

VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT ZWISCHEN RECHT UND POLITIK

Von

Prof. Dr. KLAUS STERN

Rechtsfakultaet der Universitaet zu Köln

I.

“Aber die Rechtspflege tritt ganz - aus ihrer Natur, wenn Staatsgewalt ihr Gegenstand werden soll, weil hiermit sie, die wesentlich nur ein Teil des Staates ist, über das Ganze gesetzt würde...”. Dieses Zitat Hegels aus seinem 1802 erschienenen Werk “Die Verfassung Deutschlands” zeigt trefflich die prinzipiellen Einwände auf, mit denen sich die Verfassungsgerichtsbarkeit¹ seit jeher auseinandersetzen hatte. In moderner Form findet solche Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit folgenden Ausdruck: Gerichten sei es wesensfremd, über die Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Regierungsakten zu urteilen; denn darin läge eine Juridifizierung der Politik und eine Politisierung der Justiz, bei denen beide nichts zu gewinnen, wohl aber alles zu verlieren hätten². In dieser Grundhaltung fanden sich berühmte Namen der Staatstheorie wie der

1) Die Literaturangaben können das Thema Verfassungsgerichtsbarkeit nicht erschöpfen. Bis 1976 bringt die und der Länder, Bd. II, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes eine vollständige Wiedergabe. Zur neuesten Literatur vgl. den in diesem Jahr erscheinenden Band II meines “Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, §§ 32 und 44.

2) Diese Formulierung geht auf F. GUIZOT, Des conspirations et de la justice politique, 1846, S. 101, zurück; C. SCHMITT hat sie mehrfach aufgegriffen (vgl. Verfassungslehre, 1965 (Nachdruck der 1. Aufl., 1928), S. 119; Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 63 ff. (98)).

Staatspraxis, die sonst durchaus verschiedenen Ideen nachhingen, zusammen.

Demgegenüber lässt gerade die ideengeschichtliche Entwicklung des Staatsrechts im Alten Deutschen Reich im besonderen Masse ein Vertrauen in die Gerichtsbarkeit erkennen, in der allein man die verfassungsmässigen Rechte wohl aufgehoben sah. Der Deutsche hielt es nicht für ein Unding, mit der öffentlichen Gewalt, und wäre es die höchste, um sein Recht Prozess zu führen, meinte *H. Triepel*³. Diesem Ziel war man sehr nahe, als der Entwurf einer RV 1849 ein Reichsgericht mit umfassender Zuständigkeit vorsah, dessen Aufgabe es war, ein Hort des Rechts zu sein und die Verfassung auch gegen die Allgewalt parlamentarischer Majoritäten zu schützen⁴. Kaum verwunderlich konnte Triepel sogar eine Anschauung im deutschen Recht registrieren, die im Richteramt den Kern aller obrigkeitlichen Gewalt sah⁵. Richtertum erweist sich danach als älter als Demokratie und Parlament, ebenso alt wie das Recht⁶. Die deutsche Tradition unterschied sich dabei wesentlich von der französisch-englischen, in der sich das Parlament — ursprünglich in Frankreich ein Gericht — von seiner Gerichtsqualität entfernte und zu einem Repräsentativorgan umbildete.

Gewiss wäre es verfehlt, von den alten Reichsgerichten zu dem heutigen Bundesverfassungsgericht eine ungebrochene Entwicklungslinie zeichnen zu wollen. Denn zu viele Exemtionen gab es damals gerade in dem Bereich, der den "politischen" Teil der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit ausmachte. Worum es mir geht, ist hervorzuheben, dass die Gerichtsbarkeit in der Wahrung höchster Rechte im deutschen Rechtskreis stets eine herausragende Stellung innehatte. Im Stile dieser Tradition sprachen sich dann auch die Federalist

3) VVDStRL Heft 5 (1929), S. 2 (10).

4) Vgl. das bei H.J. FALLER wiedergegebene Zitat aus dem Bericht des Verfassungsausschusses (in: Festgabe W. Geiger, 1974, S. 827 (855)).

5) Die Reichsaufsicht, 1917, S. 17. Dementsprechend wurde *jurisdictio* lange als das umfassende Hoheitsrecht verstanden (R. THOMA, HdbDStR Bd. II, 1932, S. 129).

6) Vgl. H. HUBER, *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971, S. 435; W. SCHÖNFELD, *Der Traum des positiven Rechts*, AcP 135 (1932), S. 24.

Papers, namentlich durch Alexander Hamilton⁷, im Bruch mit den Vorstellungen des englischen Mutterlandes für eine starke Gerichtsbarkeit aus, die den Vorrang der Verfassung vor den Gesetzen zu sichern hatte.

Forscht man den Wurzeln der Verfassungsgerichtsbarkeit nach, so darf ihre zweite Komponente nicht vergessen werden; sie entstammt dem bundesstaatlichen Prinzip. *Hans Kelsen* sah in der Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt erst die rechtliche Vollendung der politischen Idee des Föderalismus⁸. War es im Deutschen Bund von 1815 nur eine Art Schiedsgerichtsbarkeit, die Austrägalgerichtsbarkeit, die zwischen den Gliedern des Bundes zu entscheiden hatte, so musste ein konsequent gedachter Bundesstaat, zu dem sich (souveräne) Staaten unter einer Gesamtverfassung vereinigten, eine Instanz finden, die beider Kompetenzen und die Einhaltung der Verfassung überwachen konnte, ohne Partei zu sein⁹. Mit diesem Ziel setzte der RV-Entwurf von 1849 in § 126, die Schweiz und Österreich eine Gerichtsbarkeit ein. Indes, ähnlich wie der Absolutismus der souveränen Landesherrn der alten Gerichtsbarkeit des Reiches Einhalt gebot, war es 1871 im deutschen Bundesstaat die politische Kraft und Hegemonierolle Preussens, die föderale Streitigkeiten nicht einem Gericht anvertrauen mochte, sondern der politischen Auseinandersetzung im Bundesrat. Die verfassungsgerichtlichen Vorläufer auf der Reichsebene, nicht auf der Landesebene, fanden so ihr Ende.

Die Weimarer Reichsverfassung brachte in Form der Reichsstaatsgerichtsbarkeit eine Wiederanknüpfung an die Paulskirchenverfassung und die Staatsgerichtsbarkeit der Länderverfassungen¹⁰. Aber sie enthielt empfindliche verfassungsgerichtliche Lücken:

7) Nr. 78; A. de TOCQUEVILLE, aaO, S. 111 ff.

8) VVDStRL Heft 5 (1929), S. 30 (81).

9) Klar und weitblickend erkannt von W. von HUMBOLDT in seinen Entwürfen für eine Bundesverfassung an den Wiener Kongress: "dass, wenn es der künftigen Verfassung an einem Bundesgericht fehlt, man nie wird die Überzeugung aufheben können, dass dem Rechtsgebäude in Deutschland der letzte und notwendigste Schlussstein mangle" (vgl. J.L. KLÜBER, Akten, des Wiener Kongresses II, S. 6).

10) Zur Staatsgerichtsbarkeit der deutschen Länder vgl. *meine Ver-*

- Keine Verfassungsbeschwerde des Bürgers gegen Hoheitsakte im Falle der Verletzung verfassungsmässiger Rechte;
- Keine Organstreitigkeiten zwischen Reichsorganen;
- Keine Konzentrierung der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen beim RStGH.
- Keine Überprüfung völkerrechtlicher Verträge.

Eine dritte, eher neuere Komponente, die ebenfalls zur Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gedrängt hat, ist der jeweiligen Verfassung. Eine rechtlich weit ausgreifende eoder tief in das Rechtsleben eindringende Verfassung, wie die deutsche des Jahres 1949, musste ohne das Ventil judikativer Rechtsfortbildung allzu häufig zu Verfassungsänderungen greifen. Die Väter des Grundgesetzes mochten diesen Gedanken freilich mehr geahnt als bewusst ausgesprochen haben. Er ist heute sicher einer der wirkungsträchtigen für die Stabilität unserer gesamten Verfassungsordnung¹¹. Zugleich scheint er mir, worauf ich jedoch nur als Merkposten eingehen kann, ein Widerstandsrecht weithin gegenstandslos zu machen - ein Zusammenhang, der bei Einfügung des Art. 20 Abs. 4 in das Grundgesetz 1968 nicht deutlich genug gesehen wurde¹².

II.

Bereits diese kurzen Hinweise auf Motive und Entwicklungsgang lassen aufleuchten, wie sehr sich die Frage nach der Richtigkeit der Einsetzung und der Reichweite der Kontrollkompetenz der Verfassungsgerichtsbarkeit wie ein roter Faden durch diese Institution zieht. Die Antwort darauf ist immer zugleich auch eine Aussage über Bedeutung und Sanktion einer Verfassung. Insofern gilt

fassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, 1978, Einführung, S. XXXIV ff.; s.a. E. FRIESENHAHN, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 748 ff.; P. HÄBERLE (Hrsg) Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S.

11) Er bedarf noch eingehender Durchleuchtung; vgl. bes. P. HÄBERLE, ZSchwR 1978, 1 ff.; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, aaO; W.R. SCHENKE, AöR Bd. 103 (1978), S. 566 ff.; W. FIEDLER, JZ 1979, 417 ff.

12) Vgl. dazu näher mein Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 57.

die Feststellung des Schweizers W. Kägi : "Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit, und ich sage Dir, was für einen Verfassungsbegriff Du hast"¹³. Sehe ich es nach einem über 30 jährigen Bestand der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Nachkriegszeit richtig, so ist diese Feststellung einer Ergänzung bedürftig: Die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit determiniert nicht nur den Verfassungscharakter, sondern sie ist mehr noch Ausdruck eines ganz bestimmten Staatsverständnisses und des Verhältnisses der staatlichen Institutionen zueinander und zum Bürger. Das Thema Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher sowohl eine zentrale Frage des *positiven* Staatsrechts, zugleich aber auch ein fundamentaler Bestandteil einer neu zu konzipierenden Theorie des modernen Verfassungsstaates freiheitlich-demokratischer Prägung und seiner Wirkungsweise; denn durch ein Verfassungsgericht mit umfassender Zuständigkeit, also einer Einrichtung der rechtsprechenden Gewalt, wird Gerichtsbarkeit in einer Weise in den staatlichen Willensbildungsprozess einbezogen wie nie zuvor in der deutschen Geschichte, was niemand deutlicher als einer der schärfsten Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit, C. Schmitt, erkannt hatte¹⁴. Die Dritte Gewalt ist wirkliche Staatsgewalt, *pouvoir*, geworden¹⁵. Der aufmerksame Beobachter des politischen Geschehens hat diesen Aspekt angeichts per politischen Resonanz vieler Urteile des Bundesverfassungsgerichts längst registriert und allenfalls in kurzen Epochen der amerikanischen Verfassungsgeschichte vergleichbares festgestellt. Verfassungsgerichtsbarkeit ist jedenfalls in der Bundesrepublik De-

13) Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, 1945, S. 147 FN 65. Ausgangspunkt jeder Erörterung über die Verfassungsgerichtsbarkeit muss notwendigerweise die Verfassung sein (Z. GIACOMETTI, Die Verfassung des Schweizer Bundesgerichts, 1933, S. 1). Diesen Ansatz hat neuerdings auch P. HÄBERLE wieder herausgearbeitet (Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 438 ff.). Sein Verfassungsbegriff im Stile eines *contrat constitutionnel* nach Art eines modernen Gesellschafts- und Generationenvertrags muss das Verfassungsgericht freilich in eine weitergehende Funktion drängen.

14) Verfassungsrechtliche Aufsätze, aaO, S. 97 f.

15) Vgl. demgegenüber noch die Definition von ROTTECK, in: ROTTECK - WELCKER, Staatslexikon, 2. Aufl., 1874, Artikel: Justis.

utschland neben Rechtsetzung, Regierung und Verwaltung zu einem ordnungsprägenden Faktor des staatlichen Lebens geworden¹⁶. Im Sinne *Smends* ist sie ein "Integrationsfaktor" geworden. Bei etwas geringeren Kompetenzen ist diese Feststellung für den österreichischen¹⁷ — auch nach der Kompetenzerweiterung von 1975 — und den italienischen Verfassungsgerichtshof¹⁸, der keine Verfassungsbeschwerde kennt, nicht gleichermassen evident. Doch ist allen drei gemeinsam, dass das offenkundige Versagen des Parlaments oder des Staatsoberhauptes als Hüter der Verfassung den Anstoß gab, eine Institution der Dritten Gewalt für eine Garantie der Verfassung zu aktivieren oder zu reaktivieren. So entschieden zu haben, war eine freie politische Entscheidung des Verfassungsgebers, die anderswo nicht in gleicher Weise getroffen worden ist. Doch wird sichtbar, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nach deutschem Muster in Europa im Vordringen begriffen ist: Türkei¹⁹, Jugoslawien²⁰,

16) Unter dieses Thema hatte ich meinen unveröffentlichten Münchener Habilitationsvortrag vom Juli 1961 gestellt. R. SMEND selbst hat dies für die Justiz der Weimarer Reichsverfassung in Abrede gestellt (Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 208 f.), wohl aber die Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Grundgesetz bejaht (Das Bundesverfassungsgericht, aaO, S. 581 ff. (593)). Für verfehlt halte ich es, unter den Faktoren "einen artbestimmenden" herauszusuchen (so C. SCHMITT, aaO, S. 98 f.) und dann einen Gesetzes-, Verwaltungs- und Jurisdiktionsstaat zu charakterisieren. Der Staat der Gegenwart bedarf aller drei "Kernsubstanzen" zu seiner politischen und sozialen Existenz. Bemerkenswerterweise beginnt LAURENCE H. TRIBE die Darstellung der drei Gewalten im amerikanischen Verfassungsrecht mit dem Federal Judicial Power (American Constitutional Law, 1978, S. 20 ff.), der umfangreicher dargestellt ist als die beiden anderen Gewalten.

17) Vgl. K. WENGER, Gedanken zur Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, Heft 13, 1978.

18) Zu ihm vgl. die ständigen Berichte in den Jahrbüchern des öffentlichen Rechts, zuletzt Bd. 18, S. 227 ff. und neuestens Th. RITTERSPACH, AöR 104 (1979), S. 137 ff.

19) Zuletzt S. ARMAĞAN, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 1979, S. 555 ff.

20) Nach Art. 4 Abs. 3 Gesetz über das Verfassungsgericht vom 24.12.1963 kann dieses sogar Verfassungsmässigkeitsprüfungen

Spanien und die Schweizer Verfassungsentwürfe²¹; nicht zuletzt gibt es auch in Frankreich deutliche Zeichen für eine solche Entwicklung²². Man kann eine solche Entscheidung für politisch unklug halten — aber wenn sie einmal getroffen ist, kann man nicht ihre Konsequenzen ignorieren oder diskreditieren. Auch Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit können nicht leugnen, dass vieles dafür spricht, unabhängige und parteipolitisch neutrale Institutionen, wie es Verfassungsgerichte sein müssen, zur Wahrung der Verfassung einzusetzen; denn bei der Durchsetzung der Verfassung geht es um Recht und vor allen Dingen um Recht, das höchsten Ranges ienieden ist und nur von einer qualifizierten Mehrheit abgeändert werden darf, wenn ich einmal die Unantastbarkeit nach Art. 79 Abs. 3 GG unerwähnt lasse²³. Die Entscheidung zu Gunsten einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit hat jedenfalls eine Wende in der Behandlung von Verfassungsfragen eingeleitet, der Verfassungsstaatlichkeit eine neue Dimension eröffnet, ihr eine neue Qualität gegeben. Der letzte und tiefste Grund für diese Entscheidung liegt wohl darin, dass das Vertrauen in den Staat geringer, das in das Recht grösser geworden ist. Notwendigerweise müssen daher die rechtsbewahrenden Institutionen in den Vordergrund treten.

III.

Die Entscheidung für ein Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung ist im Parlamentarischen Rat *bewusst* getroffen worden. Sie war bereits im Entwurf des Herrenchiemseer Verfassungskonvents

auf Grund eigener Initiative einleiten. Darin dürfte eine Singularität liegen, die mit dem Sinn und Zweck der richterlichen Tätigkeit nicht vereinbar ist. Gerichte sollten nur auf Antrag tätig werden. Dies gilt nach für einstw. Anordnungen, die stets —wenn sie nicht gesondert beantragt werden— ein anhängiges Verfahren voraussetzen (a.A. W. GEIGER, Kommentar zum BVerfGG, S. 120).

21) Sehr deutlich für eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit H. HUBER, NZZ 1979, Fernausgabe Nr. 261; vgl. auch K. EICHENBERGER, Festschrift W. Kägi, 1979, S. 79 (83 Fn. 11).

22) Vgl. Chr. AUTEXIER, Der Staat Bd. 15 (1976), S. 89 ff.

23) Vgl. dazu K. STERN, Staatsrecht Bd. I, § 5 IV, S. 134 ff.; ebenda auch zur Bindung von vorverfassungsrechtlichem Recht.

klar vorgezeichnet. Der Rechtspflegeausschuss des Parlamentarischen Rates war in dieser Grundsatzfrage einig; Diskussionen gab es lediglich in Detailfragen²⁴. Dieser Feststellung bedarf es, um die mitunter gebrauchte Legende zu widerlegen, das Bundesverfassungsgericht habe durch eine ausgreifende Rechtsprechung seine weitreichende Kompetenz erst Schritt für Schritt usurpiert und sich nunmehr selbst, wie ein jüngstes Sondervotum meint, sogar zur "Verfassungsgesetzgebungsinstanz" entwickelt" und damit "zum (unkontrollierbaren) 'Herrn' der Verfassung"²⁵. Es besteht Anlass daran zu erinnern, dass im Parlamentarischen Rat Vertreter aller Parteien die Institution eines Verfassungsgerichtshofs als "Hüter der Verfassung" mit Normenüberprüfungs- und Kompetenzabgrenzungsbefugnis verlangten²⁶. Von niemandem angezweifelt fiel der Satz: "Entweder wird das *Recht* tatsächlich als die *Grundlage der menschlichen Gesellschaft* anerkannt und dann auch mit den notwendigen Garantien zu seiner Verwirklichung ausgestattet. Oder aber die politische Zweckmäßigkeit wird zum höchsten Prinzip erhoben, was dann wieder zu den gefährlichen Grunddogmen einer vergangenen Epoche hinführen würde, wonach eben Recht ist, was dem Volke oder der Regierung oder dem Staate nutzt"²⁷. Dieses Bekenntnis ist Ausdruck der verfassunggebenden Gewalt des Volkes. An diese zu erinnern, hielt das Bundesverfassungsgericht im Kalkar-Beschluss für angebracht²⁸.

24) JöR Bd. 1, S. 673; H. LAUFER, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, 1968, S. 38 ff., 57 ff.; W.R. SCHENKE, NJW 1979, 1321.

25) M. HIRSCH, EuGRZ 1978, 182; ein Wort, das im übrigen auf C. SCHMITT zurückgeht (Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., 1969, S. 53).

26) Vgl. SÜSTERHENN, Parlamentarischer Rat, S. 25; MENZEL, S. 31 f. Eine Ausnahme machte nur der Vertreter der KPD. An diesen Befund erinnerte H.J. VOGEL jüngst (DÖV 1978, 666).

27) Stenogr. Berichte, S. 25 r.; Hervorhebung nicht im Original, H. QUARITSCH hat jüngst formuliert: "Das Verfassungsgericht ist ein vom Volkssouverän eingesetztes Organ von Spezialisten, das die Generalisten der anderen eingesetzten Organe auf Innehaltung des allgemeinen Handlungsrahmens der Verfassung kontrollieren soll, ein Gedanke, mit dem ja schon der Supreme Court in *Marbury v. Madison* seine richterliche Kontrollzuständigkeit begründete" (Der Staat Bd. 17 (1978), S. 428).

28) BVerfGE 49, 89 (125).

Dessen Entscheidung sollte gerade von denen respektiert werden, die immer wieder einen der *pouvoirs constitués*, meist das Parlament, mit seiner angeblich unbeschränkten und unbeschränkbar Souveränität gegen das Verfassungsgericht ins Feld führen. Die Bedeutung dieser verfassungsrechtlichen Fundamentalentscheidung möchte ich nun nach einigen, in der aktuellen Diskussion immer wieder erörterten Richtungen hin verfolgen, und zwar im Hinblick auf erstens die Kontrolle *aller* staatlichen Gewalt (1), zweitens die Rechtsbindung auch des politischen Handelns (2), drittens den Status und die Zusammensetzung der Verfassungsgerichte (3) und viertens die Funktionsgrenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit (4).

1) Verfassungsgerichtsbarkeit ist letztverbindlich entscheidende Gerichtsbarkeit über Verfassungsrechtsfragen. Durch sie wird die Verfassung als höchstrangige Rechtsnorm in einem Staat unter umfassenden gerichtlichen Schutz gestellt. Die deutsche, durch ein eigenständiges Verfassungsgericht gewährte Verfassungsgerichtsbarkeit geht damit z.B. erheblich über die nur mittelbar durch das Bundesgericht gewährte Schweizer Verfassungsgerichtsbarkeit hinaus, die überdies noch keine prinzipale Normenkontrolle gegen Bundesgesetze kennt²⁹. Während die Schweizer Verfassungsgerichtsbarkeit die verfassungsmässigen Rechte der Bürger schützt³⁰, dient die deutsche dem Schutz der Verfassung schlechthin. Da die Verfassung für jedwedes staatliche Handeln massgeblich und verbindlich ist, wird damit *alle* Staatsgewalt der Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit unterworfen. Dies ist das Besondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, meist als Schlussstein, als Krönung, der Rechtsstaatlichkeit bezeichnet, wenn man die Entwicklungsgeschichte im justiziellen Bereich mit den Perioden: gerichtliche Kontrolle der Straf- und des fiskalischen Handelns und als dann des administrativen Han-

29) Vgl. M. IMBODEN, in: H. Mosler (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962, S. 506 (513 f.) Etwas anders ist die Rechtslage in den USA: Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es nur im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits (vgl. zuletzt etwa H. SEIBERT, EuGRZ 1978, 386 ff.).

30) Zuletzt etwa SchwBGr, EuGRZ 1979, 6 f.; H. HUBER, JöR Bd 18, S. 57 ff. Zur Entstehung der Schw. Verfassungsgerichtsbarkeit Z. GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizer Bundesgerichts, 1933, S. 27 ff.

delns des Staates kennzeichnet. In der Verfassungsgerichtsbarkeit werden nunmehr auch der Gesetzgeber und die Regierung auf die Verfassungsmässigkeit ihres Handelns überwacht. Verfassungsgerichtsbarkeit ist sonach die Konsequenz des Vorrangs der Verfassung, ihres normativen Höchststranges, und deren uneingeschränkter Rechtsverbindlichkeit. Als materiell allein an die Verfassung gebunden, ist Determinationsfaktor der Verfassungsrechtsprechung nicht ein *pouvoir constitué*, sondern die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und der mit qualifizierter Mehrheit entscheidende Verfassungsänderungsgesetzgeber.

Es ist offenkundig, dass durch die gerichtliche Sanktion des Verfassungsrechts zwei Organe in besonderem Masse betroffen werden, denen der Verfassungsstaat ohne Verfassungsgerichtsbarkeit weitgehende rechtliche Kontrollfreiheit zugemessen hat: Parlament und Regierung, letztere vor allem soweit sie nicht als Verwaltungsbehörde, sondern echt gubernativ tätig wird. Gerade die Kontrolle der Funktionen Rechtsetzung und Regierung war es denn auch, die die Verfassungsgerichtsbarkeit zum Gegenstand des Besonderen gegenüber anderen Gerichtsbarkeit machte und sie als nicht unproblematisch hinstellen liess. Otto v. *Bismarck* hat dies 1863 vor dem Preussischen Landtag folgendermassen ausgedrückt: "Wenn ... ein Gericht berufen würde ..., die Frage zu entscheiden: ist die Verfassung verletzt oder ist sie es nicht?, so wäre damit dem Richter zugleich die Befugnis des Gesetzgebers zugewiesen; er wäre berufen, die Verfassung authentisch zu interpretieren oder materiell zu vervollständigen ..."31 Ist solche Ablehnung berechtigt? Ich meine nein, und zwar nicht nur, weil positivrechtlich die Frage entschieden ist, sondern auch deshalb, weil sie in einem tieferen Sinne rechtsrichtig und der Idee des Verfassungsstaates gemäss konsequent entschieden ist: Der Verfassungsstaat basiert auf der Prämisse, dass die Verfassung als oberste Norm die Ausübung aller Staatsgewalt bestimmt. Ist es aber eine Rechtsnorm, die Richtschnur staatlichen Handelns ist, so ist es — ich wage die Vokabel — logisch, dass die Interpretation und Wahrung dieses Rechts in die Hand eines Organs der rechtsprechenden Gewalt gelegt wird, d.h. einer spezifisch für die Rechtskontrolle eingerichteten Institution und nicht eines genuin

31) Die politischen Reden des Fürsten Bismarck, 1892, Bd. 2, S. 170.

politischen Organs. Ist keine Verfassungsgerichtsbarkeit vorhanden, so entscheidet zwangsläufig allein der Gesetzgeber, ob er sich im Rahmen der Verfassung hält oder nicht, weil es kein Organ über ihm gibt, Verfassungsschranken zu überwachen. Die Verfassungsmässigkeitsprüfung würde allein in ihm selbst ruhen. Dies aber ist solange bedenklich, als alle parlamentarischen Kontrollmechanismen durch Mehrheitsbeschlüsse überwindbar sind. Gerichte als Hüter der Verfassung sind darüber hinaus Ausdruck sinnvoller Arbeitsteilung unter den Staatsorganen. Die Regierung soll politisch führen, das Parlament Gesetze geben, das Staatsoberhaupt die Gesamtheit des Staates und seine Bürger repräsentieren, das Verfassungsgericht die Einhaltung der Verfassung gewährleisten.

Eine Rückblende auf die Zeit vor 1945 lässt erkennen, dass alle bisherigen Kontrollmechanismen zum Schutze der Verfassung die Entartung des Verfassungsstaates nicht verhindert haben. Es genügt hier, an die Konstruktion eines Staatsoberhauptes als "Hüter der Verfassung"³² zu erinnern, der mit dieser Aufgabe als einzelner aus in der Sache liegenden Gründen überfordert ist und es füglich auch in der Zukunft wäre. Auch die seither abgelaufenen mehr als 30 Jahre neugeordneter Staatlichkeit haben die Furcht vor einer Unkontrollierbarkeit des demokratischen Gesetzgebers und der aus seinem Schoße gebildeten Regierung nicht zum Schwinden gebracht. Es lassen sich sogar gute Gründe finden, die gerade unter den Bedingungen des letzten Drittels des 20. Jahrhunderts die Notwendigkeit der Existenz rechtlicher Kontrollfaktoren noch überzeugender machen³³. Ich sehe sie in folgenden:

Die Parlament und Regierung beherrschenden politischen Parteien haben das Prinzip der Gewaltenteilung zwar nicht ineffektiv werden lassen, aber doch geschwächt. Die Entgegensetzung von Parlament und Regierung ist einer neuen Frontstellung gewichen: Regierung und Parlamentsmehrheit einerseits und kontrollierende oppositionelle Parlamentsminderheit andererseits. Geht es um Fra-

32) Vgl. C. SCHMITT, aaO; K. DOEHRING, *Der Staat* Bd. 3 (1964), S. 201 ff.

33) Sie haben wohl auch dazu geführt, der Verfassungsgerichtsbarkeit in anderen Staaten zum Durchbruch zu verhelfen (oben FN 17 f.).

gen der Beachtung der Verfassung, kann man der Parlamentsmehrheit mit Erfolg nur in den Arm fallen, wenn eine Verfassungsgerichtsbarkeit existiert, die verfassungswidrige Akte kassieren darf. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird so zum unentbehrlichen Kontrollorgan für die Wahrung der obersten Rechtsnormen. Zugleich ist sie ein wesentlicher Faktor des Minderheitenschutzes, soweit es sich um verfassungsgeschützte Rechtspositionen handelt.

Gleiches gilt im Bundesstaat hinsichtlich der Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern. Beide Schutzfunktionen erfahren einen Bedeutungszuwachs, wenn man sich die Macht- und Kompetenzzusammenballung des modernen Staates vor Augen führt. Wir wissen um die Gefährlichkeit des Eingriffsstaates seit langem; für die Gefahren des Wohlfahrtsstaates und dessen denkbarer Steigerungen sind und erst in jüngerer Zeit die Sinne geschärft. Beide können individualitäts-, freiheits-, pluralitäts- und dezentralitätsgefährdend und damit vitalitätsbedrohend wirken. Dass sich zu solchen Gefahrenquellen auch noch andere Mächte — moderne *pouvoirs intermédiaires* — entwickeln können, gegenüber denen die Abwehrkräfte immer mehr erlahmen, ist nicht vergessen, waere aber einer besonderen Untersuchung wert. Mit all dem geht eine ungeheure Ansammlung an Rechtsstoff — Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Vorschriften — einher. *Gouverner c'est légiférer* gilt heute mehr denn je. Dem Adolph Wagner'schen Gesetz der wachsenden Staatsausgaben korrespondiert ein Gesetz der wachsenden Staatsaufgaben. Entgegenstehende politische Bremsen haben bislang nicht gewirkt. Die Gründe hierfür sind gewiss vielschichtig. Einer davon ist nach meiner Einschätzung auch darin zu erblicken, dass das System parlamentarisch-politischer Kontrollen nicht mehr richtig greift und die Programmpolitische Parteien sich in Forderungen an den Staat nicht unähnlich sind. Gerade in einer solchen Situation hat sich der Richter ein beachtliches Mass an Autorität, Vertrauen und Überzeugungskraft im Volke bewahren können. Sein Spruch besitzt hohe Legitimationskraft. Hingegen ist bei Parlament und Regierung ein Anerkennungs- und Führungsdefizit in vielen die Nation bewegenden Fragen zu registrieren.

2. Die Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit führen als Hauptargumente in Feld, ein Gericht sei als Entscheidungsinstanz in

rebus politicis ungeeignet, oder das Gericht habe im Einzelfall eine "politische" Entscheidung gefällt und damit die ihm als Rechtsprechungsorgan wesensmässig gezogenen Grenzen verlassen. Diese Kritik wird immer wieder vorgetragen, und zwar nicht nur von den im Rechtsstreit Unterlegenen. Aktuelle Anlässe der letzten Jahre lassen sich beliebig nennen: Die Urteile zur Wehrdienstnovelle, zu den ausserplanmässigen Ausgaben, zu den Diäten der Abgeordneten, zu § 218 StGB, zu den Extremisten, zum Grundlagenvertrag, zu den Hochschulgesetzen usw. Die Kette liesse sich ohne weiteres um mehrere frühere Entscheidungen vermehren³⁴.

34) Diese Urteile werden gemeinhin zuletzt genannt (vgl. H.J. VOGEL, DÖV 1978, 665; E. BENDA, in: 30 Jahre Grundgesetz, Schriftenreihe Speyer Bd. 78, 1979, S. 103 ff.; ders., auch Grundrechtswidrige Gesetze. Ein Beitrag in den Ursachen verfassungsgerichtlicher, Beanstandung, 1979; aus früheren Zeiten stand im Zentrum der Kritik das Urteil zur Deutschland - Fernsehen GmbH (BVerfGE 12, 205 ff.).

35) Vgl. die Hinweise etwa bei P. HÄBERLE, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 429, mit diesbezüglichen Zitate von Äusserungen in den Medien und anderswo; einen Strauss mehr polemischer Äusserungen zitieren H. - J. VOGEL, aaO, und W.R. SCHENKE, NJW 1979, 1321. Er liesse sich vermehren um Formulierungen F. FARTHMANNS (vgl. sein Interview in "Die Welt" vom 13.2.1979). FARTHMANNS vorangegangene Äusserungen haben allerdings das Plenum des Bundesverfassungsgerichts am 6.12.1978 zu einer Entgegnung bewogen: "Hier handelt es sich nicht um Kritik am Bundesverfassungsgericht, sondern um den unverhüllten Versuch, auf das Gericht zugunsten einer Seite Pressionen auszuüben. Es ist mit der vom Grundgesetz gewährleisteten Stellung unabhängiger Gerichte schlechthin unvereinbar, wenn — von welcher Seite auch immer — Druck auf die Rechtsprechung ausgeübt werden soll. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer viertägigen öffentlichen Sitzung über die ihm vorliegenden Verfahren zum Mitbestimmungsgesetz verhandelt. Das Plenum des Bundesverfassungsgerichts verwahrt sich gegen den unzulässigen untauglichen und in der Form verfehlten Versuch, nach Abschluss dieser Verhandlung und vor Beginn der Beratungen des Senats auf dessen Entscheidung Einfluss zu nehmen."

S. ferner Th. SCHRAMM, DRiZ 1976, 293 (295 f.); W. RUPP - v. BRÜNNECK, AöR Bd. 102 (1977), S. 24 f.; R. ZUCK, ZRP 1978, 189 ff.

Meine These lautet: Diese Kritik geht von einem prinzipiell falschen Ansatz aus, wenn sie mit der institutionellen oder kategorialen Argumentationsfigur Gericht *oder* Parlament bzw. Regierung und Recht oder Politik arbeitet. Zugespitzt werden solche Einwände meist in der Formel von "richterlichem Veto", "richterlicher Zensur", vom "government of judges" vom "Ersatzgeber" oder von der "Dritten Kammer" umschrieben (um nur die sachlichen Charakterisierungen zu zitieren. Wenn der Inhalt einer Verfassungsnorm namentlich bei den Generalklauseln, Ziel- und Wertentscheidungen für die *pouvoirs constitués* zweifelhaft ist, so wird ihre Interpretation durch ein Verfassungsgericht, wie C. Schmitt meinte, "ihrem Wesen nach nicht mehr (für eine) richterliche Entscheidung" gehalten³⁶. Ist sie aber nicht mehr Rechtsprechung, so kann sie zwangsläufig nur politische Deziision sein: Politik wie C. Schmitt, oder "konstitutiver Verfassungsakt", wie J. Esser³⁷ meint, im Gewande eines Richterspruchs.

Ich halte diese Auffassung für unzutreffend. Sie verkennt den Charakter des Verfassungsrechts und der zu seiner autoritativen Feststellung berufenen Gerichtsbarkeit gleichermassen wie das Wesen des Politischen. Bei dieser Entgegensetzung wird nämlich das Politische als etwas von vornherein Bestimmtes, nicht Definitionsbedürftiges vorausgesetzt. Gerade dies aber ist höchst fragwürdig. Generationen von Staatsrechtslehrern, Philosophen und Politikwissenschaftler haben sich um seine Erhellung bemüht. Ersparen Sie mir, auf die zahllosen Definitionen zu verweisen. Im vorliegenden Zusammenhang genügt es, zweierlei festzuhalten:

erstens : Die von den Verfassungsgerichten anzuwenden Verfassungsrechtsnormen sind (ebenso wie das Völkerrecht³⁸) in starkem Masse politisches Recht, genauer Recht für das politische Handeln; denn in ihm werden politische Machtausübung, — verteilung und — beschränkung, die Kompetenzen politischer Organe reguliert und

36) aaO.

37) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 198.

38) Vgl. zu der auch dort bestehenden Haltung zu Recht und Politik G. SCHWARZENBERGER, International Law, 2. ed., 1949, S. 390.

Grundentscheidungen für die Ordnung des Gemeinwesens getroffen³⁹, kurz die Kraftfelder Macht und Recht determiniert.

zweitens : Politik in der hier massgeblichen Entgegensetzung meint ihr dynamisches, ihr gestaltendes Moment, das heute meist auf eine Veränderung bestehender Gesetze hinzielt.

Wenn man diese Erkenntnisse, die den Gehalt des Politischen gewiss nicht erschöpfen, im Auge behält, so kann das Verhältnis von Recht und Politik schwerlich in der Gestalt jener einfachen Antinomie des Entweder oder erschlossen werden; es handelt sich vielmehr um höchst komplexe Beziehungen, die ich in meinem Staatsrecht mit einigen Topoi näher zu umschreiben versucht habe⁴⁰.

Für unseren Zusammenhang ist folgendes wesentlich: Das Politische *kann* sich nahezu jedem Rechtsgebiet anhaften und damit auch jedem Richterspruch, sei er straf-, zivil-, verwaltungs-, finanz-, arbeits- oder sozialgerichtliches Urteil. Es ist ihm nicht artfremd.

39) Näher **mein** Staatsrecht Bd. I, § 1 V 2 m.w. Nachw.; s. ferner U. SCHEUNER, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. III (1951), S. 135 ff.

40) Vgl. neuerdings nach G. HAVERKATE, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, 1977, S. 226: "Beide Elemente (scil. Recht und Politik) stehen in einem Zuordnungsverhältnis; wird eines dieser Elemente verabsolutiert, wird der Verfassungsstaat verfehlt"; ferner S. COTTA/E. BENDA/H. SCHAMBECK/A. MALINVERNI, Richter und Politik, in: Rechtsstaat in der Bewährung, Bd. 5, 1978; W. ZÖLLNER, in: Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 131 ff.; Chr. STARCK, Das Bundesverfassungsgericht Politischen Prozess der Bundesrepublik, 1976; M. KRIELE NJW 1976, 777 (778); D. GRIMM, JZ 1976, 698; R. ECKERTZ, Der Staat 1978, 183 ff.; W.P. SCHENKE, NJW 1979, 1321 ff.; J. DELBRÜCK, in: Festgabe E. Menzel 1975, S. 83 ff.; J. IPSEN ZRP 1978, 153 ff.; ähnlich wie hier petzt P. HÄBERLE, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, S. 430. - Aus früherer Zeit etwa G. LEIBHOLZ, Universitas 1963, 1283 ff.; **ders.**, JöR Bd. 6 n.F. (1957), S. 109 (144 ff.); **ders.**, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967, S. 176; F. KLEIN, Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, 1966; G. ROELLECKE, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1961; F. SCHUPPERT, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973, S. 115 ff.; H.H. KLEIN, Bundesverfassungsgericht und Staatsräson, 1968.

Dem Verfassungsrecht und dem verfassungsgerichtlichen Urteil ist es jedoch in der Regel oder wenigstens dem Intensitätsgrad nach spezifisch eigen. Insofern ist es nicht die *Materie*, mittels der eine Grenzlinie gefunden werden kann, sondern die Fundierung der gerichtlichen bzw. politischen Entscheidung⁴¹. Das Verfassungsgericht entscheidet wie jedes Gericht ausschliesslich am Massstab des Rechts, speziell des Verfassungsrechts. Recht ist die Bedingung seines Richtens. Seine Methode zunächst der Erkenntnisgewinnung und dann der Entscheidungsfindung ist die juristische, wie sie in vielen Jahrhunderten europäischer Rechtskultur ausgebildet wurde. Aus diesem Grunde spielen das gerichtliche Verfahren, die Unabhängigkeit des Richters, die Nichtöffentlichkeit der Beratung eine entscheidende Rolle für die Urteilsgewinnung. Politische Entscheidungen beruhen hingegen auf anderen Grundlagen, verfolgen andere Ziele, gehorchen anderen Massstäben, sind aus anderen Motiven gespeist, bilden sich nach anderen Verfahren heraus, kurz: sind anders motiviert, begründet und strukturiert. Der Richter *darf* nicht nach Beifall schielen, der Politiker kann nicht ohne Resonanz agieren. Es sind unterschiedliche strukturelle und methodische Entscheidungsmaximen, die die Rechtsprechung, auch die der Verfassungsgerichte, durchgängig prägen. Die Verfassungsgerichte haben diese Artverschiedenheiten auch stets betont: So findet sich im Grundlagenvertragsurteil der Satz: Es gehört nicht zur Kompetenz der Verfassungsgerichte, "Politik zu treiben", d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen"⁴²; ähnlich lautet die Wendung im Wehrdienst-⁴³ oder im Schleyer-Urteil⁴⁴. In gleicher Weise haben die Landesverfassungsgerichte bei der Überprüfung der kommunalen Neugliederungsgesetze betont, dass es nicht Sache des Gerichts ist, eine vom Gesetzgeber gewählte Lösung auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen oder darauf, ob sie die vernünftigste oder gerechteste ist⁴⁵. Deshalb bedarf es

41) R. DOLZER, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1972, spricht von Struktur, S. 58, 68 f.; ähnlich auch S. COTTA, Richter und Politik, aaO, S. 32.

42) BVerfGE 36, 1 (14 f.).

43) EuGRZ 1978, 171.

44) BVerfGE 46, 160 (164 f.).

45) Vgl. die Nachweise bei K. STERN, Das Staatsrecht der Bundesre-

keiner Regelung nach Art. 28 des italienischen Verfassungsgerichts-Gesetzes (Nr. 87/1953), die dem Verfassungsgericht bei der Gesetzesprüfung "jede politische Wertung" und "jede Nachprüfung des Ermessensgebrauchs des Parlaments" verbietet — eine Bestimmung, die praktisch kaum je eine Rolle gespielt hat⁴⁶. Die gemeinhin geübte Urteilsschelte, ein Verfassungsgericht habe "politisch entschieden", muss sich daher sagen lassen, mit einem solchen Pauschalurteil am Kern der Dinge vorbeizuzielen. Kritik kann nur funktionsimmanent ansetzen; sie muss darlegen, wo und wie juristisch falsch argumentiert oder interpretiert wurde. Dass insofern kein Gerichtsurteil a priori fehlerfrei sein kann, ist, solange es Menschenwerk bleibt, unstrittig. Es kann nie das letzte Wort im Sinne eines unbestreitbar gerechten Wahrspruchs sein, sondern stets nur das letzte massgebliche Wort im Sinne eines für die Gemeinschaft unentbehrlichen Rechtsfriedens. Insofern kann es — von Verfassungsänderungsgesetzgebern abgesehen — keine Korrektur durch eine andere staatliche Instanz ausser durch das Verfassungsgericht selbst geben, die unstrittig ist⁴⁷.

Diese Grundsatzposition löst freilich nicht alle Probleme. Doch wird erkennbar, dass diese nicht in einer prinzipiellen Alternative, sondern vornehmlich in den Besonderheiten des anzuwendenden Rechtsstoffes, des Verfassungsrechts, liegen. Verfassungsrecht kennt häufiger als andere Rechtsgebiete weitmaschige Normierungen, Generalklauseln, Zielformeln, werthafte Festlegungen. Ihrer Funktion nach muss die Verfassung sparsam mit dem Detail umgehen. Dies bedingt gesteigerte Schwierigkeiten für die Interpretation. Interpre-

publik Deutschland, Bd. I, 1977, § 12 II 3 b α ; bereits frühzeitig BVerfGE 3, 135; die st. Rspr. ist dokumentiert bei K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., 1978, S. 229 FN 82.

46) Vgl. dazu Th. RITTERSPACH, AöR Bd. 104 (1979), S. 141.

47) Vgl. dazu jetzt ausführlich M. SACHS, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1978; N. WISCHERMANN, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979; K. STERN, Verfassungsgerichtsbarkeit, aaO, S. L II; zur Wiederaufnahme M. SACHS, BayVBl. 1979, 385 ff.; VerfGH NW vom 9.12.1976 —VerfGH 34/76 und VerfGH 37/76—.

tation ist im Verfassungsrecht in stärkerem Masse als bei anderen Gerichten Rechtskonkretisierung⁴⁸ und Rechtsableitung aus explizit oder immanent vorgefundenen Verfassungsprinzipien, wie Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, parlamentarische Demokratie⁴⁹. Im Verfassungsrecht potenziert sich gewissermaßen die Schwierigkeit der hermeneutischen Aufgabe. Rechtskonkretisierung und Rechtsableitung bedeuten indessen nicht Funktionswechsel zur Rechtsetzung; denn die Rechtsprechung hat seit langem⁵⁰ die Montesquieu'sche Charakterisierung, "la bouche qui prononce les paroles de la loi" und damit im Funktionssystem "en quelque façon nulle" zu sein, ablegt. In der Rechtskonkretisierung wächst der Gerichtsbarkeit naturgemäss ein schöpferisches, ein rechtsbildendes und —fortentwickelndes⁵¹, d.h. ein wertendes und rechtsgestaltendes Element, zu⁵². Das mag man politisch nennen; aber es ist in einem ganz anderen Sinne politisch als das Handeln des Gesetzgebers oder der Regierung; denn es ist am vorgegebenen Rechtsmassstab orientiert, es bleibt stets rechtsimmanent, ist nur

48) Dies hat bei der Entstehung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes v. MERKATZ deutlich gemacht (Stenogr. Bericht 1951, S. 4219) Vgl. aus dem Schrifttum etwa W. SCHÖNFELD, aaO, S. 43; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, S. 117; K. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, 1935; K. HESSE, aaO, S. 25 ff., G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, S. 210, 218, spricht von "Konstruktion".

49) Vgl. die eindrucksvolle Rechtsprechung des Gerichts zu diesen Prinzipien in meinem Staatsrecht, Bd. I, § 20 II 4, S. 614; § 19 II 5 ff., S. 496 ff.; § 21 I 1, S. 682 f.; § 16 II 3 b, S. 423 f.

50) Vgl. O. BÜLOW, Gesetz und Richteramt, 1885; O. BACHOF, Der Richter als Gesetzgeber?, in: Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, S. 177 ff. m.w. Nachw.; K. STERN, Staatsrecht, Bd. I, § 20 IV 4 m. Nachw.

51) Zuletzt W. FIEDLER, JZ 1979, 417 ff.; für die Verwaltungsgerichtsbarkeit H.J. PAPIER, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979, S. 16 f.

52) Dass in einem Staatsakt die Grundfunktionen Rechtsetzung und Rechtsanwendung je rein verwirklicht wären, hat schon R. THOMA als Fehlerkenntnis apostrophiert (HdbDStR Bd. II, 1932, S. 128).

„punktuell“, nicht generell rechtserzeugend⁵³, ist Urteilslogik, nicht Gesetzeslogik. Der Richter schafft konkretes Recht aus dem abstrakten Recht um des ihm unterbreiteten Falles willen und nur um desselben willen. Es dürfen von ihm nicht neue Werte und Normen erzeugt werden, sondern es muss innerhalb der gesetzten interpretiert, judiziert und deduziert werden. Das geht zwar nicht ohne eine „Philosophie vom Grund und Ziel des Rechts“, um ein Wort B. Cardozos zu zitieren⁵⁴, bedeutet aber nicht Richterkönig oder moderner: „politischer Richter“ bzw. „Sozialingenieur“ zu sein. Diese Charakterisierungen verkennen das Wesen der Rechtsprechung fundamental⁵⁵. Alle Entscheidungen des Verfassungsgerichts haben Exegese des geltenden Rechts zu bleiben, mögen sie auch der Funktion nach z.B. ein Gesetz für ungültig erklären. Hier die Grenze zu wahren, bedeutet ohne Zweifel, auf einem schmalen Grat zu wandern, der stets die Autorität der Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt ins Spiel bringt. Denn immer wird gefragt werden können: *Quis custodiet ipsos custodes?*⁵⁶ Die Antwort kann nur lauten: Für den niemals ganz auszuschliessenden Restraum subjektiven Für-Richtig-Haltens nur der Richter selbst, sein Rechtsgewissen. Es gilt der stolze Satz, der Würde und Bürde des Richters ist: „Da tritt kein anderer für ihn ein, auf sich selber steht er da, ganz allein!“

3. Verfassungsgerichtsbarkeit steht und fällt mit der Qualität und Überzeugungskraft ihrer Rechtssprüche⁵⁷. Im Lichte alter staats-

53) WIEACKER, zit bei N. Achterberg, DÖV 1977, 650 FN 10; ähnlich E. BENDA, in: Richter und Politik, aaO (Fn. 38), S. 46.

54) Zitiert bei R. ZIPPELIUS, JZ 1976, 150.

55) Dass dieses Theorem in gerade zu eklatanter Weise die Funktionsgrenze von Rechtsprechung und Rechtsetzung verwischt, hindert viele seiner Anhänger nicht, Gegnern des „politischen Richters“ bei passender Gelegenheit solches als schlimme Verfehlung vorzuhalten. Der „politische Richter“ ist die Auflösung des Prinzips der Gewaltenteilung, d.h. eines Stückes mühsam erkämpfter Rechtsstaatlichkeit und Freiheitlichkeit. Der politische Richter ist denn wahrhaftig Rechtsbeherrscher.

56) Wie es D. Iunius Juvenal (Satiren VI, 347) klassisch, wiewohl mit anderem Bezug, formuliert hat.

57) Vgl. dazu das Sammelwerk Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und in Verfahren vor internationalen Gerichten, hrsg. von R. SPRUNG und B. KÖNIG, 1974. Kritisch H.H. RUPP, DÖV 1976, 691 ff.

theoretischer Unterscheidungen geht es in diesem Zusammenhang um die *auctoritas* des Gerichts⁵⁸, nicht um seine *potestas*, die tatsächliche Macht, die ja bei Verfassungsgerichten bekanntlich gering ist⁵⁹, sieht man davon ab, dass sie über die Vollstreckung ihrer Urteile in jeder Hinsicht selbst verfügen können (§ 35 BVerfGG). Im entscheidende Masse rückt dadurch das Verfahren der Bestellung sowie die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Verfassungsrichter in den Vordergrund der Betrachtung. Der Richterwahl kommt sogar entscheidende Bedeutung für Wert und Funktionstauglichkeit eines Verfassungsgerichts zu⁶⁰. Gemeinhin sind es die Parlamente oder andere oberste politische Organe, im Bundess-

58) Vgl. dazu B. CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, 1836, Bd. 1, Erster Teil, S. 1 ff.; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, aaO, S. 135 f. m.w. N.; K. DOEHRING, *Der Staat* Bd. 3 (1964), S. 201 ff. m.w.N.

59) M.E. verbietet es sich, *ex constitutione lata* von der Verfassungsgerichtsbarkeit als "vierter Gewalt" zu sprechen (so K. DOEHRING, aaO, S. 219 und neuerdings G. ROELLECKE, *Bundesverfassungsgericht, Gesetzgebung und politische Führung*, in: *Cappenberger Gespräche* Bd. 15, 1980, S.), weil dafür nach der Konzeption des Grundgesetzes kein Raum ist (vgl. näher K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, § 44); die Verfassungsgerichte sind in der Rechtsprechung eingeordnet wie andere Gerichte auch. Es ist nicht einmal eine Besonderheit, dass sie den Gesetzgeber kontrollieren; denn dies haben die Gerichte seit 1925 getan (K. STERN, aaO). Wenn Rechtsnormen die Schranken für das Handeln der Staatsorgane sind, dann ist Gerichtskontrolle zu ihrer Einhaltung legitim.

60) Ohne einen *esprit de corps* der Verfassungsrichter verfehlt die Verfassungsgerichtsbarkeit ihren Zweck. Vgl. bes. H. TRIEPEL, *VVStRL* Heft 5 (1929), S. 27; H. MÜLLER, *ÖZÖR* n.F. 8, S. 149; J.F.v. EICHBORN, *Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem*, 1969; H. LAUFER, aaO, S. 206 ff.; W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969; Chr. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, S. 33 f.; K. KRÖGER, *Festgabe Bundesverfassungsgericht* Bd. I, 1976, S. 76 ff.

Mit einer gewissen Zurückhaltung mag man freilich die Wahl durch den sehr kleinen Wahlmännerausschuss des Bundestags nach § 6 BVerfGG betrachten (dazu K. STERN, *Bonner*

taat auch das föderative Organ, die die Richter wählen, wobei das berufsrichterliche Element in aller Regel für unverzichtbar gehalten wird. Nicht durchweg, aber doch weitgehend wird die Qualifizierung als "Volljurist" verlangt.

Angesichts des Einflusses der Legislativorgane auf die Richterwahl überrascht es nicht, dass die Untersuchungen dieses Problems bei dem denkbar breiten Entscheidungsspielraum ein parteiproporcionales Denken ermittelt haben, das Zweifel indiziert, ob in allen Fällen der optimal geeignete Richter ins Amt gebracht wurde. Dennoch: die Rede vom "schwarzen" oder "roten" Senat des Bundesverfassungsgericht verstummte nach einiger Zeit. Das Bundesverfassungsgericht selbst sieht die Sache so: "Einem Gericht vom Rang des Bundesverfassungsgerichts und den Richtern gegenüber, die in einem besonderen Berufungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit — regelmässig einmütig — vom Bundestag und Bundesrat gewählt werden, besteht Anlass, grundsätzlich davon auszugehen, dass sie jene innere Unabhängigkeit und Distanz zu den rechtsuchenden Parteien besitzen, die sie befähigen, in Unvoreingenommenheit und Objektivität auch in politisch heiss umstrittenen Verfahren zu entscheiden"⁶¹. Man ist geneigt, dieser Selbsteinschätzung grosso modo zu folgen. Amtsethos und kollegialer Selbstkontrolle sollte es in der Tat gelingen, die dem Richteramt unentbehrliche Distanzierung von Einseitigkeit und Parteilichkeit zu schärfen⁶². Freilich kann der

Kommentar, Art. 94 Rdnrn. 81 ff.). Dies macht das Verfahren nicht gerade transparent, zumal mit Blick auf die vorgeschalteten Parteiabsprachen. Aber heikle Personalentscheidungen können schwerlich im Plenum behandelt werden.

61) BVerfGE 35, 173 f. Vgl. die Meinungen über die richtige Zusammensetzung des Verfassungsgerichts bei H. KELSEN, VVDStRL Heft 5 (1929), S. 85; A. MERKL, ebda, S. 103; R. THOMA, ebda, S. 109; aus neuerer Zeit E. BENDA, Richter und Politik, aaO, S. 38 m.w. Nachw.; H. SCHAMBECK, ebda, S. 65 ff.; H. KLECATSKY, Festgabe W. Geiger, 1974, S. 925 (928 ff.).

62) BERGBOHM hat das richterliche Ideal in der Fähigkeit beschrieben, den "Verstand jeder Beeinflussung selbst durch die tiefsten persönlichen Überzeugungen und heissesten Herzenswünsche zu entziehen (zitiert bei E. FORSTHOFF, Recht und Sprache, S. 33) Dies wird Ideal bleiben; sehr negativ ist das Urteil von R. ZUCK, ZRP 1978, 190 f.; der Richter folgt dem Gesetz, d.h. der Partei,

Appell an alle Wahlorgane nicht unterdrückt werden zu erkennen, dass der Institution und Funktion eines Verfassungsgerichts im letzten noch immer am besten dadurch gedient ist, die fachlichen Qualitätsansprüche über parteipolitische Zugehörigkeiten zu stellen. Die öffentliche Meinung ist in dieser Hinsicht angesichts gelegentlich negativer Erfahrung jedenfalls "sensibilisiert". Unter diesen Prämissen halte ich die bislang festgelegten Wahlverfahren mit qualifizierter Mehrheit, d.i. bekanntlich die gleiche wie für Verfassungsänderungen, für richtig⁶³. Wo immer Alternativvorschläge unterbreitet wurden, über die seit Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit nachgedacht wurde, erscheinen sie letztlich doch nicht als Verbesserung. Kein Verfassungsgericht kann ohne parlamentarisch abgesicherte Wahlentscheidung seine Aufgabe erfüllen. Es bedarf dieser Verankerung in der repräsentativen Demokratie, um seinem Spruch Integrationsfähigkeit zu sichern.

Die Besonderheiten, die sich bei der Richterbestellung für Verfassungsgerichte ergeben, sind Widerspiegelung seines Charakters als Gericht *und* Verfassungsorgan, eines Status, den der Herrenchiemseer Entwurf durch einen eigenen Abschnitt über das Bundesverfassungsgericht ausdrücken wollte und den jetzt § 1 Abs. 1 BVerfGG formuliert hat: "Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes".

Wenn ich recht sehe, geht die erste Bezeichnung eines Verfassungsgerichts als Verfassungsorgan auf eine Äusserung E. Kaufmanns aus dem Jahre 1920 zurück⁶⁴. Der Statusbericht des Bundesverfassungsgerichts⁶⁵ hat dann Bedeutung und Konsequenzen eingehend herausgearbeitet. Verfassungsorgane sind solche obersten Staatsorgane, die in ihrer Existenz, in ihrem Status und in ihren

unter dem er angetreten ist. Mit Recht zurückhaltend zu einer stärker parteipolitisch orientierten Richterwahl W. ZÖLLNER, aaO (Fn. 38), S. 138 f., 157.

63) Vgl. auch E. FRIESENHAHN u. W. GEIGER, in: Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt, 1973, S. 70 ff., 73 ff.; W. WENGER, aaO (Fn. 17), S. 18.

64) Gesammelte Schriften, Bd. I, 1960, S. 341.

65) JöR n.F. Bd. 6 (1957), S. 109 ff.

wesentlichen Kompetenzen in der Verfassung nicht bloss erwähnt, sondern von ihr unmittelbar konstituiert werden, wie z.B. Parlament, Staatspräsident, Regierung und eben das Verfassungsgericht⁶⁶. Verfassungsorgane haben statusrechtlich eine besondere, freilich kaum für die Rechtsprechung als solche interessierende Stellung, weswegen darauf hier nicht näher einzugehen ist. Es genügt festzuhalten: Das Verhältnis von Verfassungsorganen zueinander ist grundsätzlich kein solches der Unterordnung, sondern der Gleichordnung, es sei denn, die Verfassung sieht ausdrücklich die Unterrordnung vor. Dies machte es beispielsweise erforderlich, in Art. 94 Abs. 2 GG die Ermächtigung für das Bundesverfassungsgerichtsgesetz näher zu konkretisieren. Die Verfassungsorganqualität berechtigt auch zum Erlass einer Geschäftsordnung, die für das Bundesverfassungsgericht erst am 2.9.1975 erlassen wurde, nachdem es seit 1971 eine Verfahrensordnung für Sondervoten gegeben hat. In der Geschäftsordnung wird sehr stark das Kollegiale Element betont, das Gericht also für seine Interna an parlamentarische oder gouvernementale Verfassungsorgane herangerückt. Die doppelfunktionelle Stellung der Verfassungsgerichte als Verfassungsorgan *und* Gericht kommt aber wiederum dadurch zum Tragen, dass ein Gericht sein Verfahren nicht selbst bestimmt, sondern, wie für alle Gerichte, der Gesetzgeber gemäss Art. 94 Abs. 2 GG eine Prozessordnung erlassen hat.

Es mag ein Ausdruck dieser Verfassungsorganqualität sein, wenn man dem Bundesverfassungsgericht seit 1970 gestattet, sein Abstimmungsverhältnis bekanntzugeben, und den überstimmten Richtern erlaubt, Sondervoten zu veröffentlichen. Eine Bilanz für dieses anderen Gerichten des europäischen Rechtskreises weitgehend nicht eingeräumte Spezifikum dürfte noch verfrüht sein. So sehr man die Einrichtung für den Supreme Court der USA mehrheitlich für förderlich erachtet hat, so sehr neige ich persönlich eher zu Skepsis angesichts des zeitweise überaus regen Gebrauchs und der Gefahr für die Schwächung der Entscheidung und ihrer Überzeugungskraft bei Parteien und Öffentlichkeit⁶⁷. Es lässt sich nicht

66) Näher K. STERN, Staatsrecht Bd. II, § 32 II 2 m.w. Nachw.; BVerfGE 7, 1 (14); 40, 356 (360); kritisch R. ZUCK, DVBl. 1979, 383.

67) Ähnlich zurückhaltend die Einschätzung bei H. SPANNER, in :

leugnen, dass jedes Sondervotum die richterliche Auffassung personalisiert. Damit sind Gefahren auch dann verbunden, wenn es keine Wiederwahlmöglichkeit gibt, wie es für Bundesverfassungsrichter seit der Novelle von 1970 der Fall ist.

4. Durch Gegenstand und Wirkung ihrer Rechtsprechung und durch ihren besonderen Status ist die Verfassungsgerichtsbarkeit deutlicher als jede andere Gerichtsbarkeit mit ihren funktionellen Schranken konfrontiert. In besonderem Masse gilt dies bei der Normenüberprüfung mit der Funktion Rechtsetzung. Nun liegt es nahe, dass die im Rechtsstreit unterlegene Seite dem Gericht vorzuwerfen geneigt ist, es habe sich als "Obergesetzgeber", als "Überparlament", nicht als Gericht gebärdet, wenn es Gesetze, die doch von einer vom Volke gewählten Mehrheit beschlossen worden seien, für ungültig erklärt und gelegentlich sogar auch noch mit Detailanweisungen an die Parlamente nicht geize. Kritik dieser Art ist aber auch in der Wissenschaft zu hören. So hat unlängst in der Festschrift zum 25 jährigen Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts der ehemalige Bundesverfassungsrichter und Hamburger Ordinarius K. Zweigert dem Bundesverfassungsgericht "eine Verschiebung eines Selbstverständnisses durch eine Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers"⁶⁸ vorgeworfen. Der Vorwurf wiegt schwer. Ist er berechtigt?

Zunächst liesse sich einwenden, dass er empirisch nicht im geringsten abgesichert ist: In 27 Jahren seines Wirkens hat das Bundesverfassungsgericht 118 Gesetze ganz oder teilweise für nichtig erklärt⁶⁹ bei fast 3.500 in der gleichen Zeit beschlossenen

Festgabe W. Geiger, 1974, S. 891 ff.; eher negativ F.K. FROMME, ebda, S. 867 ff.; überwiegend positiv dagegen P. HÄBERLE, Verfassungsgerichtsbarkeit 1976, S. 31.

68) Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1976, S. 63 (74).

69) Vgl. Woche im Parlament 1979, Ausgabe 2, S. 23. Mit Recht hat E. BENDA hervorgehoben, dass Kritik sich stets nur an einigen spektakulären Einzelfällen orientiere und die Gesamtheit der Entscheidungspraxis ignoriere, die ein anderes Bild zeige (DÖV 1979, 465 ff. und anderwärts). Eine ausführliche Analyse von Gesetzgebungsmängeln hat BENDA jetzt in "Grundrechtswidrige Gesetze - Ein Beitrag zu den Ursachen verfassungsgerichtlicher Beanstandung", 1979, vorgelegt.

Bundesgesetzen, nicht eingerechnet also die Zahl des fortgeltenden "alten" Rechts und des Landesrechts. Indessen ist ein solch quantitativer Hinweis ähnlich simpel wie jede Antikritik, die lediglich mit ähnlich dramatischen Worten das Gegenteil von Zweigerts Behauptung aufstellen würde. Es hülfe auch wenig, kontrastierende Stimmen zu zitieren, wie *H. Ridders* und *A. Arndts* frühere Klage, das Bundesverfassungsgericht übe gegenüber dem Gesetzgeber zu viel Zurückhaltung⁷⁰, und daraus zu folgern, das Gericht liege offenbar mit seiner Judikatur genau in der Mitte und gehe damit den sicheren Weg, den diese Position verheisse. Weder mit der einen noch mit der anderen Übertreibung ist diesem Problem beizukommen. Hier geht es um die Fundamentalfrage jeder Verfassungsgerichtsbarkeit. Ihre Lösung verfehlt man, wenn man sie in die Antithetik verpackt: unkontrollierte Justiz versus demokratischer Gesetzgeber⁷¹. Gerade diese Antithese will der Verfassungsstaat überwinden, dessen Logik weder in der Verabsolutierung der einen noch der anderen Gewalt besteht, sondern in der alleinigen Überordnung des Verfassungsrechts. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Normenüberprüfungsbefugnis des Verfassungsgerichts prinzipiell richtig. Sie ist mit Recht vom Parlamentarischen Rat bejaht worden⁷². Im Grunde ist damit nur das für das Verfassungsrecht nachvollzogen worden, was *O. Bähr*, jener grosse Vorkämpfer des Rechtsstaates, 1864 formuliert hat: "Recht und Gesetz können nur dann Bedeutung und Macht gewinnen, wenn sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung finden"⁷³. Ausser bei Vertragsgesetzen⁷⁴ sollte Normenkontrolle allerdings nicht in einem Präventiv- oder in einem Gutachtenverfahren, was neuerdings wieder diskutiert wird⁷⁵, durchgeführt

70) Festschrift A. Arndt, 1969, S. 322; NJW 1960, 1608.

71) So neuerdings wieder H.D. FAUGMANN, Justiz gegen Demokratie, 1979.

72) Anders H. HELLER, VVDStRL Heft 5 (1929), S. 112; C. SCHMITT der sie als Verweigerung der Prämie des legalen Machtbesitzes sieht (Verfassungsrechtliche Aufsätze, aaO, S. 106, 288 f.).

73) Der Rechtsstaat (Neudruck 1961), S. 12.

74) Vgl. BVerfGE 1, 396 (413) - EVG - Vertrag.

75) N. HOLZER, DÖV 1978, 821 ff.; ders., Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, 1978; E. FRIESENHAHN, in: Cappenberger Gespräche Bd. 15, 1980, S.; grundsätzlich dagegen J. RÜHMANN, DÖV 1979, 440.

werden können. In solchen Fällen wäre sie weit stärker politisches Kampfmittel als nach dem gegebenen Rechtszustand der repressiven Kontrolle.

Bei jeder Normenüberprüfung stehen im Zentrum der Kontrolle die Grenzen, die sich aus den jeweils zur Anwendung als Prüfungsmaßstab stehenden Verfassungsrechtssätzen ergeben. Deren Rechtsgehalt, und nur er, markiert die Funktionsgrenze eines jeden Verfassungsrichters. Es ist offenkundig, dass es unmöglich ist, hierfür allgemeine Maßstäbe aufzustellen. Sehr wahrscheinlich entziehen sie sich sogar jeder abstrakten und theoretischen Vorweg-Definition und können nur in einer schrittweise vorgehenden Entscheidungspraxis gewonnen werden. Kompetenznormen, etwa zwischen Bund und Ländern oder zwischen Verfassungsorganen untereinander, mögen engmaschiger gefasst sein als plakativ formulierte Grundrechte, und diese wieder anders als weitmaschige generalklauseartige Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen. Zur Problemverdeutlichung genügt es, den Gleichheitssatz⁷⁶ oder das Sozialstaatspostulat⁷⁷ zu nennen und auf eine umfangreiche Literatur gegensätzlicher Meinungen über ihre Ausdeutung zu verweisen. Wenn man — die Grundsatzaussage im Auge behaltend — überprüft, ob die Verfassungsgerichte in ihren Normenkontrollentscheidungen die Verfassungsbindung gewahrt und sich damit eines Übergriffs in den gesetzgeberischen Funktionsraum enthalten haben, so möchte ich dies für die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit bejahen. Das Bundesverfassungsgericht, am stärksten im Schlaglicht der Kritik stehend, hat in seiner Argumentation durchweg am Masstab der Verfassung und mit genuin juristischer Methode judiziert. Von politischer Eigenwertung hat es sich ferngehalten. Das heisst natürlich nicht, dass ich jedes Urteil und jedes Argument für kritikfrei erachte. Die Kritiker der Gegenwart allerdings müssen daran erinnert werden, dass die breite Grundrechtsentfaltung der fünfziger und sechziger Jahre im Apothekenurteil, Lüth-Urteil, Elfes-Urteil, Fernseh-Urteil usw. überschwinglich als freiheitsverbürgende Kontrolle des Gesetz-

76) G. DÜRIG, in: Maunz - Dürig - Herzog - Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1, Rdnrn. 275 ff. m.w.N.

77) K. STERN, Staatsrecht Bd. I, § 31 I 3 m.w.N.

gebers, als Ausdruck des "demokratischen Misstrauens"⁷⁸ gefeiert wurde und es nur im Duktus dieser Rechtsprechung lag, wenn bei politisch anderer Parlamentskonstellation die Linie in gleicher Weise gegenüber Hochschulgesetzen, Abtreibungs- und Wehrdienstnovelle fortgesetzt wurde. War es ferner anfänglich das Rechts oder Bundesstaatsprinzip, so wurde es später die Ausdeutung des Demokratienprinzips, die etwa die Wahlwerbung oder die überplanmässigen Ausgaben der Regierung⁷⁹ in die Grenzen verwies. Stets war es ein Verfassungsrechtsprinzip, das jeweils dem Verfassungsorgan entgegengehalten wurde, das es durch sein Handeln verletzte, gleichgültig, wer Regierung oder Parlamentsmehrheit stellte. Naturgemäss ist es in der Regel die Opposition, die das Verfassungsgericht anruft. Das Gericht dann als "Hilfsorgan der Opposition" zu bezeichnen, geht schlicht am Problem vorbei.

Lassen Sie mich auch hierzu etwas empirisches Material ausbreiten: Von den 118 ganz oder teilweise für nichtig erklärten Gesetzen gingen 65 Fälle auf Anträge von Gerichten zurück, nur 14 auf solche von Ländern und nur gar 4 auf Anträge von Parlamentsfraktionen oder politischen Parteien⁸⁰.

Um seine Funktionsgrenze nicht zu überschreiten, hat das Gericht zusätzlich Institute im Stile eines *judicial self-restraint* entwickelt, wobei es diesen der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung entlehnten Grundsatz — Verfassungswidrigkeit nur bei speziellem Normverstoss oder evidenter Willkür — freilich eigenständig interpretiert⁸¹. Unter ihnen ragen hervor^{82 83}:

78) A. ARNDT, BB 1959, 533.

79) Vgl. BVerfGE 48, 271; 45, 1.

80) Nachw. in FN 69.

81) Vgl. BVerfGE 36, 1 (14). Ausführlich zu diesem Argumentationstopos F.A. v.d. HEYDTE, Festgabe W. GEIGER, 1974, S. 909 ff.; W. - R. SCHENKE, NJW 1979, S. 1324 f.; R. ZUCK, DVBl. 1979, 386 f.

82) Dazu gehört auch die insgesamt zurückhaltende Kontrolle der Fachgerichtsbarkeiten. Sie kann hier unerwähnt bleiben, weil es sich gewissermassen um Kontrollen innerhalb der Dritten Gewalt handelt (vgl. BVerfGE 18, 85, 92; 30, 173, 187 f., 196 f.; 32, 311, 42, 143, 148; zuletzt F. OSSENBÜHL, Festgabe H.P. IPSEN, 1977, S. 129 ff.; G.F. SCHUPPERT, AöR Bd. 103 (1978), S. 42 ff. m.w.N.; R. ZUCK, DVBl. 1979, 387 f.).

83) H. - J. VOGEL, zählt weitere Vorschläge zur Zurückhaltung

Erstens : die verfassungskonforme Auslegung. Nach diesem Grundsatz ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, "wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, dass ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist(sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes", wobei freilich der Gesetzeszweck nicht ausser Acht gelassen werden darf⁸⁴. Dieser im übrigen einer alten Tradition der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung⁸⁵ entnommene Grundsatz eines favor legis, einer Normerhaltung, wird von den Verfassungsgerichten vielfach angewandt, bisweilen in beinahe akrobatischer Weise, um nicht zu einer Ungültigkeitserklärung zu gelangen. Ich muss an dieser Stelle darauf verzichten, im einzelnen darzulegen, ob hier nicht des Guten zu viel an Deutungshilfe für der Gesetzgeber geleistet wurde.

Aufschluss dürfte in dieser Hinsicht vielleicht auch die Anrufung des Plenums des Gerichts durch den Ersten Senat nach dem Beschluss vom 16.1.1979 geben, erst der zweiten übrigens in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts⁸⁶.

Zweitens : Im Bereich der Auswärtigen Gewalt hat das Bundesverfassungsgericht frühzeitig einen favor conventionis anerkannt, der völkerrechtlichen Verträgen einen Bonus der Gültigkeit zubilligt, wenn sie eine Tendenz zur Annäherung an den verfassungsgewollten

auf (DÖV 1978, 667). Sie sind indessen vorzugsweise an einzelnen Entscheidungen orientiert. Verallgemeinerungsfähig dürfte selbst das Argument, sich von Detailfragen fernzuhalten, schwerlich sein. So gewiss Vogel im Hinblick auf das Diätenurteil (BVerfGE 40, 296 ff.) zuzustimmen ist, so sehr muss auch betont werden, dass der Phantasie der Hochschulgesetzgeber mancher Länder keine Grenzen gesetzt sind, die Grundlinien des gewiss ausführlichen Hochschulurteils (BVerfGE 35, 79 ff.) zu unterlaufen. Weitere Restraints nennt W. ZEIDLER, in: Cappenberg Gespräche, Bd. 15, 1980, S.

84) St. Rspr.; vgl. ZIPPELIUS, in: Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 1976, S. 111; H. SIMON, EuGRZ 1974, 25 ff.; W.R. SCHENKE, NJW 1979, 1325. Näher dazu mein Staatsrecht Bd. II, § 44.

85) Vgl. M. IMBODEN, in: Festgabe H. Huber, 1961, S. 133 (138).

86) BVerfGE 4, 27 ff.

Zustand aufweisen. Bereits im Saarvertrags-Urteil findet sich die Aussage: "Wird der Inhalt völkerrechtlicher Verträge vom Verfassungsgerichtshof auf seine Verfassungsmässigkeit geprüft, so sind Auslegungsmöglichkeiten, die bei den in solchen Verträgen oft verwandten vagen und mehrdeutigen Formulierungen an sich denkbar wären, ausser Betracht zu lassen, falls sie fernliegen. Es wäre nicht vertretbar, einen Vertrag für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären, weil bei einer fernliegenden Auslegung das Grundgesetz in der Tat verletzt wäre. Es muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die politischen Organe der Bundesrepublik Deutschland, die am Zustandekommen eines völkerrechtlichen Vertrages beteiligt waren, nicht grundgesetzwidrige Bindungen haben eingehen wollen, dass sie vielmehr die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft haben und auch weiter auf eine grundgesetzmässige Auslegung und Anwendung des Vertrages achten werden. Solange und soweit die Auslegung offen ist, muss deshalb unter verschiedenen in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten derjenigen der Vorzug gegeben werden, bei der der Vertrag vor dem Grundgesetz bestehen kann"⁸⁷. Die spätere Rechtsprechung setzte diese Prüfungslinie fort und betonte im Grundlagenvertragsurteil sogar ausdrücklich, dass bei der Verfassungsmässigkeitsprüfung der "Spielraum für die politische Gestaltung... nicht ausser Betracht bleiben darf"⁸⁸. Man hat dem Gericht im Hinblick auf diese Rechtsprechung in gleicher Weise wie bei der zum Recht der Europäischen Gemeinschaften und zu den Berliner Sachen, in denen ebenfalls ausserordentlich intrikate internationale Implikationen einen Rolle spielten, bescheinigt, "die juristische wie die politische Feuerprobe" bestanden zu haben⁸⁹. Nicht jeder Politiker wird dieses Urteil teilen. Doch wissenschaftliche Objektivität wird dem Bundesverfassungsgericht eine wohl abgewogene Rechtsprechung attestieren, die den politischen Organen zuerkennt, was ihnen im Verkehr mit anderen Staaten not-

87) BVerfGE 4, 157 (168). Näher dazu F. SCHUPPERT, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973; F.-Chr. ZEITLER, Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag, 1974

88) BVerfGE 36, 1 (14); s. auch BVerfGE 40, 141 (178 f.) - Ostverträge.

89) K.A. BETTERMANN, Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1976, S. 323 (344).

wend'gerweise zukommen muss, ohne die Gebote verfassungsrechtlicher Bindung zu negieren. Eine Ausnahmeklausel der verfassungsrechtlichen Überprüfung für internationale Verträge nach Art. 109 des Entwurfs einer neuen Schweizer Bundesverfassung scheint mir daher nicht angebracht zu sein, umso mehr als mit der zunehmenden Interdependenz der Staaten dem zwischenstaatlichen Recht starke nationale Regierungskraft zukommen wird. Am Rande sei ausserdem erwähnt, dass das Recht der Europäischen Gemeinschaften sich ebenfalls für eine umfassende Gerichtskontrolle ausgesprochen hat (Art. 173 EWGV). Insofern hat sich die deutsche jurisdiktionelle Grundkonzeption gegen die damalige engere französisch-englische durchgesetzt.

Drittens : Das Bundesverfassungsgericht hat nicht mehr in allen Fällen verfassungswidriger Gesetze deren ipso-iure-Nichtigkeit festgestellt, sondern eine blosser Verfassungswidrigerklärung ausgesprochen, teilweise sogar mit der Anordnung befristeter Fortgeltung, sich also gewissermassen der österreichischen Lösung angenähert. Dies war unzweifelhaft in den Fällen geboten, in denen es der Gesetzgeber unterlassen hatte, den Gleichheitssatz zu beachten, und eine bestimmte Gruppe in rechtswidriger Weise unbegünstigt liess. In solchen Fällen durfte das Gesetz nicht insgesamt für nichtig erklärt werden. In weiteren Fällen lag das Motiv vor allem darin, dass es eine unerträgliche Rechtsunsicherheit bedeutet hätte, eine gesetzliche Regelung für nichtig zu erklären mit der Konsequenz, dass an deren Stelle ein Nichts getreten wäre. Man denke an Steuergesetze! Daraus ergaben sich dann die sog. Appellentscheidungen an den Gesetzgeber⁹⁰, nicht selten mit Anweisungen, wie legiferiert werden soll. Ich halte diese Rechtsprechung nicht immer für überzeugend. Sie erweckt namentlich dann Bedenken, wenn sie versucht, an Hand eines konkreten Falles "ein ganzes Rechtsgebiet zu bereinigen"⁹¹, wie dies etwa im Diätenurteil geschehen ist⁹², das sich allerdings ein saumseliges, mehrfach gemahntes Parlament selbst zuzuschreiben hatte. Eine solche rechtsweisende Rechtsprechung ist nicht selten geeignet, den gesetzgeberischen Spielraum zu beg-

90) Vgl. BVerfGE 15, 337; 16, 130; 25, 1; 40, 296; Chr. MOENCH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977.

91) R. ECKERTZ, Der Staat Bd. 17 (1978), S. 203.

92) Vgl. BVerfGE 40, 296 ff.

renzen, wobei freilich nicht verkannt werden darf, dass der Gesetzgeber mehr und mehr dazu neigt, dem Bundesverfassungsgericht Entscheidungen zuzuschieben, für die er selbst gefordert ist. Dies ist das Problem, das es anzupacken gilt — nicht aber die Verfassungsgerichtsbarkeit neu zu konstruieren⁹³.

Der Katalog selbst gewählter Zurückhaltung ist möglicherweise vermehrungsfähig, etwa um die Anerkennung eines nur eingeschränkt kontrollierbaren Prognosespielraums⁹⁴, freilich kompensiert mit der Aufforderung an den Gesetzgeber zur Korrektur bei Eintreten von Fehlentwicklungen⁹⁵. Insoweit hat sich m.E. aber noch keine gefestigte Judikatur entwickelt, so dass ich hier noch Zurückhaltung zu üben geneigt bin.

Schliesslich gibt es ernst zu nehmende Stimmen, die den Verfassungsgerichten darüber hinaus raten, im Konflikt mit den politischen Organen, namentlich dem Gesetzgeber, die amerikanische political-question-Doktrin zu übernehmen, d.h. in Fragen, die sich in einer qualifizierten Weise als solche politischer Natur erweisen, eine Sachentscheidung abzulehnen, also Nicht-Justiziabilität anzunehmen. Zwei Aspekte lassen diesem Vorschlag widersprechen:

Einmal : Wer immer es unternimmt, die political-question-Doktrin des Supreme-Court zu analysieren und für sie eine allgemeine, nicht am konkreten Fall orientierte, übertragungsfähige Maxime zu finden, wird enttäuscht sein. Amerikanische und deutschsprachige Untersuchungen sind sich einig, dass diese Doktrin keine einheitliche Linie erkennen lässt⁹⁶.

Sie beruht insgesamt weniger auf wissenschaftlicher Analyse als auf praktischer Handhabung, wie so vieles in der amerikanischen

93) Wie R. ZUCK meint, ZRP 1978, 195 und DVBl. 1979, 383 ff., ohne dass bestritten wird, dass manches überprüfungs bedürftig ist. Zu Recht hat die Enquête - Kommission Verfassungsreform sehr zurückhaltend nur Fragestellungen formuliert (Zur Sache 2/77 Kap. 16).

94) Vgl. F. OSSENBUHL, Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1976, S. 458 ff.; R. BREUER, Der Staat Bd. 16 (1977), S. 21 ff.

95) BVerfGE 50, 290 ff.

96) Vgl. LAURENCE H. TRIBE, American Constitutional, 1978, S. 21 ff.: "Political question doctrine is in a state of some confusion"; ebda, zahlreiche Nachweise; s.a. W. HALLER, Supreme Court

Verfassungsdogmatik. Es ist überspitzt, aber dennoch nicht unzutreffend, wenn man feststellt, dass der Supreme Court eine political question annimmt, wenn er nicht entscheiden will, und eine solche verneint, wenn er entscheiden will. Dann aber ist es gerade in höchstem Masse ein Politikum und keine Rechtsfrage mehr, ob eine political question angenommen wird oder nicht. Die Verfechter einer Rezeption dieses Grundsatzes würden geradezu einer Politisierung der Rechtsprechung und einem unberechenbaren Dezisionismus das Wort reden. Nicht wenige dissenting votes, die dem Verfassungsgericht zu viel Kontrolle der Politik vorwerfen, übersehen, dass es ebenfalls politisch verstanden werden muss, nicht zu kontrollieren, da dann automatisch der Handelnde Recht bekommt. Das verhält sich ähnlich wie bei Talleyrands Definition von Intervention, die ungefähr das Gleiche sei wie Nicht-Intervention.

Zum Zweiten : Die Political-question-Doktrin kann mit dem positiven deutschen Verfassungsrecht nicht in Einklang gebracht werden. Der Verfassungsrichter hat stets zu prüfen: Gibt es für die ihm unterbreitete Frage eine Rechtsnorm, in der Regel in der Verfassung? Ist diese Frage zu bejahen, so *muss* er die Rechtsnorm anwenden. Er darf seine Gerichtsbarkeit nicht verneinen, weil die Frage "hochpolitisch" sei, oder besser von politischen Instanzen entschieden würde oder er für eine Entscheidung keine Verantwortung übernehmen möchte. All dies wäre Justizverweigerung. Nur ein fehlender normativer Massstab berechtigt dazu, politisches Handeln, so wie geschehen, als nicht im Widerspruch zur Verfassung zu erklären. Dass die Weite der verfassungsrechtlichen Prüfungsnorm die gerichtliche Kontrolldichte oft schwierig gestaltet, ist das Problem der kontinentaleuropäischen Rechtsprechungsdoktrin. Sie kann hier nicht im Detail ausgebreitet werden, weil sie eine umfassende Analyse des Bedeutungs- und Kontrollgehalt der einzelnen

und Politik in den USA, 1972, S. 353; ferner W.R. SCHENKE, NJW 1979, 1325 m.w.N.; E. PETERSMANN, JöR n.F. Bd. 25 (1976), S. 587 ff.; R. WEBER - FAS spricht von einer "labyrinthischen Formel" (Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle - Hans Spanner zum 70. Geburtstag, 1979, S. 89). Das Bundesverfassungsgericht im Lichte eines Amerikaners ist betrachtet bei DONALD P. KOMMERS, Judicial Politics in West - Germany: A Study of the Federal Constitutional Court, London 1976.

Verfassungsrechtsnormen verlangte. Diese Aufgabe zu leisten, in der Wissenschaft und Rechtsprechung gleichermaßen gefordert sind, wird über die Verfassungsgerichtsbarkeit entscheiden und damit über Erfolg oder Misserfolg der Nachkriegsentscheidung, ein Gericht als Hüter des höchsten Rechts zu etablieren.

IV.

Die Antwort auf solche breit gefächerte Problemstellung darf nicht ohne eine gleichsam am Gegenpol ansetzende Erkenntnis gegeben werden. Parlament und Regierung sind in der Rückschau der Nachkriegsperiode nicht ohne Autoritätsverlust geblieben. Er ist in den 70er Jahren spürbarer geworden. Bürgerinitiativen, neue politische Gruppierungen neben den etablierten Parteien sowie der Ruf nach Volksbegehren und Volksentscheid sind nur die lautesten Signale für die Legitimitätszweifel am parlamentarischen Regierungssystem und seiner wichtigsten Äusserungsform, dem förmlichen Gesetz. Die Redimensionierung der Gesetzesflut ist heute als ein Problem von Rang erkannt worden. Diese Aufgabe bedingt einerseits vor jeder Initiative die Prüfung, ob wirklich ein Gesetz notwendig ist und andererseits im Gesetzgebungsverfahren eine sorgfältige Prüfung jeder einzelnen Vorschrift nach Erforderlichkeit, Klarheit und Präzision im Ausdruck. Qualitätsmängel unserer Legislative sind mittlerweile evident⁹⁷. Verfassungsgerichte müssen hier leider und notgedrungen eine nicht erbetene Besserungsfunktion wahrnehmen. Noch stärker kommt es aber darauf an, das parlamentarische System, das im Kern die bei weitem beste Regierungsform eines freiheitlichen Rechtsstaates ist, zu kräftigen. Diese Kräftigung könnte und sollte aus sich selbst erfolgen. Dies verlangt unseren politischen Parteien notwendige Regenerationsakte ab. Um es auf eine gewiss vereinfachende, aber doch von weiten Teilen der Bevölkerung artikulierte Formel zu bringen: Weniger Beschäftigung mit sich, sondern mehr Gedanken an das Gemeinwohl. Liess sich nicht oft genug eine Regierung aus ideologischem oder parteitak-

97) Vgl. dazu K. EICHENBERGER, u.a., Grundfragen der Rechtsetzung, Referate zum Schw. Juristentag, 1974; P. SCHWERTFELGER, in: Festgabe H.P. Ipsen, 1977, S. 173 ff. (175 ff.); H.H. RUPP, Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht, Ordo Bd. 30 (1979), S. 95 ff.

tischem Kalkül vom richtigen Weg abbringen? Liess sie sich nicht vielleicht bisweilen sogar ganz gern von einem Verfassungsgericht auf den Pfad der Tugend zurückbringen? Die Fragen signalisieren Autoritätsverlust und Vertrauensschwund sowie Führungsdefizit gegenüber den Fundamentalfragen der Nation. In dieser Situation kann ein Verfassungsgericht Hilfestellung bieten; doch muss man auch die dadurch auftretenden Gefahren einer Überforderung des Gerichts sehen. Vom Verfassungsgericht geliehene Autorität bleibt fremde Autorität. Sie sollte nicht zu häufig gesucht, sondern nur in Anspruch genommen werden, wenn es ihrer als des allein noch gangbaren Wegs zur Rechtswahrung bedarf. Die politischen Organe sollten für ihre Entscheidungen, namentlich solche von grundsätzlicher Bedeutung, nicht jene Gratwanderung am Rande der Verfassung vornehmen und der Neigung huldigen zu testen, ob diese oder jene Lösung gerade noch mit der Verfassung vereinbar ist. Solche Politik rüttelt am unentbehrlichen Grundkonsens in Verfassungsfragen, der für die Rechtsgemeinschaft eine Existenzfrage ist. Sie fordert das Verfassungsgericht als permanenten Schiedsrichter heraus und gefährdet seine Rolle als Integrationsfaktor, als Bewahrer des verfassungsrechtlichen Grundkonsenses über den aktuellen politischen Streit hinaus. Darin liegt seine höchste Bedeutung⁹⁸. Mit ihr gilt es pfleglich umzugehen, da uns Deutschen zu genau vertraut ist, was es heisst, das Bewusstsein für das Recht und seine Bewahrung zu verlieren. In der Verfassungsgerichtsbarkeit geht es um die existentielle Frage: Was ist das Lebenselixier des Staates: Macht oder Recht? In diesem Sinne war es in der Geschichte der Staaten stets schwieriger, Macht dem Recht zu beugen als Recht der Macht.

98) Vgl. H. KELSEN, VVDStRL Heft 5 (1929), S. 84; wieder betont von U. SCHEUNER, Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt, 1973, S. 34; W.R. SCHENKE, Die Verfassungsorgantreue, 1977, S. 115 ff.; H. SÄCKER, BayBVL 1979, 193 (200). Das konzedieren auch diejenigen, die der Verfassungsgerichtsbarkeit eher skeptisch gegenüberstehen (vgl. E. DENNINGER, Staatsrecht 2, 1979, S. 200).

Meinungsumfragen bescheinigen dem Verfassungsgericht eine hohe Wertschätzung. Der Supreme Court der USA genießt zweimal so viel Ansehen wie irgendein anderes Staatsorgan (vgl. H. SEIBERT, EuGRZ 1978, 388).