damit einher geht eine notwendigerweise immer diffiziler werdende juristische Argumentation, die fortwährend mehr Regeln, mehr Ausnahmen, mehr Differenzierung erfordert, ohne daß in entsprechender Weise das juristische Verständnis der Betroffenen wächst.

Getreu der Weisheit, daß keine zwei Sachverhalte identisch sind, muß man auch keine zwei Sachverhalte gleich beurteilen und entscheiden. Die Frage ist aber doch, ob diese Ausdifferenzierung nicht auch eine Grenze haben muß. Irgendwann ist der Punkt erreicht, wo viele Seiten der Begründung erforderlich sind, um sie einem Juristen verständlich zu machen. Und dann wird verlangt, daß sie auch ohne Kenntnis der juristischen Methoden akzeptiert werden soll. Hier ist die Grenze dessen, was sich noch vermitteln läßt, inzwischen erreicht.

Schließlich bleibt der Inhalt der Urteile selbst. Letztlich wird entscheidend sein, wie sehr man sich selbst negativ oder positiv betroffen fühlt und wie viel Bedeutung für das Gemeinwesen man der Entscheidung zumißt. Hier ist wohl guten Gewissens die Ansicht vertretbar, daß jedenfalls der Sitzblockaden-Beschluß und die „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidungen für die Gesellschaft, für die Umgangsformen miteinander und für die Verhältnismäßigkeit der Mittel im öffentlichen Meinungskampf von weiterreichender Bedeutung sind, als dies bereits jetzt erkennbar wird. Auch die Bodenreform-Urteile können bei den einzelnen Betroffenen Zweifel an Gerechtigkeit, Gleichheit und Rechtsstaat im allgemeinen zu wecken Anlaß geben.

Soweit man überhaupt von einem gesellschaftlichen Grundkonsens sprechen kann²⁹⁰, ist er nicht gottgegeben. Wird er nicht ständig aufs Neue erarbeitet, so geht er verloren. Diese Gefahr besteht um so intensiver, je pluralistischer die Gesellschaft wird, je individualistischer sich der einzelne gibt, je weniger Toleranz gegenüber Minderheiten und auch Akzeptanz der Mehrheitsauffassungen er zeigt.

²⁸⁹ Und gewollt, um die eigene Unentbehrlichkeit zu demonstrieren, wie *Roellecke*, Ansehen, S. 37, unterstellt.

²⁹⁰ *Roellecke*, Diskussionsbeitrag in *Schäfer/Roellecke*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 81 verneint ihn hingegen grundsätzlich.

Es ist Aufgabe aller staatlichen Institutionen, diesen Konsens immer wieder zu suchen. Das demokratische Prinzip bedarf der ständigen Übereinstimmung zumindest einer Mehrheit, um funktionieren zu können. Das Recht hingegen, so es denn als Gesetz verabschiedet ist, bedarf ihrer nicht, wenigstens nicht kurzfristig. Es kann gemeinschaftsstiftend wirken, genauso aber geht von ihm latent eine ständige Bedrohung aus, wenn es sich selbst über die Welt erhebt, zu deren Nutzen es besteht. „Fiat ius, pereat mundus“ – dazu darf es nicht kommen.

Doch ebenso wie die Staatsorgane ist jeder einzelne gefordert. Die Konsensbildung kann man nicht einem irrealen Wesen namens „Gesellschaft“ zuschieben, denn diese ist nur die Summe ihrer Glieder. Die Grenzen des einzelnen setzt nicht nur das Recht. Wer seine vermeintliche Freiheit stets bis zu dieser Grenze auslotet, der braucht ob der „totalen Juridifizierung des Lebens“²⁹¹ nicht bestürzt zu sein, der darf nicht die Gerichte schelten, daß sie sich der ihnen zugewiesenen Aufgabe nicht entzogen, die von ihnen verlangte Antwort nicht verweigert haben.

Die Justiz und mit ihr das Bundesverfassungsgericht nimmt sich nicht die Macht, sie wird ihr aufgedrängt. Ebenso wichtig wie „*judicial self-restraint*“ sind „*political self-restraint*“ und vielleicht „*individual self-restraint*“.

Das Bundesverfassungsgericht befindet sich in der Krise.
Aber alle haben dazu beigetragen.

²⁹¹ Redeker, Totalität, NJW 1995, 3370.

Die neue Zusammensetzung des Zweiten Senats

Vorsitzende (zugleich Präsidentin des Gerichts):

Limbach, Jutta

vorher: Professorin für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtssoziologie; Justizsenatorin von Berlin
gewählt auf Vorschlag der SPD
Mitglied der SPD
Amtszeit bis 31. März 2002

Richter:

Graßhoff, Karin

vorher: Richterin am Bundesgerichtshof
gewählt auf Vorschlag der SPD
parteilos
Amtszeit bis 8. Oktober 1998

Kruis, Konrad

vorher: Ministerialdirigent in der Bayerischen Staatskanzlei, Leiter der Rechtsabteilung
gewählt auf Vorschlag der Union
Mitglied der CSU
Amtszeit bis 15. November 1999

Kirchhoff, Paul

vorher: Professor des öffentlichen Rechts
gewählt auf Vorschlag der Union
parteilos
Amtszeit bis 15. November 1999

Winter, Klaus

vorher: Richter am Bundesgerichtshof
gewählt auf Vorschlag der Union
Mitglied der CDU
Amtszeit bis 28. November 2001

Sommer, Bertold

vorher: Richter am Bundesverwaltungsgericht
gewählt auf Vorschlag der SPD
Mitglied der SPD
Amtszeit bis 31. Juli 2003

Hassemer, Winfried

vorher: Professor für Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Strafrecht und Strafverfahrensrecht; Hessischer Datenschutzbeauftragter
gewählt auf Vorschlag der SPD
parteilos
Amtszeit bis 28. Februar 2008

Jentsch, Hans-Joachim

vorher: Bundestagsabgeordneter; Landtagsabgeordneter in Hessen; Oberbürgermeister von Wiesbaden; Justizminister in Thüringen; Rechtsanwalt
Mitglied der CDU
Amtszeit bis 30. September 2005

Der Erste Senat (seit Oktober 1995)

Vorsitzender (zugleich Vizepräsident des Gerichts):

Seidl, Otto

vorher: Richter am Bundesgerichtshof
gewählt auf Vorschlag der Union
parteilos
Amtszeit bis 10. Juni 1998

Richter:

Grimm, Dieter

vorher: Professor des öffentlichen Rechts
gewählt auf Vorschlag der SPD
parteilos
Amtszeit bis 16. Juli 1999

Kühling, Jürgen

vorher: Richter am Bundesverwaltungsgericht
gewählt auf Vorschlag der SPD
Amtszeit bis 12. Juli 2001

Seibert, Helga

vorher: Ministerialrätin im Bundesministerium der Justiz
gewählt auf Vorschlag der SPD
Mitglied der SPD
Amtszeit bis 28. November 2001

Jaeger, Renate

vorher: Richterin am Bundessozialgericht
gewählt auf Vorschlag der SPD
Mitglied der SPD
Amtszeit bis 24. März 2006

Haas, Evelyn

vorher: Richterin am Bundesverwaltungsgericht
gewählt auf Vorschlag der CDU
Mitglied der CDU
Amtszeit bis 12. September 2006

Hömig, Dieter

vorher: Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht
gewählt auf Vorschlag der FDP
parteilos
Amtszeit bis 31. März 2006

Steiner, Udo

vorher: Professor des öffentlichen Rechts
gewählt auf Vorschlag der Union
parteilos
Amtszeit bis 30. September 2007

<hr/> A Abdankung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsschutzorgan, 14 Abstimmungsquorum, 8 Adenauer, 4, 5, 6 Adenauers, 6 Aggregatzustände, Recht und Politik als verschiedene, 15 Allgemeinwohl, 16 alliierte Mörder-Organisationen, 11 Angstklausel, 23 Apellentscheidung, 28 Appellationsgericht, 18 Arbeiterproteste, 5 Arndt, 4 Arschlöcher, 1 Asylrecht, 13 Asylurteil, 13, 27 Auflösung des Bundestag, 9 Ausschluß der Öffentlichkeit, 7 Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, 26 Austrägalverfahren, 18 authentischen Interpretation, 5 AWACS-Entscheidung, 24	Drittstaaten-Regelung, 13 dynamisch-irrationale Elemente, 15	Interpretationsmonopol, 26
<hr/> B Befangenheitsantrag, 7 Belastung des Bundesverfassungsgerichts, 35 Benda, 9, 32 Beratungspflicht, 10 Bindungswirkung, 29 Böckenförde, 10, 35 Bodenreform-Entscheidungen, 12 Bodenreform-Urteile, 37 Bombenanschlag, 8 Brandt, 6 Bundesrat, 19 Bundesschiedsgericht, 18 Bundestagsauflösung, 9 Bundesversammlung, 18, 19 Bundeswehr, 12	<hr/> E Ehreneklärung für das Bundesverfassungsgericht, 5 Ehrschutz, 11 Eingriffsintensität, 30 Einheitswert-Beschlüsse, 29 Einschätzungsprärogative, 13 Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, 10 Einzelfallgerechtigkeit, 35 Enteignungsentscheidungen, 12 Entscheidungsformulierung, 34 EVG-Affäre, 6 EVG-Vertrag, 3 Evidenz des Verstoßes, 30 Evidenzkontrolle, 27	<hr/> J jakobinischer Trugschluß, 20 judicial self-restraint, 24, 25, 38 Juridifizierung des Lebens, 38
<hr/> C Castor-Transport, 11 checks and balances, 19, 20 cordon sanitaire, 13	<hr/> F Farthmann, 9 favor legis, 28 Feierlichen Gelöbnisses, 12 Fernsehstreit, 6 Fernseh-Urteil, 6 Flughafen-Regelung, 13	<hr/> K Kammerentscheidungen, 33 Karlsruher Enzyklika, 1, 8 Karlsruher Götterrat, 1 Kompetenzkompetenz, 23 Kontrolldichte, 24, 27 Kruzifix-Beschluß, 1, 12, 34, 36 KSZE-Verhandlungen, 7 Kunstfehler, 1
<hr/> D Däubler-Gmelin, 32 Dehler, 3, 5 demokratieangemessene Rolle, 8 Deutscher Bund, 18 Deutsches Kaiserreich, 19 Deutschland-Fernseh-GmbH, 6 Diätenurteil, 8, 29 Diskurs, öffentlicher, 16 Dritter Senat, 32, 35	<hr/> G Gemeinsame Senate, 31 Gewalt, 11 Gewaltbegriff, 10 Gewaltenverschränkung, 2 Gorbatschow, 13 Grenzen, funktionelle der Verfassungsgerichtsbarkeit, 25 Grenzüberschreitungen, 7 Grimm, 34 Grundlagenvertrag, 6 Grundrechtsbeeinträchtigungsgesetz, 8 Grundrechtssenat, 4 Gutachtenantrag, 4	<hr/> L Leibholz, 2, 14, 15 lex Bundeswehr, 12
<hr/> E Ehreneklärung für das Bundesverfassungsgericht, 5 Ehrschutz, 11 Eingriffsintensität, 30 Einheitswert-Beschlüsse, 29 Einschätzungsprärogative, 13 Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, 10 Einzelfallgerechtigkeit, 35 Enteignungsentscheidungen, 12 Entscheidungsformulierung, 34 EVG-Affäre, 6 EVG-Vertrag, 3 Evidenz des Verstoßes, 30 Evidenzkontrolle, 27	<hr/> H Haushaltskompetenz, 3 Haushaltsüberschreitung, 8 Henschel, 34 Herr der Verfassung, 9 Herrgotts Kanzlei, 8 Hesse, 24 Heuss, 4, 5 Hirsch, 8, 9 Hochschulurteil, 8 Höpker-Aschoff, 5 Hüter der Verfassung, 9, 21	<hr/> M Mahnwachen, 11 Methoden, Recht und Politik als verschiedenartige, 16 Methodenwahl, 24 Mitbestimmungsgesetz, 9 Mock, 15 Montesquieu, 19 Müller, 6
<hr/> F Farthmann, 9 favor legis, 28 Feierlichen Gelöbnisses, 12 Fernsehstreit, 6 Fernseh-Urteil, 6 Flughafen-Regelung, 13	<hr/> I individual self-restraint, 38 Interpretationsmethode, 25	<hr/> N Nationalsozialismus, 21 Nichtanerkennung der DDR, 7 Nötigung, 10 Notkompetenz, 31 Novelle des BVerfGG, 8 nullum, 1, 5
<hr/> G Gemeinsame Senate, 31 Gewalt, 11 Gewaltbegriff, 10 Gewaltenverschränkung, 2 Gorbatschow, 13 Grenzen, funktionelle der Verfassungsgerichtsbarkeit, 25 Grenzüberschreitungen, 7 Grimm, 34 Grundlagenvertrag, 6 Grundrechtsbeeinträchtigungsgesetz, 8 Grundrechtssenat, 4 Gutachtenantrag, 4	<hr/> O Obergesetzgeber, 8 obiter dicta, 28, 29 offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, 26 Öffentlichkeitsarbeit, 8, 36 Öffentlichkeitsrückkoppelung, 33 Ostpolitik, 1	<hr/> P Parteifähigkeit, 19 Paulskirchenverfassung, 18, 19 Philippi, 27 Plenum, 3, 4 political question, 23 political question doctrine, 23, 24 political self-restraint, 38 politische Richter, 31 politische Zwängen, 27 politischer Prozeß, 16

Politisierung des Bundesverfassungsgerichts, 32
Postkartenurteil, 8, 27
präsidiale Notverordnungen, 19
Prognoseentscheidungen, 27
Prognosespielraum, 27
Prüfungsgrundsätze, 24
Prüfungsmaßstab, 25

R

Rabulistik, 13
Radikalenbeschluß, 8
Reformakte des Deutschen Bundes, 18
Reformgesetzgebung, 8
Reformverhinderungsgericht, 8
regierungsfromme Argumentation, 13
Religionsfreiheit, 12
Restitutionsverbot, 13
revolutionäre Frauengruppe, 8
Richterwahlen, 31
Richterwahlnovelle, 6
Roellecke, 34
roter Senat, 4
Rupp-von Brüneck, 8

S

salvatorische Klausel, 23
Schewardnadse, 13
Schmidt, 8, 9
Schmitt, 19
Schnittpunkt von Politik und Recht, 14
Schwangerschaftsurteil, 8, 10, 27
schwarzer Senat, 7
Selbstbeschränkung, 25
Selbstermächtigung, 25
senat
– Grundrechtssenat, 4

– sog. Dritter, 32, 35
– sog. roter, 4
– sog. schwarzer, 7
– Staatsrechtssenat, 6
Senatsgröße, 6
sicherer Herkunftsstaaten, 13
Simon, 8
Sittenwächter der Nation, 1
Sitzblockaden-Beschluß, 10, 12, 36, 37
Sitzblockaden-Entscheidung, 34
Skandalurteile, 36
Smend, 16
Soldaten sind Mörder, 11
Soldaten-sind-Mörder-Entscheidungen, 33, 36, 37
Sondervotum, 8, 24, 33
Spannungsverhältnis zwischen Recht und Politik, 15
spezifisches Verfassungsrecht, 30
Staatsgerichtshof, 19
statisch-rationale Elemente, 15
Status-Streit, 3, 21
Strauß, 7
Superrevisionsinstanz, 10, 11, 30
suprema potestas, 20

T

Textänderungsgebot, 5
Thoma, 3
Treffsicherheit von Prognosen, 27
Tucholsky, 11

U

Übergesetzgeber, 1
UNO-Beitritt, 7
US Supreme Court, 17, 23, 30, 35
Usurpation evidenter Aufgaben des Gesetzgebers, 14, 22

V

Verbindlich von Urteilen, 7
Verfahrensbeschleunigung als Verfassungsgrundsatz, 13
Verfahrensdauer, 35
verfassungskonforme Auslegung, 28, 29
Verfassungstreue der Karlsruher Richter, 1
Vermittelbarkeit von Urteilen, 11, 37
Verrechtlichung der Verfassung, 19
Vertragsgesetz, 4
Vertretbarkeitskontrolle, 27
Vetter, 9
Vierte Gewalt, 22
Volksgerichtshof, 11
Vorschlagsrecht, 6

W

Wahlmodus, 6
Wahlverfahren, 32
Wechselwirkungslehre, 11, 26
Weimarer Reichsverfassung, 19
Weimarer Republik, 19, 21
Wertordnung, 26
Wertsystem, 27
Wertsystem der Verfassung, 15
Westbindung, 3
Wiederbewaffnung, 3
Wiedervereinigung, 3
Wiedervereinigungsgebot, 7
wissenschaftliche Mitarbeiter, 32

Z

Zuck, 35
Zuständigkeitsregelung, 4